

# GR\_GERICHTE PKG 2022 6 vom 30. April 2019

GR Gerichte, 2019-04-30, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr\\_gerichte\\_PKG\\_2022\\_6](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_PKG_2022_6)

FR: GR\_GERICHTE PKG 2022 6 du 30 avril 2019

IT: GR\_GERICHTE PKG 2022 6 del 30 aprile 2019

## Erwägungen

### E. 3

/ 13 Der Beweis der vollständigen (und richtigen) Erfüllung der Abrechnungspflicht ist vom Beauftragten zu führen, der unter Umständen durch Vorlage der gesamten Buchhaltung (samt Belegen) zu erbringen ist, der aber auch anderweitig geführt werden kann. Wird für das betreffende Geschäft keine separate Buchhaltung geführt und verweigert der Beauftragte mangels einer entsprechenden Pflicht die Vorlegung der gesamten Buchhaltung, so kann das Gericht den Beauftragten unter Wahrheitspflicht als Partei einvernehmen (Fellmann, a.a.O., N 97 zu Art. 400 OR; Max Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1979, S. 334).

#### E. 3.1

Die Berufungsklägerin ist die Zessionarin der eingeklagten Forderung, welche ihr von den ursprünglichen Gläubigern und Zedenten, den Eheleuten G./H.\_\_\_\_\_, abgetreten wurde (RG act. II.2). In Anwendung von Art. 170 Abs. 2 OR waren die Abtretenden gesetzlich verpflichtet, der Berufungsklägerin als Erwerberin der Forderung die Schuldurkunde und alle vorhandenen Beweismittel auszuliefern und zu ihrer Geltendmachung die nötigen Aufschlüsse zu erteilen. Mit dieser, sich aus dem Rechtsgrundgeschäft ergebenden Unterstützungspflicht soll sichergestellt werden, dass der Erwerber im Hinblick auf die Geltendmachung den Inhalt der Forderung kennt (Eugen Spirig, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Teilband V 1k, Die Abtretung von Forderungen und die Schuldübernahme, Erste Lieferung, Art. 164-174 OR, 3. Aufl., Zürich 1993, N 70 zu Art. 170 OR) und den erworbenen Anspruch auch beweisen kann. Exemplarisch werden (Spirig, a.a.O., N 79 zu Art. 170 OR) Inventare, Ursprungszeugnisse, Zollquittungen, Steuerelemente, Pfandurkunden, Versicherungspolice etc. genannt, und es wird darauf hingewiesen, dass der Gläubiger/Zedent bei mangelndem Besitz die Urkunden seinerseits zu beschaffen hat (gl.A. Flavio Lardelli, in: Honsell [Hrsg.], Kurzkommentar OR, Basel 2014, N 7 zu Art. 170 OR; Daniel Girsberger/Johann Lukas Hermann, in: Widmer/Lüchinger Oser [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl., Basel 2019, N 12 zu Art. 170 OR). Daraus folgt, dass die Berufungsklägerin als Zessionarin Aufschlüsse und Unterlagen bei den Zedenten, den Eheleuten G./H.\_\_\_\_\_, erhalten hat bzw. diese bei ihnen beschaffen konnte.

PKG 2022 2 / 13

#### E. 3.2

Das Rechtsverhältnis zwischen den Eheleuten G./H.\_\_\_\_\_ und dem Berufungsbeklagten beurteilt sich unstrittig nach Auftragsrecht i.S.v. Art. 394 ff. OR. Gemäss Art. 400 Abs. 1 OR hat der Beauftragte auf Verlangen jederzeit über seine Geschäftsführung Rechenschaft abzugeben und alles, was in dieser Funktion zugekommen ist, zu erstatten. Nach BGE 141

III 564 E. 4.2.1 umfasst diese Pflicht die Rechenschaftspflicht, die Ablieferungs- oder Herausgabepflicht sowie die Informationspflicht. Letztere ermöglicht dem Auftraggeber, die Tätigkeit des Beauftragten zu überprüfen, widrigenfalls er Schadenersatz verlangen kann. Dass Art. 400 Abs. 1 OR einen materiell-rechtlichen Anspruch festschreibt, der mit einer Leistungsklage durchgesetzt werden kann, ist allgemein anerkannt und ist vom Bundesgericht in BGE 141 III 564 E. 4.2.2 erneut bestätigt worden. Der Beauftragte muss die Unterlagen im Original herausgeben (Jean-Marc Schaller, in: Honsell [Hrsg.], Kurzkomentar OR, Basel 2014, N 3 zu Art. 400 OR), wobei er sich zur Beweissicherung Kopien anfertigen darf (Walter Fellmann, Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, Band VI, 2. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Der einfache Auftrag [Art. 394-406], Bern 1992, N 146 zu Art. 400 OR).

### **E. 3.3**

Nach BGE 139 III 49 E. 4.5.2 braucht es keinen besonderen Nachweis eines schutzwürdigen Interesses an der Rechenschaftsablegung, auf die es einen gesetzlich statuierten Anspruch gibt. Allerdings kann der Grundsatz von Treu und Glauben einen Riegel schieben, etwa dann, wenn der Auftraggeber die erforderlichen Informationen bereits besitzt oder sich leicht aus eigenen Unterlagen informieren kann, während der Beauftragte grössere Umtriebe auf sich nehmen muss (BGer 4C.206/2006 v. 12.10.2006 E. 4.3.1, insbesondere mit Hinweis auf Fellmann, a.a.O., N 78 und 82 zu Art. 400 OR). Ein fehlendes Rechtsschutzbedürfnis ist weiter anzunehmen, wenn der Auftraggeber sicher oder mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nichts zu fordern hat: Zum Beispiel muss der Beauftragte mit einem vereinbarten festen Honorar keine Rechenschaft über seinen Aufwand ablegen (Fellmann, a.a.O., N 84 zu Art. 400 OR). Das Geheimhaltungsinteresse des Beauftragten hat keinen unbedingten Vorrang, ist aber auch nicht bedeutungslos (Fellmann, a.a.O., N 87 zu Art. 400 OR). Für den Beauftragten muss die Rechenschaftsablegung zumutbar sein und die Zumutbarkeit beurteilt sich nach den gegenseitigen Interessen. Da die Interessen des Beauftragten hinter jene des Auftraggebers zurücktreten müssen, kommt der Ausschluss grundsätzlich nur dann in Betracht, wenn den Interessen des Beauftragten keine schutzwürdigen Interessen des Auftraggebers gegenüberstehen. Als mögliche Beauftragteninteressen werden Geheimhaltung und Verhältnismässigkeit des Arbeitsaufwandes genannt (Fellmann, a.a.O., N 79 zu Art. 400 OR). Missbräuchlich sind unangemessen häufig gestellte Begehren, Begehren, die grossen Aufwand verursachen, ohne dass der Auftraggeber ein berechtigtes Interesse daran geltend machen kann (Fellmann, a.a.O., N 80 zu Art. 400 OR). Der hohe Aufwand als solcher reicht jedoch für sich allein nicht aus (Fellmann, a.a.O., N 82 zu Art. 400 OR).

PKG 2022

### **E. 3.4**

Nach dem Gesagten ist zu klären, wie sich Art. 400 Abs. 1 und Art. 170 Abs. 1 OR zueinander verhalten. Der Zessionar tritt in die Rechtsstellung des Zedenten ein; er erwirbt die Forderung mit allen in ihr enthaltenen Befugnissen (Andreas von Tuhr/Arnold Escher, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Band II, 3. Aufl., Zürich 1974, S. 358). Mit der Abtretung einer Forderung aus Auftrag müssen deshalb auch die (materiell-rechtlichen) Herausgabe- und Informationsrechte an den Zessionar übergehen, sodass er entsprechend zu dokumentieren ist. Dokumentiert der Zedent den Zessionaren nur unvollständig, stellt sich die Frage, ob der Zessionar all das, was er vom Zedenten im

Rahmen der Abtretung gemäss Art. 170 Abs. 2 OR hätte erhalten müssen, und allenfalls nicht erhalten hat, nunmehr beim debitor cessus – hier dem Beauftragten und Berufungsbeklagten – erhältlich machen kann. Davon ist aus grundsätzlichen Überlegungen nicht auszugehen, und schon gar nicht, wenn der debitor cessus die ihn aus dem Auftragsverhältnis treffenden Pflichten gegenüber den Zedenten bereits erfüllt hat. Wird mit der Informations- und Auskunftspflicht nämlich ein materieller Anspruch geltend gemacht, so steht die bereits erfolgte Erfüllung einer nochmaligen Geltendmachung entgegen. Zu erwähnen ist auch der weitere von Fellmann (vgl. oben E. 3.3) erwähnte Grund – die namhaften Umtriebe – welcher allerdings bei bereits erfolgter Erfüllung nicht mehr angerufen werden muss. Wie es sich verhält, wenn ein Zessionar geltend machen würde, er habe die erforderlichen Unterlagen beim Zedenten verlangt, habe bei diesem aber im bilateralen Verhältnis nichts erreichen können, kann dahingestellt bleiben, hat doch die Berufungsklägerin solches nicht geltend gemacht. Wenn die Zedentin G./H. \_\_\_\_\_ in der Zeugen- einvernahme erwähnte, dass sie und ihr Mann "gewisse Unterlagen" zur Verfügung gehabt hätten, welche bei einem Brand in ihrem Haus vernichtet worden seien (RG act. X.12 S. 2), so heisst das nicht, dass sie die allenfalls zerstörten Bankdokumente nicht und ohne grössere Mühe bei den betreffenden Bankinstituten hätten wiederbeschaffen oder durch den Zessionar hätten beschaffen lassen können (gegebenenfalls mit Vollmacht), worauf der Berufungsbeklagte betreffend die Dokumente der I. \_\_\_\_\_ (RG act. II.11) zu Recht hinweist.

#### **E. 4**

/ 13 diesem Grundsatz (Paul Oberhammer/Philipp Weber, in: Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], Kurzkomentar ZPO, 3. Aufl., Basel 2021, N 2 zu Art. 84 ZPO und N 1 zu Art. 85 ZPO). Soweit eine Partei bereits über die massgeblichen Informationen verfügt oder ohne grössere Mühe auf sie zugreifen kann, ist die Bezifferung im Sinne von Art. 85 ZPO nicht "unmöglich oder unzumutbar" und er muss diesfalls auch nicht "ins Blaue hinaus" beziffern (Oberhammer/Weber, a.a.O., N 2 zu Art. 85 ZPO).

#### **E. 4.1**

Leistungsbegehren müssen grundsätzlich beziffert werden. Die unbezifferte Forderungsklage, wie sie in Art. 85 ZPO vorgesehen ist, ist eine gesetzlich vorgesehene Ausnahme von PKG 2022

#### **E. 4.2**

Die Vorinstanz hat die Klage betreffend den Informationsanspruch abgeschrieben, weil sie der Meinung war, dass der Berufungsbeklagte der von ihm verlangten Rechenschaftsablegung und Herausgabe der verlangten Unterlagen im Rahmen des vorinstanzlichen Verfahrens in genügender Weise nachgekommen und die Klage daher gegenstandslos geworden sei ("Das Begehren der Klägerin auf umfassende Rechenschaftsablegung und Herausgabe sämtlicher Aufzeichnungen, Bücher und Belege im Zusammenhang mit der Verwaltung des Vermögens durch den Beklagten für die Zedenten wird zufolge Gegenstandslosigkeit als erledigt abgeschrieben", act. B.1 Dispositiv-Ziff. 1). Sie hat das wie folgt begründet: Die Herausgabe mehrerer im Zusammenhang mit dem Vertragsverhältnis zwischen den Parteien (recte: zwischen den Zedenten und dem Berufungsbeklagten) bestehenden Dokumente würde die Beurteilung der der Berufungsklägerin allenfalls zustehenden vermögensrechtlichen Ansprüche erlauben. Mit Beweisverfügung vom 18. Oktober 2017 habe das Regionalgericht die Edition der von der

Berufungsklägerin verlangten Dokumente angeordnet ("Verwaltungsvertrag; Aufstellung der Vertriebsentschädigungen; Depotauszug/Auszug investiertes Kapital der Zedenten durch den Beklagten; Abschlussvertrag zwischen der I. \_\_\_\_\_ [W. \_\_\_\_\_] Ltd. und dem Beklagten; sämtliche Verträge zwischen den Zedenten und dem Beklagten sowie sämtliche Verträge zwischen dem Beklagten und Dritten, welche die Zedenten betreffen; Postbeleg für die angeblich getätigte Übersendung der Unterlagen an die Zedentin"). Der Berufungsbeklagte habe in der Folge geltend gemacht, die von ihm direkt zu edierenden Unterlagen habe er bereits mit seinen Rechtsschriften ins Recht gelegt, und zwar die BB 9, 8, 18-25, 7, 9, 10-15, 26 sowie den Postzustellungsbeleg gemäss BB 32. Bereits anlässlich der Schlichtungsverhandlung habe er mehrere herausverlangte Dokumente ausgehändigt. Der Berufungsbeklagte sei damit den beantragten Editionen soweit möglich nachgekommen (act. B.1 E. 7.2.2.2 S. 32): Die eingereichte BB 9 sei ein schriftlicher Vermögensverwaltungsvertrag. Zwar datiere er vom 18. Oktober 2010 und betreffe er das an die K. \_\_\_\_\_ übertragene Wertpapierdepot und nicht das generelle Vermögensverwaltungsverhältnis von 1998 bis 21. Oktober 2015. Jedoch gehe aus den Ausführungen der Parteien nicht hervor, dass ein genereller schriftlicher Vertrag bestanden hätte. Weiter seien als BB 8 die Übersichten zu den bezogenen Retrozessionen eingereicht worden und mit den Schreiben der K. \_\_\_\_\_ vom 14. September 2016 und demjenigen der L. \_\_\_\_\_ vom 19. September 2016 sei hinreichend Auskunft über die

PKG 2022

### **E. 4.3**

Wie erwähnt hat die Vorinstanz aus den vorstehend wiedergegebenen Gründen das Begehren als gegenstandslos abgeschrieben. Ein solches Vorgehen ist insofern korrekt, als das, was verlangt wurde, auch tatsächlich erhältlich gemacht worden ist, sei es, dass die Herausgabe freiwillig erfolgte, sei es, dass sie im Rahmen des Beweisverfahrens der Stufe 1 erlangt werden konnte (vgl. Oberhammer/Weber, a.a.O., N 16 zu Art. 85 ZPO). Damit das Verfahren gänzlich abgeschrieben werden kann, müssen die gestellten Herausgabe- und Auskunftsbegehren aber vollumgänglich erfüllt sein (vgl. Pascal Leumann Liebster, Die Stufenklage im schweizerischen Zivilprozessrecht, Basel 2005, S. 175). Bei einer Stufenklage darf das Mass nicht sein, ob der in der Stufe 2 geltend gemachte Anspruch beurteilt werden kann, wie die Vorinstanz angenommen hat (vgl. vorstehend E. 4.2 am Ende). In der Stufe 1 war nämlich ein selbständiges Begehren im Sinne von Art. 400 OR zu beurteilen, und ein solches hätte höchstens dann abgeschrieben werden können, wenn alles, was verlangt wurde, beigebracht worden wäre. Soweit dies nicht der Fall war, musste grundsätzlich ein Urteil mit verpflichtendem Inhalt erlassen werden, sofern die Voraussetzungen dafür denn erfüllt waren.

### **E. 4.4**

Die Berufungsbeklagte hat eine unbezifferte Forderungsklage i.S.v. Art. 85 ZPO erhoben, und zwar in Form der sog. Stufenklage. Wie die Berufungsklägerin zu Recht ausführt (act. A.1 Rz. 27), handelt es sich beim Anspruch auf Rechenschaftsablage und Information i.S.v. Art. 400 OR um einen materiell-rechtlichen Anspruch, der selbständig durchsetzbar ist (BGE 144 III 43 E. 4.1), während der Kläger, wenn er eine "gewöhnliche" unbezifferte Forderungsklage erhebt, sein Informationsdefizit mittels Beweisanträgen im Rahmen des Prozesses um den Hauptspruch wettzumachen sucht (Lukas Bopp/Balthasar Bessenich, in: Sutter-Somm/Hasenböhrer/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen

Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 2016, N 4 zu Art. 85 ZPO). Bei der Stufenklage hat das Gericht zunächst nur den Informationsanspruch und dessen Begründetheit zu prüfen und fällt dann über den Informationsanspruch

PKG 2022

#### **E. 4.5**

Die Berufungsklägerin hat vor Vorinstanz geltend gemacht, dass der Grossteil des verwalteten Vermögens durch eine Einmaleinlage von EUR 2'932'336.00 in ein Wertschriftendepot bei der I.\_\_\_\_\_ eingebracht worden sei (RG act. I.1 Rz. 14 f.). Auf eine dafür geleistete Abschlussprovision sei seitens der Zedenten G./H.\_\_\_\_\_ nie verzichtet worden. Der Abschluss dieser Versicherung wird vom Berufungsbeklagten nicht bestritten (RG act. I.2 Rz. 2), hingegen in Abrede gestellt, dass er dafür eine Abschlussprovision erhalten habe (RG act. I.5 Rz. 5; RG act. I.4 Rz. 7) und auch, dass derartige Provisionen üblich seien (RG act. I.4 Rz. 7). Ausserdem weist der Berufungsbeklagte verschiedentlich darauf hin, dass sich die Versicherungspolice bei den Akten befinde, und zwar eingereicht durch die Berufungsklägerin als KB 11 und durch den Berufungsbeklagten als BB 26 (act. A.2 Rz. 27). Die Berufungsklägerin machte ihrerseits gel-

PKG 2022

#### **E. 4.5.1**

Abgesehen von der bereits erwähnten Vermischung von Stufenklage und Beweisverfahren im Rahmen der unbezifferten Forderungsklage trifft es nicht zu, dass die Angaben zu allfälligen Provisionen für die Berufungsklägerin nicht erhältlich waren, sondern sie hätte sich von den Zedenten eine Vollmacht zur Beschaffung des Vertrages geben lassen bzw. die Zedenten an ihre Pflicht i.S.v. Art. 170 Abs. 2 OR um die Herausgabe bzw. Beschaffung und Weiterleitung mahnen können. Eines gerichtlichen Herausgabebefehls hätte es demnach nicht bedurft und die Vorinstanz hätte den Beweisantrag auch aus diesem Grund ablehnen sollen. Tatsächlich sind die Gerichte nicht verpflichtet, allen Beweisanträgen stattzugeben. Bei Beweisanträgen muss begründet werden oder muss mindestens ersichtlich sein, dass ein rechtliches Interesse an der verlangten Edition besteht (Franz Hasenböhler, Das Beweisrecht der ZPO, Die Beweismittel, Band 2, Zürich 2019, Rz. 5.171). Das ist nicht der Fall, wenn die gesuchstellende Partei ein bestimmtes Beweismittel selber in Händen hat oder es selber beschaffen kann.

#### **E. 4.5.2**

Fraglich kann höchstens noch sein, ob hier, wo es im Rahmen einer Stufenklage um ein materiell-rechtliches Auskunfts- und Herausgabebegehren geht, etwas Anderes gilt als im Rahmen von prozessualen Editionen von Beweismitteln. Das ist bei der Frage, ob dem materiell-rechtlichen Informationsbegehren stattzugeben ist, zu klären (vgl. unten E. 6).

#### **E. 4.5.3**

Richtig ist auch, wie die Berufungsklägerin geltend macht, dass die Edition nicht regelkonform durchgeführt wurde (act. A.1 Rz. 32). Nachdem sich die zuerst aufgeforderte I.\_\_\_\_\_ AG auf die rechtliche Unabhängigkeit von der I.\_\_\_\_\_ berufen hatte (RG act. I.1 Rz. 14; RG act. VIII.1), gelangte die Vorinstanz auf direktem postalischen Weg an die I.\_\_\_\_\_ auf den J.\_\_\_\_\_ (RG act. VIII.5) und übersah dabei die Regeln über den rechtshilfeweisen Verkehr mit Personen im Ausland, worauf die Berufungsklägerin in der Berufung denn auch hinweist (act. A.1 Rz. 30 ff.). Die Edition müsste daher regelkonform

wiederholt werden, wenn sie zulässig und nötig wäre. Dies ist nicht der Fall und muss hier auch nicht nochmals ausgeführt werden, zumal der neue Anwalt der Berufungsklägerin die Vorinstanz dafür kritisiert, dass sie überhaupt eine Edition durchgeführt habe (act. A.1 Rz. 28) und diese – zusätzlich zur fehlerhaften Zustellung – als verfahrensrechtliche Fehlüberlegung bezeichnet (act. A.1 Rz. 32). [...] 6. Behandlung der Klage betreffend den materiell-rechtlichen Anspruch auf Rechenschaftsab- legung

PKG 2022

#### **E. 5**

/ 13 vom Berufungsbeklagten bezogenen Vertriebsentschädigungen erteilt worden. Die Vermö- gensverzeichnisse der I.\_\_\_\_\_ AG für ein Depotkonto bei der I.\_\_\_\_\_ für die Jahre 2003 bis 2010 (BB 18-25) seien ins Recht gelegt worden, was die massgebliche Zeitspanne von 2005 bis 2010 umfasse. Der herausverlangte Abschlussvertrag zwischen der Bank und dem Beklagten habe nicht beigebracht werden können bzw. der Aufforderung sei (seitens der I.\_\_\_\_\_ Life [W.\_\_\_\_\_] Ltd.) nicht nachgekommen worden. Nach einem Hinweis auf weitere vom Beru- fungsbeklagten eingereichte Unterlagen hält die Vorinstanz schliesslich fest, dass die "insge- samt eingereichten Belege [...] eine genügende Übersicht [bieten], um sich sowohl aus Sicht der Auftraggeber als auch des Gerichts von der Tätigkeit des Beklagten ein weitgehend vollständiges Bild machen zu können". Sie reichten aus, so die Vorinstanz, um im Rahmen der "zweiten Stufe" allfällige Ansprüche der Klägerin beurteilen zu können (act. B.1 E. 7.2.2.2 S. 33).

#### **E. 6**

/ 13 einen Teilentscheid (Oberhammer/Weber, a.a.O., N 13 zu Art. 85 ZPO). Die Berufungsklägerin rügt, die Vorinstanz habe das Wesen der Stufenklage verkannt, als sie den Berufungsbeklagten nicht mittels Urteilsspruch zur Rechenschaftsablegung verpflichtet habe, sondern die offen- zulegenden Informationen und Dokumente zum Gegenstand des Beweisverfahrens gemacht und deren Vorlage im Rahmen einer Edition eingefordert habe (act. A.1 Rz. 28). Es trifft zu, dass die Vorinstanz nicht nach den Regeln der Stufenklage vorgegangen ist; anders als im Beweisverfahren ist in der Stufe 1 keine antizipierte Beweiswürdigung vorzunehmen, sondern das gestellte Begehren ist in einem Teil-Entscheid gutzuheissen oder abzuweisen (oder allenfalls ist darauf nicht einzutreten). Mit einer Vermischung der beiden Stufen war die Vorinstanz jedoch nicht allein, hat doch die damalige Rechtsvertretung der Berufungsklägerin vor erster Instanz Beweisofferten gemacht, bei denen es um die Beschaffung von Dokumenten ging und nicht nur um die Klärung der Frage, ob ein Auskunfts- bzw. Herausgabeanspruch be- steht (RG act. I.1 Rz. 16 und 19). Dies betrifft insbesondere das Editionsbegehren betreffend den angeblichen Abschlussvertrag zwischen der I.\_\_\_\_\_ und dem Berufungsbeklagten (RG act. I.3 Rz. 19). Nach den Regeln der Stufenklage hätte es mit der urteilsmässigen Verpflichtung des Berufungsbeklagten, dieses Dokument herauszugeben, sein Bewenden gehabt. Ausser- dem verlangte die Berufungsklägerin selbst verschiedentlich die Einvernahme von Zeugen und die Befragung des Berufungsbeklagten, und zwar auch, soweit es lediglich um die Informati- onsbeschaffung ging (z.B. RG act. I.1 Rz. 19; RG act. I.3 Rz. 37). Eine andere Frage ist, wie in der Berufung mit dieser verfahrensrechtlichen Abweichung vom Regelvorgehen umzugehen ist. Was an Informationen im erstinstanzlichen Verfahren erhält- lich gemacht worden ist, liegt bei den Akten, womit es diesbezüglich sein Bewenden haben muss – eine urteilsmässige Verpflichtung ist diesbezüglich obsolet und die Klage

insoweit tatsächlich gegenstandslos. In diesem Zusammenhang kann daran erinnert werden, dass auch diejenigen Beweismittel im Dossier zu belassen sind, die aufgrund einer unrichtigen Verteilung der Beweislast in der Beweisverfügung eingereicht wurden.

### **E. 6.1**

Was die Mechanik dieses Verfahrens anbelangt, ist darauf bereits oben in E. 4 hingewiesen worden. Die Vorinstanz sah den Informationsanspruch der Berufungsklägerin aufgrund der vom Berufungsbeklagten im Verlaufe des Prozesses erteilten Informationen als erfüllt an und schrieb deshalb das präparatorische Verfahren betreffend die Rechenschaftsablegung als gegenstandslos ab (act. B.1 E. 7.2.2.2 und Dispositiv-Ziff. 1).

### **E. 6.2**

Die Berufungsklägerin hat unter anderem deshalb Berufung eingereicht und geltend gemacht, der Informationsanspruch sei in drei Punkten nicht erfüllt worden, nämlich bezüglich (i) der Finder's Fees, (ii) des vereinbarten Vermögensverwaltungshonorars und (iii) des schriftlichen Vermögensverwaltungsvertrags (act. A.1 Rz. 13 f.). Der Berufungsbeklagte wäre seiner Rechenschafts- und Auskunftspflicht nur dann vollständig nachgekommen, wenn die entsprechenden Dokumente vorgelegt worden wären. Die Faktenlage spreche aber gegen diese Auffassung (act. A.1 Rz. 14): Der fehlende schriftliche Vermögensverwaltungsvertrag (act. A.1 Rz. 15) und das behauptete Honorar von höchst bescheidenen ca. CHF 8'000.00 pro Jahr (act. A.1 Rz. 18) begründeten eine natürliche Vermutung für das zusätzliche Verwaltungshonorar von 3 % (act. A.1 Rz. 19) sowie für die Ausrichtung einer Beibringungskommission bzw. von Finder's Fees im Zusammenhang mit der Einmaleinlage in die Lebensversicherung der I. \_\_\_\_\_ (BB 26). Der Beweis der vollständigen und richtigen Erfüllung der Rechenschaftspflicht könne es angezeigt erscheinen lassen, dass der Beauftragte die gesamte Buchhaltung und sämtliche Belege seiner geschäftlichen und privaten Bankverbindung offenzulegen habe (act. A.1 Rz. 21).

### **E. 6.3**

In diesem Zusammenhang ist darauf zurückzukommen, dass der Anspruch auf Rechenschaftsablegung aus Art. 400 OR ein materiell-rechtlicher Anspruch ist, wovon auch die Parteien und die Vorinstanz ausgehen. Dieser wurde im Rahmen einer Stufenklage geltend gemacht, auch wenn es dann im Rahmen der Stufe 1 für dieses Verfahren nicht zulässige Beweisanträge gab. Für Stufe 1 der Klage, die Rechenschaft, müssen – wie bei jedem materiell-rechtlichen Anspruch – zunächst die Voraussetzungen der klageweisen Durchsetzung geprüft werden, insbesondere, ob die Tätigkeit des Berufungsbeklagten als Vermögensverwalter unter Art. 400 OR fällt (was vorliegend ohne Weiteres zu bejahen ist) und ob ihn für das, was die Berufungsklägerin an Information und Herausgabe verlangt, grundsätzlich eine Informations- bzw. Auslieferungspflicht trifft. Die Berufungsklägerin räumt ohne nähere Spezifizierung ein, dass ihren Informations- und Herausgabebegehren durch die mit der Klageantwort eingereichten Dokumente in verschiedener Hinsicht Folge geleistet worden sei (act. A.1 Rz. 11). Diesbezüglich hat die Vorinstanz demnach zu Recht Gegenstandslosigkeit angenommen. Die Berufungsklägerin kritisiert hingegen, dass keine vollständige Rechenschaftsablegung erfolgt sei (act. A.1 Rz. 10 ff.); es fehlten Angaben zu den umstrittenen Finder's Fees und dem vereinbarten Vermögensverwaltungshonorar, vor allem für die Periode vor 2010, als das Verwaltungsmandat unbestrittenermassen

## **E. 6.4**

Zurückzukommen ist in diesem Zusammenhang auf die vorstehende E. 3.3. Dort wurde darauf hingewiesen, dass kein schutzwürdiges Interesse an der Durchsetzung eines Informationsanspruchs besteht, wenn der Auftraggeber die erforderlichen Informationen bereits besitzt oder sie leicht aus eigenen Quellen beschaffen kann, während der Beauftragte grössere Umtriebe auf sich nehmen muss.

### **E. 6.4.1**

Dass das Vermögensverwaltungshonorar – wäre es dem Berufungsbeklagten ausgerichtet worden – von den Zedenten beglichen worden sein müsste – sei es durch Honorierung durch die Zedenten selber, sei es durch Abbuchung auf ihren Konten durch den Berufungsbe- klagten – ist bereits aufgezeigt worden (oben E. 5.7.3). Es liegt damit ein Fall vor, in dem die Zedenten als Auftraggeber – und damit die Zessionarin als ihre Rechtsnachfolgerin – die erforderlichen Informationen kennen oder aus eigenen Unterlagen beschaffen können. Die Gründe (insbesondere das angesichts der geleisteten Dienste sehr tiefe Honorar [act. A.1 Rz. 15 ff.]), die die Berufungsklägerin gegen die Bestreitung des Berufungsbeklagten anführt, er habe nichts dergleichen erhalten ("lapidare Behauptung", act. A.1 Rz. 16), halten schon deshalb nicht stand, weil das, was die Berufungsklägerin wissen will, in ihrem Einflussbereich liegt bzw. dort erhältlich gemacht werden kann, womit diesbezüglich das erforderliche Interesse an In- formation und Herausgabe fehlt.

### **E. 6.4.2**

Ähnlich verhält es sich mit dem behaupteten schriftlichen Vermögensverwaltungsver- trag für die Zeit vor 2010. Gäbe es diesen, so würden auch die Zedenten als Vertragsparteien darüber verfügen und die Berufungsklägerin könnte ihn dort erhältlich machen. Gibt es diesen Vertrag in schriftlicher Form tatsächlich nicht, und das behauptet nicht nur der Berufungsbe- klagte, sondern auch die Zedentin G./H.\_\_\_\_\_ als Zeugin (vgl. oben E. 5.7.2 und 5.7.4), so ist von einem offensichtlich überflüssigen Herausgabebefehl abzusehen. Auf die entsprechenden Begehren ist daher nicht einzutreten (vgl. Leumann Liebster, a.a.O., Anm. 702 auf S. 175).

PKG 2022

### **E. 6.4.3**

Was die Finder's Fees anbelangt, die ausserhalb der Kundenbeziehung bezahlt worden sein könnten, verhält es sich grundsätzlich gleich, jedenfalls soweit es um Unterlagen und In- formationen geht, die die Zedenten und damit auch ihre Rechtsnachfolgerin (mit Vollmacht) bei der I.\_\_\_\_\_ beschaffen können. Das bestätigen auch die im Berufungsverfahren einge- reichten Beilagen act. C.10 und C.11; sie sind zwar neu, wiederholen aber nur das, was ohne- hin gilt, nämlich dass Informationen betreffend die Bankbeziehung via die Zedenten beschafft werden können und müssen. Dass die Zedenten als Auftraggeber des Berufungsbeklagten (und damit auch die Zessionarin) sicher oder mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nichts zu fordern hatten, ist – wie ebenfalls bereits ausgeführt (oben E. 5.1 und 5.2) – aus Rechtsgründen anzunehmen, weil durch die "Ummantelung" des schon seit Jahren bei der I.\_\_\_\_\_ deponierten Vermögens der Zedenten weder neue Kundschaft noch neues Geld zuge- führt wurde, was die Voraussetzung für die Bezahlung von Finder's Fees wäre.

#### **E. 6.4.4**

In Bezug auf das Begehren, sämtliche vom Berufungsbeklagten getätigten Bezüge und weitere erhaltene Vermögenswerte samt deren Verwendung offen zu legen, kann dieses nur noch die bestrittenen Finder's Fees betreffen. Angesichts des ausserordentlich weit gefassten Begehrens, inkl. private Unterlagen (act. A.1 Rz. 21 und 23), das der an Sicherheit grenzenden Unwahrscheinlichkeit der Ausrichtung von Finder's Fees für eine längst bestehende Kunden- beziehung mit im Wesentlichen gleichem Vermögen gegenübersteht, entfällt der an sich be- stehende Vorrang der Interessen der Berufungsklägerin als Rechtsnachfolgerin der Auftragge- ber im konkreten Fall. Eine Verpflichtung zur Herausgabe wäre hier nicht verhältnismässig und ist angesichts der konkreten Umstände zu verneinen, womit diesbezüglich ebenfalls ein Nicht- eintretensentscheid zu fällen ist. Ob es – wie der Berufungsbeklagte behauptet – zutrifft, dass Bestätigungen der Banken über ausbezahlte Retrozessionen zusätzlich auch belegen, dass keine weiteren vergleichbaren Entschädigungen an den Berufungsbeklagten geflossen sind (Vollständigkeitserklärung; act. A.2 Rz. 5 lit. c), muss deshalb nicht geklärt werden.

#### **E. 6.5**

Der Vollständigkeit halber sei abschliessend noch auf den vom Berufungsbeklagten erhobenen Einwand eingegangen, wonach er bereits im Jahr 2012 sämtliche Unterlagen betreffend den Geschäftsverkehr mit der I. \_\_\_\_\_ herausgegeben und damit seine Rechenschaftspflicht erfüllt habe.

##### **E. 6.5.1**

So führte der Berufungsbeklagte in der Klageantwort aus, er habe zunächst Anfang 2012 sämtliche Unterlagen (vor allem Kontoauszüge, Gutschrifts- und Belastungsanzeigen der Bank, Vermögensverzeichnisse am Jahresende etc.) dem Steueranwalt der Zedenten übermittelt (RG act. I.2 Rz. 17). Sodann habe er auf Anfrage der Zedentin im Juni 2012, da er über die Unterlagen nicht mehr verfügt habe, nochmals die umfassende Bankdokumentation (Konto- auszüge zweier Bankbeziehungen, Depotauszüge Wertschriftendepot, Belege betreffend Di- videndenzahlungen, Zinsabrechnungen, Fondsausschüttungen, Gebührenabrechnungen,

PKG 2022

##### **E. 6.5.2**

Solch pauschale Bestreitungen, wie sie die Berufungsklägerin vor erster Instanz erhoben hat, genügen nicht: Als Ausgangspunkt unbestritten und überdies belegt (vgl. RG act. III.16) sind Fax-Übermittlungen von insgesamt 514 Seiten vom Berufungsbeklagten an den deut- schen Steueranwalt Dr. Q. \_\_\_\_\_ Anfang des Jahres 2012. Ebenfalls unbestritten ist, dass diese Übermittlungen das Vermögen bei der I. \_\_\_\_\_ betrafen, das der Berufungsbeklagte für die Zedenten verwaltete. Wenn die Zustellung einer Sendung bewiesen ist, greift nach der Recht- sprechung die Vermutung, dass die Sendung das streitige Schriftstück tatsächlich enthalten hat. Diese Vermutung kann vom Empfänger zwar umgestossen werden (BGE 124 V 400 E. 2c). Hierzu bedarf es jedoch konkreter Anhaltspunkte, die Zweifel wecken. Andernfalls ist der Ein- wand, die zugestellte Sendung habe das fragliche Schriftstück nicht enthalten, nicht zu hören (BGer 4D\_84/2007 v. 11.3.2008 E. 2). Dieser Grundsatz wurde im Zusammenhang mit gericht- lichen Zustellungen entwickelt. Aufgrund der identischen Interessenlage rechtfertigt es sich jedoch, ihn auch im Rechtsverkehr zwischen Privaten anzuwenden. Die Berufungsklägerin

hätte sich demnach nicht mit einer pauschalen Bestreitung begnügen dürfen, sondern substantiiert darlegen müssen, inwiefern die Fax-Übermittlungen an den deutschen Steueranwalt unvollständig waren. Dies gilt umso mehr, als der Berufungsbeklagte in seinen persönlichen Notizen, die er damals erstellte, wiederholt die Zustellung sämtlicher Unterlagen vermerkte (vgl. RG act. VIII.3.2). So hielt er am 9. März 2012 fest: "Austausch mit Dr. Q. \_\_\_\_\_ und Frau

PKG 2022

### **E. 7**

/ 13 tend, dass sie die Provision nicht beweisen könne, ohne das Bankgeheimnis zu verletzen, und ersuchte deshalb um Edition der entsprechenden Verträge durch die I. \_\_\_\_\_ (RG act. I.3 Rz. 19).

#### **E. 7.1**

Soweit die Vorinstanz zu Unrecht angenommen hat, der Informationsanspruch sei gegenstandslos geworden, weil der materiell-rechtliche Informationsanspruch der Berufungsklägerin vollumfänglich erfüllt sei, ist die Berufung gutzuheissen. Zu prüfen ist dann allerdings weiter, ob bezogen auf die Klage der Stufe 1 das erforderliche Rechtsschutzinteresse vorliegt, was zu verneinen ist. Die verlangte Prüfung der Begründetheit des Auskunftsanspruches ist daher nicht durchzuführen, sondern auf die Klage in der Stufe 1 ist, soweit sie nicht gegenstandslos geworden ist, nicht einzutreten.

#### **E. 7.2**

Das Berufungsverfahren zum Entscheid der Stufe 2 (Klage auf Verpflichtung zur Erstattung von Bezügen im Zusammenhang mit dem Vermögensverwaltungsauftrag) ist i.S.v. Art. 125 ZPO zu sistieren, bis die Frist für ein Rechtsmittel gegen Dispositiv-Ziff. 1 des vorliegenden Entscheides abgelaufen oder ein allfälliges Rechtsmittel erledigt ist (vgl. Bopp/Bessenich, a.a.O., N 5 zu Art. 85 ZPO; BGE 123 III 140 E. 2c).

PKG 2022

#### **E. 7.3**

Die prozessualen Anträge des Berufungsbeklagten auf Durchführung einer mündlichen Berufungsverhandlung und der Einvernahme einer Zeugin werden mit Blick auf die Klage der Stufe 2 nach Aufhebung der Sistierung behandelt.

#### **E. 7.4**

Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen ist im Zusammenhang mit der Behandlung der Stufe 2 für beide Stufen zu entscheiden (Art. 104 Abs. 1 ZPO). Gleiches gilt für die Anschlussberufung, die einzig die erstinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen betrifft und ebenfalls nach Aufhebung der Sistierung zu behandeln ist. ZK2 19 43 Teilurteil vom 15. Februar 2022

### **E. 8**

/ 13

### **E. 9**

/ 13 bereits bestand (act. A.1 Rz. 13). In Rz. 14 der Berufungsschrift fährt sie fort: "Damit wird deutlich, dass der Beklagte in drei von der Klägerin geltend gemachten Punkten weder Dokumente noch anderweitige Informationen vorlegte", womit entsprechend zu

untersuchen ist, wie die Klage der ersten Stufe diesbezüglich zu entscheiden ist. Der Berufungsbeklagte weist darauf hin, dass das Begehren der Berufungsklägerin in der Berufung um den Zusatz betreffend das Verwaltungshonorar von 3 % des verwalteten Vermögens und die Beibringungskommission für den Abschluss der anteilsgebundenen Lebensversicherung mit der I.\_\_\_\_\_ erweitert worden sei, was als Klageänderung unzulässig sei (act. A.2 Rz. 1). Diesbezüglich ist anzumerken, dass es dafür, was nach Ansicht der Berufungsklägerin nicht gegenstandslos geworden ist, einer Präzisierung bedurfte, welche insoweit zulässig erscheint.

#### **E. 10**

/ 13

#### **E. 11**

/ 13 Kontoeröffnungs-Unterlagen, Vollmachten etc.) bei der I.\_\_\_\_\_ AG in Zürich angefordert, wofür die Bank den Zedenten eine Gebühr von CHF 2'000.00 belastet habe. Er – der Berufungsbeklagte – habe die von der I.\_\_\_\_\_ AG erhaltenen Unterlagen in der Folge der Zedentin weitergeleitet (RG act. I.2 Rz. 18). Was die erste Übermittlung an den deutschen Steueranwalt betrifft, beschränkte sich die Berufungsklägerin in der Replik darauf, die Behauptungen des Berufungsbeklagten zu bestreiten. Mit dem Fax-Protokoll in BB 16 sei nicht belegt, so die Berufungsklägerin, dass das Dossier mit angeblich 514 Kopien an Dr. Q.\_\_\_\_\_ übermittelt worden sei (RG act. I.3 Rz. 37). Die zweite Herausgabe an die Zedenten persönlich wurde von der Berufungsklägerin in der Replik ebenfalls in Abrede gestellt. Diesbezüglich führte sie aus, die Zedenten hätten "von Herrn Dr. Q.\_\_\_\_\_ ausschliesslich eine CD mit ihrer Akte – welche aber nicht vollständig ist – erhalten" (RG act. I.3 Rz. 38), was implizit bedeutet, dass der Rechtsvertreter Dr. Q.\_\_\_\_\_ immerhin in Besitz eines Teils der Bankunterlagen gelangt war. Abgesehen davon hielt die Berufungsklägerin lediglich fest, die Zedenten hätten vom Berufungsbeklagten nie physische bzw. Unterlagen in Papierform erhalten. Es obliege dem Berufungsbeklagten, mittels Postbeleg nachzuweisen, dass dieser die Akten übersandt habe (RG act. I.3 Rz. 38). Zur Post-Quittung vom 3. September 2012, die der Berufungsbeklagte daraufhin mit der Duplik einreichte, um die Zustellung der Bankunterlagen an die Zedenten zu belegen (RG act. I.4 Rz. 21; RG act. III.32), äusserte sich die Berufungsklägerin nicht (vgl. RG act. VII.2 S. 2 und 4).

#### **E. 12**

/ 13 P.\_\_\_\_\_ zwecks Übersendung aller steuerrelevanten Bankkorrespondenzen der Eheleute G./H.\_\_\_\_\_. Erste Auszüge via Fax." In einer weiteren Aktennotiz vermerkte der Berufungsbeklagte: "1. Juni 2012, Telefon von Frau H. Sie wünscht nochmals die gesamte Bankdokumentation der I.\_\_\_\_\_ teilt mit, dass dies jetzt Kosten verursache, teilt mit, dass CHF 2'000.- zu Gunsten [sic] deren Konto gezahlt werden muss. Die Einzahlung erfolgt am 5.6.12. Die Dokumente für die Beziehung Nr. \_\_\_\_\_ und die Beziehung \_\_\_\_\_ werden geliefert. (Termin ca. 2 Wochen)". Dieser Aktennotiz angehängt ist ein Kassenbeleg der I.\_\_\_\_\_ in R.\_\_\_\_\_, der eine Einzahlung von CHF 2'000.00 zugunsten des "S.\_\_\_\_\_", Valutadatum 5. Juni 2012, bestätigt. Diese Urkunden, die der Berufungsbeklagte lange vor der Beendigung der Geschäftsbeziehung und der vorliegenden Auseinandersetzung in seinem persönlichen Rapport sammelte, bestätigen seine Behauptung, wonach er schon im Jahr 2012 zwei Mal die gesamte Bankdokumentation den Zedenten zur Verfügung stellte. Es ist denn auch plausibel, dass die Zedenten und der von ihnen mandatierte deutsche

Steueranwalt sämtliche Bankdokumente einsehen wollten, um im laufenden Steuerstrafverfahren die Interessen zu wahren. Jedenfalls bestehen mit Blick auf die Vorbringen der Parteien in ihren Rechtsschriften und die eingereichten Urkunden keine konkreten Hinweise, dass der Berufungsbeklagte im Jahr 2012 nicht das gesamte Dossier der I.\_\_\_\_\_ den Zedenten und ihrem Rechtsvertreter zustellte. Im Ergebnis ist somit davon auszu- gehen, dass der Berufungsbeklagte seine Rechenschaftspflicht, zumindest was die I.\_\_\_\_\_ be- trifft, bereits zum damaligen Zeitpunkt erfüllte, so dass die Berufungsklägerin sie wiederum mangels Rechtsschutzinteresses nicht erneut geltend machen kann. 7. Fazit

## **E. 13**

/ 13

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.