

# ZH\_GERICHTE HG210223 vom 21. Juni 2023

Zh Gerichte, 2023-06-21, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_gerichte\\_HG210223](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_gerichte_HG210223)

FR: ZH\_GERICHTE HG210223 du 21 juin 2023

IT: ZH\_GERICHTE HG210223 del 21 giugno 2023

## Regeste

Forderung

## Erwägungen

### E. 1

Prozessvoraussetzungen

#### E. 1.1

**Örtliche Zuständigkeit** Die Parteien können für Streitigkeiten aus einem bestimmten Rechtsverhältnis einen Gerichtsstand vereinbaren (Art. 17 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Gemäss Ziffer 26.2 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten vom 12-2016 befindet sich der ausschliessliche Gerichtsstand für sämtliche Streitigkeiten in Bezug auf die gesamte Geschäftsbeziehung am Sitz der Beklagten oder bei der geschäftsführenden Zweigniederlassung (act. 1 Rz. 8; act. 3/8). Die Geschäftsbeziehung der Zedenten wurde durch die Zweigniederlassung der Beklagten in Zürich betreut (act. 1 Rz. 5, 6; act. 3/7; act. 3/9). Die Beklagte hat die örtliche Zuständigkeit zu Recht nicht bestritten (act. 11 Rz. 104). Gestützt auf Art. 17 Abs. 1 Satz 1 ZPO besteht eine örtliche Zuständigkeit im Kanton Zürich.

#### E. 1.2

**Sachliche Zuständigkeit** Die sachliche Zuständigkeit stützt sich auf Art. 6 Abs. 2 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG (act. 1 Rz. 8-11) und ist seitens der Beklagten zu Recht unbestritten geblieben (act. 11 Rz. 104).

#### E. 1.3

**Streitwert** Der Streitwert wird durch das Rechtsbegehren bestimmt; nicht berücksichtigt werden u.a. Zinsen und Kosten des laufenden Verfahrens (Art. 91 Abs. 1 ZPO). Zu letzteren gehören auch die Kosten einer in unmittelbarem Zusammenhang stehenden vorangegangenen Betreuung (VIKTOR RÜEGG/MICHAEL RÜEGG, in: Schweizerische Zivilprozessordnung, Basler Kommentar, 3. Aufl. 2017, N. 5 [Abs. 2] zu Art. 91 ZPO; MATTHIAS STEIN-WIGGER, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], hrsg. von Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger, 3. Aufl. 2016, N. 33 zu Art. 91 ZPO; MARTIN H. STERCHI, in: Schweizerische Zivilprozessordnung, Berner Kommentar, hrsg. von Andreas Güngerich, 2012, N. 10 zu Art. 91 ZPO).

- 12 - Die Klägerin leitete die Betreibungen vom 29. Oktober 2019 und vom 27. Juli 2021 lediglich zur Verjährungsunterbrechung ein (act. 1 Rz. 70; act. 3/34-35) und verlangt vorliegend auch nicht die Beseitigung des Rechtsvorschlags. Damit fehlt es an einem unmittelbaren Zusammenhang. Die Betreuungskosten im verlangten Umfang sowie die

behaupteten Portokosten sind somit ebenfalls streitwertrelevant. Gemäss Rechtsbegehren betragen die Betreuungskosten CHF 360.85 und die Portokosten CHF 15.60 (insgesamt CHF 376.45). Aus den in der Begründung genannten Zahlen ergeben sich Betreuungskosten von CHF 333.85 und Portokosten von CHF 21.90 (insgesamt CHF 355.75; act. 1 Rz. 45, 76). Es ist auf das Rechtsbegehren abzustellen (act. 1 Rz. 13). Der Streitwert beträgt CHF 59'320.45 (act. 1 Rz. 13).

#### **E. 1.4**

Übrige Prozessvoraussetzungen Die übrigen Prozessvoraussetzungen sind erfüllt und geben zu keinen Weiterungen Anlass.

#### **E. 1.5**

Zwischenergebnis Im Ergebnis ist auf die Klage einzutreten.

#### **E. 2**

Anwendbares Recht Die Klägerin macht Ansprüche aus der Geschäftsbeziehung zwischen der Beklagten bzw. ihrer Rechtsvorgängerin und den Zedenten geltend (act. 1 Rz. 18). Da die Zedenten ausländischen Wohnsitz haben, liegt der Streitigkeit ein internationales Verhältnis zugrunde (BGE 135 III 185 E. 3.1 S. 188 m.Hw.). Gemäss Ziffer 8 des Konto-/Depotvertrags unterstand die Geschäftsbeziehung dem schweizerischen Recht (act. 3/13). Die Ansprüche der Klägerin sind deshalb nach schweizerischem Recht zu beurteilen (Art. 116 Abs. 1 IPRG). Zudem berufen sich beide Parteien ausdrücklich auf die Bestimmungen des schweizerischen Rechts. Darin ist eine übereinstimmende Willensbekundung zur Wahl des schweizerischen Rechts zu erblicken (BGE 81 II 175 E. 3 S. 176).

- 13 -

#### **E. 3**

Aktivlegitimation Gestützt auf die Rechtswahlklausel in der schriftlichen Abtretungsvereinbarung vom 28./29. Oktober 2019 untersteht die Abtretung dem schweizerischen Recht (Art. 145 Abs. 1 IPRG). Der Gläubiger kann eine ihm zustehende Forderung ohne Einwilligung des Schuldners durch schriftliche Erklärung abtreten (Art. 164 Abs. 1, Art. 165 Abs. 1 OR). Die Abtretungsvereinbarung erfasst die streitgegenständlichen Ansprüche. Die Zedenten haben diese formgerecht an die Klägerin abgetreten. Die Klägerin ist aktivlegitimiert.

#### **E. 4**

Passivlegitimation Die Absorption der G.\_\_\_\_\_, Zürich, per tt.mm.2001 durch die H.\_\_\_\_\_ SA stellt einen rein inländischen Vorgang dar. Am 1. Juli 2004 ist das Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung vom 3. Oktober 2003 (Fusionsgesetz, FusG) in Kraft getreten (AS 2004 2617). Die Konto-/Depotbeziehung 1 ist noch gestützt auf Art. 748 aOR per tt.mm.2001 auf die H.\_\_\_\_\_ SA übergegangen. Die Beklagte hat die Geschäftsbeziehung unter der Kontonummer 2 per tt.mm.2009 durch Übernahme aller Aktiven und Passiven erworben (Art. 22 Abs. 1 Satz 2 FusG). Die Beklagte ist passivlegitimiert.

#### **E. 5**

Vertragsqualifikation Der Abwicklung von Anlagegeschäften können eine blosser Konto-/Depotbeziehung, eine Anlageberatung oder eine eigentliche Vermögensverwaltung

zugrunde liegen (BGE 144 III 155 E. 2.1 S. 156 m.Hw.; BGE 133 III 97 E. 7.1 S. 102). Die Klägerin ist der Ansicht, es liege ein Anlageberatungsvertrag vor (act. 1 Rz. 26; act. 19 Rz. 9, 19, 47, 54, 58, 74, 89, 93). Die Beklagte bestreitet eine Beratungstätigkeit (act. 11 Rz. 23, 107, 122; act. 27 Rz. 19, 135, 138, 140, 145, 147, 150, 165, 181, 200); sie ist der Ansicht, es liege ein blosses Execution-Only-Verhältnis vor (act. 11 Rz. 24, 76, 107, 119, 122; act. 27 Rz. 19, 31, 135, 138, 140, 145, 147, 150, 151, 152, 165, 181, 200).

- 14 -

### **E. 5.1**

Die Klägerin vertritt zu Recht nicht die Ansicht, dem streitgegenständlichen Verhältnis liege ein Vermögensverwaltungsvertrag zugrunde (act. 11 Rz. 22; act. 19 Rz. 27). Der Vermögensverwaltungsvertrag unterscheidet sich von den beiden anderen möglichen Vertragstypen dadurch, dass der Vermögensverwalter die Anlageentscheide selbstständig trifft (BGE 138 III 755 E. 5.5 S. 764). Entsprechende Behauptungen stellt die Klägerin nicht auf.

### **E. 5.2**

Beim Anlageberatungsvertrag steht die Bank dem Anleger beratend zur Seite, dieser trifft die Anlageentscheide jedoch selber (BGE 144 III 155 E. 2.1.1 S. 156-157 m.Hw.). Der Anlageberater hat dem Anleger Retrozessionen gestützt auf Art. 400 Abs. 1 OR zu erstatten (BGer 4A\_427/2011 v. 29.11.2011 E. 4; SUSAN EMMENEGGER/THIRZA DÖBELI, Bankgeschäfte nach der Krise: Safer, simpler, fairer?, SZW 2018, 639, S. 649). Ein Anlageberatungsverhältnis kann auch ohne formelle Grundlage vorliegen, wenn sich aus einer "andauernden Geschäftsbeziehung zwischen der Bank und dem Kunden ein besonderes Vertrauensverhältnis entwickelt hat, aus welchem der Kunde nach Treu und Glauben auch unaufgefordert Beratung und Abmahnung erwarten darf" (BGE 133 III 97 E. 7.1.2 S. 103, E. 7.2 S. 103). Die Zedenten suchten die Beklagte am 10. Oktober 2011 und am 15. Mai 2013 vor Ort auf (act. 19 Rz. 19; act. 27 Rz. 26; act. 20/36-37; act. 20/39). Am 25. November 2011, 30. November 2012 und 6. Juni 2013 fanden telefonische Kontakte zwischen den Zedenten und ihrem Kundenberater bei der Beklagten statt (act. 1 Rz. 26; act. 19 Rz. 19, 31; act. 3/20; act. 20/38; act. 20/40). Die Kundenkontakte nach dem 31. Dezember 2013 sind für den streitgegenständlichen Zeitraum nicht einschlägig (act. 11 Rz. 30, 109). Die Klägerin behauptet, das Telefongespräch am 6. Juni 2013 habe eine Stunde gedauert (act. 1 Rz. 26; act. 19 Rz. 31, 76; act. 3/20). Gestützt auf die Kundenkontakt-Einträge behauptet die Klägerin weiter sinngemäss, das Telefongespräch am 25. November 2011 habe null Minuten und das Telefongespräch am 30. November 2012 habe fünf Minuten gedauert (act. 19 Rz. 31; act. 20/38; act. 20/40). Die Besprechungen vom 10. Oktober 2011, 25. November 2011 und 15. Mai 2013 hätten folgenden Gegenstand gehabt: "am Depot ist nichts zu än-

- 15 - dern", "mit dem Kunden das Depot angeschaut", "Besprechung des Portfolios", "Für den nächsten Besuch Umschichtungen Asset Allo und Fonds vorschlagen", "wird von einem Berater bei B.\_\_\_\_\_ betreut werden" (act. 19 Rz. 19, 24, 74; act. 20/36-39). Die Beklagte bestreitet, dass die Minutenangaben in den Kundenkontakt-Einträgen der tatsächlichen Gesprächsdauer entsprechen (act. 11 Rz. 108; act. 27 Rz. 153). Die Kundenkontakt-Einträge würden im Zusammenhang mit der Ausführung der ihnen zugrundeliegenden Transaktionen vom System (jeweils) automatisch generiert (act. 11 Rz. 30, 108, Rz. 110; act. 27 Rz. 154). Auf die Behauptungen der Klägerin lässt sie sich

folgendermassen ein: Am 10. Oktober 2011 sei mit den Zedenten über eine mögliche Transferierung der Depotbeziehung gesprochen worden; zudem hätten die Zedenten den Auftrag zum Verkauf von "J.\_\_\_\_\_" zum Kontoausgleich gegeben (act. 27 Rz. 26; act. 20/36-37). Am 25. November 2011 hätten die Zedenten informiert, dass sie ihre Vermögenswerte zu einer anderen Schweizer Bank transferieren lassen würden (act. 27 Rz. 26; act. 20/38). Am 15. Mai 2013 sei das Portfolio der Zedenten in allgemeiner Weise diskutiert worden (act. 27 Rz. 26; act. 20/39). Am 6. Juni 2013 sei eine Zahlung von EUR 5'112.75 an den Steuerberater der Zedenten erfolgt (act. 11 Rz. 31; act. 3/20; act. 12/31 S. 6; act. 12/38). Der Verkauf von Anteilen am J.\_\_\_\_ [Fonds] mit Valuta vom 18. Oktober 2011 (act. 27 Rz. 22; act.12/29 S. 2) und die Überweisung von EUR 5'112.75 am

### **E. 5.3**

Im Ergebnis lag zwischen der Beklagten und den Zedenten eine reine Konto-/Depotbeziehung vor. Sollte bei einigen Investitionen eine punktuelle Anlageberatung stattgefunden haben, ist nicht dargelegt, welche Investitionen und Retrozessionen darauf zurückzuführen sind.

### **E. 6**

Herausgabeanspruch Gemäss Art. 400 Abs. 1 OR hat der Beauftragte "auf Verlangen jederzeit über seine Geschäftsführung Rechenschaft abzulegen und alles, was ihm infolge derselben aus irgendeinem Grunde zugekommen ist, zu erstatten". Soweit ersichtlich, besteht noch keine höchstgerichtliche Rechtsprechung zur Herausgabepflicht bei einer reinen Konto-/Depotbeziehung (sog. Execution-Only-Beziehung; vgl. BGE 138 III 755 E. 5.5 S. 764; RETO ARPAGAU/NATALIE FEUERSTEIN, Herausgabepflicht der Bank für "Bestandspflegekommissionen", [Anmerkung zu] BGer 4A\_127/2012 vom 30. Oktober 2012 [= BGE 138 III 755], ius.focus 2012 Nr. 259; CAROLE GEHRER CORDEY/GION GIGER, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, hrsg. von Claire Huguenin/Markus Müller-Chen, 3. Aufl. 2016, N. 12c zu Art. 400 OR; ANETTE WAYGOOD-WEINER, Rückvergütungen und Interessenkonflikte in der Finanzbranche, 2014, S. 109; offen gelassen in BGer 4A\_601/2021 v. 08.09.2022 E. 7.2). Das hiesige Gericht hat die Frage mit jeweils gleichlautender Begründung (obiter) bejaht (HGer HG190234 v. 05.10.2021, ZR

- 18 - 121 [2022] Nr. 63 E. 2.3 S. 238-240; so auch schon HGer HG150054 v. 15.11.2017 E. 3.2.3): Eine Konto-/Depotbeziehung ist ein gemischter Vertrag aus Hinterlegungsvertrag und Auftrag, wobei die auftragsrechtlichen Elemente überwiegen, weshalb Auftragsrecht anzuwenden ist (BGE 133 III 37 Erw. 2.1 = Pra 96 [2007] Nr. 91; BGE 101 II 117 Erw. 5; BGE 96 II 145 Erw. 2; BGE 94 II 167 Erw. 2). Nach Art. 400 Abs. 1 OR ist der Beauftragte schuldig, auf Verlangen jederzeit über seine Geschäftsführung Rechenschaft abzulegen und alles, was ihm infolge derselben aus irgendeinem Grund zugekommen ist, zu erstatten. Die Ablieferungspflicht betrifft nicht nur diejenigen Vermögenswerte, die der Beauftragte direkt vom Auftraggeber zur Erfüllung des Auftrags erhält, sondern auch indirekte Vorteile, die dem Beauftragten infolge der Auftragsausführung von Dritten zukommen. Der Beauftragte soll durch den Auftrag – abgesehen von einem allfälligen Honorar – weder gewinnen noch verlieren. Er muss daher alle Vermögenswerte herausgeben, welche in einem inneren Zusammenhang zur Auftragsausführung stehen. Behalten darf er nur, was er lediglich bei Gelegenheit der Auftragsausführung, ohne inneren Zusammenhang mit dem ihm erteilten Auftrag, von Dritten erhält. Retrozessi-

onen werden dem Beauftragten ausgerichtet, weil er im Rahmen des Auftrags bestimmte Verwaltungshandlungen vornimmt oder veranlasst; sie fallen im Zusammenhang mit der Verwaltung des Vermögens an und unterliegen der Herausgabepflicht nach Art. 400 Abs. 1 OR (BGE 132 III 460 Erw. 4.1; 137 III 393 Erw. 2.1 je m.w.H.). Die Pflicht zur Ablieferung ist – wie die Rechenschaftspflicht – ein zentrales Element der Fremdnützigkeit des Auftrags. Die Herausgabepflicht lässt sich als Konkretisierung der Treuepflicht nach Art. 398 Abs. 2 OR verstehen. Sie garantiert deren Einhaltung und stellt insofern eine präventive Massnahme zur Wahrung der Interessen des Auftraggebers dar, indem sie der Gefahr vorbeugt, der Beauftragte könnte sich aufgrund der Zuwendung eines Dritten veranlasst sehen, die Interessen des Auftraggebers nicht ausreichend zu berücksichtigen (BGE 138 III 755 Erw. 5.3; 137 III 393 Erw. 2.3; 132 III 460 Erw. 4.2). Wann von einem inneren Zusammenhang der Zuwendung eines Dritten zur Auftragsausführung auszugehen ist, kann nicht für alle Auftragsverhältnisse ein für alle Mal umschrieben werden. Die mit der Herausgabepflicht nach Art. 400 Abs. 1 OR angestrebte Vorbeugung von Interessenkonflikten zur Sicherung der Fremdnützigkeit ist – neben dem damit verbundenen Grundsatz, dass der Beauftragte (abgesehen vom Honorar) durch den Auftrag weder gewinnen noch verlieren soll – der massgebende Gesichtspunkt bei der Beurteilung, ob der Vermögensvorteil dem Beauftragten infolge der Auftragsausübung oder lediglich bei Gelegenheit der Auftragserfüllung, ohne inneren Zusammenhang mit dem ihm erteilten Auftrag, von Dritten zugekommen ist. Bei

- 19 - Zuwendungen Dritter ist ein innerer Zusammenhang schon dann zu bejahen, wenn die Gefahr besteht, der Beauftragte könnte sich dadurch veranlasst sehen, die Interessen des Auftraggebers nicht ausreichend zu berücksichtigen (BGE 138 III 755 Erw. 5.3). Die Funktion von Art. 400 OR erschöpft sich jedoch nicht darin, als Sicherungsnorm gegen Interessenkonflikte zu dienen. Sie nimmt vielmehr unabhängig von allfälligen Interessenkonflikten eine Zuordnung der vermögenswerten Positionen von Auftraggeber und Beauftragtem vor. Der innere Zusammenhang ist nicht nur dann zu bejahen, wenn ein Interessenkonflikt besteht, sondern auch, wenn sie einzig deshalb erfolgt, weil der Empfänger vom Kunden und dank seiner Investition eine Position eingeräumt bekam, die den Zufluss der Zahlung ermöglichte. Die beiden Kriterien des inneren Zusammenhangs und des Interessenkonflikts sind eng miteinander verknüpft, aber nicht gleichzusetzen. Herausgabepflichtig sind neben den Vermögenswerten, die der Beauftragte direkt vom Auftraggeber zur Erfüllung des Auftrags erhält, vielmehr allgemein indirekte Vorteile, die dem Beauftragten infolge der Auftragsausführung von Dritten zukommen. Die Bestimmung ist auf sämtliche Auftragsverhältnisse anwendbar, da sich der Beauftragte nicht ohne die informierte Zustimmung des Auftraggebers auf dessen Kosten bereichern darf (HG150054 Erw. 3.2.3 m.w.H.; zustimmend Emmenegger/Döbeli, Bankgeschäfte nach der Krise: Safer, simpler, fairer?, SZW 2018 S. 649; a.A. Oser/Weber, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl., Basel 2020, Art. 400 N. 14a). Im Schrifttum ist die Frage der Herausgabepflicht bei blossen Konto-/Depotbeziehungen streitig (bejahend EMMENEGGER/DÖBELI, SZW 2018, 639, S. 649; SUSAN EMMENEGGER, Anlagekosten: Retrozessionen im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, in: Susan Emmenegger [Hrsg.], Anlagerecht, SBT 2007 – Schweizerische Bankrechtstagung 2007, Basel 2007, S. 59-127, S. 71; THOMAS JUTZI/KSENIA WESS, Retrozessionen und sonstige Entschädigungen, GesKR 2022, 76, S. 86; THOMAS JUTZI/KSENIA WESS, Die [neuen] Pflichten im Execution-only-Geschäft: Zusammenspiel von FIDLEG und OR, SZW 2019, 589, S. 612; KATHRIN MARIA KÜPPERS, Neuordnung der

Finanzmarktaufsicht im Bereich der bankseitigen Erbringung und Vergütung von Finanzdienstleistungen, Diss. Zürich 2017, S. 96-98; MARTINA REBER, Execution only: Retrozessionen, Auskunft, Verjährung, Besprechung von BGer, 4A\_601/2021, 8.9.2022, AJP 2023, 82, S. 85; ROLF SETHE, MiFID II – Eine Herausforderung für den Finanzplatz Schweiz, SJZ 110 [2014], S. 477-489, S. 487; CORINNE ZELLWEGER-GUTKNECHT, Zur Annahme und Herausgabe von Retrozessionen und anderen Drittvergütungen, in:

- 20 - Rolf Sethe/Thorsten Hens/Hans Caspar von der Crone/Rolf H. Weber (Hrsg.), Anlegerschutz im Finanzmarktrecht kontrovers diskutiert, Zürich/Basel/Genf 2013, S. 213-249, S. 248-249; verneinend ROLF KUHN, Die Pflicht zur Herausgabe von Bestandspflegekommissionen – eine Standortbestimmung nach BGE 138 III 755 [4A\_127/2012 vom 30. Oktober 2012], ZBJV 2013, 436, S. 453-454; DAVID OSER/ROLF H. WEBER, in: Obligationenrecht I, Basler Kommentar, hrsg. von Corinne Widmer Lüchinger/David Oser, 7. Aufl. 2020, N. 14a zu Art. 400 OR; für den Regelfall auch WAYGOOD-WEINER, a.a.O., S. 110-111). Die nachfolgenden Präzisierungen zur Praxis des hiesigen Gerichts führen nicht zu einer grundsätzlichen Neubewertung. Zur Begründung der Herausgabepflicht bei einer reinen Konto-/Depotbeziehung stützt sich das Schrifttum auf BGer 4C.125/2002 v. 27.09.2002 (EMMENEGGER/DÖBELI, SZW 2018, 639, S. 649). In dieser Entscheidung hatte die Beauftragte aufgrund eines im Auftrag des Auftraggebers eingegangenen Leibrentenvertrages erhaltene Gratisaktien diesem gestützt auf Art. 400 Abs. 1 OR herauszugeben (BGer 4C.125/2002 v. 27.09.2002 E. 3.1 und 3.2). Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist allerdings fraglich, ob sich diese Begründung auf die Herausgabe von Retrozessionen bei einem reinen Depotvertrag übertragen lasse (BGer 4A\_601/2021 v. 08.09.2022 E. 7.2). Im Zusammenhang mit der Pflicht zur Herausgabe von Retrozessionen leitet die Rechtsprechung daraus immerhin ab, dass der Beauftragte durch die Ausführung des Auftrags abgesehen von seinem Honorar weder gewinnen noch verlieren darf (BGE 143 III 348 E. 5.1.1 S. 353 = Pra 107 [2018] Nr. 131) und es keine Rolle spielt, ob die Zuwendung nach dem Willen des Dritten ausschliesslich dem Beauftragten zukommen soll oder nicht (BGE 132 III 460 E. 4.1 S. 464-465). Nachfolgend ist getrennt zu prüfen, ob Art. 400 Abs. 1 OR auf blosser Konto-/Depotbeziehungen anwendbar ist (Ziffer 6.1 unten) und ob der erforderliche innere Zusammenhang besteht (Ziffer 6.2 unten).

- 21 -

### **E. 6.1**

Anwendbarkeit von Art. 400 Abs. 1 OR Die Beklagte ist der Ansicht, es sei nicht Auftrags-, sondern Hinterlegungsrecht anzuwenden (act. 11 Rz. 63, 64, 77, 126; act. 27 Rz. 71, 155, 166, 169, 179, 193, 194, 200). Der Konto-/Depotvertrag ist ein gemischter Vertrag (BGE 148 III 115 E. 5 S. 120-121 = Pra 111 [2022] Nr. 91; BGE 142 III 746 E. 2 S. 751 = Pra 107 [2018] Nr. 15; BGE 133 III 37 E. 3.1 S. 40-41 = Pra 96 [2007] Nr. 91; BGE 101 II 117 E. 5 S. 119-120; BGE 96 II 145 E. 2 S. 149; BGE 94 II 167 E. 2 S. 169; BGE 63 II 240 E. 1 S. 242; TOBIAS AGGTELEKY, Zivil- und aufsichtsrechtliche Verhaltenspflichten beim Execution-only-Geschäft, 2022, N 148; HEINRICH HONSELL, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 10. Aufl. 2017, S. 423). Neben hinterlegungsrechtliche enthält er auftragsrechtliche Elemente (BGE 101 II 117 E. 5 S. 119-120; BGE 96 II 145 E. 2 S. 149; BGE 94 II 167 E. 2 S. 169; BGE 63 II 240 E. 1 S. 242; AGGTELEKY, a.a.O., N 148; HONSELL, a.a.O., S. 423). Die auftragsrechtlichen Elemente stehen dabei namentlich bei den Verwaltungshandlungen im Vordergrund (BGE 102 II 297 E. 2b S. 301; BGE 101 II

117 E. 5 S. 119-120; BGE 96 II 145 E. 2 S. 149; BGE 94 II 167 E. 2 S. 169; BGE 63 II 240 E. 1 S. 242; BGer 4A\_436/2020 v. 28.04.2022, E. 5; DANIEL A.

GUGGENHEIM/ANATH GUGGENHEIM, *Les contrats de la pratique bancaire suisse*, 5. Aufl. 2014, S. 201; CARLO LOMBAR-DINI, *Droit bancaire suisse*, 2. Aufl. 2008, Chapitre XXV N 82; SETHE, SJZ 110 [2014], S. 487). Es sind gerade die Verwaltungshandlungen, welche den Anknüpfungspunkt für die Ausrichtung von Retrozessionen bilden (P. CHRISTOPH GUTZ-WILLER, *Rechtsfragen der Vermögensverwaltung*, 2008, S. 199). Regelmässig handelt es sich auch um ein Kommissionsgeschäft (CHRISTIAN LENZ/ANDREAS VON PLANTA, in: *Obligationenrecht I, Basler Kommentar*, hrsg. von Corinne Widmer Lüchinger/David Oser, 7. Aufl. 2020, N. 2 Vor Art. 425-438 OR, N. 2 zu Art. 425 OR; DIETER ZOBL/STEFAN KRAMER, *Schweizerisches Kapitalmarktrecht, Zürich/Basel/Genf 2004*, N 1215; JUTZI/WESS, SZW 2019, 589, S. 596). Die auftragsrechtliche Herausgabepflicht gilt aufgrund von Art. 425 Abs. 2 i.V.m. Art. 400 Abs. 1 OR (JUTZI/WESS, *GesKR 2022*, 76, S. 80; LENZ/VON PLANTA, in: *Basler Kommentar*, N. 6 zu Art. 425 OR; DAVID OSER/ROLF H. WEBER, in: *Basler Kom-*

- 22 - mentar, N. 14a zu Art. 400 OR; ZOBL/KRAMER, a.a.O., N 1216; vgl. auch BGer 4A\_407/2021 v. 13.09.2022 E. 4.2; 4A\_547/2012 v. 05.02.2013 E. 4.1). Demzufolge ist Art. 400 Abs. 1 OR auch auf blosses Konto-/Depotverhältnisse anwendbar.

## **E. 6.2**

**Innerer Zusammenhang** Die Beklagte macht geltend, der innere Zusammenhang setze einen Interessenkonflikt voraus (act. 11 Rz. 69; act. 27 Rz. 83, 89, 166, 194); ein solcher habe beim vorliegenden Execution-Only-Verhältnis weder tatsächlich noch potenziell vorgelegen (act. 11 Rz. 65, 77, 127, act. 27 Rz. 85, 114, 119, 121, 129, 155, 166, 169, 179, 193, 194, 200). Neben den dem Anleger direkt in Rechnung gestellten Kommissionen für die Ausgabe und Rücknahme von Fondsanteilen kann die Bank einen Teil der von den Fondsleitungen dem Fondsvermögen periodisch für die Leitung und Verwaltung des Fonds sowie den Vertrieb der Fondsanteile erhobenen Verwaltungskommission erhalten (Bestandespflegekommission; BGE 138 III 755 E. 4.1 S. 758, E. 5.4 S. 763). Im vorliegenden Fall stehen solche Bestandespflegekommissionen im Vordergrund.

### **E. 6.2.1**

**Interessenkonflikt** Art. 400 Abs. 1 OR soll Interessenkonflikten vorbeugen (BGE 139 III 49 E. 4.1.2 S. 54; BGE 138 III 755 E. 5.3 S. 762; BGE 137 III 393 E. 2.3 S. 397; MATTHIAS NÄNNI/HANS CASPAR VON DER CRONE, *Rückvergütungen im Recht der unabhängigen Vermögensverwaltung*, SZW 2006, 377, S. 379). Ein Interessenkonflikt kann auch bei Bestandespflegekommissionen vorliegen (BGE 138 III 755 E. 8.5 S. 778-779). Bei einem blossen Konto-/Depotverhältnis verneint ein Teil der obergerichtlichen Rechtsprechung und des Schrifttums die Gefahr eines Interessenkonflikts (HGer SG HG.2018.11 v. 12.09.2019 E. 3.3, abrufbar unter <<https://publikationen.sg.ch/rechtsprechung-gerichte/>>; CAROLE GEHRER CORDEY/GION GIGER, in: *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, hrsg. von Claire Huguenin/Markus Müller-Chen, 3. Aufl. 2016, HK, N. 12c zu Art. 400 OR;

- 23 - DAVID OSER/ROLF H. WEBER, in: *Obligationenrecht, Basler Kommentar*, 7. Aufl. 2020, N. 14a zu Art. 400 OR; EMMENEGGER, BRT 2007, S. 71). Demgegenüber bejaht ein anderer Teil des Schrifttums einen Interessenkonflikt auch bei einem reinen

Execution-Only-Verhältnis (AGGTELEKY, a.a.O., N 588; SETHE, SJZ 110 [2014], S. 487; nur ausnahmsweise WAYGOOD-WEINER, a.a.O., S. 110-111). So besteht die Gefahr, dass der Anbieter aus mehreren verfügbaren Plattformen oder Brokern jene wählt, welche ihm höhere Retrozessionen versprechen (HGer ZH HG150054-O v. 15.11.2017 E. 3.2.4.1, abrufbar unter <<https://www.gerichte-zh.ch/entscheide/>>; WAYGOOD-WEINER, a.a.O., S. 110-111) oder er bei einer Konkurrenz der Auftraggeber diese nicht gleich behandelt (JUTZI/WESS, SZW 2019, 589, S. 607-609). Die Treuepflicht gilt auch im Execution-Only-Geschäft (SETHE, SJZ 110 [2014], S. 487; ROLF SETHE, Treuepflichten der Banken bei der Vermögensanlage, AcP 212 [2012], 80, S. 106). Demzufolge besteht auch bei einer blossen Konto-/Depotbeziehung die Gefahr eines Interessenkonflikts, welche eine Herausgabepflicht rechtfertigt.

### **E. 6.2.2**

Zuweisungsnorm Durch die Retrozessionen erhält der Auftragnehmer ein zusätzliches Entgelt (BGE 132 III 460 E. 4.2 S. 465-466; GUTZWILLER, a.a.O., S. 199; JEAN-MARC SCHALLER, Handbuch des Vermögensverwaltungsrechts, 2013, N 350). Der Beauftragte darf jedoch durch die Ausführung des Auftrags abgesehen von seinem Honorar weder gewinnen noch verlieren (BGE 143 III 348 E. 5.1.1 S. 353 = Pra 107 [2018] Nr. 131; BGE 138 III 755 E. 5.3 S. 762-763; BGE 138 III 137 E. 5.3.1 S. 141-142; BGE 132 III 460 E. 4.1 S. 464-465; BGer 4C.125/2002 v. 27.09.2002 E. 3.1; WALTER FELLMANN, in: Berner Kommentar, Band VI/2/4, hrsg. von Heinz Hausheer, 1992, N. 114, 127 zu Art. 400 OR). Der Beauftragte darf nur behalten, was er lediglich bei Gelegenheit der Auftragserfüllung erhalten hat (BGE 138 III 137 E. 5.3.1 S. 141-142; BGE 137 III 393 E. 2.1 S. 395; BGE 132 III 460 E. 4.1 S. 464-465). Die Bestandespflegekommission findet ihre Grundlage ebenfalls in der durch die Geschäftsbeziehung eingeräumte Position der Bank (BGE 138 III 755 E. 5.6 S. 765-766; FABIAN SCHMID, Retrozessionen an externe Vermögensverwalter, 2009, S. 165). Aus dem Grundsatz der Nichtbereicherung ist zu

- 24 - schliessen, dass sich die Funktion von Art. 400 Abs. 1 OR nicht in der Prävention von Interessenkonflikten erschöpft, sondern unabhängig von allfälligen Interessenkonflikten die vermögenswerten Positionen zwischen Auftraggeber und Beauftragtem zuordnet (HGer ZH HG190234 v. 05.10.2021, ZR 121 [2022] Nr. 63 E. 2.3 S. 238-240; HGer ZH HG150054-O v. 15.11.2017 E. 3.2.3; EMMENEGGER, BRT 2007, S. 71). Die Zuweisungsfunktion von Art. 400 Abs. 1 OR spricht für eine Herausgabepflicht bei einer blossen Konto-/Depotbeziehung.

### **E. 6.3**

Zwischenergebnis Da bei einer blossen Konto-/Depotbeziehung ebenfalls die Gefahr einer Interessenkollision besteht und Art. 400 Abs. 1 OR darüber hinaus eine Zuweisungsfunktion hat, besteht ein Herausgabeanspruch der Klägerin gestützt auf Art. 400 Abs. 1 OR.

### **E. 7**

Wirksamer Verzicht auf den Herausgabeanspruch Die Beklagte macht geltend, die Zedenten hätten auf einen allfälligen Herausgabeanspruch wirksam verzichtet (act. 11 Rz. 36, 80; act. 27 Rz. 92, 130, 159, 163, 172, 183, 189, 190, 197, 201). Die Ablieferungspflicht von Art. 400 Abs. 1 OR ist dispositiv (BGE 137 III 393 E. 2.2 S. 396; BGE 132 III 460 E. 4.2 S. 465-466). Der Auftraggeber kann auf den Herausgabeanspruch im Voraus verzichten, wenn er "über die zu erwartenden Retrozessionen vollständig und wahrheitsgetreu informiert" ist und "sein Wille, auf deren Ablieferung zu verzichten aus der Vereinbarung

entsprechend deutlich [klar] hervorgeht" (BGE 137 III 393 E. 2.2 S. 396 [BGE 132 III 460 E. 4.2 S. 465- 466]). Die bundesgerichtliche Rechtsprechung folgt dabei einer vermittelnden Auf- fassung, wonach der Auftraggeber nicht die genaue Höhe der Retrozessionen kennen, jedoch über Informationen zur Berechnungsgrundlage und zur Grössen- ordnung der zu erwartenden Retrozessionen verfügen muss (BGE 137 III E. 2.2 S. 396-397, E. 2.4 S. 398-399; BGer 4A\_427/2011 v. 29.11.2011 E. 4). Ein vo- raussetzungsloser Herausgabeverzicht oder ein vorgängiger Verzicht auf Informa- tion ist nicht wirksam (BGE 137 III 393 E. 2.4 S. 398-399).

- 25 -

### **E. 7.1**

Retrozessionen von 1. Januar 2009 bis 31. Dezember 2010 Der Verzicht auf die Retrozessionen im Zeitraum von 1. Januar 2009 bis 31. Dezember 2010 stützt sich auf Ziffer 9 der Allgemeinen Geschäftsbedingun- gen von Juni 2008. Der Begriff der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) ist ein Rechtsbegriff. Es handelt sich um "Vertragsbestimmungen, die im Hinblick auf den künftigen Ab- schluss einer Vielzahl von Verträgen generell vorformuliert wurden" (BGE 148 III 57 E. 2 S. 59; ähnlich Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb [UWG] vom 2. September 2009, BBl 2008 6151, S. 6177; INGEBORG SCHWENZER/CHRISTIANA FOUNTOULAKIS, Schweizerisches Obligationen- recht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2020, N 44.01). Die Allgemeinen Geschäftsbedin- gungen von Juni 2008 erfüllen diese Begriffsmerkmale. Nicht entscheidend ist im Übrigen, ob die Bedingungen in die Vertragsurkunde aufgenommen oder dieser lediglich angehängt sind (EVA MAISSEN, in: Schweizeri- sches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Band V/1, hrsg. von Magda Streu- li- Youssef, 3. Aufl. 2020, C 301; CHRISTOPH MÜLLER, in: Berner Kommentar, hrsg. von Regina E. Aebi-Müller/Christoph Müller, 2018, N. 275 zu Art. 1 OR; THOMAS PROBST, in: Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb [UWG], hrsg. von Peter Jung/Philippe Spitz, 2. Aufl. 2016, Jung/Spitz, N. 236 zu Art. 8 UWG; vgl. BGer 5A\_86/2021 v. 02.11.2021 E. 3.1.5.1; FLORENT THOUVENIN, in: Bundesge- setz gegen den unlauteren Wettbewerb [UWG], Basler Kommentar, hrsg. von Re- to M. Hilty/Reto Arpagaus, 2013, N. 2 zu Art. 8 UWG).

#### **E. 7.1.1**

Einbeziehung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen von Juni 2008 Zu ihrer Wirksamkeit bedürfen Allgemeine Geschäftsbedingungen der ausdrückli- chen oder konkludenten Übernahme in den Vertrag (BGE 148 III 57 E. 2.1 S. 59 m.Nw.; BGE 118 II 295 E. 2a S. 296). Die Klägerin bestreitet, den Allgemeinen Geschäftsbedingungen von Juni 2008 zugestimmt zu haben (act. 1 Rz. 62; act. 19 Rz. 35, 64).

- 26 -

##### **E. 7.1.1.1**

Die Rechtsvorgängerin der Beklagten stellte die Allgemeinen Geschäfts- bedingungen von Juni 2008 den Zedenten mit Schreiben vom 17. November 2008 zu. Darin wies sie auf die Änderung betreffend Gebühren, Retrozessionen und In- teressenkonflikte hin. Die Klägerin bestreitet in der Replik, dass die Rechtsvorgängerin die Allgemeinen Geschäftsbedingungen von Juni 2008 zugestellt habe (act. 19 Rz. 35, 64). Die Behauptungen der Beklagten sind schlüssig und soweit wie möglich urkund- lich belegt. Bei dieser Sachlage wäre die

Klägerin zu substantiierten Bestreitungen gehalten. Die pauschale Bestreitung der Klägerin, welche noch in der Klage die Zustellung nicht bestritten hat (act. 1 Rz. 28), geht an der Sache vorbei, da die Beklagte eine (physische) Zustellung nicht behauptet. Nach der sog. Zugänglichkeitsregel genügt im Übrigen bereits die Möglichkeit, in einer zumutbaren Weise vom Inhalt der Allgemeinen Geschäftsbedingungen Kenntnis zu nehmen (BGE 148 III 57 E. 2.1.2 S. 59; BGE 139 III 345 E. 4.3 S. 349). Gemäss Ziffer 3 des Vertrages über die Errichtung eines Kontos und Depots vom 17. Januar 1992 und der Vereinbarung E über banklagernde Korrespondenz beauftragten die Zedenten die Rechtsvorgängerin der Beklagten, die für sie bestimmten Mitteilungen anstelle des Versandes durch die Post in ein bei der Bank geführtes, auf ihren Namen lautendes Dossier zu legen und dort aufzubewahren (act. 27 Rz. 37; act. 3/13; act. 28/39). Mit der Ablage im Dossier wurden das Schreiben vom 17. November 2008 und die Allgemeinen Geschäftsbedingungen von Juni 2008 den Zedenten gültig zugestellt (act. 11 Rz. 37; act. 27 Rz. 38, 44). Am 10. September 2009 beauftragten die Zedenten die Rechtsvorgängerin der Beklagten, die banklagernde Korrespondenz für die Periode vom 17. Dezember 2007 bis am 19. August 2009 zu vernichten (act. 27 Rz. 39; act. 28/41). Die Rechtsvorgängerin der Beklagten stellte den Zedenten die Allgemeinen Geschäftsbedingungen von Juni 2008 mit Schreiben vom 17. November 2008 wirksam zu.

- 27 -

#### **E. 7.1.1.2**

Eine ausdrückliche Zustimmung der Zedenten zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen von Juni 2008 liegt nicht vor (act. 1 Rz. 62). Die Einbeziehung neu gefasster Allgemeiner Geschäftsbedingungen muss den Anforderungen an die allgemeinen Einbeziehungsvoraussetzungen genügen (PETER JÄGGI, in: Obligationenrecht, Zürcher Kommentar, Teilband V 1a, hrsg. von Wilhelm Schönenberger/Peter Jäggi, 3. Aufl. 1973, N. 513 zu Art. 1 OR; ROMAN PERRIG in: Ernst A. Kramer/Thomas Probst/Roman Perrig, Schweizerisches Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 2016, N 122). Die Ansicht, wonach einseitige Änderungen gestützt auf eine Änderungsklausel ohne weiteres Geltung erhalten können (JÄGGI, in: Zürcher Kommentar, N. 514 zu Art. 1 OR), ist überholt (BGE 135 III 1 E. 2.5 S. 10; CHRISTOPH MÜLLER, in: Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1–18 OR mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht, Berner Kommentar, 2018, N. 340, 341 zu Art. 1 OR; PERRIG in: Kramer/Probst/Perrig, a.a.O., N 123). Gemäss Art. 6 OR ist jedoch eine stillschweigende Annahme möglich, wenn wegen der besonderen Natur des Geschäftes oder nach den Umständen eine ausdrückliche Annahme nicht zu erwarten ist. Mit dem Konto-/Depotvertrag vom 17. Januar 1992 stimmten die Zedenten den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Rechtsvorgängerin der Beklagten mit der identischen Dokumentennummer 3 zu (act. 27 Rz. 35, 36; act. 3/13; act. 28/39). Ziffer 5 des Konto-/Depotvertrags vom 17. Januar 1992 verweist auf die Allgemeinen Geschäftsbedingungen (act. 27 Rz. 35; act. 3/13). Diese enthalten folgende Änderungs-/Widerspruchsbedingung (act. 27 Rz. 35; act. 28/39): 14. Änderung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen und anderer Bestimmungen der Bank Die Bank behält sich die jederzeitige Änderung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen vor. Diese werden dem Kunden auf dem Zirkularweg oder auf andere geeignete Weise bekanntgegeben und gelten, sofern nicht innert vier Wochen seit Datum der Mitteilung bei der Bank schriftlicher Widerspruch eingeht, als genehmigt. Diese Regelung gilt auch für die

Änderung des Depot-Reglements, der Allgemeinen Kredit- bedingungen sowie der anderen von der Bank erlassenen Sonderbe- stimmungen, Reglemente und Regelungen.

- 28 - Die Klägerin bestreitet die Aushändigung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen an die Zedenten beim Abschluss des Konto-Depotvertrages vom 17. Januar 1992 (act. 19 Rz. 64). Nach der sog. Zugänglichkeitsregel setzt die wirksame Vereinba- rung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen voraus, dass "die zustimmende Partei bei Vertragsschluss zumindest die Möglichkeit hatte, von ihrem Inhalt in ei- ner zumutbaren Weise Kenntnis zu nehmen" (BGE 148 III 57 E. 2.1.2 S. 59). Da die zumutbare Möglichkeit der Kenntnisnahme ausreichend ist, kann offen blei- ben, ob die damaligen (im Zeitpunkt des Vertragsschlusses gültigen) Allgemeinen Geschäftsbedingungen den Zedenten ausgehändigt worden sind. Die pauschale Bestreitung der Klägerin geht deshalb an der Sache vorbei. Gemäss der sog. Ungewöhnlichkeitsregel "sind von der global erklärten Zustim- mung alle ungewöhnlichen Klauseln ausgenommen, auf deren Vorhandensein die zustimmende Partei nicht gesondert aufmerksam gemacht worden ist" (BGE 148 III 57 E. 2.1.3 S. 59-60 m.Nw.). So entspricht es bei Dauerverträgen "der allge- meinen Erwartungshaltung, dass eine Anpassungsklausel mit einem Kündigungs- recht verbunden ist, wenn sie auf einem nicht hinreichend bestimmten Ereignis beruht" (BGE 135 III 1 E. 2.6 S. 11). Ziffer 14 der Allgemeinen Geschäftsbedin- gungen hält einer Ungewöhnlichkeitsprüfung stand, da das Widerspruchsrecht unabhängig vom Änderungsgrund der Allgemeinen Geschäftsbedingungen be- steht (im Gegensatz zum Sachverhalt in BGE 135 III 1 E. 3.3 S. 12-13). Am 1. Juli 2012 trat die Änderung von Art. 8 UWG in Kraft (AS 2011 4909). Auf den Abschluss des Konto-/Depotvertrags vom 17. Januar 1992 ist noch die ur- sprüngliche Fassung vom 19. Dezember 1986 anwendbar (AS 1988 223; nach- folgend Art. 8 aUWG): Art. 8 Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen Unlauter handelt insbesondere, wer vorformulierte allgemeine Ge- schäftsbedingungen verwendet, die in irreführender Weise zum Nach- teil einer Vertragspartei:

a. von der unmittelbar oder sinngemäss anwendbaren gesetz- lichen Ordnung erheblich abweichen oder

b. eine der Vertragsnatur erheblich widersprechende Vertei- lung von Rechten und Pflichten vorsehen

- 29 - Ziffer 14 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen sieht eine Abweichung von der gesetzlichen Regel in Art. 6 OR vor, wonach Stillschweigen grundsätzlich nicht als Zustimmung gilt. Demzufolge ist eine erhebliche Abweichung von der gesetzli- chen Ordnung i.S.v. Art. 8 lit. a aUWG zu prüfen (BGE 117 II 332 E. 5b S. 334). Ein Verstoß gegen Art. 8 aUWG setzt eine Irreführung voraus (BGE 117 II 332 E. 5a S. 333-334; BGer 5C.237/2000 v. 15.02.2001 E. 2c; 4P.52/2000 v. 29.06.2000 E. 3b/bb). Eine solche kann in der Formulierung, der Stellung im Text oder in ihrer grafischen Gestaltung liegen (BGer B 22/00 v. 27.03.2001 E. 6; 4P.52/2000 v. 29.06.2000 E. 3b/bb). Die in der streitgegenständlichen Ziffer ent- haltene Genehmigungsfiktion befindet sich unter dem Titel "Änderung der Allge- meinen Geschäftsbedingungen und anderer Bestimmungen der Bank". Die übr- igen Sätze der Bestimmung lassen keinen unzutreffenden Eindruck über deren Tragweite entstehen (vgl. demgegenüber BGE 119 II 443 E. 1c S. 447-448). Die Klausel ist auch nicht im mit insgesamt drei Sätzen übersichtlichen Absatz ver- steckt. Die Voraussetzungen von Art. 8 aUWG sind deshalb nicht erfüllt (vgl. auch CLAIRE HUGUENIN/EVA MAISSEN, Bedingungsänderungsklauseln, in: Stephan Fuh-

rer/Stephan Weber [Hrsg.]: Allgemeine Versicherungsbedingungen: Fundgrube konsumentenfeindlicher Klauseln oder Quelle kundenorientierten Mehrwerts?, 2011, S. 113). Somit ist nicht entscheidungserheblich, ob die streitgegenständliche offene Änderungsklausel eine hinreichend qualifizierte Abweichung vom Gesetzesrecht darstellt (BGE 117 II 332 E. 5a S. 333-334), welche das Rationalisierungsinteresse der AGB-Verwenderin nicht zu kompensieren vermag (PROBST, in: Kramer/Probst/Perrig, a.a.O., N 538). In Ziffer 14 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen hat die Rechtsvorgängerin der Beklagten mit den Zedenten wirksam eine Genehmigungsfiktion vereinbart. Damit liegen besondere Umstände i.S.v. Art. 6 OR vor, welche bei Stillschweigen auf eine Zustimmung schliessen lassen. Die Parteien legen nicht dar, dass zwischen dem Abschluss des Konto- /Depotvertrags vom 17. Januar 1992 und der Zusendung des Schreibens vom 17. November 2008 mit den Allgemeinen Geschäftsbedingungen von Juni 2008 andere Geschäftsbedingungen (wirksam) vereinbart worden wären. Die Klägerin

- 30 - beruft sich zwar auf den Treuhandvertrag vom 30. Oktober 2007 (act. 1 Rz. 5, 20; act. 19 Rz. 35, 64, 80; act. 3/5), legt jedoch nicht dar, inwiefern dieser den Konto- /Depotvertrag vom 17. Januar 1992 ersetzt haben soll. Der Treuhandvertrag vom 30. Oktober 2007 regelt Kapitalanlagen in Form von Festgeldern im Rahmen der bestehenden Geschäftsbeziehung (act. 27 Rz. 40, 127, 160, 178, 187; act. 3/5). Die (knappen) Bestimmungen des Treuhandvertrags vermögen die Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Konto-/Depotvertrags nicht zu ersetzen. Mangels anderweitiger Behauptungen ist von der Weitergeltung der Änderungsklausel in Ziffer 14 der ursprünglichen Allgemeinen Geschäftsbedingungen auszugehen. Die Zedenten widersprachen den Allgemeinen Geschäftsbedingungen von Juni 2008 innerhalb der Widerspruchsfrist bis am 15. Dezember 2008 nicht (act. 27 Rz. 38, 44, 97). Ihr Schweigen ist als stillschweigende Zustimmung zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen von Juni 2008 zu verstehen.

### **E. 7.1.1.3**

Die Rechtsvorgängerin der Beklagten und die Zedenten haben die Allgemeinen Geschäftsbedingungen von Juni 2008 wirksam vereinbart.

### **E. 7.1.2**

Ungewöhnlichkeitsregel Die Klägerin macht geltend, der umfassende Vorausverzicht sei als ungewöhnlich zu qualifizieren, so dass die Zedenten damit nicht hätten rechnen müssen (act. 1 Rz. 62; act. 19 Rz. 69, 104). In der bisherigen Rechtsprechung zum Verzicht auf die Herausgabe von Retrozessionen hat die Ungewöhnlichkeitsregel, soweit ersichtlich, keine Erwähnung gefunden. Es gilt als ungeklärt, ob durch eine Klausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen auf die Herausgabe von Retrozessionen verzichtet werden kann (ENZO BASTIAN, La restitution de rétrocessions en cas de rapport execution only, Bulletin CEDIDAC n° 93, S. 8). In den einschlägigen höchstgerichtlichen Entscheidungen waren die Verzichtserklärungen in den der Streitigkeit zugrunde liegenden Vermögensverwaltungsverträgen enthalten (vgl. BGE 137 III 393 A.b S. 394; PETER CH. HSU/ERIC STUPP, Retrozessionen sind grundsätzlich dem Kunden abzuliefern, Besprechung des Urteils des Schweizerischen Bundesgerichts

- 31 - 4C.432/2005 vom 22. März 2006, GesKR 2006, 202, S. 206-207). Bei diesen Verzichtserklärungen handelt es sich in der Regel jedoch nicht um ausgehandelte, sondern um im Hinblick auf den künftigen Abschluss einer Vielzahl von Verträgen generell

vorformulierte Vertragsbestimmungen. Der Beauftragte wird diese standardmässig in seinen Verwaltungsverträgen verwenden. Die Verzichtserklärungen erfüllen somit sämtliche Tatbestandsmerkmale von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (Ziffer 7.1 oben). Die Anwendung der Ungewöhnlichkeitsregel setzt zusätzlich eine Globalübernahme voraus. Die Ungewöhnlichkeitsregel ist ein Element der Konsenslehre und konkretisiert das Vertrauensprinzip, weshalb sich nicht bloss die schwächere oder geschäftsunerfahrene Partei darauf berufen kann (BGE 148 III 57 E. 2.1.3.1 S. 60 m.Hw.; BGer 4A\_499/2018 v. 10.12.2018 E. 3.3.2). Vorausgesetzt ist jedoch, dass es sich um eine Globalübernahme handelt (BGE 148 III 57 E. 2.1.3 S. 59-60; BGE 135 III 1 E. 2.1 S. 7; BGE 108 II 416 E. 1b S. 418 = Pra 72 [1983] Nr. 53; MAISSEN, a.a.O., C 306, 313). Erfolgt die Übernahme nicht durch Aufnahme in die Vertragsurkunde, sondern durch Verweisung, ist eine Globalübernahme grundsätzlich zu vermuten (OGer ZH v. 02.08.1988, ZR 90 [1991] Nr. 2 E. II.4; PERRIG in: Kramer/Probst/Perrig, a.a.O., N 155; PETER JÄGGI, Obligationenrecht, Zürcher Kommentar, Teilband V 1a, hrsg. von Wilhelm Schönenberger/Peter Jäggi, 3. Aufl. 1973, N. 465 zu Art. 1 OR; so auch die in BGer 4A\_368/2020 v. 09.02.2021 E. 3.2 wiedergegebenen Ausführungen der Vorinstanz). Die der Rechtsprechung zugrunde liegenden Sachverhalte betreffen jeweils eine Übernahme durch Verweisung (vgl. BGE 119 II 443 E. 1a S. 445-446 = Pra 83 [1994] Nr. 229; BGE 108 II 416 E. 1b S. 418 = Pra 72 [1983] Nr. 53; BGer 4A\_213/2014 v. 26.06.2014 E. 2.3.2; 5C.74/2002 v. 07.05.2002 E. 2c). Aus den bisherigen Leitscheidungen wäre zu schliessen, dass bei einer Aufnahme in die Vertragsurkunde die Voraussetzung einer Globalübernahme durch die Gegenpartei des AGB-Verwenders nachzuweisen wäre. Nach einer im Schrifttum geäusserten Ansicht wäre demgegenüber selbst dann von einer Globalübernahme auszugehen, wenn die Partei die AGB liest, sie jedoch nicht versteht (THOMAS PROBST, in: Kramer/Probst/Perrig, a.a.O., N 88). Diese Fragen sind vorliegend nicht zu klären, da eine Übernahme durch Verweisung und überdies eine banklagernde Zustellung

- 32 - vorliegen. Unstreitig liegt eine Globalübernahme vor. Die Ungewöhnlichkeitsregel ist somit anwendbar.

#### **E. 7.1.2.1**

Die fragliche AGB-Klausel muss für die zustimmende Partei subjektiv ungewöhnlich sein (BGE 148 III 57 E. 2.1.3.2 S. 60-61). Die subjektive Ungewöhnlichkeit beurteilt sich "aus der Sicht des Zustimmungenden im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses" (BGE 138 III 411 E. 3.1 S. 412-413; BGE 135 III 1 E. 2.1 S. 7). Die Beurteilung erfolgt individuell bezogen auf den Einzelfall (BGE 135 III 1 E. 2.1 S. 7; BGE 119 II 443 E. 1a S. 445-446 = Pra 83 [1994] Nr. 229). Branchenübliche Klauseln können für einen Branchenfremden ungewöhnlich, für einen Branchenkenner demgegenüber üblich sein (BGE 148 III 57 E. 2.1.3.2 S. 60-61; BGE 138 III 411 E. 3.1 S. 412-413; BGE 119 II 443 E. 1a S. 445-446 = Pra 83 [1994] Nr. 229). Allerdings schliesst Branchenkenntnis oder Geschäftserfahrung die subjektive Ungewöhnlichkeit auch nicht zwingend aus, denn unter Umständen kann eine Klausel auch für eine solche Person ungewöhnlich sein (BGE 148 III 57 E. 2.1.3.2 S. 60-61; BGer 4A\_499/2018 v. 10.12.2018 E. 3.3.3). Die Beklagte ist der Ansicht, der Zedent sei als (ehemaliger) K.\_\_\_\_-Gebietsleiter mit der Finanzbranche, insbesondere mit der Anlagefondsbranche und deren Vertriebsmodellen, bestens vertraut (act. 11 Rz. 14, 18, 116, 131; act. 27 Rz. 12); ihm seien das provisionsbasierte K.\_\_\_\_-Geschäftsmodell und die Retrozessions-Thematik bestens bekannt (act. 11 Rz. 15, 18, 90, 100, 112; act. 27 Rz. 15,

140, 142, 158, 173, 177, 186, 190). Die Klägerin bestreitet, dass der Zedent ein erfahrener Investor sei (act. 19 Rz. 20, 62, 78); ob man sich in der Schweiz mit dem Thema der Retrozessionen auseinandersetze, dürfte einem in Deutschland lebenden Kunden nicht geläufig sein (act. 19 Rz. 22, 34, 63, 79, 85, 104). Gemäss insoweit unstrittiger Darstellung war der Zedent gelernter Kaufmann und über 20 Jahre beim Finanzdienstleister K. \_\_\_\_\_ tätig, u.a. als Gebietsleiter in L. \_\_\_\_\_ [Stadt in Deutschland] (act. 11 Rz. 13, 18; act. 19 Rz. 10, 20, 23; act. 27 Rz. 8, 21, 125, 137, 140, 143; act. 12/3; act. 12/4). Die Zedentin war für dasselbe Unternehmen tätig (act. 27 Rz. 11, 27, 126, 176, 185; act. 12/4). Das "Formular ..." führt als Beruf des Zedenten "Finanzberater" auf (act. 11 Rz. 13; act. 27 Rz. 9;

- 33 - act. 12/5). Die Klägerin bestreitet, dass der Zedent Finanzberater gewesen sei; der Zedent habe "als Gebietsleiter mit der Akquise von Kunden und nicht mit den Produkten oder dem Aushandeln von Konditionen zu tun" (act. 19 Rz. 23). Die Argumentation der Klägerin, der Zedent sei als Gebietsleiter mit dem provisi- onsbasierten Vergütungssystem nicht in Kontakt gekommen, ist nicht schlüssig. Vielmehr verhält es sich gerade umgekehrt. Durch seine gehobene Stellung hatte der Zedent wesentlich bessere Möglichkeiten zum Einblick in das Vergütungssystem. Zudem ist ein Beförderungssystem üblicherweise so aufgebaut, dass Mitarbeiter als Berater einsteigen und sich zum Gebietsleiter hocharbeiten. Die beiden Tätigkeiten schliessen sich somit nicht aus, sondern bedingen sich gegenseitig. Der Zedent war deshalb mit den Vergütungssystemen vertraut. Daran ändert nichts, dass Provisionen in der Versicherungsvermittlung den Retrozessionen lediglich ähnlich sein sollen, wie die Klägerin geltend macht (act. 19 Rz. 21). Zum einen war der K. \_\_\_\_\_ kein reiner Versicherungsvermittler, sondern ein unabhängiger Finanzdienstleister (act. 11 Rz. 13; act. 12/8). Zum anderen setzt die Branchenkunde nicht voraus, dass die betreffende Person selbst von der entsprechenden Thematik betroffen ist. Es genügt, wenn diese Person aufgrund ihrer Erfahrung damit vertraut ist. Bei der Retrozessions-Problematik handelt es sich auch nicht um eine rein schweizerische Thematik, wenn auch andernorts eher das Schlagwort Kick-Back-Zahlungen geläufig ist. Viele Fondsgesellschaften, welche entsprechende Rückvergütungen gewähren, haben ein ausländisches Domizil. Art. 24 Abs. 8 MiFID II (Richtlinie 2014/65/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2014 über Märkte für Finanzinstrumente sowie zur Änderung der Richtlinien 2002/92/EG und 2011/61/EU, ABl. L 173 v. 12.06.2014, S. 349; SETHE, SJZ 110 [2014], S. 485-486) adressiert die Problematik ebenso wie höchstgerichtliche Rechtsprechung (BGH, Urt. v. 14.01.2014 – XI ZR 355/12, BGHZ 199, 355 = NJW 2014, 924; Urt. v. 19.12.2006 – XI ZR 56/05, BGHZ 170, 226 = NJW 2007, 1876; Urt. v. 19.12.2000 – XI ZR 349/99, BGHZ 146, 235 = NJW 2001, 962). Die Tatsache, dass der Zedent beruflich und privat in Deutschland ansässig war, ist deshalb kein entscheidendes Kriterium.

- 34 - Aufgrund seiner Ausbildung und Berufserfahrung war der Zedent branchenkundig. Im streitgegenständlichen Zeitraum war die Problematik der Kick-Back-Zahlungen innerhalb der interessierten Kreise allgemein bekannt. Die Verzichtsklausel ist deshalb nicht als subjektiv ungewöhnlich zu qualifizieren.

#### **E. 7.1.2.2**

Die fragliche AGB-Klausel muss objektiv einen geschäftsfremden Inhalt aufweisen (BGE 148 III 57 E. 2.1.3.3 S. 61). Die objektive Ungewöhnlichkeit ist zu bejahen, wenn die Klausel "zu einer wesentlichen Änderung des Vertragscharakters führt oder in erheblichem Masse aus dem gesetzlichen Rahmen des Vertragstypus fällt" (BGE 148 III

57 E. 2.1.3.3 S. 61; BGE 138 III 411 E. 3.1 S. 412- 413). Nach ständiger Rechtsprechung ist eine Klausel umso eher als ungewöhnlich zu qualifizieren, je stärker sie "die Rechtsstellung des Vertragspartners beeinträchtigt" (BGE 148 III 57 E. 2.1.3.3 S. 61; BGE 138 III 411 E. 3.1 S. 412-413; BGE 135 III 225 E. 1.3 S. 227-228; BGE 135 III 1 E. 2.1 S. 7; BGE 119 II 443 E. 1a S. 445-446 = Pra 83 [1994] Nr. 229; BGE 109 II 457 E. 4 S. 457). Nach einer im Schrifttum vertretenen Ansicht halten Verzichtserklärungen vor der Ungewöhnlichkeitsregel nicht stand (EMMENEGGER, Anlagekosten, a.a.O., S. 85). Für die Ungewöhnlichkeit spricht, dass der Verzicht auf den Herausgabeanspruch von Art. 400 Abs. 1 OR eine angesichts des fremdnützigen Charakters des Auftragsrechts zentrale Bestimmung betrifft. So ist sie nicht geschäftsfremd in einem engeren Sinne, weicht jedoch in erheblichem Masse von der gesetzlichen Regelung ab. Durch den engen Zusammenhang mit dem Verbot von Interessenkonflikten beeinträchtigt die Verzichtserklärung auch nicht unerheblich die Rechtsstellung des Vertragspartners. Gegen die Ungewöhnlichkeit spricht, dass die Frage trotz inzwischen zahlreicher Beiträge und Rechtsprechung bis anhin lediglich angeschnitten worden ist. Letztlich kann die Frage vorliegend offen bleiben, da jedenfalls die subjektive Ungewöhnlichkeit zu verneinen ist.

#### **E. 7.1.2.3**

Im Ergebnis ist der umfassende Vorausverzicht durch die Zedenten nicht als ungewöhnlich zu qualifizieren.

- 35 -

#### **E. 7.1.3**

Verzichtserklärung Aus der Vereinbarung muss eindeutig der Wille hervorgehen, dass der Auftraggeber auf die Ablieferung der Retrozessionen verzichtet (BGE 132 III 460 E. 4.3 S. 466-467). Ziffer 9 letzter Absatz der Allgemeinen Geschäftsbedingungen von Juni 2008 hat folgenden Wortlaut: "Durch die Annahme der Allgemeinen Geschäftsbedingungen verzichtet der Kontoinhaber ausdrücklich auf jedwede Rechte an diesen durch die Bank erhaltenen Provisionen und bestätigt, dass diese durch die Bank einbehalten werden können." Daraus ergibt sich eindeutig, dass ein Anspruchsverzicht vorliegt.

#### **E. 7.1.4**

Voraussetzung der Wirksamkeit Zur Gültigkeit des Vorausverzichts muss der Auftraggeber "die Parameter kennen, die zur Berechnung des Gesamtbetrags der Retrozessionen notwendig sind und einen Vergleich mit dem vereinbarten Vermögensverwaltungshonorar erlauben. Eine genaue Bezifferung ist bei einem vorgängigen Verzicht nicht möglich, da sich der Gesamtbetrag des verwalteten Vermögens laufend verändert und die genaue Anzahl bzw. der Umfang der durchzuführenden Transaktionen im Zeitpunkt des Verzichts unbekannt ist. Damit der Kunde den Umfang der zu erwartenden Retrozessionen erfassen und dem vereinbarten Honorar gegenüberstellen kann, muss er zumindest die Eckwerte der bestehenden Retrozessionsvereinbarungen mit Dritten sowie die Grössenordnung der zu erwartenden Rückvergütungen kennen. Letzterem Erfordernis wird beim Vorausverzicht Genüge getan, wenn die Höhe der erwarteten Rückvergütungen in einer Prozentbandbreite des verwalteten Vermögens angegeben wird. Das Zusammenspiel dieser beiden Elemente ermöglicht es dem Auftraggeber, im Hinblick auf einen Verzicht sowohl die Gesamtkosten der Vermögensverwaltung zu erfassen als auch die beim Vermögensverwalter aufgrund der konkreten Anreizstrukturen vorhandenen Interessenkonflikte zu erkennen." (BGE 137 III 393 E. 2.4 S. 399-400). Es besteht ein enger Zusammenhang zwischen Ablieferungs-

und Rechen- schaftspflicht des Beauftragten (BGE 132 III 460 E. 4.2 S. 465-466; GUTZWILLER, a.a.O., S. 200). Das Informationserfordernis knüpft ebenfalls am Zurechnungs-

- 36 - charakter von Art. 400 Abs. 1 OR an. Dahinter steht die Überlegung, dass der Auftraggeber mit der Verzichtserklärung einem Entschädigungsmodell zustimmt, wonach er von geringeren direkten Kosten profitiert, im Gegenzug jedoch auf das gesetzlich vorgegebene System zur Vermeidung von Interessenkonflikten verzichtet (BGE 137 III 393 E. 2.4 S. 398-399). Dies setzt voraus, dass "der Auftraggeber den Umfang sowie die Berechnungsgrundlagen der Retrozessionen kennt, die es ihm erlauben, die Kostenstruktur des Vermögensverwaltungsmandats zu erfassen sowie die damit verbundenen Interessenkonflikte des Vermögensverwalters zu erkennen, und er im Wissen darum dem konkreten Entschädigungsmodell zu- stimmt" (BGE 137 III 393 E. 2.4 S. 398; BGer 4A\_427/2011 v. 29.11.2011 E. 4). Die Anforderungen an die Aufklärung sind im Einzelfall unter Mitberücksichtigung der Geschäftserfahrung des Auftraggebers zu bestimmen (BGE 137 III 393 E. 2.5 S. 400).

#### **E. 7.1.4.1**

Die (technischen) Eckwerte der bestehenden Retrozessionsvereinbarun- gen umfassen die Berechnungsparameter (BGE 137 III 393 E. 2.5 S. 400, E. 2.6 S. 401-402). Als solche können sowohl der Bestand der jeweiligen Produkte beim individuellen Kunden als auch deren Gesamtbestand beim Auftragnehmer dienen (BGE 138 III 755 E. 5.4 S. 763-764). Durch die Kenntnis der Eckwerte soll der Auftraggeber "wissen, welche Verwaltungshandlungen und in welchem Ausmass diese von Abreden mit Dritten beeinflusst sein können" (BGE 137 III 393 E. 2.4 S. 398-399 unter Hinweis auf NÄNNI/VON DER CRONE, SZW 2006, S. 383). Dadurch kann er die mit dem Entschädigungsmodell verbundenen Interessenkonflikte er- kennen und verstehen (BGE 137 III 393 E. 2.4 S. 398; BGer 4A\_427/2011 v. 29.11.2011 E. 4). So kann eine transaktionsabhängige Gebühr zu wirtschaftlich nicht angezeigten Umschichtungen des Portfolios, aber auch zur Auswahl einer bestimmten Handelsplattform führen. Die vorliegende Verzichtsklausel verweist auf die "mit dem jeweiligen betroffenen Dritten abgeschlossenen Vereinbarungen", enthält jedoch keine Informationen zu deren Inhalt (act. 3/26). Sodann nennt sie verschiedene Berechnungsgrundlagen, insbesondere Emissions- oder Rückkaufpreise, Vertriebsprovisionen und Wert der Anlagen. Es ist jedoch nicht ersichtlich, welche Berechnungsparameter für welche

- 37 - Produkte relevant sind. Die Verzichtsklausel vermittelt somit keine hinreichende Kenntnis über die Eckwerte der bestehenden Retrozessionsvereinbarungen. Der Herausgabepflicht unterliegen grundsätzlich auch Bestandespflegekommissi- onen (BGE 138 III 755 E. 5.4 S. 763). Hinsichtlich der Bestandespflegekommissio- nen gibt die Verzichtsklausel an, diese würden "im Allgemeinen auf einer jährli- chen Bemessungsgrundlage" beruhen (act. 3/26). Diese Angabe erfolgt damit le- diglich "im Allgemeinen". Ein solcher Wortlaut erlaubt keinen anderen Rück- schluss, als dass es sich um generelle, indikative Angaben handelt. Die Eckwerte müssen sich auf die konkreten Produkte beziehen. Dazu ist ein Hinweis auf eine im Vermögensverwaltungsgeschäft übliche, durchschnittliche Berechnungsgrund- lage nicht hinreichend (BGE 137 III 393 E. 2.6 S. 402; BGE 132 III 460 E. 4.3 S. 466-467; BGer 4A\_427/2011 v. 29.11.2011 E. 4). Die Beklagte behauptet pauschal, den Zedenten seien die Eckwerte der Verein- barungen mit Dritten bekannt gewesen (act. 11 Rz. 121). Die Klägerin bestreitet dies (act. 1 Rz. 39). Die

für die tatsächlichen Grundlagen eines Vorausverzichts behauptungs- und beweisbelastete Beklagte liefert keine Anhaltspunkte, woraus die Klägerin die Eckwerte der Vereinbarungen hätte kennen müssen (BGE 138 III 755 E. 6.3 S. 772-773). Aus der streitgegenständlichen Verzichtsklausel ergeben sich die Eckwerte jedenfalls nicht. Woraus diese sonst ersichtlich gewesen sein sollen, lässt sich aus den beklagischen Ausführungen und Beilagen nicht eruieren. Die streitgegenständliche Verzichtsklausel enthält deshalb keine hinreichenden Informationen über die Eckwerte der Retrozessionsvereinbarungen.

#### **E. 7.1.4.2**

Die Höhe der erwarteten Rückvergütungen in einer Prozentbandbreite des verwalteten Vermögens hängt von der Häufigkeit der Transaktionen ab (BGE 137 III 393 E. 2.4 S. 399-400, E. 2.6 S. 401-402). Bei einem Vorausverzicht ist es nicht möglich, exakte Werte anzugeben (BGer 4A\_355/2019 v. 13.05.2020 E. 3.1). Die Angabe einer Prozentbandbreite vermittelt dem Auftraggeber Kenntnis der Grössenordnung der zu erwartenden Rückvergütungen (BGE 137 III 393 E. 2.4 S. 399-400). Sie ermöglicht es dem Auftraggeber, Kenntnis der Grössen-

- 38 - ordnung der zu erwartenden Rückvergütungen zu erhalten, die Gesamtkosten zu überblicken (BGer 4A\_355/2019 v. 13.05.2020 E. 3.1) und einen aufgrund der konkreten Anreizstrukturen vorhandenen Interessenkonflikt zu erkennen (BGE 138 III 755 E. 6.3 S. 772-773; BGer 4A\_355/2019 v. 13.05.2020 E. 3.1). Bei transaktionsabhängigen Rückvergütungen ergibt sich ein Interessenkonflikt "aus dem damit verbundenen Anreiz des Vermögensverwalters, durch (zu) häufige Transaktionen (sog. Churning) ein Zusatzeinkommen zu erzielen" (BGE 137 III 393 E. 2.3 S. 398; BGE 132 III 460 E. 4.2 S. 465-466). Nach Sinn und Zweck der Anforderungen an einen gültigen Verzicht auf Retrozessionen muss der Auftraggeber "den Umfang der zu erwartenden Retrozessionen erfassen und dem vereinbarten Honorar gegenüberstellen" können (BGE 137 III 393 E. 2.4 S. 399-400). Damit die Grössenordnung der zu erwartenden Retrozessionen anhand einer Prozentbandbreite bestimmbar ist, bedarf es eines dem Kunden bekannten Basiswerts (vgl. BGE 138 III 755 E. 6.3 S. 772). Beim Vermögensverwaltungsvertrag ist dies die Höhe des verwalteten Vermögens (BGE 138 III 755 E. 6.3 S. 772-773). Da vorliegend der Geschäftsbeziehung kein Vermögensverwaltungsverhältnis zugrunde lag, fehlt es an der Höhe des verwalteten Vermögens als Bezugsgrösse. Wesentlich ist jedoch nicht die Angabe des verwalteten Vermögens, sondern die Kenntnis der Berechnungsgrundlage durch den Kunden. Der Wert der Anlagen sowie die Emissions- oder Rückkaufpreise bilden in dieser Hinsicht geeignete Berechnungsgrundlagen, nicht jedoch die in der streitgegenständlichen Verzichtsklausel ebenfalls angesprochenen "für den Vertrieb dieser gemeinsamen Anlagepläne oder Produkte berechneten Provisionen" (act. 3/26). Letztere sind dem Kunden nicht bekannt. Die Verzichtsklausel verweist auf die "mit dem jeweiligen betroffenen Dritten abgeschlossenen Vereinbarungen". Im Übrigen enthält sie lediglich eine einzige numerische Bandbreitenangabe von 0 % bis 1,5 % des Werts der Anlagen. Es kann dahingestellt bleiben, ob die Angabe einer solch grossen Bandbreite dem Kunden noch eine Einschätzung der Grössenordnung erlaubt. Die Angabe bezieht sich nämlich lediglich auf "Investmentfonds, einschließlich insbesondere

- 39 - Hedgefonds, privatem Beteiligungskapital, festverzinslicher Investmentfonds, Eigenkapitalfonds, Immobilienfonds, Dachfonds und strukturierter Produkte". Für den Kunden ist nicht ersichtlich, welche Kosten für ihn bei anderen Produkten anfallen (vgl. BGer 4A\_355/2019 v. 13.05.2020 E. 3.2). An diesen Unsicherheiten ändert der Umstand

nichts, dass sich die Bandbreite der Retrozessionen nachträglich berechnen lässt und der tatsächliche Wert innerhalb dieser Bandbreite liegt, wie die Beklagte darlegt (act. 27 Rz. 56). Die Berechnung gelingt, weil die Anlagen der Zedenten unter die "Investmentfonds, einschließlich insbesondere Hedgefonds, privatem Beteiligungskapital, festverzinslicher Investmentfonds, Eigenkapitalfonds, Immobilienfonds, Dachfonds und strukturierter Produkte" fielen, für welche die Bandbreitenangabe gilt, und überdies keine der Rechtsvorgängerin der Beklagten berechneten Provisionen geflossen zu sein scheinen. Der Umfang des Vorausverzichts muss sich im Zeitpunkt der Verzichtserklärung bestimmen lassen, wenn noch nicht bekannt ist, welche Anlageprodukte erworben werden. Die streitgegenständliche Verzichtsklausel macht nicht hinreichend deutlich, auf welche Produkte sich die angegebene Bandbreite bezieht. Zudem zieht sie mit den der Bank berechneten Provisionen eine den Kunden nicht bekannte Berechnungsgrundlage heran. Dies erlaubt es nicht, die Bandbreite der Retrozessionen mit hinreichender Gewissheit zu berechnen. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass die Zedenten mit der Finanzbranche grundsätzlich vertraut waren.

#### **E. 7.1.4.3**

Da die Beklagte bzw. ihre Rechtsvorgängerin keine hinreichenden Angaben zu den Eckwerten und Bandbreiten liefert, welche die Abschätzung der Höhe des gesamten Honorars erlauben, ist der Verzicht unwirksam.

#### **E. 7.1.5**

Inhaltskontrolle Intertemporalrechtlich erfolgt die Inhaltskontrolle nach Art. 8 aUWG. Ein Verstoß gegen Art. 8 aUWG setzt eine Irreführung namentlich durch die Formulierung, die Stellung im Text oder die grafische Gestaltung voraus (Ziffer 7.1.1.2 oben). Eine irreführende Verwendung ist nicht ersichtlich.

- 40 -

#### **E. 7.1.6**

Zwischenergebnis Der auf Ziffer 9 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen von Juni 2008 gestützte Verzicht auf die Retrozessionen im Zeitraum vom 1. Januar 2009 bis 31. Dezember 2010 ist nicht wirksam. Die Klägerin hat deshalb Anspruch auf die Herausgabe von CHF 10'375.00 (2009) und CHF 12'226.00 (2010).

#### **E. 7.2**

Retrozessionen von 1. Januar 2011 bis 31. März 2013 Der Verzicht auf die Retrozessionen im Zeitraum von 1. Januar 2011 bis 31. März 2013 stützt sich auf Ziffer 13 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Artikel 17 des Depotreglements von Dezember 2010.

#### **E. 7.2.1**

Einbeziehung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen und des Depotreglements von Dezember 2010 Die Klägerin bestreitet, den Allgemeinen Geschäftsbedingungen und dem Depotreglement von Dezember 2010 zugestimmt zu haben (act. 19 Rz. 35, 66). Diese Dokumente wurden den Zedenten mit Schreiben vom Dezember 2010 bankklar gestellt (act. 1 Rz. 29; act. 11 Rz. 38; act. 27 Rz. 38, 42).

#### **E. 7.2.1.1**

Die Klägerin bestreitet die Zustellung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen und des Depotreglements von Dezember 2010 (act. 19 Rz. 66). Gestützt auf die bei Abschluss des

Konto-/Depotvertrags vom 17. Januar 1992 einbezogene Vereinbarung über banklagernde Korrespondenz erfolgte die Zustellung an die Zedenten rechtswirksam (Ziffer 7.1.1.1 oben).

#### **E. 7.2.1.2**

Gemäss Art. 6 OR ist eine stillschweigende Annahme möglich, wenn wegen der besonderen Natur des Geschäftes oder nach den Umständen eine ausdrückliche Annahme nicht zu erwarten ist. Vor Zustellung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen und des Depotreglements von Dezember 2010 haben die Rechtsvorgängerin der Beklagten und die Zedenten die Allgemeinen Geschäftsbedingungen von Juni 2008 wirksam vereinbart (Ziffer 7.1.1.3 oben). Die aktenkundigen Allgemeinen Geschäftsbedingungen von Juni 2008 sind deshalb prozesskonform in das Verfahren eingeführt worden. So-

- 41 - mit ist das Gericht berechtigt, das gesamte Vertragswerk unter Einbeziehung der global übernommenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen von Juni 2008 zu würdigen, auch wenn sich die Parteien lediglich auf einzelne Bestimmungen beziehen (BGer 4A\_455/2021 vom 26.01.2022 E. 5.3.2; 4P.209/2001 v. 04.12.2001 E. 2). Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen von Juni 2008 enthalten folgende Änderungs-/Widerspruchsbedingung (act. 3/26): 19. Änderung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen und der sonstigen Vorschriften der Bank Die Bank behält sich die jederzeitige Änderung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen vor. Diese werden dem Kontoinhaber per Rundschreiben oder auf eine andere geeignete Art und Weise bekanntgegeben und gelten, sofern nicht innert vier Wochen ab dem Datum der Mitteilung bei der Bank ein schriftlicher Widerspruch eingeht, als genehmigt. Diese Bestimmung gilt auch für Änderungen des Depotreglements und andere von der Bank erlassenen [sic!] Sonderbestimmungen, Reglemente und Regelungen. Ziffer 19 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen von Juni 2008 deckt sich abgesehen von redaktionellen Einzelheiten mit Ziffer 14 der mit dem Konto-/Depotvertrag vom 17. Januar 1992 vereinbarten Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Hinsichtlich einer allfälligen Ungewöhnlichkeit sowie einer Inhaltskontrolle der Klausel wird vollumfänglich auf die entsprechenden Ausführungen zu Ziffer 14 der mit dem Konto-/Depotvertrag vom 17. Januar 1992 vereinbarten Allgemeinen Geschäftsbedingungen verwiesen (Ziffer 7.1.1.2 oben). In Ziffer 19 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen von Juni 2008 hat die Beklagte mit den Zedenten wirksam eine Genehmigungsfiktion vereinbart. Damit liegen besondere Umstände i.S.v. Art. 6 OR vor, welche bei Stillschweigen auf eine Zustimmung schliessen lassen. Die Zedenten widersprachen den Allgemeinen Geschäftsbedingungen und dem Depotreglement von Dezember 2010 innerhalb der Widerspruchsfrist nicht (act. 27 Rz. 47, 97). Ihr Schweigen ist als stillschweigende Zustimmung zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen und dem Depotreglement von Dezember 2010 zu verstehen.

- 42 -

#### **E. 7.2.1.3**

Die Beklagte und die Zedenten haben die Allgemeinen Geschäftsbedingungen und das Depotreglement von Dezember 2010 wirksam vereinbart.

#### **E. 7.2.2**

Ungewöhnlichkeitsregel Der umfassende Vorausverzicht durch die Zedenten ist nicht als subjektiv ungewöhnlich zu qualifizieren (Ziffer 7.1.2.2 oben).

#### **E. 7.2.3**

Verzichtserklärung Aus der Vereinbarung muss eindeutig der Wille hervorgehen, dass der Auftraggeber auf die Ablieferung der Retrozessionen verzichtet (BGE 132 III 460 E. 4.3 S. 466-467). Die Beklagte macht geltend, die Allgemeinen Geschäftsbedingungen und das Depotreglement von Dezember 2010 würden eine Verzichtserklärung enthalten (act. 11 Rz. 44; act. 27 Rz. 68, 164, 202). Als Verzichtserklärung kommt Ziffer 13.1 Satz 2 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen 2010 in Frage: "Der Kunde erklärt hiermit ausdrücklich, zu akzeptieren, dass diese Vergünstigungen als Vergütung für die Leistungen, die die Bank dem Kunden erbringt, dieser zustehen." (act. 27 Rz. 65, 68). Die Beklagte beruft sich auch auf Art. 17.1 Abs. 1 a.E.: "[Vergünstigungen], die auf jeden Fall bei der Bank verbleiben." (act. 27 Rz. 66). Nach schweizerischer Auffassung gelten für die Auslegung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen grundsätzlich dieselben Prinzipien wie für ausgehandelte Bestimmungen (BGE 148 III 57 E. 2.2.1 S. 61; BGE 142 III 671 E. 3.3 S. 675). Demnach ist "in erster Linie der übereinstimmende wirkliche Wille der Vertragsparteien und in zweiter Linie, falls ein solcher nicht festgestellt werden kann, die Auslegung der Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips" entscheidend (BGE 148 III 57 E. 2.2.1 S. 61 m.Hw.). Ein übereinstimmender Wille der Vertragsparteien i.S.v. Art. 18 Abs. 1 OR ist weder behauptet noch ersichtlich. Folglich gelangt das Vertrauensprinzip zur Anwendung. Die Willenserklärungen der Parteien sind so auszulegen, "wie sie vom

- 43 - jeweiligen Erklärungsempfänger nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten" (BGE 145 III 365 E. 3.2.1 S. 368). Die Verzichtserklärung stellt ein rechtsaufhebendes Gestaltungsrecht dar. Deshalb ist diese bedingungsfeindlich und unwiderruflich (BGE 108 II 102 E. 2a S. 104). Aus Gründen der Rechtssicherheit bedarf es einer klaren und eindeutigen Erklärung. Nur eine solche entspricht den Vorgaben der Rechtsprechung (BGE 132 III 460 E. 4.3 S. 466-467). Im Gegensatz noch zu Ziffer 9 letzter Absatz der Allgemeinen Geschäftsbedingungen von Juni 2008 fehlt in der streitgegenständlichen Verzichtsklausel das Verb "verzichten" oder eine sinngleiche Formulierung vollkommen. Wenn überhaupt, ergibt sich ein Verzicht erst im Zusammenhang mit dem Nebensatz zweiter Unterordnung am Ende. Dieser enthält jedoch lediglich die Erklärung, die Vergünstigungen würden der Bank als Vergütung für ihre Leistungen zustehen. Ein bewusster Akt des Verzichts ergibt sich daraus nicht. Ebensowenig kann sich eine Verzichtserklärung aus der Feststellung in Art. 17.1 des Depotreglements 2010 ergeben, dass die Vergünstigungen auf jeden Fall bei der Bank verbleiben. Bei der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip ist massgeblich, wie die erklärende Person den Wortlaut im Zeitpunkt der Willenserklärung verstehen konnte und musste. Nachträglich eingetretene Umstände sind nicht zu berücksichtigen (BGE 129 III 675 E. 2.3 S. 680). Unzulässig ist es deshalb, mit der heutigen Kenntnis der Sachlage, insbesondere des Umfangs der Retrozessionen, den damaligen Erklärungen einen Sinn beizumessen, welcher sich damals nicht erkennen liess. Aus der streitgegenständlichen Vereinbarung ergibt sich keine Verzichtserklärung.

#### **E. 7.2.4**

Inhaltskontrolle Sollte die streitgegenständliche Klausel als Verzicht auszulegen sein, stellt sich die Frage der Inhaltskontrolle dieser vorformulierten Vertragsbestimmung. Inter-temporalrechtlich erfolgt die Inhaltskontrolle nach Art. 8 aUWG (Ziffer 7.1.1.2 oben). Ein Verstoss gegen Art. 8 aUWG führt zur zivilrechtlichen Nichtigkeit der

- 44 - Bestimmung (BGer 4A\_404/2008 v. 18.12.2008 E. 5.6.3.2.1; CARL BAUDENBACHER, in: Lauterkeitsrecht, hrsg. von Carl Baudenbacher, 2001, N. 59 zu Art. 8 aUWG).

#### **E. 7.2.4.1**

Ein Verstoß gegen Art. 8 aUWG setzt eine Irreführung voraus (BGE 117 II 332 E. 5a S. 333-334; BGer 5C.237/2000 v. 15.02.2001 E. 2c; 4P.52/2000 v. 29.06.2000 E. 3b/bb). Eine solche kann in der Formulierung, der Stellung im Text oder in ihrer grafischen Gestaltung liegen (BGer B 22/00 v. 27.03.2001 E. 6; 4P.52/2000 v. 29.06.2000 E. 3b/bb). Der streitgegenständlichen Verzichtserklärung fehlt ein eindeutiger Hinweis auf einen rechtsgestaltenden Verzichtswillen. Der Hauptsatz "Der Kunde erklärt hier- mit ausdrücklich, zu akzeptieren" vermittelt den Eindruck, dieser bestätige lediglich, was von Gesetzes wegen sowieso gelte. Dies ist indessen nicht zutreffend, da der Kunde von Gesetzes wegen über einen Herausgabeanspruch gemäss Art. 400 Abs. 1 OR verfügt. Daran vermag der Fettdruck der Klausel nichts zu ändern, da dieser die Formulierung nicht klarer macht. Zudem ist bis auf den letzten Satz die ganze Ziffer 13.1 fett gedruckt. Die Verzichtserklärung sticht deshalb nicht hervor. Die streitgegenständliche Verzichtserklärung befindet sich unter dem Titel "SONSTIGE VERGÜTUNGEN DER BANK". Der Rechtsprechung liegt die Prämisse zugrunde, dass "ohne Rückvergütungen anstelle der indirekten Kosten höhere direkte Kosten in Form von Honoraren anfallen würden" (BGE 137 III 393 E. 2.4 S. 398-399; kritisch dazu AGGTELEKY, a.a.O., N 517, 518; SETHE, SJZ 110 [2014], S. 484-485). Die Vereinbarung über den Verzicht auf die Herausgabe von Retrozessionen und ähnlichen Einnahmen stellt jedoch keine Honorarabrede dar (BGE 132 III 460 E. 4.3 S. 466-467). Im Übrigen wäre das Äquivalenz- und Angemessenheitsverhältnis zwischen den Hauptleistungen der Inhaltskontrolle entzogen (BGer B 160/06 v. 07.11.2007 E. 6.2). Die Nachteiligkeit einer AGB-Klausel lässt sich durch eine Preiskompensation nicht ausschliessen (BAUDENBACHER, in: Lauterkeitsrecht, N. 49 zu Art. 8 aUWG). Die systematische Stellung der Verzichtserklärung weist weder auf den Verzichtskarakter der Klausel hin, noch vermag sie deren unzureichenden Wortlaut zu klären. Letztlich findet sich die un-

- 45 - zutreffende Behauptung bestätigt, die Retrozessionen würden ein der Beklagten zustehendes Honorar darstellen. Das beigelegte Schreiben von Dezember 2010 weist u.a. ausdrücklich auf den Abschnitt "13. Sonstige Vergütungen der Bank" hin, enthält sich indessen einer inhaltlichen Aussage. Ziffer 13.1 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen von Dezember 2010 vermittelt aufgrund von Wortlaut und Systematik einen unzutreffenden Eindruck der Tragweite der (behaupteten) Verzichtserklärung. Die Formulierung der (allfälligen) Verzichtserklärung ist als irreführend i.S.v. Art. 8a UWG zu qualifizieren.

#### **E. 7.2.4.2**

Die Verzichtsklausel derogiert Art. 400 Abs. 1 OR. Die Tatbestandsvariante der Abweichung von der gesetzlichen Ordnung i.S.v. Art. 8 lit. a aUWG ist deshalb erfüllt.

#### **E. 7.2.4.3**

Art. 8 lit. a aUWG verlangt eine erhebliche Abweichung vom dispositiven Gesetzesrecht. Die Erheblichkeit bestimmt sich nach einem quantitativen und einem qualitativen Kriterium, wobei bei gewichtigen Rechten und Pflichten bereits eine geringe Abweichung genügen kann (zum neuen Recht: HELMUT HEISS, in: UWG, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Kommentar, hrsg. von Reto Heizmann/Leander D. Locker, 2018, N. 207 zu Art. 8 UWG). Bei Art. 400 Abs. 1 OR handelt es sich um eine für das

Auftragsrecht zentrale Bestimmung. Der Verzicht auf den Herausgabeanspruch stellt eine qualitativ erhebliche Abweichung dar. Es genügen somit auch bereits geringere Beträge, um die Erheblichkeit zu begründen. Eine Beispielrechnung im Schrifttum zeigt, dass es sich auch in quantitativer Hinsicht um keine Bagatellbeträge handelt (vgl. SETHE, SJZ 110 [2014], S. 484-485). Im vorliegenden Fall liegen die jährlichen Beträge bei überschaubaren, wenn auch günstigen Verhältnissen im Depot stets über CHF 10'000.00. Das Erheblichkeitskriterium ist deshalb erfüllt.

#### **E. 7.2.4.4**

Die gesetzliche Regelung ist zudem um ein Angemessenheitskriterium zu ergänzen (BAUDENBACHER, in: Lauterkeitsrecht, a.a.O., N. 55 zu Art. 8 aUWG). Der Vorausverzicht dient dem berechtigten Rationalisierungsinteresse der Beklag-

- 46 - ten, im häufig telefonisch abgewickelten Massengeschäft nicht bei jeder einzelnen Transaktion einen Verzicht vereinbaren zu müssen (BGH, Urt. v. 14.01.2014 – XI ZR 355/12, BGHZ 199, 355 = NJW 2014, 924, N 46). Dabei ist die Einhaltung der von der Rechtsprechung aufgestellten Voraussetzungen eines Vorausverzichts zu berücksichtigen (vgl. zum Ganzen: BGH, Urt. v. 14.01.2014 – XI ZR 355/12, a.a.O., N 47, 49). Art. 17 des Depotreglements von Dezember 2010 enthält Angaben zu den Eckwerten (Nettoinventarwert) und Bandbreiten der von Dritten erhaltenen Vergünstigungen. Die Rechtsprechung lässt die Angabe von Bandbreiten zu (Ziffer 7.1.4.2 oben). Naturgemäss lassen sich die punktgenauen Werte im Voraus nicht benennen. Eine Angabe für jede einzelne Anlage ist nicht zumutbar. Zudem wäre fraglich, ob eine solche Informationsflut dem Interesse des Auftraggebers noch entspricht. In Kombination mit der Möglichkeit, bei der Bank weitere Angaben zu erhalten, sind die Informationsinteressen des Kunden berücksichtigt. Weitere Voraussetzung ist indessen die klare Verzichtserklärung. Eine unklare Formulierung führt nicht nur dazu, dass diese nicht als Verzicht auszulegen ist, sondern kann den Kunden auch von der Geltendmachung seiner Informationsrechte abhalten. Indem die streitgegenständliche Verzichtsklausel den Eindruck vermittelt, die Vergünstigungen würden von Gesetzes wegen der Bank zustehen, ist für den Kunden der Zweck der erhältlichen Informationen nicht ersichtlich. Ist diesem nicht bewusst, dass er auf einen ihm zustehenden Anspruch verzichtet, wird er wenig Veranlassung sehen, bei der Bank weitere Auskünfte zu verlangen. Im konkreten Fall wiegen die Modalitäten der streitgegenständlichen Verzichtserklärung das Rationalisierungsinteresse der Bank nicht auf. Die Verzichtserklärung ist deshalb unangemessen.

#### **E. 7.2.4.5**

Im Ergebnis ist die streitgegenständliche Verzichtserklärung wegen Verstosses gegen Art. 8 aUWG nichtig.

- 47 -

#### **E. 7.2.5**

Zwischenergebnis Der auf Ziffer 13 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Artikel 17 des Depotreglements von Dezember 2010 gestützte Verzicht auf die Retrozessionen im Zeitraum vom 1. Januar 2011 bis 31. März 2013 ist nicht wirksam. Die Klägerin hat deshalb Anspruch auf die Herausgabe von CHF 11'478.00 (2011) und CHF 11'673.00 (2012).

#### **E. 7.3**

Retrozessionen von 1. April 2013 bis 31. Dezember 2013 Der Verzicht auf die Retrozessionen im Zeitraum von 1. April 2013 bis 31. Dezember 2013 stützt sich auf Ziffer 13 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen von Dezember 2010 und das Depotreglement von März 2013.

### **E. 7.3.1**

Einbeziehung des Depotreglements von März 2013 Die Klägerin bestreitet, dem Depotreglement von März 2013 zugestimmt zu haben (act. 19 Rz. 35, 67). Diese Dokumente wurden den Zedenten mit Schreiben vom 28. März 2013 banklagernd zugestellt (act. 1 Rz. 30; act. 11 Rz. 39; act. 27 Rz. 38, 42, 50).

#### **E. 7.3.1.1**

Die Klägerin bestreitet die Zustellung des Depotreglements von März 2013 (act. 19 Rz. 67). Gestützt auf die bei Abschluss des Konto-/Depotvertrags vom 17. Januar 1992 einbezogene Vereinbarung über banklagernde Korrespondenz erfolgte die Zustellung an die Zedenten rechtswirksam (Ziffer 7.1.1.1 oben). Am 22. November 2013 beauftragten die Zedenten die Beklagte, die banklagernde Korrespondenz für die Periode bis 30. September 2013 zu vernichten (act. 27 Rz. 15; act. 28/43).

#### **E. 7.3.1.2**

Gemäss Art. 6 OR ist eine stillschweigende Annahme möglich, wenn wegen der besonderen Natur des Geschäftes oder nach den Umständen eine ausdrückliche Annahme nicht zu erwarten ist. Vor Zustellung des Depotreglements von März 2013 haben die Beklagte und die Zedenten die Allgemeinen Geschäftsbedingungen von Dezember 2010 wirksam vereinbart (Ziffer 7.2.1.3 oben). Die aktenkundigen Allgemeinen Geschäftsbedingungen von Dezember 2010 sind prozesskonform in das Verfahren eingeführt worden. Somit ist das Gericht berechtigt, das gesamte Vertragswerk unter Einbeziehung der global übernommenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen von Dezember 2010 zu würdigen, auch wenn sich die Parteien lediglich auf einzelne Bestimmungen beziehen (BGer 4A\_455/2021 vom 26.01.2022 E. 5.3.2; 4P.209/2001 v. 04.12.2001 E. 2). Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen von Dezember 2010 enthalten folgende Änderungs-/Widerspruchsbedingung (act. 3/27): 21. ÄNDERUNGEN DER ALLGEMEINEN GESCHÄFTSBEDINGUNGEN Die Bank behält sich das Recht vor, die vorliegenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen jederzeit zu ändern. Diese Änderungen werden dem Kunden in der Regel gemäss den geltenden Adressierungsanweisungen oder durch irgendein anderes geeignetes Mittel mitgeteilt, wenn die Bank dies für erforderlich hält. Widerspricht der Kunde diesen Änderungen nicht innerhalb einer Frist von 30 Tagen nach ihrer Mitteilung, gelten sie als vollständig genehmigt und ersetzen die früheren Versionen. Gemäss der sog. Ungewöhnlichkeitsregel "sind von der global erklärten Zustimmung alle ungewöhnlichen Klauseln ausgenommen, auf deren Vorhandensein die zustimmende Partei nicht gesondert aufmerksam gemacht worden ist" (BGE 148 III 57 E. 2.1.3 S. 59-60 m.Nw.). Einseitige Anpassungsklauseln, welche dem Kunden kein Kündigungsrecht einräumen, müssen "regelmässig sowohl das erwartete Ereignis als auch [den] Umfang der Anpassung" bestimmen (BGE 135 III 1 E. 2.5 S. 10). Während in gewissen Branchen Preisanpassungsklauseln nach einem bestimmten Index üblich sind, gilt dies für sonstige Anpassungsklauseln nicht generell (BGE 135 III 1 E. 2.6 S. 11). Bei der streitgegenständlichen Ziffer 21 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen von Dezember 2010 handelt es sich nicht um eine Preisanpassungsklausel, sondern um ein

umfassendes Recht der Bank zur Anpassung der Geschäftsbedingungen. Ein solches lässt sich nur als üblich qualifizieren, wenn dem Kunden dabei ein Kündigungsrecht zusteht (Ziffer 7.1.1.2 oben). Diesbezüglich ist die Klausel jedoch auslegungsbedürftig.

- 49 - Der zweite Satz von Ziffer 21 erweist sich bei der Auslegung als problematisch. So wird nicht klar, auf welche Satzteile sich die einschränkende Formulierung "in der Regel" und der Nebensatz "wenn die Bank dies für erforderlich hält" beziehen. Der Umstand, dass der Satz nur ein Prädikat aufweist, legt eine Auslegung nahe, wonach sie sich auf den gesamten Hauptsatz beziehen. Demnach erscheint die Zustellung "durch irgendein anderes geeignetes Mittel" nicht lediglich als Ersatz für den Regelfall der "geltenden Adressierungsanweisungen". Vielmehr lässt sich die Einschränkung "in der Regel" dahingehend verstehen, dass die Mitteilung als solche den Regelfall darstellt, von welchem die Bank folgerichtig auch abweichen kann. Der Nebensatz am Ende verstärkt diesen Eindruck zusätzlich. Zudem räumt sich die Bank mit dem Kriterium der Erforderlichkeit einen weiten Ermessensspielraum ein. Für die Kundschaft ist nicht voraussehbar, wie sich die Bank in einem konkreten Fall verhalten wird. Da der zweite Satz von Ziffer 21 die Mitteilung an den Kunden nicht gewährleistet, kann dieser sein Widerspruchsrecht faktisch nicht ausüben. Bei fehlender Mitteilung wird die Anpassungsklausel zum einseitigen umfassenden Änderungsrecht der Bank. Ein solches widerspricht jedoch "der allgemeinen Erwartungshaltung, dass eine Anpassungsklausel mit einem Kündigungsrecht verbunden ist, wenn sie auf einem nicht hinreichend bestimmten Ereignis beruht" (BGE 135 III 1 E. 2.6 S. 11). Nach dem Prinzip der kundenfeindlichsten Auslegung ist die Klausel im dargelegten für den Kunden nachteiligen Sinne auszulegen, wenn diese Auslegung zur Nichteinbeziehung oder Unwirksamkeit der Klausel führt (ARNOLD F. RUSCH, Bitte recht feindlich – zur Auslegung allgemeiner Geschäftsbedingungen, AJP 2014, 203, S. 204-206). Diese Überlegung kann sich auf stichhaltige Gründe stützen. Letztlich kann die Frage offen bleiben, ob das Prinzip der kundenfeindlichsten Auslegung zu übernehmen ist. Dieses würde vorliegend dazu führen, dass der zweite Satz von Ziffer 21 unwirksam ist. Da die übrigen Teile von Ziffer 21 abgrenzbar sind, bleiben sie bei einer Teilunwirksamkeit bestehen (zur Problematik des Teils i.S.v. Art. 20 Abs. 2 OR vgl. RETO PFEIFFER, Vertragliche Rechtsfolge der "Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen" (Artikel 8 UWG), Zü-

- 50 - rich 2021, DOI: 10.38107/023, N 243, 244). Der dritte Satz von Ziffer 21 knüpft das Entstehen des Widerspruchsrechts an die Mitteilung. Gleichzeitig ist die Nichtausübung des Widerspruchsrechts negative Voraussetzung einer Übernahme der neuen Geschäftsbedingungen. Die fehlende Mitteilung verhindert, dass die geänderten Geschäftsbedingungen wirksam werden, da das Widerspruchsrecht nicht zu laufen beginnt. Die Bank kann damit die Vertragsbedingungen nicht ohne Mitteilung und Widerspruchsrecht einseitig ändern. Deshalb bleibt die Genehmigungsfiktion auch bei Unwirksamkeit des zweiten Satzes von Ziffer 21 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen von Dezember 2010 wirksam. Hinsichtlich einer Inhaltskontrolle der Klausel wird vollumfänglich auf die entsprechenden Ausführungen zu Ziffer 14 der mit dem Konto-/Depotvertrag vom 17. Januar 1992 vereinbarten Allgemeinen Geschäftsbedingungen verwiesen (Ziffer 7.1.1.2 oben). In Ziffer 21 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen von Dezember 2010 hat die Beklagte mit den Zedenten wirksam eine Genehmigungsfiktion vereinbart. Damit liegen besondere Umstände i.S.v. Art. 6 OR vor, welche bei Stillschweigen auf eine Zustimmung schliessen lassen. Die Zedenten

widersprachen dem Depotreglement von März 2013 innerhalb der Widerrufsfrist bis 25. April 2013 nicht (act. 27 Rz. 50, 97). Ihr Schweigen ist als stillschweigende Zustimmung zum Depotreglement von März 2013 zu verstehen.

#### **E. 7.3.1.3**

Die Beklagte und die Zedenten haben das Depotreglement von März 2013 wirksam vereinbart.

#### **E. 7.3.2**

Ungewöhnlichkeitsregel Der umfassende Vorausverzicht durch die Zedenten ist nicht als subjektiv ungewöhnlich zu qualifizieren (Ziffer 7.1.2.2 oben).

#### **E. 7.3.3**

Verzichtserklärung Die behauptete Verzichtserklärung ist weiterhin lediglich in Ziffer 13.1 Satz 2 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen 2010 enthalten. Das Depotreglement von - 51 - März 2013 enthält in Art. 17.1 Abs. 1 a.E. eine praktisch gleichlautende - um den Zusatz "in voller Höhe" ergänzte - Formulierung wie das Depotreglement von Dezember 2010 (act. 27 Rz. 69): "[Vergünstigungen], die auf jeden Fall in voller Höhe bei der Bank verbleiben." (act. 3/28). An einer Verzichtserklärung fehlt es deshalb weiterhin (Ziffer 7.2.3 oben).

#### **E. 7.3.4**

Inhaltskontrolle Am 1. Juli 2012 trat die Änderung von Art. 8 UWG in Kraft (AS 2011 4909). Mit Schreiben vom 28. März 2013 stellte die Beklagte lediglich geänderte Depotbestimmungen zu. Da deren Vereinbarung unter neuem Recht erfolgte, ist die aktuelle Fassung von Art. 8 UWG anwendbar (HEISS, in: Heizmann/Loacker, N. 265 zu Art. 8 UWG; PROBST, in: Kramer/Probst/Perrig, a.a.O., N 507). Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen von Dezember 2010 bleiben hingegen unverändert vereinbart. Für Teiländerungen vertritt ein Teil des Schrifttums eine Unterstellung sowohl der geänderten als auch der unveränderten Bestimmungen unter das neue Recht (PROBST, in: Kramer/Probst/Perrig, a.a.O., N 307, 308), jedenfalls wenn eine Zustellung des gesamten AGB-Texts erfolgt (HEISS, in: Heizmann/Loacker, N. 265 zu Art. 8 UWG). Dem Schreiben vom 28. März 2013 lagen vorliegend zwar lediglich die geänderten Depotbestimmungen bei. Indessen nimmt die Beklagte darin ausdrücklich auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Herausgabe von Entschädigungen Bezug (act. 3/28). Die Verzichtserklärung in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen und die Informationen in den Depotbestimmungen 2013 bilden in diesem Zusammenhang ein untrennbares Ganzes. Es entspricht der freien Entscheidung der Beklagten, die Teile mit den Allgemeinen Geschäftsbedingungen unverändert zu lassen. Eine Aufspaltung der Anwendbarkeit von Art. 8 UWG ist deshalb nicht angezeigt. Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen und das Depotreglement 2013 sind gesamthaft nach dem neuen Recht zu prüfen. Gemäss Art. 8 UWG handelt unlauter "insbesondere, wer allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, die in Treu und Glauben verletzender Weise zum Nachteil der Konsumentinnen und Konsumenten ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und den vertraglichen

- 52 - Pflichten vorsehen". Die Bestimmung ermöglicht eine offene Inhaltskontrolle (Botschaft, a.a.O., S. 6177; PROBST, in: Kramer/Probst/Perrig, a.a.O., N 290, 291).

Entsprechende Klauseln sind nichtig (BGer 4A\_404/2008 v. 18.12.2008 E. 5.6.3.2.1;

PROBST, in: Kramer/Probst/Perrig, a.a.O., N 507; PFEIFFER, a.a.O., N 164).

#### **E. 7.3.4.1**

Im Gegensatz zu Art. 32 Abs. 2 ZPO und Art. 120 Abs. 1 IPRG fehlt in Art. 8 UWG die Einschränkung auf "Verträge über Leistungen des üblichen Ver- brauchs, die für den persönlichen oder familiären Gebrauch [der Konsumentin oder] des Konsumenten bestimmt sind". Auch weitere gute Gründe sprechen da- für, die Anwendung von Art. 8 UWG nicht auf Verträge über Leistungen des übli- chen Verbrauchs zu beschränken (BGer 4A\_54/2021 v. 28.10.2021 E. 6.4.2 m.Hw.; HEISS, in: Heizmann/Loacker, N. 141, 142 zu Art. 8 UWG; PROBST, in: Jung/Spitz, N. 286 zu Art. 8 UWG; PROBST, in: Kramer/Probst/Perrig, a.a.O., N 502). Die bundesgerichtliche Rechtsprechung hat die Frage bisher offen gelas- sen, die Anwendbarkeit jedoch nicht ausgeschlossen (BGer 4A\_54/2021 v. 28.10.2021 E. 6.4.2; 4A\_275/2019 v. 29.08.2019 E. 1.4). Da die verschiedenen Rechtsgrundlagen keinem einheitlichen Begriff der Konsumentinnen und Konsu- menten folgen, besteht kein Grund, Art. 8 UWG auf die Leistungen des üblichen Verbrauchs einzuschränken. Die überzeugenderen Gründe sprechen für die An- wendung von Art. 8 UWG auf das vorliegende Vertragsverhältnis.

#### **E. 7.3.4.2**

Die Hauptleistungen unterliegen nicht der Inhaltskontrolle (BGer B 160/06 v. 07.11.2007 E. 6.2; PROBST, in: Kramer/Probst/Perrig, a.a.O., N 466; THOUVENIN, in: Basler Kommentar, N. 94, 95 zu Art. 8 UWG). Namentlich dient die Inhaltskon- trolle nicht der Überprüfung des Preis-Leistungsverhältnisses (THOUVENIN, in: Bas- ler Kommentar, N. 94, 97 zu Art. 8 UWG). Die Vereinbarung über den Verzicht auf die Herausgabe von Retrozessionen und ähnlichen Einnahmen stellt keine Hono- rarabrede dar (Ziffer 7.2.4.1 oben). Demgegenüber unterliegen Nebenabreden der Inhaltskontrolle, auch wenn sie sich auf den Hauptgegenstand beziehen oder preiswirksam sind (HEISS, in: Heizmann/Loacker, N. 166 zu Art. 8 UWG). Die Ver- zichtsklausel ist deshalb nach Art. 8 UWG überprüfbar.

- 53 -

#### **E. 7.3.4.3**

Die entsprechende Klausel muss zu einem erheblichen und ungerechtfertigten Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und den vertraglichen Pflichten führen (BGer 4A\_54/2021 v. 28.10.2021 E. 6.4.3). Nach herrschender Ansicht dient (weiterhin) das dispositive Gesetzesrecht als Referenzmassstab zur Bestimmung des Missverhältnisses (HEISS, in: Heiz- mann/Loacker, N. 193-199 zu Art. 8 UWG). Durch die streitgegenständliche Klau- sel weichen die Parteien von Art. 400 Abs. 1 OR ab. Angesichts der Bedeutung der Bestimmung im Auftragsrecht ist auch die Erheblichkeit zu bejahen (Zif- fer 7.2.4.3 oben). Das Vorliegen eines erheblichen Missverhältnisses begründet die Vermutung der fehlenden Rechtfertigung (HEISS, in: Heizmann/Loacker, N. 210 zu Art. 8 UWG; PROBST, in: Kramer/Probst/Perrig, a.a.O., N 491). Bei der Verhältnismässigkeits- prüfung sind das Rationalisierungsinteresse der Bank und das Informationsinte- resse des Kunden unter Berücksichtigung der Anforderungen an einen wirksamen Verzicht auf den Anspruch von Art. 400 Abs. 1 OR gegeneinander abzuwägen (Ziffer 7.2.4.4 oben). Da es weiterhin an einer eindeutigen Verzichtserklärung fehlt, wiegen die Modali- täten der streitgegenständlichen Verzichtserklärung das Rationalisierungsinteres- se der Bank nicht auf. Die Verzichtserklärung ist deshalb unangemessen.

#### **E. 7.3.4.4**

Im Ergebnis ist die streitgegenständliche Verzichtserklärung wegen Verstosses gegen Art. 8 UWG nichtig.

#### **E. 7.3.5**

Zwischenergebnis Der auf Ziffer 13 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Artikel 17 des De- potreglements von 2013 gestützte Verzicht auf die Retrozessionen im Zeitraum vom 1. April 2013 bis 31. Dezember 2013 ist nicht wirksam. Die Klägerin hat des- halb Anspruch auf die Herausgabe von CHF 13'192.00 (2013).

- 54 -

#### **E. 8**

Nebenforderungen Gemäss Art. 400 Abs. 2 OR sind Gelder, die der Herausgabepflicht unterliegen, zu verzinsen. Die Verzinsungspflicht tritt mit der Fälligkeit ein, ohne dass es eine Mahnung bedarf (FELLMANN, in: Berner Kommentar, N 162, 166 zu Art. 400 OR; OSER/WEBER, in: Basler Kommentar, N. 16 zu Art. 400 OR). Der Zins beträgt 5 % (Art. 104 Abs. 1 OR; FELLMANN, in: Berner Kommentar, N 167 zu Art. 400 OR; OSER/WEBER, in: Basler Kommentar, N. 16 zu Art. 400 OR). Der Herausgabean- spruch wird jeweils mit Erhalt des retrozedierten Betrags durch die Schuldnerin fällig (BGE 143 III 348 E. 5.3.2 S. 358 = Pra 107 [2018] Nr. 131; BGer 4A\_601/2021 v. 08.09.2022 E. 8.1.3 und 8.1.4). Vorliegend ist nicht bekannt, an welchem Tag die Beklagte jeweils welche Rückvergütungen erhalten hat (act. 1 Rz. 72). Die Herausgabeansprüche sind deshalb antragsgemäss ab dem letzten Tag des jeweiligen Kalenderjahres zu 5 % zu verzinsen.

#### **E. 9**

Vorprozessuale Kosten Die Klägerin verlangt Ersatz für Betreibungs- und Portokosten (act. 1 Rz. 45). Gemäss Art. 103 Abs. 1 i.V.m. Art. 102 Abs. 1 OR hat der Schuldner Schadener- satz wegen verspäteter Erfüllung zu leisten, wenn er sich im Verzug befindet. Die Klägerin legt nicht dar, inwiefern sich die Beklagte bereits im Zeitpunkt des ersten Betreibungsbegehrens vom 29. Oktober 2019 in Verzug befunden haben soll (act. 1 Rz. 70; act. 3/34). Insbesondere stellt das Schreiben vom 29. Oktober 2019, mit welchem die Klägerin die Beklagte zur Rechenschaftsablage aufforder- te, keine Mahnung i.S.v. Art. 102 Abs. 1 OR dar (act. 1 Rz. 21; act. 3/14; act. 3/33). Eine Mahnung erfolgte erst durch die Zustellung des Zahlungsbefehls am 8. November 2019 (act. 1 Rz. 70; act. 3/34). Ersatzfähig sind die unbestritten gebliebenen Kosten der weiteren verjährungsun- terbrechenden Betreuung vom 3. August 2021 von CHF 230.55 (act. 1 Rz.45; act. 3/35; act. 3/37). Im Übrigen stimmen die Zahlen- bzw. Summenangaben in Rechtsschrift und Rechtsbegehren nicht überein (Ziffer 1.3 oben). Es ist nicht Aufgabe des Gerichts, Sammelbelege nach allenfalls weiteren ersatzfähigen Kos-

- 55 - ten zu durchforsten (act. 1 Rz. 45, 76; act. 3/33). Die behaupteten Portokosten vom 27. Juli 2021 in mutmasslicher Höhe von CHF 1.00 (gemäss Rechtsbegeh- ren) oder von CHF 7.30 (gemäss Begründung) sind nicht belegt (vgl. act. 3/33), ebensowenig weitere Betreuungskosten von CHF 27.00 (gemäss Rechtsbegeh- ren; vgl. at. 3/32). Die übrigen geltend gemachten vorprozessualen Kosten von CHF 145.90 (CHF 376.45 - CHF 230.55) sind der Klägerin somit nicht zu erset- zen.

#### **E. 10**

Ergebnis Die Beklagte ist zu verpflichten, der Klägerin für erhaltene Retrozessionen CHF 10'375.00 zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 31. Dezember 2009, CHF 12'226.00 zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 31. Dezember 2010, CHF 11'478.00 zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 31. Dezember 2011, CHF 11'673.00 zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 31. Dezember 2012, CHF 13'192.00 zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 31. Dezember 2013 sowie für Betriebskosten CHF 230.55 zu bezahlen. Im Mehrbetrag ist die Klage abzuweisen.

## **E. 11**

Kosten- und Entschädigungsfolgen

### **E. 11.1**

Streitwert Der Streitwert beträgt CHF 59'320.45 (Ziffer 1.3 oben).

### **E. 11.2**

Gerichtsgebühr Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2020 (Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG) und richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert bzw. nach dem tatsächlichen Streitinteresse (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG). Die nach § 4 Abs. 1 GebV OG bestimmte ordentliche Gebühr beträgt beim vorliegenden Streitwert CHF 6'295.64 und ist angesichts des Zeitaufwands und der Schwierigkeit des Falles auf CHF 10'000.00 zu erhöhen (§ 4 Abs. 2 GebV OG).

- 56 - Die Klägerin unterliegt zu weniger als einem Prozent (CHF 145.90). Die Kosten sind deshalb vollumfänglich der Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Sie sind – soweit möglich – aus dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss zu beziehen (Art. 111 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Der Fehlbetrag ist von der Beklagten nachzufordern (Art. 111 Abs. 1 Satz 2 ZPO). Der Klägerin ist für den von ihr geleisteten Kostenvorschuss von CHF 6'300.00 das Rückgriffsrecht auf die Beklagte zu gewähren (Art. 111 Abs. 2 ZPO).

### **E. 11.3**

Parteientschädigung Bei berufsmässig vertretenen Parteien bestimmt sich die Höhe der Parteientschädigung nach der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 (AnwGebV; Art. 95 Abs. 3 lit. b, Art. 96 und Art. 105 Abs. 2 ZPO i.V.m. § 48 Abs. 1 lit. c und Abs. 2 des Anwaltsgesetzes vom 17. November 2003). Sie richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV). Die nach § 4 Abs. 1 AnwGebV bestimmte ordentliche Gebühr beträgt beim vorliegenden Streitwert CHF 6'295.64. In Anwendung von § 11 Abs. 2 AnwGebV ist diese für die Vergleichsverhandlung und die zweite Rechtsschrift insgesamt um gut 40 % auf CHF 9'000.00 zu erhöhen. Der beantragte Mehrwertsteuerzusatz ist nicht zu gewähren, da die fehlende Berechtigung zum Vorsteuerabzug nicht nachgewiesen ist (Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts vom 17. Mai 2006 Ziffer 2.1.1 S. 3 unten; abrufbar unter <https://www.gerichte-zh.ch/kreisschreiben/kreisschreiben.html>; BGer 4A\_552/2015 v. 25.05.2016 E. 4.5). Die Beklagte ist zu verpflichten, der Klägerin eine Parteientschädigung von CHF 9'000.00 zu bezahlen. Das Handelsgericht erkennt:

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