

# ZH\_OBERGERICHT LB090076 vom 13. Januar 2012

ZH Obergericht, 2012-01-13, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LB090076](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LB090076)

FR: ZH\_OBERGERICHT LB090076 du 13 janvier 2012

IT: ZH\_OBERGERICHT LB090076 del 13 gennaio 2012

## Erwägungen

### E. 1

Zum Rechtsbegehren Vorweg ist zu ermitteln, was der Kläger mit seiner Klage konkret bezweckt. Auf den ersten Blick scheint dies klar, die Zahlung von Fr. 100'000.-- und zwar unter dem "Vorbehalt der Nachklage". Aus nicht näher erläuterten "nahe liegenden" Gründen erklärte er, ausdrücklich nicht eine Stufenklage zu erheben; er wollte ein "einheitliches Verfahren". Dies erscheint verwirrend. Rechtsbegehren sind allerdings wie alle Äusserungen der an einem Prozess Beteiligten nach Treu und Glauben auszulegen (§ 50 Abs. 1 ZPO/ZH, analog zu Art. 18 OR: Es kommt auf das vernünftigerweise Gewollte an und nicht darauf, wie eine Partei sich irrtümlich ausdrückt). Der Kläger betonte, dass die Beklagte ihm gegenüber rechenschaftspflichtig sei, dass sie also für den klagerlevanten Zeitraum angeben müsse, welche Zahlungen sie im Zusammenhang mit seinen Anlagen (und denen seiner Familie) erhalten habe. "Zum gegenwärtigen Zeitpunkt" könne er seinen Anspruch nur ganz grob abschätzen und beziffern und darum "beschränken wir uns vorläufig auf eine Klagesumme von Fr. 100'000.--, dies unter dem Vorbehalt der Nachklage". Der "Vorbehalt der Nachklage" hat in der Regel keinen rechtlichen Sinn, auch wenn der Ausdruck nicht selten zu lesen ist und bisweilen sogar mit dem Antrag verbunden wird, das angerufene Gericht möge von diesem Vorbehalt ausdrücklich Vormerk nehmen. Die Teilklage als Institut ist seit jeher anerkannt (Gul-

- 6 - dener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl. 1979, S. 149 Fn 7; Vogel/Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, 8. Aufl. 2006, S. 7 Rz 47; Art. 86 CH-ZPO und Botschaft 2006 S. 7288). Wenn eine Partei (in der Regel aus Kostengründen) eine Teilklage erhebt, ergibt sich dieser Umstand aus der Begründung. Nach Treu und Glauben kann darin nur unter ganz singulären Umständen ein Verzicht auf die Mehrforderung verstanden werden. Und wenn es darum ginge, könnte der drohende unrichtige Anschein mit einem Satz in der Klagebegründung verhindert werden. Die Kammer tritt daher auf Anträge, den Vorbehalt der Nachklage vorzumerken, mangels eines rechtlichen Interesses nicht ein (§ 51 Abs. 1 ZPO/ZH). Dem Kläger geht es aber offenkundig nicht um eine Teilklage. Er klagt nicht vorerst nur einen Teil einer behaupteten bestimmten Forderung ein, sondern er erläutert, dass er den Anspruch nicht beziffern könne, so lange ihm die Beklagte nicht Auskunft über die vereinnahmten Beträge gebe. In dieser Situation ist die vorbehaltlose Bezifferung, wie sie der Kläger jedenfalls dem ersten Anschein nach vornimmt, unzweckmässig. Er müsste vorweg ohne Angabe der Forderungssumme klagen (§ 61 Abs. 2 ZPO/ZH), wobei eine rahmenmässige Bezifferung unter anderem für die Frage der Zuständigkeit sinnvoll ist (und nach dem neuen Prozessrecht verlangt wird: Art. 85 Abs. 1 Satz 2 CH-ZPO). Dabei kann er den Weg der so genannten (gesetzlich nicht geregelten) "Stufenklage" wählen und das Begehren um Auskunft in ein eigenes Rechtsbegehren kleiden, wenn dieser Anspruch direkt aus dem materiellen Recht fliesst. Das Gericht muss dann darüber zuerst formell

entscheiden, welcher Entscheid separat anfechtbar ist (BGE 123 III 143). Er kann aber auch wie vom Prozessrecht vorgesehen unbeziffert klagen und sich die Bezifferung bis nach Vorliegen der Auskünfte des Gegners, in der Regel nach einer Edition im Beweisverfahren, vorbehalten (§ 61 Abs. 2 ZPO/ZH, § 183 ZPO/ZH; für das neue Recht vgl. Art. 85 CH-ZPO und sehr detailliert Isaak Meier, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich 2010, S. 219 ff.). Entgegen der Auffassung der Beklagten ist also die Klage nicht schon darum zum Scheitern verurteilt, weil der Kläger nicht mit einem separaten Rechtsbegehren ihre Verpflichtung zur Auskunftserteilung verlangt hat.

- 7 - Der Kläger will ausdrücklich keine Stufenklage erheben. Warum bei dieser das Verfahren nicht "einheitlich" wäre, wie er offenbar befürchtet, ist nicht ersichtlich, kann aber offen bleiben. Jedenfalls verlangt er nicht mit einem separaten Begehren die Verpflichtung der Beklagten zur Auskunftserteilung. Nach der Begründung seiner Klage ist klar, dass er sich bereits im laufenden Verfahren und nicht etwa erst für einen Folgeprozess eine höhere oder andere Bezifferung vorbehält, sollten die von der Beklagten verlangten Auskünfte, sofern das Gericht eine Abgabepflicht bejaht, einen solchen Anspruch ausweisen. Damit erweist sich seine Klage als gewöhnliche "unbezifferte" Forderungsklage im Sinne von § 61 Abs. 2 ZPO/ZH, auch wenn er einen bestimmten Betrag eingeklagt hat. Wie vorstehend schon erwähnt, reduzierte der Kläger in seiner letzten Stellungnahme den verlangten Betrag auf Fr. 50'000.--, allerdings "unter Protest" und nach wie vor unter dem Vorbehalt der Änderung, da er nicht alle verlangten Auskünfte erhalten habe (dazu ist an gegebener Stelle einzugehen).

### **E. 1.1**

Die Beklagte verneint die klagerechtliche Relevanz der volumenabhängigen Entschädigung und stellt sich auf den Standpunkt, es sei allein zu unterscheiden, aus welchem Grund der Beauftragte Entschädigungen erhalten habe. Als Fondsvertriebsträgerin erbringe sie gestützt auf den Vertriebsvertrag und spezialgesetzliche Vorgaben verschiedenartige, genuine Leistungen zu Gunsten der Fondsleitung, welche diese ohne "Outsourcing" des Vertriebs durch Vertriebsverträge selbst erbringen müsste. Die für diese Dienstleistungen, welche nicht durch die dem Bankkunden verrechneten Gebühren abgegolten seien, von der Fondsleitung ausgerichteten marktüblichen Entschädigungen, die ihren Grund nicht in der Erfüllung des Auftrags des Anlagekunden hätten, sondern auf eine eigenwirtschaftliche bzw. genuine Leistung des Beauftragten zurückzuführen seien und überdies unabhängig von einzelnen Vermögensverwaltungsmandaten bzw. auch bei „execution-only“-Beziehungen ausgerichtet würden, unterstünden daher mangels fehlenden inneren Zusammenhangs nicht der Herausgabepflicht. Sie seien bei Gelegenheit der Auftragsausführung angefallen. Im Gegensatz dazu sei die vom Bundesgericht beurteilte Gegenleistung des unabhängigen Vermögensverwalters zugunsten der Retrozessionen zahlenden Depotbank, nämlich die blosser Zuführung von Kunden, bereits im Rahmen des Vermögensverwaltungsmandates mit dem Kunden geschuldet gewesen. Aus dem Bundesgerichtsurteil ergäben sich keine Anhaltspunkte, welche den Schluss zulassen würden, dass der unabhängige Vermögensverwalter Retrozessionen erhalten habe, weil er ausserhalb des Auftrags mit dem Kunden stehende Leistungen zugunsten der Depotbank erbracht habe.

### **E. 1.2**

Die Bestandespflegekommission entschädige sie sodann nicht nur für konkrete Dienstleistungen unter dem Vertriebsvertrag sondern auch für Aggregie- rungsvorteile (zur Verfügung Stellung des aufgebauten Vertriebsapparates bzw. Zugang zu einem bestimmten Kundenpool). So sei die Höhe des Entschädi- gungssatzes letztlich durch den vom Vertriebssträger geschaffenen Aggregie- rungsvorteil bestimmt, welcher von der Grösse der Bank bzw. ihrer Platzierungs-

- 18 - kraft abhängig sei, weshalb auch diesbezüglich kein innerer Zusammenhang mit den einzelnen Kundengeschäften vorliege. 2. Die Vorinstanz stützte diese Ansicht im Ergebnis und führte aus, die Beklagte stand und stehe unbestrittenermassen in einem doppelten Vertragsver- hältnis, wenn sie für den Kläger Fondsanteile erwerbe. Mit der Fondsleitung habe sie einen Vertriebsvertrag und mit dem Kläger einen Vermögensverwaltungsver- trag geschlossen, wobei beide Verträge dem Auftragsrecht unterstünden. Ge- stützt auf beide Verträge erbringe die Beklagte Leistungen, für welche sie ein Ho- norar beanspruchen dürfe. Der Kläger habe nicht bestritten, dass die Beklagte als Vertriebssträgerin Leistungen erbringe, auch wenn er deren Umfang in Frage ge- stellt habe. Indessen könne dieser Umfang offen bleiben, weil es die objektiv rich- tige Entschädigung für den Vertriebsaufwand nicht gebe. Da die Beklagte Leis- tungen für Fondsanbieter erbringe, für welche sie ein Honorar beanspruchen dür- fe, erweise sich das Kriterium, dass der Beauftragte durch die Ausführung des Auftrags keinen Vorteil ziehen solle, letztlich als untauglich, weil es eine wertneut- rale Abgrenzung zwischen den beiden Honoraransprüchen nicht gebe.

### **E. 1.3**

Da ein Teil der von den Anlegern – direkt oder indirekt – bezahlten Verwaltungskommission von der Fondsleitung aufgrund spezieller Vereinbarun-

- 12 - gen an Vertriebssträger wie die Beklagte weitergeleitet wird (vgl. Ziff. III.2.2), han- delt es sich bei den Bestandespflegekommissionen in ihrer Grundform um Retro- zessionen (vgl. Hsu, Retrozessionen, Provisionen und Finder's Fees, Basel 2006, S. 72; Schmid, Retrozessionen und Anlagefonds, Jusletter vom 21. Mai 2007, S. 3 [zit. Schmid, Jusletter]; Aepli, Retrocessions and other Finder's Fees in the Asset Management and Investment Funds' Fields, S. 37; Emmenegger, Anlage- kosten: Retrozessionen im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, in: Anlagerecht, Emmenegger [Hrsg.], Basel 2007, S. 66 f. [zit. Emmenegger, Anla- gekosten]; a.A. Nobel/Stirnemann, Zur Behandlung von Entschädigungen im Ver- trieb von Anlagefonds- und strukturierten Produkten durch Banken, SZW 5/2007, S. 349, welche aber bei den Bestandespflegekommissionen von einem "Retro- Satz" (S. 346) sprechen; Luchsinger Gähwiler, Der Vertrieb von Fondsanteilen, Diss. Zürich 2004, S. 45 Fn 164). 2. Strittig ist, ob und inwiefern vorstehender auf den unabhängigen Ver- mögensverwalter bezogene Grundsatzentscheid des Bundesgerichtes rechtliche Auswirkungen auf Vergütungen innerhalb der Fondsbranche hat bzw. ob es sich bei den an die Banken von den Fondsleitungen entrichteten Bestandespflege- kommissionen um solche Zahlungen handelt, welche ihnen in ihrer Funktion als Vertriebssträger im Zusammenhang mit der Ausführung des Vermögensverwal- tungsvertrages für den Kunden zugekommen und daher gemäss Art. 400 Abs. 1 OR diesem herauszugeben sind oder ob sie – wie von der Beklagten geltend ge- macht – wegen ihres Entschädigungscharakters lediglich als bei Gelegenheit der Auftragsausführung angefallen zu qualifizieren sind, womit sie nicht von der Ablie- ferungspflicht erfasst wären.

## **E. 2**

Zum rechtlichen Rahmen

### **E. 2.1**

Die Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, den bundesgerichtlichen Erwägungen in BGE 132 III 460 habe ein stillschweigender Verzicht zu Grunde gelegen, weshalb sich das Bundesgericht nur zu den Anforderungen bei einem stillschweigenden, nicht jedoch zu solchen bei einem expliziten Verzicht geäussert habe. Letzteren habe es in einem obiter dictum lediglich angesprochen. Daraus müsse geschlossen werden, dass an einen expliziten Verzicht auf Rechenhaft und Ablieferung geringere Anforderungen zu stellen seien und dass ein solcher grundsätzlich auch dann gültig sei, wenn der Verzichtende das Ausmass der Retrozessionen nicht kenne. Für einen expliziten Verzicht sei ausreichend, wenn die Retrozessionen im Vermögensverwaltungsvertrag klar zum Thema gemacht worden seien und vereinbart worden sei, dass diese vom Vermögensverwalter einbehalten werden dürften. Wer sich nach der Höhe nicht erkundige, verletzete seine Frageobliegenheit und könne nicht behaupten, er läge nur dann ein gültiger Verzicht vor, wenn ihm Angaben über die Höhe gemacht worden wären. Daher liege ein zumindest teilweiser Verzicht auf Ablieferung von Bestandespflegekommissionen gestützt auf die von V am 15. März 2005, von M am 16. September 2006, vom Kläger am 17. September 2006 und von S am 17. Dezember 2006 unterzeichneten Vermögensverwaltungsverträge vor, welche eine Einverständnisklausel enthalten, dass alle Entschädigungen, wie z.B. Vertriebskommis-

- sionen, welche die Beklagte von Dritten erhalte, von ihr einbehalten und als zusätzliche Entschädigung betrachtet werden können.

### **E. 2.2**

Ein Verzicht ergebe sich sodann auch aus dem Kollektivanlagevertrag und dessen Bestandteilen. So müsse gemäss Art. 34 Abs. 2 i.V.m. Art. 38 Abs. 5 und 6 KKV im Fondsvertrag geregelt sein, ob Vertriebsentschädigungen aus der Verwaltungskommission entrichtet werden dürfen und im Fondsprospekt müsse deren beabsichtigte Verwendung für den Vertrieb offengelegt werden. Ähnlich sei dies schon gemäss Art. 7 Abs. 3 lit. e AFG und Art. 6 Abs. AFV geregelt gewesen. Soweit Vertriebsentschädigungen von Fondsleitungen an die Beklagte bezahlt worden seien, sei dies daher in den Fondsdokumenten offengelegt und vom Anleger mit der Zeichnung der Fondsanteile bzw. mit Abschluss des Fondsvertrages akzeptiert worden, was e contrario bedeute, dass er gleichzeitig auf deren Ablieferung sowohl unter dem KAG als auch unter dem AFG explizit verzichtet habe und zwar in Kenntnis der maximalen Höhe der Bestandespflegekommission, da diese zwingend nicht höher sein könne als die Verwaltungskommission, aus welcher sie entrichtet werde. 3. Der Kläger bestreitet einen gültigen Verzicht und macht zusammenfassend geltend, dass sich aus den Fondsdokumenten einerseits keine vom Bundesgericht geforderte ausdrückliche und eindeutige Verzichtserklärung ergebe. Ausserdem enthielten diese keine Anhaltspunkte, welche im Sinne der vollständigen und wahrheitsgetreuen Information zumindest die notwendige Abschätzbarkeit der Retrozessionshöhe erlaubt hätten. Letzteres gelte auch für die erwähnten und vage formulierten Vermögensverwaltungsverträge.

### **E. 2.3**

Grundsätzlich unbestritten ist die beklagliche Darstellung hinsichtlich der Bemessung der Bestandespflegekommission. Dabei wird der vertriebsvertragliche Entschädigungssatz (Retro-Satz) multipliziert mit dem Wert aller an einem bestimmten Stichtag in den Depots der Bank (bzw. Bankgruppe) lagernden und unter die Vertriebsvereinbarung fallenden Fondsprodukte des betreffenden Anbieters. Die Bestandespflegekommission wurde von der Beklagten nicht für einzelne Transaktionen bzw. nicht pro Kunde und Anlageeinheit erfasst, sondern für den gesamten von ihr gehaltenen Anlagebestand den entsprechenden Produkthanbietern in Rechnung gestellt. Die Beklagte reichte zahlreiche mit Fondsanbietern (Dritte und Konzerngesellschaften) geschlossenen Vertriebsverträge inkl. Anhänge ins Recht. Aus diesen sind die Basissätze der Entschädigung für die Anlageprodukte ersichtlich, nicht jedoch die Grösse, mit welcher diese zur Berechnung der Bestandespflegekommission zu multiplizieren sind (so z.B. durchschnittliches Nettovermögen der einzelnen Kompartimente des Fonds). Durch die Offenlegung der Vertriebsverträge

- 9 - ge erachtete der Kläger die Rechenschaftspflicht der Beklagten nach Art. 400 Abs. 1 OR als in einem wesentlichen Bestandteil erfüllt, wobei er sie jedoch als insofern ungenügend ansah, als einerseits nicht sämtliche Anhänge eingereicht worden seien und andererseits aus den Dokumenten zwar die Basissätze der jeweiligen Fonds, nicht jedoch die von der Beklagten bezogenen Bestandespflegekommissionen innerhalb des durch die Vertriebsverträge gesetzten Rahmens ersichtlich seien. Deren Höhe könne nur die Beklagte errechnen.

#### **E. 2.4**

Der Kläger hält in der Berufung an seinem Standpunkt fest, wonach die vom Bundesgericht im Retrozessions-Urteil (BGE 132 III 460) statuierten Grundsätze zur Rechenschafts- und Ablieferungspflicht des unabhängigen Vermögensverwalters analog für Banken gelte, die ihrerseits mit Kunden einen Vermögensverwaltungsvertrag abgeschlossen hätten und von Dritten bei der Erfüllung des Kundenauftrags Entschädigungen erhielten. Prozessthema in der Berufung sind Entschädigungen von Produkthanbietern im Bereich Anlagefonds und strukturierte Produkte, deren Anteile die Bank im Kundendepot platzierte, sowie Kommissionen von Brokern im Zusammenhang mit dem Erwerb von Wertschriften an ausländischen Börsen. Ob abgabepflichtige Vertriebsentschädigungen bei der Platzierung von alternativen Anlagen (nicht traditionelle Anlagefonds, v.a. Hedge Funds) bezahlt wurden, wurde in der Berufung nicht mehr aufgegriffen. Der Kläger hat seine entsprechenden Behauptungen in der Berufungsbegründung mit keinem Wort erneuert, auch nicht in der Berufungsreplik nach entsprechendem Hinweis der Beklagten in der Berufungsantwort. Sodann liess er die diesbezügliche vorinstanzliche Erwägung unangefochten. Die Beklagte ihrerseits bestreitet, dass die Voraussetzungen gemäss Art. 400 Abs. 1 OR vorliegend gegeben sind und stellt einen Herausgabeanpruch und damit einhergehend eine Pflicht zur Rechenschaftslegung in Abrede. Zusammenfassend macht sie geltend, die vorliegende Konstellation sei eine andere als jene vom Bundesgericht im Retrozessions-Urteil beurteilte, in welcher der unabhängige Vermögensverwalter von der Bank Retrozessionen für die Zuführung eines Kunden, welche Handlung bereits gestützt auf den Vermögensverwaltungsvertrag mit dem Kunden geschuldet gewesen sei, und einen Anteil an der

- 10 - von der Bank auf dem zugeführten Vermögen verdienten Kommission erhalten habe. Bei der vorliegend fraglichen Entschädigung handle es sich jedoch um ein Honorar für

gestützt auf Vertriebsverträge mit der Fondsleitung geschuldete und somit eigenständige, genuine Leistungen der Bank beim Vertrieb von Finanzprodukten. Ebenso habe sie teilweise für ihre genuinen Leistungen bei der Entwicklung und Aufsetzung sowie dem Vertrieb von strukturierten Produkten entsprechende Entschädigungen erhalten. Diese Vergütungen erhalte sie folglich für Leistungen im wirtschaftlichen Eigenbereich, die zum Vermögensverwaltungsverhältnis der Bank mit dem Kunden in keinem inneren Zusammenhang stünden, weshalb diese nicht der Herausgabepflicht gemäss Art. 400 Abs. 1 OR unterlägen. Allein die Gefahr von allfälligen Interessenkonflikten vermöge diese Drittvergütung nicht in den Anwendungsbereich von Art. 400 Abs. 1 OR zu stellen. Als Vertriebssträgerin von Finanzprodukten unterstehe sie aufsichtsrechtlichen und sonderprivatrechtlichen Regelungen, aus welchen sich sogar ein Verbot ergebe, Vertriebsentschädigungen an den Kläger weiterzuleiten. Weiter macht die Beklagte geltend, dass die meisten in Frage stehenden Fonds und strukturierten Produkte entweder von ihr selber oder von einer X-Konzerngesellschaft stammten, weshalb es sich nicht um Vergütungen von Dritten handle, aus welchem Grunde die Anwendbarkeit von Art. 400 Abs. 1 OR ausgeschlossen sei. Schliesslich hält die Beklagte dafür, dass der Kläger gestützt auf den Fondsvertrag, sog. Term Sheets sowie teilweise auf die Vermögensverwaltungsverträge auf die Herausgabe allfälliger geschuldeter Entschädigungen verzichtet habe. Schliesslich erhob die Beklagte im Falle der Bejahung der Herausgabepflicht die Einrede der Verjährung. Auf die weiteren Ausführungen der Parteien wird – sofern erforderlich – nachstehend näher eingegangen. Zunächst ist zu prüfen, ob der für die Herausgabepflicht erforderliche und bestrittene innere Zusammenhang zwischen den der Beklagten entrichteten Bestandesspflegekommissionen und dem zwischen ihr und dem Kläger bestehenden Auftragsverhältnis gegeben ist.

- 11 -

### **E. 3**

#### **B Entschädigungs-Charakter der Bestandesspflegekommission**

##### **E. 3.1**

Ob das Bundesgericht im Retrozessions-Urteil neben dem Aspekt der Belohnungsfunktion der Retrozession auch den Aspekt der Entschädigung für erbrachte Dienstleistungen zugunsten des Zahlenden in dem von der Beklagten geltend gemachten Sinne berücksichtigt und die Retrozession gleichwohl gesamtthaft unter Art. 400 Abs. 1 OR subsumiert hat oder ob es dies gar nicht zu beurteilen hatte, wird in der Literatur unterschiedlich interpretiert (Schmid, Diss., S. 159 und Schmid, Jusletter, S. 13; Emmenegger, Anlagekosten, S. 77; Emmenegger/Schmid, a.a.O., S. 220, 225 f.; Aepli, a.a.O., S. 43; differenziert Abegglen, Retrozession, S. 124 f. Fn 8 und 129 ff.). Grundsätzlich kann gesagt werden, dass die vertragliche Beziehung zwischen der Bank als Vertriebssträgerin und den Fondsleitungen als Produktanbieter betrachtend, eine (adäquate) Entschädigung für effektiv erbrachte Vertriebsdienstleistungen im Kern nicht zu beanstanden ist und auch nicht der Herausgabepflicht untersteht. Da es sich bei den Bestandesspflegekommissionen in ihrer Grundform jedoch um Retrozessionen handelt, ist der Entschädigungseinwand als solcher allein ungenügend, um eine auftrags-

- 19 - rechtliche Verpflichtung zur Herausgabe dieses Vorteils an die Anleger per se auszuschliessen, erst recht, wenn sich die Entschädigung wie vorliegend nach dem platzierten Volumen richtet (vgl. Aepli, a.a.O., S. 41 ff.), welcher Umstand den inneren

Zusammenhang zwischen der Entschädigung und dem Vermögens- verwaltungsvertrag des Klägers indiziert (vgl. Ziff. III.3.A.5.1-2). Auch Roth (Ret- rozessionen, S. 533) betont, dass das Gegenleistungsargument als solches nicht ausschlaggebend sei, da, sofern ein innerer Zusammenhang zwischen der Ent- schädigung und dem Vermögensverwaltungsvertrag bestehe, die Bank durch den Vertriebsvertrag mit der Fondsleitung ihren Pflichtenkanon gegenüber dem auf- traggebenden Kunden nicht zu reduzieren vermöge.

### **E. 3.2**

Dem Kläger ist darin beizupflichten, dass nicht der andere Auftrag, sondern der innere Zusammenhang das Rechtsproblem ist. Ob die beklagtische Darstellung der Entschädigung für erbrachte Vertriebsdienstleistungen (vgl. zu dieser Argumentation Abegglen, Retrozession, S. 129 ff.; Nobel/Stirnemann, a.a.O., S. 348; Cerutti, a.a.O., S. 89 ff.; Jaeger/Stöckli, Transparenter Umgang mit Retrozessionen, NZZ vom 25. Juni 2008, S. 101) den vorliegend indizierten inne- ren Zusammenhang auszuschliessen vermag, kann daher nur unter Berücksichti- gung der Gesamtumstände beurteilt werden. Dabei sind die konkret geltend ge- machten so genannten genuinen Leistungen und deren Aufwand bzw. Kosten massgebend. So muss selbst nach Abegglen (Retrozession, S. 130), auf dessen Darstellung die beklagtische Argumentation fusst, die Vergütung adäquat sein und wird das Vorliegen von eigenständigen, adäquaten Leistungen, die mit der Vertriebsentschädigung abgegolten werden sollen, dann fraglich, wenn seitens eines Fondsanbieters exzessives Entgelt entrichtet wird, das in einem Missver- hältnis zum wirtschaftlichen Wert der von der Bank erbrachten Dienstleistungen steht. Hier könne man sich mit Fug fragen, ob die Bank verdeckt für die blossе Bevorzugung bestimmter Fonds bzw. Produkte des fraglichen Anbieters belohnt werde.

## **E. 4**

Brokerkommissionen

### **E. 4.1**

Der Kläger hält dafür, dass von Brokern, die an ausländischen Börsen für eine Auftrag gebende Bank, die ihrerseits im Auftrag ihrer Kunden handle, prozessrelevante Kommissionen an die Auftrag gebende Bank bezahlt würden. Die Beklagte habe lediglich unsubstantiiert bestritten, dass für Anlagen aus- serhalb der Anlagefonds keine Vertriebsentschädigungen anfallen würden. Dieses unsubstantiierte Bestreiten lege den Verdacht nahe, dass sie etwas zu verbergen habe. Die Vorinstanz habe die Kontroverse über die Brokerkommissionen mit kei- nem Wort erwähnt, weshalb die Sache zur Beweiserhebung an die Vorinstanz zurückzuweisen sei. Die Beklagte bestreitet im Zusammenhang mit Transaktionen in ausländische Aktien und Obligationen von Brokern Retrozessionen oder andere Entschädigungen erhalten zu haben; gegenüber den Brokern erbringe sie auch keine Dienstleistungen. Als Negativtatsache könne sie dies nicht weiter substanti- ieren.

### **E. 4.2**

Seine Behauptungen stützt der Kläger auf Hsu (a.a.O.), dessen Dar- stellung zu Kommissionen im Effektenhandel er zusammengefasst wieder gibt und den Hinweis, dass sich insbesondere in seinem Depot verschiedene US- amerikanische Aktien befänden, welche in diesem Zusammenhang von Bedeu- tung seien. Es ist Sache der Parteien, dem Gericht das Tatsächliche des Rechts- streits soweit möglich und zumutbar rechtsgenügend

darzulegen. Eine Partei, welche ihrer Substantiierungsobliegenheit bis zum Schluss des Hauptverfahrens nicht genügt, ist nach § 114 ZPO/ZH mit weiteren Behauptungen ausgeschlossen. Mit seiner allgemeinen Darstellung bzw. Verweisung auf Hsu kam der Kläger der ihm obliegenden Substantiierungslast im Zusammenhang mit allenfalls prozessrelevanten Entschädigungen im Rahmen des Aktienerwerbs an ausländischen Börsen in keiner Weise nach. Um dieser zu genügen, wäre konkret zu behaupten gewesen, auf welchen ausländische Aktien bzw. welchen Aktientransaktionen diese Behauptung gründet. Hierzu war er aufgrund der ihm vorliegenden Depotauszüge, welche sich über den gesamten klagerelevanten Zeitraum erstrecken, in der Lage und war ihm dies auch zumutbar. Der Kläger begnügte sich vielmehr mit allgemeinen Behauptungen (welche von der Beklagten auch nur allgemein bestritten

- 35 - ten werden konnten), über welche nicht Beweis geführt werden kann. Damit kommt eine Rückweisung an die Vorinstanz zur Ergänzung des Verfahrens in diesem Punkt nicht in Frage.

## **E. 5**

### **Strukturierte Produkte**

#### **E. 5.1**

Wie bei den Anlagefonds bestreitet die Beklagte auch beim Vertrieb von strukturierten Produkten einen inneren Zusammenhang zwischen der von der Emittentin bezahlten Entschädigung und dem Vermögensverwaltungsvertrag. Der Vertrieb sei nicht gleich wie bei Anlagefonds. Die Beklagte habe von der Emittentin bei den in casu eingesetzten fremdemittierten Produkten jeweils unter Einwirkung eines Marktrisikos ein bestimmtes Volumen an Zertifikaten auf eigene Rechnung übernommen, welche sie dann ihren Kunden weiter verkauft habe. Bei diesen Emissionen habe sie Vertriebsentschädigungen erhalten, welche im Preis des Produkts enthalten und von der Emittentin an sie bezahlt worden seien. Diese Vertriebsentschädigung werde für die Entwicklung bzw. Aufsetzung des Produktes und für die Vertriebsleistungen, welche grundsätzlich gleich seien wie bei den Anlagefonds, bezahlt und deren Höhe werde zwischen der Beklagten und der Emittentin festgelegt und zwar nicht in einem Vertriebsvertrag für alle strukturierten Produkte einer bestimmten Emittentin, sondern von Fall zu Fall in Bezug auf die Emission eines bestimmten Produktes. Diese Darstellung hat der Kläger nicht bestritten, erachtet jedoch mit selbiger Argumentation wie bei den Entschädigungen beim Vertrieb von Anlagefonds einen Herausgabeanspruch als gegeben.

#### **E. 5.2**

Die Beklagte übernimmt gemäss eigener Darstellung ein bestimmtes Volumen an strukturierten Produkten, wofür sie nach einem Prozentsatz entschädigt wird. Da die Entschädigung wie bei den Anlagefonds volumenabhängig ausgestaltet ist, kann zum dadurch indizierten inneren Zusammenhang, um Wiederholungen zu vermeiden, auf die diesbezüglichen Ausführungen zum Anlagefonds verwiesen werden (Ziff. III.3.A.5.1 und 5.2 sowie III.3.B.5.4), denn die für diese statuierten Grundsätze gelten gleichermassen auch für strukturierte Produkte. Unter Verweisung auf ihre Ausführungen im Zusammenhang mit den Fonds verzichtet die Beklagte auch zum Thema strukturierte Produkte bewusst, die geltend gemachten Leistungen betreffend Vertrieb, Entwicklung und Aufsetzung der Pro-

- 36 - dukte zu substantiieren, weshalb sich im Resultat eine andere Beurteilung, als jene, dass die gesamte Entschädigung als Belohnung bzw. echte Retrozession und somit zusätzlich erzielt Honorar zu qualifizieren ist, nicht aufdrängt. Es kann somit auf die vorstehenden Ausführungen verwiesen werden, welche auch für die strukturierten Produkte Geltung haben.

## **E. 6**

### Prozessrelevante Anlageprodukte

#### **E. 6.1**

Die Beklagte reichte eine Liste der prozessrelevanten Anlageprodukte ins Recht. Der Kläger bestritt deren Vollständigkeit insofern, als darin die über ausländische Broker im Ausland erworbenen Wertschriften fehlen, wobei Letztere im vorliegenden Verfahren wie dargelegt nicht zu berücksichtigen sind (vgl. III.4). Darüber hinaus kann davon ausgegangen werden, dass die Liste für den klagerelevanten Zeitraum sämtliche prozessrelevanten Anlageprodukte in den vier Depots enthält. Es sind weder Hinweise ersichtlich, die auf die Unvollständigkeit der Aufstellung schliessen lassen, noch hat der Kläger (mit vorerwähnter Ausnahme) Anhaltspunkte hierfür genannt, wozu er jedenfalls aufgrund der ihm vorliegenden Depotauszüge der vier Depots aus den Jahre 1997 bis 2006 bzw. 2007 in der Lage gewesen wäre. 6.2.1 Bei den meisten in Frage stehenden Produkten handelt es sich unbestritten um gruppeneigene Anlagefonds und strukturierte Produkte der Beklagten. In diesem Sinne macht die Beklagte geltend, beim weitaus grössten Teil der von ihr für den Vertrieb von gruppeneigenen Produkten vereinnahmten Vertriebsentschädigungen handle es sich um konzerninterne Zahlungen von Tochtergesellschaften und damit nicht um Zuwendungen Dritter, wie dies gemäss Art. 400 Abs. 1 OR Voraussetzung sei. Das Fehlen einer Herausgabepflicht folge aus der wirtschaftlichen Sichtweise des Bankkonzerns, wonach konzerninterne Zahlungen, welche mit den im Konzerninnern ausgelagerten Aufgaben in Verbindung stünden, aus Kundensicht nicht als für die Bank wirtschaftlich fremd anzusehen seien. Ausserdem seien konzerninterne Zahlungen wertneutral, da sie das Konzernvermögen weder erhöhen noch vermindern. Dem hält der Kläger entgegen, die Vertriebsentschädigungen zahlende Y AG und die übrigen Partner der

- 37 - Dienstleistungsverträge seien rechtlich selbständige juristische Personen mit eigener Rechnungsgrundlage. Dies ergebe sich auch aus der Aussage der Beklagten, die Höhe der Kommissionssätze ergebe sich aus Verhandlungsgeschick und Marktmacht. So gingen rechtlich selbständige Gesellschaften miteinander um. Bestünde hier keine Herausgabepflicht würde das dazu führen, dass nur noch eigene Fonds ins Portefeuille des Kunden gelegt würden. 6.2.2 Zwar sind die Vertriebsentschädigungen zahlenden Konzerngesellschaften rechtlich selbständige Gesellschaften mit eigener Rechnungslegung, jedoch befinden sich diese Einheiten unter einer einheitlichen Leitung in einem Konzernverbund, weshalb die zwischen ihnen erfolgten Zahlungen bei einer konsolidierten Betrachtungsweise als konzernneutral zu werten sind. Mit der Beklagten ist davon auszugehen, dass in Anlehnung an eine wirtschaftliche Betrachtungsweise der Kunde dem Konzern gegenüber steht und konzerninterne Zahlungen für die Beklagte nicht als wirtschaftlich fremd im Sinne von Art. 400 Abs. 1 OR anzusehen sind, da die Gesellschaften des Konzernverbundes vom gleichen wirtschaftlich Berechtigten gehalten werden (vgl. dazu Hsu, a.a.O., S. 77 f.; Nobel/Stirnemann, a.a.O., S. 347; a.A. Emmenegger,

Anlagekosten, S. 73 f.). Produkte von X-Konzerngesellschaften sind somit für das vorliegende Verfahren nicht relevant. Zu welchem Zweck (Gewinnverschiebung, steuerliche Vorteile o.a.) konzerninterne Vergütungen erfolgen, kann dahingestellt bleiben.

6.3.1 Die Beklagte behauptete vor Vorinstanz, für die Anlagefonds a (Valoren Nr. ...) sowie b (Valoren Nr. ...) existierten keine Vertriebsverträge, weshalb sie auch keine Entschädigungen für deren Vertrieb erhalten habe. Dies blieb unbestritten. 6.3.2 Unbestritten blieb sodann, dass für drei strukturierte Produkte von Drittanbietern (c, d und e) keine Vertriebsentschädigungen entrichtet wurden.

#### **E. 6.4**

Weiter ist unbestritten, dass die Beklagte für die nachstehenden Fonds und strukturierten Produkte Vertriebsentschädigungen von Drittanbietern erhalten hat: – f,

- 38 - – g, – h, – i, – j sowie – k. Da Entschädigungen im Zusammenhang mit dem Erwerb von ausländischen Aktien mangels Substantiierung für den vorliegenden Prozess ausser Betracht fallen (vgl. Ziff. III.4), konzerninterne Produkte keine prozessrelevanten Zahlungen von Dritten darstellen und für einige Produkte von Drittanbietern unbestrittenermassen keine Vertriebsentschädigungen entrichtet wurden, sind nur die vorstehend aufgeführten sechs Titel in Bezug auf herausgabepflichtige Retrozessionen von Bedeutung.

#### **E. 7**

Auskunft

##### **E. 7.1**

Als Beauftragte ist die Beklagte schuldig, den Kunden über ihre Tätigkeit Rechenschaft abzulegen (Art. 400 Abs. 1 OR) und dazu gehört die Auskunft über erhaltene Retrozessionen oder andere im Zusammenhang mit dem Auftrag erhaltenen Vergütungen (dazu das Urteil HGerZH HG090087 vom 23. Mai 2011). Um diese materiellrechtliche Auskunftspflicht geht es hier allerdings nicht. Im Rahmen der vorliegenden unbezifferten (resp. nur einstweilen rahmenmässig bezifferten) Forderungsklage darf der Kläger die genaue Angabe des Verlangten bis "spätestens nach Durchführung des Beweisverfahrens" aufschieben – dafür ist vorausgesetzt, dass er selber nicht in der Lage ist, die Grundlagen der Bezifferung zu eruieren (§ 61 Abs. 2 ZPO/ZH). So verhält es sich hier. Die Beklagte hat zwar ihre Auskunftspflicht grundsätzlich anerkannt und zahlreiche Vertriebsverträge ins Recht gelegt. Diese sind aber nicht vollständig. Zudem fehlt der Multiplikand für die entsprechenden Prozentsätze, nämlich der Wert der in den fraglichen Depots gehaltenen Titel. Zu den periodischen Stichtagen werden den Kunden zwar aktuelle Werte bekannt gegeben. Den Vertriebsverträgen ist aber nicht eindeutig zu entnehmen, auf welcher Basis die Vergütungen bemessen wurden, nämlich ob wie beispielsweise bei Depotgebühren üblich auf durchschnittliche

- 39 - Werte in einer bestimmten Abrechnungsperiode abgestellt wurde. Diese Informationen konnte nur die Beklagte liefern. Dass die Bestandespflegekommissionen bei der Beklagten nicht pro Kunde oder Anlageinstrument erfasst, sondern den entsprechenden Produktanbietern für den gesamten von der Beklagten gehaltenen Bestand in Rechnung gestellt wurden (vgl. Ziff. III.2.3), konnte die Beklagte von der prozessualen Pflicht zur Auskunftserteilung nicht entbinden. Möglicherweise war das mit erheblichem Aufwand verbunden; das war aber kein ausreichender Grund, dem Kläger das Recht auf die Beweisführung in diesem Punkt zu versagen. Der Beklagten war daher Frist anzusetzen, um

zu erklären und zu belegen, welche Beträge sie im Zeitraum von 29. Mai 1998 bis 28. Mai 2008 an so genannten Bestandspflegekommissionen erhalten hat und zwar für die in den Depots des Klägers (Nr. ...) resp. seines verstorbenen Vaters (Nr. ...), seiner Mutter (Nr. ...) und seiner Schwester (Nr. ...) gehaltenen Titel - f, - g, - h, - i, - j sowie - k, und zwar unter Angabe des massgeblichen Wertes der Anlagen in den entsprechenden Depots und der angewendeten Prozent-/Promille-Sätze.

### **E. 7.2**

Die Beklagte legte die einzelnen Vertriebsverträge und die nach Zeit und jeweiligen Depots differenzierten Anlagevolumina offen. Sie bezifferte die für Anlagen der Familie des Klägers gesamthaft bezogenen Vertriebsentschädigungen für die sechs vorgenannten Produkte auf Fr. 1'384.--, GBP 87 und EUR 23. Der Kläger bestritt diese Zahlen nicht.

### **E. 7.3**

In ihrer Eingabe vom 14. Oktober 2011 monierte die Beklagte, die Grundlage für die ihr gemachte Auflage sei unklar. Es sei kein Beweisaufgebotsbeschluss ergangen und ebenso wenig komme § 61 ZPO/ZH als Basis in Frage, da der Kläger keine unbezifferte Forderungsklage, sondern eine Teilklage erhoben

- 40 - habe. Aus Gründen der Verhältnismässigkeit verzichte sie allerdings auf eine Anfechtung des gerichtlichen Beschlusses. Ob eine Anfechtung des Beschlusses vom 5. Juli 2011 unter dem Aspekt von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG sinnvoll gewesen wäre, mag offen bleiben. Dem Gericht war bewusst, dass beide Parteien ohne Kenntnis der vorstehenden Erwägungen nicht abschliessend erkennen konnten, was die rechtlichen Überlegungen waren. Die Beklagte kannte die Auffassung des Gerichts zum gestellten Rechtsbegehren nicht (das hier entgegen dem ersten Anschein nicht als Teilklage, sondern als unbezifferte Klage verstanden wird) und der Kläger konnte nur mutmassen, weshalb nicht alle im Prozess genannten Anlageprodukte von der Auflage erfasst wurden. Es ist richtig, dass das Beweisverfahren des alten kantonalen Rechtsgrundsätzlich mit einem Beweisaufgebotsbeschluss eröffnet wurde (§ 136 ZPO/ZH). Das schien hier allerdings aufgrund der speziellen Situation entbehrlich, da die Beklagte ihre generelle Auskunftspflicht nicht in Frage gestellt hatte, der Kläger ausdrücklich Auskunft verlangte und andere Beweismittel als die Offenlegung durch die Beklagte praktisch nicht denkbar waren. Wie es sich prozessual ausgewirkt hätte, wenn die Beklagte der Auflage nicht nachgekommen wäre (§ 148 ZPO/ZH, nach neuem Recht Art. 164 CH-ZPO), kann offen bleiben und auch die Frage nach der Beweislast bleibt irrelevant, weil die konkreten Zahlen nicht streitig sind.

### **E. 7.4**

Der Kläger hat also Anspruch auf die Herausgabe von Fr. 1'384.--, GBP 87 und EUR 23. Grundsätzlich kann ein Schuldner zwar seine Schulden immer in Franken zahlen (Art. 84 Abs. 2 OR), der Gläubiger es aber nicht so verlangen (BGE 134 III 151). Der vorliegende Fall liegt insofern speziell, als die vertragliche Beziehung der Parteien vermutungsweise in Franken abgerechnet wurde, namentlich was die Gebühren betrifft. Damit liegt es nahe, dass ein Kunde die Wahl hat, entweder sozusagen "in natura" die Herausgabe allfälliger Fremdwährungsvorteile zu verlangen, oder solche Vorteile in die Vertragswährung umzurechnen. So weit ersichtlich äussert sich keine Partei zu dieser Frage, ausser dass der Kläger auch auf Fristansetzung zur Bezifferung hin nur Schweizer Franken nannte. Nicht zuletzt im Hinblick auf die geringe Tragweite der Frage ist die

- 41 - Beklagte daher zu verurteilen, ihm die genannten Beträge umgerechnet zum aktuellen Kurs in Franken zu zahlen. Konkret ergibt das Fr. 1'384.--, Fr. 27.90 (23 Euro zu 1,2114) und Fr. 126.70 (87 Pfund zu 1,4565) oder zusammen Fr. 1'538.60. Der Kläger verlangte in der rahmenmässigen Bezifferung "Zins zu 5% ab Fälligkeit der Teilforderungen". Auch nach Vorliegen der detaillierten Auskünfte der Beklagten konkretisierte er das nicht. Es kann ihm daher kein Zins zugesprochen werden (§ 54 Abs. 1 ZPO/ZH).

## E. 8

Resultat Die Beklagte hat dem Kläger Fr. 1'538.60 zu bezahlen. So weit der Kläger mehr verlangt, ist die Klage abzuweisen. IV. Kosten und Entschädigung Das Bezirksgericht Zürich bemisst die Kostenfolgen offenbar anhand eines Streitwertes von Fr. 100'000.--. Das ist die rechtliche Situation nach neuem Recht (Art. 85 Abs. 1 CH-ZPO), galt aber auch schon für die kantonale Prozessordnung. Es mag sein, dass die Sache für die Beklagte eine grössere faktische Tragweite hat. Offenbar sind bei Retrozessionen bisweilen grosse und grösste Summen im Spiel. Der Fall BGE 137 III 393 führte zu einem Anspruch auf Herausgabe von Fr. 3,6 Mio. (zurückgewiesen wurde die Sache einzig zum Prüfen von allfälligen Verrechnungsforderungen) und die Beklagte liess vortragen, die Klage müsse schon darum abgewiesen werden, weil "die Vertriebsträger" – und damit offenbar auch sie selbst – sonst mit Forderungen in Milliardenhöhe konfrontiert werden könnten. Rechtskräftig entschieden wird aber nur über die Ansprüche des Klägers und beim Streitwert von Fr. 100'000.-- hat es daher zu bleiben. Immerhin war die Bearbeitung ungewöhnlich aufwändig und die Gerichtsgebühr (zu bemessen nach der alten Gerichtsgebührenverordnung vom 4. April 2007) ist daher für beide Instanzen auf je Fr. 11'500.-- festzusetzen.

- 42 - Der Kläger unterliegt praktisch vollständig und zwar auch nach der Reduktion der rahmenmässigen Bezifferung auf Fr. 50'000.--. Allerdings liegt der Fall von § 64 Abs. 3 ZPO/ZH vor: Der Kläger musste seine Klage ohne ausreichende Kenntnis der bei der Beklagten tatsächlich eingegangenen Kommissionen erheben und im Grundsatz obsiegt er. Angemessen ist es, die Kosten zu einem Viertel dem Kläger und zu drei Vierteln der Beklagten aufzuerlegen. Damit hat die Beklagte den Kläger für das Verfahren zu entschädigen und zwar mit der Hälfte einer vollen Entschädigung (§ 68 Abs. 1 ZPO/ZH). Dabei ist für das Bemessen der einfachen Grundgebühr unter den Titeln "Schwierigkeit" und "Zeitaufwand" der nach § 3 Abs. 2 resp. § 2 Abs. 2 AnwGebVO vorgesehene Zuschlag um einen Drittel vorzunehmen. Die Ansätze und Zuschläge im Sinne von § 6 resp. § 12 Abs. 1 und 4 AnwGebVO sind dem gegenüber als Bruchteile der einfachen Grundgebühr im üblichen Rahmen festzusetzen und nicht ihrerseits noch speziell zu erhöhen. Das ergibt eine volle Entschädigung für beide Instanzen von rund Fr. 35'000.--. Den Ersatz der Mehrwertsteuer hat der Kläger nicht verlangt.

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