

Hochschulstrasse 17
Postfach
3001 Bern
Telefon +41 31 635 48 03
Fax +41 31 634 50 53
handelsgericht.bern@justice.be.ch
www.justice.be.ch/obergericht

Entscheid

HG 22 21

Bern, 6. September 2023

Besetzung

Oberrichter Josi (Präsident), Handelsrichter Beyeler und
Handelsrichter Kocher
Gerichtsschreiberin Spichiger

Verfahrensbeteiligte

A. _____ AG

vertreten durch Rechtsanwältin B. _____ und/oder Rechtsanwältin C. _____

Klägerin

gegen

D. _____ AG (Bank)

vertreten durch Fürsprecher PD Dr. iur. E. _____ und/
oder Rechtsanwältin Dr. iur. F. _____

Beklagte

Gegenstand

Auskunftserteilung
Forderungen (Retrozessionen)

Klage vom 25. Februar 2022



Erwägungen:

I.

1.

1.1. Am 25. Februar 2022 reichte die A. _____ AG (nachfolgend: Klägerin), vertreten durch die Rechtsanwältinnen B. _____ und C. _____, beim Handelsgericht des Kantons Bern (nachfolgend: Handelsgericht) eine Klage gegen die D. _____ AG (Bank) (nachfolgend: Beklagte) ein (pag. 1 ff.). Sie stellte folgende Rechtsbegehren:

1. Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin sämtliche vereinnahmten geldwerten Vorteile (z.B. Retrozessionen, Kick-backs, Finder Fee's etc.) für die Geschäftsbeziehungen lautend auf G. _____ betreffend das Jahr 2021 (mindestens ab 01.04.2021) vollumfänglich offen zu legen, Auskunft zu geben sowie Rechenschaft darüber abzulegen.
2. Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin folgende Beträge im Zusammenhang mit dem Depot-Nr. X. _____ teilklageweise zu bezahlen (mit Nachklagevorbehalt):
 - CHF 1'425.35 zzgl. Zins von 5 % seit 31.12.2011
 - CHF 4'944.30 zzgl. Zins von 5 % seit 31.12.2012
 - CHF 5'612.30 zzgl. Zins von 5 % seit 31.12.2013
 - CHF 5'764.05 zzgl. Zins von 5 % seit 31.12.2014
 - CHF 2'765.10 zzgl. Zins von 5 % seit 31.12.2015
 - CHF 6'462.40 zzgl. Zins von 5 % seit 31.12.2016
 - CHF 7'762.00 zzgl. Zins von 5 % seit 31.12.2017
 - CHF 8'136.55 zzgl. Zins von 5 % seit 31.12.2018
 - CHF 8'580.85 zzgl. Zins von 5 % seit 31.12.2019
 - CHF 6'342.45 zzgl. Zins von 5 % seit 31.03.2021
3. Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin die Auslagen für die Betreuungskosten in der Höhe von CHF 95.30 sowie die Postgebühren von CHF 15.60 zurückzuerstatten.
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt. von 7.7 %) zu Lasten der Beklagten.

1.2. Die Beklagte, ihrerseits vertreten durch Fürsprecher E. _____ und Rechtsanwältin F. _____, reichte am 17. Mai 2022 eine Klageantwort ein. Sie beantragte unter Kosten- und Entschädigungsfolge, die Klage sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei (pag. 38 ff.).

1.3. Am 27. Oktober 2022 fand eine Instruktionsverhandlung statt (pag. 119 ff.).

1.4. In der Replik vom 17. Januar 2023 (pag. 124 ff.) und in der Duplik vom 21. März 2023 (pag. 168 ff.) bestätigten die Parteien die gestellten Rechtsbegehren.

1.5. Mit Verfügung vom 5. April 2023 wies der Präsident (vorbehältlich eines anderslautenden Entscheids des Gesamtgerichts an einer allfälligen Hauptverhandlung) sämtliche Beweisanträge der Parteien ab und verfügte, dass ohne ausdrücklichen Gegenantrag bis zum 28. April 2023 davon ausgegangen werde, dass die Parteien auf die Hauptverhandlung verzichten (pag. 241 ff.).

- 1.6. Mit Schreiben vom 25. April 2023 verzichtete die Beklagte auf die Durchführung der Hauptverhandlung (pag. 245 f.). Die Klägerin liess sich nicht vernehmen.
- 1.7. Die Kostennote der Rechtsanwältinnen B._____ und C._____ ging am 29. August 2023 beim Handelsgericht ein (pag. 249 ff.), jene von Fürsprecher E._____ und Rechtsanwältin F._____ am 4. September 2023 (pag. 259 ff.).

II.

2. Das Gericht tritt auf eine Klage ein, sofern die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind (Art. 59 Abs. 1 der Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO; SR 272]). Ob dies der Fall ist, wird von Amtes wegen geprüft (vgl. Art. 60 ZPO).

3.

- 3.1 Die zu beurteilenden Ansprüche stützen sich auf einen Vertrag. Die allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) der Beklagten sehen (in allen eingereichten Versionen) als ausschliesslichen Gerichtsstand den schweizerischen Gerichtsstand der betroffenen Bankbeziehung bei der D._____ AG (Bank) vor. Es blieb unbestritten, dass die Bankbeziehung in Bern geführt bzw. von der Zweigniederlassung in Bern betreut wurde. Das Handelsgericht ist gestützt auf Art. 12 ZPO zur Beurteilung der vorliegenden Klage *örtlich zuständig*. Die örtliche Zuständigkeit blieb unbestritten.

3.2

- 3.2.1 Handelsrechtliche Streitigkeiten werden im Kanton Bern durch das Handelsgericht als einzige kantonale Instanz beurteilt (Art. 6 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 7 Abs. 1 des Einführungsgesetzes zur Zivilprozessordnung, zur Strafprozessordnung und zur Jugendstrafprozessordnung [EG ZSJ; BSG 271.1]). Eine Streitigkeit gilt als handelsrechtlich, wenn die geschäftliche Tätigkeit mindestens einer Partei betroffen ist, gegen den Entscheid die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht offensteht und die Parteien im schweizerischen Handelsregister oder einem vergleichbaren ausländischen Register eingetragen sind (Art. 6 Abs. 2 ZPO).

- 3.2.2 Weil die Streitigkeit über Auskunft und Bezahlung von Retrozessionen mindestens die Geschäftstätigkeit der Beklagten betrifft, ist die Voraussetzung nach Art. 6 Abs. 2 Bst. a ZPO erfüllt.

- 3.2.3 Der Streitwert wird durch das Rechtsbegehren bestimmt (Art. 91 Abs. 1 ZPO). Wird die Bezahlung einer bestimmten Geldsumme verlangt, entspricht der Streitwert diesem Betrag. Lautet ein Rechtsbegehren nicht auf eine bestimmte Geldsumme, setzt das Gericht den Streitwert fest, sofern sich die Parteien darüber nicht einigen oder ihre Angaben offensichtlich unrichtig sind (Art. 91 Abs. 2 ZPO). Bei einer Klagenhäufung werden die geltend gemachten Ansprüche zusammengerechnet, sofern sie sich nicht gegenseitig ausschliessen (Art. 93 Abs. 1 ZPO). Der von der Klägerin angegebene Streitwert von CHF 63'685.80 setzt sich aus den zusammengerechneten Forderungsbegehren (CHF 57'795.35 und CHF 110.90) sowie einem Betrag von 10% der Forderung gemäss Rechtsbegehren 2 für das Auskunftsbegehren zusammen. Der Streitwert blieb unbestritten und ist nicht offensichtlich unrichtig, weshalb darauf

abzustellen ist. Damit ist die Streitwertgrenze von Art. 6 Abs. 2 Bst. b ZPO i.V.m. Art. 74 Abs. 1 des Bundesgerichtsgesetzes (BGG; SR 173.110) erreicht.

3.2.4 Vorliegend sind die Klägerin und die Beklagte im schweizerischen Handelsregister eingetragen, womit auch die Voraussetzung nach Art. 6 Abs. 2 Bst. c ZPO erfüllt ist.

3.2.5 Das Handelsgericht ist für die Klage *sachlich zuständig*.

3.3 Fällt eine Streitsache in den sachlichen Zuständigkeitsbereich einer einzigen kantonalen Instanz entfällt das Schlichtungsverfahren (Art. 198 Bst. f ZPO). Das Handelsgericht ist damit auch *funktionell* zur Beurteilung der vorliegenden Streitsache *zuständig*.

4.

4.1 Die Beklagte ist der Ansicht, die formellen Voraussetzungen einer (teilweise) unbezifferten Forderungsklage seien nicht erfüllt. Weil die Klägerin sie vorprozessual nicht zur Erteilung der Auskunft aufgefordert habe, fehle es an der Unzumutbarkeit der Bezifferung. Sofern von einer Stufenklage ausgegangen werde, sei auf das Auskunftsbegehren sowie den unbezifferten Teil der Forderung nicht einzutreten.

4.2 Die Stufenklage ist dadurch charakterisiert, dass ein materiellrechtlicher Hilfsanspruch auf Auskunftserteilung mit einer unbezifferten Forderungsklage verbunden wird (vgl. Art. 85 ZPO; BGE 140 III 409 E. 4.3 S. 415 f. m.W.N.). Demgegenüber kann mit einer Teilklage ein Teil eines Gesamtanspruchs eingeklagt werden (Art. 86 ZPO) wobei der eingeklagte Betrag beziffert werden muss (Art. 84 Abs. 2 ZPO). Ein Nachklagevorbehalt soll bei einer Teilklage die Annahme eines Forderungsverzichts vermeiden.

4.3

4.3.1 Die Klägerin verlangt, die Beklagte sei zu verpflichten, ihr die von 2011 bis zum 31. März 2021 vereinnahmten geldwerten Vorteile «teilklageweise zu bezahlen (mit Nachklagevorbehalt)». Das Auskunftsbegehren bezieht sich demgegenüber auf im Jahr 2021 bzw. mindestens ab dem 1. April 2021 vereinnahmte geldwerte Vorteile. Eine (zusätzliche) unbezifferte Forderungsklage fehlt. Nach dem Wortlaut der Rechtsbegehren liegt eine bezifferte Teilklage vor.

4.3.2 Zwar ist der Wortlaut allein nicht massgebend und Rechtsbegehren sind nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Begründung auszulegen (BGE 137 III 617 E. 6.2 S. 622). Der Beizug der Begründung dient allerdings nicht dazu, einen nicht vorhandenen Antrag herzustellen. Ohnehin kann vorliegend auch unter Beizug der Begründung nicht auf eine Stufenklage geschlossen werden. In der Klage hielt die Klägerin zwar noch fest, es sei ihr aufgrund fehlender Offenlegung für das Jahr 2021 nicht möglich, die Retrozessionen zu Beginn des Prozesses zu beziffern, weshalb sie eine Stufenklage erhebe (pag. 5). Zuletzt führte die Klägerin aber aus, sie habe offensichtlich keine Stufenklage erhoben, sondern eine gewöhnliche objektive Klagenhäufung vorgenommen. Auf die Herausgabe von ab dem 1. April 2021 vereinnahmten Retrozessionen klage sie nicht (pag. 140 f.).

- 4.3.3 Die Klägerin hat nach dem Gesagten keine Stufenklage erhoben, sondern eine (hinreichend bezifferte) *Teilklage*, die sie mit einem (einen anderen Zeitrahmen betreffenden) Auskunftsbegehren kombiniert (vgl. dazu sogleich E. 5). Ein materiell-rechtlicher (Informations-)Anspruch kann auch ohne vorgängiges ausserprozessuales Ersuchen eingeklagt werden. Die Einwände der Beklagten betreffend die Eintretensvoraussetzungen sind unbegründet.
5. Die Klägerin kombiniert ein Auskunftsbegehren (Rechtsbegehren 1) mit zwei Forderungsbegehren (Rechtsbegehren 2 und 3). Die klagende Partei kann mehrere Ansprüche gegen dieselbe Partei in einer Klage vereinen, sofern das gleiche Gericht dafür sachlich zuständig ist und die gleiche Verfahrensart anwendbar ist (*objektive Klagenhäufung*; Art. 90 ZPO). Soweit die sachliche Zuständigkeit bzw. die Verfahrensart für die einzelnen Ansprüche alleine aufgrund des Streitwerts unterschiedlich wäre, ist für die Frage nach der Zulässigkeit der Klagenhäufung auf den zusammengerechneten Streitwert abzustellen (BGE 142 III 788 E. 4.2 S. 789 ff.). Gestützt darauf ist für alle Begehren das Handelsgericht sachlich zuständig und es findet das ordentliche Verfahren Anwendung. Die Klagenhäufung ist somit zulässig.
6. Die übrigen Prozessvoraussetzungen geben zu keinen Bemerkungen Anlass. Auf die Klage wird eingetreten.

III.

7. Prozessgegenstand bilden die Auskunft über und die Herausgabe von geldwerten Vorteilen, welche die Beklagte im Zusammenhang mit der Geschäftsbeziehung mit G._____ vereinnahmt hat (nachfolgend: Retrozessionen). G._____ trat seine Ansprüche betreffend von der Beklagten vereinnahmte Retrozessionen an die Klägerin ab und bevollmächtigte diese mit der Geltendmachung von Auskunftsansprüchen.
- 8.
- 8.1 Die *Klägerin* ist eine Aktiengesellschaft (AG) mit Sitz in H._____. Sie bezweckt die Finanzierung von Rechtsstreitigkeiten sowie Erwerb und Inkasso von Forderungen (Klagebeilage [KB] 2).
- 8.2 Die *Beklagte* ist eine AG mit Sitz in I._____. Sie bezweckt den Betrieb aller Arten von Bankgeschäften (KB 3).
- 8.3 G._____ (nachfolgend: Zedent) verfügt über einen Master of Business Administration und absolvierte ein Postgraduate Certificate in Corporate Finance und Business (Antwortbeilage [AB] 1). Aus dem von ihm ausgefüllten Anlegerprofil (AB 2) geht hervor, dass er bereits – mit und ohne vorgängige Beratung einer Bank – Aufträge für Transaktionen in Finanzinstrumenten erteilt und Lombard-Kredite aufnahm, um Finanzinstrumente zu kaufen. Ausserdem gab er an, über Erfahrung mit Geldmarkt-Instrumenten, Anleihen, Aktien, Private Markets (Private Equity/Dept), Rohstoffen/Edelmetallen, Immobilienfonds/REITs, versicherungsbasierten Anlagen, gemischten Fonds und strukturierten Produkten zu verfügen bzw. seit über 15 Jahren

in risikoreiche Finanzinstrumente zu investieren. Der Zedent verfügt damit über Erfahrung im Bankenwesen. Er ist in J. _____ (ZH) wohnhaft.

9. Umstritten ist vorab die *Qualifikation der Bankbeziehung* zwischen der Beklagten und dem Zedenten. Einig sind sich die Parteien, dass weder ein Vermögensverwaltungsvertrag noch ein schriftlicher Anlageberatungsvertrag abgeschlossen worden ist.

9.1

- 9.1.1 Eine Bank erbringt gegenüber ihren Kunden in der Regel verschiedene Leistungen, denen jeweils Einzelverträge zugrunde liegen, die wiederum die Grundlage für die Beurteilung der sich ergebenden rechtlichen Fragen bilden (zum Ganzen: BGE 149 III 105 E. 4.1 S. 110 f.; FELLMANN, in: Berner Kommentar zum Obligationenrecht, 1992, N. 429 zu Art. 398 OR).

- 9.1.2 Der Rechtsbeziehung zwischen Bank und Kunde bzw. den einzelnen Erwerbs- und Veräusserungsgeschäften im Rahmen von Börsentransaktionen liegt meist ein dauerndes *Konto-/Depotverhältnis* zu Grunde. Auf den Kontokorrentvertrag (inkl. Giroabrede) ist Auftragsrecht anwendbar (BGE 110 II 283 E. 1 S. 284 f.; 126 III 20 E. 3.a/aa S. 21 f.). Die Verwahrung (und gegebenenfalls die Verwaltung) von Vermögenswerten bzw. Finanzinstrumenten erfolgt nach einem separat abgeschlossenen Depotvertrag. Handelt es sich bei den der Bank übergebenen Vermögenswerten um Wertpapiere, so ist der Depotvertrag als gemischter Vertrag mit hinterlegungsvertraglichen und auftragsrechtlichen Elementen zu qualifizieren (AGGTELEKY, Zivil- und aufsichtsrechtliche Verhaltenspflichten beim Execution-only-Geschäft, 2022, Rz. 148; ARPAGAU, Das Schweizerische Bankgeschäft, 8. Aufl. 2021, Rz. 1677; BÜHLER/VON DER CRONE, Trennung zwischen dem Zivilverfahren und dem Verfahren der Finanzmarktaufsicht, in: SZW 2013 S. 567; JUTZI/WESS, Die (neuen) Pflichten im Execution-only-Geschäft: Zusammenspiel von FIDLEG und OR, in: SZW 2019 S. 596; vgl. auch FELLMANN, a.a.O., N. 430 zu Art. 398 OR; Urteil des Bundesgerichts 4A_593/2015 vom 13. Dezember 2016 E. 7.1.1). Bei unverbrieften Rechten sind die Bestimmungen des Hinterlegungsvertrags mangels physischer, hinterlegbarer «beweglicher Sache» gemäss Art. 472 Abs. 1 des Obligationenrechts (OR; SR 220) nicht einschlägig und es ist ausschliesslich Auftragsrecht anwendbar (KOLLER, in: Basler Kommentar zum Obligationenrecht I, 7. Aufl. 2020, N. 16 zu Art. 472 des m.w.N.; AGGTELEKY, a.a.O., Rz. 148, m.w.N.; JOST, Der Anlegerschutz im Finanzdienstleistungsgeschäft, Eine Untersuchung zum Informationszugang und zur Rechtsdurchsetzung des Anlegers, 2018, S. 66 m.w.N.; ABEGGLEN, «Retrozession» ist nicht gleich «Retrozession»: Zur Anwendbarkeit von Art. 400 Abs. 1 OR auf Entschädigungen, die an Banken geleistet werden, insbesondere im Fondsbetrieb, in: SZW 2007 S. 127). Die Verwaltung umfasst im Rahmen des Depotvertrages jene Handlungen, die den wirtschaftlichen Wert der aufbewahrten Vermögenswerte erhalten sollen, so typischerweise die Entgegennahme von Erträgen wie Dividenden- und Zinszahlungen sowie die Abwicklung von Bezugsrechten (AGGTELEKY, a.a.O., Rz. 147; vgl. TERCIER/BIERI/CARRON, Les contrats spéciaux, 5. Aufl. 2016, Rz. 5996).

- 9.1.3 Nach der Praxis des Bundesgerichts kommen für die Abwicklung von Börsengeschäften grundsätzlich drei verschiedene Vertragsbeziehungen in Betracht: die Execution-only-Beziehung, die Anlageberatung und die eigentliche Vermögensverwaltung.
- 9.1.4 Mit dem *Vermögensverwaltungsvertrag* beauftragt der Kunde die Bank, die Verwaltung eines bestimmten Vermögens gegen Honorar selbständig im Rahmen der vereinbarten Anlagestrategie und zwecks Erreichens des persönlichen Anlageziels des Kunden zu besorgen. Die Bank bestimmt die auszuführenden Transaktionen im Rahmen der Sorgfalts- und Treuepflicht sowie der vereinbarten Anlagestrategie selbst. Auf Vermögensverwaltungsverträge ist Auftragsrecht anwendbar (BGE 138 III 755 E. 4.2 S. 759 m.w.N.).
- 9.1.5 Im Rahmen des *Anlageberatungsvertrags* ist der Kunde selbst für die Anlageentscheide zuständig. Anlageberatungsverträge unterstehen dem Auftragsrecht (statt vieler: BGE 144 III 155 E. 2.2 S. 158) und können formfrei abgeschlossen werden. Die Anlageberatung zeichnet sich dadurch aus, dass der Kunde die Anlageentscheide zwar selbst trifft, die Bank ihm jedoch dabei beratend zur Seite steht (BGE 144 III 155 E. 2.1.1 S. 156 m.w.N.). Eine Beratung liegt vor, wenn eine Empfehlung über eine bestimmte Vorgehensweise (kaufen, nicht kaufen, halten oder verkaufen) betreffend ein bestimmtes Finanzinstrument ausgesprochen wird (AG-GTELEKY, a.a.O., Rz. 115 m.w.N.). Die Empfehlung muss individuell sein, d.h. insbesondere die Umstände des konkreten Kunden berücksichtigen (Urteil des Bundesgerichts 4A_444/2012 vom 10. Dezember 2012 E. 3.2). Demgegenüber stellt die Mitteilung von allgemeinen Erwartungen zur Entwicklung von Finanzinstrumenten keine Beratung im Sinne des Anlageberatungsvertrages dar (vgl. Botschaft des Bundesrates vom 4. November 2015 zum Finanzdienstleistungsgesetz [FIDLEG] und zum Finanzinstitutsgesetz [FINIG], BBl 2015 S. 8901 ff. S. 8957). Im Rahmen einer punktuellen Anlageberatung kann der Bankberater auch nur einmalig oder gelegentlich beraten. Von einer punktuellen Anlageberatung wird ausgegangen, wenn der Kunde seine Anlageentscheide in den meisten Fällen selbst und ohne vorherige Empfehlungen der Bank trifft, in Einzelfällen aber dennoch ihre Ratschläge für die Anlage seines Vermögens einholt. Bei einer punktuellen Anlageberatung besteht kein auf Dauer angelegtes, explizit (schriftlich oder mündlich) oder konkludent abgeschlossenes Beratungsverhältnis zwischen Bank und Kunde. Gerade zum konkludenten Anlageberatungsvertrag gestaltet sich die Abgrenzung aber schwierig (zum Ganzen: ABEGGLEN/LUTERBACHER, Transaktionsbezogene vs. portfoliobezogene Anlageberatung unter FIDLEG: keine einfache Abgrenzung, in: SZW 2018 S. 464).
- 9.1.6 Ein *Execution-only-Verhältnis* liegt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung vor, wenn zwischen dem Anleger und der Bank eine reine Konto-/Depotbeziehung besteht und die Bank auf entsprechenden Kundenauftrag nur punktuell und ohne individuelle Beratung Börsengeschäfte für den Kunden ausführt bzw. Anlageprodukte erwirbt (BGE 138 III 755 E. 5.5 S. 764; 133 III 97 E. 7.1.1 S. 102; Urteile des Bundesgerichts 4A_469/2020 vom 31. März 2022 E. 4.2; 4A_449/2018 vom 25. März 2019 E. 3.1; 4A_42/2015 vom 9. November 2015 E. 4.2; 4A_593/2015 vom 13. Dezember 2016 E. 7.1.4). Weil ein Anlageberatungsvertrag auch mündlich oder kon-

kludent abgeschlossen werden kann, ist insbesondere bei mündlicher Auftragserteilung die Grenze zwischen Anlageberatung und Execution-only-Verhältnis fließend, zumal auch im Rahmen eines Execution-only-Geschäfts bestimmte Informationspflichten bestehen (vgl. dazu JUTZI/WESS, a.a.O., S. 593 m.w.H.). Die vertragliche Qualifikation der Ausführungen von Kundenaufträgen im Rahmen des Execution-only-Verhältnisses hängt von der jeweiligen konkreten Ausgestaltung ab. Der Auftrag zur konkreten Transaktion stellt im Kern einen einfachen Auftrag dar. Beim Wertpapierkauf liegt regelmässig ein Kommissionsvertrag vor, für den gestützt auf den Verweis in Art. 425 Abs. 2 OR subsidiär ebenfalls Auftragsrecht gilt (SCHMID, Informationspflichten des Finanzdienstleisters bei «Execution-only-Geschäften», in: Bankvertragsrecht, 2017, S. 224 m.H.a. BGE 133 III 224 E. 5.1 S. 225).

9.2

- 9.2.1 Massgebend für die Beurteilung und die Subsumtion des Vertragsverhältnisses zwischen der Beklagten und dem Zedenten ist die Bankbeziehung, wie sie tatsächlich gelebt wurde, d.h. welche Leistungen der Zedent verlangte und die Beklagte tatsächlich erbrachte. Hierzu haben die Parteien weitgehend übereinstimmende Angaben gemacht, wobei sie diesen Sachverhalt unterschiedlich werten.
- 9.2.2 Die *Klägerin* beurteilt die Geschäftsbeziehung zwischen dem Zedenten und der Beklagten als Anlageberatungsvertrag (pag. 11 und 131 ff.). Die Beklagte habe auf E-Mails des Zedenten, in denen dieser das Verhältnis als Anlageberatung bezeichnete, nicht reagiert. Ausserdem habe sie in den Dokumenten betreffend die Anpassungen des Angebots in «Vermögensberatung» bzw. «D._____ Advisory Classic» selber festgehalten, Wert auf individuelle Beratung zu legen und damit für eine bedürfnisgerechte Beratung geworben. Auch aus den Kontaktnotizen gehe eine Anlageberatung hervor. Weil der Zedent sonstige Aufträge telefonisch mitteilte, ging er jeweils lediglich persönlich von J._____ (ZH) zur Geschäftsstelle der Beklagten nach Bern, um von dieser betreffend Anlagegeschäfte beraten zu werden.
- 9.2.3 Die *Beklagte* ist der Auffassung, es habe ein Execution-only-Verhältnis bzw. in weiten Teilen ein reiner Depotvertrag vorgelegen (insb. pag. 47 ff., 77 ff., 175 ff. und 198 ff.). Es sei kein schriftlicher Anlageberatungsvertrag abgeschlossen worden und dem Vertragsverhältnis sei jeweils das günstigste Preismodell zugrunde gelegen, bei dem die Beklagte nur auf Anfrage des Kunden Beratungsdienstleistungen erbracht hätte. Der Zedent habe seine Anlageentscheide selbständig getroffen. Eine regelmässige Beratung durch die Beklagte habe nicht stattgefunden. Die *Klägerin* behaupte und substantiiere nicht einmal punktuelle Anlageempfehlungen. Die E-Mail des Zedenten enthalte lediglich eine als Frage formulierte Behauptung, aus der kein Anlageberatungsvertrag abgeleitet werden könne. Mit der ab 2018 erhobenen Gebühr sei die Bereitschaft der Beklagten, dem Zedenten punktuellen Anlagerat zu erteilen, abgegolten worden. Die Einträge in den Kontaktnotizen würden keine einzige Anlageempfehlung belegen. Persönliche und telefonische Besprechungen seien auch bei Execution-only-Beziehungen üblich, insbesondere wenn – wie vorliegend – auch Fragen der Liquidität und Hypotheken bestünden.

10. Betreffend die Bankbeziehung zwischen der Beklagten und dem Zedenten ist von folgendem unbestrittenen bzw. unzureichend bestrittenen Sachverhalt auszugehen:

10.1

10.1.1 Der Zedent eröffnete mit Kontoeröffnungsvertrag vom 11./15. Dezember 2008 (KB 8) Privatkonti und ein Wertschriftendepot bei der Beklagten. Im schriftlichen Kontoeröffnungsvertrag ermächtigte der Zedent die Beklagte Treuhandanlagen zu platzieren sowie per Telefon und Telefax Aufträge entgegenzunehmen. Unter dem Abschnitt «Service Price Model» wählte der Zedent das Modell «*Focused*». Dieses Preismodell war gemäss dem damals gültigen Dokument «Service Price Models» (AB 5) für langfristige Anleger mit geringem Wertschriftenumsatz geeignet. Die Gebühren setzten sich aus einer «Administration Fee» und einer von den konkreten Börsenaufträgen abhängigen «Brokerage Fee» zusammen. Bei Inanspruchnahme einer professionellen Aktiv-Beratung kam eine «Advisory Fee» hinzu.

10.1.2 Die Beklagte passte ihre Angebote und Gebühren per 1. Januar 2012 an (vgl. AB 6). Das vom Zedenten gewählte Preismodell hiess nun «*Vermögensberatung*» und geschuldet waren eine Grundgebühr sowie eine wiederum von Art und Volumen der Transaktion abhängige Transaktionsgebühr. Der Bankkunde konnte ausserdem punktuell Beratung durch die Beklagte in Anspruch nehmen. Für eine aktive Begleitung bzw. eine «Premium Vermögensberatung» wurde ein Aufpreis vorgesehen (vgl. AB 7). Der Zedent reagierte nicht auf diese Angebots- und Gebührenanpassung.

10.1.3 Ab Januar 2018 galten für die Geschäftsbeziehung zwischen dem Zedenten und der Beklagten die Leistungen und Gebühren gemäss dem Modell «*D._____ Advisory Classic*» (KB 10). Demnach bestimmte der Kunde die Frequenz und den Inhalt von Beratungsgesprächen, wobei die Beklagte regelmässige Finanz- und Marktinformationen sowie bei Bedarf Anlagevorschläge bzw. Investmentideen unterbreitete. Die Beklagte versprach ausserdem Überwachungsdienstleistungen, konkret das Portfolio des Kunden regelmässigen Risikoüberprüfungen zu unterziehen. Im Konzept waren wiederum verschiedene Preismodelle vorgesehen. Minimal, d.h. bei geringem Wertpapierumsatz, verlangte die Beklagte für ihre Vermögensberatung eine Grundgebühr und berechnete dem Kunden zusätzlich aufgelistete Transaktionsgebühren.

10.1.4 Die Beklagte hat die Bankbeziehung zum Zedenten am 4. Juli 2022 gekündigt.

10.2

10.2.1 Der Zedent verfügte per 31. Dezember 2020 bei der Beklagten über ein Portfolio im Wert von knapp CHF 7.5 Millionen (vgl. AB 3). Das Wertschriftendepot umfasste zu einem wesentlichen Teil, nämlich im Umfang von CHF 3'942'933.46, vom Zedenten eingelieferte Vermögenswerte. Im Einzelnen lieferte der Zedent am 11. Februar 2009, am 17. November 2011 (vom Konto seiner Mutter) sowie am 29. Oktober 2019 Fondsanteile und strukturierte Produkte auf sein Depot bei der Beklagten ein.

10.2.2 Betreffend die eingelieferten Titel beauftragte der Zedent die Beklagte während der Geschäftsbeziehung vereinzelt mit dem Verkauf von Anteilen. Zu einem Zukauf von Anteilen von eingelieferten Titeln kam es insgesamt lediglich zweimal: Am 10. Oktober 2011 und am 18. Januar 2012 beauftragte der Zedent die Beklagte mit dem Kauf

von (weiteren) Inhaber-Anteilen des Y. _____ ETFs (ISIN: _____). Ansonsten wurden die eingelieferten Titel gehalten.

10.2.3 Unbestrittenermassen kam es während der Geschäftsbeziehung zwischen dem Zedenten und der Beklagten auch zum Kauf von Finanzprodukten ausserhalb der eingelieferten Vermögenswerte.

10.2.4 Unbestritten sind auch die in den Kontaktnotizen der Beklagten (KB 30) notierten Kontakte zwischen dem Zedenten und seinem ehemaligen Kundeberater bei der Beklagten, Herrn K. _____:

Demnach erteilte der Zedent der Beklagten regelmässig telefonisch oder per Textnachricht Aufträge zum Kauf oder Verkauf von Finanzprodukten.

Am 8. Juli 2009, 4. Mai 2010, 10. Oktober 2011 sowie am 18. Januar 2012 kam es zu persönlichen Beratungsbesprechungen in der Zweigniederlassung der Beklagten in Bern. Anlässlich dieser Treffen kam es zu Kaufaufträgen («Stock exchange order»). Anlässlich des Gesprächs am 10. Oktober 2011 wurde die «USA Problematik» besprochen und die Beklagte beauftragt, eine Libor-Hypothek des Zedenten zu verlängern.

Am 17. Dezember 2010 kam es ausserdem zu einer Jahresendbesprechung in der Zweigniederlassung der Beklagten. Notiert wurde dazu, dass der Zedent zufrieden sei und neue Anlagefavoriten erwähnt habe. Einen Auftrag erteilte er nicht.

Am 30. Juli 2012 wurde die Investmentstrategie mit dem Zedenten telefonisch besprochen, wobei der Zedent offenbar auf ein Klumpenrisiko hingewiesen wurde. Notiert wurde vom Kundenberater, dass dem Zedenten dieses Risiko bekannt und bewusst sei und er keine Änderung wünsche.

Am 21. Dezember 2012 machte der Kundenberater den Zedenten telefonisch auf eine Anlagemöglichkeit aufmerksam. Es kam zum Kauf eines ETF-Produkts, wobei unklar ist, ob es sich dabei um die vorgestellte Anlagemöglichkeit handelte.

Betreffend die nachfolgenden Kontakte finden sich unter dem Titel «*CRM Contacts*» folgende drei Einträge: Am 1. März 2013 notierte der ehemalige Kundeberater: «Aufgrund Artikel F&W vom 16.02.13 und Bewertung Screener 3-Sterne mit Risiko gering besprechen wir pro und contra einer aktuellen Anlage. Der Kunde entscheidet aus Diversifikation und Beimischung sowie hohe Dividendenerwartungen in den nächsten Jahren den Titel zu kaufen». Am 29. April 2014 sowie am 28. Mai 2014 hielt der Kundenberater jeweils identisch fest: «Empfehlung CM und Screener mit Kunde besprochen, Kunde entscheidet zum Kauf». Diese besprochene «Empfehlung» basierte auf einem Finanz-Analystenreport, der allgemeine Anlagetrends darlegt bzw. Aktien aus verschiedenen Branchen und Märkten in die Kategorien «Kaufen», «Attraktiv, Übergewichten», «Unattraktiv, Untergewichten», «Verkaufen» und «neutral» einteilt.

Am 23. Mai 2018 fand wiederum eine telefonische Portfoliobesprechung zwischen dem Zedenten und seinem Kundenberater statt, wobei Letzterer festhielt, aufgrund der Unzufriedenheit des Zedenten dessen Betreuung zu intensivieren. Ein Auftrag zu einem Kauf oder Verkauf von Finanzinstrumenten erteilte der Zedent nicht. Am

16. November 2018 und am 8. Januar 2020 fanden weitere (persönliche) Portfolio-besprechungen statt. Auch am 16. November 2018 kam es zu keinem Auftrag an die Beklagte, sondern der Bankberater notierte: «Kunde will im Moment keine Änderungen vornehmen». Anlässlich der Besprechung am 8. Januar 2020 besprach der Zedent nach der unbestritten gebliebenen Behauptung der Beklagten vor allem die Finanzierung eines Hauses am Bielersee mit seinem Kundenberater. In den Kontakt-notizen findet sich der Eintrag: «Ausführliche Besprechung. Viele Punkte und Möglichkeiten aufgezeigt aber am Schluss nichts unternommen».

10.2.5 Aus den Gebührenaufstellungen (KB 31) ist weiter ersichtlich, dass die Beklagte dem Zedenten bis Ende 2017 keine Beratungskomponente («*Advisory Component*») verrechnete. Ab dem Jahr 2018 umfasste die Beratungskomponente rund 28 % der vom Zedenten an die Beklagte bezahlten Gebühren.

11.

11.1 Betreffend die der Beklagten im Rahmen der *eingelieferten Vermögenswerte* zugeflossenen Retrozessionen behauptet die die Klägerin höchstens implizit und damit unsubstanziert, dass die Beklagte dem Zedenten ausdrücklich empfohlen habe, die eingelieferten Titel zu halten bzw. zusätzliche Anteile von eingelieferten Titeln zu kaufen. Die Beklagte bestreitet dies ausdrücklich. Ob bewiesen ist, dass betreffend die eingelieferten Titel eine Beratung vorgelegen hat, ist daher gar nicht erst zu prüfen. Entgegen den Ausführungen der Beklagten ging es beim streitgegenständlichen Depotvertrag aber auch nicht um eine «reine Verwahrung». Die Beklagte hält selbst fest, dass eine Bank bei einem offenen Depot – wie jenem des Zedenten – nebst der Pflicht zur Verwahrung auch die Aufgabe habe, gewisse technische Verwaltungstätigkeiten, wie etwa das Inkasso von Coupons, Ausübung von Bezugsrechten etc., vorzunehmen. Es ist allgemein bekannt, dass Banken solche üblichen Verwaltungshandlungen im Rahmen eines Depotvertrages besorgen. Entsprechend beschränkten sich die Leistungen der Beklagten betreffend die eingelieferten Vermögenswerte insgesamt auf deren Verwahrung und Verwaltung. Weil es sich bei den eingelieferten Vermögenswerten unbestrittenermassen ausschliesslich um unverbriefte Rechte handelte, ist auf den Depotvertrag Auftragsrecht anwendbar.

11.2 Betreffend die der Beklagten im Zusammenhang mit dem *Kauf von Finanzprodukten ausserhalb der eingelieferten Vermögenswerte* zugeflossenen Retrozessionen ist zu beurteilen, ob von einem punktuellen oder auf Dauer angelegten, konkludent abgeschlossenen Anlageberatungsvertrag auszugehen ist, oder ob eine Execution-only-Beziehung vorlag. Ausschlaggebendes Unterscheidungskriterium ist nach dem Gesagten, ob die Beklagte im erforderlichen Ausmass Beratungsdienstleistungen erbracht hat. Die Beklagte bestreitet dies, weshalb zu prüfen ist, ob der Klägerin der Beweis gelungen ist.

11.2.1 Als Beweismittel liegen dem Handelsgericht einzig die eingereichten Urkunden vor. Keine der Parteien hat den Zedenten oder dessen Bankberater zu hinreichend konkreten und substantiierten Behauptungen betreffend Beratungen als Zeuge aufgerufen.

11.2.2 Allein mit der Tatsache, dass der Zedent in einer E-Mail sein Vertragsverhältnis mit der Beklagten als «ein Mandat mit Anlageberatung» bezeichnete (vgl. KB 9), vermag

die Klägerin nicht zu beweisen, dass das Vertragsverhältnis als Anlageberatungsmandat gelebt wurde und tatsächlich Beratungsdienstleistungen erfolgten. Dasselbe gilt betreffend den Verweis der Klägerin auf die Dokumente der Beklagten, worin diese mit einer bedürfnisgerechten Beratung wirbt. Dass die Beklagte individuelle Beratungen anbietet und auch dem Zedenten durch die Zustellung der entsprechenden Dokumente angeboten hat, ist unbestritten. Daraus ergibt sich aber noch nicht, dass der Zedent solche Beratungen in Anspruch genommen hat.

- 11.2.3 Die Beklagte hat durch den Zedenten ein Anlegerprofil ausfüllen lassen (AB 2), wodurch sie Kenntnis über dessen Erfahrungen im Finanzbereich, Anlageziele, Risikobereitschaft und finanziellen Verhältnisse erhielt. Damit war sie in der Lage, den Zedenten individuell zu beraten, hatte mithin die Grundlage für einen Anlageberatungsvertrag geschaffen. Das Erstellen eines Anlegerprofils kann theoretisch als Indiz für eine Anlageberatung interpretiert werden, zumal es für einen Konto-/Depotvertrag und allfällige Execution-only-Aufträge nicht notwendig wäre. Vorliegend entspricht das Erstellen eines Anlegerprofils allerdings auch dem Angebot der Beklagten, wonach gegen eine (zusätzliche) Gebühr jederzeit eine aktive und bedürfnisgerechte Beratung in Anspruch genommen werden kann. So oder anders kann aus dem erstellten Anlegerprofil noch keine tatsächlich gelebte Anlageberatung geschlossen werden.
- 11.2.4 Wie dargelegt sahen die Vertragsparteien vor, dass es dem Zedenten erlaubt war, bei Bedarf jederzeit eine bedürfnisgerechte Beratung in Anspruch zu nehmen. Die Kontaktnotizen belegen indes, dass zwischen dem Zedenten und seinem Bankberater der Beklagten kein besonders intensiver Kontakt bestand. Während der gut 13 Jahre dauernden Geschäftsbeziehung kam es mehrheitlich zu telefonisch übermittelten, konkreten Aufträgen des Zedenten. Unregelmässig gab es aber auch persönliche Besuche des Zedenten in der Zweigniederlassung der Beklagten in Bern und es haben zwischen dem Zedenten und seinem Bankberater Portfoliobesprechungen und Diskussionen über Anlagemöglichkeiten stattgefunden. Der Zedent hat insoweit offenbar einzelfallweise Beratungsdienstleistungen der Beklagten in Anspruch genommen. Vereinzelt wurde der Zedent auch auf Risiken aufmerksam gemacht. Den detaillierten Inhalt der (Beratungs-)Gespräche zwischen dem Zedenten und seinem Bankberater hat die Klägerin aber nicht dargelegt. Es kann sich auch, wie die Beklagte behauptet, um die Besprechung allgemeiner Erwartungen (der Bank oder Dritter) betreffend die Entwicklung bestimmter Finanzinstrumente gehandelt haben. Zudem kamen unbestrittenermassen auch Themen wie die Finanzierung von Immobilien und (LIBOR-)Hypothesen zur Sprache. Die behaupteten und dokumentierten Besprechungen zwischen dem Zedenten und seinem Bankberater lassen daher höchstens auf eine punktuelle und oberflächliche Beratung im Zusammenhang mit Finanzinstrumenten schliessen.
- 11.2.5 In Finanzfragen unerfahrene Kunden dürfen bei Informationen durch den Bankberater in aller Regel von einer persönlichen Empfehlung ausgehen (vgl. dazu Urteil des Bundesgerichts 4A_54/2017 vom 29. Januar 2018 E. 5.2). Demgegenüber erfüllen vom Bankberater gegenüber einem in Anlage- und Finanzfragen erfahrenen Kunden gemachte Ausführungen zu Anlagemöglichkeiten bzw. konkret die Besprechung «Empfehlung CM und Screener» die geforderte Qualität einer Beratung nicht ohne

weiteres. Ein besonderes Vertrauensverhältnis zwischen dem Zedenten und seinem Bankberater, welches eine gegenteilige Grundannahme schaffen könnte, wurde weder behauptet noch bewiesen. Vorliegend kann auch nicht erschlossen werden, ob der Zedent jeweils gestützt auf eigene Überlegungen oder aufgrund von Beratungen seitens der Beklagten gehandelt hat. Es blieb damit unklar, ob eine Beratung der Beklagten, sollte eine solche stattgefunden haben, Grundlage einer betreffend die Retrozessionen relevanten Transaktion war.

- 11.2.6 Auch aus den von der Beklagten erhobenen Gebühren lässt sich nicht auf eine Anlageberatung schliessen. Dass die Beklagte bis Ende 2017 keine separate Gebühr für eine Beratung erhob, schliesst eine punktuelle Anlageberatung zwar nicht aus. Demgegenüber beweist die Erhebung einer «*Advisory Component*» ab 2018 ebenso wenig eine Anlageberatung, zumal die Behauptung der Beklagten, wonach sie sich aufgrund der gestiegenen regulatorischen Anforderungen gezwungen sah, für die Bereitschaft zur Erteilung punktuellen Anlagerats eine Gebühr zu verrechnen, unbestritten blieb. Die Klägerin macht auch keine Änderung der Vertragsbeziehung zwischen dem Zedenten und der Beklagten ab diesem Zeitpunkt geltend.
- 11.2.7 Insgesamt bestehen zwar Anhaltspunkte für eine (punktuelle) Beratung des Zedenten durch die Beklagte bzw. deren Bankberater. Der Klägerin ist der Beweis einer (oder mehrerer) individueller Beratungen des Zedenten durch die Beklagte aber nicht gelungen. Folglich erfolgte der Handel mit Finanzprodukten ausserhalb der eingelierten Vermögenswerte gestützt auf eine nebst dem Konto- und Depotvertrag bestehende *Execution-only-Beziehung mit untergeordneter Beratungskomponente* (auch als «*unechte Execution-only Beziehung*» bezeichnet, vgl. ABEGGLEN, a.a.O., SZW 2007 S. 127 f.).

12.

12.1

- 12.1.1 Die Beurteilung, ob im Rahmen eines Depotvertrags und Execution-only-Aufträgen eingenommene Retrozessionen grundsätzlich an den Kunden herauszugeben sind, ist nach dem Gesagten gestützt auf das Recht zum einfachen Auftrag (Art. 394 ff. OR) zu beurteilen. Gemäss 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 Grunde zugekommen ist, zu erstatten*.
- 12.1.2 Entscheidend für die Herausgabepflicht ist, dass der Beauftragte die Zuwendung *infolge* seiner Geschäftsführung bzw. *in Erfüllung* des Auftrags erlangt hat. Behalten darf der Auftragnehmer demgegenüber Vorteile, die er lediglich *bei Gelegenheit* der Auftragsausführung, ohne inneren Zusammenhang mit dem ihm erteilten Auftrag von Dritten erhält (zum Ganzen: FELLMANN, a.a.O., N. 127 zu Art. 400 OR; BGE 143 III 348 E. 5.1.1 S. 353 m.w.H.). Unter die bei Gelegenheit der Auftragsausführung erhaltenen Vorteile können etwa Trinkgelder oder die üblichen Gelegenheitsgeschenke im Geschäftsverkehr subsumiert werden (BGE 143 III 348 E. 5.1.2 S. 354 m.H.a. BGE 138 III 755 E. 4.2 S. 759; 137 II 393 E. 2.1 S. 395). Damit ist aber erst gesagt, dass eine natürliche Kausalität alleine den für den verlangten inneren Zusammenhang zwischen dem erlangten Vermögenswert und dem Auftrag noch nicht ausreichend ist. Welches Ausmass der Konnex zwischen dem Vermögensvorteil und

dem Auftrag aufweisen muss, ist durch Auslegung von Art. 400 Abs. 1 OR bzw. dem Begriff «infolge» zu ermitteln.

12.1.3 Ausgangspunkt der Auslegung bildet der Wortlaut der Bestimmung. Ist der Wortlaut klar, d.h. eindeutig und unmissverständlich, darf davon nur abgewichen werden, wenn ein triftiger Grund für die Annahme besteht, der Wortlaut ziele am «wahren Sinn» der Regelung vorbei. Anlass für eine solche Annahme können die Entstehungsgeschichte der Bestimmung (sog. historische Auslegung), ihr Sinn und Zweck (sog. teleologische Auslegung) oder der Zusammenhang mit anderen Gesetzesvorschriften geben (sog. systematische Auslegung), wobei im Sinn des pragmatischen Methodenpluralismus alle anerkannten Auslegungselemente zu berücksichtigen sind (BGE 145 III 133 E. 6 S. 136 f. m.w.N.). Der Wortlaut ist betreffend das verlangte Ausmass an Kausalität nicht eindeutig, wobei festzuhalten ist, dass der Gesetzestext, wonach «alles» herauszugeben ist, was dem Beauftragten aus «irgendeinem Grunde» «infolge» der Geschäftsführung zukommt, eine weite Auslegung nahelegt.

12.1.4 Massgebend für die Abgrenzung, ob ein die Herausgabepflicht begründender innerer Zusammenhang besteht, ist auch der Sinn der Herausgabepflicht. Typenmerkmal des einfachen Auftrages ist insbesondere die (den eigenen Interessen des Beauftragten übergeordnete) Wahrung fremder Interessen bzw. die Fremdnützigkeit. Aus der Fremdnützigkeit des Auftrags leitet sich das Bereicherungsverbot bzw. die Herausgabepflicht gemäss Art. 400 Abs. 1 OR ab (vgl. BGE 138 III 755 E. 5.3 S. 762; 137 III 393 E. 2.3 S. 397; 132 III 460 E. 4.2 S. 465 f.). Der Auftragnehmer soll – abgesehen von einem allfälligen Honorar – durch den Auftrag weder gewinnen noch verlieren (ursprünglich: FELLMANN, a.a.O., N. 127 zu Art. 400). Daneben konkretisiert und garantiert die Herausgabepflicht die Treuepflicht des Auftragnehmers, indem sie als präventive Massnahme Interessenkonflikte vorbeugen soll (BGE 143 III 348 E. 5.1.1 S. 354; 139 III 49 E. 4.1.2 S. 54; 138 III 755 E. 5.3 S. 762). Insgesamt verfolgt die Herausgabepflicht gemäss Art. 400 Abs. 1 OR daher zwei Ziele: Nebst der Verhinderung von Interessenkonflikten gilt es das Bereicherungsverbot für den Beauftragten durchzusetzen (BISCHOF, Die Rückforderung von Retrozessionen in der beruflichen Vorsorge Teil 1, in: HAVE 2021 S. 145 m.H.a. EMMENEGGER/SCHMID, Die Herausgabepflicht des Beauftragten, in: Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier, S. 222 f).

12.2

12.2.1 Ob Retrozessionen auch bei einer Execution-only-Beziehung herauszugeben sind, hat das Bundesgericht noch nicht entschieden. Es erachtet Retrozessionen grundsätzlich als in einem Zusammenhang mit der Verwaltung stehende und damit der Herausgabepflicht nach Art. 400 Abs. 1 OR unterliegende Vorteile (BGE 143 III 348 E. 5.1.2 S. 354; 138 III 755 E. 4.2 S. 760; 137 III 393 E. 2.1 S. 395 f.; 132 III 460 E. 4.1 S. 464 f.). Für den verlangten inneren Zusammenhang ist bereits eine potenzielle Gefahr der Benachteiligung der Interessen des Kunden ausreichend, weshalb auch Vertriebsentschädigungen bzw. Bestandspflegekommissionen, die vom Produktanbieter ausgerichtet werden, der Herausgabepflicht unterliegen (BGE 138 III 755 E. 5.6 S. 765 f.). Die höchstrichterlichen Grundsatzentscheide zur Herausgabepflicht der Retrozessionen betrafen die Vermögensverwaltung (Urteil des Bundesgerichts 4A_601/2021 vom 8. September 2022 E. 7.2 m.H.a. BGE 143 III 348; 138 III

755; 137 III 393 und 132 III 460), wobei die Rechtsprechung zu den Retrozessionen auch im Zusammenhang mit einer Anlageberatung im Versicherungsbereich zur Anwendung gelangten (Urteil des Bundesgerichts 4A_427/2011 vom 29. November 2011). Wie dargelegt fehlt es bisher für das Execution-only-Verhältnis an bundesgerichtlicher Rechtsprechung (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_601/2021 vom 8. September 2022 E. 7.2). Immerhin hat es in einem Entscheid aus dem Jahr 2002 festgehalten, der Beauftragte, der für den Auftraggeber (einzig) einen Leibrentenversicherungsvertrag abschliesse, müsse die Vorteile, die ihm in diesem Zusammenhang zukommen, herausgeben (Urteil des Bundesgerichts 4C.125/2002 vom 27. September 2002 E. 3).

- 12.2.2 Auf kantonaler Ebene hat das Tessiner Appellationsgericht entschieden, dass Retrozessionen grundsätzlich auch im Anlageberatungsverhältnis herauszugeben seien (Entscheid des Tribunale d'appello Ticino 12.2012.105 vom 22. Mai 2014). Das Handelsgericht St. Gallen hält demgegenüber fest, die Herausgabepflicht von Retrozessionen im Rahmen eines Anlageberatungsvertrags sei im Einzelfall zu prüfen, konkret machte es die Herausgabepflicht von einem nicht offen gelegten Interessenkonflikt abhängig (Entscheid des Handelsgerichts St. Gallen HG.2018.11 vom 22. September 2019 E. 3.2 und 6). Das Handelsgericht Zürich hat sich mit der Herausgabe von Retrozessionen im Execution-only-Verhältnis befasst und diese mehrmals bejaht. Das Handelsgericht Zürich erkannte insbesondere, dass Art. 400 OR unabhängig von einem allfälligen Interessenkonflikt eine Zuordnung der vermögenswerten Positionen von Auftraggeber und -nehmer vorsehe. Der innere Zusammenhang sei zu bejahen, wenn ein Interessenkonflikt bestehe; er beschränke sich aber nicht auf diese Fälle. Eine Zahlung stehe auch dann in einem inneren Zusammenhang mit dem Auftragsverhältnis, wenn sie einzig deshalb erfolge, weil der Empfänger vom Kunden und dank seiner Investition eine Position eingeräumt bekomme, die den Zufluss der Zahlung ermögliche (Entscheid des Handelsgerichts Zürich HG190234-O vom 5. Oktober 2021 E. 2.3; HG150054-O vom 15. November 2017 E. 3.2.3 f.).
- 12.2.3 In der Lehre ist die Frage nach der Herausgabe von Retrozessionen im Execution-only-Verhältnis umstritten. Gegen eine Herausgabepflicht wird im Wesentlichen vorgebracht, Art. 400 Abs. 1 OR diene allein der Vorbeugung von Interessenkonflikten und ein solcher sei im Execution-only-Verhältnis gerade nicht vorhanden (MATHYS, Retrozessionen: Herausgabepflicht und Verjährungspraxis, in: Jusletter vom 5. Dezember 2022, Rz. 24 ff. m.w.N.; OSER/WEBER, in: Basler Kommentar zum Obligationenrecht I, 7. Aufl. 2020, N. 14a zu Art. 400 OR; KUNZ, Wirtschaftsrecht Grundlagen und Beobachtungen, 2019, Rz. 518, Fn. 1515; GEHRER CORDEY/GIGER, in: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Aufl. 2016, N. 12c zu Art. 400 OR; WAY-GOOD-WEINER, Rückvergütungen und Interessenkonflikte in der Finanzbranche, 2014, S. 110 f.; PREISIG, Interessenwahrung und Ablieferungspflicht im Bankgeschäft, Einzelfragen zu BGE 138 III 755, in: Jusletter vom 9. September 2013, Rz. 15 f.; wohl auch KUHN, Die Pflicht zur Herausgabe von Bestandespflegekommissionen – eine Standortbestimmung nach BGE 138 III 755 [4A_127/2012 vom 30. Oktober 2012], in: ZBJV 149/2013 S. 453 f.). Zugunsten einer Herausgabepflicht wird angeführt, Art. 400 Abs. 1 OR beinhalte aufgrund der Fremdnützigkeit zudem den Grundsatz der Nichtbereicherung bzw. der innere Zusammenhang beschränke sich nicht auf das Vorliegen eines Interessenkonflikts (JUTZI/MEIER, Retrozessionen

und Entschädigungen durch Dritte, in: AJP 2023 S. 923 f.; AGGTELEKY, a.a.O., Rz. 521; EMMENEGGER, Anlagekosten: Retrozessionen im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, in: Anlagerecht, 2007, S. 71 f.; EMMENEGGER/DÖBELI, Bankgeschäfte nach der Krise: Safer, simpler, fairer? in: SZW 2018 S. 649; JUTZI/WESS, Retrozessionen und sonstige Entschädigungen, in: GesKR 2022 S. 86; KÜPPERS, Neuordnung der Finanzmarktaufsicht im Bereich der bankseitigen Erbringung und Vergütung von Finanzdienstleistungen, 2020, S. 79; ZELLWEGE-GUTKNECHT, Zur Annahme und Herausgabe von Retrozessionen und anderen Drittvergütungen, in: Anlegerschutz im Finanzmarktrecht kontrovers diskutiert, 2013, S. 249; wohl auch REBER, Entscheidbesprechung BGer 4A_601/2021, in: AJP 2023 S. 89; SCHMID, Retrozessionen und Anlagfonds, in: Jusletter vom 21. Mai 2007, Rz. 45 f).

12.2.4 Per 1. Januar 2020 ist das Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG; SR 950.1) in Kraft getreten. Nach Art. 26 Abs. 1 FIDLEG ist die Entgegennahme von Entschädigungen von Dritten im Zusammenhang mit der Erbringung von Finanzdienstleistungen erlaubt, sofern der Finanzdienstleister die Kunden über die Entschädigungen vorgängig ausdrücklich informiert und die Kunden darauf verzichtet haben oder der Finanzdienstleister die Entschädigung vollumfänglich an die Kunden weitergibt. Als Entschädigungen gelten gemäss Art. 26 Abs. 3 FIDLEG Leistungen, die dem Finanzdienstleister im Zusammenhang mit der Erbringung einer Finanzdienstleistung von Dritten zufließen wozu insbesondere Courtagen, Kommissionen, Provisionen, Rabatte oder sonstige vermögenswerte Vorteile zählen. Nach der Theorie der Ausstrahlungswirkung stehen die aufsichts- und privatrechtlichen Normen zwar grundsätzlich selbständig nebeneinander, können jedoch bei der Auslegung gegenseitig herangezogen werden (JUTZI/MEIER, a.a.O., S. 920; JUTZI/WESS, die (neuen) Pflichten im Execution-only-Geschäft: Zusammenspiel von FIDLEG und OR, in: SZW 2019 S. 590 m.w.N.; vgl. EMMENEGGER/REBER, Zahlungsströme im Konzern: Aufsichtsrechtliche Folgen der Retrozessionsrechtsprechung, in: Theorie und Praxis des Unternehmensrechts, Festschrift zu Ehren von Lukas Handschin, 2020, S. 173 f.; EMMENEGGER/DÖBELI, a.a.O., S. 649). Art. 26 FIDLEG unterscheidet gemäss seinem Wortlaut nicht nach der Art der Finanzdienstleistung, sondern trifft eine allgemeine Regelung über den Umgang mit Entschädigungen Dritter, die im Zusammenhang mit der Erbringung von Finanzdienstleistungen erfolgen. Dass der umfassende Anwendungsbereich von Art. 26 FIDLEG durch seine systematische Stellung unter dem Titel «Interessenkonflikte» nicht eingeschränkt wird, ergibt sich bereits aus der bundesrätlichen Botschaft. Dort wird – bereits damals unter dem Titel «Interessenkonflikte» – ausdrücklich festgehalten, dass Entschädigungen im Execution-only-Verhältnis von Art. 26 FIDLEG erfasst sind (EMMENEGGER/THÉVENOZ/BÜRGI/LIÉGEOIS/BRANDER, Das schweizerische Bankprivatrecht 2022, in: SZW 2023 S. 238 m.H.a. die Botschaft des Bundesrates vom 4. November 2015 zum Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG) und zum Finanzinstitutsgesetz (FINIG), BBI 2015 S. 8901 ff. S. 8966; AGGTELEKY, a.a.O., Rz. 469 ff. und 479).

12.3

12.3.1 Einigkeit herrscht nach dem Gesagten darüber, dass Zuwendungen Dritter jedenfalls dann in einem inneren Zusammenhang mit der Auftragserfüllung stehen, wenn die Gefahr eines Interessenkonflikts besteht, d.h. wenn der Beauftragte sich veranlasst

sehen könnte, die Interessen des Auftraggebers nicht ausreichend zu berücksichtigen. Die Beklagte führt denn auch zu Recht aus, dass das Bundesgericht den (potenziellen) Interessenkonflikt als massgebenden 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, sieht. Allerdings ist der Interessenkonflikt auch nach dem Wortlaut der von der Beklagten zitierten Erwägung des Bundesgerichts gerade nicht ausschliesslich entscheidend. Das Bundesgericht hielt in BGE 138 III 755 E. 5.3 S. 762 fest: «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». Mit anderen Worten ist der Interessenkonflikt nur ein – wenn auch wichtiges – Element bei der Beurteilung, ob der erforderliche innere Zusammenhang für die Herausgabepflicht gegeben ist. Dieses Element erleichtert die Beurteilung insofern, als gemäss Bundesgericht der innere Zusammenhang «schon dann zu bejahen» ist, wenn die Gefahr besteht, dass der Beauftragte die Interessen des Auftraggebers nicht ausreichend berücksichtigt (BGE 138 III 755 E. 5.3 S. 762). Das schliesst nicht aus, dass Retrozessionen nach den Umständen des Einzelfalls auch ohne Interessenkonflikt als «infolge» der Auftragserteilung zugeflossen gelten.

12.3.2 Denn primäres Ziel von Art. 400 Abs. 1 OR ist die Sicherung der Fremdnützigkeit des Auftrages. Zu diesem Zweck grenzt die Bestimmung die Vermögenssphären von Auftraggeber und Beauftragtem voneinander ab (vgl. Entscheid des Handelsgerichts Zürich HG190234-O vom 5. Oktober 2021 E. 2.3). Die Durchsetzung des Bereicherungsverbotest ist – nebst der Vorbeugung von Interessenkonflikten – für das Erreichen dieses Ziels massgebend. Weil es auf das Vorliegen potenzieller Interessenkonflikte damit nicht entscheidend ankommt, kann offenbleiben, ob es dazu auch bei den vorliegend massgeblichen Execution-only-Geschäften hätte kommen können. Auch bei einem Execution-only-Geschäft bzw. wenn kein potenzieller Interessenkonflikt besteht, soll sich der Beauftragte nicht (ohne informierte Zustimmung) auf Kosten des Auftraggebers bereichern. Mit anderen Worten ist eine Herausgabepflicht unabhängig von der Gefahr eines Interessenkonflikts auch dann zu bejahen, wenn sich der Auftragnehmer mit einer infolge der Auftragserfüllung erlangten Zuwendung bereichert.

12.3.3 Retrozessionen erhöhen das Honorar eines Finanzdienstleisters. Vorliegend sind die von der Beklagten im zu beurteilenden Zeitraum eingenommenen Retrozessionen im Vergleich zu den vom Zedenten bezahlten Gebühren nicht unerheblich. In den Jahren 2018 und 2019 betrugen die von der Beklagten ausgewiesenen Retrozessionen (CHF 8'136.55 und CHF 8'580.85) fast ein Drittel der vom Zedenten bezahlten Gebühren betreffend das Depot X._____ (CHF 25'962.83 und CHF 27'479.21). Von Gelegenheitsvergütungen wie Trinkgeldern oder Gelegenheitsgeschenken kann bei diesen Beträgen keine Rede sein. Vielmehr stellen die Retrozessionen offensichtlich

einen wesentlichen Teil der Einnahmen der Beklagten in Bezug auf das Depot des Zedenten dar.

- 12.3.4 Die Bereicherung hängt auch beim Execution-only-Geschäft, d.h. der reinen Entgegennahme und Übermittlung eines Kundenauftrags, mit ebendiesem Auftrag zusammen. Die Zahlungen erfolgt einzig dank und gerade aufgrund der Investition des Kunden bzw. der Verwaltungshandlungen des Finanzdienstleisters. Sie steht damit in einem adäquaten Kausalzusammenhang mit der Auftragsausführung und erfolgt nicht lediglich bei deren Gelegenheit. Hätte der Kunde den Auftrag nicht erteilt und die Vermögenswerte nicht in sein Depot gestellt, hätte die Bank auch keine Retrozession eingenommen. Wie das Gesetz klarstellt, muss herausgegeben werden, was «aus irgendeinem Grunde» «infolge» der Auftragserfüllung erlangt wurde. Das gilt auch für die Retrozessionen für Titel, die der Zedent zu Beginn der Bankbeziehung eingeliefert und die seither im Depot liegen (sog. eingelieferte Titel, vgl. oben E. 10.2.2), ohne dass der Beklagten je ein Auftrag zu einer Transaktion erteilt worden wäre. Denn auch Retrozessionen, die nicht nach dem Vertriebsvolumen, sondern nach dem Wert des Anlagevolumens an einem bestimmten Stichtag bemessen werden (sog. Bestandespflegekommissionen, vgl. BGE 138 III 755 E. 4.1 S. 758 f.), sind «infolge» des Auftrags zugeflossen: Ohne die Anlage des Zedenten wäre die Vergütung der Beklagten tiefer ausgefallen. Bei einem derart engen Zusammenhang kann unabhängig davon, ob ein Interessenkonflikt vorliegt, schwerlich gesagt werden, die Vergütung sei nur bei Gelegenheit der Auftragserfüllung angefallen, zumal sich die Höhe der Vergütung gerade nach dem Depotwert bemisst. Dabei spielt auch keine Rolle, ob die Vergütung die Vertriebsaktivitäten der Beklagten fördern sollte; herauszugeben ist, was der Beklagten «aus irgendeinem Grunde» zugeflossen ist, sofern dies nur «infolge» des Auftrags geschehen ist. Sowohl Bestandespflegekommissionen als auch Retrozessionen stehen somit in einem inneren Zusammenhang zur Verwaltung und fallen deshalb unter die Herausgabepflicht nach Art. 400 Abs. 1 OR.
- 12.3.5 Abgesehen davon ist auch bei der vorliegenden Ausprägung der Execution-only-Beziehung, welche punktuelle Beratungsdienstleistungen gerade nicht ausschliesst, ein potenzieller Interessenkonflikt gegeben. Die Beklagte hatte jederzeit Gelegenheit, dem Zedenten gefragt oder auch ungefragt Empfehlungen abzugeben, welche ihre eigenen Interessen berücksichtigte. Wenn die Beklagte bei Portfoliobesprechungen, wie oben ausgeführt, auf Klumpenrisiken hinwies, verband sich damit implizit die Empfehlung, die Anlage zu diversifizieren, womit sie in der Folge auch auf bestimmte Anlagen hätte hinweisen können. Die Beklagte erwog zudem, aufgrund der Unzufriedenheit des Zedenten die eigene Beratung zu intensivieren.
- 12.4 Zusammenfassend unterliegen die im Streit stehenden Retrozessionen grundsätzlich der Herausgabepflicht gemäss Art. 400 Abs. 1 OR.
- 12.5
- 12.5.1 Die Beklagte hat in den Jahren 2011 bis und mit März 2021 im Zusammenhang mit der Geschäftsbeziehung mit dem Zedenten Retrozessionen von insgesamt CHF 57'795.35 vereinnahmt. Die von der Beklagten vorgenommene Aufschlüsse-

lung der ihr zugeflossenen Retrozessionen nach eingelieferten und erworbenen Titeln sowie Jahren blieb unbestritten. Demnach sind der Beklagten im Rahmen des Streitgegenstandes folgende Retrozessionen zugeflossen:

Jahr	Retrozessionen auf eingelieferten Titeln	Retrozessionen auf erworbenen Titeln	Total
2011	CHF 1'418.70	CHF 6.65	CHF 1'425.35
2012	CHF 4'827.05	CHF 117.25	CHF 4'944.30
2013	CHF 5'517.46	CHF 94.84	CHF 5'612.30
2014	CHF 5'707.31	CHF 56.74	CHF 5'764.05
2015	CHF 2'729.33	CHF 35.77	CHF 2'765.10
2016	CHF 5'953.46	CHF 508.94	CHF 6'462.40
2017	CHF 7'234.61	CHF 527.39	CHF 7'762.00
2018	CHF 7'643.11	CHF 493.44	CHF 8'136.55
2019	CHF 8'121.46	CHF 459.39	CHF 8'580.85
2020 – 31.03.2021	CHF 5'957.29	CHF 385.16	CHF 6'342.45
Total	CHF 55'109.78	CHF 2'685.57	CHF 57'795.35

12.5.2 Auch die von der Beklagten vorgenommene Aufschlüsselung der Retrozessionen entsprechend den Geltungsperioden der verschiedenen AGB-Versionen (dazu E. 13 f.) blieb unbestritten:

Unter der Geltungsdauer der AGB Version 01/2011 sind der Beklagten die Retrozessionen der Jahre 2011 und 2012 zugeflossen, mithin ein Betrag von CHF 6'369.65. Davon entfiel der Betrag von CHF 6'245.75 auf eingelieferte Titel.

Unter der Geltungsdauer der AGB Version 04/2013 sind der Beklagten die Retrozessionen der Jahre 2013, 2014, 2015, 2016 und 2017 zugeflossen, mithin ein Betrag von CHF 28'365.85. Davon entfielen der Betrag von CHF 27'142.17 auf eingelieferte Titel.

Unter der Geltungsdauer der AGB Version 01/2018 sind der Beklagten die Retrozessionen der Jahre 2018, 2019 und 2020 sowie die ersten zwei Monate 2021 zugeflossen, mithin ein Betrag von CHF 23'059.85. Davon entfielen CHF 21'721.86 auf eingelieferte Titel.

13. Strittig ist weiter, ob mit den AGB der Beklagten vereinbart wurde, dass die Beklagte vereinnahmte Retrozessionen behalten darf. Das wirft vorab die Frage nach der Geltung und dem Inhalt der AGB der Beklagten auf.

13.1 Allgemeine Geschäftsbedingungen haben von sich aus keine Geltung zwischen den Parteien. Sie gelten nur und soweit, als die Parteien sie für ihren Vertrag ausdrücklich

oder konkludent übernommen haben. In einem ersten Schritt ist daher zu prüfen, ob die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten Bestandteil des Vertrages zwischen dem Zedenten und der Beklagten geworden sind. AGB können nur dann vom Konsens erfasst sein, wenn die zustimmende Partei bei Vertragsschluss zumindest die Möglichkeit hatte, von ihrem Inhalt in einer zumutbaren Weise Kenntnis zu nehmen (zum Ganzen: BGE 148 III 57 E. 2.1 S. 59 f. m.w.N.).

- 13.1.1 Die *Klägerin* führt hierzu aus, die *AGB Version 2008* (AB 9) seien dem Zedenten anlässlich der Kontoeröffnung von der Beklagten nicht übergeben worden. Die Beklagte habe die *AGB Version 2008* auch nicht mit ihrem Schreiben vom 12. März 2021 (KB 13) mitgeliefert, mit welchem sie sämtliche Kontoeröffnungsunterlagen offengelegt habe. Darüber hinaus handle es sich bei der von der Beklagten gelieferten Unterlagen allesamt um Scans bzw. Kopien der Originalkontoeröffnungsunterlage, wohingegen es sich bei den eingereichten *AGB Version 2008* um eine elektronisch generierte Fassung handle. Die *AGB Version 2008* seien somit bei Vertragsschluss nicht gescannt bzw. kopiert worden und entsprechend nie Vertragsbestandteil geworden. Der Verweis in Buchstabe M des Kontoeröffnungsvertrags ändere daran nichts, da die Beklagte dem Zedenten die Möglichkeit hätte einräumen müssen, die *AGB* durchzulesen. Insgesamt seien die *AGB* vom Zedenten nie übernommen worden, weshalb insbesondere auch die *AGB-Änderungsklausel* in Ziff. 16 der *AGB Version 2008* auf seine Vertragsbeziehung mit der Beklagten keine Anwendung finde.
- 13.1.2 Die *Beklagte* hält fest, die *AGB* seien dem Zedenten anlässlich des Eröffnungsgesprächs am 12. Dezember 2008 ausgehändigt worden. Er habe ausdrücklich schriftlich deren Empfang bestätigt und auch keinen Widerspruch erhoben, als die Beklagte ihm mit Schreiben vom 6. und 7. Januar 2009 die Eröffnung des Portfolios bzw. Kontos bestätigte und darauf hinwies, dass die *AGB* gelten würden (AB 19 und 20). Im Unterschied zu im Hinblick auf eine Kundenbeziehung individualisierenden und im internen System abgelegten Dokumenten werde auf nicht zu individualisierenden Dokumenten wie *AGB* kein «COPY»-Stempel angebracht. Ausserdem habe der Zedent in einem Telefonat selber festgehalten, dass der Verzicht in den *AGB* erwähnt sei. Auch in einer Nachricht an den Kundenberater vom 24. März 2021 habe der Zedent Bezug auf die *AGB* genommen (vgl. KB 30).

13.2

- 13.2.1 Es entspricht schon allgemeiner Lebenserfahrung, dass bei Eröffnung einer Bankbeziehung dem Bankkunden die Allgemeinen Geschäftsbedingungen abgegeben werden. Für sich allein erbringt dies zwar noch keinen Beweis. Im schriftlichen Kontoeröffnungsvertrag (KB 8) ist aber unter Buchstabe M. «Anwendbares Recht und Gerichtsstand» Folgendes aufgeführt:

«Der Kontoinhaber bestätigt ausserdem hiermit, die dazugehörigen Bedingungen zur Geschäftsbeziehung inklusive Allgemeine Geschäftsbedingungen sowie Depotreglement («BZG» genannt) der Bank erhalten, gelesen und verstanden zu haben und diese zu akzeptieren.»

Dieser Passus steht auf der letzten Seite des Dokuments oberhalb der Unterschrift des Zedenten. Mit dieser Bestätigung hat die Beklagte bewiesen, dass der Zedent die *AGB Version 2008*, wie sie im Zeitpunkt der Eröffnung der Geschäftsbeziehung galten, erhalten hat.

13.2.2 Will die Klägerin diese Beweislage in Zweifel ziehen, müsste sie darlegen und beweisen, aus welchen Gründen der Zedent die AGB trotz seiner ausdrücklichen Bestätigung nicht erhalten haben sollte. Die Gründe, welche sie vorbringt, überzeugen nicht. Die Klägerin verweist (lediglich) auf den Umstand, dass die AGB nicht im Schreiben der Beklagten vom 12. März 2021 (KB 13), mit dem sie sämtliche Kontoeröffnungsdokumente offengelegt habe, enthalten gewesen seien, sondern nur eine elektronische Fassung vorgelegt worden sei. Dabei handelt es sich um ein formalistisches Argument und die Beklagte bringt eine plausible Erklärung für diesen scheinbaren Widerspruch vor: Demnach würden «COPY-Stempel» nur auf denjenigen Dokumenten angebracht, die eigens auf den jeweiligen Kunden zugeschnitten seien. Dazu gehören AGB nicht. Die Klägerin behauptet weiter nicht, der Zedent habe ihr gegenüber den Erhalt der AGB bestritten. Entsprechend ruft sie ihn auch nicht als Zeugen an.

13.3 Im Ergebnis ist substantiiert und bewiesen, dass der Zedent anlässlich der Eröffnung der Bankbeziehung die AGB Version 2008 erhalten hat und diese in die Vertragsbeziehung zwischen dem Zedenten und der Beklagten einbezogen wurden.

13.4

13.4.1 Ziff. 14 «Retrozessionen» der AGB Version 2008 lautet wie folgt:

«Die Bank behält sich grundsätzlich vor, Dritten eine Retrozession auf den dem Kunden belasteten Kommissionen und Depotgebühren zu gewähren sowie Vergütungen an Dritte basierend auf der Höhe der verwalteten Vermögenswerte zu leisten. Die Offenlegung solcher Zahlungen gegenüber dem Kunden obliegt nicht der Bank, sondern ausschliesslich den jeweiligen Empfängern. Der Kunde akzeptiert, dass allfällige Vergütungen und Entschädigungen, wie z.B. Kommissionen, Bestandeszahlungen, welche der Bank durch Dritte ausgerichtet werden, von dieser einbehalten und als zusätzliches Entgelt betrachtet werden dürfen.»

13.4.2 Ausserdem sah die Beklagte in Ziff. 16 «Änderungen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen» der AGB Version 2008 folgende voraussetzungslose einseitige Änderungsklausel vor:

«Die Bank behält sich jederzeitige Änderungen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen vor. Diese werden dem Kunden auf dem Zirkularwege oder auf andere geeignete Weise bekannt gegeben und gelten ohne Widerspruch innert Monatsfrist als genehmigt.»

14. Die Beklagte behauptet, dem Zedenten im weiteren Verlauf der Bankbeziehung verschiedene *AGB-Änderungen* zugestellt zu haben und bezieht sich betreffend dessen Verzicht auf diese späteren Versionen der AGB. Zu prüfen ist folglich, welche AGB-Versionen während der Vertragsbeziehung Geltung hatten. Ein Widerspruch des Zedenten wurde von der Klägerin nicht behauptet.

14.1

14.1.1 Mit Schreiben vom 27. Mai 2009 (AB 10) informierte die Beklagte über die dem Schreiben beiliegenden und per 1. Juli 2009 in Kraft tretenden *AGB Version 06/2009* (KB 20). Sie wies insbesondere auf die neu formulierte Ziff. 20 hin, die wie folgt lautete:

«Die Bank behält sich vor, Dritten für die Akquisition von Bankkunden und/oder die Erbringung von Dienstleistungen Vergütungen zu gewähren. Bemessungsgrundlage für solche Vergütungen bilden in der Regel die den Bankkunden belasteten Kommissionen, Gebühren usw. und/oder bei der Bank platzierte Vermögenswerte/Vermögensbestandteile ihre Höhe entspricht einem prozentualen Anteil der jeweiligen Bemessungsgrundlage.

Auf Anfrage des Bankkunden erteilt die Bank jederzeit Auskunft über weitere Einzelheiten im Zusammenhang mit den Dritten getroffenen Vereinbarungen über Vergütungen. Auf einen weitergehenden Informationsanspruch gegenüber der Bank verzichtet der Bankkunde hiermit ausdrücklich, insbesondere trifft die Bank keine detaillierte Abrechnungspflicht hinsichtlich effektiv bezahlter Vergütungen.

Der Bankkunde nimmt zur Kenntnis und akzeptiert, dass der Bank von Dritten (inklusive D. _____ Gruppengesellschaften) im Zusammenhang mit dem Erwerb/Vertrieb von kollektiven Kapitalanlagen, Zertifikaten, Notes usw. (nachfolgend "Produkte" genannt, darunter fallen auch solche, die von einer D. _____ Gruppengesellschaft verwaltet und/oder herausgegeben werden) Vergütungen in der Form von Bestandeszahlungen gewährt werden können. Die Höhe solcher Vergütungen ist je nach Produkt und Produktanbieter unterschiedlich und bemisst sich in der Regel nach der Höhe des von der Bank gehaltenen Volumens eines Produkts oder einer Produktgruppe.

Ihre Höhe entspricht üblicherweise einem prozentualen Anteil der dem jeweiligen Produkt belasteten Verwaltungsgebühren, welche periodisch während der Haltedauer vergütet werden. Zusätzlich können Vertriebsprovisionen von Wertpapieremittenten auch in Form von Abschlägen auf dem Emissionspreis (prozentmässiger Rabatt) geleistet werden oder in Form von Einmalzahlungen, deren Höhe einem prozentualen Anteil des Emissionspreises entspricht.

Der Bankkunde kann von der Bank grundsätzlich jederzeit vor oder nach Erbringung der Dienstleistung (Kauf des Produkts) durch die Bank Auskunft über weitere Einzelheiten betreffend den mit Dritten getroffenen Vereinbarungen über Vergütungen verlangen.

Der Informationsanspruch des Bankkunden bezüglich weiterer Einzelheiten über bereits erbrachte Dienstleistungen durch die Bank ist begrenzt auf die der Anfrage vorausgegangenen 12 Monate. Auf einen weitergehenden Informationsanspruch verzichtet der Bankkunde ausdrücklich. Verlangt der Bankkunde keine weiteren Einzelheiten vor Erbringung der Dienstleistung oder bezieht er die Dienstleistung nach Einholung weiterer Einzelheiten, verzichtet er ausdrücklich auf einen allfälligen Herausgabeanspruch im Sinne von Art. 400 des Schweizerischen Obligationenrechts».

- 14.1.2 Die *Klägerin* bestreitet, dass der Zedent das Schreiben vom 27. Mai 2009 und die (beiliegenden) AGB Version 06/2009 erhalten hat.
- 14.1.3 Die *Beklagte* erwidert, das Schreiben vom 27. Mai 2009, welches im Übrigen auch einen «COPY-Stempel» enthalte, sowie die damit übermittelten AGB Version 06/2009 seien dem Zedenten selbstverständlich zugestellt worden. Die *Klägerin* habe in der Klageschrift auf das Schreiben Bezug genommen und in diesem Zusammenhang nicht behauptet, der Zedent habe dieses nicht erhalten. Ausserdem sei aus dem System, in dem die *Beklagte* die reguläre Bankpost (Kontoauszüge und Vermögensausweise, Transaktionsbelege, Kundenschriften etc.) dokumentiere, ersichtlich, dass am 27. Mai 2009 ein korrespondierender Eintrag – mit der auch auf dem Schreiben enthaltenen Auftragsnummer – erfasst wurde (AB 21).
- 14.1.4 Die *Beklagte* hat zu beweisen, dass der Zedent die AGB-Änderung erhalten hat. Sie verweist hierfür auf die Klageschrift, auf die Tatsache, dass sich das Schreiben vom

27. Mai 2009 (mit «COPY-Stempel») in ihren Akten befinde sowie auf die interne Versanddokumentation. Weitere geeignete Beweismittel, insbesondere die Einvernahme des Zedenten, nennt sie nicht. Lediglich für die Organisation des Versands und der Dokumentenablage nennt sie einen Zeugen.

14.1.5 In der Klage bezieht sich die Klägerin betreffend die AGB Version 09/2009 auf ein Schreiben der Beklagten vom 9. Juni 2020 (KB 19), in welchem diese auf die (offenbar beigelegten) AGB Version 06/2009 verwies und deren Zustellung mittels Schreiben vom 27. Mai 2009 behauptete. Die Klägerin führt aus, der Zedent habe diese AGB nicht explizit akzeptiert. Im Schreiben vom 27. Mai 2009 habe die Beklagte lediglich darüber informiert, dass Änderungen den neuen Erfordernissen angepasst worden seien. In der Folge zitiert die Klägerin Ziff. 20 der AGB Version 06/2009 (pag. 11 f.). Tatsächlich hat die Klägerin die Zustellung der AGB Version 06/2009 mit Schreiben vom 27. Mai 2009 an den Zedenten noch nicht in der Klage, sondern erst in der Replik explizit bestritten. Sie hat die Zustellung allerdings auch nie anerkannt, sondern bezog sich in der Klage offenbar auf das Schreiben der Beklagten vom 9. Juni 2020 und die diesem beigelegten AGB Version 06/2009. Aus dem prozessualen Verhalten der Klägerin kann somit nichts zugunsten der Beweisführung der Beklagten abgeleitet werden. Die Beklagte ihrerseits hat mit ihren Beweismitteln nur bewiesen, dass aufgrund ihrer internen Dokumentation vieles dafürspricht, dass sie die AGB versendet hat. Bewiesen ist dies allerdings nicht. Erst recht nicht bewiesen ist deren Zugang beim Zedenten. Für den Zustellnachweis genügt es nicht, dass eine hohe Wahrscheinlichkeit für den Versand spricht. Schliesslich kann auch aus den Kontaktnotizen der Beklagten nicht abgeleitet werden, der Zedent habe die AGB Version 06/2009 erhalten. In der Kontaktnotiz vom 14. April 2020 steht Folgendes (KB 30):

«[...] Der Kunde ist natürlich absolut nicht glücklich, dass er uns so viel Geld abliefern musste, hat aber auch erwähnt und festgestellt, dass dies gemäss unseren AGB's so erwähnt wurde.»

In der Kontaktnotiz wird ebenfalls erwähnt, dass der Kunde «vor einiger Zeit» betreffend Retrozessionen angefragt habe. Aus der Notiz kann somit nur geschossen werden, dass sich der Zedent mit den Retrozessionen befasst und dazu die AGB konsultiert hatte. Ob die Notiz, die von einem Angestellten der Beklagten verfasst wurde, den genauen Wortlaut der Nachricht des Zedenten wiedergibt, ist nicht bekannt. Unklar bleibt zunächst, welche AGB der Zedent konsultiert hat. Der Begriff «Allgemeine Geschäftsbedingungen» steht immer in der Mehrzahl und kann sich daher auch nur auf die aktuelle Version beziehen. Die Notiz spricht nicht davon, dass er «alle vergangenen AGB» geprüft habe. Weiter ist unklar, aus welcher Quelle die AGB stammten, auf die er sich berief. Er hätte die AGB auf der Website der Beklagten aufsuchen können, wie das heute allgemein gebräuchlich ist. Die Notiz belegt somit nur, dass der Zedent sich mit den AGB der Beklagten befasst hatte, aber nicht, dass und welche Version ihm wann zugegangen waren. Dasselbe gilt für die Kontaktnotiz der Beklagten bzw. die Nachricht des Zedenten vom 24. März 2021, worin sich der Zedent unter Hinweis auf die AGB darüber erkundigte, warum ein Vergütungsauftrag nicht ausgeführt werden konnte. Diese offenen Fragen hätten sich möglicherweise mit der Einvernahme des Zedenten klären lassen, was die Beklagte aber nicht beantragt hat.

14.1.6 Im Ergebnis hat die Beklagte nicht bewiesen, dass die das Schreiben vom 27. Mai 2009 mit den AGB Version 06/2009 dem Zedenten zugegangen ist.

14.2

14.2.1 Mit Schreiben vom 26. November 2010 (AB 11) informierte die Beklagte über ab dem 1. Januar 2011 in Kraft tretende Neuerungen der AGB. Betreffend Retrozessionen hielten die *AGB Version 01/2011* (AB 12) in Ziff. 21 zusätzlich fest, dass es zu Interessenkonflikten kommen könne:

« [...] Der Bankkunde nimmt zur Kenntnis und akzeptiert, dass die Bank die Interessen des Bankkunden bestmöglich wahrnimmt und zweckdienliche Vorkehrungen zur Vermeidung von Interessenskonflikten sowie daraus resultierender Benachteiligungen ihrer Bankkunden, die sich aus der Entgegennahme von Vergütungen ergeben können, trifft. Wo sich Interessenkonflikte dieser Art nicht vermeiden lassen, stellt die Bank sicher, dass dem Bankkunden daraus keine Nachteile erwachsen.»

14.2.2 Die *Klägerin* bestreitet, dass die Beklagte das Schreiben vom 26. November 2010 und die beiliegenden *AGB Version 01/2011* versandt hat. Es handle sich bei den AB 11 und 12 um elektronisch generierte Dokumente, weshalb ein Versand der Dokumente nicht ansatzweise substantiiert sei.

14.2.3 Die *Beklagte* verweist wiederum auf den «COPY-Stempel» auf dem Schreiben vom 26. November 2010 sowie die interne Dokumentation.

14.2.4 Die *Klägerin* äusserte sich in der Klage nicht zu dieser AGB-Änderung. In der Replik bestreitet sie (lediglich), dass das Schreiben sowie die angeblich beigelegten AGB versandt worden seien. Wer den Versand eines Dokuments bestreitet, bestreitet implizit auch dessen Erhalt. Denn es ist nicht denkbar, dass ein Dokument, das nicht versendet wird, auf andere Weise als durch seine Zustellung an den Empfänger gelangt. Da die Beklagte sich wiederum allein auf die interne Dokumentation und die beschriebenen Nachrichten des Zedenten beruft, ist nicht erwiesen, dass die *AGB Version 01/2011* diesem zugestellt worden sind.

14.3

14.3.1 Mit Schreiben vom 21. Februar 2013 (KB 21; AB 22) informierte die Beklagte über die per 1. April 2013 in Kraft tretenden *AGB Version 04/2013* (KB 22) sowie das Merkblatt «Vergütungen von Dritten», Stand 02/2013 (KB 23). Konkret schrieb die Beklagte:

«Betreffend Vergütungen, die die D._____ AG (Bank) von dritten erhält, wurde Ziff. 22 AGB (bisher Ziff. 21 AGB) angepasst. In erster Linie enthält die neue Fassung eine noch detailliertere Erklärung der Funktions- und Berechnungsweise solcher Vergütungen. Weiter wird das Informationsrecht des Kunden bezüglich solcher Vergütungen erweitert. Neu werden die von der D._____ AG (Bank) erhaltenen Vergütungen zudem anstatt wie bisher unter dem Titel 'Vertriebsentschädigungen' auf der zweitletzten Seite unserer Preisliste ('Leistungen und Gebühren') in einem separaten, diesem Schreiben beigelegten Merkblatt 'Vergütungen von Dritten' offengelegt. Die Höhe der Vergütungen wird dabei insbesondere als Prozentbandbreite des Anlagevolumens einer bestimmten Produktkategorie und wo anwendbar als Prozentbandbreite des verwalteten Kundenvermögens ausgedrückt. Wie bisher wird schliesslich festgehalten, dass die D._____ AG (Schweiz) von Dritten erhaltene Vergütungen für sich einbehalten darf und der Bankkunde auf diese verzichtet.»

14.3.2 Die AGB Version 04/2013 sahen in Ziff. 22 Folgendes vor:

«Der Bankkunde nimmt zur Kenntnis und akzeptiert, dass der Bank von Dritten (Drittgesellschaften oder D. _____ Gruppengesellschaften) Vergütungen für den Vertrieb von Anlageprodukten, wie kollektive Kapitalanlagen oder strukturierte Produkte (nachfolgend 'Produkte' genannt), entrichtet werden (nachfolgend 'Vergütungen' genannt).

Die Höhe der Vergütungen ist je nach Produkt oder Produkthanbieter unterschiedlich. In der Regel bemessen sich die Vergütungen nach dem von der Bank über alle Bankkunden hinweg in einem Produkt gehaltenen Anlagevolumen. Die Vergütungen entsprechen üblicherweise einem prozentualen Anteil der dem jeweiligen Produkt periodisch belasteten Verwaltungsgebühren. Zusätzlich oder alternativ können Vergütungen auch in Form von Abschlägen auf dem Emissionspreis (prozentualer Rabatt) geleistet werden oder in Form von Einmalzahlungen, deren Höhe einem prozentualen Anteil des Emissionspreises entspricht. Das Merkblatt 'Vergütungen von Dritten' (nachfolgend 'Merkblatt' genannt) enthält weitere Angaben zur Höhe der Vergütungen, insbesondere ausgedrückt als Prozentbandbreite des Anlagevolumens einer bestimmten Produktkategorie und wo anwendbar als Prozentbandbreite des verwalteten Kundenvermögens. Der Bankkunde nimmt zur Kenntnis und akzeptiert, dass die Bank das Merkblatt jederzeit anpassen kann. Sie informiert den Bankkunden darüber in geeigneter Weise.

Der Bankkunde kann von der Bank jederzeit vor oder nach Erbringung der Dienstleistung durch die Bank weitere Informationen über Vergütungen verlangen. Auskunft über die genaue Höhe von angefallenen Vergütungen wird erteilt, soweit diese für den Bankkunden gehaltene Produkte betreffen und der einzelnen Bankbeziehung mit vernünftigem Aufwand zugeordnet werden können.

Der Bankkunde nimmt zur Kenntnis und akzeptiert, dass Vergütungen zu potenziellen Interessenkonflikten führen, indem sie einen Anreiz setzen können, Anlageprodukte auszuwählen oder zu empfehlen, bei denen die Bank überhaupt Vergütungen erhält (z.B. einen Anlagefonds oder ein strukturiertes Produkt anstelle von Aktien oder Obligationen) oder bei denen sie höhere Vergütungen erhält (Bevorzugung von Produkten bestimmter Anbieter gegenüber anderen Anbietern oder bestimmter Kategorien von Produkten, bei denen höhere Vergütungen anfallen). Die Bank trifft zweckdienliche Vorkehrungen zur Vermeidung von Interessenkonflikten, die sich aus der Entgegennahme von Vergütungen ergeben können. Wo sich Interessenkonflikte nicht vermeiden lassen, stellt die Bank sicher, dass dem Bankkunden daraus keine Nachteile erwachsen.

Der Bankkunde ist ausdrücklich damit einverstanden, dass die Bank Vergütungen annimmt und für sich einbehält. Sofern die Vergütungen in Erfüllung eines mit dem Bankkunden abgeschlossenen Auftragsverhältnisses an diesen abgeliefert werden müssten, verzichtet der Bankkunde auf einen Herausgabeanspruch gemäss Art. 400 Abs. 1 OR des Schweizerischen Obligationenrechts sowie allfällige weitere Herausgabeansprüche hinsichtlich Vergütungen. Dieser Verzicht gilt auch bei einer Änderung des Merkblatts.»

14.3.3 Im Merkblatt «Vergütungen von Dritten» (KB 23) wurde Folgendes festgehalten:

«Die D. _____ AG (Bank) (nachfolgend 'Bank' genannt) bietet ihren Kunden eine Vielzahl von Anlageprodukten an (nachfolgend 'Produkte' genannt), die von D. _____ Gruppengesellschaften oder Dritten hergestellt werden. Für den Vertrieb der Produkte erhält die Bank von den Produktherstellern Vertriebsentschädigungen und andere geldwerte Leistungen. Der Bank ist es wichtig, ihre Kunden transparent über solche Leistungen zu informieren. Die Höhe von Vertriebsentschädigungen ist je nach Produkt und Produkthersteller unterschiedlich. In der Regel bemisst sie sich nach dem an einem bestimmten Datum über alle Bankkunden hinweg gehaltenen Volumen, das in ein Produkt investiert ist.

A) Vertriebsentschädigungen bei Anlagefonds

Bei Anlagefonds wird dem Fondsvermögen von der Fondsleitungsgesellschaft eine jährliche Verwaltungskommission belastet, mit der die Administration, die Verwaltung und der Vertrieb des jeweiligen Anlagefonds entschädigt werden. Vertriebt die Bank einen Anlagefonds, wird ihre Vertriebsdienstleistung somit aus einem Teil der Verwaltungskommission des Anlagefonds entschädigt. Diese Vertriebsentschädigungen werden periodisch ausbezahlt.

Je nach Fondskategorie liegen die Vertriebsentschädigung innerhalb der folgenden Bandbreiten:

Fondskategorie	Vertriebsentschädigung in Prozent des Anlagevolumens (auf Jahresbasis)	
	Anlagefonds von D.____ Gruppengesellschaften ¹	Anlagefonds von Drittgesellschaften
Geldmarktfonds	0 bis 0.25% p.a.	0 bis 0.50% p.a.
Anleihenfonds	0 bis 1.25% p.a.	0 bis 1.00% p.a.
Aktiefonds u.ä., gemischte Fonds	0 bis 1.40% p.a.	0 bis 1.33% p.a.
Alternative und Hedge-Fonds	0 bis 1.40% p.a.	0 bis 1.33% p.a.

B) Vertriebsentschädigungen bei strukturierten Produkten

Bei strukturierten Produkten sind Vertriebsentschädigungen in Form eines Abschlags auf dem Emissionspreis (prozentualer Rabatt), als Vergütung eines Teils des Emissionspreises oder in Form anderer einmalig und/oder periodisch anfallender Vergütungen üblich. Als Einmalzahlungen in Form eines prozentualen Rabatts oder in Form der Vergütung eines Teils des Emissionspreises betragen Vertriebsentschädigungen bei strukturierten Produkten 0 bis 3 Prozent des Emissionspreises. Als periodische Vergütungen betragen Vertriebsentschädigungen bei strukturierten Produkten 0 bis 1 Prozent des Anlagevolumens p.a.

C) Bandbreite in Bezug auf das durch die Bank beratene bzw. verwaltete Vermögen

Im Rahmen eines von der Bank ausgeführten Vermögensverwaltungsvertrags lässt sich die Höhe der erwarteten Vertriebsentschädigungen zudem im Verhältnis zu den verwalteten Vermögenswerten ausdrücken: Üblicherweise betragen diese jährlich zwischen 0.1 und 0.4 Prozent des unter dem Vermögensverwaltungsvertrag verwalteten Vermögens. Bei Beratungsverträgen bewegen sich die erwarteten Vertriebsentschädigungen in derselben Bandbreite, sofern der Bankkunde die Anlageempfehlungen der Bank befolgt. Keine Vertriebsentschädigungen fallen an, wo die Bank entsprechend einer Vereinbarung im Vermögensverwaltungs- oder Anlageberatungsvertrag nur in direkte Anlagen investiert bzw. entsprechend berät.

D) Andere geldwerte Leistungen

Gewisse Produkthersteller bieten der Bank andere geldwerte Leistungen an wie beispielsweise Finanzanalysen (Research), die Ausbildung von Mitarbeitenden der Bank und andere verkaufsunterstützende Dienstleistungen. Auf die in diesem Merkblatt aufgeführten Vertriebsentschädigungen und anderen geldwerten Leistungen hat der Bankkunde zugunsten der Bank vertraglich verzichtet.»

14.3.4 In der Klage hat die *Klägerin* nur die Behauptung der Beklagten wiedergegeben, wonach der Zedent über die Änderung der AGB informiert worden sei und weiter ausgeführt: «Über die Anpassung der vorgenannten AGBs wurden die Kunden der Beklagten mit Bankmitteilung vom 21.02.2013 wie folgt informiert [...]» (pag. 12). In der

Replik bestreitet die Klägerin pauschal sämtliche hierzu seitens der Beklagten erfolgten Ausführungen und fügte an: «Wie die vorhergehenden AGB Versionen sind auch die AGB Version 04/2013 nicht übernommen, da die ursprüngliche AGB Version 2008 nicht Vertragsbestandteil waren und somit die Änderungsklausel in Ziff. 16 nie in Kraft trat [...]» (pag. 136). Auch in ihren Ausführungen zum Merkblatt «Vergütungen von Dritten» verweist die Klägerin lediglich darauf, dass dieses mangels rechtsgültiger Übernahme keine Anwendung auf die Geschäftsbeziehung mit dem Zedenten hätten, wobei sie auf ihre Ausführungen zu den AGB Version 2008 verweist (pag. 139). Damit bestreitet die Klägerin die Zustellung der AGB nicht. Denn sie räumt ein, dass «die Kunden der Beklagten», somit auch der Zedent, über die Änderung informiert wurden, und bestreitet die Wirksamkeit der AGB nur mit Hinweis auf das Fehlen einer wirksamen Änderungsklausel, mithin in erster Linie mit rechtlichen Argumenten. Daher ist erwiesen, dass der Zedent das Schreiben vom 21. Februar 2013 und die diesem beiliegenden AGB Version 04/2013 sowie das Merkblatt «Vergütungen von Dritten», erhalten hat.

14.4

14.4.1 Mit Schreiben vom 20. November 2017 (KB 24; AB 23) informierte die Beklagte über die per 1. Januar 2018 in Kraft tretenden *AGB Version 01/2018* (KB 25). Im Vergleich zu den AGB Version 04/2013 wurden die AGB Version 01/2018 nur geringfügig angepasst. Neu hinzugefügt wurde in Ziff. 26 ein letzter Absatz, lautend wie folgt:

«Allfällige unwesentliche nichtgeldwerte Vorteile (z.B. Marktanalysen, Schulungen für bestimmte Finanzprodukte, Verpflegung während Schulungen und Vergleichbares) verbleiben bei der Bank, sofern die Zuwendungen zur Qualitätsverbesserung der Dienstleistung für den Bankkunden beitragen oder offengelegt werden.»

14.4.2 In der Klage anerkennt die *Klägerin*, dass «mit Schreiben vom 20.11.2017 [...] den Bankkunden der Beklagten die AGB's Version 01/2018 sowie das neue Depotreglement Version 01/2018 zugestellt» worden sind (pag. 15). In ihrer Replik bestreitet die Klägerin pauschal sämtliche diesbezüglichen Ausführungen der Beklagten. Die Klägerin argumentiert unter Hinweis auf die angeblich unwirksame Änderungsklausel in Ziff. 16 der ursprünglichen AGB 2008, die AGB Version 01/2018 seien nicht «übernommen» worden (pag. 136). Sie bestreitet entsprechend nicht, dass der Zedent die AGB Version 01/2018 erhalten hat.

14.5 Im Ergebnis wurden die *AGB Version 2008*, die *AGB Version 04/2013* sowie die *AGB Version 01/2018 Bestandteil des Vertragsverhältnisses* zwischen dem Zedenten und der Beklagten.

14.6 Die Klägerin behauptet, die AGB-Klauseln betreffend die Retrozessionen seien *ungewöhnlich*. Selbst wenn von einer Globalübernahme ausgegangen wird scheitert der pauschale und von der Beklagten bestrittene Einwand der Klägerin bereits daran, dass es sich beim Zedenten nicht um eine unerfahrene Partei handelt (vgl. E. 8.3). Mit Blick auf die Feststellung des Bundesgerichts, wonach die Fremdnützigkeit als solche durch Vereinbarungen über einen Verzicht des Auftraggebers auf die Ablieferung der Retrozessionen nicht berührt wird (BGE 137 III 460 E. 4.2 S. 465) muss auch eine objektive Ungewöhnlichkeit verneint werden. Die entsprechenden Klauseln der AGB Versionen 2008, 04/2013 und 01/2018 sind folglich anwendbar.

15. Zu prüfen ist schliesslich, ob der Zedent in den AGB 2008, 04/2013 und 01/2018 gültig auf Retrozessionen verzichtet hat.
- 15.1 Der Inhalt des Vertrages kann innerhalb der Schranken des Gesetzes beliebig festgestellt werden (Art. 19 Abs. 1 OR). Von den gesetzlichen Vorschriften abweichende Vereinbarungen sind nur zulässig, wo das Gesetz nicht eine unabänderliche Vorschrift aufstellt oder die Abweichung nicht einen Verstoss gegen die öffentliche Ordnung, gegen die guten Sitten oder gegen das Recht der Persönlichkeit in sich schliesst (Art. 19 Abs. 2 OR). Eine Vorschrift kann mit Rücksicht auf das Recht der Persönlichkeit als unabänderlich gelten, wenn sie als übermässige Bindung gemäss Art. 27 Abs. 2 ZGB zu qualifizieren ist. Der Inhalt eines Auftragsverhältnisses bzw. ein «Verzicht» auf im Auftragsrecht vorgesehene Rechte kann entsprechend im Sinne der Vertragsfreiheit im Rahmen der gesetzlichen Schranken beliebig vereinbart werden.
- 15.2 Das Bundesgericht hat zwar schon zu Beginn seiner Rechtsprechung zu den Retrozessionen auf die dispositive Natur der auftragsrechtlichen Ablieferungspflicht hingewiesen. Ein gültiger Verzicht setze aber voraus, dass die Auftraggeberin «vollständig und wahrheitsgetreu» über die zu erwartenden Retrozessionen informiert sei und dass ihr Wille, auf deren Ablieferung zu verzichten, klar aus der entsprechenden Vereinbarung hervorgehe (BGE 132 III 460 E. 4.2 S. 466). Präzisierend führte es später aus, dass die Auftraggeberin den Umfang sowie die Berechnungsgrundlagen der Retrozessionen kennen müsse, die es ihr erlauben würden, die Kostenstruktur des Vermögensverwaltungsmandats zu erfassen sowie die damit verbundenen Interessenkonflikte des Vermögensverwalters zu erkennen. Im Vermögensverwaltungsgeschäft sei zwar bei einem vorgängigen Verzicht eine genaue Bezifferung nicht möglich. Der Kundin müssten aber zumindest die Eckwerte der bestehenden Retrozessionsvereinbarungen mit Dritten sowie die Grössenordnung der erwarteten Rückvergütungen anhand einer Prozentbandbreite des verwalteten Vermögens bekanntgegeben werden. Die Angabe einer Prozentbandbreite, die sich auf das investierte Vermögen bezieht, ist nicht ausreichend (BGE 137 III 393 E. 2.4 S. 398 ff.; bestätigt im Urteil des Bundesgerichts 4A_355/2019 vom 13. Mai 2020 E. 3.2). Die Einschränkung betreffend die Grössenordnung erfolgt gestützt auf die Überlegung, dass eine Abschätzung des Umfangs der zu erwartenden Retrozessionen anhand einer noch unbekannt Grösse nicht Grundlage eines gültigen Verzichts bilden kann. Weil im Rahmen einer Vermögensverwaltung zu Beginn der Vertragsbeziehung lediglich der Parameter des in Verwaltung gegebenen Vermögens, nicht aber der Umfang des später tatsächlich in retrozessionsauslösende Produkte investierten Vermögens bekannt ist, lässt sich mit einer offengelegten Prozentbandbreite betreffend investiertes Vermögen nicht bestimmen, auf welchen Betrag verzichtet wird.
- 15.3 Was genau unter «Eckwerten der bestehenden Retrozessionsvereinbarungen mit Dritten» zu verstehen ist, hat das Bundesgericht bisher nicht näher erläutert. Zusammen mit der Grössenordnung der zu erwartenden Rückvergütungen sollen sie jedenfalls dem Auftraggeber ermöglichen, 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 a.E. S. 399 f.). Das Element des Eckwerts soll

demgemäss die «konkreten Anreizstrukturen» offenlegen, die einen Interessenkonflikt begründen können. Da die konkreten Anreize für Rückvergütungen aus Sicht der Bank stets in der Erzielung von (zusätzlichen) Einnahmen liegen, vermittelt bereits das zweite Element, nämlich die Grössenordnung der zu erwartenden Rückvergütungen, die für die Beurteilung der konkreten Anreize erforderlichen wesentlichen Informationen: Wenn die Bank Rückvergütungen von 0,1 bis 0,4 Prozent des verwalteten Vermögens erhält, besteht ihr Anreiz offenkundig darin, auf 100 Franken verwaltetes Vermögen 10 bis 40 Rappen Rückvergütungen zu erzielen. Damit weiss der Kunde nicht nur genau, worauf er maximal verzichtet, er kennt auch die Grössenordnung des Anreizes und damit das wesentliche Element für den Interessenkonflikt. An die weiteren Informationen über die Eckwerte sind daher keine hohen Anforderungen zu stellen. Wenn in der Literatur gefordert wird, der Kunde müsse wissen, ob mit allen oder nur einer Auswahl von Partnern Abreden über Rückvergütungen bestünden, und weiter, die Grössenordnung der Rückvergütungen betreffend die verschiedenen Partner und Produkte im Verhältnis untereinander (so NÄNNI/VON DER CRONE, Rückvergütungen im Recht der unabhängigen Vermögensverwaltung, Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts vom 22. März 2006 [4C.432/2005], BGE 132 III 460, i.S. Stiftung U [Klägerin und Berufungsklägerin] gegen A [Beklagter und Berufungsbeklagter], in: SZW 2006 S. 383), so geht dies zu weit. Wie sich auch aus Art. 26 Abs. 2 FIDLEG ergibt, geht es um Informationen über die «Art und den Umfang der Entschädigung». Offenzulegen sind damit etwa der Grund der Entschädigung, die Form der Entschädigung sowie ob diese einmalig oder wiederkehrend ausgerichtet wird (SCHOTT/SCHOTT, in: Schulthess Kommentar zum Finanzdienstleistungsgesetz FIDLEG, 2021, N. 56 zu Art. 26 FIDLEG). Wie die Beklagte zu Recht vorbringt, genügt es somit, wenn pro Produktklasse die (jährlich) vereinnahmten Vergütungen in Prozentbandbreiten bekannt gegeben werden. Der Kunde weiss dann, bei welchen Vorgängen (Grund der Vergütung) welche Entschädigung (Art der Entschädigung) in welcher Höhe anfällt, und kann insbesondere aus dem Vergleich der Vergütungen für verschiedene Anlageklassen beurteilen, bei welchen der monetäre Anreiz für die Bank besonders hoch und damit der Interessenkonflikt besonders ausgeprägt ist. Ob die Anforderungen an die Information über die «Eckwerte» auch bei reinen Execution-only-Verhältnissen herabgesetzt sind, bei denen Interessenkonflikte entweder nicht oder weniger ausgeprägt vorkommen, mag fraglich sein, kann aber hier letztlich offenbleiben. Denn die vorliegend zu beurteilenden AGB sind entweder schon mit Blick auf die Grössenordnung der Retrozessionen ungenügend oder erfüllen die Anforderungen an beide Elemente der Information.

15.4

- 15.4.1 Ziff. 14 der AGB Version 2008 (vgl. E. 13.4.1) muss unter dem Aspekt der vollständigen Information als zu vage beurteilt werden. Die Ziffer hält einzig fest, der Kunde akzeptiere, dass Retrozessionen von der Bank einbehalten werden dürfen. Jegliche weiteren Informationen betreffend die zu erwartenden Retrozessionen fehlen. Es lassen sich aus dieser Vereinbarung keinerlei Rückschlüsse auf das Ausmass der zu erwartenden Retrozessionen ziehen. Mit den AGB Version 2008 hat der Zedent demnach nicht gültig auf die Herausgabe der Retrozessionen verzichtet.

- 15.4.2 Demgegenüber beschreibt Ziff. 22 der AGB Version 04/2013 (vgl. E. 14.3.2) die Art und Weise der Bemessung der Retrozessionen. Das ergänzende Merkblatt enthält zum einen unter Bst. A für Vertriebsentschädigungen bei Anlagefonds konkrete prozentuale Bandbreiten der Retrozessionen betreffend unterschiedliche Produktkategorien (Geldmarktfonds, Anleihenfonds, Aktienfonds, Alternative und Hedge-Fonds), wobei die Prozentsätze für Gruppengesellschaften der Bank und für Drittgesellschaften gesondert angegeben werden und die Vertriebsentschädigung in Prozent des Anlagevolumens auf Jahresbasis ausgedrückt wird. Weiter wird unter Bst. B die Art der Vertriebsentschädigung für strukturierte Produkte als Prozentanteil zwischen 0 und 3 Prozent angegeben. Schliesslich wird für Vermögensverwaltungsverträge die Höhe der Vertriebsentschädigungen im Verhältnis zu den verwalteten Vermögenswerten ausgedrückt. Damit kennt der Kunde nicht nur die Grössenordnung der Retrozessionen im Verhältnis zu seinem investierten Vermögen, sondern auch die Unterschiede zwischen den Anlagekategorien hinsichtlich Art und Höhe der Vergütung. Der Zedent war folglich betreffend die höchstmöglichen Retrozessionen im Zusammenhang mit seinen Börsengeschäften aufgeklärt und ist damit gemäss den dargelegten Voraussetzungen hinreichend informiert. Weiter hatte der Zedent das Recht, jederzeit vor oder nach einer Investition genauere Informationen zu den Retrozessionen zu verlangen.
- 15.5 Im Ergebnis ist der Verzicht auf die Herausgabe von Retrozessionen ab Geltung der AGB Version 04/2013 gültig vereinbart. Der Beklagten zuvor in den Jahren 2011 und 2012 zugeflossene Retrozessionen (CHF 1'425.35 und CHF 4'944.30, insgesamt ausmachend CHF 6'369.65), unterliegen hingegen der Herausgabepflicht.
- 16.
- 16.1 Die Klägerin verlangt auf dem Betrag von CHF 1'425.35 einen Zins zu 5% seit dem 31. Dezember 2011 und auf dem Betrag von CHF 4'944.30 Zins zu 5% seit dem 31. Dezember 2012.
- 16.2 Unter Zins ist die Vergütung zu verstehen, die ein Gläubiger für die Entbehnung einer ihm geschuldeten Geldsumme fordern kann, sofern diese Vergütung sich nach Zeit und Quote des Kapitals bestimmt (WEBER/EMMENEGGER, in: Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, 2. Aufl. 2020, N. 7 zu Art. 104 OR). Voraussetzung für die Verzugszinspflicht ist vorab, dass der Schuldner mit der Zahlung des geschuldeten Betrages in Verzug geraten ist. Ist eine Verbindlichkeit fällig, so wird der Schuldner durch Mahnung des Gläubigers in Verzug gesetzt (Art. 102 Abs. 1 OR), sofern für die Erfüllung kein bestimmter Verfalltag verabredet wurde (Art. 102 Abs. 2 OR). Es ist auch betreffend den Zins Sache der Kläger, die Tatsachen und Umstände, aus denen sich ihre Zinsforderung ableitet, darzulegen und die entsprechenden Beweismittel zu nennen.
- 16.3 Die *Klägerin* hält fest, die Ablieferungspflicht werde mit dem Erwerb durch den Beauftragten sofort fällig, einer Mahnung durch den Auftraggeber bedürfe es nicht (pag. 27). Die *Beklagte* bestreitet die Zinsforderung unter Hinweis auf das Fehlen einer Forderung (pag. 110).
- 16.4 Gemäss Art. 400 Abs. 2 OR hat der Beauftragte Gelder, mit deren Ablieferung er sich im Rückstande befindet, zu verzinsen. Mit der Ablieferung von Geldern ist der

Beauftragte immer dann im Rückstand, wenn er sie im Zeitpunkt des Fälligwerdens der Herausgabepflicht nicht sofort ausbezahlt. Mangels anderslautender Vereinbarung sind die Retrozessionen sofort nach ihrem Erwerb herauszugeben (vgl. Art. 75 OR). Nicht erforderlich ist, dass der Auftraggeber den Beauftragten durch Mahnung in Verzug setzt (zum Ganzen: FELLMANN, a.a.O., N. 166 zu Art. 400 OR m.w.N.). Die Beklagte ist daher grundsätzlich verpflichtet, ab dem Zugang der Retrozessionen der Jahre 2011 und 2012 Verzugszins von 5% (vgl. Art. 104 Abs. 1 OR) zu bezahlen.

- 16.5 Die Klägerin verlangt den Verzugszins von 5% jeweils ab dem 31. Dezember. Dabei handelt es sich jeweils um den letztmöglichen Tag, an dem die Retrozessionen der betroffenen Jahre der Beklagten zugegangen waren. Die Beklagte ist folglich zu verpflichten, der Klägerin auf dem Betrag von CHF 1'425.35 *Verzugszins* von 5% seit dem 31. Dezember 2011 und auf dem Betrag von CHF 4'944.30 Verzugszins von 5% seit dem 31. Dezember 2012 zu bezahlen.

17.

- 17.1 Die Beklagte erhebt betreffend die Retrozessionen des Jahres 2011 die Einrede der *Verjährung* (pag. 98 ff.). Im Betreibungsbegehren der Klägerin fehle ein Hinweis auf das Datum der Forderung und auf die Zusammensetzung des in Betreuung gesetzten Betrages, weshalb die Voraussetzungen von Art. 67 Abs. 1 Ziff. 4 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG; SR 281.1) nicht erfüllt seien. Die Betreuung habe die Verjährung daher nicht unterbrochen.

- 17.2 Herausgabeansprüche über Retrozessionen verjähren innerhalb von zehn Jahren (BGE 143 III 348 E. 5.2.1 S 355 f.). Die Verjährungsfrist läuft ab dem Zeitpunkt, zu dem die Retrozession dem Beauftragten zugeflossen ist (BGE 143 III 348 E. 5.3.2 S. 358). Die Verjährung wird durch Schuldbetreibung unterbrochen (Art. 135 Ziff. 2 OR). Das Betreibungsbegehren muss die Forderungsurkunde oder den Forderungsgrund enthalten (Art. 67 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG). Die Angaben dienen der Orientierung des Schuldners und sollen ihm Aufschluss über den Anlass der Betreuung geben. Der Forderungsgrund ist hinreichend substantiiert, wenn der Schuldner aus dem gesamten Inhalt des Zahlungsbefehls Klarheit über die Art der in Betreuung gesetzten Forderung erhält und er sich über deren Anerkennung schlüssig werden kann. Eine knappe Umschreibung des Forderungsgrundes genügt, wenn nach dem Grundsatz von Treu und Glauben der Anlass der Betreuung aus ihrem Gesamtzusammenhang erkennbar wird. Dazu ist erforderlich, dass das Datum angegeben wird, an welchem die in Betreuung gesetzte Forderungen entstanden ist. Bei Dauerschuldverhältnissen mit periodischen Zahlungspflichten bedeutet dies, dass die in Frage stehende Zeitperiode zu bezeichnen ist (Urteil des Bundesgerichts 5A_606/2016 vom 24. November 2016 E. 2.1 m.w.N.).

17.3

- 17.3.1 Im Betreibungsbegehren vom 17. Februar 2021 (KB 34) wird als Forderungssumme «CHF 51'919.90 zzgl. 5% Zins p.a. seit 17.02.2013» und als Grund der Forderung «Anspruch auf Erstattung der an die A. _____ AG abgetretenen Vertriebsentschädigungen aus Kundebeziehung G. _____, (Geburtsdatum), mit der Bank» angegeben.

- 17.3.2 Bei Retrozessionen handelt es sich unbestrittenermassen nicht um periodische Leistungen. Vorliegend ist aber auch irrelevant, dass im Betreibungsbegehren kein Datum betreffend das Entstehen der Forderung angegeben wurde. Der Betreibung ging mindestens Korrespondenz zwischen dem Zedenten und der Beklagten voraus. Der Zedent verlangte von der Beklagten Auskunft über sämtliche im Zusammenhang mit seiner Geschäftsbeziehung geflossenen Retrozessionen (KB 9). Dieser Aufforderung kam die Beklagte mit Schreiben vom 6. April 2020 nach (KB 12). Beim in Betreibung gesetzten Betrag handelt es sich exakt um den von der Beklagten gegenüber dem Zedenten offengelegten Gesamtbetrag an vereinnahmten Retrozessionen. Die Betreibung steht damit in einem Gesamtzusammenhang, der es der Beklagten als Gläubigerin nach Treu und Glauben erlaubte, den Forderungsgrund nachzuvollziehen. Mit anderen Worten musste ihr auch ohne Angabe von Daten klar sein, wofür sie betrieben wurde, weshalb die Einrede der Verjährung gestützt auf einen ungenügenden Zahlungsbefehl unbegründet ist.
- 17.3.3 Die Verjährung wurde durch die Betreibung vom 17. Februar 2021 unterbrochen. Dass die Retrozessionen im Jahr 2011 der Beklagten vor dem 17. Februar 2011 zugeflossen sind, mithin die Verjährung früher begonnen hätte, behauptet diese nicht.
- 17.4 Die der Beklagten aus der Kundenbeziehung mit dem Zedenten im Jahr 2011 zugeflossenen Retrozessionen sind nicht verjährt.
- 18.
- 18.1 Zu beurteilen ist weiter der *Anspruch auf Auskunftserteilung* und Rechenschaftsablage betreffend allfällige der Beklagten im Zusammenhang mit der Kundenbeziehung mit dem Zedenten zwischen dem 1. April 2021 bis zum 31. Dezember 2021 zugeflossenen Retrozessionen (Rechtsbegehren 1).
- 18.2 Die *Beklagte* bestreitet das Bestehen eines Auskunftsanspruchs (pag. 75 ff. und 195 ff.). Sie hält fest, sie hätte zwar dem Zedenten bzw. der Klägerin (gestützt auf die ihr vom Zedenten erteilte Vollmacht, nicht aber gestützt auf die Abtretungsvereinbarung) selbstverständlich über die von der Klage nicht erfassten Retrozessionen vollumfänglich Auskunft erteilt, wäre sie vorprozessual darum ersucht worden (pag. 45 f.). Zur Einklagung des Auskunftsanspruchs fehle es der Klägerin an der Aktivlegitimation. Erstens handle es sich beim Anspruch auf Rechenschaftsablage um einen blossen Hilfsanspruch, der nur zusammen mit dem zugrundeliegenden Hauptanspruch abgetreten werden könne. Weil es vorliegend am Hauptanspruch fehle, habe der Zedent auch den Anspruch auf Rechenschaftsablage und Auskunftserteilung nicht rechtsgültig an die Klägerin abtreten können. Darüber hinaus sähen die ab dem 1. März 2021 geltenden AGB ein Abtretungsverbot vor, das auch den Auskunftsanspruch umfasse.
- 18.3 Die *Klägerin* erachtet sich als zur Stellung des Auskunftsbegehrens legitimiert (pag. 129 f.). Das Abtretungsverbot sei auf das Konto- und Depotguthaben beschränkt. Von der Abtretungsvereinbarung mit dem Zedenten seien hingegen insbesondere sämtliche Ansprüche des Zedenten gegenüber der Beklagten auf Auskunft und Herausgabe betreffend die geldwerten Vorteile, die der Beklagten in Zusam-

menhang mit der Vertragsbeziehung zwischen der Beklagten und dem Zedenten zugegangen sind oder noch zugehen werden, erfasst. Bei Retrozessionen handle es sich bekanntlich gerade nicht um Gelder, die dem Konto- bzw. Depotguthaben der einzelnen Kunden gutgeschrieben würden.

18.4

18.4.1 Mit Abtretungsvereinbarung vom 12./15. Februar 2021 (KB 6) vereinbarte der Zedent mit der Klägerin folgendes:

«Mit gegenständlicher Abtretungsvereinbarung tritt der Zedent sämtliche Ansprüche gegenüber dem Vermögensverwalter betreffend aller geldwerten Vorteile, welche der Vermögensverwalter und/oder seine Erfüllungsgehilfen im Zusammenhang mit der Vertragsbeziehung vereinnahmt haben und/oder noch vereinnahmen werden, unwiderruflich zur Einbringlichmachung an die Zessionarin ab (Inkasso-zession).

Die gegenständliche Vereinbarung umfasst die Abtretung sämtlicher mit der Vereinnahmung von geldwerten Vorteilen (Provisionen, Retrozessionen, Bestandespflegeprovisionen, Kickbacks, Finder-Fees, Vertriebsentschädigungen etc.) in Zusammenhang stehende Ansprüche des Zedenten gegenüber dem Vermögensverwalter und/oder seinen Erfüllungsgehilfen, und zwar aus dem Rechtsgrund des Schadenersatzes, der ungerechtfertigten Bereicherung sowie jedem anderen erdenklichen Rechtsgrund.

Dies umfasst insbesondere, aber nicht ausschliesslich, Ansprüche des Zedenten gegenüber dem Vermögensverwalter

- a) auf Auskunft über sämtliche geldwerten Vorteile, die dem Vermögensverwalter und/oder seinen Erfüllungsgehilfen in Zusammenhang mit der Vertragsbeziehung zwischen dem Vermögensverwalter und dem Zedenten zugegangen sind oder noch zugehen werden;
- b) auf Herausgabe sämtlicher geldwerten Vorteile, die dem Vermögensverwalter und/oder seinen Erfüllungsgehilfen in Zusammenhang mit der Vertragsbeziehung zwischen dem Vermögensverwalter und dem Zedenten zugegangen sind oder noch zugehen werden.»

18.4.2 Die Auslegung dieser Abtretungsvereinbarung ergibt, dass sämtliche, dem Zedenten zustehende, gegenwärtige und zukünftige Ansprüche in Bezug auf Retrozessionen an die Klägerin abgetreten wurden. Von der Abtretungsvereinbarung umfasst sind explizit auch auf allen Rechtsgründen basierende Auskunftsansprüche.

18.4.3 Weil die Klägerin in eigenem Namen und nicht im Namen des Zedenten klagt, fällt die Vollmacht vom 12./15. Februar 2021 (KB 6) als Grundlage für den Auskunftsanspruch ausser Betracht.

18.4.4 Die gesetzliche Pflicht zur Rechenschaftsablegung gemäss Art. 400 Abs. 1 OR erstreckt sich auf das Auftragsverhältnis, d.h. auf den Inhalt des Auftrags. Nach dem Gesagten vereinbarten die Parteien ab dem 1. April 2013 gültig, dass Retrozessionen von der Beklagten behalten werden dürfen, mithin, dass diesbezüglich – abweichend vom Gesetz – die Herausgabepflicht kein Bestandteil des Vertrages bildet. Ob sich der gesetzliche Anspruch auf Rechenschaft in einem solchen Fall trotzdem noch auf die von der Beklagten vereinnahmten Retrozessionen erstreckt, kann vorliegend jedoch offenbleiben, ebenso, wie ob der Anspruch auf Rechenschaftsablegung gemäss Art. 400 Abs. 1 OR überhaupt abtretbar ist (verneinend z.B. VON TUHR/ESCHER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II, S. 345).

18.4.5 In den AGB Version 04/2013, Ziff. 22, 3. Absatz, bzw. den AGB Version 2018, Ziff. 22, 3. Absatz, wird dem Bankkunden ein jederzeitiges Informationsrecht betreffend Retrozessionen eingeräumt, wobei Auskunft über die genaue Höhe von angefallenen Vergütungen erteilt wird, soweit diese vom Bankkunden gehaltene Produkte betreffen und der einzelnen Bankbeziehung mit vernünftigem Aufwand zugeordnet werden können. Damit wurde ein selbständiger vertraglicher Informationsanspruch vereinbart, der unabhängig vom gesetzlichen Rechenschaftsanspruch und unabhängig vom Anspruch auf Retrozessionen besteht. Wenn gemäss den AGB den Kunden ohnehin kein Anspruch auf Retrozessionen zusteht, kann der Informationsanspruch keinen Zusammenhang mit der Durchsetzung solcher Ansprüche haben. Er dient dem Kunden dazu, das Ausmass der Retrozessionen abzuschätzen, welche die Bank zusätzlich zu den Gebühren einnimmt. Dass der strittige Auskunftsanspruch nicht mehr besteht, hat die Beklagte zudem nicht behauptet. Dieser ist gegeben, sobald der Sachverhalt, auf den er sich bezieht, eingetreten ist und verjährt zehn Jahre nach Beendigung des Auftragsverhältnisses (FELLMANN, a.a.O., N. 99 zu Art. 400 OR). Er kann somit auch nach Vertragsbeendigung geltend gemacht werden. Eine vertragliche Forderung betreffend spezifische Auskunftsrechte ist zudem auch abtretbar. So erfasst die Abtretungserklärung vorliegend «Ansprüche des Zedenten (...) auf Auskunft über sämtliche geldwerten Vorteile, die dem Vermögensverwalter und/oder seinen Erfüllungsgehilfen in Zusammenhang mit der Vertragsbeziehung zwischen dem Vermögensverwalter und dem Zedenten zugegangen sind oder noch zugehen werden», worunter auch der Auskunftsanspruch gemäss AGB gehört. Ebenso wenig wie die AGB ist die Abtretungserklärung auf Auskunftsansprüche beschränkt, die im Zusammenhang mit einer Forderung des Kunden auf Erstattung der Retrozessionen steht. Weil unabhängig vom Verzicht auf den Herausgabeanspruch eine vertragliche Forderung auf Auskunft über die Retrozessionen besteht, trifft auch die Argumentation der Beklagten betreffend die Abtretung von einem Nebenanspruch ins Leere.

18.4.6 Das von der Beklagten vorgebrachte Abtretungsverbot in Ziff. 15 der AGB Version 1/2021 (KB 5) lautet wie folgt:

«Der Kontoinhaber verzichtet auf sein Recht, die Konto- und Depotguthaben ohne schriftliche Zustimmung der Bank an Dritte zu verpfänden oder abzutreten.»

Das Abtretungsverbot bezieht sich ausdrücklich auf Konto- und Depotguthaben. Das vertragliche Auskunftsrecht ist davon nicht erfasst.

18.5 Zusammenfassend hat der Zedent gestützt auf die AGB ein Recht auf jederzeitige Auskunftserteilung über Retrozessionen betreffend von ihm gehaltene Produkte. Dieses Recht wurde rechtsgültig an die Klägerin abgetreten. Deren Begehren auf Auskunftserteilung und Rechenschaftsablage ist entsprechend gutzuheissen.

19.

19.1 Die *Klägerin* verlangt schliesslich, die Beklagte sei zu verpflichten, ihr CHF 95.30 für die *Betriebskosten* sowie CHF 15.60 für *Postgebühren* zu erstatten (Rechtsbegehren 3).

19.2 Die *Beklagte* bestreitet die Ansprüche auf Ersatz der Betreuungskosten und Postgebühren unter Verweis auf das Fehlen eines (Haupt-)Anspruches. Ausserdem seien die Betreuungskosten im Falle einer erfolgreichen Fortsetzung der Betreuung gemäss Art. 68 Abs. 2 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG; SR 281.1) vorab von den Zahlungen des Schuldners zu erheben. Die Klägerin habe aber die Frist zur Fortsetzung der Betreuung verstreichen lassen (pag. 100 und 229).

19.3

19.3.1 Die schliesslich vom Schuldner zu tragenden Betreuungskosten sind vom Gläubiger vorzuschliessen (vgl. Art. 68 Abs. 1 SchKG). Der Gläubiger ist berechtigt, von den Zahlungen des Schuldners die Betreuungskosten vorab zu erheben (Art. 68 Abs. 2 SchKG), womit die Kosten zur Schuld geschlagen werden und vom Schuldner zusätzlich zum Betrag, welcher dem Gläubiger zugesprochenen worden ist, zu bezahlen sind (Urteil des Bundesgerichts 5A_455/2012 vom 5. Dezember 2012 E. 3 m.w.N.). Das Recht zur Fortsetzung der Betreuung erlischt ein Jahr nach der Zustellung des Zahlungsbefehls. Diese Frist steht, wenn Rechtsvorschlag erhoben worden ist, zwischen Einleitung und Erledigung des dadurch veranlassten Verfahrens still (Art. 88 Abs. 2 SchKG). Sofern der Gläubiger diese Frist ungenutzt verstreichen lässt, verliert der Zahlungsbefehl seine Gültigkeit und die Betreuung fällt dahin (AMONN/WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. Aufl. 2013, § 22 Rz. 11).

19.3.2 Die Klägerin reichte den Zahlungsbefehl in der Betreuung Nr. _____ als Beweismittel ein (KB 28). Die Behauptung der Klägerin, wonach der Zahlungsbefehl der Beklagten am 24. Februar 2021 zugestellt wurde (pag. 140), liess die Beklagte unbestritten (vgl. pag. 222). Dabei handelt es sich allerdings offensichtlich um das Datum der Ausstellung des Zahlungsbefehls. Auf der Rückseite des Zahlungsbefehls wird als Datum der Zustellung der 2. März 2021 aufgeführt. Gestützt Art. 153 Abs. 2 und Art. 157 ZPO gilt als bewiesen, dass der Zahlungsbefehl der Beklagten am 2. März 2021 zugestellt wurde. Am 25. Februar 2022 reichte die Klägerin gegen die Beklagte Klage ein. Die Klage erfolgte mithin innert der Jahresfrist von Art. 88 Abs. 2 SchKG, womit die Klägerin sich die vorgeschossenen Betreuungskosten im Rahmen des Betreibungsverfahrens gemäss Art. 68 Abs. 2 SchKG ersetzen lassen kann.

19.4

19.4.1 Gemäss Art. 95 Abs. 3 ZPO gelten der Ersatz notwendiger Auslagen (Bst. a), die Kosten einer berufsmässigen Vertretung (Bst. b) und, in begründeten Fällen, für Umtriebe einer nicht berufsmässig vertretenen Partei (Bst. c) als Parteientschädigung. Damit werden sämtliche Anwalts- und andere Rechtsverfolgungskosten abgegolten, die aufgrund bzw. in engem Zusammenhang mit dem Prozess entstanden sind und ihre Ursache unmittelbar in der gerichtlichen Rechtsdurchsetzung haben. Andere Parteikosten, die nicht unmittelbar mit dem Prozess zusammenhängen, werden demgegenüber von Art. 95 Abs. 3 ZPO nicht erfasst und können grundsätzlich Gegenstand eines zivilrechtlichen Schadenersatzanspruches sein. Die Partei, die den Ersatz von nicht unmittelbar mit dem Prozess zusammenhängenden Parteikosten

einklagt, hat substantiiert darzutun, dass die geltend gemachten Aufwendungen gerechtfertigt, notwendig und angemessen waren, sowie nicht durch eine prozessuale Parteientschädigung gedeckt sind (Urteil des Bundesgerichts 4A_692/2015 vom 1. März 2017 E. 6.1.2 m.H.a. Urteil des Bundesgerichts 4A. 264/2015 vom 10. August 2015 E. 3).

- 19.4.2 Die Klägerin begründet ihre Forderung auf Ersatz der Postgebühren nicht. Sie legt dazu keine sachverhaltsmässigen Grundlagen dar, gestützt auf diese ein rechtlicher Anspruch geprüft werden könnte. Sie begründet insbesondere auch nicht, weshalb die Postgebühren nicht unter den Ersatz von notwendigen Auslagen gemäss Art. 95 Abs. 3 Bst. a fallen. Damit hat die Klägerin die geltend gemachten Postgebühren nicht hinreichend substantiiert.
- 19.5 Die Klage ist betreffend die Betriebskosten und die Postgebühren abzuweisen.
20. Zusammenfassend liegt der Bankbeziehung zwischen der Beklagten und dem Zedenten, soweit für die vereinnahmten Retrozessionen relevant, einerseits ein Depotvertrag und andererseits ein Execution-only-Verhältnis mit untergeordneter Beratungskomponente zugrunde (E. 11). Ob Retrozessionen bei einer Execution-only-Beziehung herauszugeben sind, hat das Bundesgericht bisher noch nicht entschieden. Vorliegend wird die grundsätzliche Herausgabepflicht der streitgegenständlichen Retrozessionen bejaht (E. 12.3). Ab Geltung der AGB Version 04/2013 hat der Zedent jedoch gültig auf die Herausgabe der Retrozessionen verzichtet (E. 15). Die der Beklagten vor dieser Vereinbarung zugeflossenen Retrozessionen sind nicht verjährt (E. 17) und zzgl. Zins (E. 16) herauszugeben. Gestützt auf die AGB stand dem Zedenten ein selbständiger Informationsanspruch über seine Produkte betreffende Retrozessionen zu, den er gültig an die Klägerin abgetreten hat (E. 18). Ersatz der Postgebühren und Betriebskosten ist der Klägerin hingegen nicht zuzusprechen (E. 19).

IV.

21. Die Prozesskosten bestehen aus den Gerichtskosten und der Parteientschädigung (Art. 95 Abs. 1 ZPO).
- 22.
- 22.1 Die *Gerichtskosten* beschränken sich im vorliegenden Fall auf die Pauschale für den Entscheid (Entscheidgebühr; Art. 95 Abs. 2 Bst. b ZPO).
- 22.2 Die Entscheidgebühr richtet sich nach dem Streitwert des Verfahrens (Art. 96 ZPO i.V.m. Art. 21 EG ZSJ und Art. 42 Abs. 1 des Dekrets betreffend die Verfahrenskosten und die Verwaltungsgebühren der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft [VKD; BSG 161.12]). Der Streitwert wird durch die Rechtsbegehren bestimmt (Art. 91 Abs. 1 ZPO) und beträgt vorliegend CHF 63'685.80. Bei einem Streitwert zwischen CHF 50'000.00 und CHF 100'000.00 liegen die Pauschalen für den Entscheid zwischen CHF 2'000.00 und CHF 22'000.00 (Art. 42 Abs. 1 Bst. b VKD). Innerhalb dieses Rahmens bemisst sich die Entscheidgebühr nach dem gesamten Zeit- und Ar-

beitsaufwand, der Bedeutung des Geschäfts sowie der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Kostenpflichtigen (Art. 5 VKD). Der Zeit- und Arbeitsaufwand kann für das Gericht insgesamt als durchschnittlich bezeichnet werden. Es fand ein doppelter Schriftenwechsel statt und das Geschäft war von durchschnittlicher Komplexität. Zwar fand keine Hauptverhandlung statt, jedoch war der Aufwand im Vergleich zu anderen Verfahren mit ähnlichem Streitwert leicht erhöht. Die Gerichtskosten werden auf die ordentliche Gebühr, ausmachend CHF 9'800.00, festgesetzt.

22.3 Die Gerichtskosten werden der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Hat keine Partei vollständig obsiegt, so werden die Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt (Art. 106 Abs. 2 OR). Die Klägerin obsiegte vorliegend betreffend ihre Forderungen zu gerundet 11% sowie vollständig betreffend das Auskunftsbegehren. Es rechtfertigt sich eine Verteilung der Gerichtskosten von 75% zu 25%. Folglich hat die Klägerin Gerichtskosten von CHF 7'350.00 und die Beklagte solche von CHF 2'450.00 zu bezahlen. Die Gerichtskosten werden mit dem Kostenvorschuss der Klägerin von CHF 9'800.00 verrechnet (vgl. Art. 111 Abs. 1 ZPO). Die Beklagte hat der Klägerin CHF 2'450.00 für die vorgeschossenen Gerichtskosten zu ersetzen.

23.

23.1 Als *Parteientschädigung* gelten im vorliegenden Fall die Kosten einer berufsmässigen Vertretung (Art. 95 Abs. 3 Bst. b ZPO).

23.2 Die Kosten einer berufsmässigen Vertretung liegen bei einem Streitwert über CHF 50'000.00 bis CHF 100'000.00 zwischen CHF 3'900.00 und CHF 23'700.00 (Art. 96 ZPO i.V.m. Art. 41 Abs. 2 des kantonalen Anwaltsgesetzes [KAG; BSG 168.11] i.V.m. Art. 5 Abs. 1 der Verordnung über die Bemessung des Parteikostenersatzes [PKV; BSG 168.811]). Innerhalb dieses Rahmens bemessen sich die Kosten einer berufsmässigen Vertretung nach dem in der Sache gebotenen Zeitaufwand, der Bedeutung der Streitsache und der Schwierigkeit des Prozesses (Art. 41 Abs. 3 KAG). Zum Honorar kommen die notwendigen Auslagen hinzu (Art. 2 PKV).

23.3

23.3.1 Die *Klägerin* beantragt in ihrer Honorarnote vom 29. August 2023 (pag. 249 ff.) eine Parteientschädigung von CHF 30'273.20 (bestehend auch CHF 27'941.67 Honorar, CHF 167.13 Auslagen und CHF 2'164.40 Mehrwertsteuer. Sie schöpft den Tarifrahmen damit zu 100% aus und macht im Umfang von CHF 4'241.67 einen Zuschlag gemäss Art. 9 PKV geltend, ohne ihre Mehraufwände zu begründen.

23.3.2 Der gebotene Zeitaufwand sowie die Bedeutung und Schwierigkeit der Streitsache sind insgesamt als überdurchschnittlich zu beurteilen. Dem Handelsgericht erscheint ein Ausschöpfungsgrad von 100% für das vorliegende Verfahren als angemessen, womit ein maximales Honorar von CHF 23'700.00 resultiert. Es waren verschiedene rechtliche Fragen strittig und zahlreiche Literaturmeinungen sowie eine relativ umfangreiche Rechtsprechung zu berücksichtigen. Das rechtfertigt jedoch noch keinen Zuschlag i.S.v. Art. 9 PKV. Der Sachverhalt war übersichtlich und einfach, ausserdem hat keine Hauptverhandlung stattgefunden. Das geltend gemachte Honorar

wird entsprechend der maximalen Ausschöpfung des Tarifrahmens gekürzt. Die geltend gemachten Auslagen von CHF 167.13 geben zu keinen Bemerkungen Anlass. Hingegen kann die Mehrwertsteuer nicht berücksichtigt werden, weil die Klägerin selbst mehrwertsteuerpflichtig ist (https://www.uid.admin.ch/Detail.aspx?uid_id=_____). Eine mehrwertsteuerpflichtige Partei kann die an den Rechtsvertreter zu leistende Mehrwertsteuer als Vorsteuer in Abzug bringen, womit die Zusprechung einer Mehrwertsteuer an sie eine Überentschädigung darstellen würde (Praxisfestlegung gemäss Beschluss der Zivilabteilung des Obergerichts vom 13. November 2014; vgl. auch Urteile des Bundesgerichts 4A_552/2015 vom 25. Mai 2016 E. 4.5 und 4A_489/2017 vom 26. März 2018 E. 6). Die Parteientschädigung wird insgesamt auf CHF 23'867.15 festgelegt.

23.4

23.4.1 Die *Beklagte* verlangt in ihrer Honorarnote vom 1. September 2023 (pag. 259 ff.) ebenfalls die maximale Ausschöpfung des Tarifrahmens sowie die Gewährung eines (maximalen) Zuschlages gemäss Art. 9 PKV. Sie macht Aufwände von 574.5 Stunden, Mehrwertsteuer von 7.7% sowie pauschale Auslagen von 3% zzgl. der Kosten für die Zugfahrt nach Bern anlässlich der Instruktionsverhandlung geltend. Zur Begründung hält sie fest, die Streitsache habe für sie und potenziell zahlreiche weitere Banken eine sehr grosse Bedeutung. Die Bedeutung gehe über den Streitrahmen hinaus, weil die Klägerin die Klage als Teilklage mit Nachklagevorbehalt anhängig gemacht habe. Die Sammlung des Beweismaterials habe sich besonders aufwändig gestaltet, weil dieses über zehn Jahre alt sei. Die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse seien komplex, zumal verschiedene Vertragsverhältnisse zu qualifizieren und umfangreiche bundesgerichtliche Rechtsprechung zu verarbeiten gewesen seien. Zudem habe der Einfluss neuer finanzmarktaufsichtlicher Erlasse dargelegt werden müssen.

23.4.2 Betreffend den für das vorliegende Verfahren angemessenen Ausschöpfungsgrad sowie den Zuschlag kann auf das Gesagte verwiesen werden. Eine gegenüber dem tatsächlich angefallenen Aufwand tiefere Parteientschädigung ist dem streitwertabhängigen Tarif geschuldet. Die Zusammenstellung des Beweismaterials mag allenfalls aufgrund des Zeitablaufs etwas aufwändiger gewesen sein, demgegenüber gab es aber auch keine Einvernahmen bzw. lediglich urkundliche Beweismittel zu beurteilen. Dem erhöhten Aufwand aufgrund von umfangreicher Rechtsprechung zum Thema wird mit der vollen Ausschöpfung des Tarifrahmens bereits Rechnung getragen. Das Honorar wird folglich auf CHF 23'700.00 festgelegt. Praxisgemäss werden vor dem Handelsgericht des Kantons Bern entweder pauschale Auslagen bis zu 3% oder die tatsächlichen Auslagen zugelassen, nicht jedoch eine Kombination davon. Entsprechend dem reduzierten Honorar werden pauschale Auslagen von CHF 711.00 zugesprochen. Zu den Auslagen gehören auch die Reisespesen, weshalb die Kosten für das Zugticket nach Bern nicht separat entschädigt werden können. Weil auch die *Beklagte* mehrwertsteuerpflichtig ist (https://www.uid.admin.ch/Detail.aspx?uid_id=_____), kann keine Mehrwertsteuer zugesprochen werden. Insgesamt wird die Parteientschädigung der *Beklagten* auf CHF 24'411.00 festgelegt.

23.5 Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens trägt die Klägerin 75% der Parteikosten, ausmachend CHF 36'208.60. Die Beklagte trägt 25% der Parteikosten, ausmachend CHF 12'069.55. Die Klägerin hat der Beklagten daher eine Parteientschädigung von CHF 12'341.45 zu bezahlen.

Das Handelsgericht entscheidet:

1. Die Klage wird teilweise gutgeheissen:
 - 1.1. Die Beklagte wird verurteilt, der Klägerin CHF 6'369.65 zzgl. Zins zu 5% auf dem Betrag von CHF 1'425.35 seit dem 31. Dezember 2011 und zzgl. Zins zu 5% auf dem Betrag von CHF 4'944.30 seit dem 31. Dezember 2012, zu bezahlen.
 - 1.2. Die Beklagte wird verurteilt, der Klägerin sämtliche zwischen dem 1. April 2021 und dem 31. Dezember 2021 vereinnahmten geldwerten Vorteile (z.B. Retrozessionen, Kickbacks, Finder Fee's etc.) betreffend die Geschäftsbeziehungen lautend auf G. _____ vollumfänglich offen zu legen, Auskunft zu geben sowie Rechenschaft darüber abzulegen.
2. Soweit weitergehend, wird die Klage abgewiesen.
3. Die Gerichtskosten werden auf CHF 9'800.00 festgesetzt. Sie werden zu 75%, ausmachend CHF 7'350.00, der Klägerin und zu 25%, ausmachend CHF 2'450.00, der Beklagten zur Bezahlung auferlegt. Die Gerichtskosten werden mit dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die Beklagte hat der Klägerin für die vorge-schossenen Gerichtskosten CHF 2'450.00 zu ersetzen.
4. Die Klägerin wird verurteilt, der Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 12'341.45 (inkl. Auslagen) zu bezahlen.
5. Zu eröffnen:
 - den Parteien

Bern, 6. September 2023

Im Namen des Handelsgerichts

Der Präsident:

Oberrichter Josi

Die Gerichtsschreiberin:

Spichiger

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung der schriftlichen Begründung beim Bundesgericht, Av. du Tribunal fédéral 29, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 39 ff., 72 ff. und 90 ff. des Bundesgerichtsgesetzes (BGG; SR 173.110) geführt werden. Die Beschwerde muss den Anforderungen von Art. 42 BGG entsprechen. Der Streitwert im Sinn von Art. 51 ff. BGG beträgt mehr als CHF 30'000.00.

Hinweis:

Dieser Entscheid ist nicht rechtskräftig. Das Beschwerdeverfahren ist vor Bundesgericht hängig.