



Mitwirkend: Oberrichterin Dr. Claudia Bühler, Präsidentin, und Oberrichter Dr. Stephan Mazan, die Handelsrichter Fabio Oetterli, Christian Zuber und Giuseppe De Simone sowie die Gerichtsschreiberin Regula Blesi Keller

Urteil vom 23. Oktober 2023

in Sachen

A. _____ AG,

Klägerin und Widerbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X1. _____

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw X2. _____

gegen

B. _____ (Suisse) SA,

Beklagte und Widerklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y1. _____

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw Y2. _____

betreffend **Forderung**

Rechtsbegehren Klage:

(act. 1 S. 2)

- "1. Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin folgende Beträge teilklageweise zu bezahlen (mit Nachklagevorbehalt):
 - CHF 19'943.00 zzgl. Zins von 5 % seit 30.06.2014 (Konto C._____);
 - CHF 12'547.00 (zzgl. Zins von 5 % seit 30.06.2016 (Konto D._____).
2. Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin die Auslagen für die Betreuungskosten in der Höhe von CHF 103.30 sowie Postgebühren von CHF 20.90 zurückzuerstatten.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt. von 7.7 %) zu Lasten der Beklagten."

Rechtsbegehren Widerklage:

(act. 13 S. 2)

- "1. (...)
2. Es sei festzustellen, dass die Beklagte der Klägerin nichts schuldet.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin."

Inhaltsverzeichnis:

A.	Sachverhaltsübersicht	4
a.	Parteien und ihre Stellung.....	4
b.	Prozessgegenstand	4
B.	Prozessverlauf	8
I.	Formelles	9
1.	Zuständigkeit	9
2.	Teilklage	10
3.	Negative Feststellungsklage	10
4.	Übrige Prozessvoraussetzungen	10
5.	Behauptungs- und Bestreitungslast/Beweisverfahren	10
6.	Editionsbegehren Klägerin.....	12
II.	Materielles	15
A.	Klage	15
1.	Anwendbares Recht	15
2.	Aktivlegitimation.....	16
3.	Vertragsqualifikation/Herausgabeanspruch	16

3.1.	Parteistandpunkte/Sachverhalt	16
3.2.	Rechtliches.....	17
3.2.1.	Vertragsqualifikation	17
3.2.2.	Herausgabeanspruch	18
3.3.	Würdigung.....	23
4.	Wirksamer Verzicht auf den Herausgabeanspruch.....	24
4.1.	Retrozessionen Konto C. _____	25
4.1.1.	Parteistandpunkte.....	25
4.1.2.	Einbeziehung der AGB 2011	25
4.1.2.1.	Begriff Allgemeine Geschäftsbedingungen	25
4.1.2.2.	Rechtliches	26
4.1.2.3.	Konsenskontrolle.....	27
4.1.2.4.	Gültigkeitskontrolle.....	29
4.1.3.	Zwischenfazit.....	32
4.1.4.	Verzichtserklärung	32
4.1.4.1.	Parteibehauptungen.....	32
4.1.4.2.	Rechtliches	33
4.1.4.3.	Vorbemerkungen.....	34
4.1.4.4.	Verzichtswille	35
4.1.4.5.	Voraussetzungen der Wirksamkeit.....	35
4.1.5.	Zwischenfazit.....	38
4.1.6.	Einbeziehung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen 2014	38
4.1.7.	Zwischenfazit.....	38
4.2.	Retrozessionen Konto D. _____	38
4.2.1.	Sachverhalt/Vorbemerkungen	38
4.2.2.	Übernahme AGB 2014	39
4.2.2.1.	Parteistandpunkte/Sachverhalt	39
4.2.2.2.	Rechtliches	40
4.2.2.3.	Genehmigungsklausel.....	40
4.2.2.4.	Zukommen der AGB 2014	42
4.2.2.5.	Zwischenfazit	43
4.2.3.	Verzichtserklärung	44
4.2.3.1.	Verzichtswille	44
4.2.3.2.	Nachträglicher Verzicht.....	44
4.2.3.3.	Vorausverzicht	46
4.2.4.	Inhaltskontrolle	48
4.2.5.	Zwischenfazit.....	48
5.	Zwischenfazit	49
6.	Zinsen.....	49
6.1.	Parteistandpunkte	49
6.2.	Rechtliches.....	49
6.3.	Würdigung.....	50
7.	Vorprozessuale Kosten.....	50
7.1.	Parteistandpunkte	50
7.2.	Rechtliches.....	50
7.3.	Würdigung.....	50
8.	Fazit.....	51
B.	Widerklage.....	51

1. Parteistandpunkte/Sachverhalt	51
2. Würdigung	52
C. Gesamtfazit.....	52
III. Kosten- und Entschädigungsfolgen.....	52
1. Streitwert.....	52
2. Verteilungsgrundsätze	53
3. Gerichtskosten.....	53
4. Parteientschädigung	53

Sachverhalt und Verfahren

A. Sachverhaltsübersicht

a. Parteien und ihre Stellung

Die Klägerin und Widerbeklagte (fortan Klägerin) ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in E._____ (SG). Sie bezweckt die Finanzierung von ... sowie ... (act. 3/2; act. 13 Rz 28 ff.).

Die Beklagte und Widerklägerin (fortan Beklagte) ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in F._____. Sie bezweckt den Betrieb ... (act. 3/3). Die Beklagte gehört zur G._____-Gruppe, einem Finanzinstitut mit Sitz in H._____ (Brasilien). Die G._____-Gruppe betrieb für das Privatkundengeschäft zunächst nur eine Niederlassung in Europa (I._____). Im Jahre 2010 wurde die Beklagte in der Schweiz gegründet. Die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (fortan FINMA) erteilte der Beklagten im Jahre 2011 die Bankenbewilligung (act. 13 Rz 21 ff.; act. 24 Rz 16).

b. Prozessgegenstand

Mit Kontoeröffnungsantrag vom 7. Oktober 2011 eröffnete die J._____ S.L., eine Investmentfirma ("Private Investment Company") mit Sitz in K._____ (Spanien), bei der Beklagten die Konten C._____ (Kontonummer 1) und D._____ (Kontonummer 2) (act. 1 Rz 18; act. 3/4; act. 3/5; act. 13 Rz 35). Die J._____ S.L. hatte bereits im Jahre 2010 bei der G'._____ Europa I._____ zwei Konten eröffnet ("J._____" [Kontonummer 3] und "J._____ S.L." [Kontonummer 4]). Diese Konten wurden im Jahre 2011 geschlossen und die Vermögenswerte auf die neueröffneten Konten bei der Beklagten übertragen (act. 3/4 und 3/5, je S. 1; act. 13 Rz 31

ff.; act. 14/1). Wirtschaftlich Berechtigter an den Konten war K._____, wohnhaft in L.____ (act. 1 Rz 18; act. 13 Rz 26; act. 3/4 und 3/5, je S. 27). Das Konto C.____ wurde per 30. September 2014 geschlossen (act. 13 Rz 142; act. 24 Rz 12). Im November 2017 endete die Kundenbeziehung der Beklagten mit der J.____ S.L. (act. 1 Rz 20, act. 13 Rz 71; act. 24 Rz 62 f.).

Unbestrittenermassen hat die Beklagte in den Jahren 2014 bis 2016 aus der Kundenbeziehung mit der J.____ S.L. Retrozessionen von CHF 83'548.00 vereinbahmt (act. 1 Rz 23; act. 13 Rz 128):

- CHF 19'943.00 im Zusammenhang mit dem Konto C.____ im Jahr 2014.
- CHF 4'967.00 im Jahr 2014, CHF 46'091.00 im Jahr 2015 und CHF 12'547.00 im Jahr 2016, mithin total CHF 63'605.00, im Zusammenhang mit dem Konto D._____.

Mit Abtretungsvereinbarung vom 26. Juni 2019 trat die J.____ S.L. allfällige Ansprüche ihrerseits, welche im Zusammenhang mit Retrozessionen aus der Geschäftsbeziehung mit der Beklagten resultieren, an die Klägerin ab (act. 1 Rz 1 und 16; act. 3/7; act. 13 Rz 122). Mit der vorliegenden Teilklage macht die Klägerin Rückerstattungsansprüche in der Höhe von CHF 19'943.00 für das Konto C.____ und von CHF 12'547.00 für das Konto D._____ geltend (act. 1 Rz 11).

Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen ("General terms and conditions of business", fortan AGB 2011) der Beklagten aus dem Jahre 2011 enthielten den nachfolgenden Passus (act. 1 Rz 31 f.; act. 3/36 und act. 3/37, je Ziff. 3; act. 13 Rz 50 und 52):

"3. Trailers and commissions

The Bank may receive payments and other benefits in the form of commissions, trailers, retrocessions, reductions and other monetary benefits of all kinds (referred to the following as "Retrocessions") from third parties (affiliated companies of the Bank or unrelated third parties) for the execution of its services for the Client, among others, for the purchase and the holding of investment instruments, such as investment funds or structured products, also in case of Customized discretionary agreement, DPM agreement and Standard advisory agreement mandates. The amount of the Retrocessions depends, as a rule, on the type of the transactions and investments executed for the Client as well as on the frequency with which the assets are reinvested.

The Client hereby agrees to the Bank keeping such future and past retrocessions as an additional remuneration for its services rendered. The Bank will provide details on the Retrocessions for specific financial instruments upon Client's written request. The Client explicitly renounces his/her/their rights to, refunding and the rendering of an account as per Article 400, paragraph 1 of the Swiss Code of Obligations. Retrocessions may lead to conflicts of interest; the Bank has, however, implemented organisational measures so that the interests of its clients are not negatively affected. Retrocessions received by the Bank may amount to between 0% and 5% of assets under management charged on average per annum."

Eine fast deckungsgleiche Klausel enthielt das Formular Nr. 10 ("Standard advisory agreement") der Kontoeröffnungsunterlagen. Im Unterschied zu den AGB 2011 wurde der Passus als Absätze 3 und 4 unter dem Titel "Risk Information and alternative investments" geführt. Zudem wurde festgehalten, dass die Bank Zahlungen und andere Leistungen in Form von Kommissionen, Vermittlungsgebühren, Retrozessionen, Rabatten und anderen geldwerten Vorteilen aller Art effektiv erhält ("The Bank receives payments and other benefits [...]") (act. 3/4 und 3/5, je S. 40 Ziff. 4; act. 13 Rz 50; act. 24 Rz 39 ff.).

Die "General terms and conditions of business and fee schedule" der Beklagten aus dem Jahre 2014 (fortan AGB 2014) enthielten das Folgende (act. 3/6; act. 1 Rz 33; act. 13 Rz 66):

"3. Remuneration of the Bank

3.1. The Client is informed and accepts that the Bank may receive payments and other benefits in the form of commissions, trailers, retrocession, reductions and other monetary benefits of all kinds (hereinafter referred to as "Trailer Fees") from third parties, such as affiliated companies of the Bank or unrelated third parties, on a periodic basis as compensation for the execution of its services for the Client, among others, for the purchase and the holding of investment instruments, such as investment funds or structured products, the execution of stock exchange transactions, in case of advisory agreement mandates. The Trailer Fees form an integral part of the Bank's compensation.

The amount of the Trailer Fees depends, as a rule, on the type of the transactions and investments executed for the Client as well as on the frequency with which Clients assets are reinvested. Upon written request from the Client and on an individual basis, the Bank may disclose to the Client the amount of the Trailer Fees already received, provided they can be clearly attributed to the relationship with the Client with a reasonable amount of effort.

3.2. Trailer Fees may lead to conflicts of interest; the Bank has, however, implemented organizational measures so that the interests of its clients are not negatively affected by the receipt and retention of the Trailer Fees by the Bank. In addition and to enable its clients to make an informed in-

vestment decision, the Bank discloses applicable Trailer Fee ranges in section 3.4.

3.3. The Client confirms that he/she/they understands and approves the system of additional compensation for the Bank's services described in section 3.1 above. The Client hereby agrees to the Bank keeping such future and past Trailer Fees as an additional remuneration for its services rendered. The Client expressly waives his/her/their rights to the Trailer Fees, in particular the rights to refunding and the rendering of an account as per Article 400, paragraph 1 of the Swiss Code of Obligations. The fact that the Bank may not exercise its right to keep such Trailer Fees in a given situation shall not amount to a waiver of the Bank's right. In particular, if the Bank accepts to credit such Trailer Fees to the Client during a certain time period, the Bank shall not be deemed to have waived its right to keep such Trailer Fees for the future.

3.4. The Trailer Fees periodically received by the Bank ranges between the following percentages p.a. of the relevant investments held by the Client, as shown in the table below.

Financial product / financial service	Range of recurring fees (expressed as percentage (p.a.) of the relevant investments held by the Client)
Money market funds	0 - 0.50 %
Bond investment funds	0 - 0.50 %
Equity investment funds	0 - 0.50 %
Alternative investment funds	0 - 0.75 %
Structured products	Not applicable
Stock exchange transactions	Not applicable"

Gemäss der Klägerin bestand zwischen der Zedentin und der Beklagten ein Anlageberatungsmandat. Selbst wenn eine Konto-/Depotbeziehung vorgelegen habe, sieht die Klägerin eine Herausgabepflicht der Beklagten gestützt auf Art. 400 Abs. 1 OR als gegeben an (act. 1 Rz 19 und 146). Ein rechtsgültiger Verzicht der J._____ S.L. auf die Retrozessionen stellt die Klägerin sodann in Abrede (act. 1 Rz 35 und 74; act. 24 Rz 146), weshalb die Klage gutzuheissen und die Widerklage abzuweisen sei (act. 24 Rz 147).

Die Beklagte geht von einer reinen Konto-/Depotbeziehung aus, bei welcher ein Herausgabeanspruch von vornherein entfalle. Zudem habe die J._____ S.L. rechtsgültig auf die Retrozessionen verzichtet (act. 13 Rz 15 ff.). Entsprechend beantragt die Beklagte die Abweisung der Klage und verlangt widerklageweise die Feststellung, dass sie der Klägerin nichts schulde (act. 13 Rz 4 ff. und Rz 113; act. 28 Rz 20).

B. Prozessverlauf

Am 29. März 2021 (Datum Poststempel) reichte die Klägerin hierorts Klage ein (act. 1). Nachdem die Klägerin fristgerecht einen Kostenvorschuss von CHF 4'200.00 geleistet und eine aktuelle Vollmacht nachgereicht hatte (act. 4; act. 6 bis 8), wurde der Beklagten mit Verfügung vom 23. April 2021 Frist zur Einreichung der Klageantwort angesetzt. Die Klageantwort vom 28. Juni 2021, womit Widerklage erhoben wurde, ging rechtzeitig ein (act. 9; act. 13). Mit Verfügung vom 29. Juni 2021 wurde das Doppel der Klageantwort samt Widerklagebegründung der Klägerin zugestellt. Ferner wurde der Beklagten und Widerklägerin aufgegeben, ihrerseits einen Kostenvorschuss von CHF 5'700.00 zu leisten (act. 15). Der Vorschuss ging rechtzeitig ein (act. 19). In der Folge wurden die Parteien zu einer Vergleichsverhandlung auf den 17. Mai 2022 vorgeladen (act. 20). Anlässlich der Verhandlung konnte keine Einigung erzielt werden (Prot. S. 15 f.). Mit Verfügung vom 18. Mai 2022 wurde ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet und der Klägerin Frist zur Einreichung der Replik sowie zur Leistung eines zusätzlichen Kostenvorschusses von CHF 4'000.00 angesetzt (act. 21). Der Kostenvorschuss wurde rechtzeitig geleistet (act. 23). Die Replik erging fristgerecht am 22. August 2022 (act. 24) und die Duplik und Widerklagereplik am 26. Oktober 2022 (act. 26; act. 28). Mit Verfügung vom 31. Oktober 2022 wurde der Klägerin Frist zur Einreichung der Widerklageduplik angesetzt (act. 30), welche unter dem 18. Januar 2023 rechtzeitig eingereicht wurde (act. 32). Mit Verfügung vom 26. Januar 2023 wurde das Doppel der Widerklageduplik der Beklagten zugestellt und festgehalten, dass damit Aktenschluss sei (act. 34; act. 35/1-2). Weitere Eingaben erfolgten nicht. Das Verfahren erweist sich - nachdem beide Parteien auf die Durchführung einer mündlichen Hauptverhandlung verzichtet haben (act. 38; act. 40) - als spruchreif.

Erwägungen

I. Formelles

1. Zuständigkeit

Die J._____ S.L. (Zedentin) hat ihren Sitz in K._____. Die Klägerin (Zessionarin) und die Beklagte (angebliche Schuldnerin der abgetretenen Forderung) sind in der Schweiz domiziliert. Es stellt sich die Frage, ob ein internationales Verhältnis vorliegt. Die Beantwortung der Frage ist sowohl für die Bestimmung der internationalen Zuständigkeit als auch des anwendbaren Rechts von Relevanz. Dabei ist denkbar, dass die Internationalität des Sachverhalts für den einen Fragenkomplex zu bejahen und für den anderen zu verneinen ist (BSK IPRG-Grolimund/Loacker/Schnyder, Art. 1 N 5). Da sowohl die Klägerin als neue angebliche Gläubigerin als auch die Beklagte als angebliche Schuldnerin ihren Wohnsitz in der Schweiz haben, ist für die Beurteilung der Zuständigkeit nicht von einem internationalen Verhältnis auszugehen. Vielmehr finden hierfür die Vorschriften der ZPO Anwendung.

Die Beklagte hat ihren Sitz im Kanton Zürich und die Widerklage steht mit der Hauptklage in einem sachlichen Zusammenhang. Entsprechend ist die örtliche Zuständigkeit sowohl für die Haupt- als auch die Widerklage gegeben (Art. 31 ZPO und Art. 10 Abs. 1 lit. b ZPO sowie Ziff. 6 AGB 2011 [act. 3/4 und 3/5, je S. 26; betreffend die gültige Übernahme der AGB 2011 vgl. E. II.A.4.1.2.]; Art. 14 ZPO).

Auch die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts ist zu bejahen, da eine handelsrechtliche Streitigkeit nach Art. 6 Abs. 2 ZPO vorliegt, insbesondere da sowohl bezüglich Haupt- und Widerklage der erforderliche Streitwert für eine Beschwerde ans Bundesgericht erfüllt ist (Art. 6 Abs. 2 lit. b ZPO).

Die örtliche und sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts werden von den Parteien sowohl für die Haupt- als auch die Widerklage anerkannt (act. 1 Rz 3 ff.; act. 13 Rz 3 f.; act. 24 Rz 10).

2. Teilklage

Eine Teilklage nach Art. 86 ZPO ist zulässig, wenn die klagende Partei hinreichend substantiiert behauptet, dass eine den eingeklagten Betrag übersteigende Forderung gegeben ist (BGE 144 III 452).

Hiervon ist vorliegend auszugehen. So ist unbestritten, dass die Beklagte Retrozessionen von (mindestens) CHF 83'548.00 vereinnahmt hat (act. 1 Rz 23; act. 13 Rz 128).

3. Negative Feststellungsklage

Gemäss Art. 224 Abs. 1 ZPO kann die beklagte Partei in der Klageantwort Widerklage erheben, wenn der geltend gemachte Anspruch nach der gleichen Verfahrensart wie die Hauptklage zu beurteilen ist.

Die Beklagte hat die Widerklage in der Klageantwort erhoben. Der geltend gemachte Anspruch ist in der gleichen Verfahrensart wie die Hauptklage zu behandeln. Ferner ist das rechtliche Interesse der mit einer Teilklage konfrontierten Beklagten daran, durch Widerklage den Nichtbestand des behaupteten Anspruchs oder des Schuldverhältnisses feststellen zu lassen, zu bejahen (BGE 143 III 506 E. 4.3.1).

4. Übrige Prozessvoraussetzungen

Die übrigen Prozessvoraussetzungen geben zu keinen Bemerkungen Anlass. Auf die Klage und die Widerklage ist einzutreten. Auf die Parteibehauptungen wird nachfolgend soweit für die Entscheidungsfindung notwendig eingegangen.

5. Behauptungs- und Bestreitungslast/Beweisverfahren

5.1. Behauptungslast

Nach Art. 55 Abs. 1 ZPO haben unter der Geltung der Verhandlungsmaxime die Parteien dem Gericht die Tatsachen darzulegen, auf die sie ihre Begehren stützen, und die Beweismittel anzugeben. Inwieweit Tatsachen zu behaupten und zu substantiieren sind, ergibt sich einerseits aus den Tatbestandsmerkmalen der

angerufenen Norm und andererseits aus dem prozessualen Verhalten der Gegenpartei. So hat eine Tatsachenbehauptung nicht alle Einzelheiten zu enthalten. Es genügt, wenn die Tatsachen, die unter die das Begehren stützenden Normen zu subsumieren sind, in einer den Gewohnheiten des Lebens entsprechenden Weise in ihren wesentlichen Zügen oder Umrissen behauptet werden. Ein solchermaßen vollständiger Tatsachenvortrag wird als schlüssig bezeichnet, da er bei Unterstellung, er sei wahr, den Schluss auf die angeehrte Rechtsfolge zulässt (vgl. BGE 144 III 519 E. 5.2.1.1; BGer 4A_415/2021 vom 18.03.2022, E. 5.1 f.). Bestreitet hingegen der Prozessgegner den schlüssigen Tatsachenvortrag der behauptungsbelasteten Partei, greift eine über die Behauptungslast hinausgehende Substanziierungslast. Die Vorbringen sind diesfalls nicht nur in den Grundzügen, sondern in Einzeltatsachen zergliedert so umfassend und klar darzulegen, dass darüber Beweis abgenommen und der Gegenbeweis angetreten werden kann (BGE 144 III 519 E. 5.2.1.1). Kommt eine Partei ihrer Substanziierungslast nicht oder nur ungenügend nach, bleiben die betreffenden Tatsachen unberücksichtigt (BK ZPO-Brönimann, Art. 152 N 3; vgl. auch BGE 108 II 337 E. 3 m.w.H.).

5.2. Bestreitungslast

Das Gegenstück zur Behauptungslast bildet die Bestreitungslast. Bestreitungen sind so konkret zu halten, dass sich bestimmen lässt, welche einzelnen Behauptungen des Klägers damit bestritten werden. Der Grad der Substanziierung einer Behauptung beeinflusst insofern den erforderlichen Grad an Substanziierung einer Bestreitung: Je detaillierter einzelne Tatsachen eines gesamten Sachverhalts behauptet werden, desto konkreter muss die Gegenpartei erklären, welche dieser einzelnen Tatsachen sie bestreitet (BGE 147 III 440 E. 5.3; 144 III 519 E. 5.2.2.3). Dagegen ist die beweisbefreite Partei grundsätzlich nicht gehalten, darzutun, weshalb eine bestrittene Behauptung unrichtig sei (BGE 141 III 433 E. 2.6; BGer 4A_415/2021 vom 18.03.2022 E. 5.3). Hingegen trifft eine Partei bei einer Tatsache, welche sie direkt betrifft, eine qualifizierte Bestreitungslast, weil ihr eine substanziierte (begründete) Bestreitung ohne weiteres möglich und zumutbar ist, da sie die Verhältnisse kennt (vgl. zum Ganzen BGE 133 III 43 E. 4.1; BGer 4A_36/2021 vom 01.11.2021 E. 5.1.3, nicht publiziert in BGE 148 III 11).

Unbeachtlich sind daher die von der Klägerin in der Replik und Widerklageantwort sowie Widerklageduplik eingangs angeführten pauschalen Bestreitungen (vgl. act. 24 Rz 5 und act. 32 Rz 5). Auch insoweit die Klägerin in der Replik und Widerklageantwort sowie der Widerklageduplik ihren Ausführungen zu den Randziffern der Klageantwort und Widerklagebegründung sowie Widerklagereplik jeweils eine pauschale Bestreitung voranstellt, sind diese nicht zu berücksichtigen (vgl. z.B. act. 24 Rz 14 und 25; act. 32 Rz 7).

5.3. Beweisverfahren

Zu einem Beweisverfahren kommt es, sofern rechtserhebliche Tatsachen strittig sind (Art. 150 Abs. 1 ZPO). Jede Partei hat das Recht, dass das Gericht die von ihr form- und fristgerecht angebotenen tauglichen Beweismittel abnimmt (Art. 152 Abs. 1 ZPO). Die Beweismittel müssen nach Massgabe von Art. 152 Abs. 1 ZPO in Verbindung mit Art. 221 Abs. 1 lit. e ZPO eindeutig der damit zu beweisenden Tatsachenbehauptung zugeordnet werden können (BGer 4A_56/2013 vom 04.06.2013 E. 4.4). Unbeachtlich sind damit die pauschalen Beweisofferten der Klägerin in der Replik und Widerklageantwort sowie Widerklageduplik (vgl. act. 24 Rz 5 und act. 32 Rz 5).

6. Editionsbegehren Klägerin

6.1. Parteistandpunkte/Sachverhalt

6.1.1. In der Klagebegründung macht die Klägerin unter Hinweis auf Art. 400 Abs. 1 OR geltend, der Beauftragte habe auf Verlangen jederzeit über seine Geschäftsführung Rechenschaft abzulegen. Sie habe betreffend die Konti C._____ und D._____ mehrmals um Rechenschaftsablegung über die Retrozessionen er- sucht. Die Beklagte sei ihrer Rechenschaftspflicht zumindest teilweise nachge- kommen, wobei aus den zur Verfügung gestellten "Auflistungen/Übersichten" nicht hervorgehe, ob sämtliche Retrozessionen offengelegt worden seien. Auf- grund der mangelnden Offenlegung durch die Beklagte könne nicht ausgeschlos- sen werden, dass diese beispielsweise auch auf den strukturierten Produkten Retrozessionen erhalten habe. Die Beklagte habe die Auszüge über alle erhalte-

nen Retrozessionen offenzulegen (act. 1 Rz 24 und 72 f.). Weiter offeriert die Klägerin die Edition von detaillierten Auszügen der Jahre 2014 bis 2016 der erhaltenen Retrozessionen für die Konti C._____ und D._____ (act. 1 Rz 23 f.) sowie der gesamten Kundenkorrespondenz betreffend die Konti C._____ und D._____ als Beweis (act. 1 Rz 27).

Mit der Replik und Widerklageantwort stellt die Klägerin den "Verfahrensantrag", die Beklagte habe sämtliche Kundenkorrespondenz und insbesondere sämtliche Einträge im Client Relationship Management System, lautend auf J._____ S.L., betreffend die Kontobeziehungen C._____ und D._____ vom 7. Oktober 2011 bis zum 30. November 2017 zu edieren (act. 24 S. 2). Die Klägerin beruft sich auf Art. 160 Abs. 1 lit. b ZPO. Die Einträge im Client Relationship Management System sollen verdeutlichen, dass ein Anlageberatungsmandat vereinbart und gelebt worden sei. Sie sollen namentlich offenlegen, wer die Kaufentscheidungen gefällt habe (vgl. act. 24 Rz 2 und 12). Die Klägerin offeriert die Einträge mehrfach als Beweis (act. 24 Rz 12, 15 und 46)

6.1.2. Die Beklagte führt in der Klageantwort und Widerklagebegründung an, es sei nicht ersichtlich, worauf die Klägerin ihre Editionsbegehren - Herausgabe der "gesamte(n) Kundenkorrespondenz" sowie detaillierter Auszüge der beiden Konten C._____ und D._____ betreffend angeblich erhaltener Retrozessionen in den Jahren 2014 bis 2016 - stütze. Die Klägerin habe bei der vorliegenden Teilklage kein Interesse daran, Informationen zum Konto C._____ für die Jahre 2015 und 2016 sowie zum Konto D._____ für die Jahre 2014 und 2015 zu verlangen. Sie habe denn auch im Rahmen ihrer Rechtsbegehren nicht um entsprechende Auskunft ersucht. Ferner habe sie, die Beklagte, die Klägerin bereits vorprozessual mit (vollständigen) Informationen und Abrechnungen bedient. Weitere Unterlagen würden nicht existieren. Sie sei ihren Rechenschaftspflichten nachgekommen. Die Editionsbegehren seien unzureichend substantiiert, genügten dem Bestimmtheitsgebot nicht und würden auf eine unzulässige Beweisausforschung hinauslaufen (act. 13 Rz 11 ff., Rz 128 und 172).

Mit der Duplik und Widerklagereplik beantragt die Beklagte die Abweisung des Verfahrensanspruchs. Sie macht geltend, der Antrag der Klägerin stelle gleich wie

die Editionsbegehren in der Klage eine unzulässige "fishing Expedition" dar. Die Klägerin lege nicht dar, welche konkreten Behauptungen sie mit dem pauschalen, gänzlich unsubstanzierten Editionsbegehren beweisen möchte (act. 28 Rz 3 und 27). Ferner verkenne die Klägerin, dass sie die Durchsetzung angeblicher Ansprüche auf Rechenschaft oder Information nicht eingeklagt habe (act. 28 Rz 28 und 32).

6.2. Rechtliches

Auskunfts- und Editionspflichten können gestützt auf unterschiedliche Rechtsgrundlagen begründet werden. Gestützt auf Art. 400 Abs. 1 OR hat der Beauftragte jederzeit über seine Geschäftsführung Rechenschaft abzulegen und alles, was ihm infolge derselben aus irgendeinem Grunde zugekommen ist, zu erstatten. Die Pflicht zur Rechenschaftsablegung schliesst die Pflicht zur Information ein (Informationspflicht; BSK OR I-Weber, Art. 400 N 2). Aus Art. 400 Abs. 1 OR kann sich somit eine materiellrechtliche Auskunftspflicht ergeben. Als Nebenleistungspflicht ist die Forderung auf Rechenschaftsablegung selbständig klagbar (BGer 4A_263/2017 vom 06.02.2018 E. 3.2), was in einem Verfahren betreffend Rechtsschutz in klaren Fällen oder in einem ordentlichen Zivilprozess geschehen kann. Die Klage kann aber auch mittels Klagenhäufung (Art. 90 ZPO) oder Stufenklage (Art. 85 ZPO) mit einer Klage auf Herausgabe des zu Erstattenden verbunden werden (vgl. hierzu BK-Fellmann, Art. 400 OR N 88 ff.).

Davon zu unterscheiden sind prozessuale Editions- und Auskunftspflichten gestützt auf das Verfahrensrecht. So hat jede Partei das Recht zu beantragen, dass das Gericht über streitige und entscheidungswesentliche Tatsachen Beweise abnimmt, nötigenfalls auch die Gegenpartei zur Herausgabe von Beweismitteln verpflichtet (vgl. Art. 150 ff. ZPO; BGer 5A_169/2020 vom 11.11.2020 E. 1.2.2).

Ob eine Partei ihren Anspruch auf materielles Recht oder auf Prozessrecht stützen (BGer 5A_169/2020 vom 11.11.2020 E. 1.2.4; bestätigt in BGer 5A_6/2021 vom 27.8.2021 E. 1.2.1) und auf welchem Verfahrensweg sie diesen durchsetzen will, entscheidet allein die antragstellende Partei.

6.3. Würdigung

Die Klägerin hat vorliegend keine Stufenklage, sondern eine genau bezifferte Teilklage erhoben. Ein klares, der Klagebegründung vorangestelltes, Rechtsbegehren auf Auskunftserteilung bzw. Information fehlt. Ein solches kann auch den von der Klägerin im Rahmen der Klagebegründung geäusserten Vermutungen darüber, dass die Beklagte allenfalls nicht alle erhaltenen Retrozessionen offenlegt haben könnte, und der daraus geschlossenen Aufforderung an die Beklagte zur Offenlegung der "Auszüge über alle erhaltenen Retrozessionen" nicht entnommen werden (vgl. act. 1 Rz 24 und 72 f.). Gestützt auf diese Ausführungen ist nicht davon auszugehen, dass die Klägerin vorliegend Rechenschaftsansprüche einklagen und allenfalls daraus folgende Kosten- und Entschädigungsfolgen tragen will. Sie hat denn auch im Nachgang zur von der Beklagten in der Klageantwort und Widerklagebegründung angebrachten Kritik, die Klägerin habe im Rahmen ihrer Rechtsbegehren nicht um Auskunft ersucht (act. 13 Rz 12), kein entsprechendes Begehren gestellt. Vielmehr hat sie neu einen Verfahrensantrag auf Einreichung sämtlicher Kundenkorrespondenz, insbesondere aller Einträge im Client Relationship Management System gestellt (act. 24 S. 2). Diesen Antrag stützt die Klägerin auf Art. 160 Abs. 1 lit. b ZPO (act. 24 Rz 2). Sie will damit ein prozessrechtliches (zu Beweis Zwecken) und kein materiellrechtliches Editionsbegehren stellen. Wie sich aus den nachfolgenden Erwägungen ergibt, bedarf es keiner Edition der geforderten Unterlagen, weshalb sich dieser Beweisantrag erübrigt.

II. Materielles

A. Klage

1. Anwendbares Recht

Die J. _____ S.L. (Zedentin) hat ihren Sitz in K. _____ (Spanien). Die Klägerin macht Ansprüche aus der Geschäftsbeziehung zwischen der Beklagten und der Zedentin geltend (act. 1 Rz 15 f.). Es liegt - anders als bei der Beurteilung der Zuständigkeit - ein internationales Verhältnis vor (BGE 135 III 185 E. 3.1). Gemäss Ziff. 6 der AGB 2011, welche - wie sich aus den nachfolgenden Erwägungen

ergibt - von der J._____ S.L. rechtsgültig übernommen wurden (vgl. E.II.A.4.1.2.), unterstand die Geschäftsbeziehung der Zedentin und der Beklagten Schweizer Recht (act. 3/36 und act. 3/37; Art. 116 Abs. 1 IPRG). Der Schuldner der abgetretenen Forderung soll sich ohne seine Zustimmung keine Veränderung des auf seine Schuld anwendbaren Rechts gefallen lassen müssen, weshalb grundsätzlich alle Fragen im Verhältnis zum Schuldner nach dem Recht der abzutretenden oder abgetretenen Forderung zu beurteilen sind (BSK OR-Girsberger/Hermann, Vor Art. 164-174 N 6). Die Ansprüche der Klägerin sind deshalb nach Schweizer Recht zu beurteilen. Zudem berufen sich beide Parteien ausdrücklich auf die Bestimmungen des schweizerischen Rechts. Darin ist eine übereinstimmende Willensbekundung zur Wahl des schweizerischen Rechts zu erblicken (BGE 81 II 175 E. 3).

2. Aktivlegitimation

Gestützt auf die Rechtswahlklausel in der schriftlichen Abtretungsvereinbarung der J._____ S.L. und der Klägerin vom 26. Juni 2019 untersteht die Abtretung Schweizer Recht (act. 3/7; Art. 145 Abs. 1 IPRG). Der Gläubiger kann eine ihm zustehende Forderung ohne Einwilligung des Schuldners durch schriftliche Erklärung abtreten (Art. 164 Abs. 1, Art. 165 Abs. 1 OR). Die Abtretungsvereinbarung erfasst die streitgegenständlichen Ansprüche. Die Zedentin hat diese formgerecht an die Klägerin abgetreten. Die Klägerin ist aktivlegitimiert, wovon auch die Parteien übereinstimmend ausgehen (act. 1 Rz 16; act. 13 Rz 122).

3. Vertragsqualifikation/Herausgabeanspruch

3.1. Parteistandpunkte/Sachverhalt

Die J._____ S.L. hat die Kontoeröffnungsanträge für die Konten C._____ und D._____ am 7. Oktober 2011 unterzeichnet. Sie wurde von ihrem Direktor, Rechtsanwalt Z._____, vertreten (act. 3/4; act. 3/5; act. 3/8; act. 3/9; act. 13 Rz 25 und 36; act. 24 Rz 17 ff. und 25 ff.). Das Zustandekommen eines Vertrages zwischen der J._____ S.L. und der Beklagten ist unbestritten. Umstritten ist hingegen die rechtliche Qualifikation der eingegangenen Bankkundenbeziehung. Die Klägerin geht von einem Anlageberatungsvertrag aus (act. 1 Rz. 19; act. 24 Rz 7). Die

Beklagte qualifiziert das Rechtsverhältnis als reine Konto-/Depotbeziehung (sog. Execution-only) (act. 13 Rz. 16; act. 28 Rz 29).

3.2. Rechtliches

3.2.1. Vertragsqualifikation

Der Abwicklung von Anlagegeschäften können eine blosser Konto-/Depotbeziehung, die Anlageberatung oder die eigentliche Vermögensverwaltung zugrunde liegen. 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. Von der Vermögensverwaltung, bei der die Bank die auszuführenden Transaktionen im Rahmen der Sorgfalts- und Treuepflicht sowie der vereinbarten Anlagestrategie selbst bestimmt, unterscheidet sich die Anlageberatung durch die Zuständigkeit des Kunden für den Anlageentscheid. In Abgrenzung von der reinen Konto-/Depotbeziehung zeichnet sich der Anlageberatungsvertrag dadurch aus, dass der Kunde die Anlageentscheidungen zwar selbst trifft, die Bank ihm jedoch dabei beratend zur Seite steht (BGE 144 III 155 E. 2.1 und 2.1.1, je m.H.). So verwaltet der Anleger bei der Anlageberatung seine Vermögenswerte wirtschaftlich zwar selber, er greift dabei aber dauernd oder bloss punktuell auf die Expertise eines fachkundigen Dritten zurück, welcher ihm eine auf die persönlichen Bedürfnisse zugeschnittene Beratung erbringt – insbesondere durch die Vermittlung von Informationen und die Abgabe von Empfehlungen (vgl. Peter Nobel, Schweizerisches Finanzmarktrecht, 4. Aufl., Bern 2019, § 10 N 191). "Die vom Anlageberater abzugebenden Ratschläge und Empfehlungen haben objekt- und anlegergerecht zu sein, umfassen damit sowohl eine subjektive Eigenbewertung der Anlage durch den Berater als auch eine auf die persönlichen Bedürfnisse des Anlegers gerichtete Empfehlung, z.B. eine Kauf-, Verkauf- oder Halteempfehlung. Hierdurch grenzt sich die Beratung von der Auskunft und Aufklärung ab: Wer auskunftspflichtig ist, schuldet eine reine Tatsachenmitteilung; wer aufklärungspflichtig ist, schuldet neben der Tatsachenmitteilung noch deren Erläuterung; wer beratungspflichtig ist, schuldet eine auf der Auf-

klärung basierende zusätzliche subjektive Eigenbewertung und anlegergerechte Empfehlung" (Nobel, a.a.O., § 10 N 193).

Für die Qualifikation des Vertrages ist nicht entscheidend, welche Bezeichnung die Parteien verwenden, sondern welche Leistungen der Kunde im vereinbarten Rahmen verlangt und die Bank tatsächlich erbringt (BGer 4A_202/2019 vom 11.12.2019 E. 5.1 m.H.). Tritt die Bank mit einer konkreten Anlageempfehlung an den Kunden, handelt es sich dessen ungeachtet, dass eine reine Konto-/Depot-Beziehung vereinbart worden ist, daher um eine Anlageberatung (vgl. BGer 4A_54/2017 vom 29.01.2018 E. 5.2). Auch das Vorliegen eines besonderen Vertrauensverhältnisses macht eine formelle Grundlage für einen Anlageberatungsvertrag entbehrlich (BGE 133 III 97 E. 7.1.2 und 7.2).

Vorliegend trägt die Klägerin, welche aus dem Vertragsverhältnis der Zedentin zur Beklagten Ansprüche ableitet bzw. sich auf die rechtliche Qualifikation des Vertrages beruft, die Beweislast für das Vorliegen eines Anlageberatungsvertrags (vgl. Art. 8 ZGB).

3.2.2. Herausgabeanspruch

Gemäss Art. 400 Abs. 1 OR hat der Beauftragte "auf Verlangen jederzeit über seine Geschäftsführung Rechenschaft abzulegen und alles, was ihm infolge derselben aus irgendeinem Grunde zugekommen ist, zu erstatten".

Bei Vorliegen eines Vermögensverwaltungsvertrages hat das Bundesgericht eine Herausgabepflicht von Retrozessionen bejaht (BGE 137 III 393; BGE 138 III 755); ebenso im Zusammenhang mit Anlageberatungen (vgl. BGer 4A_427/2011 vom 29.11.2011 E. 4; Emmenegger/Döbeli, SZW 2018, S. 649). Noch keine höchstgerichtliche Rechtsprechung besteht - soweit ersichtlich - zur Herausgabepflicht bei einer reinen Konto-/Depotbeziehung. Das hiesige Gericht hat mit Urteil vom 21. Juni 2023 im Verfahren HG210223 mit eingehender Begründung seiner bisherigen Rechtsprechung folgend eine Herausgabepflicht bejaht (E. 6):

"6. Herausgabeanspruch

Das hiesige Gericht hat die Frage mit jeweils gleichlautender Begründung (obiter) bejaht (HGer HG190234 v. 05.10.2021, ZR 121 [2022] Nr. 63 E. 2.3 S. 238-240; so auch schon HGer HG150054 v. 15.11.2017 E. 3.2.3):

Eine Konto-/Depotbeziehung ist ein gemischter Vertrag aus Hinterlegungsvertrag und Auftrag, wobei die auftragsrechtlichen Elemente überwiegen, weshalb Auftragsrecht anzuwenden ist (BGE 133 III 37 Erw. 2.1 = Pra 96 [2007] Nr. 91; BGE 101 II 117 Erw. 5; BGE 96 II 145 Erw. 2; BGE 94 II 167 Erw. 2).

Nach Art. 400 Abs. 1 OR ist der Beauftragte schuldig, auf Verlangen jederzeit über seine Geschäftsführung Rechenschaft abzulegen und alles, was ihm infolge derselben aus irgendeinem Grund zugekommen ist, zu erstatten. Die Ablieferungspflicht betrifft nicht nur diejenigen Vermögenswerte, die der Beauftragte direkt vom Auftraggeber zur Erfüllung des Auftrags erhält, sondern auch indirekte Vorteile, die dem Beauftragten infolge der Auftragsausführung von Dritten zukommen. Der Beauftragte soll durch den Auftrag – abgesehen von einem allfälligen Honorar – weder gewinnen noch verlieren. Er muss daher alle Vermögenswerte herausgeben, welche in einem inneren Zusammenhang zur Auftragsausführung stehen. Behalten darf er nur, was er lediglich bei Gelegenheit der Auftragsausführung, ohne inneren Zusammenhang mit dem ihm erteilten Auftrag, von Dritten erhält. Retrozessionen werden dem Beauftragten ausgerichtet, weil er im Rahmen des Auftrags bestimmte Verwaltungshandlungen vornimmt oder veranlasst; sie fallen im Zusammenhang mit der Verwaltung des Vermögens an und unterliegen der Herausgabepflicht nach Art. 400 Abs. 1 OR (BGE 132 III 460 Erw. 4.1; 137 III 393 Erw. 2.1 je m.w.H.).

Die Pflicht zur Ablieferung ist – wie die Rechenschaftspflicht – ein zentrales Element der Fremdnützigkeit des Auftrags. Die Herausgabepflicht lässt sich als Konkretisierung der Treuepflicht nach Art. 398 Abs. 2 OR verstehen. Sie garantiert deren Einhaltung und stellt insofern eine präventive Massnahme zur Wahrung der Interessen des Auftraggebers dar, indem sie der Gefahr vorbeugt, der Beauftragte könnte sich aufgrund der Zuwendung eines Dritten veranlasst sehen, die Interessen des Auftraggebers nicht ausreichend zu berücksichtigen (BGE 138 III 755 Erw. 5.3; 137 III 393 Erw. 2.3; 132 III 460 Erw. 4.2).

Wann von einem inneren Zusammenhang der Zuwendung eines Dritten zur Auftragsausführung auszugehen ist, kann nicht für alle Auftragsverhältnisse ein für alle Mal umschrieben werden. Die mit der Herausgabepflicht nach Art. 400 Abs. 1 OR angestrebte Vorbeugung von Interessenkonflikten zur Sicherung der Fremdnützigkeit ist – neben dem damit verbundenen Grundsatz, dass der Beauftragte (abgesehen vom Honorar) durch den Auftrag weder gewinnen noch verlieren soll – der massgebende Gesichtspunkt bei der Beurteilung, ob der Vermögensvorteil dem Beauftragten infolge der Auftragsausübung oder lediglich bei Gelegenheit der Auftragserfüllung, ohne inneren Zusammenhang mit dem ihm erteilten Auftrag, von Dritten zugekommen ist. Bei Zuwendungen Dritter ist ein innerer Zusammenhang schon dann zu bejahen, wenn die Gefahr besteht, der Beauftragte könnte sich dadurch veranlasst sehen, die Interessen des Auftraggebers nicht ausreichend zu berücksichtigen (BGE 138 III 755 Erw. 5.3).

Die Funktion von Art. 400 OR erschöpft sich jedoch nicht darin, als Sicherungsnorm gegen Interessenkonflikte zu dienen. Sie nimmt vielmehr unabhängig von allfälligen Interessenkonflikten eine Zuordnung der vermögenswerten Positionen von Auftraggeber und Beauftragtem vor. Der innere Zusammenhang ist nicht nur dann zu bejahen, wenn ein Interessenkonflikt besteht, sondern auch, wenn sie einzig deshalb erfolgt, weil der Empfänger vom Kunden und dank seiner Investition eine Position eingeräumt bekam, die den Zufluss der Zahlung ermöglichte. Die beiden Kriterien des inneren Zusammenhangs und des Interessenkonflikts sind eng miteinander verknüpft, aber nicht gleichzusetzen. Herausgabepflichtig sind neben den Vermögenswerten, die der Beauftragte direkt vom Auftraggeber zur Erfüllung des Auftrags erhält, vielmehr allgemein indirekte Vorteile, die dem Beauftragten infolge der Auftragsausführung von Dritten zukommen. Die Bestimmung ist auf sämtliche Auftragsverhältnisse anwendbar, da sich der Beauftragte nicht ohne die informierte Zustimmung des Auftraggebers auf dessen Kosten bereichern darf (HG150054 Erw. 3.2.3 m.w.H.; zustimmend *Emmenegger/Döbeli*, Bankgeschäfte nach der Krise: Safer, simpler, fairer?, SZW 2018 S. 649; a.A. *Oser/Weber*, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl., Basel 2020, Art. 400 N. 14a).

Im Schrifttum ist die Frage der Herausgabepflicht bei blossen Konto-/Depotbeziehungen streitig (bejahend *EMMENEGGER/DÖBELI*, SZW 2018, 639, S. 649; *SUSAN EMMENEGGER*, Anlagekosten: Retrozessionen im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, in: Susan Emmenegger [Hrsg.], Anlagerecht, SBT 2007 – Schweizerische Bankrechtstagung 2007, Basel 2007, S. 59-127, S. 71; *THOMAS JUTZI/KSENIA WESS*, Retrozessionen und sonstige Entschädigungen, GesKR 2022, 76, S. 86; *THOMAS JUTZI/KSENIA WESS*, Die [neuen] Pflichten im Execution-only-Geschäft: Zusammenspiel von FIDLEG und OR, SZW 2019, 589, S. 612; *KATHRIN MARIA KÜPPERS*, Neuordnung der Finanzmarktaufsicht im Bereich der bankseitigen Erbringung und Vergütung von Finanzdienstleistungen, Diss. Zürich 2017, S. 96-98; *MARTINA REBER*, Execution only: Retrozessionen, Auskunft, Verjährung, Besprechung von BGer, 4A_601/2021, 8.9.2022, AJP 2023, 82, S. 85; *ROLF SETHE*, MiFID II – Eine Herausforderung für den Finanzplatz Schweiz, SJZ 110 [2014], S. 477-489, S. 487; *CORINNE ZELLWEGER-GUTKNECHT*, Zur Annahme und Herausgabe von Retrozessionen und anderen Drittvergütungen, in: Rolf Sethe/Thorsten Hens/Hans Caspar von der Crone/Rolf H. Weber (Hrsg.), Anlegerschutz im Finanzmarktrecht kontrovers diskutiert, Zürich/Basel/Genf 2013, S. 213-249, S. 248-249; verneinend *ROLF KUHN*, Die Pflicht zur Herausgabe von Bestandespflegekommissionen – eine Standortbestimmung nach BGE 138 III 755 [4A_127/2012 vom 30. Oktober 2012], ZBJV 2013, 436, S. 453-454; *DAVID OSER/ROLF H. WEBER*, in: Obligationenrecht I, Basler Kommentar, hrsg. von Corinne Widmer Lüchinger/David Oser, 7. Aufl. 2020, N. 14a zu Art. 400 OR; für den Regelfall auch *WAYGOOD-WEINER*, a.a.O., S. 110-111).

Die nachfolgenden Präzisierungen zur Praxis des hiesigen Gerichts führen nicht zu einer grundsätzlichen Neubewertung.

Zur Begründung der Herausgabepflicht bei einer reinen Konto-/Depotbeziehung stützt sich das Schrifttum auf BGer 4C.125/2002 v. 27.09.2002 (EMMENEGGER/DÖBELI, SZW 2018, 639, S. 649). In dieser Entscheidung hatte die Beauftragte aufgrund eines im Auftrag des Auftraggebers eingegangenen Leibrentenvertrages erhaltene Gratisaktien diesem gestützt auf Art. 400 Abs. 1 OR herauszugeben (BGer 4C.125/2002 v. 27.09.2002 E. 3.1 und 3.2). Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist allerdings fraglich, ob sich diese Begründung auf die Herausgabe von Retrozessionen bei einem reinen Depotvertrag übertragen lasse (BGer 4A_601/2021 v. 08.09.2022 E. 7.2). Im Zusammenhang mit der Pflicht zur Herausgabe von Retrozessionen leitet die Rechtsprechung daraus immerhin ab, dass der Beauftragte durch die Ausführung des Auftrags abgesehen von seinem Honorar weder gewinnen noch verlieren darf (BGE 143 III 348 E. 5.1.1 S. 353 = Pra 107 [2018] Nr. 131) und es keine Rolle spielt, ob die Zuwendung nach dem Willen des Dritten ausschliesslich dem Beauftragten zukommen soll oder nicht (BGE 132 III 460 E. 4.1 S. 464-465).

Nachfolgend ist getrennt zu prüfen, ob Art. 400 Abs. 1 OR auf blosser Konto-/Depotbeziehungen anwendbar ist (Ziffer 6.1 unten) und ob der erforderliche innere Zusammenhang besteht (Ziffer 6.2 unten).

6.1. Anwendbarkeit von Art. 400 Abs. 1 OR

(...)

Der Konto-/Depotvertrag ist ein gemischter Vertrag (BGE 148 III 115 E. 5 S. 120-121 = Pra 111 [2022] Nr. 91; BGE 142 III 746 E. 2 S. 751 = Pra 107 [2018] Nr. 15; BGE 133 III 37 E. 3.1 S. 40-41 = Pra 96 [2007] Nr. 91; BGE 101 II 117 E. 5 S. 119-120; BGE 96 II 145 E. 2 S. 149; BGE 94 II 167 E. 2 S. 169; BGE 63 II 240 E. 1 S. 242; TOBIAS AGGTELEKY, Zivil- und aufsichtsrechtliche Verhaltenspflichten beim Execution-only-Geschäft, 2022, N 148; HEINRICH HONSELL, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 10. Aufl. 2017, S. 423). Neben hinterlegungs- enthält er auftragsrechtliche Elemente (BGE 101 II 117 E. 5 S. 119-120; BGE 96 II 145 E. 2 S. 149; BGE 94 II 167 E. 2 S. 169; BGE 63 II 240 E. 1 S. 242; AGGTELEKY, a.a.O., N 148; HONSELL, a.a.O., S. 423). Die auftragsrechtlichen Elemente stehen dabei namentlich bei den Verwaltungshandlungen im Vordergrund (BGE 102 II 297 E. 2b S. 301; BGE 101 II 117 E. 5 S. 119-120; BGE 96 II 145 E. 2 S. 149; BGE 94 II 167 E. 2 S. 169; BGE 63 II 240 E. 1 S. 242; BGer 4A_436/2020 v. 28.04.2022, E. 5; DANIEL A. GUGGENHEIM/ANATH GUGGENHEIM, Les contrats de la pratique bancaire suisse, 5. Aufl. 2014, S. 201; CARLO LOMBARDINI, Droit bancaire suisse, 2. Aufl. 2008, Chapitre XXV N 82; SETHE, SJZ 110 [2014], S. 487). Es sind gerade die Verwaltungshandlungen, welche den Anknüpfungspunkt für die Ausrichtung von Retrozessionen bilden (P. CHRISTOPH GUTZWILLER, Rechtsfragen der Vermögensverwaltung, 2008, S. 199). Regelmässig handelt es sich auch um ein Kommissionsgeschäft (CHRISTIAN LENZ/ANDREAS VON PLANTA, in: Obligationenrecht I, Basler Kommentar, hrsg. von Corinne Widmer Lüchinger/David Oser, 7. Aufl. 2020, N. 2 Vor Art. 425-438 OR, N. 2 zu Art. 425 OR; DIETER ZOBL/STEFAN KRAMER, Schweizerisches Kapitalmarktrecht, Zürich/Basel/Genf 2004, N 1215; JUTZI/WESS, SZW 2019, 589, S. 596). Die auftragsrechtliche Herausgabe-

pflicht gilt aufgrund von Art. 425 Abs. 2 i.V.m. Art. 400 Abs. 1 OR (JUTZI/WESS, GesKR 2022, 76, S. 80; LENZ/VON PLANTA, in: Basler Kommentar, N. 6 zu Art. 425 OR; DAVID OSER/ROLF H. WEBER, in: Basler Kommentar, N. 14a zu Art. 400 OR; ZOBL/KRAMER, a.a.O., N 1216; vgl. auch BGer 4A_407/2021 v. 13.09.2022 E. 4.2; 4A_547/2012 v. 05.02.2013 E. 4.1).

Demzufolge ist Art. 400 Abs. 1 OR auch auf blosse Konto-/Depotverhältnisse anwendbar.

6.2. Innerer Zusammenhang

(...)

Neben den dem Anleger direkt in Rechnung gestellten Kommissionen für die Ausgabe und Rücknahme von Fondsanteilen kann die Bank einen Teil der von den Fondsleitungen dem Fondsvermögen periodisch für die Leitung und Verwaltung des Fonds sowie den Vertrieb der Fondsanteile erhobenen Verwaltungskommission erhalten (Bestandespflegekommission; BGE 138 III 755 E. 4.1 S. 758, E. 5.4 S. 763). Im vorliegenden Fall stehen solche Bestandespflegekommissionen im Vordergrund.

6.2.1. Interessenkonflikt

Art. 400 Abs. 1 OR soll Interessenkonflikten vorbeugen (BGE 139 III 49 E. 4.1.2 S. 54; BGE 138 III 755 E. 5.3 S. 762; BGE 137 III 393 E. 2.3 S. 397; MATTHIAS NÄNNI/HANS CASPAR VON DER CRONE, Rückvergütungen im Recht der unabhängigen Vermögensverwaltung, SZW 2006, 377, S. 379). Ein Interessenkonflikt kann auch bei Bestandespflegekommissionen vorliegen (BGE 138 III 755 E. 8.5 S. 778-779). Bei einem blossen Konto-/Depotverhältnis verneint ein Teil der obergerichtlichen Rechtsprechung und des Schrifttums die Gefahr eines Interessenkonflikts (HGer SG HG.2018.11 v. 12.09.2019 E. 3.3, abrufbar unter <<https://publikationen.sg.ch/rechtsprechung-gerichte/>>; CAROLE GEHRER CORDEY/GION GIGER, in: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, hrsg. von Claire Huguenin/Markus Müller-Chen, 3. Aufl. 2016, HK, N. 12c zu Art. 400 OR; DAVID OSER/ROLF H. WEBER, in: Obligationenrecht, Basler Kommentar, 7. Aufl. 2020, N. 14a zu Art. 400 OR; EMMENEGGER, BRT 2007, S. 71). Demgegenüber bejaht ein anderer Teil des Schrifttums einen Interessenkonflikt auch bei einem reinen Execution-Only-Verhältnis (AGGTELEKY, a.a.O., N 588; SETHE, SJZ 110 [2014], S. 487; nur ausnahmsweise WAYGOOD-WEINER, a.a.O., S. 110-111). So besteht die Gefahr, dass der Anbieter aus mehreren verfügbaren Plattformen oder Brokern jene wählt, welche ihm höhere Retrozessionen versprechen (HGer ZH HG150054-O v. 15.11.2017 E. 3.2.4.1, abrufbar unter <<https://www.gerichte-zh.ch/entscheide/>>; WAYGOOD-WEINER, a.a.O., S. 110-111) oder er bei einer Konkurrenz der Auftraggeber diese nicht gleich behandelt (JUTZI/WESS, SZW 2019, 589, S. 607-609). Die Treuepflicht gilt auch im Execution-Only-Geschäft (SETHE, SJZ 110 [2014], S. 487; ROLF SETHE, Treuepflichten der Banken bei der Vermögensanlage, AcP 212 [2012], 80, S. 106). Demzufolge besteht auch bei einer blossen Konto-/Depotbeziehung die Gefahr eines Interessenkonflikts, welche eine Herausgabepflicht rechtfertigt.

6.2.2. Zuweisungsnorm

Durch die Retrozessionen erhält der Auftragnehmer ein zusätzliches Entgelt (BGE 132 III 460 E. 4.2 S. 465-466; GUTZWILLER, a.a.O., S. 199; JEAN-MARC SCHALLER, Handbuch des Vermögensverwaltungsrechts, 2013, N 350). Der Beauftragte darf jedoch durch die Ausführung des Auftrags abgesehen von seinem Honorar weder gewinnen noch verlieren (BGE 143 III 348 E. 5.1.1 S. 353 = Pra 107 [2018] Nr. 131; BGE 138 III 755 E. 5.3 S. 762-763; BGE 138 III 137 E. 5.3.1 S. 141-142; BGE 132 III 460 E. 4.1 S. 464-465; BGer 4C.125/2002 v. 27.09.2002 E. 3.1; WALTER FELLMANN, in: Berner Kommentar, Band VI/2/4, hrsg. von Heinz Hausheer, 1992, N. 114, 127 zu Art. 400 OR). Der Beauftragte darf nur behalten, was er lediglich bei Gelegenheit der Auftragserfüllung erhalten hat (BGE 138 III 137 E. 5.3.1 S. 141-142; BGE 137 III 393 E. 2.1 S. 395; BGE 132 III 460 E. 4.1 S. 464-465). Die Bestandespflegekommission findet ihre Grundlage ebenfalls in der durch die Geschäftsbeziehung eingeräumte Position der Bank (BGE 138 III 755 E. 5.6 S. 765-766; FABIAN SCHMID, Retrozessionen an externe Vermögensverwalter, 2009, S. 165). Aus dem Grundsatz der Nichtbereicherung ist zu schliessen, dass sich die Funktion von Art. 400 Abs.1 OR nicht in der Prävention von Interessenkonflikten erschöpft, sondern unabhängig von allfälligen Interessenkonflikten die vermögenswerten Positionen zwischen Auftraggeber und Beauftragtem zuordnet (HGer ZH HG190234 v. 05.10.2021, ZR 121 [2022] Nr. 63 E. 2.3 S. 238-240; HGer ZH HG150054-O v. 15.11.2017 E. 3.2.3; EMMENEGGER, BRT 2007, S. 71). Die Zuweisungsfunktion von Art. 400 Abs. 1 OR spricht für eine Herausgabepflicht bei einer blossen Konto-/Depotbeziehung.

6.3. Zwischenergebnis

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

3.3. Würdigung

Es ist unbestritten, dass die Klägerin ihre Anlageentscheide jeweils selbst getroffen hat (act. 13 Rz 55 und 60, act. 24 Rz 26, 48 und 85; act. 28 Rz 9). Umstritten ist lediglich, ob dies, wie von der Klägerin behauptet, gestützt auf eine vorangehende Beratung ihrer Vertreter durch die Beklagte erfolgte (vgl. act. 24 Rz 48), oder sich die Tätigkeit der Beklagten auf die Ausführung der von der Klägerin erteilten Instruktionen und ein "reines Zurverfügungstellen von Informationen an die Kundin" beschränkte (Darstellung der Beklagten; vgl. act. 28 Rz 9). Zu Recht vertritt keine Partei die Ansicht, dem streitgegenständlichen Verhältnis liege ein Ver-

mögensverwaltungsvertrag zugrunde. Es werden denn auch keine entsprechenden Behauptungen aufgestellt.

Da vorliegend keine Veranlassung dazu besteht, von der aktuellen Praxis des hiesigen Gerichts abzuweichen, insbesondere auch unter dem Gesichtspunkt, dass allenfalls nicht nur Bestandespflegekommissionen im Streit liegen (vgl. act. 1 Rz 23), kann offenbleiben, ob zwischen den Parteien eine Anlageberatung oder lediglich eine Konto-/Depotbeziehung vorlag. In beiden Fällen hat die Beklagte vereinnahmte "Retrocessions" (act. 3/4 und 3/5, je S. 25 Ziff. 3) bzw. "Trailer Fees" (act. 3/6 S. 43 Ziff. 3.1.) herauszugeben, sofern die Klägerin auf die Herausgabe nicht rechtswirksam verzichtet hat.

4. Wirksamer Verzicht auf den Herausgabeanspruch

Die Beklagte macht geltend, die Zedentin habe auf die Herausgabe von Retrozessionen wirksam verzichtet (act. 13 Rz 49, 80, 93, 112, 115 und 132).

Die Ablieferungspflicht von Art. 400 Abs. 1 OR ist dispositiv (BGE 137 III 393 E. 2.2). Der Auftraggeber kann auf die Ablieferung bestimmter Werte verzichten, was sowohl in Bezug auf die Herausgabe von bereits erlangten Vorteilen wie auch auf bestimmte künftig anfallende Vorteile möglich ist. Dabei setzt die Gültigkeit

eines Vorausverzichts voraus, dass der Auftraggeber über die zu erwartenden Retrozessionen vollständig und wahrheitsgetreu informiert ist, und dass sein Wille, auf deren Ablieferung zu verzichten, aus der Vereinbarung entsprechend deutlich hervorgeht (BGE 137 III 393 E. 2.2). Die bundesgerichtliche Rechtsprechung folgt dabei einer vermittelnden Auffassung, wonach der Auftraggeber nicht die genaue Höhe der Retrozessionen kennen, jedoch über Informationen zur Berechnungsgrundlage und zur Grössenordnung der zu erwartenden Retrozessionen verfügen muss (BGE 137 III 393 E. 2.2 und 2.4; BGer 4A_427/2011 vom 29.11.2011 E. 4). Die Beweislast für einen rechtswirksamen Verzicht der Zedentin obliegt der Beklagten (BGE 137 III 393 E. 2.5).

4.1. Retrozessionen Konto C._____

4.1.1. Parteistandpunkte

Die Beklagte stützt den Verzicht auf die Retrozessionen 2014 des Kontos C._____ auf Ziff. 3 der AGB 2011 sowie Ziff. 4 des Formulars Nr. 10 des Kontoeröffnungsdossiers ("standard advisory agreement"). Sie macht geltend, die J._____ S.L. habe beide Dokumente erhalten und den Inhalt der Verzichtsklauseln zur Kenntnis genommen (vgl. act. 13 Rz 49 f., 53, 81 ff., 116 und 138; act. 28 Rz 15 und 44). Die Formulierung der Verzichtsklausel habe der geltenden Rechtsprechung und den regulatorischen Vorgaben entsprochen (act. 13 Rz 37 ff.; act. 28 Rz 61). Ferner sei der Verzicht in den AGB 2011 weder ungewöhnlich noch unklar (act. 13 Rz 163 f.).

Die Klägerin bestreitet, die AGB 2011 erhalten und zur Kenntnis genommen zu haben (act. 1 Rz 26 und 28; act. 24 Rz 35 und 71). Weiter macht sie geltend, die Verzichtsklausel erfülle die Voraussetzungen für einen rechtswirksamen Verzicht nicht (act. 24 Rz 42 und 121) und sei sowohl ungewöhnlich als auch unklar (act. 1 Rz 57 ff.; act. 24 Rz 136). Mit Bezug auf die Klausel im Formular Nr. 10 beruft sich die Klägerin sodann darauf, der Verzicht habe unter dem irreführenden Titel "Risk Information and alternative Investments" figuriert (act. 24 Rz 40).

4.1.2. Einbeziehung der AGB 2011

4.1.2.1. Begriff Allgemeine Geschäftsbedingungen

Der Begriff der Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist ein Rechtsbegriff. Es handelt sich um "Vertragsbestimmungen, die im Hinblick auf den künftigen Abschluss einer Vielzahl von Verträgen generell vorformuliert wurden" (BGE 148 III 57 E. 2).

Die AGB 2011 erfüllen diese Begriffsmerkmale (vgl. act. 3/36). Ebenso ist davon auszugehen, dass die im Formular Nr. 10 der Kontoeröffnungsunterlagen (vgl. act. 3/4 S. 37 ff.) enthaltenen Bestimmungen nicht mit jedem Kunden speziell ausgehandelt werden, sondern es sich dabei ebenfalls um im Hinblick auf den künftigen Abschluss einer Vielzahl von Verträgen generell vorformulierte Vertragsbestimmungen handelt. So wurden denn auch für die Eröffnung der Konti

C._____ und D._____ identische Vertragssets verwendet. Die Verzichtserklärung im Formular Nr. 10 erfüllt damit ebenfalls sämtliche Tatbestandsmerkmale von Allgemeinen Geschäftsbedingungen.

4.1.2.2. Rechtliches

Allgemeine Geschäftsbedingungen müssen, damit sie Geltung zwischen den Parteien haben, ausdrücklich oder konkludent in den Vertrag übernommen werden (BGE 148 III 57 E. 2.1. m.H.). Für das Zustandekommen der Übernahme ist zunächst massgebend, was die Parteien tatsächlich übereinstimmend gewollt haben. Bleibt der subjektive Parteiwille unbewiesen, sind die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten (vgl. BGer 4A_391/2022 vom 03.07.2023, E. 3.2.1 m.H.). Dabei setzt ein Konsens über die AGB voraus, dass die zustimmende Partei bei Vertragsschluss zumindest die Möglichkeit hatte, von deren Inhalt in einer zumutbaren Weise Kenntnis zu nehmen (sog. Zugänglichkeitsregel; BGE 148 III 57 E. 2.1.2). Mithin können die AGB im Vertragsdokument enthalten sein, oder es muss dem Vertragspartner zumindest die zumutbare Möglichkeit einer Kenntnisnahme verschafft werden (BGE 139 III 345 E. 4.4; BGer 4A_47/2015 vom 02.06.2015 E. 5.4.1).

Werden AGB von der zustimmenden Partei vollständig gelesen, verstanden und (schriftlich oder mündlich) akzeptiert, ist von einer Vollübernahme auszugehen. Stimmt die Partei der Übernahme der AGB dagegen pauschal zu, mithin ohne diese zu lesen, zur Kenntnis zu nehmen oder deren Tragweite zu verstehen, liegt eine Globalübernahme vor (BGE 148 III 57 E. 2.1.3 m.H.). Die Globalübernahme bezeichnet eine (ausdrückliche oder konkludente) allgemeine Erklärung des Kunden, wonach er trotz inhaltlicher Unkenntnis (bzw. Unverständnis) den AGB (tatsächlich oder normativ) zustimmt (Roman Perrig in: Ernst A. Kramer/Thomas Probst/Roman Perrig, Schweizerisches Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 2016, N 116). Bei einer Globalübernahme bestimmt die sogenannte Ungewöhnlichkeitsregel, dass von der global erklärten Zustimmung alle ungewöhnlichen Klauseln ausgenommen sind, auf deren Vorhandensein die zustimmende

Partei nicht speziell aufmerksam gemacht worden ist (BGE 148 III 57 E. 2.1.3 m.H.). Ferner sind die übernommenen AGB einer Inhaltskontrolle nach Art. 8 UWG zu unterziehen.

4.1.2.3. Konsenskontrolle

4.1.2.3.1. Parteibehauptungen

Die Beklagte macht geltend, die AGB 2011 hätten als Formular Nr. 6 den Kontoeröffnungsunterlagen beigelegt. Die J. _____ S.L. habe den Inhalt der AGB zur Kenntnis genommen und deren Erhalt schriftlich bestätigt (act. 13 Rz 53, 83, 116 und 138; act. 28 Rz 44). Sodann habe das Formular Nr. 10 des Kontoeröffnungsdossiers unter Ziff. 4 eine identische Verzichtsklausel wie die AGB 2011 enthalten. Auch diese Klausel habe die Kundin bei Vertragsschluss zur Kenntnis genommen und übernommen (act. 13 Rz 49 f., 81 und 138; act. 28 Rz 15 und 44).

Die Klägerin bestreitet, die AGB 2011 erhalten und zur Kenntnis genommen zu haben (act. 1 Rz 26 und 28; act. 24 Rz 35 und 71).

4.1.2.3.2. Einbezug

Die Kontoeröffnungsunterlagen sind durchnummeriert (Seiten 1-55). Sie bestehen aus insgesamt 14 Formularen und bilden ein zusammenhängendes Vertragsdossier. Die "General terms and conditions of business" befinden sich als Formular Nr. 6 zwischen den Formularen Nr. 5 "Fee Schedule" und Nr. 7 "Verification of beneficial owners identity Form A and declaration to the Bank". Die Formulare Nr. 5 und 7 wurden vom Vertreter der J. _____ S.L. am 7. Oktober 2011 unterzeichnet. Das Formular Nr. 6 verlangt nicht nach einer Unterschrift des Kunden. Eine solche ist zur Übernahme der AGB auch nicht zwingend notwendig. Auf sämtlichen 14 Formularen befindet sich auf der ersten Seite der "Account name C. _____" sowie die "Account Number 1". Es erhellt nicht, wieso die AGB bzw. das Formular Nr. 6 anlässlich der Kontoeröffnung nicht vorhanden gewesen sein sollte. Vielmehr ist davon auszugehen, dass das Kontoeröffnungssset vollständig war und der Kundin bzw. deren Vertreter auch so vorgelegt wurde. So bestätigt die Zedentin auf "der letzten Seite des Kontoeröffnungsantrags" (gemeint ist Seite 54)

- entgegen den Ausführungen der Beklagten (vgl. act. 13 Rz 52) - zwar nicht den Erhalt der AGB 2011 und deren Kenntnisnahme. Die angeführte Bestätigung bezog sich auf das Formular Nr. 13 "Application for the use of E-banking for individuals" und die darin enthaltenen "A. Terms and conditions for E-banking" (vgl. act. 3/4 S. 54

bzw. Formular Nr. 13 ganz). Doch hält der Passus klar fest, dass die AGB einen integrierenden Bestandteil des Kontoeröffnungsantrags der Beklagten bilden. Eine so geschäftserfahrene Kundin wie die Zedentin (vgl. nachfolgend E. II.A.4.1.2.4.2.) hätte nachgefragt, wenn sie die AGB nicht erhalten hätte. Damit ist erstellt, dass die AGB 2011 den Kontoeröffnungsunterlagen beilagen und einen integralen Bestandteil des Vertragsangebots der Beklagten bildeten. Die Beklagte durfte nach Treu und Glauben davon ausgehen, dass die Zedentin mit der Unterzeichnung der weiteren Bestandteile des Kontoeröffnungsdossiers auch ihr Einverständnis zur Übernahme der AGB erklärte. Die Klägerin behauptet keinen dahingehenden übereinstimmenden Parteiwillen, dass die AGB trotz der Tatsache, dass sie Teil des Antrages der Beklagten waren, von den Parteien nicht hätten übernommen werden wollen. Damit hat es mit der Bestimmung des Vertragschlusses nach dem Vertrauensprinzip sein Bewenden. Die Zedentin und die Beklagte haben die AGB vom Jahr 2011 wirksam vereinbart.

Dass die Zedentin das Formular Nr. 10 unterzeichnet und damit auch erhalten hat, bestreitet die Klägerin nicht (act. 13 Rz 50; act. 24 Rz 39 ff.). Die Zedentin hat somit auch die im Formular Nr. 10 enthaltene Verzichtsklausel übernommen.

4.1.2.3.3. Voll- oder Globalübernahme

Die Beklagte macht geltend, die Zedentin habe die Verzichtsklausel sowohl im Formular Nr. 10 (act. 13 Rz 81 und 133) als auch in den AGB 2011 zur Kenntnis genommen (act. 13 Rz 138, 146 und 164 f.). Gemäss der Klägerin wurde die Verzichtsklausel, selbst wenn die AGB 2011 der Zedentin vorgelegen hätten, weder in den AGB 2011 noch im Beratungsvertrag gültig übernommen, da die Beklagte die Zedentin nicht über die Retrozessionen aufgeklärt habe (act. 24 Rz 71). Mithin beruft sich die Klägerin darauf, dass selbst wenn die Zedentin die Klausel in den AGB 2011 oder dem Formular Nr. 10 gelesen und damit zur Kenntnis genommen

hätte, sie deren Tragweite nicht verstanden habe. Ob die Verzichtsklausel voll- oder lediglich global übernommen wurde und wer hierfür die Beweislast trägt (vgl. HGer HG210223 vom 21.06.2023 E. 7.1.2), kann aufgrund der nachfolgenden Erwägungen jedoch offenbleiben.

4.1.2.4. Gültigkeitskontrolle

4.1.2.4.1. Rechtliches

Die Anwendung der Ungewöhnlichkeitsregel bedingt zunächst, dass eine AGB-Klausel für die zustimmende Partei subjektiv ungewöhnlich ist. Branchenübliche Klauseln können für einen Branchenfremden ungewöhnlich, für einen Branchenkenner demgegenüber üblich sein (BGE 148 III 57 E. 2.1.3.2; BGE 138 III 411 E. 3.1). Allerdings schliesst Branchenkenntnis oder Geschäftserfahrung die subjektive Ungewöhnlichkeit auch nicht zwingend aus, denn unter Umständen kann eine Klausel auch für eine solche Person ungewöhnlich sein (BGE 148 III 57 E. 2.1.3.2; BGer 4A_499/2018 vom 10.12.2018 E. 3.3.3). Die Ungewöhnlichkeit einer AGB Klausel beurteilt sich aus der Sicht des Zustimmungenden im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses (BGE 138 III 411 E. 3.1; BGE 135 III 1 E. 2.1). Die Beurteilung erfolgt individuell bezogen auf den Einzelfall (BGE 135 III 1 E. 2.1). Die Behauptungs- und Beweislast für Aspekte, welche auf die subjektive Ungewöhnlichkeit einer AGB-Klausel schliessen lassen, trägt die zustimmende Partei; damit vorliegend die Klägerin.

Neben der subjektiven Ungewöhnlichkeit hat die fragliche Klausel, damit die Ungewöhnlichkeitsregel zur Anwendung gelangt, sodann objektiv beurteilt einen geschäftsfremden Inhalt aufzuweisen. Sie hat objektiv ungewöhnlich zu sein. Dies ist dann zu bejahen, wenn die Klausel zu einer wesentlichen Änderung des Vertragscharakters führt oder in erheblichem Masse aus dem gesetzlichen Rahmen des Vertragstypus fällt. Je stärker eine Klausel die Rechtsstellung des Vertragspartners beeinträchtigt, desto eher ist sie als ungewöhnlich zu qualifizieren (BGE 148 III 57 E. 2.1.3.3).

4.1.2.4.2. Subjektive Ungewöhnlichkeit

4.1.2.4.2.1. Die Klägerin macht geltend, die vorformulierten Verzichtsklauseln seien ungewöhnlich (act. 24 Rz 136). Es handle sich bei der Zedentin um eine im Bereich der Investition von Vermögen völlig unerfahrene im Ausland ansässige Kundin (act. 1 Rz 19 und 27).

Die Beklagte geht von einer erfahrenen Kundin aus, bei welcher der ausländische Sitz keine Rolle spiele (act. 12 Rz 135).

4.1.2.4.2.2. Wirtschaftlich Berechtigter der Zedentin ist unbestrittenermassen K._____, wohnhaft in L._____ (act. 1 Rz 18; act. 13 Rz 26; act. 24 Rz 18). Die Zedentin wurde 1997 gegründet (act. 13 Rz 26; act. 24 Rz 19). Die Beklagte führte in der Klageantwort aus, bei K._____ handle es sich um einen bekannten brasilianischen Unternehmer, Kunstsammler und Politiker. Er habe in den 1980er-Jahren von seinem Vater das Unternehmen M._____ übernommen, welches damals das viertgrösste Unternehmen auf dem ...markt mit einem Marktanteil von 25 % gewesen sei. Seither sei K._____ im L._____ ...-handel tätig. Nach seinen eigenen Angaben setze sich sein Vermögen aus den Erträgen seiner unternehmerischen Tätigkeit, weiteren Beteiligungen an Unternehmen, einer Kunstsammlung und diversen Investitionen in ausländische und lokale Finanzmärkte zusammen. K._____ habe die Zedentin gegründet, um seine Ersparnisse im Ausland zu verwalten (act. 13 Rz 26 f.). Dem hielt die Klägerin in der Replik lediglich entgegen, die Zedentin sei nicht von K._____ und auch nicht zum Zweck der Verwaltung von dessen Ersparnissen gegründet worden (act. 24 Rz 19). Wollte die Klägerin die von der Beklagten aufgestellten detaillierten Behauptungen zum Gründer und dem mit der Zedentin verfolgten Zweck rechtsgenügend bestreiten, hätte sie darlegen müssen, wer, anstelle des an den Vermögenswerten der Zedentin wirtschaftlich Berechtigten K._____, die Zedentin gegründet hat und zu welchem Zweck. Denn sie hat sich die eingeklagten Forderungen von der Zedentin abtreten lassen und es ist ihr deren Wissen anzurechnen. Folglich ist von einer ungenügenden Bestreitung auszugehen und haben die Tatsachen, wie von der Beklagten geltend gemacht (act. 28 Rz 30), Bestand (vgl. vorne E. I.5.2). So handelt es sich bei der J._____ S.L. - wie bereits erwähnt - auch um eine private Investmentgesellschaft ("Private Investment Company") (act. 1 Rz 18; act. 13 Rz 26;

act. 24 Rz 18). Ferner erstellte N._____ als damals zuständiger "Client Relationship Manager" im Rahmen der Kontoeröffnung ein Kundenprofil der Zedentin ("Client Investment Profile", act. 3/4 Formular Nr. 4 und act. 3/12; act. 13 Rz 41; act. 24 Rz 35). Der Vertreter der Zedentin hat das Profil unterzeichnet. Unbestritten blieb diesbezüglich, dass die Zedentin (dazumal) seit 10 bis 12 Jahren aktiv auf dem Finanzmarkt war, wöchentlich Investitionen tätigte und in der Vergangenheit unter anderem in "Certificates of Deposit", "Moneymarket fund", "Equities" resp. "Private Equities", "Structured products", "Bonds" sowie "Art & Paintings" investiert hatte (act. 3/4 Formular Nr. 4; act. 13 Rz 43; act. 24 Rz 34 ff.). Die von der Zedentin investierten Geldmittel sollten der langfristigen Vermehrung von Einkommen dienen. Jährlich sollte ein Ertrag von \$ 50'000 bis 100'000 erzielt werden (act. 3/4 Formular Nr. 4; act. 3/12; act. 13 Rz 43; act. 24 Rz 35 ff.). Ziel der Zedentin war es somit, die Gelder gewinnbringend anzulegen. Dabei spielen die anfallenden Kosten, namentlich für die Abgeltung der von einer Bank in Anspruch genommenen Dienstleistungen, eine wesentliche Rolle. Bei der Retrozessions-Problematik handelt es sich nicht um eine rein schweizerische Thematik (vgl. HGer HG, HG210223 vom 21.06.2023 E. 7.1.2.1.). Die Zedentin hat, bevor sie die Geldmittel in die Schweiz transferierte, nachweislich bereits in einem anderen europäischen Land - nämlich in I._____ - Anlagen getätigt. Sie selbst hat ihren Sitz in K._____. Die europäischen Gepflogenheiten waren ihr damit nicht neu. Ihr Vertreter, Z._____, ist Jurist (act. 3/4 S. 1), und sie verfügt über eine Rechtsabteilung (act. 24 Rz 26).

Gestützt auf das Gesagte ist davon auszugehen, dass es sich bei der Zedentin um eine in Finanzangelegenheiten erfahrene Kundin handelte. Daran ändert nichts, sollte sie sich, was vorliegend umstritten ist (vgl. u.a. act. 13 Rz 9 und act. 24 Rz 45), mit Bezug auf die effektiv getätigten Anlagen auf professionelle Beratung verlassen haben.

4.1.2.4.3. Zwischenfazit

Die Klausel erweist sich nicht als subjektiv ungewöhnlich. Entsprechend braucht nicht geprüft zu werden, ob sie auch objektiv ungewöhnlich wäre. Es wurden

diesbezüglich auch keine Parteibehauptungen aufgestellt. Die Klausel ist nicht ungewöhnlich.

Gemäss der Ungewöhnlichkeitsregel "sind von der global erklärten Zustimmung alle ungewöhnlichen Klauseln ausgenommen, auf deren Vorhandensein die zustimmende Partei nicht gesondert aufmerksam gemacht worden ist" (BGE 148 III 57 E. 2.1.3 m.H.). Da die Klausel nicht als ungewöhnlich einzustufen ist, bestand - entgegen der Ansicht der Klägerin (act. 1 Rz 28 und 35; act. 24 Rz 71) - seitens der Beklagten keine Pflicht, die Zedentin über die Verzichtserklärung aufzuklären.

4.1.3. Zwischenfazit

Die Verzichtsklausel wurde sowohl im Formular Nr. 10 als auch in den AGB 2011 übernommen und ist anwendbar.

4.1.4. Verzichtserklärung

4.1.4.1. Parteibehauptungen

Gemäss der Beklagten hat die Zedentin mit der in den AGB 2011 und dem Formular Nr. 10 enthaltenen Verzichtsklausel auf die Retrozessionen verzichtet. Die Kundin werde in der Klausel ausdrücklich darüber informiert, dass die Bank Vergütungen von Dritten erhalten könne. Die Klausel verweise auf mögliche Interessenkonflikte bzw. darauf, dass die notwendigen organisatorischen Massnahmen zu deren Vermeidung ergriffen worden seien. Zudem enthalte die Verzichtsklausel für Retrozessionen eine Prozentbandbreite von 0 % bis 5 % (act. 13 Rz 51 und 86; act. 28 Rz 15 und Rz 59 f.). Damit habe sie, die Beklagte, sich strikte an die damals geltenden Vorgaben des Bundesgerichts und der FINMA gehalten (act. 13 Rz 87, 91 und 132).

Die Klägerin bestreitet, dass die notwendigen Voraussetzungen für einen rechtswirksamen Verzicht vorliegen (act. 1 Rz 37, 40 und 62; act. 24 Rz 30 f., 42, 98 ff.).

4.1.4.2. Rechtliches

Zu prüfen ist, ob die Klägerin mit der umstrittenen Klausel auf die Retrozessionen ab Vertragsschluss verzichtet hat. Für die Gültigkeit eines Vorausverzichts ist erforderlich, dass der Auftraggeber über die zu erwartenden Retrozessionen vollständig und wahrheitsgetreu informiert ist, und dass sein Wille, auf deren Ablieferung zu verzichten, aus der Vereinbarung deutlich hervorgeht (BGE 137 III 393 E. 2.2). Eine in diesem Sinne hinreichende Information liegt vor, wenn der Auftraggeber die Parameter kennt, die zur Berechnung des Gesamtbetrages der Retrozessionen notwendig sind und einen Vergleich mit dem vereinbarten Vermögensverwaltungshonorar erlauben. Eine genaue Bezifferung ist bei einem vorgängigen Verzicht nicht möglich. Damit der Kunde den Umfang der zu erwartenden Retrozessionen erfassen kann, muss er zumindest die Eckwerte der bestehenden Retrozessionsvereinbarungen mit Dritten sowie die Grössenordnung der zu erwartenden Rückvergütungen kennen. Letzterem Erfordernis wird beim Vorausverzicht Genüge getan, wenn die Höhe der erwarteten Rückvergütungen in einer Prozentbandbreite des verwalteten Vermögens angegeben wird. Das Zusammenspiel dieser beiden Elemente ermöglicht es dem Auftraggeber, im Hinblick auf einen Verzicht sowohl die Gesamtkosten der Vermögensverwaltung zu erfassen als auch die beim Vermögensverwalter aufgrund der konkreten Anreizstrukturen vorhandenen Interessenkonflikte zu erkennen (BGE 137 III 393 E. 2.4).

Eine Pflicht, den Kunden im Hinblick auf eine Verzichtserklärung unaufgefordert über den Umstand der zufließenden Retrozessionen zu informieren, der für diesen angesichts der damit verbundenen Gefahr von Interessenkonflikten zweifellos von Bedeutung ist, folgt bei der Ausführung des Auftrags aus der Treuepflicht des Beauftragten, ergibt sich jedoch bereits vor Abschluss des Vertrags aus dessen vorvertraglicher Aufklärungspflicht. Inwieweit eine aktive Aufklärung erforderlich ist, damit die Kenntnis des Auftraggebers hinsichtlich der Retrozessionen für einen Verzicht ausreicht, ist im Einzelfall unter Mitberücksichtigung der Geschäftserfahrung des Auftraggebers zu bestimmen. Während ein gänzlich unerfahrener und unwissender Kunde vom Vermögensverwalter über sämtliche erwähnten Punkte aufzuklären und auf die entsprechenden Zusammenhänge im Einzelnen

aufmerksam zu machen ist, aus denen sich angesichts des Empfangs von Leistungen Dritter Interessenkonflikte ergeben können, reicht beim erfahrenen und in finanziellen Angelegenheiten sachkundigen Vermögensträger ein Hinweis auf die technischen Eckwerte der bestehenden Retrozessionsvereinbarungen mit Dritten sowie auf das zu erwartende Transaktionsvolumen bzw. die Angabe der zu erwartenden Rückvergütungen als Prozentbandbreite des verwalteten Vermögens aus. Die Aufklärung muss dabei weder im einen noch im anderen Fall in einer besonderen Form erfolgen (BGE 137 III 393 E. 2.5).

4.1.4.3. Vorbemerkungen

4.1.4.3.1. Die Beklagte beruft sich darauf, sie habe ihre Kontoeröffnungsunterlagen bei ihrer Gründung im August 2010 erstellt. Die Unterlagen seien im Rahmen des Bewilligungsverfahrens durch die FINMA geprüft worden. Sie hätten sich auf dem neustens Stand der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu den Anforderungen an Verzichtsklauseln für Retrozessionen befunden und den regulatorischen Vorgaben gemäss dem Rundschreiben "Eckwerte zur Vermögensverwaltung" der FINMA vom Jahr 2009 entsprochen (act. 13 Rz 37 ff.; act. 14/3). Ferner habe sie ihre AGB in guten Treuen laufend an die Rechtsentwicklung angepasst. Ihr nun eine im Nachhinein verschärfte Praxis zur Auslegung von Art. 400 Abs. 1 OR entgegen zu halten, widerspreche den Grundsätzen der Nichtrückwirkung sowie von Treu und Glauben (act. 28 Rz 61).

4.1.4.3.2. Aufsichts- und privatrechtliche Normen stehen grundsätzlich selbständig nebeneinander (vgl. hierzu Thomas Jutzi, Ksenia Wess, Die (neuen) Pflichten im Execution-only-Geschäft: Zusammenspiel von FIDLEG und OR, SZW 2019, S. 590; Thomas Jutzi/Fabian Eisenberger, Das Verhältnis von Aufsichts- und Privatrecht im Finanzmarktrecht, AJP 2019, S. 6 und S. 15). Es ist daher unerheblich, ob die Verzichtsklausel in den AGB 2011 und im Formular Nr. 10 den regulatorischen Vorgaben der FINMA entsprach.

4.1.4.3.3. Gerichte dürfen eine bisher geübte Praxis ändern. Eine Änderung der Rechtsprechung kann insbesondere dann gerechtfertigt sein und verstößt nicht gegen die Rechtssicherheit, das Recht auf Schutz von Treu und Glauben und das

Willkürverbot, wenn sich herausstellt, dass sich die Umstände oder Rechtsauffassungen geändert haben oder dass eine andere Praxis dem Willen des Gesetzgebers besser Rechnung tragen würde. Die Gründe für die Änderung müssen objektiv und umso gewichtiger sein, je älter die Rechtsprechung ist, denn die Rechtssicherheit soll nicht grundlos beeinträchtigt werden (BGE 138 III 270 E. 2.2.2 = Pra 101 [2012] Nr. 125). Grundsätzlich muss die neue Rechtsprechung sofort und auf die im Zeitpunkt ihres Erlasses anhängigen Verfahren Anwendung finden (BGE 135 II 78 E. 3.2 = Pra 98 [2009] Nr. 86).

Die Beklagte legt nicht dar und es ist auch nicht ersichtlich, wieso das Bundesgericht seine Praxis in BGE 137 III 393 nicht hätte verschärfen dürfen. Das Bundesgericht hat sich in dieser Entscheidung eingehend mit der bisherigen Rechtsprechung und der einschlägigen Literatur auseinandergesetzt und seine in BGE 132 III 460 publizierte Praxis zur Herausgabe von Retrozessionen, namentlich zu den Anforderungen an einen rechtswirksamen Vorausverzicht, konkretisiert. Es ist weder eine Verletzung von Treu und Glauben noch des Grundsatzes der Nichtrückwirkung ersichtlich.

4.1.4.4. Verzichtswille

Aus Ziff. 3 Abs. 2 der AGB 2011 sowie Ziff. 4 des Formulars Nr. 10 ergibt sich ein eindeutiger Anspruchsverzicht (vgl. act. 3/4 S. 25 und 40; "[...] The Client explicitly renounces his/her/their rights to, refunding and the rendering of an account as per Article 400, paragraph 1 of the Swiss Code of Obligations. [...]").

4.1.4.5. Voraussetzungen der Wirksamkeit

4.1.4.5.1. Parteibehauptungen

Die Klägerin macht geltend, der Verzicht sei nicht rechtsgültig, da es die Beklagte unterlassen habe, die Eckwerte der Retrozessionsvereinbarungen mit Dritten bekanntzugeben. Die Angabe von einer Prozentbandbreite für mannigfaltig vorhandene Finanzprodukte sei für einen rechtsgültigen Verzicht ungenügend. Zudem sei die genannte Prozentbandbreite von 0 % bis 5 % zu ausgedehnt und es werde

darauf hingewiesen, dass es sich um Durchschnittswerte handle (act. 1 Rz 37 f. und 40; act. 24 Rz 68).

Gemäss der Beklagten ist die Klausel rechtsgenügend. Die Angabe der Prozentbandbreite sei ausreichend eng und eine produktspezifische Aufteilung sei nicht nötig (act. 13 Rz 152 und 154).

4.1.4.5.2. Würdigung

Die (*technischen*) *Eckwerte* der bestehenden Retrozessionsvereinbarungen umfassen die Berechnungsparameter. Als solche können sowohl der Bestand der jeweiligen Produkte beim individuellen Kunden als auch deren Gesamtbestand beim Auftragnehmer dienen. Durch die Kenntnis der Eckwerte soll der Auftraggeber wissen, welche Verwaltungshandlungen und in welchem Ausmass diese von Abreden mit Dritten beeinflusst sein können. Dadurch kann er die mit dem Entschädigungsmodell verbundenen Interessenkonflikte erkennen und verstehen (vgl. HGer ZH, HG210223 vom 21.06.2023 E. 7.1.4.1. m.H.).

Die Verzichtsklausel hält fest, dass die Bank Zahlungen und andere Leistungen in Form von Kommissionen, Vermittlungsgebühren, Retrozessionen, Rabatten und anderen geldwerten Vorteilen jeglicher Art (gesamthaft als "Retrozessionen" bezeichnet) von Dritten (verbundenen Unternehmen der Bank oder unabhängigen Dritten) erhalten könne bzw. erhält. Die Zahlung erhält die Bank für die Erbringung ihrer Dienstleistungen für den Kunden. Die Leistungen werden beispielhaft aufgezählt. Die Klausel hält weiter fest, dass die Höhe der Retrozessionen in der Regel von der Art der für den Kunden getätigten Geschäfte und Anlagen sowie von der Häufigkeit der Wiederanlage der Vermögenswerte abhänge. Weiter wird ausgeführt, dass die Retrozessionen, welche die Bank erhalte, zwischen 0 % bis 5 % des verwalteten Vermögens, das im Durchschnitt pro Jahr berechnet werde, betragen könnten (act. 3/4 S. 24 Ziff. 3 Abs. 1 und 2 und S. 40 Ziff. 4 Abs. 3 und 4: "Retrocessions received by the Bank may amount to between 0% and 5% of assets under management charged on average per annum.").

Die *Höhe* der erwarteten Rückvergütungen in einer Prozentbandbreite des verwalteten Vermögens hängt von der Häufigkeit der Transaktionen ab (BGE 137 III 393 E. 2.4, E. 2.6). Bei einem Vorausverzicht ist es nicht möglich, exakte Werte anzugeben (BGer 4A_355/2019 v. 13.05.2020 E. 3.1). Die Angabe einer Prozentbandbreite vermittelt dem Auftraggeber Kenntnis der Grössenordnung der zu erwartenden Rückvergütungen (BGE 137 III 393 E. 2.4). Sie ermöglicht es dem Auftraggeber, Kenntnis der Grössenordnung der zu erwartenden Rückvergütungen zu erhalten, die Gesamtkosten zu überblicken und einen aufgrund der konkreten Anreizstrukturen vorhandenen Interessenkonflikt zu erkennen (vgl. BGE 138 III 755 E. 6.3; BGer 4A_355/2019 vom 13.05.2020 E. 3.1). Bei transaktionsabhängigen Rückvergütungen ergibt sich ein Interessenkonflikt "aus dem damit verbundenen Anreiz des Vermögensverwalters, durch (zu) häufige Transaktionen (sog. Churning) ein Zusatzeinkommen zu erzielen" (BGE 137 III 393 E. 2.3; BGE 132 III 460 E. 4.2). Nach Sinn und Zweck der Anforderungen an einen gültigen Verzicht auf Retrozessionen muss der Auftraggeber "den Umfang der zu erwartenden Retrozessionen erfassen und dem vereinbarten Honorar gegenüberstellen" können (BGE 137 III 393 E. 2.4). Damit die Grössenordnung der zu erwartenden Retrozessionen anhand einer Prozentbandbreite bestimmbar ist, bedarf es eines dem Kunden bekannten Basiswerts (vgl. BGE 138 III 755 E. 6.3). Beim Vermögensverwaltungsvertrag ist dies die Höhe des verwalteten Vermögens (BGE 138 III 755 E. 6.3). Beim Anlageberatungsvertrag oder reinen Konto-/Depotbeziehungen bilden der dem Kunden regelmässig bekannte Wert der Anlagen sowie die Emissions- oder Rückkaufpreise geeignete Berechnungsgrundlagen (vgl. zum Ganzen HGer ZH, HG210223 vom 21.06.2023 E. 7.1.4.2. m.H.).

Vorliegend wird nur eine numerische Prozentbandbreite von 0 % bis 5 % für den Sammelbegriff Retrozessionen und alle Anlagekategorien (Fonds, strukturierte Produkte, Börsengeschäfte) angegeben. Für die Kundin ist nicht erkennbar, für welche Anlageprodukte der Bank wieviel Prozent bezahlt werden. Damit erlauben es die in der Klausel enthaltenen Angaben es der Kundin nicht, die Grössenordnung der Vergütung, welche die Bank für die von ihr effektiv getätigten Anlagegeschäfte erhält, mit hinreichender Gewissheit zu berechnen. Ohne die Aufteilung der Geschäfte in verschiedene Anlagekategorien und lediglich unter Angabe einer

Bandbreite von mehreren Prozenten für sämtliche Anlagekategorien kann die Kundin namentlich nicht abschätzen, ob die Bank sich in einem Interessenkonflikt befindet. Auch die Möglichkeit einer hinreichenden Abschätzung der Gesamtkosten der Transaktion scheint kaum mehr gegeben. Daran würde sich auch nichts ändern, wenn es sich bei der Zedentin um eine in der Fällung von Anlageentscheiden sehr erfahrene Kundin handeln würde.

4.1.5. Zwischenfazit

Da die Verzichtsklausel keine hinreichenden Angaben zur Berechnung der Höhe der Retrozessionen enthält, ist der darin enthaltene Verzicht unwirksam. Entsprechend erübrigt sich eine Inhaltskontrolle nach Art. 8 UWG.

4.1.6. Einbeziehung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen 2014

Im Jahre 2014 hat die Beklagte ihre AGB geändert. Unbestrittenermassen hat die Beklagte der Zedentin mit Bezug auf das Konto C._____ keine neuen AGB zukommen lassen (act. 24 Rz 121; act. 28 Rz 102 und 105). Das Konto C._____ wurde per Ende September 2014 geschlossen (act. 13 Rz 142; act. 24 Rz 12; vgl. auch act. 3/27). Demnach galt immer die Verzichtsklausel gemäss den AGB 2011 sowie dem Formular Nr. 10 des Kontoeröffnungsdossiers.

4.1.7. Zwischenfazit

Der auf Ziff. 3 der AGB 2011 und Ziff. 4 des Formulars Nr. 10 des Kontoeröffnungsdossiers gestützte Verzicht auf die Retrozessionen ist nicht wirksam. Die Klägerin hat deshalb mit Bezug auf das Konto C._____ Anspruch auf die Herausgabe von CHF 19'943.00, ist doch die Höhe der von der Beklagten diesbezüglich vereinnahmten Retrozessionen unbestritten.

4.2. Retrozessionen Konto D._____

4.2.1. Sachverhalt/Vorbemerkungen

Die Beklagte stützt einen rechtswirksamen Verzicht der J._____ S.L. auf die Retrozessionen der Jahre 2014 bis 2016 des Kontos D._____ ebenfalls auf die Ver-

zichtsklausel in den AGB 2011 und im Formular Nr. 10 der Kontoeröffnungsunterlagen. Weiter macht sie geltend, sie habe ihre AGB im Jahr 2014 geändert, namentlich auch die Verzichtsklausel. Die Zedentin habe diese neuen AGB für das Konto D._____ akzeptiert und der darin enthaltene Verzicht auf die Retrozessionen sei genügend (act. 13 Rz 65 f., 68 ff., 94 ff., 100 ff.). Die Klägerin bestreitet die gültige Übernahme der AGB 2014 durch die Zedentin. Sodann sei auch der darin enthaltene Verzicht nicht rechtsgenügend (act. 24 Rz 57 f., 61, 87 ff., 98 ff.).

Da sowohl die Kontoeröffnungsunterlagen als auch der Eröffnungs- und Transfervorgang für beide Konti identisch waren, kann betreffend die Übernahme der AGB 2011 und des Formulars Nr. 10 sowie der Frage der Wirksamkeit der in diesen Dokumenten enthaltenen Verzichtsklausel vollumfänglich auf die Ausführungen zum Konto C._____ verwiesen werden. Zu prüfen bleibt, ob mit Bezug auf das Konto D._____ zwischen der Zedentin und der Beklagten die AGB 2014 gültig vereinbart wurden und die darin enthaltene Verzichtsklausel rechtswirksam ist.

4.2.2. Übernahme AGB 2014

4.2.2.1. Parteistandpunkte/Sachverhalt

Die Beklagte macht geltend, die AGB 2014 seien nur marginal angepasst worden, weshalb ein Widerruf der bisherigen AGB nicht nötig gewesen sei. Die Zedentin sei auf die gemäss Ziff. 1.22 der AGB 2011 für eine Änderung vorgesehenen Arten informiert worden. Sie habe den Änderungen stillschweigend zugestimmt. Sodann habe die Zedentin den Erhalt der AGB 2014 unterschriftlich bestätigt (act. 13 Rz 70, 95 und 141).

Die Klägerin behauptet, die Zedentin habe den Änderungen nie rechtswirksam zugestimmt. Sie bestreitet, dass diese die Version 2014 zugestellt erhalten habe (act. 1 Rz 29; act. 24 Rz 57). Ferner habe die Beklagte die Zedentin nicht über die für sie ungünstige und ungewöhnliche Änderung der AGB aufgeklärt. Angesichts der unterlassenen Aufklärung habe die Beklagte nach Treu und Glauben nicht davon ausgehen können, dass die Zedentin stillschweigend dem Verzicht auf Retrozessionen zustimme (act. 1 Rz 60). Gemäss der Klägerin ist die neue Version

der AGB keine Anpassung der bestehenden AGB 2011. Vielmehr handle es sich dabei um neue Verträge zwischen dem Bankkunden und der Beklagten. Hierfür hätten gestützt auf Ziff. 5 der AGB 2011 die geltenden AGB mit eingeschriebenem Brief widerrufen werden müssen (act. 1 Rz 29).

4.2.2.2. Rechtliches

Die Einbeziehung neu gefasster Allgemeiner Geschäftsbedingungen muss den Anforderungen an die allgemeinen Einbeziehungsvoraussetzungen genügen. Überholt ist die Ansicht, wonach einseitige Änderungen gestützt auf eine Änderungsklausel ohne weiteres Geltung erhalten können (vgl. HGer ZH, HG210233 Urteil vom 21.06.2023, E. 7.1.1.2.; BGE 135 III 1 E. 2.5; Perrig in: Kramer/Probst/Perrig, a.a.O., N 122 f.). Gemäss Art. 6 OR ist jedoch eine stillschweigende Annahme möglich, wenn wegen der besonderen Natur des Geschäftes oder nach den Umständen eine ausdrückliche Annahme nicht zu erwarten ist. Dies ist der Fall, wenn eine rechtsgültig vereinbarte Genehmigungsklausel vorliegt.

4.2.2.3. Genehmigungsklausel

4.2.2.3.1. Ziff. 1.22 der AGB 2011 lautet wie folgt (act. 3/5 Formular Nr. 6 "General terms of conditions of business"):

"1.22 Amendments to the general business conditions

The Bank reserves the right to make amendments to the general business conditions or other terms of business at any time. These shall be notified to the Client by circular letter or in another suitable form and shall be deemed to have been approved unless the Bank receives a written objection within one month of the date of notification."

Ziff. 5 der AGB hat folgenden Inhalt:

"5. Duration of the Agreement

These general business conditions and all other agreements and contracts between the Client and the Bank shall be valid for an undetermined period of time (unless otherwise specified) and, in any case, until revoked by either party in writing and delivered by registered post or an equivalent means. They shall not lapse through loss of legal capacity, death, legally presumed death, receivership, insolvency, bankruptcy or incapacity to act of the Client."

Die Zedentin hat die AGB 2011 der Beklagten übernommen. Entgegen der Ansicht der Klägerin wurden somit mit den AGB 2014 nicht erstmals AGB zwischen

den Parteien vereinbart. Vielmehr wurden die geltenden Bestimmungen der AGB 2011 teilweise abgeändert (act. 13 Rz 65 und 95, vgl. act. 3/5 und 3/6). Solche Änderungen sind unter Ziff. 1.22 der AGB 2011 und nicht Ziff. 5 zu subsumieren.

4.2.2.3.2. Die Klägerin macht nicht geltend, die in Ziff. 1.22 der AGB 2011 enthaltene Genehmigungsklausel sei für die Zedentin ungewöhnlich gewesen. Hiervon ist bei der Geschäftserfahrenheit der J._____ S.L. in Finanzangelegenheiten auch nicht auszugehen. Sodann enthält die Klausel ein Widerspruchsrecht unabhängig vom Änderungsgrund der Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Sie ist damit auch nicht objektiv ungewöhnlich (BGE 135 III 1 E. 2.6 und 3.3). Es kann daher auch an dieser Stelle offenbleiben, ob die AGB 2011 überhaupt global übernommen wurden.

4.2.2.3.3. Am 1. Juli 2012 trat die Änderung von Art. 8 UWG in Kraft (AS 2011 4909). Auf die Übernahme der AGB 2011 ist noch die ursprüngliche Fassung vom 19. Dezember 1986 anwendbar (AS 1988 223; nachfolgend Art. 8 aUWG):

Art. 8 Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen

Unlauter handelt insbesondere, wer vorformulierte allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, die in irreführender Weise zum Nachteil einer Vertragspartei:

- a. von der unmittelbar oder sinngemäss anwendbaren gesetzlichen Ordnung erheblich abweichen oder
- b. eine der Vertragsnatur erheblich widersprechende Verteilung von Rechten und Pflichten vorsehen

Ziff. 1.22 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen sieht eine Abweichung von der gesetzlichen Regel in Art. 6 OR vor, wonach Stillschweigen grundsätzlich nicht als Zustimmung gilt. Es ist eine erhebliche Abweichung von der gesetzlichen Ordnung i.S.v. Art. 8 lit. a aUWG zu prüfen (BGE 117 II 332 E. 5b = Pra 82 [1993] Nr. 70). Ein Verstoss gegen Art. 8 aUWG setzt eine Irreführung voraus (BGE 117 II 332 E. 5a; BGer 5C.237/2000 vom 15.02.2001 E. 2c). Eine solche kann in der Formulierung, der Stellung im Text oder in ihrer grafischen Gestaltung liegen (BGer B 22/00 vom 27.03.2001 E. 6; 4P.52/2000 vom 29.06.2000 E. 3b/bb). Die in Ziff. 1.22 enthaltene Genehmigungsfiktion trägt den Titel "Amendments to the general business conditions". Die Klausel ist fett gedruckt und von den weiteren

Bestimmungen abgegrenzt (act. 3/5 Formular Nr. 6). Eine Irreführung ist nicht ersichtlich und wird von der Klägerin auch nicht dargelegt.

4.2.2.3.4. Die Beklagte und die Zedentin haben in Ziffer 1.22 der AGB wirksam eine Genehmigungsfiktion vereinbart. Es liegen besondere Umstände nach Art. 6 OR vor, welche bei Stillschweigen auf eine Zustimmung schliessen lassen. Die Genehmigungsklausel kommt auch in Bezug auf die Abänderung der im Formular Nr. 10 enthaltenen Verzichtsklausel zur Anwendung (vgl. act. 3/5 Formular Nr. 10 Ziff. 9 "Reference to the General terms and conditions of business"). Da das Formular prozesskonform in das Verfahren eingebracht wurde, ist das Gericht berechtigt, das gesamte Formular zu würdigen, auch wenn sich die Parteien lediglich auf einzelne Bestimmungen davon beziehen (BGer 4A_455/2021 vom 26.01.2022 E. 5.3.2).

4.2.2.4. Zukommen der AGB 2014

4.2.2.4.1. Die Beklagte macht geltend, die Zedentin sei mit E-Mail und mit Schreiben vom 14. November 2014 auf die angepassten AGB und Gebührenordnungen ("fee schedules") aufmerksam gemacht und mit den entsprechenden Unterlagen bedient worden. Die Zedentin habe den Erhalt der Unterlagen schriftlich bestätigt (act. 13 Rz 69). Ausserdem habe sie, die Beklagte, auf ihrer Website auf die angepassten AGB aufmerksam gemacht, und die entsprechenden Unterlagen seien den Bankkunden in ihrem E-Banking-Konto zur Verfügung gestellt worden (act. 13 Rz 70).

Gemäss der Klägerin hätten die AGB per Einschreiben zugestellt und die AGB 2011 widerrufen werden müssen, was vorliegend nicht erfolgt sei. Unbekannt sei, wie die AGB 2014 versendet worden seien (act. 24 Rz 61).

4.2.2.4.2. Vorliegend gelangt nicht Ziff. 5 der AGB 2011 zur Anwendung. Die AGB mussten daher auch nicht per Einschreiben oder auf gleichwertigem Wege ("[...] in writing and delivered by registered post or an equivalent means.") zugestellt werden. Daran ändert, entgegen der Ansicht der Klägerin, nichts, dass die Zedentin in den Kontoeröffnungsunterlagen angegeben hat, dass sie eine Zustellung der

Korrespondenz an die Postadresse ("mailing adress"; act. 3/5 Formular Nr. 1) wünsche und nicht "Hold Mail with E-banking" (act. 24 Rz 47, 61 und 73); von einer Zusendung per Einschreiben ist dabei keine Rede.

Gemäss Ziff. 1.22 hat die Bekanntgabe der Änderung mittels Rundschreiben ("circular letter") oder in anderer geeigneter Form ("in another suitable form") zu erfolgen (act. 3/5 S. 22).

4.2.2.4.3. Unter dem 23. November 2015 hat die Zedentin bestätigt, dass sie mitunter die "General terms and conditions of business and fee schedule" erhalten hat (act. 3/38). Die Eingangsbestätigung der Beklagten für das Konto D._____ datiert vom 14. November 2014. Es bestehen keine Zweifel daran, dass damit die Zedentin den Erhalt der geänderten AGB Fassung 2014 bescheinigt hat (vgl. act. 24 Rz 89). Die Beklagte bezeichnete denn zuvor ihre AGB auch als "General terms and conditions of business" (vgl. act. 3/5 Nr. 6). Auf ein früheres Zustellungsdatum als den 23. November 2015 kann gestützt auf die pauschalen Behauptungen der Beklagten, sie habe auf ihrer Website auf die angepassten AGB aufmerksam gemacht und den Bankkunden die Unterlagen via E-Banking-Konto zur Verfügung gestellt (act. 13 Rz 70), nicht geschlossen werden.

4.2.2.5. Zwischenfazit

Die Zedentin hat die geänderten AGB am 23. November 2015 erhalten. Es behauptet keine Partei, die J._____ S.L. habe diesen, namentlich mit Bezug auf die geänderte Verzichtsklausel, innerhalb eines Monats widersprochen. Damit hat die Zedentin den geänderten AGB-Klauseln gestützt auf die Genehmigungsklausel rechtswirksam zugestimmt. Die Verzichtsklausel in den AGB 2014 wurde zwischen den Parteien vereinbart. Da bereits in den AGB 2011 sowie im Formular Nr. 10 eine Verzichtsklausel enthalten war, bedurfte es - entgegen der Ansicht der Klägerin - auch keiner ausdrücklichen Aufklärung der Zedentin über den in den AGB 2014 enthaltenen Verzicht (act. 1 Rz 36 und 61; act. 24 Rz 91 f., 123 und 137). Sodann sind weder der umfassende Vorausverzicht noch der nachträgliche Verzicht (vgl. nachfolgend E. II.A.4.2.3.2.3.) subjektiv ungewöhnlich (vgl. vorne E.II.A.4.1.2.4.2).

4.2.3. Verzichtserklärung

Die Beklagte macht auch mit Bezug auf die Verzichtsklausel in den AGB 2014 geltend, dass die Zedentin damit rechtsgültig auf die Retrozessionen verzichtet habe; dies auch rückwirkend (act. 13 Rz 104 f. und 150). Die Klägerin bestreitet dies (act. 1 Rz 36; act. 24 Rz 98 ff.).

4.2.3.1. Verzichtswille

Aus Ziff. 3.3. der AGB 2014 ergibt sich ein eindeutiger Anspruchsverzicht für vergangene und zukünftig anfallende Retrozessionen ("Trailer Fees"; act. 3/6 "[...] The Client hereby agrees to the Bank keeping such future and past Trailer Fees as an additional remuneration for its services rendered. The Client expressly waives his/her/their rights to the Trailer Fees, in particular the rights to refunding and the rendering of an account as per Article 400, paragraph 1 of the Swiss Code of Obligations.>").

4.2.3.2. Nachträglicher Verzicht

4.2.3.2.1. Parteibehauptungen/Sachverhalt

Gemäss der Beklagten ist ein rückwirkender Verzicht ohne weiteres zulässig; zumal im Zeitpunkt des Verzichts über den Umfang der von der Bank vereinnahmten Entschädigungen Klarheit bestehe. Sie sei stets bereit gewesen, der Kundin die erforderlichen Informationen und Auskünfte zu erteilen. Es könne nicht ihr angelastet werden, dass die Zedentin nie - auch nicht vor der Zustimmung zum Verzicht - Informationen verlangt habe (act. 13 Rz 92, 106 und 166).

Die Klägerin beruft sich darauf, mit der in den AGB 2014 gewählten Formulierung könne keine Rückwirkung der Verzichtsklausel herbeigeführt werden. Die AGB seien restriktiv und im Zweifel zu Lasten des Verfassers auszulegen. Aus Ziff. 3 würden sich keine Anhaltspunkte für eine Rückwirkung ergeben (act. 1 Rz 61). Die Beklagte habe denn während der Geschäftsbeziehung auch nicht rückwirkend Retrozessionen offengelegt, obwohl dies möglich und einfach gewesen wäre (act. 24 Rz 139).

4.2.3.2.2. Auslegung AGB

4.2.3.2.2.1. Allgemeine Geschäftsbedingungen sind grundsätzlich nach denselben Prinzipien auszulegen wie andere vertragliche Bestimmungen. Entscheidend ist in erster Linie der übereinstimmende wirkliche Wille der Vertragsparteien und in zweiter Linie, falls ein solcher nicht festgestellt werden kann, die Auslegung der Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips. Kann der tatsächliche Wille der erklärenden Partei nicht festgestellt werden, so ist ihre Erklärung nach dem Vertrauensprinzip auszulegen. Die Partei hat danach ihre Erklärung so gelten zu lassen, wie sie von der Adressatin nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen nach Treu und Glauben verstanden werden durfte und musste (vgl. zum Ganzen BGE 148 III 57 E. 2.2.1 und 143 III 157 E. 1.2.2, je m.H.).

4.2.3.2.2.2. Ein tatsächlicher übereinstimmender dahingehender Parteiwille, dass der Verzicht nicht auch die bereits vereinnahmten Retrozessionen erfassen soll, wird nicht behauptet. Die Auslegung hat demnach nach dem Vertrauensprinzip zu erfolgen. Die Klausel hält klar und deutlich fest, dass der Kunde auch auf die bereits vereinnahmten Retrozessionen verzichtet (act. 3/6 Ziff. 3.3. "[...] future and past Trailer Fees [...]"). Es werden keine weiteren Umstände geltend gemacht und auch keine entsprechenden Beweismittel bezeichnet (vgl. act 1 Rz 61), welche nach Treu und Glauben ein anderes Verständnis zulassen würden. Die Klausel beinhaltet einen rückwirkenden bzw. nachträglichen Verzicht.

4.2.3.2.3. Rechtliches/Würdigung

Ein nachträglicher Verzicht auf die Herausgabe von bereits erlangter Vorteile ist zulässig (BGE 137 III 393 E. 2.2). Dabei ist für die Wirksamkeit des Verzichts eine genaue Bezifferung der Summe, auf welche verzichtet wird, nicht erforderlich. Denn häufig werden Erlass in die Form eines negativen Schuldbekenntnisses, worunter man die Erklärung einer Person, gegenüber dem Erklärungsempfänger keinerlei Ansprüche – mehr – zu haben (BGE 127 III 444 E. 1a = Pra 91 [2002] Nr. 22), versteht, gekleidet. Ein solcher Verzicht erfasst nach konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung zwar nur Ansprüche, mit denen der Gläubiger unter

den gegebenen Umständen rechnen konnte (BGE 100 II 42 = Pra 1974 Nr. 200), verlangt jedoch keine genaue Bezifferung. Es sind keine Gründe ersichtlich, weshalb vorliegend anders zu verfahren wäre, zumal es der Zedentin frei stand, die notwendigen Informationen über den effektiven Stand der bis anhin für das Konto D._____ von der Beklagten vereinnahmten Retrozessionen einzuholen und bis zum Erhalt der entsprechenden Auskünfte die geänderte Verzichtsklausel nicht zu akzeptieren.

4.2.3.2.4. Zwischenfazit

Die Verzichtsklausel der AGB 2014 enthält einen rechtswirksamen nachträglichen Verzicht.

4.2.3.3. Vorausverzicht

4.2.3.3.1. Parteibehauptungen

Die Klägerin beruft sich auch bezüglich der Klausel in den AGB 2014 darauf, dass der Verzicht nicht rechtswirksam sei, da es die Beklagte unterlassen habe, die Eckwerte der Retrozessionsvereinbarungen mit Dritten bekanntzugeben. Ohne die Bekanntgabe dieser Grössenordnung sei es der Zedentin nicht möglich gewesen, die Gesamtkosten der Verwaltung ihres Vermögens zu berechnen (act. 1 Rz 39; act. 24 Rz 68 und 102).

Gemäss der Beklagten enthielt die Verzichtsklausel die vom Bundesgericht geforderten produktspezifischen Prozentbandbreiten. Die Berechnung der Retrozessionen sei der Kundin möglich gewesen. Sie habe die Prozentbandbreiten der jeweiligen Produktgruppe, die Höhe der beabsichtigten Investition sowie den Adressaten der Zahlung gekannt (act. 13 Rz 104 und 150).

4.2.3.3.2. Würdigung

In Ziff. 3.1. der AGB 2014 wird festgehalten, dass der Kunde darüber informiert sei und akzeptiere, dass die Bank für Zahlungen und andere Leistungen in Form von "commissions, trailers, retrocession, reductions and other monetary benefits of all kinds (hereinafter referred to as "Trailer Fees")" von Dritten erhalten könne.

Die Trailer Fees erhalte sie, die Bank, für die Erbringung ihrer Dienstleistungen für den Kunden. Die Leistungen werden beispielhaft aufgezählt. Weiter führt die Ziffer an, dass die Trailer Fees einen integralen Bestandteil der Vergütung der Bank bilden würden und die Höhe von der Art der für den Kunden getätigten Transaktionen und Anlagen sowie von der Häufigkeit der Wiederanlage des Kundenvermögens abhängig sei. In Ziff. 3 Abs. 2 wird darauf hingewiesen, dass die Trailer Fees zu Interessenkonflikten führen könnten. Die Bank weist auf das Ergreifen von organisatorischen Massnahmen hin und darauf, dass sie "In addition and to enable its clients to make an informed investment decision" im Abschnitt 3.4. die anwendbaren Bandbreiten der Trailer Fees offenlege. Ziff. 3 Abs. 4 lautet wie folgt:

3.4. The Trailer Fees periodically received by the Bank ranges between the following percentages p.a. of the relevant investments held by the Client, as shown in the table below.

Financial product / financial service	Range of recurring fees (expressed as percentage (p.a.) of the relevant investments held by the Client)
Money market funds	0 - 0.50 %
Bond investment funds	0 - 0.50 %
Equity investment funds	0 - 0.50 %
Alternative investment funds	0 -0.75 %
Structured products	Not applicable
Stock exchange transactions	Not applicable"

Die Verzichtsklausel enthält einen für die Kundin erkennbaren Berechnungsparameter (die vom Kunden gehaltene Anlage). Die Leistungen, für welche die Bank allenfalls Retrozessionen erhält, werden (zumindest beispielhaft) aufgezählt. Sodann führt die Klausel an, in welcher Prozentbandbreite der jeweiligen von der Kundin gehaltenen Anlagenkategorien sich die vereinnahmten Trailer Fees bewegen. Damit sind die (technischen) Eckwerte der bestehenden Retrozessionsvereinbarungen mit Dritten hinreichend bekanntgegeben.

Wie bereits dargelegt (vgl. vorne E. II.A.4.1.4.5.2.), bedarf es, damit die Grössenordnung der zu erwartenden Retrozessionen anhand einer Prozentbandbreite bestimmbar ist, eines dem Kunden bekannten Basiswertes. Beim Anlageberatungsvertrag oder reinen Konto-/Depotbeziehungen bildet der Wert der Anlagen des jeweiligen Kunden, auf welchen die Verzichtsklausel verweist, einen geeigneten Basiswert. Die Aufteilung in die verschiedenen Anlagenkategorien und die Anga-

be von Prozentbandbreiten von zwischen 0 - 0.75 % für die einzelnen Kategorien, erlaubt es der Kundin, die Grössenordnung der von der Bank für eine vom ihm angeordnete Transaktion ziemlich exakt zu berechnen. Sie kann allenfalls bestehende Interessenkonflikte erkennen.

4.2.3.3.3. Zwischenfazit

Die Beklagte hat der in finanziellen Angelegenheiten sachkundigen Zedentin hinreichende Angaben zu den Eckwerten und zur Berechnung der Höhe der Retrozessionen geliefert. Der Vorausverzicht ist wirksam.

4.2.4. Inhaltskontrolle

Am 1. Juli 2012 trat die Änderung von Art. 8 UWG in Kraft (AS 2011 4909). Gemäss Art. 8 UWG handelt unlauter "insbesondere, wer allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, die in Treu und Glauben verletzender Weise zum Nachteil der Konsumentinnen und Konsumenten ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und den vertraglichen Pflichten vorsehen". Die überwiegende Lehre geht davon aus, dass Konsumenten und Konsumentinnen im Sinne von Art. 8 UWG nur natürliche Personen sein können (Probst, in: Kramer/Probst/Perrig, a.a.O., N 502 und 504; Heiss, in: Heizmann/Loacker, UWG Kommentar, Art. 8 N. 119; BSK UWG-Thouvenin, Art. 8 N 82).

Die Zedentin ist keine natürliche Person, weshalb Art. 8 UWG vorliegend nicht zur Anwendung gelangt.

4.2.5. Zwischenfazit

Die Verzichtsklausel in den AGB 2014 enthält sowohl einen rechtswirksamen nachträglichen Verzicht als auch einen Vorausverzicht, weshalb die Zedentin auf sämtliche von der Beklagten im Zusammenhang mit dem Konto D._____ vereinbarten Retrozessionen verzichtet hat. Entsprechend steht der Klägerin hinsichtlich des Kontos D._____ keine Forderung gegenüber der Beklagten zu.

5. Zwischenfazit

Aus dem Konto C._____ sind für das Jahr 2014 Retrozessionen von CHF 19'943.00 geschuldet. In diesem Umfang ist die Klage gutzuheissen. Für das Konto D._____ liegt ein rechtsgültiger Verzicht für sämtliche Jahre bzw. Retrozessionen vor. Entsprechend hat die Beklagte der Klägerin aus dieser Kontobeziehung keine Retrozessionen zurückzuerstatten. Im Umfang von CHF 12'547.00 ist die Klage abzuweisen.

6. Zinsen

6.1. Parteistandpunkte

Die Klägerin fordert für das Konto C._____ Zinsen von 5 % auf CHF 19'943.00 ab dem 30. Juni 2014 (act. 1 S. 2, Rechtsbegehren 1). Sie macht geltend, der Verzugszins von 5 % sei ab dem Zeitpunkt des Eingangs der jeweiligen Retrozessionen geschuldet. Aus den von der Beklagten erstellten Abrechnungen (Private Statements der Jahre 2014, 2015 und 2016) sei nicht ersichtlich, wann die Retrozessionen jeweils an die Beklagte ausbezahlt worden seien, weshalb sie Verzugszinsen jeweils ab der Jahresmitte, d.h. ab dem 30. Juni verlange (act. 1 Rz 41 und 71).

Gemäss der Beklagten ist die Annahme eines Zinsdatums jeweils per Mitte Jahr willkürlich und entbehrt jeder Grundlage (act. 13 Rz 107 und 170).

6.2. Rechtliches

Gemäss Art. 400 Abs. 2 OR sind Gelder, die der Herausgabepflicht unterliegen, zu verzinsen. Die Verzinsungspflicht tritt mit der Fälligkeit ein. Einer Mahnung bedarf es nicht. Der Zins beträgt 5 % (Art. 104 Abs. 1 OR; BSK OR-Oser/Weber, Art. 400 N. 16). Fällig wird der Herausgabeanspruch jeweils mit Erhalt des retrozedierten Betrags durch die Schuldnerin (BGE 143 III 348 E. 5.3.2 = Pra 107 [2018] Nr. 131; BGer 4A_601/2021 vom 08.09.2022 E. 8.1.3 und 8.1.4).

6.3. Würdigung

Es ist allein der Beklagten bekannt, wann im Jahr 2014 ihr welche Retrozessionen ausbezahlt wurden. Die Beklagte hat weder der Zedentin noch der Klägerin dazugehörige Auskünfte erteilt. Ihre pauschalen Ausführungen in der Klageantwort vermögen einer rechtsgenügenden Bestreitung nicht zu genügen (vgl. vorne E. I.5.2.). Vielmehr hätte es an der Beklagten gelegen, durch Offenlegung der entsprechenden Daten Klarheit zu schaffen; dies hat sie unterlassen. Entsprechend sind die Herausgabeansprüche antragsgemäss ab dem 30. Juni 2014 zu 5 % zu verzinsen.

7. Vorprozessuale Kosten

7.1. Parteistandpunkte

Die Klägerin verlangt den Ersatz von Betreuungskosten von CHF 103.30 sowie Postgebühren von CHF 20.90. Sie beruft sich unter anderem darauf, sie habe die Betreuung zur Verjährungsunterbrechung einleiten müssen, weil die Beklagte die Offenlegung der erhaltenen Retrozessionen sehr lange hinausgezögert habe (act. 1 S. 2, Rechtsbegehren 2, sowie Rz 42 und 78; act. 24 Rz 106).

Gemäss der Beklagten fehlt eine Rechtsgrundlage für die Rückerstattung der Betreuungskosten (inkl. Porto) (act. 13 Rz 108). Die Klägerin sei im Zeitpunkt der Betreuung im Juni 2019 nicht gezwungen gewesen, verjährungsunterbrechende Massnahmen zu ergreifen (act. 13 Rz 110).

7.2. Rechtliches

Gemäss Art. 103 Abs. 1 i.V.m. Art. 102 Abs. 1 OR hat der Schuldner Schadenersatz wegen verspäteter Erfüllung zu leisten, wenn er sich im Verzug befindet.

7.3. Würdigung

Die Klägerin legt nicht dar, inwiefern sich die Beklagte bereits im Zeitpunkt des Betreibungsbegehrens vom 26. Juni 2019 in Verzug befunden haben soll (act. 1 Rz 42 und 78; act. 24 Rz 106; act. 3/42). Insbesondere stellt das (ebenfalls) vom 26. Juni 2019 datierende Schreiben, mit welchem die Klägerin die Beklagte zur

Offenlegung der Retrozessionen aufforderte, keine Mahnung i.S.v. Art. 102 Abs. 1 OR dar (act. 1 Rz 21; act. 3/18). Eine Mahnung erfolgte erst durch die Zustellung des Zahlungsbefehls. Entsprechend besteht von vornherein kein Anspruch auf die geltend gemachten Betreuungskosten von CHF 103.30.

Betreffend die geforderten Porti von gesamthaft CHF 20.90 legt die Klägerin nicht dar, welche Kosten für den Versand von welchen Schreiben wann angefallen sind (act. 1 Rz 42 und 78; act. 24 Rz 106). Es mangelt daher, nachdem die Beklagte die Position bestritten hat (act. 13 Rz 159), schon an einer rechtsgenügenden Substanziierung, um beurteilen zu können, ob und allenfalls welche Porto gestützt auf Art. 103 Abs. 1 i.V.m. Art. 102 Abs. 1 OR erstattungsfähig wären. Die Klage ist auch in diesem Betrag abzuweisen.

8. Fazit

Die Beklagte ist zu verpflichten, der Klägerin für erhaltene Retrozessionen CHF 19'943.00 zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 30. Juni 2014 zu bezahlen. Im Mehrbetrag ist die Klage abzuweisen.

B. Widerklage

1. Parteistandpunkte/Sachverhalt

Die Beklagte verlangt, es sei widerklageweise festzustellen, dass sie der Klägerin "nichts schulde" (act. 13 S. 2, Rechtsbegehren 2). Die Klägerin beantragt die vollumfängliche Abweisung der Widerklage (act. 24 S. 2, Rechtsbegehren 3). Beide Parteien stützen ihre Standpunkte im Wesentlichen auf die im Rahmen der Hauptklage getätigten Ausführungen (act. 13 Rz 113; act. 24 Rz 143). Das Widerklagebegehren zielt damit dahin, dass festzustellen ist, dass die Beklagte der Klägerin aus dem Konto D._____ keine vereinnahmten Retrozessionen herauszugeben habe, da unbestritten ist, dass die Beklagte im Zusammenhang mit dem Konto C._____ keine weiteren Retrozessionen einvernahmt hat, als die im vorliegenden Verfahren eingeklagten CHF 19'943.00.

2. Würdigung

Wie dargelegt (vgl. vorne E. II.A.4.2.), liegt hinsichtlich des Kontos D._____ sowohl ein rechtswirksamer nachträglicher Verzicht als auch ein Vorausverzicht vor. Folglich kann festgestellt werden, dass die Beklagte der Klägerin aus diesem Konto keine vereinnahmten Retrozessionen herauszugeben hat. In diesem Umfang ist die Widerklage gutzuheissen.

C. _____ Gesamtfazit

Die Beklagte ist zu verpflichten, der Klägerin CHF 19'943.00 zuzüglich 5 % Zins seit dem 30. Juni 2014 zu bezahlen. Im Mehrbetrag ist die Klage abzuweisen.

Es ist festzustellen, dass die Klägerin gegenüber der Beklagten hinsichtlich des Kontos D._____ kein Anspruch auf Herausgabe von vereinnahmten Retrozessionen ("Retrocessions" [act. 3/37 Ziff. 3] bzw. "Trailer Fees" [act. 3/6 Ziff. 3.1.]) hat.

III. _____ Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Streitwert

Der Streitwert wird durch das Rechtsbegehren bestimmt; nicht berücksichtigt werden u.a. Zinsen und Kosten des laufenden Verfahrens (Art. 91 Abs. 1 ZPO). Zu letzteren gehören auch die Kosten einer in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Verfahren stehenden vorangegangenen Betreuung (BSK ZPO-Rüegg/Rüegg, Art. 91 N 5; Stein-Wigger, in: Sutter-Somm et al., ZPO Komm. Art. 91 N 33). Bei einer objektiven Klagenhäufung werden die geltend gemachten Ansprüche zusammengerechnet, sofern sie sich nicht gegenseitig ausschliessen (Art. 93 Abs. 1 ZPO). Unter derselben Voraussetzung werden zur Bestimmung der Prozesskosten auch die Streitwerte von Klage und Widerklage zusammengerechnet (Art. 94 Abs. 2 ZPO).

Die Klägerin leitete die Betreuung vom 26. Juni 2019 zur Unterbrechung der Verjährung ein. Sie zog die Betreuung am 27. August 2019 wieder zurück und beantragte deren Löschung (act. 1 Rz 69; act. 13/42; act. 3/43). Damit fehlt es an einem unmittelbaren Zusammenhang zum vorliegenden Verfahren. Die Klägerin hat

die Kosten denn auch als selbständige Schadensposition eingeklagt. Die Betreuungskosten im verlangten Umfang sowie die behaupteten Portokosten sind streitwertrelevant. Der Streitwert der Hauptklage beträgt CHF 32'614.20 (CHF 19'943.00 + CHF 12'547.00 + CHF 103.30 + CHF 20.90). Der Streitwert der Widerklage beläuft sich auf CHF 51'058.00 (CHF 83'845.00 - CHF 32'490.00). Es resultiert ein für die Bestimmung der Höhe der Prozesskosten relevanter Streitwert von CHF 83'672.20 (CHF 32'614.20 + CHF 51'058.00).

2. Verteilungsgrundsätze

Die Prozesskosten werden den Parteien nach Obsiegen und Unterliegen auferlegt (Art. 106 Abs. 1 und 2 ZPO). Steht einer Klage eine Widerklage gegenüber, obsiegt die klagende Partei, wenn die Klage geschützt und die Widerklage abgewiesen wird, die beklagte Partei beim umgekehrten Ergebnis. In den übrigen Fällen ist eine verhältnismässige Verteilung der Kosten nach Art. 106 Abs. 2 ZPO vorzunehmen.

Die Klägerin obsiegt in der Hauptklage mit CHF 19'943.00 (Konto C._____). Entsprechend ist von einem Obsiegen der Klägerin im Umfang von 25 % im Gesamtverhältnis von Haupt- und Widerklage (CHF 83'845.00) auszugehen. Die Beklagte obsiegt zu 75 %.

3. Gerichtskosten

In Anwendung von § 2 Abs. 1 lit. a, c und d sowie § 4 Abs. 1 und 2 GebV OG ist die Gerichtsgebühr auf (gerundet) CHF 12'000.00 festzusetzen. Die Kosten sind zu 75 % (CHF 9'000.00) der Klägerin und zu 25 % (CHF 3'000.00) der Beklagten aufzuerlegen. Sie sind aus den von den Parteien geleisteten Vorschüssen (Klägerin total CHF 8'200.00; Beklagte CHF 5'700.00) zu beziehen. Die Klägerin hat der Beklagten CHF 800.00 zu erstatten.

4. Parteientschädigung

Ausgangsgemäss hat die Klägerin der Beklagten eine auf die Hälfte reduzierte Parteientschädigung zu bezahlen. Die volle Parteientschädigung ist in Anwen-

dung von § 2 Abs. 1 lit. a, c, d und e, § 4 Abs. 1 und § 11 Abs. 1 und 3 AnwGebV auf (gerundet) CHF 14'000.00 festzusetzen. Entsprechend hat die Klägerin der Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 7'000.00 zu bezahlen.

Das Handelsgericht erkennt:

1. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin CHF 19'943.00 nebst Zins von 5 % seit dem 30. Juni 2014 zu bezahlen.

Im Mehrbetrag wird die Klage abgewiesen.

2. Es wird festgestellt, dass die Beklagte der Klägerin hinsichtlich der Kontobeziehung D._____ keine vereinnahmten Retrozessionen herauszugeben hat.
3. Die Gerichtsgebühr wird auf CHF 12'000.00 festgesetzt.
4. Die Kosten werden der Klägerin zu 75 % (CHF 9'000.00) und der Beklagten zu 25 % (CHF 3'000.00) auferlegt. Sie werden aus den von den Parteien geleisteten Vorschüssen bezogen. Die Klägerin hat der Beklagten CHF 800.00 zu erstatten.
5. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 7'000.00 zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
7. Eine bundesrechtliche **Beschwerde** gegen diesen Entscheid ist innerhalb von **30 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Der Streitwert beträgt CHF 83'672.20 (CHF 32'614.20 für Klage, CHF 51'058.00 für Widerklage).

Zürich, 23. Oktober 2023

Handelsgericht des Kantons Zürich

Vorsitzende:

Gerichtsschreiberin:

Dr. Claudia Bühler

Regula Blesi Keller