

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB090076-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter
lic. iur. P. Diggelmann und Ersatzrichter Dr. I. Jent-Sørensen
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. D. Tolic.

Urteil vom 13. Januar 2012

in Sachen

A. _____,

Kläger und Appellant

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

B. _____ **AG**,

Beklagte und Appellatin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil der 3. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich vom
26. August 2009; Proz. CG080108**

Rechtsbegehren:

"Es sei dem Kläger CHF 100'000.00 plus Zins zu 5% ab Fälligkeit der Teilforderungen zuzusprechen unter dem Vorbehalt der Nachklage; unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

(act. 2 S. 1)

**Urteil der 3. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich
vom 26. August 2009:**

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr (Pauschalgebühr) wird auf Fr. 11'500.-- festgesetzt.
3. Die Kosten werden dem Kläger auferlegt.
4. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten eine Prozessentschädigung von Fr. 14'500.-- zu bezahlen.
- 5./6. Mitteilung / Rechtsmittel.

(act. 51 S. 20)

Berufungsanträge:

Des Klägers und Appellanten (act. 58 S. 2):

1. Die Berufung sei gutzuheissen.
2. Es sei dem Appellanten CHF 100'000.00 (*neu* am 9. November 2011/ act. 95: CHF 50'000.00) plus Zins zu 5% ab Fälligkeit der Teilforderungen zuzusprechen unter dem Vorbehalt der Nachklage.

Eventualiter sei die Sache an die Vorinstanz zur weiteren Abklärung des Sachverhaltes und Neuurteilung zurückzuweisen;

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Appellatin.

Der Beklagten und Appellatin (act. 64 S. 2):

Die Berufung sei abzuweisen und das Urteil des Bezirksgerichtes Zürich vom 26. August 2009 (Prozess Nr. CG080108) sei zu bestätigen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Appellanten.

Das Gericht zieht in Betracht:

I. Worum es geht

1. Der Vater des Klägers, AA._____, unterhielt seit dem Jahre 1988 ein Wertschriftendepot bei der Beklagten. Nach seinem Tod im Sommer 2006 wurde das Depot aufgelöst und wurden die Depotwerte auf die ebenfalls von der Beklagten geführten Depots des Klägers, seiner Mutter (AB._____) sowie seiner Schwester (AC._____) übertragen. Unbestritten ist (act. 14 Rz 15), dass die Beklagte die Wertschriftendepots gestützt auf Vermögensverwaltungsverträge mit dem Kläger, dessen Eltern und Schwester (act. 4/5a-f; act. 4/6a-b; act. 4/7a-c; act. 4/8) führte und offenbar weiter führt. Die in den Depots der Erben enthaltenen Wertschriften stammen im Wesentlichen aus dem vom Verstorbenen ererbten Vermögen (act. 2 S. 2-4, 7 f.; act. 14 Rz 161).

2. Aufgrund von Berichten über einen Entscheid des Bundesgerichtes vom 22. März 2006 betreffend Retrozessionen gelangte der Kläger zur Auffassung, er und seine Familienangehörigen hätten gestützt auf Art. 400 Abs. 1 OR Anspruch auf Information über als auch auf die Weitergabe von Zahlungen, welche die Beklagte im Zusammenhang mit den in ihren Depots liegenden Werten von Dritten (Fondsanbietern etc.) erhalten habe (act. 2 S. 5, 11 ff.). An einer Besprechung im Oktober 2007 legte der Kläger seinen Standpunkt der Beklagten dar. Diese verneinte mit Schreiben vom 5. Dezember 2007 das Bestehen einer Offenlegungs- und Herausgabepflicht. Sie habe keine Retrozessionen im Sinne der vom Bundesgericht beurteilten Zahlungen erhalten. Sofern und soweit sie Vergütungen von Fondsanbietern erhalten habe, handle es sich dabei um Vertriebsentschädigungen für Eigenleistungen der Bank, welche sie dem Fondsanbieter im Zusammenhang mit dem Vertrieb von Anlagefonds erbracht habe, weshalb ein innerer Zusammenhang zwischen diesen und den ihr von der klagenden Seite erteilten Vermögensverwaltungsaufträgen nicht gegeben sei (act. 4/13). Immerhin verzichtete die Beklagte mit Schreiben vom 12. Dezember 2007 für die Dauer eines Jahres auf die Geltendmachung der Verjährungseinrede, soweit die Forderungen im Zeitpunkt der Abgabe der Erklärung nicht bereits verjährt waren

(act. 4/3). Im März 2008 traten die Mutter und die Schwester des Klägers diesem ihre Ansprüche gegen die Beklagte im Zusammenhang mit Wertschriften in ihren eigenen Depots (Nr. ..., act. 4/11 und Nr. ..., act. 4/12) sowie ihre anteilmässigen Ansprüche als Miterbinnen betreffend Wertschriften im vormaligen Depot des Verstorbenen (Nr. ..., act. 4/9) ab (act. 4/4a-b).

II. Verfahren

1. Am 28. Mai 2008 machte der Kläger seine Klage anhängig (act. 1). Er bezifferte seine Forderung auf rund Fr. 100'000.-- und betonte, das beruhe unvermeidlich auf einer Schätzung. Zur Forderungssumme gelangte er ausgehend von einem durchschnittlichen Depotwert von AA. _____ von Fr. 6 Mio. und der Annahme, dass die Beklagte für einen Drittel dieses Wertes von Dritten Retrozessionen in der Höhe eines Prozentes des Wertes bzw. pro Jahr Fr. 20'000.-- erhalten habe. Ausgehend vom klagerlevanten Zeitraum von zehn Jahren (gemeint offenbar rückwirkend ab Klageeinleitung) machte er einstweilen die Hälfte bzw. Fr. 100'000.-- geltend, wobei er besonders den Umstand betonte, dass die Beklagte für die Höhe der empfangenen und abgabepflichtigen Leistungen in Bezug auf alle vier Auftragsverhältnisse gemäss Art. 400 Abs. 1 OR auskunftspflichtig sei (act. 2 S. 6-8, 11).

Die Beklagte bestritt einen Herausgabeanspruch und damit die Pflicht zur Rechenschaftslegung. Für die von ihr freiwillig eingereichten Vertriebsverträge (act. 15/2-15) erliess das Bezirksgericht Zürich Schutzmassnahmen im Sinne von § 145 ZPO/ZH (act. 22).

Mit Urteil vom 26. August 2009 wies das Bezirksgericht Zürich die Klage ab (act. 51). Zu dieser Entscheidung gelangte es gestützt auf rechtliche Überlegungen. Ein Beweisverfahren wurde nicht durchgeführt.

2. Der Kläger führte Berufung und hielt sein Rechtsbegehren zunächst aufrecht. Das Berufungsverfahren wurde schriftlich (act. 58, 64, 70, 75) durchgeführt.

Mit Schreiben vom 31. Januar 2011 liess die Beklagte ein aktuelles Urteil des Bundesgerichtes einreichen (*BGer 6B_223/2010* vom 13. Januar 2011, act. 78 und 79). Dieses wurde dem Kläger zur Kenntnisnahme zugestellt (act. 80).

Am 5. Juli 2011 setzte das Gericht der Beklagten Frist an, um bestimmte Auskünfte zu erteilen (act. 83). Die Beklagte unterzog sich dieser Auflage und lieferte am 14. Oktober 2011 eine Aufstellung über Leistungen, welche sie von bestimmten Fondsanbietern erhalten hatte. Dabei stellte sie den Antrag, es seien ihre Informationen und Unterlagen vom Gericht in dem Sinne zu schützen, dass sie vom Kläger und seinem Vertreter nicht Dritten weiter zugänglich gemacht werden dürften (act. 89, Beilagen act. 90/1-11). Mit Verfügung vom 17. Oktober 2011 entsprach das Gericht diesem Antrag vorsorglich (act. 91); da der Kläger auf einen Widerspruch gegenüber der Massnahme verzichtete, waren keine Weiterungen mehr nötig.

Am 9. November 2011 nahm der Kläger entsprechend der Aufforderung des Gerichts Stellung zu den von der Beklagten produzierten Unterlagen. Er monierte, dass diese (entsprechend der Auflage des Gerichts) nur einen ganz kleinen Teil der Anlageprodukte erfassen. Seine Klage reduzierte er in diesem Sinne unter Protest auf Fr. 50'000.-- (act. 95). Zu dieser Eingabe äusserte sich die Beklagte nicht mehr; die Sache ist daher auch unter dem Aspekt der Rechtsprechung des "letzten Wortes" (*BGE 132 I 45, BGE 133 I 99*) spruchreif.

3. Obwohl die eidgenössische Zivilprozessordnung im Zeitpunkt des heutigen Entscheides bereits in Kraft ist (seit 1. Januar 2011), richtet sich das Verfahren der Berufung gemäss Art. 404 Abs. 1 CH-ZPO noch nach dem bisherigen kantonalen Zivilprozessrecht. Insbesondere ist für die Urteilsfällung eine förmliche Beratung obligatorisch und findet diese noch öffentlich statt (§§ 155 und 135 Abs. 1 GVG; neu gälten § 134 Abs. 1 bis 3 GOG).

III. Erwägungen

1. Zum Rechtsbegehren

Vorweg ist zu ermitteln, was der Kläger mit seiner Klage konkret bezweckt. Auf den ersten Blick scheint dies klar, die Zahlung von Fr. 100'000.-- und zwar unter dem "Vorbehalt der Nachklage" (act. 1, 2 und 58). Aus nicht näher erläuterten "nahe liegenden" Gründen erklärte er, ausdrücklich nicht eine Stufenklage zu erheben; er wolle ein "einheitliches Verfahren" (act. 2 S. 8). Dies erscheint verwirlich. Rechtsbegehren sind allerdings wie alle Äusserungen der an einem Prozess Beteiligten nach Treu und Glauben auszulegen (§ 50 Abs. 1 ZPO/ZH, analog zu Art. 18 OR: Es kommt auf das vernünftigerweise Gewollte an und nicht darauf, wie eine Partei sich irrtümlich ausdrückt).

Der Kläger betonte, dass die Beklagte ihm gegenüber rechenschaftspflichtig sei, dass sie also für den klagerlevanten Zeitraum angeben müsse, welche Zahlungen sie im Zusammenhang mit seinen Anlagen (und denen seiner Familie) erhalten habe (act. 2 S. 10 f.). "Zum gegenwärtigen Zeitpunkt" könne er seinen Anspruch nur ganz grob abschätzen und beziffern und darum "beschränken wir uns vorläufig auf eine Klagesumme von Fr. 100'000.--, dies unter dem Vorbehalt der Nachklage" (act. 2 S. 6 f.).

Der "Vorbehalt der Nachklage" hat in der Regel keinen rechtlichen Sinn, auch wenn der Ausdruck nicht selten zu lesen ist und bisweilen sogar mit dem Antrag verbunden wird, das angerufene Gericht möge von diesem Vorbehalt ausdrücklich Vormerk nehmen. Die Teilklage als Institut ist seit jeher anerkannt (Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl. 1979, S. 149 Fn 7; Vogel/Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, 8. Aufl. 2006, S. 7 Rz 47; Art. 86 CH-ZPO und Botschaft 2006 S. 7288). Wenn eine Partei (in der Regel aus Kostengründen) eine Teilklage erhebt, ergibt sich dieser Umstand aus der Begründung. Nach Treu und Glauben kann darin nur unter ganz singulären Umständen ein Verzicht auf die Mehrforderung verstanden werden. Und wenn es darum ginge, könnte der drohende unrichtige Anschein mit einem Satz in der Klagebegründung verhindert

werden. Die Kammer tritt daher auf Anträge, den Vorbehalt der Nachklage vorzumerken, mangels eines rechtlichen Interesses nicht ein (§ 51 Abs. 1 ZPO/ZH).

Dem Kläger geht es aber offenkundig nicht um eine Teilklage. Er klagt nicht vorerst nur einen Teil einer behaupteten bestimmten Forderung ein, sondern er erläutert, dass er den Anspruch nicht beziffern könne, so lange ihm die Beklagte nicht Auskunft über die vereinnahmten Beträge gebe. In dieser Situation ist die vorbehaltlose Bezifferung, wie sie der Kläger jedenfalls dem ersten Anschein nach vornimmt, unzweckmässig. Er müsste vorweg ohne Angabe der Forderungssumme klagen (§ 61 Abs. 2 ZPO/ZH), wobei eine rahmenmässige Bezifferung unter anderem für die Frage der Zuständigkeit sinnvoll ist (und nach dem neuen Prozessrecht verlangt wird: Art. 85 Abs. 1 Satz 2 CH-ZPO). Dabei kann er den Weg der so genannten (gesetzlich nicht geregelten) "Stufenklage" wählen und das Begehren um Auskunft in ein eigenes Rechtsbegehren kleiden, wenn dieser Anspruch direkt aus dem materiellen Recht fliesst. Das Gericht muss dann darüber zuerst formell entscheiden, welcher Entscheid separat anfechtbar ist (BGE 123 III 143). Er kann aber auch wie vom Prozessrecht vorgesehen unbeziffert klagen und sich die Bezifferung bis nach Vorliegen der Auskünfte des Gegners, in der Regel nach einer Edition im Beweisverfahren, vorbehalten (§ 61 Abs. 2 ZPO/ZH, § 183 ZPO/ZH; für das neue Recht vgl. Art. 85 CH-ZPO und sehr detailliert Isaak Meier, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich 2010, S. 219 ff.). Entgegen der Auffassung der Beklagten (act. 14 Rz 36) ist also die Klage nicht schon darum zum Scheitern verurteilt, weil der Kläger nicht mit einem separaten Rechtsbegehren ihre Verpflichtung zur Auskunftserteilung verlangt hat.

Der Kläger will ausdrücklich keine Stufenklage erheben. Warum bei dieser das Verfahren nicht "einheitlich" wäre, wie er offenbar befürchtet, ist nicht ersichtlich, kann aber offen bleiben. Jedenfalls verlangt er nicht mit einem separaten Begehren die Verpflichtung der Beklagten zur Auskunftserteilung. Nach der Begründung seiner Klage ist klar, dass er sich bereits im laufenden Verfahren und nicht etwa erst für einen Folgeprozess eine höhere oder andere Bezifferung vorbehält, sollten die von der Beklagten verlangten Auskünfte, sofern das Gericht eine Abgabepflicht bejaht, einen solchen Anspruch ausweisen. Damit erweist sich seine

Klage als gewöhnliche "unbezifferte" Forderungsklage im Sinne von § 61 Abs. 2 ZPO/ZH, auch wenn er einen bestimmten Betrag eingeklagt hat.

Wie vorstehend schon erwähnt, reduzierte der Kläger in seiner letzten Stellungnahme den verlangten Betrag auf Fr. 50'000.--, allerdings "unter Protest" und nach wie vor unter dem Vorbehalt der Änderung, da er nicht alle verlangten Auskünfte erhalten habe (dazu ist an gegebener Stelle einzugehen).

2. Zum rechtlichen Rahmen

2.1 Die Beklagte steht in einem doppelten Vertragsverhältnis. Einerseits führt sie gestützt auf die dem Auftragsrecht unterstellten Vermögensverwaltungsverträge Wertschriftendepots für den Kläger, dessen Mutter und Schwester (bis 2006 auch für AA. _____; zufolge Abtretung der Ansprüche und der Einfachheit halber ist nachfolgend nur noch vom Kläger die Rede) in welchen sich verschiedene Anlageprodukte befinden (act. 14 Rz 82). Andererseits bestehen zwischen ihr und den Anbietern von kollektiven Kapitalanlagen (traditionelle Anlagefonds und alternative Anlagen) sowie von strukturierten Produkten Vertriebsverträge, gestützt auf welche der Vertrieb der Produkte von den Produkthanbietern (Fondsleitungen und Emittenten) an die Beklagte als Vertriebsträgerin delegiert wird. Im Zusammenhang mit dem Vertrieb von Fonds und strukturierten Produkten erhielt die Beklagte im klagerrelevanten Zeitraum Vertriebsentschädigungen (act. 14 Rz 16, 58 ff.). Strittig ist, ob es sich bei diesen Zahlungen um solche handelt, die ihr gemäss Art. 400 Abs. 1 OR infolge ihrer Geschäftsführung für den Kläger zugekommen und diesem daher herauszugeben sind bzw. ob ein innerer Zusammenhang zwischen den von den Produkthanbietern erlangten Vertriebsentschädigungen und dem Auftragsverhältnis mit dem Kläger vorliegt.

2.2 Vertriebsentschädigung ist zu verstehen als Oberbegriff für Vergütungen der Fondsleitung an die Vertriebsträger. Diese Vergütungen bestehen einerseits aus der *Ausgabe- und Rücknahmekommission*, welche vorliegend von der Beklagten als Vertriebsträgerin beim Kauf und Verkauf von Fondsanteilen direkt vom Anleger bzw. Kläger erhoben wird (act. 30 Rz 43; act. 41 Rz 31 f.) und andererseits aus einem Teil der von den Fondsleitungen dem Fondsvermögen (und

damit indirekt den Anlegern) belasteten Verwaltungskommission (Management Fee), welche meist jährlich zur Deckung der Kosten für Leitung, Verwaltung und Vertrieb der Fonds erhoben wird. Jener Teil der Verwaltungskommission, welcher als Vergütung an die Vertriebsträger (u.a. ...banken wie die Beklagte) fliesst, wird als *Bestandespflegekommission* bezeichnet (vgl. auch act. 15/17 S. 23). Der Klarheit halber ist darauf hinzuweisen, dass sich die beklagtischen Erläuterungen zu den Vertriebsentschädigungen nur auf die Bestandespflegekommission beziehen (statt vieler act. 14 Rz 73; act. 75 Rz 6). Auf diese beschränkt sich auch das Herausgabebegehren des Klägers (act. 30 Rz 43, 49; act. 70 Rz 1).

2.3 Grundsätzlich unbestritten ist die beklagtische Darstellung hinsichtlich der Bemessung der Bestandespflegekommission. Dabei wird der *vertriebsvertragliche Entschädigungssatz (Retro-Satz)* multipliziert mit dem *Wert* aller an einem bestimmten Stichtag in den Depots der Bank (bzw. Bankgruppe) lagernden und unter die Vertriebsvereinbarung fallenden Fondsprodukte des betreffenden Anbieters. Die Bestandespflegekommission wurde von der Beklagten nicht für einzelne Transaktionen bzw. nicht pro Kunde und Anlageeinheit erfasst, sondern für den gesamten von ihr gehaltenen Anlagebestand den entsprechenden Produktanbietern in Rechnung gestellt (act. 14 Rz 20, 73 ff.; act. 30 Rz 51; act. 41 Rz 164).

Die Beklagte reichte zahlreiche mit Fondsanbietern (Dritte und B. _____ - Konzerngesellschaften) geschlossenen Vertriebsverträge inkl. Anhänge ins Recht (act. 15/2-15). Aus diesen sind die Basissätze der Entschädigung für die Anlageprodukte ersichtlich (vgl. auch act. 14 Rz 21, 23 f.), nicht jedoch die Grösse, mit welcher diese zur Berechnung der Bestandespflegekommission zu multiplizieren sind (so z.B. durchschnittliches Nettovermögen der einzelnen Kompartimente des Fonds [act. 15/7a]). Durch die Offenlegung der Vertriebsverträge erachtete der Kläger die Rechenschaftspflicht der Beklagten nach Art. 400 Abs. 1 OR als in einem wesentlichen Bestandteil erfüllt, wobei er sie jedoch als insofern ungenügend ansah, als einerseits nicht sämtliche Anhänge eingereicht worden seien und andererseits aus den Dokumenten zwar die Basissätze der jeweiligen Fonds, nicht jedoch die von der Beklagten bezogenen Bestandespflegekommissionen inner-

halb des durch die Vertriebsverträge gesetzten Rahmens ersichtlich seien. Deren Höhe könne nur die Beklagte errechnen (act. 30 Rz 10, 19).

2.4 Der Kläger hält in der Berufung an seinem Standpunkt fest, wonach die vom Bundesgericht im Retrozessions-Urteil (BGE 132 III 460) statuierten Grundsätze zur Rechenschafts- und Ablieferungspflicht des unabhängigen Vermögensverwalters analog für Banken gelte, die ihrerseits mit Kunden einen Vermögensverwaltungsvertrag abgeschlossen hätten und von Dritten bei der Erfüllung des Kundenauftrags Entschädigungen erhielten. Prozessthema in der Berufung sind Entschädigungen von Produktanbietern im Bereich Anlagefonds und strukturierte Produkte, deren Anteile die Bank im Kundendepot platzierte, sowie Kommissionen von Brokern im Zusammenhang mit dem Erwerb von Wertschriften an ausländischen Börsen. Ob abgabepflichtige Vertriebsentschädigungen bei der Platzierung von alternativen Anlagen (nicht traditionelle Anlagefonds, v.a. Hedge Funds) bezahlt wurden, wurde in der Berufung nicht mehr aufgegriffen. Der Kläger hat seine entsprechenden Behauptungen in der Berufungsbegründung mit keinem Wort erneuert (act. 58), auch nicht in der Berufungsreplik nach entsprechendem Hinweis der Beklagten in der Berufungsantwort (act. 64 Rz 7; act. 70 Rz 1 ff.). Sodann liess er die diesbezügliche vorinstanzliche Erwägung (act. 51 S. 19 unten) unangefochten.

Die Beklagte ihrerseits bestreitet, dass die Voraussetzungen gemäss Art. 400 Abs. 1 OR vorliegend gegeben sind und stellt einen Herausgabeanspruch und damit einhergehend eine Pflicht zur Rechenschaftslegung in Abrede. Zusammenfassend macht sie geltend, die vorliegende Konstellation sei eine andere als jene vom Bundesgericht im Retrozessions-Urteil beurteilte, in welcher der unabhängige Vermögensverwalter von der Bank Retrozessionen für die Zuführung eines Kunden, welche Handlung bereits gestützt auf den Vermögensverwaltungsvertrag mit dem Kunden geschuldet gewesen sei, und einen Anteil an der von der Bank auf dem zugeführten Vermögen verdienten Kommission erhalten habe. Bei der vorliegend fraglichen Entschädigung handle es sich jedoch um ein Honorar für gestützt auf Vertriebsverträge mit der Fondsleitung geschuldete und somit eigenständige, genuine Leistungen der Bank beim Vertrieb von Finanzpro-

dukten. Ebenso habe sie teilweise für ihre genuinen Leistungen bei der Entwicklung und Aufsetzung sowie dem Vertrieb von strukturierten Produkten entsprechende Entschädigungen erhalten. Diese Vergütungen erhalte sie folglich für Leistungen im wirtschaftlichen Eigenbereich, die zum Vermögensverwaltungsverhältnis der Bank mit dem Kunden in keinem inneren Zusammenhang stünden, weshalb diese nicht der Herausgabepflicht gemäss Art. 400 Abs. 1 OR unterlägen. Allein die Gefahr von allfälligen Interessenkonflikten vermöge diese Drittvergütung nicht in den Anwendungsbereich von Art. 400 Abs. 1 OR zu stellen (act. 64 Rz 8 f., 13.1, 35). Als Vertriebsträgerin von Finanzprodukten unterstehe sie aufsichtsrechtlichen und sonderprivatrechtlichen Regelungen, aus welchen sich sogar ein Verbot ergebe, Vertriebsentschädigungen an den Kläger weiterzuleiten (act. 64 Rz 14). Weiter macht die Beklagte geltend, dass die meisten in Frage stehenden Fonds und strukturierten Produkte entweder von ihr selber oder von einer B. _____-Konzerngesellschaft stammten, weshalb es sich nicht um Vergütungen von Dritten handle, aus welchem Grunde die Anwendbarkeit von Art. 400 Abs. 1 OR ausgeschlossen sei (act. 64 Rz 13.2). Schliesslich hält die Beklagte dafür, dass der Kläger gestützt auf den Fondsvertrag, sog. Term Sheets sowie teilweise auf die Vermögensverwaltungsverträge auf die Herausgabe allfälliger geschuldeter Entschädigungen verzichtet habe (act. 64 Rz 15). Schliesslich erhob die Beklagte im Falle der Bejahung der Herausgabepflicht die Einrede der Verjährung (act. 64 Rz 16).

Auf die weiteren Ausführungen der Parteien wird – sofern erforderlich – nachstehend näher eingegangen. Zunächst ist zu prüfen, ob der für die Herausgabepflicht erforderliche und bestrittene innere Zusammenhang zwischen den der Beklagten entrichteten Bestandespflegekommissionen und dem zwischen ihr und dem Kläger bestehenden Auftragsverhältnis gegeben ist.

3. Bestandespflegekommissionen im Anlagefondsgeschäft

3. A Kriterium des inneren Zusammenhangs / Bereicherungsverbot

1.1 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. Das Bundesgericht hat in BGE 132 III 460 E. 4.1 erwogen, die auftragsrechtliche Herausgabepflicht betreffe nicht nur diejenigen Vermögenswerte, die der Beauftragte direkt vom Auftraggeber zur Erfüllung des Auftrags erhalte, 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 müsse daher alle Vermögenswerte herausgeben, welche in einem inneren Zusammenhang zur Auftragsausführung stehen; behalten dürfe er nur, was er lediglich bei Gelegenheit der Auftragsausführung, ohne inneren Zusammenhang mit dem ihm erteilten Auftrag, von Dritten erhalte. Das Bundesgericht hat diese Praxis mit BGE 137 III 393 bestätigt.

1.2 Im vorerwähnten ersten Retrozessions-Urteil beleuchtete das Bundesgericht das Verhältnis zwischen dem Anlagekunden und seinem unabhängigen Vermögensverwalter einerseits sowie zwischen Letzterem und der Depotbank, welche dem unabhängigen Vermögensverwalter Retrozessionen gezahlt hatte, andererseits und hielt fest, in der Bankbranche werde unter der Retrozession der Vorgang bezeichnet, wenn eine Bank gestützt auf eine entsprechende Vereinbarung einem Dritten (insbesondere einem Vermittler im Vermögensverwaltungs- und Kapitalanlagegeschäft) einen Anteil einer vereinnahmten Kommission weitergebe. Retrozessionen würden dem Beauftragten ausgerichtet, weil er im Rahmen des Auftrags bestimmte Verwaltungshandlungen vornehme oder veranlasse; sie würden im Zusammenhang mit der Verwaltung des Vermögens anfallen und unterlägen der Herausgabepflicht nach Art. 400 Abs. 1 OR (BGE 132 III 460 E. 4. und 4.1).

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

gen an Vertriebssträger wie die Beklagte weitergeleitet wird (vgl. Ziff. III.2.2), handelt es sich bei den Bestandespflegekommissionen in ihrer Grundform um Retrozessionen (vgl. Hsu, Retrozessionen, Provisionen und Finder's Fees, Basel 2006, S. 72; Schmid, Retrozessionen und Anlagefonds, Jusletter vom 21. Mai 2007, S. 3 [zit. Schmid, Jusletter]; Aepli, Retrocessions and other Finder's Fees in the Asset Management and Investment Funds' Fields, S. 37; Emmenegger, Anlagekosten: Retrozessionen im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, in: Anlagerecht, Emmenegger [Hrsg.], Basel 2007, S. 66 f. [zit. Emmenegger, Anlagekosten]; a.A. Nobel/Stirnemann, Zur Behandlung von Entschädigungen im Vertrieb von Anlagefonds- und strukturierten Produkten durch Banken, SZW 5/2007, S. 349, welche aber bei den Bestandespflegekommissionen von einem "Retro-Satz" (S. 346) sprechen; Luchsinger Gähwiler, Der Vertrieb von Fondsanteilen, Diss. Zürich 2004, S. 45 Fn 164).

2. Strittig ist, ob und inwiefern vorstehender auf den unabhängigen Vermögensverwalter bezogene Grundsatzentscheid des Bundesgerichtes rechtliche Auswirkungen auf Vergütungen innerhalb der Fondsbranche hat bzw. ob es sich bei den an die Banken von den Fondsleitungen entrichteten Bestandespflegekommissionen um solche Zahlungen handelt, welche ihnen in ihrer Funktion als Vertriebssträger im Zusammenhang mit der Ausführung des Vermögensverwaltungsvertrages für den Kunden zugekommen und daher gemäss Art. 400 Abs. 1 OR diesem herauszugeben sind oder ob sie – wie von der Beklagten geltend gemacht – wegen ihres Entschädigungscharakters lediglich als bei Gelegenheit der Auftragsausführung angefallen zu qualifizieren sind, womit sie nicht von der Ablieferungspflicht erfasst wären.

3.1 Vorweg ist festzuhalten, dass sich die strafrechtliche Abteilung des Bundesgerichtes im Entscheid vom 13. Januar 2011 zu der hier vorliegenden Thematik (wenn auch knapp) geäußert hat. Zu beurteilen war ein Fall von ungetreuer Geschäftsbesorgung, in welchem der (stellvertretende) Direktor der Vertriebssträger-Bank ACH elf Kommissionszahlungen der Konzerngesellschaft ALN an die ACH, ausgerichtet für die Platzierung von strukturierten Produkten der ALN durch die AHC bei deren Endkunden, nicht seiner Arbeitgeberin ACH hat zukommen lassen, sondern sich selbst zuführte. Das Bundesgericht qualifizierte den

Direktor als internen Vermögensverwalter und erwog, dass die fraglichen elf Kommissionszahlungen der ALN im Zusammenhang mit der Platzierung ihrer strukturierten Produkte der Vertriebsträgerin ACH und nicht ihren Endkunden zustehen würden, da keine rechtlich relevante Verknüpfung zwischen dem Auftrag der Kunden der ACH zum Kauf von strukturierten Produkten und den von der ACH eingenommenen Bestandesspflegekommissionen für gegenüber dem Produktanbieter ALN erbrachte Dienstleistungen (Produktvertrieb) bestehe. Dies sei auch die ausschlaggebende Unterscheidung zu den in BGE 132 III 460 erwähnten Retrozessionen, welche unabhängige, externe Vermögensverwalter von den Banken kassieren (Urteil 6B_223/2010 E. 3.4.4 und 3.4.5).

3.2 Die pauschale Feststellung im vorerwähnten Entscheid, wonach Bestandesspflegekommissionen im Unterschied zu Retrozessionen vom Bundesgerichtsentscheid 132 III 460 nicht betroffen seien, kann nicht ohne Weiteres auf den vorliegenden Sachverhalt übertragen werden. Das Bundesgericht hatte die strafrechtliche Relevanz der Handlungen des angestellten Direktors (interner Vermögensverwalter) gegenüber seiner Arbeitgeberin ACH bzw. deren Bankkunden zu würdigen, in welchem Kontext zu beurteilen war, wem die Bestandesspflegekommissionen (der Bank oder den Bankkunden) zustehen. Ohne Auseinandersetzung mit der in der Lehre seit Jahren umstrittenen und differenziert beleuchteten zivilrechtlichen Frage der Ablieferungspflicht von Vertriebsentschädigungen im Fondsbereich betreffend das Dreiecksverhältnis Fondsanbieter, Vertriebsträger und Bankkunde bzw. ohne sich im Einzelnen mit dem Anwendungsbereich von Art. 400 Abs. 1 OR näher zu befassen (müssen), erwog das Bundesgericht pauschal, die fraglichen Zahlungen würden mangels ihrer rechtlich relevanten Verknüpfung mit dem Auftrag der Bankkunden zum Kauf von Fondsanteilen der ACH als Vertriebsträgerin zustehen. Diese rechtlich relevante Verknüpfung stellt jedoch den Kernpunkt des vorliegenden Prozesses dar, da der Grund für die Entrichtung der Vertriebsleistungen (Belohnung oder Dienstleistungsentschädigung) umstritten ist.

4.1 Die Parteien stimmen überein, dass sich aus dem abstrakten Begriff des inneren Zusammenhangs allein für die Frage der Herausgabepflicht kaum

etwas ableiten lässt (act. 30 Rz 56; act. 64 Rz 31). Die Tragweite des Begriffs lässt sich auch dem bundesgerichtlichen Retrozessions-Urteil nicht eindeutig entnehmen. Welche Kriterien für die Begründung des inneren Zusammenhangs (Berechnungsart der Entschädigung, konkrete oder potentielle Interessenkonflikte etc.) massgebend sein sollen, wird in der nach dem Retrozessions-Urteil zahlreich erschienenen Literatur unterschiedlich beurteilt (Schmid, Retrozessionen an externe Vermögensverwalter, Diss. Bern 2009, S. 146 ff., 164 f. [zit.: Schmid, Diss.]; Nänni/von der Crone, Rückvergütungen im Recht der unabhängigen Vermögensverwaltung, SZW 5/2006, S. 379, 384; Emmenegger/Schmid, Die Herausgabepflicht des Beauftragten, in: *Mélanges en l'honneur de Piere Tercier*, Genf/Zürich/Basel 2008, S. 219, 226; Abegglen, „Retrozession“ ist nicht gleich „Retrozession“, SZW 2/2007, S. 126 FN 12 und S. 129 ff., jedoch mit differenziertem Prüfschema [zit.: Abegglen, Retrozession]; Nobel/Stirnemann, a.a.O., S. 350 ff.). Das Bundesgericht hat sich offenbar noch nicht klärend dazu geäußert. Das Bereicherungsverbot (der Beauftragte soll bei der Ausführung des Auftrags ausser einem allfällig vereinbarten Honorar weder gewinnen noch verlieren) als ratio legis der auftragsrechtlichen Herausgabepflicht wird von den Parteien nicht in Frage gestellt (act. 14 Rz 84), indes verneint die Beklagte die Tauglichkeit dieses Kriteriums in der vorliegend zu beurteilenden Konstellation (act. 64 Rz 42 f.).

4.2 Wie erwähnt ist die Berechnungsweise der Bestandespflegekommission unbestritten (Entschädigungssatz in Prozent x Volumen = Bestandespflegekommission). Der Kläger erachtet allein zufolge Volumenabhängigkeit der Entschädigungsstruktur den inneren Zusammenhang zwischen der Bestandespflegekommission und der Erfüllung des Vermögensverwaltungsvertrages bzw. dem Erwerb von Fondsanteilen als gegeben. Je höher der Bestand des von der Bank vertriebenen Anlagefonds sei, desto höher sei der Kommissionssatz, obschon die Stückvertriebskosten bei steigendem Umsatz tendenziell sinken würden. Da die Entschädigungsstruktur auf Umsatzsteigerung bzw. Erhöhung der unter die Vertriebsverträge fallenden Bestände ausgerichtet sei, verletze sie überdies das auftragsrechtliche Bereicherungsverbot (act. 30 Rz 15; act. 58 Rz 3 f.; act. 70 Rz 15 ff., 19, 42). Die Beklagte stellt sich demgegenüber auf den Standpunkt, es sei einzig und allein auf das Entschädigungskriterium abzustellen. Demnach sei

massgebend, aus welchem Grund sie die Entschädigung von Dritten erhalten habe, ob für Leistungen, welche sie bereits dem Auftraggeber (Kläger) unter dem Vermögensverwaltungsvertrag geschuldet habe oder für ihre eigenwirtschaftlichen bzw. genuinen Dienstleistungen zugunsten des Dritten, die sich ausserhalb der konkreten Durchführung des Vermögensverwaltungsvertrages befänden. Im letzteren Falle seien die Vorteile lediglich "bei Gelegenheit der Ausführung des Vermögensverwaltungsvertrages" erlangt worden und unterständen daher mangels inneren Zusammenhangs nicht der Herausgabepflicht. Eine Bereicherung oder ein Interessenkonflikt könnten gar nicht vorliegen, da es sich um Honorar für eigenständige Dienstleistungen bei der Ausführung eines "anderen" Auftrags handle (act. 64 Rz 33 ff.; act. 75 Rz 19, 24-27, 29).

5.1 Bei den Bestandespflegekommissionen handelt es sich wie vorstehend dargelegt in ihrer Grundform um Retrozessionen. Für einen inneren Zusammenhang zwischen dieser Vergütung und der Tätigkeit der Beklagten im Rahmen des Vermögensverwaltungsvertrages mit dem Kläger spricht, dass ihr die Vergütung nach Prozenten der für den Kläger gehaltenen Anlagesumme, d.h. volumenabhängig entrichtet wurde; die Beklagte erwarb als Beauftragte für den Kläger im Rahmen des Vermögensverwaltungsvertrages Fondsanteile von Fondsanbietern und erhielt für Produkte, für welche sie Vertriebsträgerin war, eine umsatzabhängige Bestandespflegekommission, die über die Belastung des Fondsvermögens indirekt vom Kläger als Anleger getragen wurde (act. 70 Rz 24; vgl. Roth, Retrozessionen und Interessenkonflikte – wenn der Berater in Tat und Wahrheit ein Verkäufer ist, ZBJV 2010, S. 533 [zit.: Roth, Retrozessionen]; Emmenegger, Anlagekosten, S. 72, bejaht den inneren Zusammenhang, weil der Retro-Empfänger vom Kunden und dank dessen Investition eine Position eingeräumt erhält, die den Zufluss von Retrozessionen ermöglicht, in diesem Sinne auch Roth, Die Spielregeln des Private Banking in der Schweiz, Zürich 2009, S. 65, 72; Schmid, Diss., S. 157 f. und Schmid, Jusletter, S. 13; a.A. Abegglen, Retrozession, S. 129 ff., Nobel/Stirnemann, a.a.O., S. 348 Fn 28, 356 sowie Cerutti, Rechtliche Aspekte der Vermögensverwaltung im Schweizer Universalbankensystem, ZSR 2008/I, S. 90 f.). Die Bestandespflegekommission knüpft auch nach Ansicht der Beklagten an den Erfolg der Vertriebsbemühungen an (act. 14 Rz 70). Dass, wie die Be-

klage geltend macht, neben der volumenabhängigen auch andere Entschädigungsformen denkbar sind (act. 64 Rz 59, 96), ist gewiss, doch stehen diese vorliegend nicht zur Diskussion und würden beispielsweise auch Pauschalvergütungen nicht zwangsläufig zu einer Befreiung von der auftragsrechtlichen Ablieferungspflicht führen. Entgegen der Ansicht der Beklagten ist unerheblich, dass die zweite Bemessungskomponente neben dem platzierten Volumen, nämlich der Entschädigungssatz, die Beklagte neben den Dienstleistungen hauptsächlich für ihre Platzierungskraft bzw. wirtschaftliche Grösse entschädigen soll (act. 14 Rz 74, 102 f.), da der vertriebsvertraglich vereinbarte Prozentsatz einerseits nur eine der beiden Berechnungskomponenten ist und andererseits das Kriterium der Grösse der Bank, welche für die Höhe des Entschädigungssatzes entscheidend sein soll, auf nichts Minderes als auf die Anzahl der potentiellen Kunden bzw. der potentiellen Kontraktzahl schliesst, was wiederum, wenn auch nur indirekt, einen Zusammenhang zwischen den Kundenbeziehungen und der Höhe der Entschädigung darstellt.

5.2 Es ist somit entgegen der Vorinstanz (act. 51 S. 15) und der Beklagten (act. 14 Rz 96) davon auszugehen, dass die fraglichen Bestandespflegekommissionen, welche sich nach der Höhe des platzierten Volumens berechnen, einen inneren Zusammenhang zum Vermögensverwaltungsvertrag des Klägers und seiner Familienangehörigen indizieren und als zusätzlich erlangte Vergütung für die erfolgreiche Platzierung der Produkte beim Kläger und Auftraggeber grundsätzlich herauszugeben sind. Ob für den Fall, dass die Beklagte lediglich gestützt auf einen Kundenauftrag (so bei "execution-only"-Verhältnissen) Fondsanteile von Anbietern, mit welchen sie einen Vertriebsvertrag hat, erwirbt, ebenfalls ein Auftragsverhältnis vorliegt (vgl. Nobel/Stirnemann, a.a.O., S. 346; Abegglen, Retrozession, S. 126 f. differenziert zwischen echten und unechten execution-only-Beziehungen) und eine Herausgabepflicht zu bejahen wäre (Emmenegger, Anlagekosten, S. 71, 76 f.), kann vorliegend offen bleiben.

3. B Entschädigungs-Charakter der Bestandespflegekommission

1.1 Die Beklagte verneint die klagerechtliche Relevanz der volumenabhängigen Entschädigung und stellt sich auf den Standpunkt, es sei allein zu unterscheiden, aus welchem Grund der Beauftragte Entschädigungen erhalten habe. Als Fondsvertriebsträgerin erbringe sie gestützt auf den Vertriebsvertrag und spezialgesetzliche Vorgaben verschiedenartige, genuine Leistungen zu Gunsten der Fondsleitung, welche diese ohne "Outsourcing" des Vertriebs durch Vertriebsverträge selbst erbringen müsste. Die für diese Dienstleistungen, welche nicht durch die dem Bankkunden verrechneten Gebühren abgegolten seien, von der Fondsleitung ausgerichteten marktüblichen Entschädigungen, die ihren Grund nicht in der Erfüllung des Auftrags des Anlagekunden hätten, sondern auf eine eigenwirtschaftliche bzw. genuine Leistung des Beauftragten zurückzuführen seien und überdies unabhängig von einzelnen Vermögensverwaltungsmandaten bzw. auch bei „execution-only“-Beziehungen ausgerichtet würden (act. 14 Rz 93; act. 64 Rz 60; act. 75 Rz 32, 49), unterständen daher mangels fehlenden inneren Zusammenhangs nicht der Herausgabepflicht. Sie seien bei Gelegenheit der Auftragsausführung angefallen. Im Gegensatz dazu sei die vom Bundesgericht beurteilte Gegenleistung des unabhängigen Vermögensverwalters zugunsten der Retrozessionen zahlenden Depotbank, nämlich die blosser Zuführung von Kunden, bereits im Rahmen des Vermögensverwaltungsmandates mit dem Kunden geschuldet gewesen. Aus dem Bundesgerichtsurteil ergäben sich keine Anhaltspunkte, welche den Schluss zulassen würden, dass der unabhängige Vermögensverwalter Retrozessionen erhalten habe, weil er ausserhalb des Auftrags mit dem Kunden stehende Leistungen zugunsten der Depotbank erbracht habe (act. 14 Rz 83-90; act. 64 Rz 13.1, 34-37, 46, 51, 63-68; act. 75 Rz 19-22, 30, 32 f., 51 f.).

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

kraft abhängig sei, weshalb auch diesbezüglich kein innerer Zusammenhang mit den einzelnen Kundengeschäften vorliege (act. 14 Rz 74, 101 ff.; act. 64 Rz 48).

2. Die Vorinstanz stützte diese Ansicht im Ergebnis und führte aus, die Beklagte stand und stehe unbestrittenermassen in einem doppelten Vertragsverhältnis, wenn sie für den Kläger Fondsanteile erwerbe. Mit der Fondsleitung habe sie einen Vertriebsvertrag und mit dem Kläger einen Vermögensverwaltungsvertrag geschlossen, wobei beide Verträge dem Auftragsrecht unterstünden. Gestützt auf beide Verträge erbringe die Beklagte Leistungen, für welche sie ein Honorar beanspruchen dürfe. Der Kläger habe nicht bestritten, dass die Beklagte als Vertriebsträgerin Leistungen erbringe, auch wenn er deren Umfang in Frage gestellt habe. Indessen könne dieser Umfang offen bleiben, weil es die objektiv richtige Entschädigung für den Vertriebsaufwand nicht gebe. Da die Beklagte Leistungen für Fondsanbieter erbringe, für welche sie ein Honorar beanspruchen dürfe, erweise sich das Kriterium, dass der Beauftragte durch die Ausführung des Auftrags keinen Vorteil ziehen solle, letztlich als untauglich, weil es eine wertneutrale Abgrenzung zwischen den beiden Honoraransprüchen nicht gebe (act. 51 S. 15).

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

der Entschädigungseinwand als solcher allein ungenügend, um eine auftragsrechtliche Verpflichtung zur Herausgabe dieses Vorteils an die Anleger per se auszuschliessen, erst recht, wenn sich die Entschädigung wie vorliegend nach dem platzierten Volumen richtet (vgl. Aepli, a.a.O., S. 41 ff.), welcher Umstand den inneren Zusammenhang zwischen der Entschädigung und dem Vermögensverwaltungsvertrag des Klägers indiziert (vgl. Ziff. III.3.A.5.1-2). Auch Roth (Retrozessionen, S. 533) betont, dass das Gegenleistungsargument als solches nicht ausschlaggebend sei, da, sofern ein innerer Zusammenhang zwischen der Entschädigung und dem Vermögensverwaltungsvertrag bestehe, die Bank durch den Vertriebsvertrag mit der Fondsleitung ihren Pflichtenkanon gegenüber dem auftraggebenden Kunden nicht zu reduzieren vermöge.

3.2 Dem Kläger ist darin beizupflichten, dass nicht der andere Auftrag, sondern der innere Zusammenhang das Rechtsproblem ist (act. 30 Rz 66). Ob die beklagtische Darstellung der Entschädigung für erbrachte Vertriebsdienstleistungen (vgl. zu dieser Argumentation Abegglen, Retrozession, S. 129 ff.; Nobel/Stirnemann, a.a.O., S. 348; Cerutti, a.a.O., S. 89 ff.; Jaeger/Stöckli, Transparenter Umgang mit Retrozessionen, NZZ vom 25. Juni 2008, S. 101) den vorliegend indizierten inneren Zusammenhang auszuschliessen vermag, kann daher nur unter Berücksichtigung der Gesamtumstände beurteilt werden. Dabei sind die konkret geltend gemachten so genannten genuinen Leistungen und deren Aufwand bzw. Kosten massgebend. So muss selbst nach Abegglen (Retrozession, S. 130), auf dessen Darstellung die beklagtische Argumentation fusst, die Vergütung adäquat sein und wird das Vorliegen von eigenständigen, adäquaten Leistungen, die mit der Vertriebsentschädigung abgegolten werden sollen, dann fraglich, wenn seitens eines Fondsanbieters exzessives Entgelt entrichtet wird, das in einem Missverhältnis zum wirtschaftlichen Wert der von der Bank erbrachten Dienstleistungen steht. Hier könne man sich mit Fug fragen, ob die Bank verdeckt für die blosse Bevorzugung bestimmter Fonds bzw. Produkte des fraglichen Anbieters belohnt werde.

4. Bereits vor Vorinstanz monierte der Kläger, die Vertriebsleistungen, mit welchen die Beklagte die vereinnahmten Bestandesspflegekommissionen begrün-

de, seien unsubstantiiert geblieben (act. 30 Rz 44 ff., 68 ff.; act. 70 Rz 27). Doch selbst wenn man das Gegenleistungsargument grundsätzlich nicht würde in Frage stellen wollen, bliebe die zentrale Erwägung des Bundesgerichtes, dass der Beauftragte bei der Ausführung des Auftrags ausser dem vereinbarten Honorar weder gewinnen noch verlieren dürfe. Es müsse mindestens eine Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung bestehen. Dies setze notwendigerweise eine Auseinandersetzung mit der Frage voraus, ob ein Gewinn erzielt werde, denn die volumenabhängige Kommissionsstruktur zeige, dass es nicht primär um die konkrete Entschädigung von behaupteten genuinen Dienstleistungen gehe bzw. die Deckung von Vertriebskosten, sondern darüber hinaus um ein Anreizsystem, einen möglichst hohen Bestand des bestimmten Produkts zu erreichen und damit einen höheren Gewinn zu erzielen (act. 30 Rz 52, 67, 74; act. 58 Rz 5.6 f.; act. 70 Rz 25, 28, 32-34). Vor diesem Erfordernis scheine die Vorinstanz kapituliert zu haben, wenn sie meine, es bestünde keine objektiv richtige Entschädigung für den Vertriebsaufwand der Beklagten. Das würde nämlich bedeuten, dass der Vertriebsträger die Vertriebsentschädigung in beliebiger Höhe festsetzen und behalten könnte, ohne dass ihm je ein Gewinn ausserhalb des vereinbarten Honorars mit dem Auftraggeber (Bankkunde) nachgewiesen werden könnte. So weit gehe aber nicht mal die Beklagte, welche offenbar darzulegen versuche, weshalb die von der Fondsleitung an sie bezahlten Vertriebsentschädigungen objektiv gerechtfertigt seien und sie offenbar von objektiv quantifizierbaren Kosten ihrer Vertriebsdienstleistung (z.B. Personalkosten der Mitarbeitenden im Fondsvertrieb etc.) ausgehe, wenn sie sage, dass bei einer Herausgabepflicht diese Kosten nicht mehr gedeckt wären (act. 30 Rz 43-46, 53, 68 ff.; act. 58 Rz 5.3-5.5).

5.1 Zum Inhalt und Umfang der geltend gemachten Leistungen verweist die Beklagte auf ihre Ausführungen vor Vorinstanz (act. 64 Rz 47 f.) und spricht in der Berufung lediglich von einer Vielzahl von Dienstleistungen (act. 70 Rz 20). Im erstinstanzlichen Verfahren machte sie geltend, der Inhalt der Vertriebsleistungen ergäbe sich aus Gesetz sowie Selbstregulierung bzw. den Mustervertriebsverträgen und sei daher in den eigentlichen Vertriebsverträgen nur rudimentär geregelt. Sodann zählte sie exemplarisch einige der Aufgaben ihrer schweizweit tätigen 280 Mitarbeiter auf und betonte den beträchtlichen personellen, sonstigen und

ernormen finanziellen Aufwand beim Vertrieb von Fonds und die Notwendigkeit eines professionellen Marketing- und Kundenbetreuungsapparates sowie technischer Systeme zur Abwicklung der Geschäfte (act. 14 Rz 61 ff., 89, 92, 105; act. 41 Rz 68 ff.; act. 75 Rz 20).

5.2 Die Vertriebsverträge der Beklagten mit Dritten (nicht B._____ - Konzerngesellschaften) enthalten keine Angaben zu den von ihr zu erbringenden Dienstleistungen (act. 30 Rz 44). Es wird lediglich die Berechtigung der Beklagten festgehalten, die jeweiligen Fonds zu vertreiben (act. 15/11-14). Auch geht aus den Verträgen nicht hervor, auf welchen Komponenten der Entschädigungssatz basiert. Zum geringen Detaillierungsgrad dieser Vertriebsverträge meinte die Beklagte lediglich, dies ändere nichts daran, dass die Pflichten und effektiven Dienstleistungen des Vertriebsträgers seit Jahren unverändert und umfassend seien. Die Vertriebsverträge seien traditionell sehr kurz gehalten, weil die meisten Pflichten und Leistungen des Vertriebsträgers gesetzlich vorgeschrieben seien und ihre Einhaltung aufsichtsrechtlich überwacht werde (act. 14 Rz 63). Doch lässt sich weder der von der Beklagten genannten SFA (Swiss Funds Association) Richtlinie für den Fondsvertrieb vom 20. September 1995 bzw. 22. Oktober 2001 (act. 15/21-22) noch der SFA Richtlinie für den Vertrieb kollektiver Kapitalanlagen vom 29. Mai 2008 (gültig ohnehin erst ab 1. Juli 2008, act. 15/20) noch dem Gesetz Konkretes zu Vertriebsleistungen entnehmen. Die für den klagerrelevanten Zeitraum vorliegenden Mustervertriebsverträge SFA aus dem Jahre 1995 bzw. 2001 enthalten ebenfalls keine näheren Angaben zu Vertriebstätigkeiten (act. 15/26), weshalb entgegen der Ansicht der Beklagten (act. 14 Rz 93) darin nicht die Grundlage für ihre Vertriebsleistungen erblickt werden kann. Einzig der von ihr eingereichte aktuelle Mustervertriebsvertrag SFA vom März 2008 (act. 14 Rz 61; act. 15/25), welcher nach dem Urteil BGE 132 III 460 erschienen ist, enthält eine beispielhafte Aufzählung von Vertriebsleistungen, war jedoch bezogen auf den klagerrelevanten Zeitraum (Mai 1998 bis Mai 2008) für keinen der vorliegenden Vertriebsverträge mit Dritten (act. 15/11-14) relevant. Somit lässt sich für den klagerrelevanten Zeitraum weder den Mustervertriebsverträgen noch den Richtlinien noch dem Gesetz Näheres zu den konkret relevanten genuinen Dienstleistungen entnehmen. Zwar enthalten die von der Beklagten eingereichten

konzerninternen Dienstleistungsverträge mit der C._____ detailliertere Bestimmungen (act. 15/2-10) und hat die Beklagte diese im erstinstanzlichen Verfahren zum Beweis für ihre externe Vertriebstätigkeit offeriert (act. 14 Rz 63, 65), doch hat sie sowohl im vorinstanzlichen wie auch im Berufungsverfahren bewusst auf die Substantiierung der von ihr geltend gemachten genuinen Leistungen verzichtet, indem sie den Standpunkt vertrat, es sei irrelevant wie gross ihr Vertriebsaufwand sei und ob die Entschädigung im geschäftlichen Eigenbereich kostendeckend sei oder auch eine Gewinnkomponente enthalte, denn die Entschädigung sei in erster Linie von Angebot und Nachfrage sowie Verhandlungsgeschick und Marktmacht abhängig. Je grösser die Vertriebsplattform des Vertriebsträgers, desto attraktiver sei Letzterer und desto mehr sei der Anbieter bereit zu zahlen. Was der Fondsanbieter zu zahlen bereit sei, sei der Marktpreis, weshalb ohne Belang sei, wie sich der ausgehandelte Entschädigungsprozentsatz auf die beiden Komponenten der erbrachten Dienstleistungen und der Aggregationseffekte aufteile. Der Marktpreis könne objektiv nie richtig oder falsch sein, weshalb es unerheblich sei, ob die Vergütung Entschädigungs- oder Belohnungsfunktion habe (act. 41 Rz 63, 71; act. 64 Rz 23, 54-56, 79 und 88; act. 75 Rz 33 f., 41, 43, 47, 50).

5.3 Ob die Entschädigung marktgerecht ist oder nicht und ob sie sich im Rahmen derjenigen Entschädigungen bewegt, welche andere grosse Vertriebssträger wie die D._____ entgegen nehmen (act. 14 Rz 97), ist nicht das relevante Kriterium. Zentral ist die Frage, wofür die Bestandespflegekommission entrichtet wurde, als reine Belohnung für die Produktplatzierung, was die Volumenabhängigkeit der Bestandespflegekommission indiziert und in welchem Falle die Herausgabe zufolge Verstosses gegen das auftragsrechtliche Bereicherungsverbot zu bejahen wäre, oder (zumindest bis zu einem gewissen Umfang) als adäquate Entschädigung für effektiv erbrachte, nicht konfliktträchtige Vertriebsleistungen, in welchem Umfang sie nicht der Herausgabepflicht unterläge.

5.4 Zusammenfassend kann gesagt werden, dass der Argumentationsstruktur der Beklagten, die Bestandespflegekommission stütze sich (nur) auf eigenständige, genuine Leistungen, weshalb ihr per se der für die Anwendbarkeit

von Art. 400 Abs. 1 OR vom Bundesgericht geforderte innere Zusammenhang zum Vermögensverwaltungsmandat fehle, in dieser Absolutheit nicht gefolgt werden kann. Denn die vorliegend vom platzierten Volumen abhängige Bestandespflegekommission indiziert den nach Art. 400 Abs. 1 OR entscheidenden inneren Zusammenhang zwischen dieser und dem Vermögensverwaltungsvertrag des Klägers und seiner Familienmitglieder und sie ist unter diesem Aspekt als Zusatzvergütung nach dem Grundsatz der Nichtbereicherung dem Kläger herauszugeben. Andererseits ist glaubhaft, ja wahrscheinlich, dass mindestens ein Teil der Fondsgesellschaften wie das die Beklagte behauptet auf eigene Vertriebsstrukturen verzichtet und dies der Beklagten als einem weltweit tätigen (in der eigenen Bewertung: dem ...) Vermögensverwalter übertragen haben. Das könnte wirtschaftlich sehr wohl Sinn machen. So weit jene Fondsgesellschaften der Beklagten dafür eine Entschädigung zahlen, stünde wohl nichts entgegen, diese Vergütung von der Anwendung des Art. 400 OR auszunehmen.

Schwierig ist das Nebeneinander der beiden möglichen Rechtsgründe für die von der Beklagten erhaltenen Kommissionen. Dass die Vertriebsentschädigungen "im Übrigen" auch konkret anfallende Kosten decken, welche bei einer Bejahung der Abgabepflicht nicht mehr gedeckt wären, weshalb der Vertriebsträger im Ergebnis durch den Vertriebsvertrag verlieren würde (act. 64 Rz 57), sticht nicht. Dass die Beklagte heute Gefahr läuft, die ganze Kommission unter dem Titel Retrozession herausgeben zu müssen, gründet in der besonderen prozessualen Situation: Zwar ist der Beklagten und dem Bezirksgericht Zürich (natürlich) darin beizupflichten, dass es in einer freien Marktwirtschaft und so weit hier relevant auch in der schweizerischen gemässigten sozialen Marktwirtschaft keinen gerechten Preis gibt. Mit wenigen Ausnahmen (z.B. in Art. 320 Abs. 2 und Art. 322 Abs. 1 OR für den Arbeitsvertrag, in Art. 272c OR für die erstreckte Miete, in Art. 417 OR für bestimmte Arten der Mäkelei, ganz allgemein in Art. 21 Abs. 1 OR) hat kein Gericht darüber zu entscheiden, welches Entgelt für eine bestimmte Leistung "richtig" sei. Und auch in den zitierten Fällen geht es in der Regel um mehr oder weniger krasse Verstösse gegen das Prinzip von Treu und Glauben oder um augenfällige und damit auch wieder missbräuchliche Disparitäten von Leistung und Gegenleistung.

Bei der Frage, was die "richtige" Vergütung für die Übernahme eines Fondsvertriebs sein könnte, steht nicht eine Disparität zur Debatte (welche es geben mag, aber dazu kann hier nichts ausgesagt werden), sondern die Vergütung überhaupt. Da wie gesehen aber beide Rechtsgründe – Retrozession und Vertriebsvergütung – neben einander stehen (den zweiten Grund als Hypothese unterstellt), müsste das Gericht wohl oder übel und wenn auch an sich systemfremd nach Recht und Billigkeit (Art. 4 ZGB) den jeweiligen Anteil der beiden Rechtsgründe an den Entschädigungen festsetzen. Ganz ohne objektive Anhaltspunkte ginge das freilich nicht. Es wäre unumgänglich, die tatsächlichen Aufwendungen des Vertriebssträgers, hier der Beklagten, für die einzelnen Fondsanbieter und ihre einzelnen Produkte als Basis zu nehmen, auch wenn dafür letztlich (zum Beispiel was den Kostenanteil an den zentralen Diensten der Bank, die Raumkosten für die Arbeitsplätze etc. betrifft) wohl eine mehr oder weniger genaue Schätzung nötig wäre. Diesen Aufwendungen wäre ein Gewinnanteil zuzuschlagen, denn eine Bank darf und soll durchaus Gewinn erzielen.

Nun hat die Beklagte aber bewusst keine konkreten Angaben dazu gemacht, was sie für den Vertrieb der Fonds im Einzelnen aufwendet. Die Zahl der damit beschäftigten Personen sagt ohne Angabe der Lohnsumme und vor allem ohne die Gesamtsumme der vereinnahmten Bestandesspflegekommissionen nichts aus. Damit bleibt prozessual keine andere Wahl, als die auf die Depots des Klägers und seiner Familie entfallenden Kommissionen als reine Retrozessionen zu behandeln, auch wenn sie es möglicherweise (oder glaubhafterweise) so nicht sind. Dabei kann es nicht darauf ankommen, dass die Beklagte bei Gutheissung der Klage mit potentiellen Forderungen in Höhe von mehreren Milliarden Schweizer Franken rechnet (act. 64 Rz 30); sollte das heutige Urteil eine Prozesslawine gegen die Beklagte auslösen (was wegen der in den letzten Jahren angepassten allgemeinen Geschäftsbedingungen und der fortschreitenden Verjährung wenig wahrscheinlich ist), könnte sie sich eine Änderung ihrer Strategie überlegen und ihre effektiven Kosten (allenfalls mit Schutzmassnahmen nach bisher § 145 ZPO/ZH, neu nach Art. 156 CH-ZPO) offen legen. Sollte sich dann ergeben, dass diese Aufwendungen wirklich nur marginal und damit die vereinnahmten Kommissionen zum grössten Teil echte Retrozessionen sind und sollte die Beklagte des-

wegen zu erheblichen Zahlungen verurteilt werden, wäre damit immer noch nur die seit März 2006 bekannte Rechtsprechung des Bundesgerichts umgesetzt, was nicht im Ernst als unerwünscht beurteilt werden kann. Auch ob dem Fiskus Steuerrückforderungen drohten, wie die Beklagte befürchtet (act. 64 Rz 30), ist im heutigen Verfahren nicht von Bedeutung.

3. C Gefahr und Vermeidung von Interessenkonflikten

1. Die Frage des Interessenkonfliktes nimmt in den Vorträgen der Parteien einigen Raum ein. Im Grunde ist sie als Begründung für eine Lösung wie den Art. 400 OR interessant, für dessen konkrete Anwendung allerdings kaum. Das erhellt nur schon daraus, dass sonst eine Ablieferungspflicht in dem Fall verneint werden müsste, wo alle in Frage kommenden Dritten dem Beauftragten das selbe Schmiergeld zu zahlen bereit sind – denn damit wäre die Interessenkollision ja aufgehoben.

2. Die Beklagte liess ausführen, im schweizerischen Finanzmarktrecht sei das Bestehen von Interessenkonflikten anerkannt und mit dem Entscheid des Gesetzgebers für das Universalbankensystem bewusst in Kauf genommen. Verboten sei nur, dass die Anleger dadurch benachteiligt werden. Mittels regulatorisch vorgeschriebenen Massnahmen – Offenlegungsvorschriften betr. das Fondsvermögen gemäss Art. 26 Abs. 3 lit. e KAG sowie Art. 34 Abs. 2 und Art. 38 KKV, wobei die Rechtslage unter dem AFG und der AFV identisch gewesen sei – sowie der gemäss Art. 8 der Verhaltensregeln für Effekthändler der Schweizerischen Bankiervereinigung (SBVg) geforderten zweckdienlichen organisatorischen Massnahmen – vorliegend Entlohnung und Anreizsystem für Portfolio Manager verwalteter Vermögen unabhängig von den ausgehandelten Vertriebsentschädigungen und Ausrichtung allfälliger Boni ausschliesslich nach der Performance – sei sichergestellt, dass eine Benachteiligung der Anleger ausgeschlossen sei, weshalb von vornherein keine Herausgabepflicht bestehe. Diese Sicherstellung sei aufgrund von Art. 11 BEHG und Art. 20 Abs. 1 lit. a. und b KAG zwingend und deren Einhaltung von der banken- und fondsrechtlichen Prüfgesellschaft stets bestätigt worden. Verletzte der Beauftragte seine Interessenwahrungspflicht, so

habe das eine Schadenersatzpflicht und nicht die Herausgabepflicht zur Folge (act. 14 Rz 113 ff.; act. 41 Rz 31.2, 108; act. 64 Rz 39 f., 74 ff., 87; act. 75 Rz 61 f.).

3. Zur Umschreibung des inneren Zusammenhangs übernimmt das Bundesgericht unter entsprechender Verweisung fast wörtlich die Formulierung von Fellmann (vgl. vorstehend Ziff. III.3.A.1.1, BGE 132 III 460 E. 4.1), welcher einen solchen neben dem Kriterium der Nichtbereicherung schon dann bejaht, "wenn die Gefahr besteht, der Beauftragte sehe sich aufgrund der Zuwendung veranlasst, die Interessen des Auftraggebers nicht ausreichend zu berücksichtigen" (BK-Fellmann, N 127 f. zu Art. 400 OR). Ob diese sich nachteilig für den Kunden ausgewirkt haben muss oder ob eine potentielle Gefahr ausreicht, um der Herausgabepflicht zu unterliegen, braucht nicht abschliessend beurteilt zu werden, denn selbst wenn man der Darstellung der Beklagten folgen und die von ihr behaupteten organisatorischen Massnahmen zur Verhinderung der Benachteiligung der Anleger nicht in Frage stellen wollte, bestünde immer noch aufgrund des vorstehend dargelegten Grundsatzes des Bereicherungsverbots eine Herausgabepflicht.

3. D Verjährung

1. Der Kläger macht seine eigenen und die ihm abgetretenen Ansprüche für einen rückwirkenden Zeitraum (vgl. Ziff. II.1.) von zehn Jahren geltend (act. 2 S. 7 f., 11). Die Beklagte erhob hinsichtlich sämtlicher Ansprüche, die im Zeitpunkt der Abgabe des Verjährungsverzichts am 12. Dezember 2007 bereits verjährt waren, die Einrede der Verjährung (act. 14 Rz 167; act. 64 Rz 109).

2.1 Die Einheitlichkeit des Auftragsverhältnisses gebietet es, dass für Retrozessionen die gleichen Verjährungsregeln wie für den Hauptanspruch aus Vermögensverwaltungsvertrag gelten. Das heisst, dass für Forderungen auf Herausgabe von zurückbehaltenen Retrozessionen die zehnjährige Verjährungsfrist nach Art. 127 OR gilt, welche, wie beim Hauptanspruch, mit der Fälligkeit der Forderung zu laufen beginnt (Art. 130 OR). Der Anspruch auf Erstattung von Vermögenswerten aus Vermögensverwaltungsvertrag wird grundsätzlich bei Beendi-

gung des Vertragsverhältnisses fällig. Das bedeutet, dass ab Vertragsende für die Dauer von zehn Jahren zusammen mit dem Hauptanspruch die Summe aller aufgelaufenen Retrozessionen geltend gemacht werden kann. In zeitlicher Hinsicht wird die Herausgabepflicht indirekt begrenzt durch die auf zehn Jahre beschränkte Buchführungspflicht gemäss Art. 962 OR (vgl. Emmenegger, Anlagekosten, S. 88 ff. mit Hinweisen auf kantonale und bundesgerichtliche Rechtsprechung; Hsu, a.a.O., S. 44).

2.2 Dass die Vermögensverwaltungsverträge des Klägers, seiner Schwester sowie seiner Mutter zwischenzeitlich beendet worden wären, wurde nicht behauptet. Es ist somit davon auszugehen, dass in Bezug auf Retrozessionen im Zusammenhang mit ihren Depotwerten der Verjährungslauf noch nicht begonnen hat und sie deren Herausgabe wie geltend gemacht für die letzten zehn Jahre (ab Rechtshängigkeit der Klage) verlangen können. Bei Vermögensverwaltungsverträgen ist aus der Natur des Geschäfts zu folgern, dass sie mit dem Tod des Auftraggebers nicht erlöschen. Die Erben (der Kläger, seine Schwester und seine Mutter) traten somit mit dem Tod des Erblassers AA._____ automatisch mit allen Rechten und Pflichten in dessen Vertragsverhältnis mit der Beklagten ein (Universalsukzession, Art. 560 ZGB). Im Rahmen der Aufteilung des Depots von AA._____ unter den Erben fand der Depotübertrag auf den Kläger und AB._____ am 29. November 2006, derjenige auf AC._____ am 6. Dezember 2006 statt (act. 14 Rz 161). Selbst unter der naheliegenden Annahme, dass spätestens am 6. Dezember 2006 das Depot von AA._____ faktisch aufgelöst wurde und damit einhergehend der dieses Depot betreffende Vermögensverwaltungsvertrag dahingefallen ist, wären Forderungen aus dieser Depotbeziehung, welche wie gesagt auf die Erben übergangen (Art. 560 Abs. 2 ZGB), im Zeitpunkt der Klageeinleitung am 28. Mai 2008 (act. 1) nicht verjährt.

3. Sowohl die vom Kläger geltend gemachten eigenen wie auch die ihm abgetretenen Ansprüche auf Herausgabe der im klagerlevanten Zeitraum (29. Mai 1998 bis 28. Mai 2008) angefallenen Retrozessionen im Zusammenhang mit den vier bei der Beklagten unterhaltenen Wertschriftendepots sind somit nicht verjährt.

3. E. Verzicht

1. Das Bundesgericht hielt in BGE 132 III 460 E. 4.2 fest, dass mit der überwiegenden neueren Lehre grundsätzlich die Gültigkeit einer Vereinbarung zu bejahen sei, wonach der Auftraggeber auf die Ablieferung bestimmter, auch künftig anfallender Werte verzichtet. Immerhin ergäben sich Schranken aus der eigentlichen Fremdnützigkeit des Auftrags, welche durch eine entsprechende Vereinbarung nicht aufgehoben werden könne. Die Fremdnützigkeit als solche werde zwar nicht berührt, wenn die Ablieferung von Einnahmen wie sog. Retrozessionen im Vermögensverwaltungsvertrag eine Nebenpflicht bilde und dem Beauftragten dadurch im Ergebnis ein – zusätzliches – Entgelt für seine Tätigkeit zukommen solle. Die Pflicht zur Ablieferung bilde aber auch hier ein zentrales Element der Fremdnützigkeit des Auftrags und sei mit der Rechenschaftspflicht des Beauftragten so eng verbunden, dass sie als deren Folge erscheine. Von der Lehre werde daher zutreffend verlangt, dass der Auftraggeber über zu erwartende Retrozessionen vollständig und wahrheitsgetreu informiert sein müsse und dass sein Wille, auf deren Ablieferung zu verzichten, aus der Vereinbarung entsprechend klar hervorgehen müsse. Es bedarf daher einer Vereinbarung der Parteien, aus der sich der Wille des informierten Mandanten eindeutig ergibt, auf die Ablieferung der dem Mandatar im Rahmen des Auftrags bezahlten Retrozessionen (ganz oder teilweise) zu verzichten. Die Praxis ist mit BGE 137 III 393 konkretisiert worden.

2.1 Die Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, den bundesgerichtlichen Erwägungen in BGE 132 III 460 habe ein stillschweigender Verzicht zu Grunde gelegen, weshalb sich das Bundesgericht nur zu den Anforderungen bei einem stillschweigenden, nicht jedoch zu solchen bei einem expliziten Verzicht geäußert habe. Letzteren habe es in einem obiter dictum lediglich angesprochen. Daraus müsse geschlossen werden, dass an einen expliziten Verzicht auf Rechenschaft und Ablieferung geringere Anforderungen zu stellen seien und dass ein solcher grundsätzlich auch dann gültig sei, wenn der Verzichtende das Ausmass der Retrozessionen nicht kenne. Für einen expliziten Verzicht sei ausreichend, wenn die Retrozessionen im Vermögensverwaltungsvertrag klar zum Thema gemacht worden seien und vereinbart worden sei, dass diese vom Vermögensver-

walter einbehalten werden dürften. Wer sich nach der Höhe nicht erkundige, verletzte seine Frageobliegenheit und könne nicht behaupten, er läge nur dann ein gültiger Verzicht vor, wenn ihm Angaben über die Höhe gemacht worden wären (act. 64 Rz 27, 106 f.; act. 14 Rz 146 f.). Daher liege ein zumindest teilweiser Verzicht auf Ablieferung von Bestandespflegekommissionen gestützt auf die von AA._____ am 15. März 2005, von AB._____ am 16. September 2006, vom Kläger am 17. September 2006 und von AC._____ am 17. Dezember 2006 unterzeichneten Vermögensverwaltungsverträge vor, welche eine Einverständnisklausel enthalten, dass alle Entschädigungen, wie z.B. Vertriebskommissionen, welche die Beklagte von Dritten erhalte, von ihr einbehalten und als zusätzliche Entschädigung betrachtet werden können (act. 14 Rz 156 ff.; act. 64 Rz 107).

2.2 Ein Verzicht ergebe sich sodann auch aus dem Kollektivanlagevertrag und dessen Bestandteilen. So müsse gemäss Art. 34 Abs. 2 i.V.m. Art. 38 Abs. 5 und 6 KKV im Fondsvertrag geregelt sein, ob Vertriebsentschädigungen aus der Verwaltungskommission entrichtet werden dürfen und im Fondsprospekt müsse deren beabsichtigte Verwendung für den Vertrieb offengelegt werden. Ähnlich sei dies schon gemäss Art. 7 Abs. 3 lit. e AFG und Art. 6 Abs. AFV geregelt gewesen. Soweit Vertriebsentschädigungen von Fondsleitungen an die Beklagte bezahlt worden seien, sei dies daher in den Fondsdokumenten offengelegt und vom Anleger mit der Zeichnung der Fondsanteile bzw. mit Abschluss des Fondsvertrages akzeptiert worden, was e contrario bedeute, dass er gleichzeitig auf deren Ablieferung sowohl unter dem KAG als auch unter dem AFG explizit verzichtet habe und zwar in Kenntnis der maximalen Höhe der Bestandespflegekommission, da diese zwingend nicht höher sein könne als die Verwaltungskommission, aus welcher sie entrichtet werde (act. 14 Rz 148 ff.; act. 41 Rz 24 ff., 123, 159 ff.; act. 64 Rz 26 f., 106; act. 75 Rz 14 f., 81).

3. Der Kläger bestreitet einen gültigen Verzicht und macht zusammenfassend geltend, dass sich aus den Fondsdokumenten einerseits keine vom Bundesgericht geforderte ausdrückliche und eindeutige Verzichtserklärung ergebe. Ausserdem enthielten diese keine Anhaltspunkte, welche im Sinne der vollständigen und wahrheitsgetreuen Information zumindest die notwendige Abschätzbar-

keit der Retrozessionshöhe erlaubt hätten. Letzteres gelte auch für die erwähnten und vage formulierten Vermögensverwaltungsverträge (act. 30 Rz 126 ff.; act. 58 Rz 2; act. 70 Rz 10, 66).

4. Ob das Bundesgericht zwischen einem stillschweigenden und einem ausdrücklichen Verzicht auf die Ablieferungspflicht hat differenzieren bzw. unterschiedliche Voraussetzungen an deren Gültigkeit hat knüpfen wollen, kann und braucht vorliegend nicht abschliessend entschieden zu werden. Der zitierten Literatur (Emch/Renz/Arpagaus, a.a.O., S. 554 f.; De Capitani, a.a.O., S. 27; Lombardini, Droit bancaire suisse, Zürich 2002, S. 506) lässt sich solches jedenfalls nicht entnehmen. Wie detailliert die „vollständige und wahrheitsgetreue“ Information über die zu erwartenden Retrozessionen zu sein hat, d.h. Angabe der genauen Höhe der Retrozession oder lediglich der Faktoren für deren Schätzbarkeit, damit von einem gültigen Verzicht in einer Vereinbarung ausgegangen werden kann, liess das Bundesgericht offen (vgl. Übersicht der Lehrmeinungen bei Abegglen, Der Verzicht auf Ablieferung von Retrozessionen – Einordnung und Anforderungen, recht 2007, Heft 5, S. 193 f.). Jedenfalls kann entgegen der Ansicht der Beklagten eine Verzichtsklausel in den erwähnten Vermögensverwaltungsverträgen aus den Jahren 2005 und 2006 (act. 4/5a Ziff. 7.3, act. 4/6a Ziff. 7.3, act. 4/7a Ziff. 7.3 und act. 4/8a Ziff. 7.3), in welchen die Vertriebskommission erstmals „zum Thema“ gemacht bzw. dem Kläger bloss zur Kenntnis gebracht wurde, dass Retrozessionen von Dritten an die Beklagte bezahlt werden, nicht genügen. Die Höhe der fraglichen von Dritten geleisteten Entschädigungen muss wenigstens abschätzbar sein (rechtskräftiges Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 26. Juni 2007 (ZR 107 [2008] S. 132); vgl. nunmehr BGE 137 III 393 E. 2.4). Zu Recht weist der Kläger in diesem Sinne darauf hin, dass die Beklagte nicht dargelegt habe, ob und welche Dokumente sie ihm oder seinen Familienmitgliedern vorgelegt habe, aus welchen eine solche Abschätzung möglich gewesen wäre. Die beklagtische Verweisung auf die Fondsdokumente, aus welchen sie e contrario einen expliziten Verzicht ableitet, ist unbehelflich. Einerseits kann darin begriffsnotwendig keine vom Bundesgericht im zitierten Entscheid geforderte Vereinbarung erblickt werden, aus welcher der Wille des Klägers, auf Ablieferung der zu erwartenden Retrozessionen zu verzichten, klar her-

vorgeht. Andererseits lassen diese allgemeinen (und nur in Musterform [act. 15/28 und 15/33 und /34] eingereichten) Dokumente keinerlei Rückschlüsse auf die betragsmässige Grössenordnung der auf den Kläger entfallenden Retrozessionen zu. Nicht nur handelt es sich bei der Verwaltungskommission um eine in Prozenten pro Jahr ausgewiesene Belastung des Fondsvermögens, d.h. um eine globale und daher bezogen auf die klägerischen Anlagetitel bzw. auf diese entfallenden Retrozessionen wenig aussagekräftige Grösse. Sodann werden aus dieser neben Vertriebsentschädigungen auch andere Kosten wie Leitung und Asset Management beglichen (vgl. Ziff. III.2.2) und muss deren quantitative Aufschlüsselung nach diesen Bestandteilen infolge Sistierung von Art. 2 Abs. 2 der Transparenzrichtlinien SFA bis dato nicht offen gelegt werden, weshalb eine Einschätzung der betragsmässigen Grössenordnung der Bestandespflegekommission (welche nur aus dem Bestandteil Vertrieb gewährt werden kann), nicht annähernd möglich ist. Die Beklagte selbst bezeichnete die Höhe der Vertriebsentschädigung als wohl gehütetes Geschäftsgeheimnis (act. 14 Rz 25). Mit dem Kläger ist daher davon auszugehen, dass kein gültiger Verzicht auf Herausgabe von Retrozessionen vorliegt.

3. F Aufsichtsrechtliches und sonderprivatrechtliches Verbot der Weitergabe von Bestandespflegekommissionen

1. Die Beklagte ist der Ansicht, die vorliegende Problematik könne nicht isoliert nach dem Auftragsrecht beurteilt werden. Es sei zu berücksichtigen, dass beim Vertrieb von Fondsanteilen auch hinsichtlich der Vertriebsentschädigungen detaillierte kollektivanlagerechtliche Vorschriften bestünden, die zwingend zu beachten seien, nämlich Vorschriften des KAG sowie der KKV, welche Anlagefondsgesetz (AFG) und -verordnung (AFV) ab 1. Januar 2007 ersetzt hätten, im Resultat jedoch identisch seien, sowie die gestützt darauf erlassene Regulierung der Eidg. Bankenkommission (EBK; heute Eidg. Finanzmarktaufsicht, FINMA) und die von ihr anerkannte Selbstregulierung (Verhaltensregeln, Richtlinien, Musterverträge etc.) des schweizerischen Anlagefondsverbandes (SFA), insbesondere die Richtlinie für Transparenz bei Verwaltungskommissionen vom 7. Juni 2005 (act. 15/19). Das Sonderprivatrecht der kollektiven Kapitalanlagen sowie das Auf-

sichtsrecht würden es verbieten, Bestandespflegekommissionen an nicht institutionelle Endanleger wie den Kläger abzugeben. Bei Bejahung einer solchen würden die Anleger, die zufälligerweise noch in einem Auftragsverhältnis mit dem Vertriebssträger des Fonds stünden, von einer reduzierten Verwaltungskommission profitieren, was gegen Art. 20 KAG (Art. 12 AFG) verstossen würde. An diesem Grundsatz orientiere sich auch die von der EBK genehmigte Transparenzrichtlinie des SFA. Somit werde Art. 400 Abs. 1 OR in Bezug auf den Fondsvertrieb durch neueres Sonderprivat- und Aufsichtsrecht überlagert (act. 14 Rz 12 f., 43 f., 57, 131-144; act. 64 Rz 49, 98-105; act. 75 Rz 85-90).

2. Die EBK hielt in ihrem Schreiben an alle Fondsleitungen und Vertreter ausländischer Anlagefonds vom 6. Oktober 2003 (act. 15/32) fest, dass Zahlungen von Retrozessionen *aus der Verwaltungskommission* (sog. Bestandespflegekommissionen) von der *Fondsleitung an Vertriebssträger* unter dem Gesichtspunkt des Gleichbehandlungsgrundsatzes unproblematisch seien, sofern im Fondsreglement die Verwendung der Verwaltungskommission nicht nur für die Leitung und die Verwaltung, sondern auch für den Vertrieb des betreffenden Anlagefonds statuiert sei. Als unzulässig erachtete die EBK entsprechende Zahlungen *von der Fondsleitung direkt an einzelne Grossanleger oder Anlegergruppen ohne Vertriebssträgerstatus* gestützt auf Einzelabsprachen (Retro-Vereinbarungen). Dies sei weder mit dem aus Art. 12 AFG (Art. 20 KAG) fliessenden Gleichbehandlungsgebot noch mit den Verhaltensregeln für die schweizerische Fondswirtschaft vom 30. August 2000 vereinbar (vgl. Bertschinger, AJP 1/2005, S. 4 f. m.w.H.; EBK-Jahresbericht 2003, S. 86 f.). Der SFA setzte diese Grundsätze in seinen Richtlinien für Transparenz bei Verwaltungskommissionen vom 7. Juni 2005 um, wonach Rückvergütungen (Zahlungen aus der Verwaltungskommission an Anleger) nur gegenüber den explizit aufgezählten *institutionellen Anlegern* zulässig bzw. an andere institutionelle Anleger und Endanleger unzulässig seien (vgl. Transparenzrichtlinie Art. 4, die begriffliche Differenzierung gemäss Art. 3 zwischen Rückvergütungen und Bestandespflegekommissionen ist nicht entscheidrelevant, act. 15/19). Das Verbot der Rückvergütung an Endanleger will die Beklagte auch für entsprechende Zahlungen *von Vertriebssträgern* angewendet wissen.

3. Die im Rahmen der Selbstregulierung erlassenen Transparenzrichtlinien des SFA wurden von der EBK als Mindeststandard für Fondsleitungen und Vertreter ausl. Fonds anerkannt (EBK-RS 04/2, act. 15/23), was zur Folge hat, dass ihre Geltung nicht nur für Mitglieder des SFA sondern auch von den übrigen Branchenzugehörigen als Mindeststandard zu beachten ist. Jedoch lässt sich weder diesen noch anderen als Mindeststandard anerkannten Richtlinien und Verhaltensregeln des SFA (Richtlinien für den Vertrieb kollektiver Kapitalanlagen [act. 15/20], welche die Richtlinien für den Fondsvertrieb per 1. Juli 2008 ersetzt haben [act. 15/21-22], Verhaltensregeln für die schweizerische Fondswirtschaft vom 30. August 2000 [act. 15/18]) ein an die Vertriebssträger gerichtetes Verbot zur Weiterleitung von Rückvergütungen an Anleger entnehmen, weshalb ein solches von der Anerkennung durch die EBK im vorerwähnten Sinne auch nicht erfasst sein kann. Die EBK äusserte sich in ihrem Diskussionspapier zu Vertriebsvergütungen vom August 2008 und somit nach dem vorliegend klagerrelevanten Zeitraum – offenbar in Würdigung der aus ihrer Sicht entstehenden *Konsequenzen*, welche eine Anwendung der in BGE 132 III 460 statuierten Abgabepflicht ihrer Ansicht nach im Fondsgeschäft hätte – erstmals dahingehend, dass neben der Fondsleitung auch die KAG-Vertriebssträger vom Verbot der Bezahlung von Bestandespflegekommissionen an Endanleger erfasst sein sollen (act. 15/17 S. 75). Entgegen der Ansicht der Beklagten handelt es sich dabei jedoch nicht um eine verbindliche aufsichtsrechtliche Regelung. Einerseits hat das Diskussionspapier nicht (autonomen oder als Mindeststandard anerkannten oder obligatorischen) Selbstregulierungscharakter und hält die EBK andererseits ausdrücklich fest, sie wolle in den Lehrstreit zu den zivilrechtlichen Auslegungsfragen im Zusammenhang mit der im zitierten BGE statuierten Abgabepflicht nicht eingreifen (act. 15/17 S. 65). Die Thematik wird nur aus aufsichtsrechtlicher Sicht dargestellt (act. 15/16). Zu einem bestehenden Verbot gestützt auf das Kollektivanlagerecht äussert sich die EBK nicht. Ein Sonderregime für Vertriebssträger lässt sich denn auch nicht Art. 20 Abs. 1 lit. a KAG entnehmen, da dieser wertungskongruent mit der im Privatrecht statuierten auftragsrechtlichen Treuepflicht gemäss Art. 400 Abs. 1 OR ist und die Wahrung der Anlegerinteressen gebietet, was, wie der Kläger zu Recht bemerkte (act. 30 Rz 34 f., 40), für eine Weiterleitung der Retrozes-

sionen an die Anleger spricht und kein aufsichtsrechtliches Sonderregime für Vertriebsträger statuiert. Das von der Beklagten behauptete Verbot der Weiterleitung von Rückvergütungen von den Vertriebsträgern an die Anleger ergibt sich somit weder aus dem Kollektivanlagerecht (in diesem Sinne Schmid, Jusletter, S. 11; Emmenegger, Anlagekosten, S. 79 f.; a.A. Nobel/Stirnimann, a.a.O., S. 353 f., welche mit dem Argument, es wäre systemfremd und widersprüchlich, wenn auf der Ebene der Endkunden eine Ungleichbehandlung durch die Vertriebsträger zulässig wäre, während diese den Fondsleitungen im Verhältnis zu "denselben Endkunden" explizit verboten sei, wobei sie ausklammern, dass zwischen der Fondsleitung und den Anlegern kein Auftragsverhältnis vorliegt (vgl. act. 15/32 S. 2 unten) noch aus den Richtlinien SFA noch aus dem Aufsichtsrecht (Aeppli, a.a.O., S. 39; a.A. Abegglen, Retrozession, S. 133). Die retrozessionsspezifische Offenlegungs- und Herausgabepflicht der Beklagten als Vertriebsträgerin ist somit ausschliesslich nach den auftragsrechtlichen Grundsätzen gemäss Art. 400 Abs. 1 OR zu beurteilen, welche wie dargelegt weder durch aufsichtsrechtliche noch kollektivanlagerechtliche Vorschriften überlagert wird.

4. Brokerkommissionen

4.1 Der Kläger hält dafür, dass von Brokern, die an ausländischen Börsen für eine Auftrag gebende Bank, die ihrerseits im Auftrag ihrer Kunden handle, prozessrelevante Kommissionen an die Auftrag gebende Bank bezahlt würden. Die Beklagte habe lediglich unsubstantiiert bestritten, dass für Anlagen ausserhalb der Anlagefonds keine Vertriebsentschädigungen anfallen würden. Dieses unsubstantiierte Bestreiten lege den Verdacht nahe, dass sie etwas zu verbergen habe. Die Vorinstanz habe die Kontroverse über die Brokerkommissionen mit keinem Wort erwähnt, weshalb die Sache zur Beweiserhebung an die Vorinstanz zurückzuweisen sei (act. 30 Rz 2, 5-9, 19; act. 58 Rz 1.1; act. 70 Rz 4 ff.). Die Beklagte bestreitet im Zusammenhang mit Transaktionen in ausländische Aktien und Obligationen von Brokern Retrozessionen oder andere Entschädigungen erhalten zu haben; gegenüber den Brokern erbringe sie auch keine Dienstleistungen. Als Negativtatsache könne sie dies nicht weiter substantiieren (act. 14 Rz 16; act. 64 Rz 18; act. 75 Rz 8 ff.).

4.2 Seine Behauptungen stützt der Kläger auf Hsu (a.a.O.), dessen Darstellung zu Kommissionen im Effektenhandel er zusammengefasst wieder gibt (act. 58 Rz 1.1) und den Hinweis, dass sich insbesondere in seinem Depot verschiedene US-amerikanische Aktien befänden, welche in diesem Zusammenhang von Bedeutung seien (act. 30 Rz 5). Es ist Sache der Parteien, dem Gericht das Tatsächliche des Rechtsstreits soweit möglich und zumutbar rechtsgenügend darzulegen. Eine Partei, welche ihrer Substantiierungsobliegenheit bis zum Schluss des Hauptverfahrens nicht genügt, ist nach § 114 ZPO/ZH mit weiteren Behauptungen ausgeschlossen. Mit seiner allgemeinen Darstellung bzw. Verweisung auf Hsu kam der Kläger der ihm obliegenden Substantiierungslast im Zusammenhang mit allenfalls prozessrelevanten Entschädigungen im Rahmen des Aktienerwerbs an ausländischen Börsen in keiner Weise nach. Um dieser zu genügen, wäre konkret zu behaupten gewesen, auf welchen ausländische Aktien bzw. welchen Aktientransaktionen diese Behauptung gründet. Hiezu war er aufgrund der ihm vorliegenden Depotauszüge (act. 4/9-12), welche sich über den gesamten klagerelevanten Zeitraum erstrecken, in der Lage und war ihm dies auch zumutbar. Der Kläger begnügte sich vielmehr mit allgemeinen Behauptungen (welche von der Beklagten auch nur allgemein bestritten werden konnten), über welche nicht Beweis geführt werden kann. Damit kommt eine Rückweisung an die Vorinstanz zur Ergänzung des Verfahrens in diesem Punkt nicht in Frage.

5. Strukturierte Produkte

5.1 Wie bei den Anlagefonds bestreitet die Beklagte auch beim Vertrieb von strukturierten Produkten einen inneren Zusammenhang zwischen der von der Emittentin bezahlten Entschädigung und dem Vermögensverwaltungsvertrag (act. 14 Rz 165 ff.; act. 64 Rz 95). Der Vertrieb sei nicht gleich wie bei Anlagefonds. Die Beklagte habe von der Emittentin bei den in casu eingesetzten fremd-emittierten Produkten jeweils unter Eingehung eines Marktrisikos ein bestimmtes Volumen an Zertifikaten auf eigene Rechnung übernommen, welche sie dann ihren Kunden weiter verkauft habe. Bei diesen Emissionen habe sie Vertriebsentschädigungen erhalten, welche im Preis des Produkts enthalten und von der Emittentin an sie bezahlt worden seien. Diese Vertriebsentschädigung werde für die

Entwicklung bzw. Aufsetzung des Produktes und für die Vertriebsleistungen, welche grundsätzlich gleich seien wie bei den Anlagefonds, bezahlt und deren Höhe werde zwischen der Beklagten und der Emittentin festgelegt und zwar nicht in einem Vertriebsvertrag für alle strukturierten Produkte einer bestimmten Emittentin, sondern von Fall zu Fall in Bezug auf die Emission eines bestimmten Produktes (act. 14 Rz 33, 165; act. 15/15). Diese Darstellung hat der Kläger nicht bestritten, erachtet jedoch mit selbiger Argumentation wie bei den Entschädigungen beim Vertrieb von Anlagefonds einen Herausgabeanspruch als gegeben (act. 30 Rz 140 f; act. 58 Rz 7).

5.2 Die Beklagte übernimmt gemäss eigener Darstellung ein bestimmtes Volumen an strukturierten Produkten, wofür sie nach einem Prozentsatz entschädigt wird (vgl. act. 15/15). Da die Entschädigung wie bei den Anlagefonds volumenabhängig ausgestaltet ist, kann zum dadurch indizierten inneren Zusammenhang, um Wiederholungen zu vermeiden, auf die diesbezüglichen Ausführungen zum Anlagefonds verwiesen werden (Ziff. III.3.A.5.1 und 5.2 sowie III.3.B.5.4), denn die für diese statuierten Grundsätze gelten gleichermassen auch für strukturierte Produkte. Unter Verweisung auf ihre Ausführungen im Zusammenhang mit den Fonds (act. 64 Rz 94) verzichtet die Beklagte auch zum Thema strukturierte Produkte bewusst, die geltend gemachten Leistungen betreffend Vertrieb, Entwicklung und Aufsetzung der Produkte zu substantiieren, weshalb sich im Resultat eine andere Beurteilung, als jene, dass die gesamte Entschädigung als Belohnung bzw. echte Retrozession und somit zusätzlich erzielt Honorar zu qualifizieren ist, nicht aufdrängt. Es kann somit auf die vorstehenden Ausführungen verwiesen werden, welche auch für die strukturierten Produkte Geltung haben.

6. Prozessrelevante Anlageprodukte

6.1 Die Beklagte reichte eine Liste der prozessrelevanten Anlageprodukte ins Recht (act. 15/1). Der Kläger bestritt deren Vollständigkeit insofern, als darin die über ausländische Broker im Ausland erworbenen Wertschriften fehlen (act. 30 Rz 6), wobei Letztere im vorliegenden Verfahren wie dargelegt nicht zu berücksichtigen sind (vgl. III.4). Darüber hinaus kann davon ausgegangen werden, dass die Liste für den klagerlevanten Zeitraum sämtliche prozessrelevanten Anlageprodukte in den vier Depots enthält. Es sind weder Hinweise ersichtlich, die auf die Unvollständigkeit der Aufstellung schliessen lassen, noch hat der Kläger (mit vorerwähnter Ausnahme) Anhaltspunkte hierfür genannt, wozu er jedenfalls aufgrund der ihm vorliegenden Depotauszüge der vier Depots aus den Jahre 1997 bis 2006 bzw. 2007 (act. 4/9-12) in der Lage gewesen wäre.

6.2.1 Bei den meisten in Frage stehenden Produkten (vgl. 15/1) handelt es sich unbestrittenermassen um gruppeneigene Anlagefonds und strukturierte Produkte der Beklagten. In diesem Sinne macht die Beklagte geltend, beim weitaus grössten Teil der von ihr für den Vertrieb von gruppeneigenen Produkten vereinnahmten Vertriebsentschädigungen handle es sich um konzerninterne Zahlungen von Tochtergesellschaften und damit nicht um Zuwendungen Dritter, wie dies gemäss Art. 400 Abs. 1 OR Voraussetzung sei. Das Fehlen einer Herausgabepflicht folge aus der wirtschaftlichen Sichtweise des Bankkonzerns, wonach konzerninterne Zahlungen, welche mit den im Konzerninnern ausgelagerten Aufgaben in Verbindung stünden, aus Kundensicht nicht als für die Bank wirtschaftlich fremd anzusehen seien. Ausserdem seien konzerninterne Zahlungen wertneutral, da sie das Konzernvermögen weder erhöhen noch vermindern (act. 14 Rz 122 ff.; act. 64 Rz 13.2, 104 f.; act. 75 Rz 43, 67, 91 ff.). Dem hält der Kläger entgegen, die Vertriebsentschädigungen zahlende BA. _____ AG und die übrigen Partner der Dienstleistungsverträge seien rechtlich selbständige juristische Personen mit eigener Rechnungsgrundlage. Dies ergebe sich auch aus der Aussage der Beklagten, die Höhe der Kommissionssätze ergebe sich aus Verhandlungsgeschick und Marktmacht. So gingen rechtlich selbständige Gesellschaften miteinander um. Bestünde hier keine Herausgabepflicht würde das dazu führen, dass nur

noch eigene Fonds ins Portefeuille des Kunden gelegt würden (act. 30 Rz 12, 104 ff.; act. 70 Rz 65).

6.2.2 Zwar sind die Vertriebsentschädigungen zahlenden Konzern-Gesellschaften rechtlich selbständige Gesellschaften mit eigener Rechnungslegung, jedoch befinden sich diese Einheiten unter einer einheitlichen Leitung in einem Konzernverbund, weshalb die zwischen ihnen erfolgten Zahlungen bei einer konsolidierten Betrachtungsweise als konzernneutral zu werten sind. Mit der Beklagten ist davon auszugehen, dass in Anlehnung an eine wirtschaftliche Betrachtungsweise der Kunde dem Konzern gegenüber steht und konzerninterne Zahlungen für die Beklagte nicht als wirtschaftlich fremd im Sinne von Art. 400 Abs. 1 OR anzusehen sind, da die Gesellschaften des Konzernverbundes vom gleichen wirtschaftlich Berechtigten gehalten werden (vgl. dazu Hsu, a.a.O., S. 77 f.; Nobel/Stirnemann, a.a.O., S. 347; a.A. Emmenegger, Anlagekosten, S. 73 f.). Produkte von B.____-Konzerngesellschaften sind somit für das vorliegende Verfahren nicht relevant. Zu welchem Zweck (Gewinnverschiebung, steuerliche Vorteile o.a.) konzerninterne Vergütungen erfolgen, kann dahingestellt bleiben.

6.3.1 Die Beklagte behauptete vor Vorinstanz, für die Anlagefonds ... von ... (Valoren Nr. ...) sowie ... von ... (Valoren Nr. ...) existierten keine Vertriebsverträge, weshalb sie auch keine Entschädigungen für deren Vertrieb erhalten habe (act. 14 Rz 18.1, 32.1-3, 69; act. 41 Rz 17). Dies blieb unbestritten (act. 30 Rz 7 f.).

6.3.2 Unbestritten blieb sodann, dass für drei strukturierte Produkte von Drittanbietern (... , ... und ... , act. 15/1) keine Vertriebsentschädigungen entrichtet wurden (act. 30 Rz 9).

6.4 Weiter ist unbestritten, dass die Beklagte für die nachstehenden Fonds und strukturierten Produkte Vertriebsentschädigungen von Drittanbietern erhalten hat (act. 14 Rz 18.2 und 18.3; act. 41 Rz 19):

- ...,
- ... (act. 15/11),

- ... (act. 15/12),
- ...,
- ... sowie
-

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

7. Auskunft

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

Dass die Bestandespflegekommissionen bei der Beklagten nicht pro Kunde oder Anlageinstrument erfasst, sondern den entsprechenden Produktanbietern für den gesamten von der Beklagten gehaltenen Bestand in Rechnung gestellt wurden (vgl. Ziff. III.2.3; act. 14 Rz 20), konnte die Beklagte von der prozessualen Pflicht zur Auskunftserteilung nicht entbinden. Möglicherweise war das mit erheblichem Aufwand verbunden (act. 14 Rz 20); das war aber kein ausreichender Grund, dem Kläger das Recht auf die Beweisführung in diesem Punkt zu versagen.

Der Beklagten war daher Frist anzusetzen, um zu erklären und zu belegen, welche Beträge sie im Zeitraum von 29. Mai 1998 bis 28. Mai 2008 an so genannten Bestandespflegekommissionen erhalten hat und zwar für die in den Depots des Klägers (Nr. ...) resp. seines verstorbenen Vaters (Nr. ...), seiner Mutter (Nr. ...) und seiner Schwester (Nr. ...) gehaltenen Titel

- ...,
- ...,
- ...,
- ...,
- ... sowie
- ...,

und zwar unter Angabe des massgeblichen Wertes der Anlagen in den entsprechenden Depots und der angewendeten Prozent-/Promille-Sätze.

7.2 Die Beklagte legte die einzelnen Vertriebsverträge und die nach Zeit und jeweiligen Depots differenzierten Anlagevolumina offen. Sie bezifferte die für Anlagen der Familie des Klägers gesamthaft bezogenen Vertriebsentschädigungen für die sechs vorgenannten Produkte auf Fr. 1'384.--, GBP 87 und EUR 23 (act. 89 passim und S. 8, Beilagen act. 90). Der Kläger bestritt diese Zahlen nicht (act. 95).

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

habe. Aus Gründen der Verhältnismässigkeit verzichte sie allerdings auf eine Anfechtung des gerichtlichen Beschlusses (act. 89 S. 8).

Ob eine Anfechtung des Beschlusses vom 5. Juli 2011 unter dem Aspekt von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG sinnvoll gewesen wäre, mag offen bleiben. Dem Gericht war bewusst, dass beide Parteien ohne Kenntnis der vorstehenden Erwägungen nicht abschliessend erkennen konnten, was die rechtlichen Überlegungen waren. Die Beklagte kannte die Auffassung des Gerichts zum gestellten Rechtsbegehren nicht (das hier entgegen dem ersten Anschein nicht als Teilklage, sondern als unbezifferte Klage verstanden wird) und der Kläger konnte nur mutmassen, weshalb nicht alle im Prozess genannten Anlageprodukte von der Auflage erfasst wurden.

Es ist richtig, dass das Beweisverfahren des alten kantonalen Rechts grundsätzlich mit einem Beweisaufgabebeschluss eröffnet wurde (§ 136 ZPO/ZH). Das schien hier allerdings aufgrund der speziellen Situation entbehrlich, da die Beklagte ihre generelle Auskunftspflicht nicht in Frage gestellt hatte, der Kläger ausdrücklich Auskunft verlangte und andere Beweismittel als die Offenlegung durch die Beklagte praktisch nicht denkbar waren. Wie es sich prozessual ausgewirkt hätte, wenn die Beklagte der Auflage nicht nachgekommen wäre (§ 148 ZPO/ZH, nach neuem Recht Art. 164 CH-ZPO), kann offen bleiben und auch die Frage nach der Beweislast bleibt irrelevant, weil die konkreten Zahlen nicht streitig sind.

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

Beklagte daher zu verurteilen, ihm die genannten Beträge umgerechnet zum aktuellen Kurs in Franken zu zahlen. Konkret ergibt das Fr. 1'384.--, Fr. 27.90 (23 Euro zu 1,2114) und Fr. 126.70 (87 Pfund zu 1,4565) oder zusammen Fr. 1'538.60.

Der Kläger verlangte in der rahmenmässigen Bezifferung "Zins zu 5% ab Fälligkeit der Teilforderungen". Auch nach Vorliegen der detaillierten Auskünfte der Beklagten konkretisierte er das nicht. Es kann ihm daher kein Zins zugesprochen werden (§ 54 Abs. 1 ZPO/ZH).

8. Resultat

Die Beklagte hat dem Kläger Fr. 1'538.60 zu bezahlen. So weit der Kläger mehr verlangt, ist die Klage abzuweisen.

IV. Kosten und Entschädigung

Das Bezirksgericht Zürich bemisst die Kostenfolgen offenbar anhand eines Streitwertes von Fr. 100'000.--. Das ist die rechtliche Situation nach neuem Recht (Art. 85 Abs. 1 CH-ZPO), galt aber auch schon für die kantonale Prozessordnung. Es mag sein, dass die Sache für die Beklagte eine grössere faktische Tragweite hat. Offenbar sind bei Retrozessionen bisweilen grosse und grösste Summen im Spiel. Der Fall BGE 137 III 393 führte zu einem Anspruch auf Herausgabe von Fr. 3,6 Mio. (zurückgewiesen wurde die Sache einzig zum Prüfen von allfälligen Verrechnungsforderungen) und die Beklagte liess vortragen, die Klage müsse schon darum abgewiesen werden, weil "die Vertriebsträger" – und damit offenbar auch sie selbst – sonst mit Forderungen in Milliardenhöhe konfrontiert werden könnten (act. 64 Rz. 30). Rechtskräftig entschieden wird aber nur über die Ansprüche des Klägers und beim Streitwert von Fr. 100'000.-- hat es daher zu bleiben. Immerhin war die Bearbeitung ungewöhnlich aufwändig und die Gerichtsgebühr (zu bemessen nach der alten Gerichtsgebührenverordnung vom 4. April 2007) ist daher für beide Instanzen auf je Fr. 11'500.-- festzusetzen.

Der Kläger unterliegt praktisch vollständig und zwar auch nach der Reduktion der rahmenmässigen Bezifferung auf Fr. 50'000.--. Allerdings liegt der Fall von § 64 Abs. 3 ZPO/ZH vor: Der Kläger musste seine Klage ohne ausreichende Kenntnis der bei der Beklagten tatsächlich eingegangenen Kommissionen erheben und im Grundsatz obsiegt er. Angemessen ist es, die Kosten zu einem Viertel dem Kläger und zu drei Vierteln der Beklagten aufzuerlegen.

Damit hat die Beklagte den Kläger für das Verfahren zu entschädigen und zwar mit der Hälfte einer vollen Entschädigung (§ 68 Abs. 1 ZPO/ZH). Dabei ist für das Bemessen der einfachen Grundgebühr unter den Titeln "Schwierigkeit" und "Zeitaufwand" der nach § 3 Abs. 2 resp. § 2 Abs. 2 AnwGebVO vorgesehene Zuschlag um einen Drittel vorzunehmen. Die Ansätze und Zuschläge im Sinne von § 6 resp. § 12 Abs. 1 und 4 AnwGebVO sind dem gegenüber als Bruchteile der einfachen Grundgebühr im üblichen Rahmen festzusetzen und nicht ihrerseits noch speziell zu erhöhen. Das ergibt eine volle Entschädigung für beide Instanzen von rund Fr. 35'000.--. Den Ersatz der Mehrwertsteuer hat der Kläger nicht verlangt.

Es wird erkannt:

1. In teilweiser Gutheissung der Berufung wird die Beklagte verpflichtet, dem Kläger Fr. 1'538.60 zu bezahlen.
Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr für das erstinstanzliche Verfahren wird auf Fr. 11'500.-- festgesetzt.
3. Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren wird auf Fr. 11'500.-- festgesetzt.
4. Die Gebühren beider Instanzen werden zu einem Viertel dem Kläger und zu drei Vierteln der Beklagten auferlegt.

5. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger für das Verfahren in beiden Instanzen eine Prozessentschädigung von Fr. 17'500.-- zu bezahlen.
6. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Zürich, 3. Abteilung, je gegen Empfangsschein und an die Obergerichtskasse.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

7. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 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 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert übersteigt Fr. 30'000.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Katzenstein

lic. iur. D. Tolic

versandt am: