

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: NP120020-O/U.doc

Mitwirkend: Obergerichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Ersatzoberrichter  
Dr. S. Mazan und Ersatzoberrichterin lic. iur. B. Schärer sowie  
Gerichtsschreiberin lic. iur. E. Iseli

## Urteil vom 6. August 2013

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_ AG,**

Beklagte und Berufungsklägerin

vertreten durch B.\_\_\_\_\_

gegen

**C.\_\_\_\_\_,**

Kläger und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Pfäffikon vom 12. Juli 2012  
(FV110014)**

**Rechtsbegehren (Urk. 2 S. 2):**

"Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger £ 12'463.82 nebst Zins zu 5% ab dem 20. Dezember 2010 zu bezahlen. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

**Urteil des Bezirksgerichtes Pfäffikon vom 12. Juli 2012 (Urk. 25 S. 12):**

- "1. In Gutheissung der Klage wird die Beklagte verpflichtet, dem Kläger £ 12'463.82 nebst Zins zu 5% seit 20. Dezember 2010 zu bezahlen.
2. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf Fr. 3'000.-.
3. Die Gerichtskosten werden der Beklagten auferlegt und mit dem vom Kläger geleisteten Vorschuss verrechnet. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger die Gerichtskosten vollumfänglich zu ersetzen.  
Der nicht benötigte Kostenvorschuss wird dem Kläger zurückerstattet.
4. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger eine Parteientschädigung von Fr. 4'100.- (inkl. Kosten der Schlichtungsverhandlung) zu bezahlen.
5. [...]
6. [...]"

**Berufungsanträge:**

**der Beklagten und Berufungsklägerin (Urk. 28. S. 1):**

- "1. Das Rechtsbegehren sei vollumfänglich abzuweisen, alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Klägers.
2. Die Berufung sei gutzuheissen."

**der Kläger und Berufungsbeklagten (Urk. 34 S. 2):**

"Die Berufung sei vollumfänglich abzuweisen und es sei das Urteil des Bezirksgerichtes Pfäffikon, Geschäfts-Nr. FV110014 vom 12. Juli 2012 vollumfänglich zu bestätigen. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen plus MWST zu Lasten der Berufungsklägerin."

## Erwägungen:

### I.

1.1 Am 5. März 2008 unterzeichnete der Kläger und Berufungsbeklagte (nachfolgend Kläger) eine als "Trading Access Vertrag" bezeichnete Vereinbarung zwischen ihm und der D.\_\_\_\_\_ AG (nachfolgend D.\_\_\_\_\_). Er erteilte der D.\_\_\_\_\_ damit den Auftrag, einen direkten Zugang zur elektronischen Handelsplattform bereit zu stellen und ihm so den Zugriff auf die Produktpalette der E.\_\_\_\_\_ Ltd, F.\_\_\_\_\_ (nachfolgend E.\_\_\_\_\_ ) zu ermöglichen, in seinem Namen und auf seine Rechnung eine Kontoverbindung zu eröffnen und auf seine besondere Anweisung Transaktionen auszuführen. Als Gegenleistung für die Dienstleistungen der D.\_\_\_\_\_ erklärte sich der Kläger bereit, Gebühren gemäss dem jeweils geltenden Tarif der D.\_\_\_\_\_ zu bezahlen (Urk. 5/3). Am 17. Mai 2009 unterzeichnete der Kläger sodann eine weitere, mit "Vertriebsentschädigung und andere geldwerte Leistungen" betitelte Vereinbarung mit der D.\_\_\_\_\_, welche wörtlich wie folgt lautet (Urk. 5/5):

"[ ... ] D.\_\_\_\_\_ erhält im Rahmen ihrer Geschäftstätigkeit von Dritten geldwerte Vorteile. Zu diesem gehören Entschädigungen für den Vertrieb von Produkten und Dienstleistungen sowie den Handel und sind ein Entgelt für erbrachte Leistungen von D.\_\_\_\_\_ gegenüber dem Kunden und oder Dritten und stehen nicht dem Kunden zu .

**D.\_\_\_\_\_ Managed Account** (gemäss Vermögensverwaltungsvertrag vom 29.3.2009)

Beim Managed Account verbleibt die gesamte Management-Gebühr, welche vom Broker an D.\_\_\_\_\_ erstattet wird bei D.\_\_\_\_\_. Es ist eine Entschädigung/Kommission für den Handel, die Administration, den Vertrieb und das Marketing.

Die dem D.\_\_\_\_\_ Managed Account belasteten Management-Gebühren/Kommissionen bewegen sich typischerweise innerhalb der folgenden Grössenordnungen:

Devisenhande/Forex:	0.2 bis 3.2 Pips Round Turn
CFDs:	0.08% pro Handel

Beispiel Transaktion:

USD/CHF Handelsvolumen 0.5 Mio. USD entspricht CHF 160.

Kauf Aktien-CFDs über CHF 100'000 entspricht CHF 80.

**Abtretungserklärung seitens Kunde**

o **JA**

Als Kunde der D.\_\_\_\_\_ bestätige ich über die Entschädigungen/Kommissionen an D.\_\_\_\_\_ informiert worden zu sein.

Es ist mir bewusst, dass D.\_\_\_\_\_ neben allfälligen vereinbarten Gewinnbeteiligungen oder Honorarnoten, auf den an mich ausbezahlten Erträgen, weitere volumenabhängige Management-Gebühren/Entschädigungen von der Bank/Broker erhält.

Ich verzichte hiermit ausdrücklich auf eine Entschädigung aus diesen Kommissionen/Management-Gebühren. [ ... ]"

1.2 Nach Abschluss des Trading Access Vertrags am 5. März 2009 überwies der Kläger CHF 100'000.00 auf das Konto des Brokers E.\_\_\_\_\_ in F.\_\_\_\_\_, und die D.\_\_\_\_\_ begann, damit Devisengeschäfte zu tätigen, wobei sie die Bewirtschaftung des Vermögens der Beklagten und Berufungsklägerin (nachfolgend Beklagte) übertrug. Dabei sank das Guthaben des Klägers auf dem bei der E.\_\_\_\_\_ zu seinen Gunsten eröffneten Konto mit der Nummer 1 innert kurzer Zeit auf CHF 25'000.00, worauf der Kläger bei der D.\_\_\_\_\_ intervenierte und die Handelsaktivitäten am 28. Mai 2009 eingestellt wurden (vgl. Urk. 5/8).

1.3 Für die eingetretenen Verluste machte der Kläger die D.\_\_\_\_\_ und die (das Vermögen für sie verwaltende) Beklagte verantwortlich und verlangte Schadenersatz. Am 17. Juni 2009 schlossen der Kläger einerseits sowie die D.\_\_\_\_\_ und die Beklagte andererseits einen Vergleich, gemäss welchem sich die D.\_\_\_\_\_ und die Beklagte verpflichteten, dem Kläger zur Abgeltung der im Raum stehenden Forderungen per saldo aller Ansprüche den Betrag von CHF 35'665.70 zu bezahlen, zahlbar auf das Konto des Klägers bei der E.\_\_\_\_\_ mit der Nummer 1 (Urk. 5/4).

2.1 Am 20. August 2009 unterzeichnete der Kläger in der Folge ein mit "Vollmacht" überschriebenes Dokument. Gemäss diesem bevollmächtigte er die Beklagte zum Abschluss und zur Durchführung von Geschäften mit E.\_\_\_\_\_ gemäss den Bedingungen der mit dieser geschlossenen Kundenvereinbarung (Urk. 5/7).

2.2 Darauf wurde bei der E.\_\_\_\_\_ für den Kläger das Konto mit der Nummer 2 eröffnet und sein Guthaben auf dem Konto mit der Nummer 1 (CHF 25'000.00 Restguthaben bei Handelsstopp zzgl. Vergleichssumme) auf dieses übertragen. Bei Aufnahme des Handels durch die Beklagte am 27. August 2009 wies das neue Konto des Klägers so einen Saldo von EUR 39'361.00 auf (vgl. Urk. 5/8). Dieser reduzierte sich bis am 2. September 2009 auf EUR 2'463.61, per 23. September 2009 betrug er noch EUR 94.35 (Urk. 5/9-13).

2.3 Die grosse Zahl der ab 27. August 2009 durch die Beklagte getätigten Geschäfte verbunden mit den in kurzer Zeit erzielten Verlusten, liess beim Kläger den Verdacht aufkommen, die Beklagte habe Provisionsreiterei betrieben. Er wandte sich daher an die E.\_\_\_\_\_ in F.\_\_\_\_\_, verlangte verschiedene Auskünfte und erfuhr so, dass der Beklagten aufgrund von Devisentransaktionen auf seinem Konto mit der Nummer 2 Retrozessionen in der Höhe von £ 12'463.82 bezahlt worden waren (Urk. 5/14-16K; vgl. Urk. 1 S. 10f.). Der Kläger verlangte darauf die Aushändigung der Retrozessionen an ihn. Mit dieser Forderung konfrontiert, stellte sich die Beklagte auf den Standpunkt, der Kläger habe aufgrund der mit der D.\_\_\_\_\_ getroffenen Vereinbarung vom 17. Mai 2009 (vgl. Erw. 1.1) keinen Anspruch auf die Kommissionserträge.

3. Vor diesem Hintergrund erhob der Kläger am 30. August 2011 beim Bezirksgericht Pfäffikon (Teil-)Klage mit dem eingangs wiedergegebenen Rechtsbegehren. Nach durchgeführtem Schriftenwechsel und durchgeführter Hauptverhandlung (Replik/Duplik, Stellungnahme zu den Dupliknoten ["Quadruplik"]) hiess die Vorinstanz die Klage des Klägers mit Urteil vom 12. Juli 2012 gut. Sie kam dabei zum Schluss, dass der vom Kläger mit Vereinbarung vom 17. Mai 2009 erklärte Verzicht auf die Erstattung der Retrozessionen im Verhältnis zwischen den Parteien keine Wirkung habe, weil die Beklagte den Vertrag zwischen der D.\_\_\_\_\_ und dem Kläger nicht übernommen habe bzw. die Erklärung materiell die hohen Anforderungen an einen rechtsgültigen Verzicht auf die Herausgabe von Retrozessionen nicht erfülle. Die unbestritten in der Höhe von £12'463.82 bezahlten Retrozessionen stünden daher dem Kläger zu (Prot. I S. 7ff.; Urk. 25 S. 2f.).

4.1 Mit Eingabe vom 1. November 2012 reichte die Beklagte gegen dieses Urteil unter Beachtung von Frist und Form gemäss Art. 311 der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) Berufung ein (Urk. 28; Art. 405 ZPO). Das Berufungsverfahren wurde in der Folge nach den Art. 312ff. ZPO durchgeführt (vgl. Prot. II S. 2ff.). Der der Beklagten mit Verfügung vom 16. November 2012 auferlegte Kostenvorschuss (Urk. 31) ging am 28. November 2012 rechtzeitig ein (Urk. 32). In der Folge wurde dem Kläger mit Verfügung vom 12. Dezember 2012 Frist zur Erstattung der Berufungsantwort angesetzt (Urk. 33). Die fristgerecht eingereichte

Berufungsantwort datiert vom 30. Januar 2013 (Urk. 34). Sie wurde der Beklagten mit Verfügung vom 24. Juni 2013 zugestellt (Urk. 37).

4.2 Das Verfahren ist spruchreif; der Entscheid ist aufgrund der Akten ohne Durchführung eines zweiten Schriftenwechsels bzw. einer Berufungsverhandlung zu fällen (Art. 316 Abs. 1 ZPO).

## II.

1. Unbestritten ist, dass die Beklagte dem Kläger Retrozessionen auf Devisentransaktionen auf seinem Konto im Betrag von £12'463.82 nicht weitergeleitet hat (vgl. Prot. I S. 15). Die Beklagte stellt sich - wie bereits vorprozessual - auf den Standpunkt, es liege ein im Verhältnis zwischen ihr und dem Kläger wirksamer und materiell gültiger Verzicht des Klägers auf Ablieferung dieser Retrozessionen vor. Sie begründet dies zusammengefasst damit, dass die vom Kläger am 17. Mai 2009 unterzeichnete Vereinbarung zwischen ihm und der D.\_\_\_\_\_ betreffend "Vertriebsentschädigung und andere geldwerte Leistungen" auf sie übergegangen sei und der Kläger im Rahmen dieser Vereinbarung gültig auf die Ablieferung der Retrozession verzichtet habe (Prot. I S. 12ff.; Urk. 28). Der Kläger bestreitet dies. Die von ihm am 17. Mai 2009 unterzeichnete Retrozessions-Vereinbarung sei unter dem Blickwinkel der neuen bundesgerichtlichen Rechtsprechung nichtig. Im Übrigen hätte diese - wenn überhaupt - nur Wirkung zwischen ihm und der D.\_\_\_\_\_ entfaltet. Die zwischen ihm und der D.\_\_\_\_\_ abgeschlossenen Vereinbarungen seien nicht auf die Beklagte übertragen worden. Die dafür nötige Zustimmung sei weder von ihm noch von der D.\_\_\_\_\_ erteilt worden (Prot. I S. 11f.; Urk. 1; Urk. 34).

Auf die einzelnen Ausführungen der Parteien wird nachfolgend - soweit für die Entscheidungsfindung nötig - einzugehen sein.

2.1 Beide Parteien gehen mit der Vorinstanz zu Recht davon aus, dass Retrozessionen gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung der Herausgabepflicht nach Art. 400 Abs. 1 OR unterliegen, soweit der Auftraggeber nicht gültig auf die

Ablieferung der Retrozessionen verzichtet hat. Die Gültigkeit einer Verzichtvereinbarung setzt dabei voraus, dass der Auftraggeber über die zu erwartenden Retrozessionen vollständig und wahrheitsgetreu informiert ist, und dass sein Wille, auf deren Ablieferung zu verzichten, aus der Vereinbarung entsprechend klar hervor geht. Als informiert gilt der Auftraggeber gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung dann, wenn er den Umfang sowie die Berechnungsgrundlagen der Retrozessionen kennt, die es ihm erlauben, die Kostenstruktur des Vermögensverwaltungsmandats zu erfassen sowie die damit verbundene Interessenkonflikte des Vermögensverwalters zu erkennen. Damit ein Vorausverzicht auf die Ablieferung gültig ist, muss der Auftraggeber demnach die Parameter kennen, die zur Berechnung des Gesamtbetrags der Retrozessionen notwendig sind und einen Vergleich mit dem vereinbarten Vermögensverwaltungshonorar erlauben. Eine genaue Bezifferung ist bei einem vorgängigen Verzicht nicht möglich, da sich der Gesamtbetrag des verwalteten Vermögens laufend verändert und die genaue Anzahl bzw. der Umfang der durchzuführenden Transaktionen im Zeitpunkt des Verzichts unbekannt ist. Damit der Kunde den Umfang der zu erwartenden Retrozessionen erfassen und dem vereinbarten Honorar gegenüberstellen kann, muss er zumindest die Eckwerte der bestehenden Retrozessionsvereinbarung mit Dritten sowie die Grössenordnung der zu erwartenden Rückvergütungen kennen. Letzterem Erfordernis wird beim Vorausverzicht Genüge getan, wenn die Höhe der erwarteten Rückvergütungen in einer Prozentbandbreite des verwalteten Vermögens angegeben wird. Das Zusammenspiel dieser beiden Elemente ermöglicht es dem Auftraggeber, im Hinblick auf einen Verzicht sowohl die Gesamtkosten der Vermögensverwaltung zu erfassen als auch die beim Vermögensverwalter aufgrund der konkreten Anreizstrukturen vorhandenen Interessenkonflikte zu erkennen (zum Ganzen: BGE 132 III 460; BGE 137 III 393; BGE 138 III 755 E. 6.3).

2.2 Umstritten ist dagegen, ob die vom Kläger am 17. Mai 2009 unterzeichnete, mit "Vertriebsentschädigung und andere geldwerte Leistungen" überschriebene Vereinbarung zwischen ihm und der D.\_\_\_\_\_ eine wirksame Verzichtserklärung im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung darstellt. Die Vorinstanz folgte dem Kläger, der das in Abrede stellt. Sie hielt fest, die Vereinbarung enthalte zwar die Berechnungsgrundlagen der Kommission, und auch der Wille des Klägers, auf

die Retrozessionen zu verzichten, gehe aus ihr hervor. Für einen rechtsgültigen Vorausverzicht auf Herausgabe der Retrozessionen fehle es jedoch an der Gröszenordnung der zu erwartenden Rückvergütungen. Ohne diese Angaben sei es dem Kläger nicht möglich, die Gesamtkosten der Vermögensverwaltung zu erfassen und auch allfällige Interessenkonflikte beim Vermögensverwalter zu erkennen (Urk. 25 S. 10). Dagegen wendet die Beklagte im Berufungsverfahren ein, es sei im Zeitpunkt der Handlungsaufnahme durch sie 100% klar gewesen, in welcher Höhe sich die Retrozessionen bewegen würden und könnten. Der Kläger habe damit ja einschlägige Erfahrungen gemacht und trotzdem einen neuen Handlungsauftrag an die Beklagte erteilt. Zudem habe der Kläger jederzeit 24h online Zugriff auf sein Konto bei der E. \_\_\_\_\_ gehabt und habe das Volumen und die Handlungstätigkeit real time mitverfolgen können. Nach den mit der D. \_\_\_\_\_ gemachten Erfahrungen sei es wenig glaubhaft, wenn der Kläger behauptete, nie im Bild gewesen zu sein. Jeder vernünftige Mensch werde nach einer besagten Erfahrung im 2. Anlauf sicher nachschauen und kontrollieren (Urk. 28 S. 3f.).

2.3 Ob die vom Kläger gegenüber der D. \_\_\_\_\_ abgegebene Verzichtserklärung den vom Bundesgericht gestellten Anforderungen an eine wirksame Verzichtserklärung entspricht oder nicht, kann allerdings offen gelassen werden. Im Verhältnis zur Beklagten könnte die vom Kläger gegenüber der D. \_\_\_\_\_ abgegebene Verzichtserklärung von vornherein nur dann Wirkung entfalten, wenn das entsprechende Vertragsverhältnis als Ganzes von der D. \_\_\_\_\_ auf die Beklagte übergegangen wäre. Das ist, wie nachfolgend zu zeigen ist, nicht der Fall.

3.1 Wie die Vorinstanz richtig festhielt (Urk. 25 S. 8), kann eine Vertragsübernahme - ausser in vom Gesetz vorgesehen Einzelfällen, die vorliegend nicht interessieren - nur rechtsgeschäftlich durch eine dreiseitige Vereinbarung unter Beteiligung der ursprünglichen Vertragsparteien und dem Übernehmer stattfinden (BSK-TSCHÄNI, N. 1 zu Art. 175 OR).

3.2 Das Zustandekommen einer Vereinbarung setzt Willensäusserungen der Parteien voraus, die übereinstimmen (Art. 1 OR). Die Willensäusserung kann dabei gemäss Art. 1 Abs. 2 OR eine ausdrückliche oder stillschweigende sein; einer expliziten Äusserungen sind also von einer bestimmten Person zu vertretende

äussere Umstände gleichgestellt, die es erlauben auf deren Willen zu schliessen. Ob die Willensäusserungen übereinstimmen, bestimmt sich in erster Linie nach dem wirklichen Willen der Parteien (Art. 18 OR). Wenn eine tatsächliche Willensübereinstimmung nicht behauptet und/oder bewiesen ist, ist nach dem Vertrauensprinzip zu prüfen, wie eine bestimmte Äusserung vom Adressaten nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen vernünftigerweise verstanden werden durfte und musste (mutmasslicher Parteiwille). Die Frage nach dem tatsächlichen Willen der Parteien ist Tatfrage, diejenige nach dem mutmasslichen Willen Rechtsfrage (BSK-BUCHER, N. 2 zu Art. 1 OR; BSK-WIEGAND N. 8ff. zu Art. 18 OR).

4. Die Beklagte argumentiert, ohne eine Vertragsübernahme wäre es ihr gar nicht möglich gewesen, die vom Kläger avisierte Handelstätigkeit über die Plattform der E.\_\_\_\_\_ durchzuführen. E.\_\_\_\_\_ hätte sie auf ihrer Plattform nicht handeln lassen, wenn kein Vertragsverhältnis zwischen dem Kläger und ihr, der Beklagten, bestanden hätte. Zwischen ihr und dem Kläger sei aber kein Vertrag geschlossen worden. Ihr sei vom Kläger lediglich eine Vollmacht zum Ausführen von Handelsaufträgen über das Konto bei der E.\_\_\_\_\_ bzw. auf den Systemen der E.\_\_\_\_\_ erteilt worden (Prot. I S. 13, 15, 19; Urk. 28 S. 3). In ihrer Berufungsbeurteilung führte sie zusätzlich zu dem im vorinstanzlichen Verfahren Vorgetragenen aus, es werde auch im Vergleich [vom 17. Juni 2009] deutlich, dass die Bewirtschaftung des Vermögens ausgelagert werde. Von neuen Verträgen sei keine Rede. Der Handel habe dadurch von der Beklagten mit einer einfachen Handelsvollmacht aufgenommen werden können. Es hätten an die E.\_\_\_\_\_ keine neuen Verträge zugestellt werden müssen, wie das sonst bei einer Neuaufnahme einer Geschäftsbeziehung Pflicht und üblich sei. Die gesamten KYC-Dokumente seien von der E.\_\_\_\_\_ übernommen worden. Die Geschäftsbeziehung mit der E.\_\_\_\_\_, der Vertrag mit der D.\_\_\_\_\_, inklusive Vereinbarung Vertriebsentschädigung und andere geldwerte Leistungen seien nie verändert worden, einzig der Handelsbevollmächtigte sei von der D.\_\_\_\_\_ auf die Beklagte geändert worden. Weshalb die E.\_\_\_\_\_ das Konto des Klägers von 1 auf 2 geändert habe, entziehe sich der Kenntnis der Beklagten. Es stehe auch im Vergleich mit dem Kläger unter Punkt 4, dass die Zahlstelle Konto 1 sei, somit identisch. Die Verträge mit der E.\_\_\_\_\_

und der D.\_\_\_\_\_ hätten ihre volle Gültigkeit behalten, ansonsten die Beklagte keine Handelsvollmacht hätte unterzeichnen und über die Handelssysteme der E.\_\_\_\_\_ hätte handeln können. Ohne Kundenverhältnis inklusive eines unterzeichneten und geprüften Vertrages sei es nicht möglich, bei E.\_\_\_\_\_ ein Konto zu führen, auf dem mit CFDs gehandelt werde. Die Beklagte habe keine solchen Verträge gemacht, womit ersichtlich sei, dass die bestehenden Verträge übernommen worden seien. Die Beklagte habe im Gegensatz zur D.\_\_\_\_\_ auch keine Verträge mit E.\_\_\_\_\_. Es sei einzig für die Übernahme des Vertrages des Klägers durch die Beklagte mit E.\_\_\_\_\_ eine Introducing Broker Vereinbarung unterzeichnet worden (Urk. 28 S. 1ff.). Alle drei Parteien seien mit dem Wechsel der Vertragspartei von der D.\_\_\_\_\_ auf die Beklagte einverstanden gewesen, ansonsten es keinen Vergleich mit der D.\_\_\_\_\_ und keine neue Handelsvollmacht mit der Beklagten gegeben hätte und auf E.\_\_\_\_\_ kein Handel hätte stattfinden können ohne neuen Vertrag mit dem Kläger. Fakt sei, dass der gesamte Vertrag übertragen worden sei und zwar im Einverständnis mit aller Parteien. Alles andere sei nicht glaubhaft. Kein Kunde vertraue der Beklagten einfach CHF 100'000.00 an, ohne davon auszugehen, dass ein Vertragsverhältnis bestehe, das über eine einfache Handelsvollmacht hinausgehe (Urk. 28 S. 3).

5.1 Die Erhebung der Berufung hat zur Folge, dass der Prozess vor der Berufungsinstanz weitergeführt wird. Der Streitgegenstand bleibt allerdings der gleiche, weshalb Tatsachen und Beweismittel, die die Parteien im erstinstanzlichen Verfahren nicht oder nicht rechtzeitig vorgebracht haben, im Berufungsverfahren grundsätzlich nicht mehr berücksichtigt werden können. Neue tatsächliche Behauptungen werden im Berufungsverfahren nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Letzteres ist dann nicht der Fall, wenn die entsprechende Tatsache bereits vor erster Instanz hätte vorgebracht werden können bzw. bereits dannzumal bekannt war, indes nur deshalb nicht vorgebracht wurde, weil die Rechtserheblichkeit der Tatsache unrichtig beurteilt wurde (ZK-REETZ/HILBER, N. 30 zu Art. 317 ZPO). Soweit die Beklagte mit ihrer erstmals in der Berufungsbegründung verwendeten Formulierung, alle drei Parteien seien mit dem Wechsel der Vertragspartei von der D.\_\_\_\_\_ auf die

Beklagte einverstanden gewesen bzw. der gesamte Vertrag sei im Einverständnis aller Parteien von der D. \_\_\_\_\_ auf sie übertragen worden (Urk. 28 S. 3), eine tatsächliche Willensübereinstimmung der Beteiligten behaupten will, liegt vor diesem Hintergrund ein unzulässiges Novum vor.

5.2 Gegenstand des Berufungsverfahrens ist damit einzig die Frage, ob nach vertrauensrechtlichen Grundsätzen (vgl. Erw. 3.2) eine Vereinbarung zwischen dem Kläger, der Beklagten und der D. \_\_\_\_\_ betreffend die Übernahme des Vertrages zwischen der D. \_\_\_\_\_ und dem Kläger durch die Beklagte zustande gekommen ist.

6.1 Die Beklagte schliesst aus dem Inhalt des Vergleichs vom 17. Juni 2009 und der Tatsache, dass ihr vom Kläger nur eine Vollmacht erteilt wurde sowie daraus, dass sie über das Handelssystem der E. \_\_\_\_\_ ohne weitere Verträge für den Kläger Handel betreiben können, darauf, dass das Vertragsverhältnis zwischen der D. \_\_\_\_\_ und dem Kläger im Einverständnis mit allen Beteiligten auf sie übergegangen sei. Allein mit einer Vollmacht wäre es ihr gar nicht möglich gewesen, die vom Kläger avisierte Handelstätigkeit über die Plattform der E. \_\_\_\_\_ durchzuführen (vgl. Erw. 4.).

6.2 Was den Inhalt des Vergleichs vom 17. Juni 2009 betrifft, ist der Beklagten insofern zu folgen, als der Vergleich zwischen dem Kläger, der D. \_\_\_\_\_ und ihr vom 17. Juni 2009 die Auslagerung der Vermögenswerte an sie erwähnt, ohne dass von neuen Verträgen die Rede ist. Allerdings wird die Auslagerung der Vermögensverwaltung an die Beklagte allein unter dem Titel "Ausgangslage" und mit dem Zusatz, dass diese durch die D. \_\_\_\_\_ erfolgt sei, erwähnt. Der Vergleich diene gemäss seinem eindeutigen Wortlaut denn auch allein der Bereinigung von Differenzen, die durch die Handelstätigkeit der D. \_\_\_\_\_ bzw. der von ihr mit der Bewirtschaftung des Vermögens betrauten Beklagten im Zeitraum vom 29. März bis am 17. Juni 2009 entstanden waren. Mit einer künftigen Auslagerung der Vermögensverwaltung durch den Kläger an die Beklagte befasste er sich nicht. Die Beklagte irrt sodann, wenn sie annimmt, mit der Unterzeichnung der "Vollmacht" durch den Kläger sei kein Vertragsverhältnis zwischen ihr und dem Kläger zustande gekommen. Das Zustandekommen eines Auftragsverhältnisses setzt

keinen (umfassenden) schriftlichen Vertrag voraus. Ein Auftrag kommt vielmehr ohne weiteres (formfrei) zustande, wenn ein Beauftragter die Besorgung bestimmter Geschäfte für den Auftraggeber übernimmt (Art. 394f. OR). Wenn die Beklagte also für den Kläger Handelsgeschäfte mit der E.\_\_\_\_\_ durchführte, tat sie dies auf der Basis eines Auftrages des Klägers. Die Vollmacht benötigte sie dabei, um gegenüber der E.\_\_\_\_\_ für den Kläger als dessen Vertreter handeln zu können. Soweit die Beklagte schliesslich damit argumentiert, dass über das Handelssystem der E.\_\_\_\_\_ ohne weitere Verträge für den Kläger kein Handel habe betrieben werden können, ist ihr entgegenzuhalten, dass der Kläger im Zeitpunkt der Auftragserteilung an sie bereits über ein Konto bei der E.\_\_\_\_\_ und damit über ein Kundenverhältnis zu dieser verfügte. Wenn es zu jenem Zeitpunkt im Verhältnis zur E.\_\_\_\_\_ noch etwas zu regeln gab, dann betraf es einzig ihr eigenes Verhältnis zu dieser. Folgt man ihren Ausführungen im Berufungsverfahren, unterzeichnete sie und die E.\_\_\_\_\_ denn auch eine Introducing Broker Vereinbarung.

6.4 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass weder aus dem Vergleich vom 17. Juni 2009 noch aus dem Umstand, dass der Kläger der Beklagten (nur) eine schriftliche Vollmacht erteilte, der Schluss gezogen werden, er habe der Übernahme seines Vertrages mit der D.\_\_\_\_\_ durch die Beklagte zugestimmt. Mit der Gestaltung des Verhältnisses zwischen der Beklagten und der E.\_\_\_\_\_ hatte der Kläger schliesslich gar nichts zu tun. Irgendwelche Erklärungen oder Umstände, die ihm als Willensäusserungen zugerechnet werden könnten, gibt es in diesem Zusammenhang daher nicht. Die D.\_\_\_\_\_ ihrerseits gab lediglich im Rahmen des Vergleichs vom 17. Juni 2009 Willenserklärungen ab. Diese bezogen sich jedoch lediglich auf die Vergangenheit und nicht auf die zukünftige Gestaltung der Handelstätigkeit für den Kläger.

7. Das Vertragsverhältnis zwischen dem Kläger und der D.\_\_\_\_\_ und damit auch die vom Kläger in diesem Rahmen unterzeichnete Vereinbarung betreffend "Vertriebsentschädigung und andere geldwerte Leistungen" vom 17. Mai 2009 ist folglich nicht auf die Beklagte übergegangen. Ein im Verhältnis zwischen ihr und dem Kläger wirksamer und materiell gültiger Verzicht auf Ablieferung von Retrozessionen liegt damit von vornherein nicht vor.

8.1 Die Klage ist daher in Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils gutzuheissen und die Beklagte demzufolge zu verpflichten, dem Kläger £ 12'463.82 zu bezahlen.

8.2. Auf diesem Betrag schuldet die Beklagte den gesetzlichen Verzugszins von 5% (Art. 104 Abs. 1 OR). Die Höhe der zur Zeit im Bankgeschäft effektiv gültigen Zinsen (vgl. Urk. 28 S. 4 "Zu Punkt 4") ist für die Höhe des von der Beklagten geschuldeten Verzugszinses nicht relevant. Der Verzugszins ist sodann ab dem Zeitpunkt des Eintritt des Verzugs geschuldet, welcher bei fälligen Verbindlichkeiten mit der Mahnung durch den Gläubiger eintritt (Art. 104 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 102 OR). Fällig wurde die Forderung des Klägers auf Herausgabe der Retrozessionen sofort, nachdem die Beklagte diese erhalten hatte. Mit Schreiben vom 2. Dezember 2010 wurde die Beklagte in der Folge durch Ansetzung einer bestimmten Zahlungsfrist per 20. Dezember 2010 in Verzug gesetzt (Urk. 5/27 S. 2). Der Verzugszins ist folglich ab 20. Dezember 2010 geschuldet. Dass die Schuld damals aus Sicht der Beklagten nicht bereits eindeutig bestand (vgl. Urk. 28 S. 4 "Zu Punkt 4"), ist nicht von Bedeutung.

### III.

1. Über die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens hat die Berufungsinstanz bei diesem Ausgang des Verfahren nicht zu entscheiden (Art. 318 Abs. 3 ZPO e contrario). Es bleibt insoweit ohne Weiteres beim erstinstanzlichen Entscheid (Urk. 25 Dispositiv-Ziffern 2. bis 4.).

3.1 Für den Berufungsprozess wird die Beklagte ausgangsgemäss kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 95 i.V.m. Art. 106 ZPO). Die Gerichtskosten sind mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen (Art. 111 ZPO).

3.2 Die Höhe der Gerichtsgebühr und die Höhe der an die Gegenseite zu bezahlenden Prozessentschädigung richtet sich nach den einschlägigen Verordnungen des Obergerichts (Art. 105 Abs. 2 ZPO; LS 211.11 und LS 215.3). Die Gerichtsgebühr ist vor diesem Hintergrund ausgehend von einem Streitwert von rund

CHF 19'000.00 auf CHF 3'000.00 (§ 12 Abs. 1 GebV OG), die Prozessentschädigung auf CHF 3'000.00 zzgl. 8% Mehrwertsteuer (total CHF 3'240.00) festzusetzen (§ 13 Abs. 2 und 3 AnwGebV).

**Es wird erkannt:**

1. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger £ 12'463.82 nebst Zins zu 5% seit 20. Dezember 2010 zu bezahlen.
2. Die erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsregelung (Dispositiv-Ziffern 2 bis 4) wird bestätigt.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf CHF 3'000.00 festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Beklagten auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet.
5. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger eine Prozessentschädigung für das Berufungsverfahren von CHF 3'240.00 zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Pfäffikon, je gegen Empfangsschein.

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 beträgt Fr. 19'000.00.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 6. August 2013

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. R. Klopfer

lic. iur. E. Iseli

versandt am:  
mc