

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PP150030-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin
lic. iur. M. Stammbach und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Würsch

Beschluss und Urteil vom 14. Januar 2016

in Sachen

A. _____,

Beklagter und Beschwerdeführer

gegen

B. _____ AG,

Klägerin und Beschwerdegegnerin

betreffend **Forderung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes (8. Abteilung) des Bezirksgerichtes Zürich vom 8. Juni 2015; Proz. FV140272

Erwägungen:

I.

1. C._____ schloss mit dem Beklagten und Beschwerdeführer (fortan Beklagter), seinem damaligen Freund und Inhaber der Einzelunternehmung D._____, am 25. Januar 2008 einen Vermögensverwaltungsvertrag. Er beauftragte darin den Beklagten, seine bei der Bank E._____ AG liegenden Wertschriften und Guthaben in Anlagegeschäften zu verwalten. Aufgrund von Kostenüberlegungen erfolgte ein Wechsel von der Bank E._____ AG zur F._____ AG; am 11. Februar 2011 bezahlte C._____ rund Fr. 110'000.00 bei der F._____ AG ein. Die in der Folge vom Beklagten getätigten Transaktionen führten zum Totalverlust des anvertrauten Vermögens (act. 3/4-5; act. 12/1; act. 2 S. 3; act. 11 S. 2 und 5; Prot. S. 7 f. und 13). Nach Einsicht in seine Kontoauszüge forderte C._____ den Beklagten auf, ihm die aufgrund der getätigten Verwaltungstransaktionen erlangten Retrozessionen bis 30. März 2014 zurückzuerstatten (act. 3/7). C._____ zederte sodann seine Forderung gegen den Beklagten an die Klägerin und Beschwerdegegnerin (fortan Klägerin). Die Klägerin zeigte dem Beklagten mit Schreiben vom 24. April 2014 die Abtretung der Forderung von C._____ an und mahnte den Beklagten zur Zahlung (act. 3/3; act. 3/8).

2.1. Am 6. August 2014 fand zwischen den Parteien beim Friedensrichteramt der Stadt Zürich, Kreise 7 + 8, eine Schlichtungsverhandlung statt. Über die von der Klägerin gegenüber dem Beklagten gestellte Forderung kam keine Einigung zustande. Daraufhin erhob die Klägerin mit Eingabe vom 7. November 2014 – unter Beilage der Klagebewilligung vom 6. August 2014 – beim Einzelgericht des Bezirksgerichts Zürich, 8. Abteilung (fortan Vorinstanz), eine Forderungsklage gegen den Beklagten. Sie stellte folgendes Rechtsbegehren (act. 1 und act. 2 S. 1):

"Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin eine Gesamtforderung, bestehend aus

1. CHF 6'722.87 Hauptforderungssaldo, nebst
2. gesetzliche Zinsen zu 5.00% ab 11.02.2011

3. CHF 600.00 Gerichtskosten Vorinstanzen, zuzüglich Zins von 5% seit 06.08.2014

unter Kosten und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten [...] zu bezahlen."

Die schriftliche Stellungnahme des Beklagten zur begründeten Klage der Klägerin datiert vom 4. Februar 2014 (act. 11). Anlässlich der auf den 12. Mai 2015 anberaumten Hauptverhandlung erstattete die Klägerin die Replik, der Beklagte die Duplik und die Parteien erhielten Gelegenheit, zu den Noven Stellung zu nehmen (act. 18; Prot. Vi S. 5 ff.). Die Klägerin stellte sich im Wesentlichen auf den Standpunkt, bei dem von ihr geforderten Forderungsbetrag handle es sich um an den Beklagten geflossene Retrozessionen, für welche dem ursprünglichen Gläubiger C._____ ein Rückforderungsanspruch zustehe. Es liege kein (gültiger) Verzicht auf Rückerstattung vor (act. 2 S. 2 und 4 f.). Der Beklagte hielt dem zusammengefasst entgegen, bei der gestellten Forderung handle es sich im Umfang von Fr. 2'272.70 um Honorar und nicht um Retrozessionen. Überdies habe C._____ gültig auf die Rückerstattung der Retrozessionen verzichtet (act. 11 S. 3 f.; Prot. Vi S. 11 ff.).

2.2. In der Folge entschied die Vorinstanz mit Urteil und Verfügung vom 8. Juni 2015 über die Klage. Der Entscheid erging zunächst unbegründet. Das Urteil lautete wie folgt (act. 21 S. 2 f.):

1. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin Fr. 4'450.15 nebst Zins zu 5% seit 27. Dezember 2011 zu bezahlen.

Im darüber hinausgehenden Umfang wird die Klage abgewiesen soweit sie nicht als durch Rückzug erledigt abgeschrieben ist.

2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'290.00 festgesetzt.

Verlangt keine der Parteien eine schriftliche Begründung des Entscheids, so ermässigt sich die Gerichtsgebühr auf zwei Drittel.

3. Die Gerichtskosten werden zu 1/3 der Klägerin und zu 2/3 dem Beklagten auferlegt und mit dem von der Klägerin geleisteten Vorschuss verrechnet. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin den Kostenvorschuss im Umfang der von ihm zu tragenden Kosten (Fr. 573.35 bei einem unbegründeten Entscheid

respektive Fr. 860.– bei einem begründeten Entscheid) zu ersetzen. Ein allfälliger Überschuss aus dem Kostenvorschuss wird der Klägerin rückvergütet.

4. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin an die Kosten des Schlichtungsverfahrens Fr. 240.– zu bezahlen.
5. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

6./7. [Schriftliche Mitteilung, Frist Begründung].

Der Beklagte nahm den unbegründeten Entscheid der Vorinstanz am 16. Juni 2015 in Empfang und verlangte fristgerecht die Begründung (act. 23-24). Der begründete Entscheid wurde dem Beklagten am 26. August 2015 zugestellt (act. 25 = act. 32; act. 27).

3.1. Mit Eingabe vom 24. September 2015 (Datum Poststempel: 25. September 2015) erhob der Beklagte rechtzeitig Beschwerde gegen das Urteil vom 8. Juni 2015. Er beantragt sinngemäss die Aufhebung von Dispositiv-Ziffer 1 des vorinstanzlichen Urteils und die Abweisung der Klage über Fr. 4'450.15 nebst Zinsen zu 5%, unter Auferlegung sämtlicher Kosten an die Klägerin (act. 30 S. 2).

3.2. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1-28). Mit Verfügung vom 5. Oktober 2015 wurde dem Beklagten Frist angesetzt, um einen Kostenvorschuss zu leisten (act. 33). Innert laufender Frist stellte der Beklagte ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (act. 35). Am 19. November 2015 ersuchte er um Gewährung der aufschiebenden Wirkung (act. 37). Mit Beschluss vom 2. Dezember 2015 wurde dem Beklagten die Frist zur Leistung des Kostenvorschusses abgenommen. Sein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wurde abgewiesen (act. 38).

3.3. Da sich die Beschwerde, wie nachfolgend aufzuzeigen sein wird, sogleich als unbegründet erweist, kann auf die Einholung einer Beschwerdeantwort der Klägerin verzichtet werden (Art. 322 Abs. 1 ZPO). Ihr ist lediglich mit dem vorliegenden Entscheid ein Doppel der Beschwerdeschrift zuzustellen. Auf die Vorbringen des Beklagten ist nachfolgend – soweit entscheidrelevant – einzugehen.

II.

1. Der vorinstanzliche Entscheid ist nur mit Beschwerde anfechtbar, da der Streitwert weniger als Fr. 10'000.00 beträgt (Art. 319 lit. a und Art. 308 ZPO). Das Beschwerdeverfahren richtet sich nach Art. 319 ff. ZPO. Die Beschwerde ist innert der Rechtsmittelfrist schriftlich und begründet bei der Rechtsmittelinstanz einzureichen (Art. 321 Abs. 1 ZPO). Aus der Begründungspflicht ergibt sich ferner, dass die Beschwerde zudem (zu begründende) Rechtsmittelanträge zu enthalten hat. In der Begründung hat ein Beschwerdeführer der Rechtsmittelinstanz im Einzelnen darzulegen, aus welchen Gründen der angefochtene Entscheid falsch ist und abgeändert werden soll. Es genügt nicht, in einer Beschwerdeschrift einen blossen Verweis auf die Vorakten anzubringen und/oder pauschale Kritik am vorinstanzlichen Entscheid zu üben, oder bloss das zu wiederholen, was bereits vor Vorinstanz vorgebracht wurde (sog. Begründungslast; vgl. OGer ZH, LB110049 vom 5. März 2012 E. 1.1 m.w.H.; OGer ZH, PF120022 vom 1. Juni 2012 E. 4.1). Mit der Beschwerde kann die unrichtige Rechtsanwendung und die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO).

2. Gemäss Art. 326 Abs. 1 ZPO sind im Beschwerdeverfahren neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel ausgeschlossen. Dies wird mit dem Charakter der Beschwerde begründet, die sich auf die Rechtskontrolle beschränkt und nicht das erstinstanzliche Verfahren fortsetzen soll. Das Novenverbot ist umfassend und gilt sowohl für echte wie auch für unechte Noven (ZK ZPO-Freiburghaus/Afheldt, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2013, Art. 326 N 3 f.).

III.

A. Rechtliches

Zum Begriff der Retrozessionen, zu deren Rückerstattungspflicht resp. -umfang gemäss Art. 400 Abs. 1 OR und den Voraussetzungen für einen gültigen Vorausverzicht auf die Rückerstattung kann zunächst auf die zutreffenden rechtlichen

Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (vgl. act. 32 Erw. 3.1.-3.2., 4.1. und 4.3.1.). Ergänzend bzw. zur Verdeutlichung ist nochmals hervorzuheben, dass der Vermögensverwaltungsvertrag grundsätzlich dem Recht des einfachen Auftrages untersteht (BGE 132 III 460 E. 4.1, u.a. mit Hinweis auf BGE 124 III 155 E. 2b, S. 161). Gemäss Art. 400 Abs. 1 OR besteht die Pflicht des Beauftragten, alle ihm im Zusammenhang mit der Auftragsausführung zugekommenen direkten und auch indirekten Vorteile wie u.a. Retrozessionen an den Auftraggeber abzuliefern. Diese Ablieferungspflicht stellt ein zentrales Element der Fremdnützigkeit des Auftrages und eine Konkretisierung der auftragsrechtlichen Treuepflicht nach Art. 398 Abs. 2 OR dar. Sie begegnet (präventiv) der Gefahr, dass der Beauftragte sich aufgrund der Zuwendung eines Dritten veranlasst sehen könnte, die Interessen des Auftraggebers nicht genügend zu berücksichtigen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist die Herausgabepflicht nicht zwingend, ein Verzicht (nachträglich oder im Voraus) durch den Auftraggeber ist zulässig. Der Wille des Auftraggebers, auf die Ablieferung der dem Beauftragten im Rahmen des Auftrags bezahlten Retrozessionen zu verzichten, muss jedoch aus einer entsprechenden Vereinbarung der Parteien klar hervorgehen. Damit ein Vorausverzicht gültig ist, muss der Auftraggeber die massgebenden Berechnungsparameter, mithin zumindest die Eckwerte der bestehenden Retrozessionsvereinbarungen mit Dritten sowie die Grössenordnung (aufgrund der ungefähren Häufigkeit der massgebenden Transaktionen) der zu erwartender Rückvergütungen kennen. Für letzteres genügt, wenn die Höhe in einer Prozentbandbreite des verwalteten Vermögens angegeben wird (vgl. BGE 138 III 755 E. 4.2 und 5.3, BGE 137 III 393 E. 2.1 ff. und BGE 132 III 460 E. 4.3).

B. Gegenstand der Ablieferungspflicht gemäss Art. 400 Abs. 1 OR

1. Die Vorinstanz erwog, dass es sich gemäss den Behauptungen des Beklagten, welche von der Klägerin unbestritten geblieben und damit anerkannt seien, bei den "Kommissionen" von Fr. 2'272.70 um das ihm zustehende Honorar und nicht um Retrozessionen handle. Die Klage sei daher im Umfang von Fr. 2'272.70 abzuweisen. Beim Forderungsbetrag von Fr. 4'450.15 handele es sich hingegen unstrittig um Retrozessionen, welche an den Beklagten geflossen seien. Die Vor-

instanz stützte sich dabei auf die Forderungsaufstellung (Courtagen AM von EUR 137.95, entsprechend Fr. 168.82 sowie Courtagen AM von Fr. 4'281.35 und Kommissionen AM von Fr. 2'272.70) der Klägerin in der Klageschrift sowie die unbestritten gebliebenen Angaben des Beklagten, welche dieser anlässlich der Hauptverhandlung vom 12. Mai 2015 in seiner Duplik gemacht hatte (act. 32 S. 4 f.). Der Beklagte hatte auf richterliche Nachfrage hin ausgeführt, die "Kommissionen AM" würden den erwähnten Honorarbestandteil von 1.2% pro Quartal zuzüglich allfälliger weiterer Auslagen (beispielsweise im Zusammenhang mit der Vermögensverwaltung anfallende ausserordentliche Kosten für Telefonie, schriftliche Korrespondenz etc.) darstellen. Bei den "Courtagen AM" gemäss Buchungsübersicht der F._____ AG handle es sich – so die Aussage des Beklagten – um sog. Retrozessionen (act. 2 S. 2 f.; Prot. VI S. 11 f. und 18 f.; vgl. auch act. 3/6/1 und act. 20/1, Ziff. 2.).

2. Zweitinstanzlich bringt der Beklagte vor, dass ein wichtiges Detail noch ungenannt geblieben sei. Retrozessionen seien Vergütungen, welche die Bank dem Vermögensverwalter von den Courtageeinnahmen gutschreibe. Sie könnten variieren, teils seien es 30 Prozent, teils 60 Prozent. Es handle sich um eine Vereinbarung im Vertrag zwischen der Bank und dem Vermögensverwalter. Bei der E._____ AG sei dies noch so gewesen, bei der F._____ AG hingegen nicht mehr. Die F._____ AG habe in allen Modellen ihre Courtage berechnet, die Gebühr für den Vermögensverwalter sei aber zu Beginn von diesem festgelegt und zusätzlich zur Courtage erhoben worden. Somit habe es sich bei der Gebühr um Kommissionen gehandelt, welche vom Vermögensverwalter erhoben worden seien, und nicht um Retrozessionen im eigentlichen Sinne. Wie man in der Aufstellung der Kommissionen sehen könne, seien diese in "Courtage AM" (Courtage Asset Manager) und "Courtage Bank" aufgeteilt. Aus der Aufstellung der F._____ AG sei ersichtlich, dass die Bank im Minimum Fr. 25.00 und ansonsten den Ansatz von 0.27 Prozent veranschlage. Die "Courtage AM" betrage immer 0.43 Prozent und sei zusätzlich zu entrichten. Er sei sich diesem Sachverhalt vor Vorinstanz nicht mehr bewusst gewesen und er habe fälschlicherweise angenommen, dass es sich um Retrozessionen handle (act. 30 Rz. 5-6).

3. Diese Ausführungen des Beklagten stellen – wie er selber festhält – neue Feststellungen von ihm dar. Auch reichte der Beklagte die Aufstellung der Kommissionen der F._____ AG (act. 31/3 S. 1), auf welche er sich bezieht, erst in zweiter Instanz ins Recht. Ob es sich dabei um, wie vom Beklagten behauptet (act. 30 Rz. 5), echte Noven oder um unechte Noven handelt, muss nicht weiter erörtert werden. Die einen wie die anderen haben im Beschwerdeverfahren unberücksichtigt zu bleiben (vgl. oben Erw. II.2.). Ohnehin ist nicht eingängig, was der Beklagte aus seinen Ausführungen für sich ableiten möchte. Dass dem Beklagten die umstrittenen Geldbeträge von der F._____ AG ohne inneren Zusammenhang mit dem erteilten Vermögensverwaltungsauftrag bzw. der Auftragsausführung zugegangen wären und nicht unter die Ablieferungspflicht nach Art. 400 Abs. 1 OR fallen würden (vgl. dazu BGE 138 III 755 E. 4.2 und 5.3 sowie BGE 132 III 460 E. 4.1), ist nicht ersichtlich.

C. Vorausverzicht auf Rückerstattung

1. Die Vorinstanz erwog zusammengefasst, eine Pflicht zur Rückerstattung der erlangten Retrozessionen an den Auftraggeber müsse nicht positiv vereinbart werden. Sie sei bereits als Grundsatz im Gesetz vorgesehen (Art. 400 Abs. 1 OR), wobei eine abweichende Vereinbarung getroffen werden könne (act. 32 S. 7, Erw. 3.3). Vorliegend könne offen bleiben, ob der Verzicht auf die Ablieferung der Retrozessionen, wie er im Anhang zum Vertrag vom 25. Januar 2008 geregelt sei, Vertragsbestandteil geworden sei. Denn es handle sich aufgrund seiner allgemein gehaltenen Formulierung so oder so nicht um einen gütigen Vorausverzicht im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung. Für die (vom Bundesgericht) verlangten Kenntnisse der konkreten Berechnungsgrundlagen der Retrozessionsvereinbarung zwischen dem Beklagten und der F._____ AG sowie des konkret zu erwartenden Transaktionsvolumens sei die sich aus den Behauptungen des Beklagten ergebende blosser Möglichkeit des Kunden, in die getätigten Geschäfte Einsicht zu nehmen, nicht ausreichend. Ebenso würde es nicht ausreichen, dass C._____ ein erfahrener Geschäftsmann gewesen sein soll, er über die Thematik von Retrozessionen im Allgemeinen informiert und anlässlich gemeinsamer Essen "über Retrozessionen, namentlich über die Höhe der von den Banken

erhobenen Gebühren", gesprochen worden sein soll. Der Beklagte habe ausgeführt, dass alles, was zwischen ihm und C._____ bezüglich Retrozessionen vereinbart worden sei, im Anhang zum Vermögensverwaltungsvertrag stehe. Auf Nachfrage habe der Beklagte dazu im Widerspruch ausgeführt, er und C._____ hätten die Retrozessionen bei der F._____ AG schon ganz am Anfang, sprich im Zeitpunkt der Vertragsunterzeichnung besprochen. Was diesbezüglich im Einzelnen besprochen worden sein soll, habe der Beklagte dagegen nicht ausgeführt. Der Beklagte habe einzig geltend gemacht, dass er C._____ mitgeteilt habe, es würden Retrozessionen anfallen und die Vermögensverwaltung bei der F._____ AG sei im Vergleich zur Bank E._____ AG einiges günstiger. Dies sage wiederum weder etwas über die Berechnungsgrundlagen der konkreten Retrozessionsvereinbarung noch über das konkret zu erwartende Transaktionsvolumen und damit über den Umfang der an den Beklagten geflossenen Retrozessionen aus. Der Beklagte habe auch keine zum Beweis tauglichen Beweismittel genannt. Da der aufgerufene Zeuge G._____ gemäss Angabe des Beklagten keine Aussagen dazu machen könne, was bei Vertragsunterzeichnung zwischen ihm und C._____ besprochen worden sein soll, könne die Abnahme dieses Zeugenbeweises unterbleiben (act. 32 S. 9 f., Erw. 4.3.2.-4.3.3.).

2.1. Der Beklagte bringt in seiner Beschwerde vor, es fehle schlicht der Beweis, dass C._____ über die Retrozessionen nicht Bescheid gewusst habe. Die diesbezüglichen Behauptungen von C._____ würden nicht ausreichen, seien einfach aus der Luft gegriffen und nicht beweisbar. Nach über sieben Jahren mit einer leeren Behauptung aufzuwarten und sich so eine Rückzahlung der Retrozessionen erschleichen zu wollen, genüge nicht als Beweis. Aus seiner Sicht könne nicht nachvollzogen werden, weshalb eine simple Behauptung (C._____s) genügen solle, um die angeblichen Retrozessionen zu erhalten (act. 30 Rz. 2 f.).

2.2. Mit diesen Ausführungen verkennt der Beklagte die Beweislastverteilung. Gemäss Art. 8 ZGB hat, wo das Gesetz es nicht anders bestimmt, derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet. Damit hat der Beauftragte, der dem Herausgabeanspruch des Kunden des-

sen Verzicht auf die Ablieferung zugeflossener Retrozessionen entgegenhalten will, zu beweisen, dass die Voraussetzung der hinreichenden Information beim Auftraggeber vorlag (BGE 137 III 393 E. 2.5, S. 401). Der Beklagte trägt somit die Beweislast sowohl für den (ausdrücklichen) Verzicht von C._____ auf die Herausgabe der Rückvergütungen als auch dafür, dass dieser Verzicht in Kenntnis der nötigen Grundlagen erfolgte. Aus seinen genannten, mitunter pauschalen Beanstandungen kann der Beklagte folglich nichts für sich gewinnen.

3.1. Der Beklagte wehrt sich sodann gegen die Feststellung der Vorinstanz, dass der im Anhang zum Vertrag vom 25. Januar 2008 enthaltene Vorausverzicht von C._____ auf die Ablieferung von Retrozessionen nicht gültig sei. Er bringt damit zusammenhängend vor, die allgemeine Verzichtsformulierung in den Vermögensverwaltungsverträgen habe zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses mit der H._____ (nachfolgend H._____), der ersten Vermögensverwalterin von C._____, bei welcher er (der Beklagte) als Vizedirektor angestellt gewesen sei, genügt. Erst heute müsse explizit im Vertrag stehen, wie viel der Vermögensverwalter von der Bank erhalte. Früher habe eine mündliche Information genügt. Der von C._____ mit der H._____ abgeschlossene Vertrag sei genauso von der Einzelunternehmung D._____ übernommen und von C._____ ein zweites Mal unterzeichnet worden, wobei dieser den Vertrag so genau durchgelesen habe, dass er Textpassagen gestrichen habe. Wüsste C._____ nicht sehr genau um die Retrozessionsansätze, so müsste er auch den Vertrag aus dem Jahr 2007 mit der H._____ anfechten und die Retrozessionen zurückverlangen (act. 30 Rz. 1 und 3).

3.2. Im Grundsatz ist den Ausführungen des Beklagten zur Verzichtsformulierung in Vermögensverwaltungsverträgen resp. der Form der Information über die zu erwartenden Retrozessionen das Folgende entgegen zu halten: Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist ein voraussetzungsloser pauschaler Vorausverzicht auf die Herausgabe von Retrozessionen im Hinblick auf die damit verbundene Gefahr von Interessenkonflikten, die durch die Ablieferungspflicht nach Art. 400 Abs. 1 OR gerade verhindert werden sollen, problematisch. Deshalb setzt eine Vereinbarung der Parteien, wonach allfällige Retrozessionen beim Vermögensverwalter verbleiben, voraus, dass der Auftraggeber über die zu erwartenden

Retrozessionen hinreichend informiert ist. Die (vorausgesetzte) Aufklärung muss indes – unabhängig davon, ob es sich um einen gänzlich unerfahrenen und unwissenden oder um einen erfahrenen und in finanziellen Angelegenheiten sachkundigen Vermögensträger handelt – in keiner bestimmten Form erfolgen (BGE 137 III 393 E. 2.4 S. 398 und E. 2.5 S. 400). Zwar enthält der zwischen C._____ und dem Beklagten abgeschlossene Vermögensverwaltungsvertrag sowie auch der Anhang (sollte dieser überhaupt zum Vertragsbestandteil geworden sein) keine entsprechende Aufklärung. Eine mündliche Information würde jedoch genügen, müsste vom Beauftragten aber behauptet und bewiesen sein (vgl. dazu die nachfolgenden Erwägungen). Der Beklagte kann allein daraus, dass C._____ allenfalls bereits früher einen inhaltlich identischen Vertrag mit der H._____ abgeschlossen hatte und aus diesem Ansprüche auf Rückerstattung von Retrozessionen hätte geltend machen können bzw. (bisher) nicht geltend gemacht hätte, nichts für seinen Standpunkt ableiten. Der Beweis für einen Verzicht von C._____ auf die Herausgabe der Rückvergütungen in Kenntnis der nötigen Grundlagen im Vertragsverhältnis zum Beklagten ist aufgrund dessen nicht erbracht.

4.1. Der Beklagte macht im Weiteren geltend, C._____ sei ein erfahrener und sachkundiger Vermögensträger, welcher sich mit der Thematik der Retrozessionen auskenne. Er sei ein erfolgreicher Geschäftsmann, der mehrere Bankverbindungen besitze und Teile seines Vermögens auch durch andere Vermögensverwalter verwalten lasse. Er habe mit C._____ zusammen auch einmal ein Verhandlungsgespräch bei der I._____ geführt, in welchem es um die Courtagen der Bank gegangen sei. Er könne dazu Frau J._____ als Zeugin aufrufen. C._____ habe die Retrozessionsansätze aufgrund ihrer langjährigen Freundschaft und den zahlreichen Gesprächen über Vermögensverwaltung sowie Kommissionen, welche früher, bei der Vertragsunterzeichnung und danach immer wieder geführt worden seien, sehr genau gekannt. Hierzu könne der Zeuge G._____ eine Aussage machen. Zum ersten Mal habe er C._____ im Jahre 2007 beim Abschluss des Vertrages mit der H._____ über die Retrozessionen informiert. Als Zeuge könne K._____ aufgerufen werden. Auch wenn im Anhang zum Vertrag mit der D._____ der prozentuale Anteil der Retrozessionen nicht vermerkt gewesen sei,

so sei dieser C._____ mündlich mitgeteilt worden und mit seiner Unterschrift unter den Vertrag habe er auf die Retrozessionen verzichtet (act. 30 Rz. 1-4).

4.2.1. Es ist im Einzelfall zu bestimmen, inwieweit eine aktive Aufklärung durch den Beauftragten erforderlich ist, damit die Kenntnis des Auftraggebers hinsichtlich der Retrozessionen für einen Verzicht ausreicht. Der Geschäftserfahrenheit des Auftraggebers ist Rechnung zu tragen. Bei einem erfahrenen und in finanziellen Angelegenheiten sachkundigen Vermögensträger – wovon die Vorinstanz in Übereinstimmung mit den beklaglichen Behauptungen ausging – ist der Hinweis auf die technischen Eckwerte der bestehenden Retrozessionsvereinbarung mit Dritten sowie auf das zu erwartende Transaktionsvolumen bzw. die Angabe der erwarteten Rückvergütungen als Prozentbandbreite des verwalteten Vermögens ausreichend. Kein Informationsbedarf besteht und der erklärte Verzicht ist ohne besondere Aufklärung durch den Vermögensverwalter gültig, wenn der Auftraggeber im Zeitpunkt des Vertragsschlusses, etwa aufgrund vorbestehender Geschäftsbeziehungen oder infolge Information durch Dritte (z.B. der Depotbank), bereits Kenntnis der massgebenden Berechnungsgrundlagen hat (BGE 137 III 393 E. 2.5). Wie bereits ausgeführt (vgl. oben Erw. III.C.2.2.) ist der Beklagte dafür, dass C._____ in Kenntnis der nötigen Grundlagen auf die Rückerstattung verzichtet hat, beweispflichtig. Als beweisbelastete Partei hat er die zu beweisenden Tatsachen zu behaupten, weshalb mit der Beweislast die Behauptungslast einhergeht. Die Klägerin als diesbezüglich beweisfreie Partei trifft hingegen die Bestreitungslast. Ein Aspekt der Behauptungslast ist die Substantiierungspflicht, was bedeutet, dass die Tatsachenbehauptungen so konkret zu formulieren sind, dass sie einerseits ohne Weiteres als Beweissatz formuliert und in eine allfällige Beweisverfügung aufgenommen werden können, und andererseits substantiiertes Bestreiten möglich ist bzw. der Gegenbeweis angetreten werden kann (BSK ZGB I-Lardelli, 5. A., Basel 2014, Art. 8 N 29 und 33).

4.2.2. Die vagen Ausführungen des Beklagten zur erfolgten (mündlichen) Aufklärung von C._____ über die Retrozessionen als Voraussetzung für einen gültigen Vorausverzicht auf deren Herausgabe genügen, wie bereits die Vorinstanz dem Sinn nach zutreffend erwog, den Substantiierungsanforderungen nicht. Es

fehlt – trotz Nachfragen der Vorinstanz (Prot. VI S. 19-21) – an konkreten Darlegungen des Beklagten, in welchem Gespräch, mit welchen Angaben C. _____ über die Retrozessionen bei der F. _____ AG informiert worden sein soll. Die blossen Hinweise des Beklagten auf die Sachkunde von C. _____, auf dessen Geschäftserfahrenheit und Vertrautheit mit der Thematik der Retrozessionen sowie ihre langjährige Freundschaft und die zahlreichen Gespräche über Vermögensverwaltung stellen lediglich Wiederholungen des bereits vor Vorinstanz Vorgebrachten dar (vgl. act. 11 S. 3 f. und Prot. VI S. 14 und 20). Eine sachbezogene Auseinandersetzung mit den vorinstanzlichen Erwägungen dazu bleibt aus. Des Weiteren führt der Beklagte wie bereits vor Vorinstanz an, sein Honorar, welches auf der gleichen Seite des Vertragsanhanges stand wie die Verzichtserklärung, sei C. _____ zugegebenermassen bekannt gewesen. Dies spreche dafür, dass C. _____ sehr wohl über alles informiert gewesen sei (act. 2 S. 4; Prot. VI S. 14 und S. 20; act. 30 Rz. 2, 2. Absatz). Dieser Ansicht des Beklagten kann nicht gefolgt werden. Der Formulierung im Vertragsanhang sind die notwendigen Informationen hinsichtlich der Retrozessionen nicht zu entnehmen. Auch bei dessen Kenntnis wäre der Beweis einer genügenden Information C. _____s über die Retrozessionen nicht erbracht. Des Weiteren lassen die Ausführungen des Beklagten zur vorbestehenden Geschäftsbeziehung von C. _____ mit der H. _____ nicht den Schluss zu, dass für den Verzicht auf die Herausgabe von Retrozessionen im Vertragsverhältnis zum Beklagten keine besondere Aufklärung nötig gewesen wäre. Zum einen fehlt es auch hier an einer hinreichenden Substantiierung des Beklagten, welche Informationen C. _____ im Rahmen der damaligen Vertragsbeziehung über die Retrozessionsvereinbarungen der H. _____ zu Dritten und den Retrozessionsumfang hatte. Zum anderen behauptet der Beklagte zwar, der von ihm mit C. _____ abgeschlossene Vermögensverwaltungsvertrag sei identisch mit jenem gewesen, welcher C. _____ mit der H. _____ abgeschlossen hatte. Es ist allerdings nicht davon auszugehen und vom Beklagten auch nicht dargetan, dass die zwischen der H. _____ mit Dritten getroffenen Retrozessionsvereinbarungen mit jenen identisch gewesen wären, welche der Beklagte mit Dritten abgeschlossen hatte. Dies gilt umso mehr, als von den Parteien ein Wechsel der Depotbank, sprich ein Wechsel von der Bank

E._____ AG zur F._____ AG vorgenommen worden war. Vor Vorinstanz führte der Beklagte selber an, bei der Bank E._____ AG wären die von ihm einkassierten Courtagen höher gewesen als sie nach dem Wechsel bei der F._____ AG gewesen seien (Prot. Vi S. 16). Schliesslich ist anzufügen, dass es sich bei der Anrufung der Zeugin J._____ durch den Beklagten um eine neue Beweisofferte im Beschwerdeverfahren handelt. Sie hat nach Art. 326 Abs. 1 ZPO unbeachtlich zu bleiben. Insoweit der Beklagte zweitinstanzlich geltend machen möchte, der Zeuge G._____ könne bezeugen, was bei der Vertragsunterzeichnung zwischen ihm und C._____ betreffend Retrozessionen besprochen worden sei, so handelt es sich auch dabei um ein unbeachtliches Novum. Vor Vorinstanz gab der Beklagte nämlich noch an, G._____ könne dazu, was bei Vertragsunterzeichnung besprochen worden sei, keine Angaben, da er damals nicht anwesend gewesen sei. G._____ könne jedoch bezeugen, dass während sechs bis sieben Jahren anlässlich gemeinsamer Abendessen Gespräche über Banken und Retrozessionen geführt worden seien. Letzteres erachtete die Vorinstanz zu Recht als beweisuntauglich (Prot. Vi S. 21; act. 32 Erw. 4.3.3.). Ganz grundsätzlich ist in Bezug auf die angerufenen Zeugen G._____ sowie K._____ zu bemerken, dass der Beklagte, um zum Beweis zugelassen zu werden, zunächst hinreichend substantiierte Behauptungen zum Beweisthema aufzustellen hat. Da der Beklagte dies zum Beweisthema der genügenden Information von C._____ betreffend die Retrozessionen im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses versäumte, hatte bzw. hat bereits aus diesem Grund keine Abnahme der angerufenen Zeugen zu erfolgen. Das Beweisverfahren ist nicht dazu bestimmt, ungenügende Sachverhaltsdarstellungen zu vervollständigen bzw. den Prozessstoff erst zu sammeln (BK ZPO-Brönnimann, Bd. II, Bern 2012, Art. 152 N 31; BSK ZPO-Hafner, 2. A., Basel 2013, Art. 16 N 15).

D. Fazit

Gemäss den vorstehenden Ausführungen ist es dem Beklagten folglich nicht gelungen, darzulegen, dass C._____ vorgängig gültig auf die Herausgabe der Retrozessionen, welche er (der Beklagte) im Zusammenhang mit der Verwaltung von dessen Vermögen erhalten hat, verzichtet hatte. Der Vorinstanz kann weder eine

unrichtige Rechtsanwendung noch eine offensichtlich unrichtige Sachverhaltsfeststellung vorgeworfen werden. Sie hat die Klage im Umfang von Fr. 4'450.15 (zzgl. Zinsen) zu Recht gutgeheissen. Die Beschwerde ist entsprechend abzuweisen.

IV.

1. Der Beklagte hat mit Eingabe vom 19. Oktober 2015 ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gestellt (act. 35). Eine Partei hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 ZPO). Da die Gewinnaussichten der Beschwerde von Anfang an beträchtlich geringer waren als die Verlustrisiken (vgl. vorstehende Erwägungen), ist diese als im armenrechtlichen Sinne aussichtslos anzusehen und das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ist aus diesem Grund abzuweisen (Art. 117 lit. b ZPO). Weiterungen erübrigen sich.

2. Ausgangsgemäss wird der Beklagte für das zweitinstanzliche Verfahren kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist ausgehend von einem Streitwert von Fr. 4'450.15 in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 4 Abs. 1 und 2 der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG) auf Fr. 940.00 festzusetzen und dem Beklagten aufzuerlegen. Es sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen: Dem Beklagten nicht, weil er unterliegt, der Klägerin nicht, weil ihr im Beschwerdeverfahren keine relevanten Umtriebe entstanden sind (Art. 106 Abs. 1 und Art. 95 Abs. 3 ZPO).

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch des Beklagten um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren wird abgewiesen.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 940.00 festgesetzt.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Beschwerdeverfahren werden dem Beklagten auferlegt.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin unter Beilage der Doppel von act. 30 und act. 31/2-3, sowie an das Bezirksgericht Zürich, 8. Abteilung, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

6. 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. 4'450.15.

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. K. Würsch

versandt am: