



Fall-Nr.:	HG.2018.11
Stelle:	Kantonsgericht
Rubrik:	Handelsgericht
Publikationsdatum:	22.09.2020
Entscheiddatum:	12.09.2019

### Entscheid Handelsgericht, 12.09.2019

**Art. 400, Art. 135 Abs. 2, Art. 65 ZPO, Art. 63 ZPO, 198 lit. f ZPO 1. Für die Beurteilung des Herausgabeanspruches von Retrozessionen kommt es nicht entscheidend darauf an, welcher Vertrag schriftlich geschlossen wurde, sondern darauf, ob die Beklagte tatsächlich beratend auf die Anlageentscheidungen eingewirkt hat. Im konkreten Fall führen die Wortwahl eines aufgezeichneten Gesprächs und der schriftlich ausdrücklich festgehaltene Wunsch der Auftraggeber zum Schluss, dass die Rolle des Kundenberaters nicht diejenige eines passiven Befehlsempfängers war. Es ist deshalb nicht von einer blossen Konto-/Depotbeziehung (execution only), sondern von einer tatsächlich erfolgten Beratung auszugehen. 2. Ob bei einer Anlageberatung die Retrozessionen herauszugeben sind, muss einzelfallweise aufgrund der Umstände geprüft werden. Hat die Beauftragte die Wahl des Anlageprodukts durch ihre Beratung zumindest beeinflusst bzw. selber festgelegt und sich vom Kunden den Kauf provisionsprofitabler Anlagen bestätigen lassen, so ist davon auszugehen, dass ein innerer Zusammenhang zwischen dem Anlageberatungsvertrag und den durch die Beklagte vereinnahmten Retrozessionen besteht. Wurde der Auftraggeber in einer solchen Situation nicht darüber informiert, dass der Beauftragte für das Wertpapier Retrozessionen erhält, so sind aufgrund des gegenüber dem Auftraggeber nicht offen gelegten Interessenskonflikts Retrozessionen herauszugeben (Art. 400 Abs. 1 OR), hat die Beauftragte doch ein erhebliches Eigeninteresse daran, den Auftraggebern provisionsprofitable Anlagen vorzuschlagen. 3. Aus der Regelung von Art. 135 Abs. 2 OR lässt sich nicht entnehmen, dass die Unterbrechung der Verjährung eine Rechtshängigkeit (Art. 62 ZPO) oder eine Fortsetzung des Verfahrens (Art. 65 ZPO) voraussetzt. Weder das eine noch das andere lässt sich mit dem Zweck der Verjährungsunterbrechung oder dem Schutz des Schuldners begründen. 4. Artikel 198 lit. f ZPO regelt nicht die sachliche Zuständigkeit der Schlichtungsbehörde, sondern hält bloss fest, in welchen Fällen es zur Einreichung einer Klage (Art. 197 ZPO) keiner Klagebewilligung (Art. 209**



ZPO) bedarf. Es ist deshalb davon auszugehen, dass im Zusammenhang mit der Unterbrechung der Verjährung die sachliche Zuständigkeit der angerufenen Schlichtungsbehörde nicht zu prüfen ist, da sie weder eine Voraussetzung für die Verjährungsunterbrechung bildet noch einem Vermittlungsversuch der Schlichtungsbehörde absolut entgegensteht. 5. Wird ein Schlichtungsbegehren für eine unbezifferte Forderungsklage mit einem Mindestbetrag von Fr. 10'000.00 gestellt, fällt dieses nicht in den Anwendungsbereich von Art. 198 lit. f ZPO, da der Streitwert für eine Klage am Handelsgericht nicht erreicht wird. Dies ändert nichts daran, dass die Verjährung selbst für den Fr. 10'000.00 übersteigenden Betrag unterbrochen wurde. Trotz des unglücklichen Wortlauts von Art. 198 lit. f ZPO ist nicht davon auszugehen, dass die verjährungsunterbrechende Wirkung des Schlichtungsbegehrens nachträglich entfällt, weil der Streitwert der Klage höher ist und vor dem Handelsgericht geklagt wird. 6. Der Beauftragte befindet sich mit der Erfüllung der Pflicht zur Herausgabe von Geldern zumindest solange nicht im Rückstand (Art. 400 Abs. 2 OR), als der Auftraggeber weder Rechnungslegung noch Herausgabe verlangt hat. 7. Das Handelsgericht St. Gallen ist für die Erteilung von Rechtsöffnungen sachlich nicht zuständig. Es kann einzig den Rechtsvorschlag beseitigen. (Handelsgericht, 12. September 2019, HG.2018.11).

### Erwägungen

#### I.

1. Die X. AG (Klägerin) mit Sitz in Zürich bezweckt gemäss Handelsregistereintrag die Ausführung von Dienstleistungen auf den Gebieten des Finanz- und Rechnungswesens, Bewertung und Verwertung von Ansprüchen aller Art, Erstellung von Expertisen, allgemeinen Treuhandfunktionen, Geschäftsführungen und Verwaltungen, betriebswirtschaftlichen Beratungen sowie Betriebsplanung und -organisation.



2. Die Y. AG (Beklagte) mit Sitz in St. Gallen bezweckt gemäss Handelsregistereintrag den Betrieb einer Bank in der Schweiz; insbesondere Anlageberatung und Vermögensverwaltung inklusive Führung von Depotkonten und Depotverwaltung; Entgegennahme fremder Gelder auf eigene Rechnung oder Rechnung Dritter; An- und Verkauf von Wertpapieren, Investmentanteilen, Devisen, inklusive davon abgeleiteter Wertrechte, auf Rechnung Dritter und auf eigene Rechnung; Gewährung von Darlehen und Krediten; Abwicklung des Zahlungsverkehrs; bankübliche Kassageschäfte inkl. Geldwechsel sowie Fondsvertrieb.

3. Die Beklagte unterhielt im Zeitraum vom 16. Juni 2003 bis zum 24. September 2016 eine Geschäftsbeziehung mit K. B. und S. N.. Im Rahmen dieser Geschäftsbeziehung eröffneten K. B. und S. N. bei der Beklagten am 16. Juni 2003 ein Nummernkonto und Depot mit der Kontonummer 100.557/08.14. Am 1. April 2014 eröffneten K. B. und S. N. bei der Beklagten sodann ein Namenkonto und Depot mit der Kontonummer 100.557.101 (kläg.act. 1 und 2). Die beiden Kundenbeziehungen Nr. 100.557/08.14 und Nr. 100.557.101 sind gemäss der Beklagten identisch; die Änderung der letzten Ziffern seien auf einen Wechsel im Bankensystem im Jahre 2011 zurückzuführen. Im Jahr 2014 wurde das Nummernkonto in ein Namenkonto umgewandelt, weshalb ein neues Kontoeröffnungsformular erstellt wurde. Die Kundennummer 100.557 blieb bestehen. Am 24. September 2016 wurde die Kundenbeziehung aufgelöst (kläg.act. 10).

4. Gemäss der Klägerin vereinbarten K. B. und S. N. mit der Beklagten, dass Beträge von EUR 230'000.00 bis ca. EUR 280'000.00 verwaltet und angelegt würden. Die Beklagte bestreitet, dass für die Kundenbeziehung Nr. 100.557 ein Vermögensverwaltungs- oder ein Anlageberatungsvertrag vorgelegen habe. Vielmehr habe es sich laut der Beklagten um eine reine Konto-/Depotbeziehung gehandelt (execution only).



5. Die Beklagte erhielt in den Jahren 2003 bis 2014 für die Kundenbeziehung Nr. 100.557 gemäss eigener Aufstellung, welche der Klägerin herausgegeben wurde, Retrozessionen im Gesamtwert von EUR 35'488.22 (kläg.act. 16). Die Klägerin verlangt u.a. die Herausgabe dieser Retrozessionen. Die Retrozessionen stammten aus dem Zertifikat "Open End Cert ABN Amro Bank NV", ISIN NL0000211456, welches im Zuge der Übernahme der ABN Amro Bank durch die Royal Bank of Scotland im Jahre 2010 in "Open End Cert Royal Bank of Scotland NV" mit identischer ISIN NL0000211456 unbenannt wurde. Aus den Vermögensauszügen ergibt sich, dass K. B. und S. N. per 31. Dezember 2009 das Open End Cert ABN Amro Bank NV, ISIN NL0000211456, und per 31. Dezember 2010 das Open End Cert Royal Bank of Scotland NV mit identischer ISIN NL0000211456 besassen (bekl.act. 18 und 19). Im März 2015 kündigte die Emittentin Royal Bank of Scotland das Zertifikat Open End Cert Royal Bank of Scotland NV (bekl.act. 24). Am 9. März 2015 erfolgte die Rückzahlung des Zertifikats, worüber K. B. und S. N. am 11. März 2015 schriftlich informiert wurden (bekl.act. 25). Nach einem Telefonat zwischen S. N. und der Beklagten am 31. März 2015 wurde das Kapital in das "Vermögensmandat Strategie Wachstum", ISIN DE000A110F2, investiert. Am 9. September 2016 wies S. N. die Beklagte an, die Anlage Vermögensmandat Strategie Wachstum vollständig aufzulösen und das vorhandene Kapital auf das bestehende Konto bei der Beklagten zu überweisen (bekl.act. 11).

6. Mit Vereinbarungen vom 4. August 2014, vom 1. Februar 2015 und vom 8. August 2016 wurden der Klägerin von K. B. und S. N. (nachfolgend: die Zedenten) Ansprüche gegen den Vermögensverwalter (a) auf eine detaillierte Rechenschaftsablage über sämtliche Zuwendungen (Retrozessionen, Vertriebsentschädigungen, andere Zuwendungen finanzieller und/oder nicht finanzieller Art), die dem Vermögensverwalter in den letzten 10 Jahren im Zusammenhang mit den einzelnen Anlagen des Zedenten, von Emittenten der investierten Produkte, Fondsgesellschaften oder sonstigen Dritten zugekommen sind; (b) auf Vergütung dieser Zuwendungen durch den Vermögensverwalter nach Massgabe der gesetzlichen Bestimmungen abgetreten (kläg.act. 11).



7. Die Klägerin forderte die Beklagte mit Schreiben vom 9. Oktober 2015 (kläg.act. 12) auf, Unterlagen und Informationen über die Geschäftsbeziehung mit den Zedenten herauszugeben. Die daraufhin erfolgte Herausgabe von diversen Unterlagen seitens der Beklagten erachtete die Klägerin als ungenügend; insbesondere fehlten laut Klägerin Kontoeröffnungsunterlagen aus dem Jahr 2003 sowie ein Vermögensverwaltungs- oder ein Anlageberatungsvertrag und die Auskunft über die Höhe der erhaltenen Vergütungen und geldwerten Leistungen (Klage, Ziff. 13).

8. Da die Beklagte ihrer Herausgabepflicht nach Auffassung der Klägerin nicht vollends nachkam, gelangte Letztere ans Vermittlungsamt St. Gallen und erhielt am 7. Juni 2016 die Klagebewilligung (kläg.act. 14), von der sie indessen innerhalb der Gültigkeitsdauer von drei Monaten keinen Gebrauch machte. Hingegen reichte sie mit Eingabe vom 16. Januar 2018 die vorliegende Klage (act. 1) ein, mit der sie von der Beklagten EUR 39'789.82 nebst Zinsen fordert. Mit Klageantwort vom 9. April 2018 (act. 9) beantragt die Beklagte die Abweisung der Klage. Im Wesentlichen macht sie geltend, dass weder ein Vermögensverwaltungs- noch ein Anlageberatungsmandat, sondern eine reine Konto-/Depotbeziehung vorgelegen habe. Eine Instruktionsverhandlung fand mangels Interesses der Klägerin nicht statt (act. 12). Der klägerische Antrag auf Erlass eines Beweisbeschlusses bezüglich Aktenedition vor der Durchführung des zweiten Schriftenwechsels wurde mit Verfügung vom 5. Juni 2018 abgewiesen (act. 16). Mit Replik vom 13. Juli 2018 (act. 20) hielt die Klägerin an den gestellten Rechtsbegehren fest. Die Beklagte hielt mit Duplik vom 24. September 2018 (act. 30) ebenfalls an den gestellten Rechtsbegehren fest. Die Klägerin nahm mit Noveneingabe vom 4. Oktober 2018 (act. 33) Stellung zu den Ziffern 9, 26 und 39 der Duplik. Mit Schreiben vom 25. und 30. Januar 2019 verzichteten die Parteien auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung (act. 42 und 43).

II.



Die örtliche und sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons St. Gallen ist unbestrittenermassen gegeben. Beide Parteien sind im schweizerischen Handelsregister eingetragen, die Streitigkeit betrifft die geschäftliche Tätigkeit der Beklagten und der Streitwert beläuft sich auf über Fr. 30'000.00 (Art. 6 Abs. 2 ZPO i.V.m. Art. 10 Abs. 1 EG ZPO/SG).

### III.

1. Streitig ist, ob und falls ja in welchem Umfang ein Herausgabeanspruch der Klägerin gemäss Art. 400 OR für die der Beklagten zugeflossenen Retrozessionen und anderen von ihr vereinnahmten Drittvergütungen besteht.

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

3. Die Beurteilung, ob es sich bei den der Bank zugeflossenen Retrozessionen um herausgabepflichtige Zuwendungen handelt, welche nach Art. 400 Abs. 1 OR dem Auftraggeber abzuliefern sind, kann nicht losgelöst vom konkreten Vertragsverhältnis erfolgen. Lehre und Rechtsprechung unterscheiden drei verschiedene Rechtsbeziehungen zwischen dem Kunden und der Bank. Es sind dies (i) die Vermögensverwaltung, (ii) die Anlageberatung und (iii) die blosse Konto-/ Depotbeziehung ([BGE 133 III 97 E. 7.1](#); Thalman, Von der vorvertraglichen



Aufklärungspflicht der Bank zur börsengesetzlichen Informationspflicht des Effektenhändlers, in: Festschrift für Jean Nicolas Druey, 982 f.; Cerutti, Rechtliche Aspekte der Vermögensverwaltung im Schweizer Universalbankensystem, ZSR 2008 I, 74 ff.).

3.1 Der Vermögensverwaltungsvertrag unterscheidet sich von anderen Vertragsbeziehungen dadurch, dass die Bank die auszuführenden Transaktionen im Rahmen der vereinbarten Anlagestrategie selbst bestimmt. Das Bundesgericht hielt in BGE 132 III 460 fest, bei einem Vermögensverwaltungsvertrag seien die zugeflossenen Retrozessionen wegen des inneren Zusammenhangs mit dem Auftragsverhältnis an den Kunden herauszugeben. In BGE 138 III 755 erwog es ferner, auch bei Bestandespflegekommissionen seien Interessenkonflikte anzunehmen, unabhängig von der Tatsache, ob sie von einer externen oder internen Gesellschaft stammten. Die Bestandespflegekommissionen seien daher aufgrund des inneren Zusammenhangs mit dem Auftragsverhältnis ebenfalls an den Kunden herauszugeben.

3.2 Der Anlageberatungsvertrag zeichnet sich in Abgrenzung von der reinen Konto-/Depotbeziehung dadurch aus, dass der Kunde die Anlageentscheide zwar selber trifft, die Bank ihm jedoch dabei beratend zur Seite steht. Die Zuständigkeit des Kunden für den Anlageentscheid unterscheidet die Anlageberatung von der Vermögensverwaltung, bei der die Bank die auszuführenden Transaktionen im Rahmen der Sorgfalts- und Treuepflicht sowie der vereinbarten Anlagestrategie selbst bestimmt. Ein Anlageberatungsverhältnis setzt keine Grundlage in Form eines ausdrücklich geschlossenen Vertrags voraus. Es reicht aus, wenn sich aufgrund einer andauernden Geschäftsbeziehung zwischen der Bank und dem Kunden ein besonderes Vertrauensverhältnis entwickelt hat, aus welchem der Kunde nach Treu und Glauben auch unaufgefordert Beratung und Abmahnung erwarten darf (BGer 4A\_525/2011 E. 3.1). Ob bei einem Anlageberatungsvertrag die Retrozessionen analog zum Vermögensverwaltungsvertrag herauszugeben sind, muss einzelfallweise geprüft werden. Besteht zwischen einem Anlageberatungsvertrag und den vereinnahmten



Retrozessionen des Auftragnehmers ein innerer Zusammenhang und damit ein potentieller Interessenkonflikt, ist eine Herausgabepflicht anzunehmen (BSK OR I-Weber, 6. Aufl., Art. 400 N 14a m.H. auf BGer 4A\_427/2011).

3.3 Bei reinen Konto-/Depotbeziehungen (execution-only) fehlt ein innerer Zusammenhang (und damit die Gefahr eines Interessenkonfliktes) mit den zugeflossenen Retrozessionen, da die Bank grundsätzlich nur die Anweisungen des Kunden ausführt – es besteht deshalb keine Gefahr, dass die Bank mit ihrer Beratung auf die Anlageentscheidung des Kunden zu ihrem eigenen Vorteil Einfluss nimmt, indem sie etwa besonders provisionsprofitable Anlagen empfiehlt, denn eine solche Beratung findet nicht statt. Eine Herausgabepflicht ist bei der reinen Konto-/Depotbeziehung daher nicht sachgerecht (vgl. BSK OR I-Weber, Art. 400 N 14a).

4. Es ist, wie hiervor (E. 3) dargelegt, im Hinblick auf die Herausgabepflicht der Retrozessionen entscheidend, wie das Vertragsverhältnis zwischen den Zedenten und der Beklagten zu qualifizieren ist, d.h. ob als Vermögensverwaltungs-, Anlageberatungs- oder reine Konto-/Depotbeziehung. Die Klägerin behauptet, es sei von einem Vermögensverwaltungsvertrag oder zumindest von einem Anlageberatungsvertrag auszugehen, wohingegen die Beklagte geltend macht, es liege eine reine Konto-/Depotbeziehung (execution-only) vor. Es ist also bereits die Qualifikation des Vertrags zwischen der Beklagten und den Zedenten streitig. Ungeachtet dessen ist – auf der Basis der vorhandenen Akten – als Erstes eine Qualifikation des Vertragsverhältnisses zwischen der Beklagten und den Zedenten vorzunehmen, um beurteilen zu können, ob überhaupt ein Anspruch auf Herausgabe der Retrozessionen besteht.

4.1 Die Klägerin behauptet, die Zedenten seien zu den Anlageentscheidungen nicht befragt worden. Eine Zustimmung durch diese zum Kauf oder Verkauf von Finanztiteln



sei nie erfolgt, da sie die Produkte nicht gekannt hätten. Die Beklagte habe die Anlageentscheidungen im eigenen Ermessen getroffen (Replik, Ziff. 16).

4.2 Die Beklagte macht demgegenüber geltend, die Zedenten hätten jeden einzelnen Auftrag zum Kauf oder Verkauf von Finanztiteln ohne Beratung von ihrer, der Beklagten, Seite erteilt. Schon gar nicht habe sie im Sinne eines Vermögensverwaltungsvertrags ohne Rücksprache mit den Zedenten Finanztitel gekauft (Klageantwort, Ziff. 12; Replik Ziff. 18 und 28). Dazu kann die Beklagte Gesprächsprotokolle ins Recht legen, in welchen die getätigten Transaktionen schriftlich festgehalten wurden. In jedem einzelnen Gesprächsprotokoll bestätigten die Zedenten, dass sie die Kontounterlagen anerkannt und eingesehen hätten. Die Gesprächsprotokolle wurden sodann durch die Zedenten unterzeichnet (bekl.act. 6-9). Es kann der Klägerin daher nicht gefolgt werden, wenn sie behauptet, die Zedenten seien zu den Anlageentscheidungen nicht befragt worden und eine Zustimmung zum Kauf oder Verkauf von Finanztiteln sei nie erfolgt. Dementsprechend kann die von der Klägerin beantragte Zeugenbefragung der Zedenten K. B. und S. N. unterbleiben. Sodann stimmte der Zedent S. N. in einem aufgezeichneten Telefonat mit der Beklagten vom 31. März 2015 explizit zu, dass das Kontoguthaben in das Vermögensmandat Strategie Wachstum veranlagt werden soll (bekl.act. 10; zu diesem Telefonat s. auch nachfolgend E. 5.2). In der Folge wies S. N. mit Brief vom 9. September 2016 (bekl.act. 11) die Beklagte wie folgt an: "Bitte lösen Sie unsere Anlage Vermögensmandat Wachstum DE000A1110F2/24977257 vollständig auf und übertragen Sie das vorhandene Kapital auf das bei Ihnen bestehende Konto (100.557.101/CH09 0878 6000 1005 57101)." Der Auftrag zum Verkauf ging also eindeutig von S. N. aus. Aus diesem Grund kann der Klägerin ebenfalls nicht gefolgt werden, wenn sie behauptet, die Beklagte habe die Anlageentscheidungen im eigenen Ermessen getroffen. Die Anlageentscheidungen wurden offensichtlich durch die Zedenten getätigt. Es kann somit kein Vermögensverwaltungsvertrag vorliegen, da die Bank die auszuführenden Transaktionen im Rahmen der vereinbarten Anlagestrategie nicht selbst bestimmte.



4.3 Gegen das Vorliegen eines Vermögensverwaltungsvertrags spricht auch das Kundenprofil der Zedenten (bekl.act. 3). Dort wurde kein Interesse an Produkten wie der "klassischen VV, der Fonds-VV, dem Lombardkredit oder sonstiges" geäußert; entsprechende Kreuze sind im Kundenprofil nicht ersichtlich. Die klassische Vermögensverwaltung war wegen des fehlenden Kreuzes im Kundenprofil mithin offensichtlich nicht erwünscht. Dafür spricht auch, dass sich die Zedenten gemäss Ziff. 6 des Kundenprofils strukturiert und mit Hilfe der Medien (Internet, Fachzeitschriften) über die Entwicklung an den Kapitalmärkten informierten und gemäss Ziff. 2 eine mehr als einjährige Erfahrung mit spekulativen Anlageformen wie Aktien-Nebenwerten, Anleihen schlechter Bonität und spekulativen Spezialfonds vorwiesen. Die Zedenten sind also gemäss dem von ihnen unterschriebenen Kundenprofil erfahrene Anleger. Sie kreuzten in ihrem Kundenprofil unter Ziff. 8 "BEI MEINER ANLAGEENTSCHEIDUNG" an: "möchte ich gemeinsam mit meinem Betreuer die für mich optimale Anlagestrategie treffen." Die Anlageentscheidung wurde also vom Kunden – den Zedenten B. und S. N. – getroffen. Ob sie dabei durch die Beklagte tatsächlich beraten wurden und ob somit zumindest ein Anlageberatungsvertrag vorlag, ist nachfolgend zu prüfen. Die bundesgerichtliche Definition eines Vermögensverwaltungsvertrags ist jedenfalls nicht erfüllt.

5. Die Beklagte bestreitet auch das Vorliegen eines Anlageberatungsvertrags (Klageantwort, Ziff. 10 ff.). Sie verweist dazu auf Art. 7 ihrer AGB (kläg.act. 7), worin Folgendes festgehalten wird:

"Art. 7 Sorgfaltspflicht bei Wertschriftengeschäften

Bei der Ausführung von Kauf- und Verkaufsaufträgen geht die Bank davon aus, dass dem Kunden die Risiken von selbstgewählten Anlageinstrumenten und -strategien bekannt sind. Die Bank übernimmt für solche Anlageentscheide keine Haftung. Eine Beratungspflicht entsteht erst nach Abschluss eines entsprechenden schriftlichen



Vertrages und nur für Entscheide, bei denen der Kunde ausdrücklich um Beratung ersucht."

Eine Beratungspflicht, welche – rechtlich – nicht ohne Weiteres mit einer tatsächlich erfolgten Beratung gleichzusetzen ist, bedarf somit ausdrücklich des Abschlusses eines schriftlichen Vertrags. Bei der Beurteilung eines Vertrags ist jedoch sowohl nach der Form als auch nach dem Inhalt der übereinstimmende wirkliche Wille und nicht die unrichtige Bezeichnung oder Ausdrucksweise zu beachten, die von den Parteien aus Irrtum oder in der Absicht gebraucht wird, die wahre Beschaffenheit des Vertrags zu verbergen (Art. 18 Abs. 1 OR). Es kommt deshalb nicht entscheidend darauf an, welcher Vertrag schriftlich geschlossen wurde, sondern darauf, ob die Beklagte tatsächlich beratend auf die Anlageentscheidungen der Zedenten eingewirkt hat.

5.1 Im Kundenprofil der Zedenten wurde die Vermögensanlagestrategie definiert. Als Ziel der Kapitalanlage wurde "Vorsorge / Wachstum" angegeben. Das Depot sollte zu 50% in die Risikoklasse "Rendite" und zu 50% in die Risikoklasse "Spekulation" investiert werden. Das Kapital sollte für die Anlage bis auf weiteres (länger als fünf Jahre) zur Verfügung stehen. Von der Kapitalanlage wurde eine Performance von 7-10% erwartet. Daraus ergibt sich, dass das Vermögen offenbar gewinntragend angelegt werden sollte und zwar nach Anlagezielen, Gewichtung, Risikostufe und Zeithorizont. Dies spricht für eine zielgerichtete Beratung durch die Beklagte. Zu erwähnen ist auch an dieser Stelle Ziff. 8 des Kundenprofils, wo unter der Rubrik "BEI MEINER ANLAGEENTSCHEIDUNG" Folgendes angekreuzt wurde: "möchte ich gemeinsam mit meinem Betreuer die für mich optimale Anlagestrategie treffen". Es ist deshalb davon auszugehen, dass die Zedenten bei ihren Anlageentscheidungen zumindest beraten sein wollten. Da sowohl die Zedenten als auch die Beklagte das Kundenprofil (bekl.act. 3) unterschrieben, dürfte damit ein schriftlicher Anlageberatungsvertrag formgültig zustande gekommen sein. Nach dem Gesagten kommt es letztlich aber für die Beurteilung des Herausgabeanspruches nicht darauf an, ob durch einen allfälligen Formvorbehalt die wahre Beschaffenheit des Vertrags



verborgen blieb. Massgeblich ist einzig, ob die Beklagte die Zedenten in ihren Anlageentscheidungen beraten hat.

5.2 Vor diesem Hintergrund, der grundsätzlich für eine Anlageberatung spricht, kommt dem aufgezeichneten Telefonat zwischen dem Zedenten S. N. und der Beklagten entscheidende Bedeutung zu (bekl.act. 10). Das Open End Zertifikat der Royal Bank of Scotland, das fast den ganzen Teil der Vermögensanlage ausmachte, war am 9. März 2015 ausgelaufen und die Zedenten erhielten einen Betrag von EUR 285'416.99 auf dem Konto gutgeschrieben (bekl.act. 25). Im Telefonat vom 31. März 2015 zwischen dem Zedenten S. N. und der Beklagten wurde alsdann Folgendes besprochen:

Kundenberater: "Das habe ich im Moment eingeschaltet. Wir sprechen zu ihrer Kundennummer 100.557. Wir haben den 31. März 2015, 8:44 Uhr, und ich veranlasse das Kontoguthaben, das wir jetzt gerade bei Ihnen haben – ein bisschen was lasse ich natürlich stehen – in das Vermögensmandat Strategie Wachstum. Und wenn das für Sie so passt, dann dürfen Sie mir gleich nochmal bitte ihren Namen nennen.

S. N.: "Ja genau. S. N.. Ich bin einverstanden."

Kundenberater: "Wunderbar, prima. Dann sage ich vielen Dank Herr N.."

Die Wortwahl des Vertreters der Beklagten widerspricht der Behauptung der Beklagten, wonach S. N. die Beklagte jeweils angewiesen habe, eine Transaktion auszuführen. Vielmehr legt die Formulierung, wonach es der *Vertreter der Bank* ist, *der das Vermögen der Zedenten veranlagt* und ein bisschen was stehen lässt, den Schluss nahe, dass die Initiative von der Beklagten kam und sie sich den Entscheid für die Vermögensanlage durch S. N. bestätigen liess. Vor dem Hintergrund, dass die Zedenten ausdrücklich wünschten, zusammen mit dem Betreuer die für sie optimale



Anlagestrategie zu treffen, spricht die Wortwahl für die Annahme, dass die Rolle des Kundenberaters nicht diejenige eines passiven Befehlsempfängers war. Sein Verhalten geht über eine blosser Konto-/Depotbeziehung (execution only) hinaus und spricht dafür, dass vor der Aufzeichnung eine Beratung erfolgte.

6. Ob bei einer Anlageberatung die Retrozessionen herauszugeben sind, muss, wie vorne erwähnt, einzelfallweise aufgrund der Umstände geprüft werden. Vorliegend hat die Beklagte die Wahl des Anlageprodukts durch ihre Beratung zumindest beeinflusst bzw. selber festgelegt und sich vom Kunden bestätigen lassen. Ein Grossteil des Vermögens der Zedenten wurde in für die Beklagte provisionsprofitable Anlagen investiert. Unter diesen Umständen ist davon auszugehen, dass ein innerer Zusammenhang zwischen dem Anlageberatungsvertrag und den durch die Beklagte vereinnahmten Retrozessionen besteht. Die Beklagte hatte ein erhebliches Eigeninteresse daran, den Zedenten provisionsprofitable Anlagen vorzuschlagen. Weder ist behauptet noch nachgewiesen, dass die Kunden darüber informiert wurden, dass die Beklagte für das Wertpapier Retrozessionen erhielt. Aufgrund des gegenüber dem Kunden nicht offen gelegten Interessenskonflikts sind die Retrozessionen gemäss Art. 400 Abs. 1 OR herauszugeben. Die von der Klägerin beantragte Edition der Kontoeröffnungsunterlagen aus dem Jahr 2003, korrespondierend zu den Depotöffnungsformularen" (Klage, Ziff. 16) erübrigt sich damit.

7. Nachdem feststeht, dass ein Herausgabeanspruch bezüglich der Retrozessionen gemäss Art. 400 OR besteht, ist die Frage zu klären, in welchem Umfang solche Zessionen geflossen und herauszugeben sind. Die Klägerin stellt in diesem Zusammenhang diverse Editionsbegehren zur weiteren Quantifizierung ihres Anspruchs auf Herausgabe der Retrozessionen und weiteren geldwerten Leistungen (Klage Ziff. 16 und 19 sowie Replik Ziff. 17, 18, 29, 31 und 38).



7.1 Die Parteien sind zur Mitwirkung bei der Beweiserhebung verpflichtet (Art. 160 ZPO). Soweit eine juristische Person Partei ist, werden gemäss Art. 159 ZPO ihre Organe im Beweisverfahren wie eine Partei behandelt. Eine Mitwirkungspflicht bei der Abklärung des Sachverhalts besteht namentlich dann, wenn die beweisbelastete Partei wegen Beweisschwierigkeiten nicht selber den Beweis führen kann (BSK ZPO-Schmid, 3. Aufl., Art. 160 N 16). Der Editionsantrag muss durch das Beweiserfordernis gerechtfertigt sein und darf nicht auf eine Ausforschung der Gegenpartei oder Dritter herauslaufen. Ein allgemeiner Editionsantrag auf Vorlegung von Akten, die erst die Begründung des Prozessstandpunkts einer Partei ermöglichen sollen, ist unzulässig (BSK ZPO-Schmid, Art. 160 N 24 m.H. auf BGer 8C\_199/2011 E. 5.2). Nachdem der Anspruch der Klägerin auf die Retrozessionen aus dem Open End Zertifikat und dem Wertpapier "Strategie Wachstum" feststeht, ist nicht ersichtlich, weshalb die Klägerin zur Begründung weiterer Ansprüche auf die Kontoeröffnungsunterlagen und Depotauszüge angewiesen wäre. Es gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass die Zedenten ausser den von der Beklagten ausgewiesenen Wertschriften noch weitere besessen hätten. Die Vermögensanlage, wie sie sich aus der Aufstellung der Beklagten ergibt, ist schlüssig und entspricht im Wesentlichen dem, was auch von der Klägerin behauptet wird, nämlich dass fast das gesamte Guthaben, über welches die Zedenten bei der Beklagten verfügten, bis zur Liquidation des Portfolios im Jahre 2016 in den beiden genannten Titeln angelegt war. Es ist deshalb darauf zu verzichten, von der Beklagten weitere Unterlagen zu verlangen. Dies gilt umso mehr, als es die Klägerin unterliess, hinreichend substantiiert die Edition der Verträge zwischen der Beklagten und dem Dritten betreffend die Retrozessionen zu verlangen. Die klägerischen und beklagtischen Vorbringen sind deshalb aufgrund des vorliegenden Beweismaterials zu prüfen und im Fall der Beweislosigkeit gestützt auf die anwendbaren prozessualen Bestimmungen zu entscheiden.

7.2 Die Klägerin legt ihrer Berechnung das Dokument "Aufstellung Vermögensbestände Kundenbeziehung 100.557" (kläg.act. 16) zugrunde, welches sie von der Beklagten erhielt. Daraus ergibt sich, dass der Beklagten aus der Kundenbeziehung mit den Zedenten in den Jahren 2003 bis 2014 Retrozessionen im Gesamtwert von EUR 35'488.22 zuflossen. Die Klägerin behauptet, die Beklagte habe



auch nach dem 31. Dezember 2014 bis zum 26. April 2016 Retrozessionen und weitere geldwerte Leistungen erhalten. Aufgrund von Durchschnittswerten der bereits erfolgten Retrozessionen errechnet die Klägerin für die besagte Zeitperiode Retrozessionen von EUR 3'226.20 per 31. Dezember 2015 sowie EUR 1'075.40 per 26. April 2016.

7.3 Die von der Klägerin angestellte Durchschnittsrechnung für die der Beklagten zugeflossenen Retrozessionen nach dem 31. Dezember 2014 bis zum 26. April 2016 wird von der Beklagten zu Recht bestritten. Wie bereits erwähnt, wurde das Open End Zertifikat im Jahre 2015 ausbezahlt und in der Folge neu in das Wertpapier "Strategie Wachstum" investiert. Die Beklagte reichte mit der Duplik eine weitere Aufstellung der Retrozessionen ein, aus der sich ergibt, welche Retrozessionen sie in den Jahren 2015 und 2016 für die beiden erwähnten Wertpapiere der Zedenten erhielt. Die zusätzlichen Retrozessionen für das "Vermögensmandat Strategie Wachstum" beliefen sich demnach auf EUR 3'682.02 (bekl.act. 4). Die Beklagte erhielt somit für die Jahre 2003 bis 2016 Retrozessionen in der Höhe von EUR 35'488.22 + EUR 3'682.02 = EUR 39'170.24.

7.4 Es ist somit für die Jahre 2003 bis 2016 von Retrozessionen von insgesamt EUR 39'170.24 auszugehen, welche grundsätzlich der Klägerin zustehen.

8. Die Beklagte macht für die Ansprüche auf Herausgabe der vor dem 28. August 2007 zugeflossenen Retrozessionen die Einrede der Verjährung geltend.

8.1 Der Anspruch auf Herausgabe der Retrozessionen verjährt gemäss Art. 127 OR nach zehn Jahren. Die Verjährungsfrist beginnt dabei für jeden Ablieferungsanspruch einzeln mit Erhalt der entsprechenden Retrozession zu laufen (BGer 4A\_508/2016 E. 5.3.2). Die Retrozessionen, welche der Beklagten zehn Jahre vor der Betreibung



durch die Klägerin am 28. August 2017, d.h. vor dem 28. August 2007 zuflossen, sind somit grundsätzlich verjährt.

8.2 Zu Recht weist die Klägerin jedoch darauf hin, dass die Verjährung durch Einreichung des Schlichtungsgesuchs am 20. April 2016 (kläg.act. 21) unterbrochen worden sei.

8.2.1 Zwar entfällt in einem Verfahren vor Handelsgericht das Schlichtungsverfahren (Art. 198 lit. f ZPO). Die Schlichtungsbehörde darf jedoch ihre Zuständigkeit nicht mit dem Argument ablehnen, es handle sich um eine handelsgerichtliche Zuständigkeit (OGer ZH, Urteil vom 12.10.2011, RU 110019, E. 3, differenzierend a.M. BSK ZPO-Infanger, Art. 202 N 11 ff.). Dies ergibt sich bereits aus dem Umstand, dass zur Zeit des Schlichtungsbegehrens nicht zwingend feststeht, ob die Streitigkeit in die handelsgerichtliche Zuständigkeit fällt oder nicht. Unklarheiten bestehen etwa, wenn sich der Kläger später entschliesst, weitere Personen in eine Klage einzubeziehen, d.h. einfache passive Streitgenossenschaften zu bilden, wenn die Klageforderung zwischen dem Schlichtungsverfahren und der Klageeinreichung bei Gericht unter die Streitwertgrenze von Fr. 30'000.00 reduziert wird oder die klagende Partei von ihrem Wahlrecht nach Art. 6 Abs. 3 ZPO Gebrauch macht. Jedenfalls ist nicht davon auszugehen, dass die klagende Partei dieses Wahlrecht mit dem Gang zur Schlichtungsbehörde verliert (vgl. Daetwyler/Stalder, Schlichtungsverhandlung bei handelsgerichtlichen Streitigkeiten, in: SJZ 115, 2019, 108). Art. 198 lit. f ZPO ist deshalb so auszulegen, dass eine Schlichtung zur Verfahrenseinleitung vor Handelsgericht nicht notwendig ist und ihr diesfalls keinerlei zivilprozessuale Wirkung zukommt, namentlich auch keine Rechtshängigkeit eintritt, wenn später beim Handelsgericht Klage erhoben wird. Dies ändert jedoch nichts daran, dass die Schlichtung zur Führung von Vergleichsgesprächen in Anspruch genommen werden kann.



8.2.2 Aus der Regelung von Art. 135 Abs. 2 OR lässt sich zudem nicht entnehmen, dass die Unterbrechung eine Rechtshängigkeit (Art. 62 ZPO) oder eine Fortsetzung des Verfahrens (Art. 65 ZPO) voraussetzen würde. Weder das eine noch das andere lässt sich mit dem Zweck der Verjährungsunterbrechung oder dem Schutz des Schuldners begründen. Die Fortsetzungslast soll den Kläger zwingen, einen Prozess weiterzuführen, was regelmässig gerade nicht Sinn und Zweck ist, wenn ein Schlichtungsverfahren zur Unterbrechung der Verjährung eingereicht wird. Fortsetzungslast tritt denn auch erst mit Zustellung der Klage an die Beklagte (Art. 65 ZPO) und nicht bereits mit Zustellung eines Gesuchs um Schlichtung ein. Die Rechtshängigkeit bewirkt, dass gleichzeitig kein anderes Verfahren in der gleichen Sache anhängig gemacht werden kann. Zudem ist die Rechtshängigkeit entscheidend, wenn sich die Frage stellt, ob mit einer Klage eine Verwirkungsfrist eingehalten ist. Sofern jedoch weder im früheren Verfahren die Fortsetzungslast eingetreten (Art. 65 Abs. 2 ZPO) noch eine Verwirkungsfrist abgelaufen ist, steht der Verlust der Rechtshängigkeit einer erneuten Klageeinreichung unter Begründung einer neuen Rechtshängigkeit nicht entgegen. Es ist deshalb nicht ersichtlich, weshalb es notwendig wäre, die Wirkung der Verjährungsunterbrechung davon abhängig zu machen, dass die Klägerin das Verfahren innert der Frist von Art. 63 ZPO fortsetzt (Daetwyler/Stalder, a.a.O., 109). Das Handelsgericht Zürich gestand denn auch ohne weitere Begründung einer Schlichtung verjährungsunterbrechende Wirkung zu, nachdem ein Kläger eine Schlichtung verlangt hatte, sich dann aber gestützt auf Art. 6 Abs. 3 ZPO entschied, die Klage beim Handelsgericht einzureichen (HGer ZH, Urteil vom 1.12.2014, HG120 213, E. 3.2.3.). Zu Recht nahm das Gericht nicht gestützt auf den unglücklichen Wortlaut von Art. 198 lit. f ZPO an, mit der Klage vor Handelsgericht entfalle nachträglich das Schlichtungsverfahren und damit auch die entsprechenden Wirkungen. Vielmehr ist davon auszugehen, dass die Verjährungsunterbrechung unabhängig davon eintritt und bestehen bleibt, ob nach dem Schlichtungsversuch ein Gerichtsverfahren eingeleitet wird oder nicht (Daetwyler/Stalder, a.a.O., 109).

8.2.3 Ein Vorgehen nach Art. 63 ZPO könnte somit nur mit dem Argument verlangt werden, dass die Unterbrechung der Verjährung nicht vor einer unzuständigen Stelle erwirkt werden kann, weshalb zumindest verlangt werden müsse, dass innert Frist die



zuständige Stelle angerufen werde, und zwar unabhängig davon, ob danach das Verfahren fortgesetzt wird oder nicht (so im Ergebnis wohl BGer 4A\_592/2013, E. 3.2 mit Hinweis auf BSK-ZPO-Berti, Art. 63; vgl. auch HGer BE in: CAN 2018 Nr. 42). Aus dem unglücklichen Wortlaut von Art. 198 lit. f ZPO sollte jedoch nicht abgeleitet werden, dass eine Verjährungsfrist nicht unterbrochen wird, wenn in einer handelsrechtlichen Streitigkeit die örtlich zuständige Schlichtungsbehörde angerufen wird, da es an deren sachlichen Zuständigkeit fehle. Artikel 198 lit. f ZPO regelt nicht die sachliche Zuständigkeit der Schlichtungsbehörde. Die Norm hält bloss fest, in welchen Fällen es zur Einreichung einer Klage oder einem Gesuch bei Gericht vorgängig (Art. 197 ZPO) keiner Klagebewilligung (Art. 209 ZPO) bedarf, d.h. die Parteien *nicht gezwungen* sind, die Schlichtungsstelle zu bemühen. Zu Recht wird zudem darauf hingewiesen, dass die in Literatur und Rechtsprechung vorgenommene Unterscheidung nach der Offensichtlichkeit eines Mangels, als dessen Folge ein Nichteintretensentscheid zulässig sein soll, kaum praktikabel ist (Daetwyler/Stalder, a.a.O., 99 m.H. auf Haas/Bozic, Das Schlichtungsverfahren nach der Schweizer ZPO im Spiegel der aktuellen Rechtsprechung, ZZPInt 2015, 247 ff., 270), zumal sich nach dem Gesagten die Ausgangslage bis zur Klageeinleitung durch Veränderung des Streitwerts, die Bildung von passiven Streitgenossenschaften oder Ausübung eines Wahlrechts durchaus noch ändern kann. Es ist zudem nicht davon auszugehen, dass der Gesetzgeber mit der Regelung von Art. 198 lit. f ZPO den Parteien die staatliche Dienstleistung, für ihre Streitigkeit vor einer neutralen staatlichen Behörde eine Lösung finden zu können, entziehen wollte. So wird etwa in der Praxis der Zürcher Schlichtungsbehörden selbst dann ein reines Schlichtungsverfahren angeboten, wenn die Streitigkeit in die Zuständigkeit des Handelsgerichts fällt (Daetwyler/Stalder, a.a.O., 103/104). Dass eine freiwillige Schlichtung möglich sein sollte, erscheint denn auch in der Revision der ZPO unbestritten zu sein. Dabei kann im Hinblick auf die hier zu beurteilende Frage der Verjährungsunterbrechung offenbleiben, ob unter der geltenden Rechtslage das Verfahren überhaupt mit einer Klagebewilligung oder einem Urteilsvorschlag abgeschlossen werden kann, wenn die Streitigkeit in die alleinige Zuständigkeit des Handelsgerichts fällt. Massgebend ist allein, dass die Möglichkeit besteht, sich vor der Schlichtungsbehörde zu treffen. Es dürfte zudem kaum die Absicht des Gesetzgebers gewesen sein, den Parteien in Kantonen mit Handelsgerichten die Möglichkeit zu rauben, durch ein Schlichtungsbegehren die



Verjährung zu unterbrechen. Es ist deshalb davon auszugehen, dass im Zusammenhang mit der Unterbrechung der Verjährung die sachliche Zuständigkeit der angerufenen Schlichtungsbehörde nicht zu prüfen ist, da sie weder eine Voraussetzung für die Verjährungsunterbrechung bildet noch einem Vermittlungsversuch der Schlichtungsbehörde absolut entgegensteht.

8.2.4 Es ist somit davon auszugehen, dass in einem Kanton mit einem Handelsgericht die Verjährung entweder durch ein Schlichtungsgesuch bei der örtlich zuständigen Schlichtungsbehörde oder durch Klageeinreichung, verbunden mit dem Begehren, dass die Klageschrift der Gegenpartei nicht zuzustellen sei (HGer SG, Entscheid vom 25.09.2012, HG.2012.163), unterbrochen werden kann, ohne dass Fortsetzungslast eintritt. Ein Rückgriff auf die aufgehobene Regelung von aArt. 135 OR, welche die verjährungsunterbrechende Wirkung einer Klage mit der Rechtshängigkeit und der Fortsetzungslast vermengte, ist nicht angezeigt. Die ZPO und das OR regeln diese Fragen, welche grundsätzlich nichts miteinander gemein haben, neu an verschiedenen Stellen und in verschiedenen Artikeln, so dass sich aus der systematischen Stellung der Gesetzesartikel nichts für die Ansicht ableiten liesse, es bestünde ein direkter Zusammenhang zwischen der Verjährungsunterbrechung, der Rechtshängigkeit und der Fortsetzungslast.

8.3 Die Klägerin stellte das Schlichtungsbegehren für ein Auskunftsbegehren und eine unbezifferte Forderungsklage, wobei sie den Mindestbetrag der Forderung mit Fr. 10'000.00 angab. Mangels Streitwert für ein handelsrechtliches Verfahren fiel das Klagebegehren in der vor der Schlichtungsbehörde eingereichten Form in die Zuständigkeit des Kreisgerichts und damit nicht in den Anwendungsbereich von Art. 198 lit. f ZPO. Die Schlichtungsbehörde war damit offensichtlich zuständig, womit auch die Verjährung unterbrochen wurde, und zwar selbst für den Fr. 10'000.00 übersteigenden Betrag (ZK-Berti, 3. Aufl., Art. 135 OR N 104 ff.; BGE 60 II 199 E. 4). Trotz des unglücklichen Wortlauts von Art. 198 lit. f ZPO ist nach dem Gesagten nicht davon auszugehen, dass die verjährungsunterbrechende Wirkung des damaligen



Schlichtungsbegehrens nachträglich entfällt, weil der Streitwert nun höher ist und wegen der erfolgten Zession die Klägerin gezwungen war, vor Handelsgericht zu klagen. Aus dem Zusammenhang war zudem ersichtlich, dass die im Schlichtungsbegehren erwähnte Forderung die Retrozessionen aus der Zeit vom 16. Juni 2003 bis 2014 umfasste, womit der Forderungsgegenstand genügend individualisiert war.

8.4 Zu Unrecht beruft sich die Klägerin hingegen für den Fall der Verjährung der vertraglichen Ansprüche auf die Verjährungsfrist von Art. 60 Abs. 2 OR, wonach für eine Klage aus einer strafbaren Handlung, für die das Strafrecht eine längere Verjährungsfrist vorschreibt, diese längere Verjährungsfrist auch für den Zivilanspruch gilt. Vorliegend besteht durch die unterlassene Herausgabe der Retrozessionen eine reine Vermögensschädigung. Es bedarf somit der Verletzung einer (strafrechtlichen) Vermögensschutznorm, damit die längere Verjährungsfrist gemäss Art. 60 Abs. 2 OR angewendet werden kann.

8.4.1 Die Klägerin beruft sich dabei auf den Tatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung. Bereits aus der Formulierung des Gesetzes folgt, dass als Geschäftsführer nur gilt, wer befugt ist, selbständig über fremdes Vermögen oder Teile davon, über Betriebsmittel oder Personal eines Unternehmens zu verfügen (BSK StGB II-Niggli, 2. Aufl., Art. 158 N 18). Die Selbständigkeit fehlt bei einer Bank bezüglich der zwischen ihr und dem Kunden bestehenden Kontobeziehung, weil der Bank allein durch das Kontoverhältnis keine Befugnis verliehen wird, selbständig über das Guthaben des Kunden zu verfügen. Die Selbständigkeit fehlt auch bei der blossen Beratung des Vermögensinhabers oder des Geschäftsführers mittels Beschaffung von Entscheidungsgrundlagen, Ausarbeitung von Lösungsvorschlägen und Abgabe von Empfehlungen (Treichsel/Cameri, in: Treichsel/Pieth, Schweizerisches Strafgesetzbuch Praxiskommentar, 2. Aufl., Art. 158 N 4). Hingegen erachtete das Bundesgericht im Falle einer Vermögensverwaltung den Tatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung als erfüllt, wenn der Vermögensverwalter seine Kunden nicht über die Retrozessionen



informiert, die er von Dritten erhält (BGE 144 IV 294 = Pra 2019 Nr. 81). Vorliegend verwaltete die Beklagte jedoch kein Vermögen, sondern es erfolgte bloss eine Anlageberatung. Der Gesprächsmittschnitt und die schriftlichen Unterlagen sind klare Indizien dafür, dass die Anlageentscheide von der Bank nicht selbständig, sondern zumindest gemeinsam mit den Kunden gefällt wurden. Es fehlt somit an der geforderten Selbständigkeit, weshalb die Beklagte nicht als Geschäftsführer i.S.v. Art. 158 StGB zu qualifizieren ist. In subjektiver Hinsicht fehlt sodann auch der Vorsatz, welcher nicht leichthin angenommen werden darf. Die Beklagte ging davon aus, es liege eine reine Konto-/Depotbeziehung vor. Gegenteiliges ist jedenfalls nicht bewiesen. Eine solche Beziehung hätte sie nicht zur Herausgabe der Retrozessionen verpflichtet. Der Umstand, dass das Gericht den Vertrag nun anders beurteilt, mag einen Vorsatz nicht zu begründen. Fahrlässigkeit genügt nicht (BSK StGB-II-Niggli, Art. 158 N 137). Der Tatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung gemäss Art. 158 StGB ist somit nicht erfüllt.

8.4.2. Die Klägerin führt als Verletzung einer Vermögensschutznorm weiter auf, die Beklagte habe sich eines Betrugs gemäss Art. 146 StGB schuldig gemacht. Das Bundesgericht führte zwar aus, dass einem Organ einer Vermögensverwaltungsgesellschaft eine Garantenstellung gegenüber den Kunden der Gesellschaft zukomme und das Verschweigen einer Information gegenüber den Kunden Teil eines durch Unterlassen begründeten Betrugs darstellen könne (BGE 144 IV 294 = Pra 2019 Nr. 81 m.H. auf BGer 6S.23/2002). Vorliegend kann der Beklagten jedoch nicht unterstellt werden, sie habe arglistig gehandelt, d.h. ein ganzes Lügengebäude errichtet oder sich besonderer Machenschaften oder Kniffe bedient, um damit die Herausgabe der Retrozessionen zu verhindern. Zudem gilt auch hier, dass die Beklagte unwiderlegt davon ausging, es liege eine reine Konto-/Depotbeziehung vor. Der Umstand, dass das Gericht den Vertrag nun anders beurteilt, macht das Verhalten der Beklagten weder arglistig noch lässt sich damit ein Betrugsvorsatz begründen.



9. Der klägerische Anspruch auf Herausgabe der Retrozessionen von EUR 39'170.24 ist somit um die verjährten Retrozessionen vor dem 20. April 2006 zu reduzieren. Dies betrifft die Retrozessionen für das Zertifikat "Open End ABN Amro Bank NV", Valoren-Nr. 1.802.353, im Jahre 2004 von EUR 962.41 und im Jahr 2005 von EUR 3'261.55 (kläg.act. 16). Nachdem die Beklagte nicht offengelegt hat, an welchem Tag die im 2006 ausgewiesenen Retrozessionen genau zugeflossen sind, kann nicht als bewiesen gelten, dass diesbezüglich die Verjährung eingetreten wäre. Sie gelten damit nicht als verjährt. Im Betrag von EUR 34'946.28 ist somit noch keine Verjährung eingetreten.

10. Nach Art. 170 Abs. 3 OR gehen "rückständige", d.h. aufgelaufene Zinsen vermutungsweise mit der Hauptforderung auf den Zessionar über (vgl. BGE 77 II 360 E. 3 = Pra 1952 Nr. 29). Die Vermutung erfasst sowohl vertragliche als auch gesetzliche Zinsen, insb. Verzugszinsen (BSK OR I-Girsberger/Hermann, 6. Aufl. Art. 170, N 15). Die Verzugszinsen sind somit ebenfalls von der Abtretung erfasst (a.A. CHK OR-Reetz/Burri, 2. Aufl., Art. 170 N 22; Gauch/Schluep/Emmenegger, Schweizerisches Obligationenrecht, 2014, Band II, N 3459). Die Beklagte hat der Klägerin daher Retrozessionen im Umfang von EUR 34'946.28 nebst Zins herauszugeben. Damit ist auch gesagt, dass weitere Forderungen i.S.v. von Ziffer 3 des klägerischen Rechtsbegehrens unbegründet sein dürften.

11. Was die Zinsberechnung anbelangt, so bestimmt Art. 400 OR, dass der Beauftragte schuldig ist, auf Verlangen jederzeit über seine Geschäftsführung Rechenschaft abzulegen und alles, was ihm infolge derselben aus irgendeinem Grunde zugekommen ist, zu erstatten (Abs. 1). Gelder, mit deren Ablieferung er sich im Rückstande befindet, hat er zu verzinsen (Abs. 2).

11.1 Die Klägerin und ein Teil der Lehre schliessen daraus, dass die Gelder ab dem Moment zu verzinsen seien, in dem sie dem Beauftragten zugeflossen sind, da er auch



von diesem Moment an zur Herausgabe verpflichtet sei, d.h. Fälligkeit eintrete (anstelle Vieler: BSK-OR I, Weber, Art. 400 OR N 16 m.w.H.; a.M. BGE 60 II 199 E. 4, der einen Verzug verlangt, offen auch BGE 94 II 314, Seite 319). Aus dem Wortlaut von Art. 400 Abs. 1 OR ergibt sich hingegen eindeutig, dass der Auftraggeber gehalten ist, eine Rechenschaftsablegung zu verlangen. Der Beauftragte ist somit nicht verpflichtet, über jeden Mittelzufluss umgehend und unaufgefordert von sich aus abzurechnen. Zudem lässt Art. 400 Abs. 2 OR die Zinspflicht nicht mit der Fälligkeit beginnen, sondern erst dann, wenn sich der Beauftragte im Rückstand befindet. Der Wortlaut lässt somit durchaus offen, was unter Rückstand zu verstehen ist, verwendet der Gesetzgeber doch weder den Begriff der Fälligkeit noch denjenigen des Verzugs (vgl. Art. 102 OR).

11.2 Es ist deshalb – wohl in weitgehender Übereinstimmung mit den zitierten Entscheiden des Bundesgerichts – davon auszugehen, dass der Beauftragte ab dem Zeitpunkt des Mittelzuflusses verpflichtet ist, diese Mittel dem Auftraggeber herauszugeben, dies aber nichts daran ändert, dass er sich mit der Erfüllung dieser Pflicht zumindest solange nicht i.S.v. Art. 400 Abs. 2 OR im Rückstand befindet, als der Auftraggeber weder Rechnungslegung noch Herausgabe verlangt hat. Es scheint denn auch nicht üblich zu sein, dass die Anwaltschaft Klientengelder ab dem Tag des Zuflusses mit 5% verzinst, solange der Klient weder eine Abrechnung noch die Herausgabe des Guthabens verlangt. Ob anders zu entscheiden ist, wenn der Zufluss der Gelder vom Beauftragten böswillig verschwiegen wird, ist hier nicht zu entscheiden. Eine Böswilligkeit ist weder behauptet noch bewiesen.

11.3 [...]

12. Die Klägerin verlangt die Erteilung der definitiven Rechtsöffnung und damit die Beseitigung des Rechtsvorschlags. Das Handelsgericht St. Gallen ist für die Erteilung von Rechtsöffnungen sachlich nicht zuständig. Es kann einzig den Rechtsvorschlag beseitigen. Der Rechtsvorschlag kann nur für eine Forderung in Schweizer Franken



beseitigt werden. Massgebend für die Umrechnung ist der Tag der Einreichung des Betreibungsbegehrens (BSK SchKG I-Staehelin, 2. Aufl., Art. 80 N 52; BGE 51 III 272), d.h. der 28. August 2017 (CHF/EUR = 1.14). Der Rechtsvorschlag ist somit im Umfang von Fr. 39'838.75 nebst Zins zu beseitigen.