

# **AR\_GERICHTE OG O1Z-18-3 ARGVP 2019 3759 vom 17. März 2008**

AR Gerichte, 2008-03-17, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ar\\_gerichte OG\\_O1Z-18-3\\_ARGVP\\_2019\\_3759](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ar_gerichte OG_O1Z-18-3_ARGVP_2019_3759)

FR: AR\_GERICHTE OG O1Z-18-3 ARGVP 2019 3759 du 17 mars 2008

IT: AR\_GERICHTE OG O1Z-18-3 ARGVP 2019 3759 del 17 marzo 2008

## **Regeste**

AR GVP 31/2019, Nr. 3759 Anlageberatung; Unautorisierte Transaktionen (Art. 394 ff. und Art. 420 Abs. 3 OR). Der blosser Umstand, dass WY. sel. die durch den Verkauf der VW-Aktien am 17. März 2008 geschaffene Liquidität verwendete, stellt

## **Erwägungen**

### **E. 17**

März 2008 angeordnet habe. Die Beweislast dafür liege nach Art. 8 ZGB bei der Beklagten als Beauftragte. Der Beweis lasse sich mittels eines Auftragserfassungs- und Börsenauftragsformulars nicht erbringen, da diese einzig bankinterne Vorgänge dokumentieren und primär die Auftragsausführung belegen würden, nicht aber die Auftragserteilung. Dem Client Management System (CMS) sei kein Eintrag für einen Verkaufsauftrag zu entnehmen. Auch gebe es keine Telefongesprächsnotizen oder Gesprächsaufnahmen. Dem CMS sei einzig folgender Eintrag vom 14. März 2008 zu entnehmen: "Mache auf die überproportional Grossposition VW aufmerksam. Kunde überlegt sich, einen Teil abzubauen". Dies stelle keinen Verkaufsauftrag dar. Zudem sei fraglich, inwiefern überhaupt auf die Einträge im CMS abgestellt werden könne, denn am selben Tag sei dem CMS der Eintrag "Kunde bezieht EUR 45'000" zu entnehmen. Dieser Barbezug sei im Teilvergleich von beiden Parteien als "widerrechtlich und ohne entsprechenden Auftrag" des Kunden bezeichnet worden. Auffallend sei, dass auch der nächste Eintrag im CMS vom 3. Juli 2008 keinerlei Besprechung über eine neu gewonnene Liquidität beinhalte. Bezeichnendermassen habe sich die Beklagte auch nicht festlegen können, ob der Auftrag nun persönlich - der Bankkunde habe am 14. März 2008 anlässlich des Bankbesuches den Auftrag erteilt - oder telefonisch erfolgt sei. Mit Schreiben vom 29. April 2010 hätten die Kläger 1 und 2 H., dem Leiter der Niederlassung, mitgeteilt, dass der Verkauf der 3'010 VW-Aktien im März 2008 ohne Rücksprache bzw. Zustimmung erfolgt sei. Am 14. Juni 2010 habe der Kläger 1 H. erneut geschrieben und bestritten, dass sein Vater am 14. März 2008 Bargeld abgehoben und den Auftrag zum Verkauf von 3'010 VW-Aktien gegeben habe. Am 25. Juni 2010 habe Dr. WY. sel. dies in einem Schreiben an H. selber unterschriftlich bestätigt. Auch habe er in diesem Schreiben ausgeführt, dass sein Interesse vielmehr dem Erhalt der VW-Aktien gegolten und er keinen Auftrag zum Verkauf der VW-Aktien erteilt habe. Der Kläger 1 habe daraufhin am 2. September 2010 an den Leiter des Rechtsdienstes der Beklagten, J., geschrieben, dass am 14. März 2008 zwar über einen Verkauf der VW-Aktien gesprochen worden sei, sein Vater aber keinen Auftrag zum Verkauf von VW-Aktien erteilt habe. Er könne auch bezeugen, dass für seinen Vater zu jenem Zeitpunkt ein Verkauf der VW-Aktien nicht in Frage gekommen sei. Gemäss CMS-Eintrag vom 22. und 29. April 2010 sei dieser Verkauf der VW-Aktien

Gesprächsthema zwischen H. und dem Kläger 1 gewesen. Damit sei jedoch lediglich belegt, dass der VW-Aktienverkauf vom März 2008 von Anfang an Thema zwischen den Parteien gewesen sei. Gerichtsentscheid AR GVP 31/2019, Nr. 3759

Seite 3/35 Die Kläger würden im Rahmen des Gegenbeweises verschiedene Indizien für ein unautorisiertes Börsengeschäft anführen. Auf dem Konto von Dr. WY. sel. habe ein Liquiditätsengpass bestanden, der den Kundenberater LU. sel. dazu gezwungen habe, die VW-Aktien zu verkaufen, um danach überhaupt seine betrügerischen Geldtransaktionen vornehmen zu können. Die Kläger hätten in ihrer Klageschrift die Geldflüsse im fraglichen Zeitabschnitt minutiös rekonstruiert, um zu belegen, dass LU. sel. ohne den Verkauf der 3'010 VW-Aktien diese betrügerischen Kontotransaktionen, die Bestandteil des mit der Beklagten getroffenen Vergleichs seien, mangels Liquidität nicht hätte ausführen können. Der Gegenbeweis für einen unautorisierten Verkauf der 3'010 VW-Aktien lasse sich mit dieser Rekonstruktion der Kontobewegungen aber nicht erbringen. Die späteren betrügerischen Finanzaktionen liessen sich genauso mit einem autorisierten VW-Aktienverkauf in Einklang bringen, wenn davon ausgegangen werde, dass ein solcher LU. sel. eine unerwartete Möglichkeit zu den später vorgenommenen betrügerischen Kontoabhebungen verschafft habe. Ein planmässiger unautorisierter VW-Aktienverkauf sei daher nicht notwendige Voraussetzung, um diese späteren Transaktionen zu erklären. Auch bleibe die Darstellung der Kläger, dass Dr. WY. sel. die VW-Aktien nicht habe verkaufen wollen, da er diese als „Familiensilber“ betrachtet habe, offen. Als „Familiensilber“ werde Familienbesitz verstanden, der zum Kernbestand des Vermögens gehöre und nicht für kurzfristigen Gewinn veräussert werde. Aus dem Zwischenbericht 3 von K. über die bankinternen Abklärungen gehe hervor, dass LU. sel. die festgestellten unrechtmässigen Transaktionen zu Lasten von Dr. WY. sel. wohl vorgenommen habe, um Fehlinvestitionen und eine schlechte Performance bei den begünstigten beiden Bankkunden auszugleichen. Der Gegenbeweis lasse sich mit diesen Argumenten nicht führen, was den Klägern aber nicht schade, da die Beklagte den Hauptbeweis für einen autorisierten Aktienverkauf zu erbringen habe. Es bestünden gesamthaft gesehen nur sehr wenige und vage Indizien, welche die Behauptung einer Verkaufsermächtigung durch Dr. WY. sel. stützen würden. Die Beklagte vermöge in Anwendung des Regelbeweismass, das einen strikten Beweis verlange, den Nachweis nicht zu erbringen, dass Dr. WY. sel. seinem Kundenberater den Auftrag erteilt habe, die 3'010 VW-Aktien zu verkaufen. Es müsse daher festgestellt werden, dass LU. sel. diesen Verkaufsauftrag in vertragswidriger Weise eigenmächtig vorgenommen habe.

2.1.6 Das Obergericht kann sich den Ausführungen des Kantonsgerichts vollumfänglich anschliessen und es kann somit grundsätzlich auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (REETZ/HILBER, in:

Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl. 2016, N. 54 zu Art. 318 ZPO). Zur Kritik in der Berufungserklärung sind folgende Ergänzungen anzubringen:

- Kritik bezüglich Bestehen eines (umfassenden) Anlageberatungsvertrages Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts wird hinsichtlich der vertragsrechtlichen Sorgfalts- und Treuepflicht der Bank bei der Abwicklung von Börsengeschäften für die Kundschaft zwischen drei verschiedenen Vertragsbeziehungen differenziert: die Vermögensverwaltung, die Anlageberatung und die blosse Konto-/Depot-Beziehung (BGE 133 III 97 E. 7.1). Führt die Bank nur punktuell Börsengeschäfte für den Kunden aus, ist sie nach der Praxis des

Bundesgerichts nicht zu einer generellen Interessenwahrung verpflichtet und muss diesen deshalb in der Regel nur auf Verlangen aufklären. Das Ausmass der Aufklärungspflicht richtet sich nach den Kenntnissen und dem Stand der Erfahrung des Auftraggebers. Kennt dieser die Risiken der Spekulationstätigkeit, braucht er keine Aufklärung. Ist ohne weiteres ersichtlich, dass der Kunde von den Risiken keine Ahnung hat, muss ihn die Bank darauf hinweisen. Die Anforderungen an ihre Aufklärungspflicht sind jedoch höher, wenn der Auftraggeber nicht nur mit seinem Vermögen, sondern auch mit von der Bank gewährten Krediten spekuliert (BGE 119 II 333 E. 5a; 133 III 97 E. 7.1.1). Nach dem Bundesgericht besteht grundsätzlich keine Beratungspflicht der Bank im Rahmen gezielter Weisungen des Kunden zu kontorelevanten Verfügungen, wenn der Kunde durch die unbedingte Erteilung entsprechender Aufträge oder Weisungen zu erkennen gibt, dass er Aufklärung und Beratung seitens der Bank weder benötigt noch wünscht. Eine Warnpflicht besteht hier nur in Ausnahmefällen, etwa wenn die Bank bei pflichtgemässer Aufmerksamkeit erkennen muss, dass der Kunde eine bestimmte, mit der Anlage verbundene Gefahr nicht erkannt hat oder wenn sich in der Gerichtsentscheid AR GVP 31/2019, Nr. 3759

Seite 4/35 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 (BGE 133 III 97 E. 7.1.2; Urteil des Bundesgericht 4A\_521/2008 vom 26. Februar 2009 E. 5.1; je mit weiteren Hinweisen). Die Parteien sind sich einig, dass zwischen Dr. WY. sel. und der B. AG kein Vermögensverwaltungsmandat bestanden hat. In der Duplik hat die Beklagte den Standpunkt vertreten, es habe zwischen den Parteien kein umfassender Anlageberatungsvertrag, sondern bloss eine Konto-/Depotbeziehung bestanden. Die Vorinstanz ist von einem Anlageberatungsverhältnis ausgegangen. Die Beklagte moniert, diese habe in Verletzung ihrer aus Art. 53 ZPO fliessenden Begründungspflicht nicht dargelegt, weshalb sie den Standpunkt der B. AG verworfen habe. Nach Auffassung des Obergerichts sprechen verschiedene Einträge im CMS für ein Anlagelageberatungsverhältnis und zwar eher für eine umfassende und nicht nur punktuelle Anlageberatung (S. 7-9; Eintrag vom 27.03.2003, S. 9): „[...] Ich schlage ihm deshalb einen Lombardkredit vor. Er will sich das überlegen“; Eintrag vom 27.05.2003 (S. 8): „[...] Kunde fragt an, ob er Interessengemeinschaft beitreten soll, die für Argentinien-Obligationäre tätig werden will. Ich gebe ihm zu bedenken, dass alle Gläubiger im Prinzip die gleichen Rechte haben und deshalb nichts zu unternehmen wäre. Er schliesst sich dieser Meinung an [...]“; Eintrag vom 18.06.2003 (S. 8): „[...] Schlage Kunde vor, die Gutschrift aus High-Yield Fonds zur Abzahlung des Lombardkredites zu benutzen“; Eintrag vom 08.10.2003 (S. 7): „[...] Vorschlag einen Teil der Strategie-Fonds Yield EUR zu verkaufen und CPPT Notes zu zeichnen“ [...]; Eintrag vom 16.09.2004 (S. 7): „Depot besprochen - keine Änderung der Anlagestrategie“; Eintrag vom 07.04.2006 (S. 7): „Mit Kunden Depot besprochen ... Anlagestrategie beibehalten“). Diese Betrachtungsweise bekräftigt letztlich auch die Beklagte selbst, wenn sie geltend macht, Dr. WY. sel. habe sich die Hinweise von LU. sel. anlässlich des Bankbesuches vom 14. März 2008 zum Klumpenrisiko mit den VW-Aktien über das Wochenende nochmals durch den Kopf gehen lassen und habe dann am 17. März 2008 unmittelbar nach Arbeitsbeginn resp. Börseneröffnung den Auftrag zum Teilverkauf der 3'010 VW-Aktien erteilt. Nota bene spricht die Beklagte im soeben erwähnten Zusammenhang in der Klageantwort selbst von Anlageberatung durch LU. sel. Ein weiteres gewichtiges Argument dafür, dass in casu keine blosser Konto-/Depot-Beziehung bestand,

son- dern die Beklagte als Anlageberaterin zu betrachten ist, liegt nach dem Obergericht im besonderen Vertrauensverhältnis, welches zwischen Dr. WY. sel. und LU. sel. bestanden hat. Im fraglichen Zeitpunkt Anfang März 2008 existierte die Geschäftsbeziehung nämlich bereits seit mehr als 10 Jahren und wies unbestritten auch persönliche, d.h.

freundschaftliche, Züge auf (Eintrag im CMS vom 17.06.2000, S. 9): [...] „Kunde hat meine Frau und mich über das Wochenende nach G. eingeladen“ [...]; Eintrag im CMS vom 17.09.2007 (S. 6): „Part- nerin von Kunden hat mich informiert, dass es Kunden nicht gut geht und er im Spital ist. Sie meint, dass es gut wäre, wenn ich ihn im Spital besuchen könnte. Ich habe ihn am Wochenende besucht.“ [...]). Nach dem oben Gesagten ist in einem solchen Fall ein ausdrücklich abgeschlossener Vertrag entbehrlich (BGE 133 III 97 E. 7.2; Urteil des Bundesgericht 4A\_521/2008 vom 26. Februar 2009 E. 5.1) und es ergibt sich eine Informa- tions- bzw. Warnpflicht aus Treu und Glauben, wenn die Bank in der Lage ist, die Vermögensverhältnisse des Kunden zuverlässig einzuschätzen (Urteil des Bundesgerichts 4A\_521/2008 vom 26. Februar 2009 E. 5.2). Vor diesem Hintergrund sind die Ausführungen der Vorinstanz nicht zu beanstanden, umso mehr als die Beklagte nicht bestreitet, dass sie nach Art. 8 ZGB die Beweislast dafür trägt, dass Dr. WY. sel. am 17. März 2008 (angeblich) den Auftrag zum Verkauf der 3'010 VW-Aktien erteilt hat.

- Kritik bezüglich Würdigung der Verfügungshandlungen über den Verkaufserlös Die Beklagte macht geltend, es könne gar nicht anders sein, als dass Dr. WY. sel. den Auftrag zum Verkauf der 3'010 VW-Aktien erteilt habe. Dieser habe mit den Transaktionen vom 19. März 2008, 31. März 2008, 3. Juli 2008 und 23. September 2008 nämlich über den gesamten dem EUR-Konto gutgeschriebenen Erlös aus dem Verkauf der VW-Aktien vom 17. März 2008 verfügt.

Gerichtssentscheid AR GVP 31/2019, Nr. 3759

Seite 5/35 Die Liquidität auf dem EUR-Konto Nr. 254-156475.60F veränderte sich von Anfang Januar 2008 bis Ende September 2008 wie folgt:

Belastungen Gutschriften Kontostand

01.01.2008

46'367.12 25.01.2008

1'893.60 48'260.72 22.02.2008

154.06 48'414.78 14.03.2008 45'135.00

3'279.78 19.03.2008

463'231.41

466'511.19 19.03.2008 10'000.00

456'498.26 31.03.2008 100'000.00

356'498.26

01.07.2008

373'864.00 07.07.2008 342'263.68

31'600.34

23.09.2008 50'000.00

- 18'412.37 25.09.2008

75'451.95

57'039.58 26.09.2008 50'000.00

7'039.58

Unbestritten ist, dass Dr. WY. sel. die Überweisung von insgesamt EUR 60'000.00 an die Sparkasse G. in zwei Tranchen (einmal EUR 10'000.00 und einmal EUR 50'000.00) veranlasst hat. Sodann ergibt sich aus der Teilvereinbarung der Parteien vom 18./22. August 2011 resp. 1. September 2011, dass der Bankberater von Dr. WY. sel., LU. sel., die Barabhebungen vom 14. März 2008 über EUR 45'135.00 (inkl. Gebühren) und vom 23. September 2008 über EUR 50'000.00 ohne entsprechenden Auftrag tätigte. Die Belastung vom 31. März 2008 betrifft den Kauf eines strukturierten Produktes (EUR 100'000.00); diejenige vom 7. Juli 2008 den Kauf von DAB-Titeln für EUR 342'263.68; am 23. September 2008 wurden DAB-Titel für EUR 75'451.95 verkauft. Die Kläger bestreiten, dass Dr. WY. sel. die Transaktionen vom 31. März 2008 (Kauf strukturiertes Produkt für EUR 100'000.00), vom 3. Juli 2008 (Kauf DAB-Titel für EUR 342'263.68) und vom 23. September 2008 (Verkauf DAB-Titel für EUR 75'451.95) in Auftrag gegeben hat. Mit Schreiben des Klägers 1 vom 12. Dezember 2010 wurden diese Transaktionen denn auch moniert. Einen Auftrag, diese Geschäfte zu tätigen, hat die Beklagte nicht nachgewiesen oder zum Beweis verstellt. Im CMS ist für den

#### **E. 19**

März 2008 vermerkt, dass der Kunde eine nochmalige Überweisung an die Sparkasse G. von EUR 10'000.00 wünscht. Gemäss Eintrag vom 3. Juli 2008 haben Dr. WY. sel. und LU. sel. miteinander telefoniert und es wurde notiert: „Kunde möchte vorläufig nicht investieren und entschliesst sich deshalb für DAB“. Für den September 2008 sind im CMS keine Kontakte oder Transaktionen festgehalten. Beim Eintrag vom 3. Juli 2008 fällt auf, dass er in sich widersprüchlich ist: Zwar will der Kunde vorläufig nicht investieren, entschliesst sich aber offenbar doch für den Kauf von DAB-Titeln. Nach Auffassung des Obergerichts sind gegenüber dem CMS-Eintrag als Beweis für einen Auftrag jedoch Zweifel angebracht, weil sich andere CMS-Einträge erwiesenermassen als falsch herausgestellt haben (zum Beispiel derjenige vom 14. März 2008).

In Würdigung der soeben dargestellten Umstände verfängt die Argumentation der Beklagten, dass der Kontostand ohne den Erlös aus dem Verkauf der VW-Aktien ins Minus gerutscht wäre, nicht. Wenn man nämlich die von den Klägern bestrittenen Transaktionen (Erlös aus Verkauf VW-Aktien, Kauf/Verkauf strukturiertes Produkt und DAB-Titel) sowie die Veruntreuung von EUR 45'135.00 am 14. März 2008 weglässt, hätte der Kontostand infolge verschiedener Dividenden-Erträge im ersten Halbjahr 2008 am 23. September 2008, als Dr. WY. sel. die Überweisung von EUR 50'000.00 an die Sparkasse G. veranlasste, rund EUR 55'750.00 betragen (EUR Gerichtsentscheid AR GVP 31/2019, Nr. 3759

Seite 6/35 48'414.78 am 14.03.2008 zuzüglich Dividenden-Erträge von EUR 19'374.84 abzüglich die Überweisung von EUR 10'000.00 und Kosten/Gebühren von EUR 2'034.72).

- Kritik bezüglich den Modalitäten des Verkaufsauftrags In der Klageantwort führt die Beklagte aus, Dr. WY. sel. müsse LU. sel. nach seinem Besuch vom 14. März 2008 den Auftrag zum Verkauf der ersten Tranche VW-Aktien erteilt haben. In Rz. 15 wird gesagt,

der Verkauf sei nach dem Besuch vom 14. März 2008 in Auftrag gegeben und falls nicht, sei er in jedem Fall im Nachhinein genehmigt worden. In Rz. 16 wird angegeben: „[...] weil ja der Verkaufsauftrag über die 3'010 Aktien vom 17. März 2008 von ihm [gemeint ist Dr. WY. sel.] stammte oder er diesen zumindest genehmigt hat [...]“. In Rz. 28 ist von einer - bestrittenen - telefonischen Verkaufsermächtigung am 17. März 2008, welche aber so oder so nachträglich anerkannt worden sei, die Rede. Später wird erwähnt: „Dr. WY. sel. wusste (wenn er denn den Verkauf nicht am Montagmorgen des 17. März 2008 unmittelbar vor oder nach 09.00 Uhr LU. sel. telefonisch in Auftrag gegeben hätte), dass sich nur noch 1'000 stimmberechtigte VW-Aktien im Depot befunden haben, nachdem er ja über den gesamten Verkaufserlös des Teilverkaufes vom 17. März 2008 höchstpersönlich verfügt hatte, resp. er hätte sich ab 23. September 2008 zumindest ein solches Wissen anrechnen zu lassen“.

In der Duplik geht die Beklagte davon aus, es müsse zwingend davon ausgegangen werden, dass sich Dr. WY. sel. die Hinweise von LU. sel. anlässlich seines Bankbesuches vom 14. März 2008 zum Klumpenrisiko VW-Aktien über das Wochenende nochmals hat durch den Kopf gehen lassen und dass er dann am 17. März 2008 den Auftrag zum Teilverkauf erteilt habe. Auch bei den angeführten Belegstellen in der Duplik wird jeweils geltend gemacht, falls LU. sel. - hypothetisch unterstellt - eigenmächtig gehandelt hätte, würde in den Wieder- anlagen und der Abdisponierung von EUR 60'000.00 bereits eine Genehmigung des Verkaufes der 3'010 Aktien liegen.

Dass die Beklagte - wie in der Berufungserklärung vorgebracht wird - immer vorgetragen hat, Dr. WY. sel. habe „den Verkauf am Montagmorgen des 17. März 2008 unmittelbar vor oder nach 09.00 Uhr LU. sel. telefo- nisch in Auftrag gegeben“, entspricht - zumindest in dieser Ausschliesslichkeit - nicht den Tatsachen. Wie die obigen Ausführungen zeigen, vertritt die Beklagte zwar den Hauptstandpunkt, dass der Verkaufsauftrag, im Anschluss an den Bankbesuch vom 14. März 2008, wahrscheinlich telefonisch am Montag, den 17. März 2008, erfolgt ist. Definitiv festgelegt hat sie sich aber gerade nicht, sondern hat immer auch die Variante einer nach- träglichen Genehmigung offengelassen.

Vor diesem Hintergrund wird die Bemerkung der Vorinstanz dem vorgetragenen Sachverhalt tatsächlich nicht ganz gerecht. Gleichwohl ist auch die Darstellung der Beklagten nicht ganz eindeutig. Allerdings betrifft die Unsicherheit nicht die mündliche oder telefonische Auftragserteilung - wie das Kantonsgericht angenommen hat -, sondern den Umstand, ob Dr. WY. sel. am 17. März 2008 nun einen Verkaufsauftrag erteilte oder ob er einen eigenmächtig durch LU. sel. getätigten Verkauf nachträglich genehmigte.

- In der Stellungnahme vom 22. Mai 2018 („Gehörsreplik“) trägt die Beklagte zu diesem Themenkreis keine neuen Aspekte vor, welche eine andere Beurteilung nahelegen würden.

2.1.7 Das Obergericht kann sich somit dem Fazit der Vorinstanz, wonach die Beklagte in Anwendung des Regelbeweismasses den Nachweis nicht erbringen kann, dass Dr. WY. sel. seinem Kundenberater den Auftrag erteilt hat, die 3'010 VW-Aktien zu verkaufen, vollumfänglich anschliessen und es bleibt somit bei der Feststel- lung, dass LU. sel. den Verkauf der 3'010 VW-Aktien am 17. März 2008 in vertragswidriger Weise eigenmäch- tig vorgenommen hat.

Gerichtssentscheid AR GVP 31/2019, Nr. 3759

Seite 7/35 2.2 Nachträgliche Genehmigung des Aktienverkaufs 2.2.3 Erwägungen  
Kantonsgericht Die Vorinstanz ist zum Schluss gelangt, die AGB der Beklagten seien von Dr. WY. sel. mit Unterzeichnung des Formulars „Konto-/Depoteröffnung“ am 14. Dezember 1999 akzeptiert und grundsätzlich verbindlich vereinbart worden. Weiter sei zu prüfen, ob einzelne Bestimmungen dieser AGB einen überraschenden und ungewöhnlichen Inhalt aufweisen würden und dem Kunden deshalb aus Gründen des Vertrauensschutzes nicht entgegengehalten werden könnten. Dr. WY. sel. habe am 14. Dezember 1999 unterschriftlich die Zustellung der Bankdokumente in Form von Banklagernd-Post gewünscht. Diese Regelung beinhalte eine Zustellfiktionsklausel und ersetze das im Privatrecht für die Übermittlung von Willens- und Wissenserklärungen üblicherweise geltende Zugangsprinzip durch das Absenderprinzip. Es werde damit durch vertragliche Vereinbarung fingiert, dass mit dem Versand einer Mitteilung diese dem Adressaten bereits zugegangen sei. Diese Zustellungsfiktion gelte insbesondere auch dann, wenn der AGB-Übernehmer mit seiner Bank vereinbart habe, dass Mitteilungen der Bank nicht zugestellt, sondern von der Bank ("banklagernd") zuhanden des Kunden zurückbehalten werden sollten. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung halte fest, dass eine solche Bestimmung zulässig sei, da sie in der Regel dazu diene, Zustellungsverzögerungen oder -verzögerungen durch den Adressaten, in dessen Interesse die banklagernde Zustellung meist liege, zu verhindern bzw. dem Verantwortungsbereich des Empfängers zuzuweisen, wenn anzunehmen sei, dieser sei seiner Obliegenheit, den Empfang der Sendung zu ermöglichen, nicht nachgekommen. Der Annahmefiktion komme dann die Bedeutung zu, einen bestimmten Fristenlauf auszulösen, der andernfalls auf unbestimmte Zeit aufgeschoben bliebe. In diesem Sinne sei Rechtsmissbrauch vorbehalten - die Ablage von Bankdokumenten im Dossier des Kunden unmittelbar fristauslösend. Die Zustellfiktionsklausel sei im vorliegenden Fall gültig vereinbart worden, da die Ungewöhnlichkeit einer Klausel nicht leichthin angenommen werden dürfe, es sich um keine geschäftsfremde Klausel handle und die banklagernde Zustellung im Interesse von Dr. WY. sel. gewesen sei. Inwiefern im vorliegenden Fall "besondere Umstände" vorlägen, welche die Anwendung dieser Klausel ausschliessen würden, könne hier einstweilen offen bleiben und es könne auf die nachfolgenden Erwägungen verwiesen werden. In Abweichung von der durch Art. 6 OR bestätigten Regel, dass Stillschweigen auf eine Offerte oder Mitteilung keine Zustimmung oder Genehmigung darstelle, würden die Parteien durch die Genehmigungsfiktionsklausel gemäss Ziffer 2 der AGB der Beklagten vereinbaren, dass ausbleibender Widerspruch innert einer gewissen Frist als Zustimmung zu bzw. Genehmigung der Mitteilung betrachtet werde. Mit der in Bankverträgen regelmässig enthaltenen Genehmigungsfiktion hätten die Parteien abgemacht, dass ein passives Verhalten des Bankkunden als Annahme des Kontoauszugs im Sinne von Art. 6 OR zu werten sei. Eine dahingehende Vereinbarung sei zulässig und habe zur Folge, dass der Bankkunde, der eine von der Bank ohne Instruktion vorgenommene Transaktion nicht innert Frist beanstande, diese genehmige. Auch diese Regelung sei mit der Übernahme der AGB prinzipiell gültig vereinbart worden. Gemäss der bundesgerichtlichen Praxis zu Fällen mit Banklagernd-Post könne unter dem Aspekt des Rechtsmissbrauchsverbots (Art. 2 Abs. 2 ZGB) der Genehmigungsfiktion die Anwendung versagt werden, wenn diese nach den Umständen des Falles zu einem unbilligen, das Rechtsempfinden verletzenden Ergebnis führe. Gemäss konstanter Rechtsprechung gelte bei banklagernder Korrespondenz die Zustellungs- und Genehmigungsfiktion ausnahmsweise nicht, wenn sie nach den Umständen des Falles zu einem unbilligen Ergebnis führe bzw. als rechtsmissbräuchlich

erscheine. Als rechtsmissbräuchlich würden insbesondere drei Tatbestände angesehen:

- die Genehmigungsfiktion werde zur absichtlichen oder grobfahrlässigen Schädigung des Kunden benutzt;
- die Bank habe um die Nichtgenehmigung der Transaktion durch den Bankkunden gewusst;
- nach mehrjähriger Verwaltung entsprechend den mündlich erteilten Weisungen des Kunden werde davon ohne vorhersehbaren Grund abgewichen.

Gerichtssentscheid AR GVP 31/2019, Nr. 3759

Seite 8/35 In diesen Konstellationen fehle der Bank der gute Glaube hinsichtlich des Genehmigungswillens des Kunden. Als "Verkehrsregel" verlange Art. 2 ZGB von den Teilnehmern am rechtsgeschäftlichen Verkehr ein redliches, korrektes und loyales Verhalten. In der Lehre werde die Meinung vertreten, dass ein Rückgriff auf das Rechtsmissbrauchsverbot nicht notwendig sei. Danach ergebe sich dies bereits aus Art. 6 OR, da die Bank hätte erkennen müssen, dass der Kunde den entsprechenden Depotauszug nicht genehmigen würde. Im vorliegenden Fall stehe die Fallkonstellation im Vordergrund, dass die Genehmigungsfiktionsklausel zur absichtlichen oder grobfahrlässigen Schädigung eines Bankkunden benutzt werde. In der Folge hat das Kantonsgericht verschiedene Sachverhalte vor dem Hintergrund dieser Überlegungen geprüft.

2.2.4 Rechtliche Grundlagen Die rechtlichen Ausführungen der Vorinstanz zur Geltung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (nachfolgend AGB), zur Zustellfiktionsklausel, zur Genehmigungsfiktionsklausel und zur bundesgerichtlichen Praxis des Rechtsmissbrauchsverbots (Art. 2 Abs. 2 ZGB) bei Sachverhalten mit Banklagernd-Post sind zutreffend und auf diese kann deshalb im Folgenden verwiesen werden (REETZ/HILBER, a.a.O., N. 54 zu Art. 318 ZPO).

Unter dem vom Gesetzgeber nicht definierten Begriff Willensäußerung (und dem Synonym Willenserklärung) versteht man eine an einen oder mehrere bestimmte oder noch unbestimmte Adressaten gerichtete Erklärung, die zur Auslösung von Rechtsfolgen bestimmt ist. Innerhalb dieser allgemeinen Umschreibung werden zahlreiche Erscheinungsformen unterschieden, die - je nach dem relevanten Kontext - durch hinzutretende Merkmale charakterisiert sind. Eine dieser Differenzierungen enthält Art. 1 OR selbst in Abs. 2, der ausdrückliche und stillschweigende Willensäußerungen gegenüberstellt (WIEGAND/HURNI, in: Heinrich Honsell [Hrsg.], Kurzkomentar OR, 2014, N. 4 zu Art. 1 OR).

Ausdrückliche sind solche Erklärungen, bei denen der Erklärende seinen Willen schriftlich oder mündlich äussert; sie sollen auch durch vereinbarte oder allgemeinverständliche Zeichen (Kopfnicken) möglich sein. Letztere liegen allerdings schon auf der Grenze zu den stillschweigenden Erklärungen, bei denen der Wille sich in einem schlüssigen Verhalten äussert. Solche konkludenten Willenserklärungen können jedoch nur angenommen werden, wenn genügend sichere Anhaltspunkte für einen hinter dem Verhalten stehenden Willen vorliegen. Infolgedessen kann blosses Schweigen oder passives Verhalten nicht als konkludente Willenserklärung gedeutet werden (WIEGAND/HURNI, a.a.O., N. 5 zu Art. 1 OR; ähnlich CLAIRE HUGUENIN, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Aufl. 2014, 1. Kapitel Rz. 172 ff.).

Ein bloss passives Verhalten gilt in der Regel nicht als Kundgabe eines rechtsgeschäftlichen Willensentschlusses. Schweigen auf einen Antrag bedeutet somit grundsätzlich keine Annahme (AHMET KUT, in: Furrer/Schnyder [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizer

Privatrecht, 3. Aufl. 2016, N. 1 zu Art. 6 OR). Eine wichtige gesetzliche Ausnahme bildet - nebst anderen - Art. 6 OR. Demnach ist von einer stillschweigenden Annahme auszugehen, wenn aufgrund der Natur des Geschäftes oder der Umstände mit keiner ausdrücklichen Annahmeerklärung zu rechnen ist (derselbe, a.a.O., N. 3 zu Art. 6 OR). Es handelt sich dabei um einen Anwendungsfall des Vertrauensprinzips. Bei entsprechenden Umständen darf und muss der Antragsteller aus dem Schweigen auf den Annahmewillen des Antragsempfängers schliessen. Nach heute herrschender Lehre kann dies auch dann der Fall sein, wenn dem Antragsempfänger jegliches Erklärungsbewusstsein fehlt. Dies gilt jedoch nur dann, wenn das Verhalten dem Antragsempfänger zurechenbar ist. An dieser Voraussetzung fehlt es, wenn der Antragsempfänger nicht erkennen konnte und musste, dass sein passives Verhalten als Zustimmung aufgefasst werden würde. Die Bedeutung des Ausdruckes „stillschweigend“ in der Marginalie zu Art. 6 OR weicht von der Bedeutung in Art. 1 Abs. 2 OR ab. Eine nicht ausdrückliche Annahme im Sinne von Art. 6 OR ist ausschliesslich eine Annahme durch Schweigen. Alle übrigen Formen von Annahmeerklärungen stellen eine ausdrückliche Annahme im Sinne von Art. 6 OR dar, namentlich (aktiv) konkludentes Verhalten (derselbe, Gerichtsentscheid AR GVP 31/2019, Nr. 3759

Seite 9/35 a.a.O., N. 4 zu Art. 6 OR, mit weiteren Hinweisen; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 10. Aufl. 2014, § 2 Rz. 188 ff. und § 4 Rz. 454).

In der Terminologie zu „stillschweigend“ und „konkludent“ besteht nach den Worten von ALFRED KOLLER „ein eigentlicher Wirrwarr“ (Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 2. Aufl. 2009, § 3 Rz. 127). Nach dem oben Gesagten sind konkludente Handlungen ausdrückliche Willensäusserungen (aktives Handeln), welche gleichzeitig eine Willensäusserung mitenthalten oder direkt auf eine solche ausgerichtet sind und eine solche nach dem Willen des sich Äussernden auch enthalten sollen, während bei stillschweigender Genehmigung jemandem ein passives Verhalten nach Treu und Glauben als Willensäusserung angerechnet wird, wie wenn er sich tatsächlich geäussert hätte.

2.2.5 Systematische Einordnung der Genehmigungshandlungen Näher einzugehen ist auf die Auswirkungen dieser Bestimmungen bezüglich der einzelnen Genehmigungshandlungen und die Kritik der Beklagten dazu. Die Letztere weist nach Auffassung des Obergerichts zu Recht darauf hin, dass die oben dargestellten Grundsätze zur Geltung der AGB, zur Zustellfiktionsklausel, zur Genehmigungsfiktionsklausel und zur bundesgerichtlichen Praxis des Rechtsmissbrauchsverbots bei Banklagernd-Post-Sachverhalten nur bezüglich der angeblichen Genehmigungshandlungen von Dr. WY. sel. am 23. September 2008 zur Anwendung gelangen (unten E. 2.2.7). Bezüglich der weiteren behaupteten Genehmigungshandlungen (Verfügung über die durch den Aktienverkauf geschaffene Liquidität, unten E. 2.2.6; stillschweigende Genehmigung durch die Klägerin 2 und Dr. WY. sel. im April 2009, unten E. 2.2.8, sowie stillschweigende Genehmigung des Klägers 1 und Dr. WY. sel. nach dem 23. September 2008, unten E. 2.2.9) gelten demgegenüber die allgemeinen rechtsgeschäftlichen Grundsätze (vgl. E. 2.2.4).

Wie die Beklagte vorschlägt, macht es daher Sinn, die einzelnen geltend gemachten Genehmigungshandlungen vor diesem Hintergrund separat zu prüfen.

2.2.6 Genehmigung durch Dr. WY. sel. vor dem 23. September 2008 Falls die diversen Finanztransaktionen vom 19. März 2008, 31. März 2008, 3. Juli 2008 und 23. September 2008, mit welchen Dr. WY. sel. über den Erlös aus dem Verkauf der 3'010 VW-Aktien disponiert hat, wider Erwarten nicht als Beweis eines am 17. März 2008 durch Dr. WY. sel. telefonisch an LU. sel. erteilten Verkaufsauftrages anerkannt werden (vgl. dazu auch E. 2.1.6 oben), dann sind diese gemäss der Beklagten zumindest als konkludente Genehmigungshandlungen einzustufen. Und zwar erblickt die Letztere darin nicht ein Akzept durch Stillschweigen gestützt auf Art. 6 OR in Verbindung mit der Genehmigungsfiktion gemäss Ziffer 2 der AGB, sondern (ausdrückliche) konkludente Genehmigungshandlungen durch Dr. WY. sel., welche sich auf Art. 1 Abs. 2 OR stützen. Wer ab seinem Konto Vermögensdispositionen in erheblichem Umfang vornehme, die gemäss der bei seinem letzten Bankbesuch vom 14. März 2008 vorhandenen Liquidität schlechterdings gar nicht möglich gewesen wären, und wer sich nicht erkundige, woher diese Liquidität herkomme, genehmige die vorauslaufende Liquiditätsschöpfung stillschweigend. Nur schon die beiden bis 23. September 2008 unbestritten durch Dr. WY. sel. persönlich in Auftrag gegebenen Überweisungen in Höhe von insgesamt EUR 60'000.00 hätten gemäss Art. 3 Abs. 2 OR seinen guten Glauben zerstört. Entgegen dem Urteil des Kantonsgerichtes müsse die Beklagte keineswegs nachweisen, dass Dr. WY. sel. „ohne aktuelle Kontoauszüge jederzeit gewusst habe, welchen Stand seine Konti bei der Beklagten aufgewiesen hätten“. Abgesehen davon seien ihm bei seinem Bankbesuch in C. am 14. März 2008 unbestritten sämtliche Belege und Kontoauszüge per diesem Datum ausgehändigt worden.

Die Kläger hielten fest, dass in den Überweisungen von EUR 10'000.00 am 19. März 2008 und von EUR 50'000.00 am 23. September 2008 keine konkludenten Genehmigungshandlungen gesehen werden könnten und verwiesen auf das Urteil der Vorinstanz. Gemäss dieser könnte in den Kontoverfügungen eine indirekte Genehmigung nur gesehen werden, wenn Dr. WY. sel. auch tatsächlich bewusst gewesen wäre, dass die ver- Gerichtsentscheid AR GVP 31/2019, Nr. 3759

Seite 10/35 wendete Liquidität aus dem fraglichen Aktienverkauf stammte, was aber spekulativ sei und von der Beklagten nicht bewiesen werden könne. Weiter sei zu erwähnen, dass die Transaktionen vom 31. März 2008 und vom 3. Juli 2008 (strukturiertes Produkt und DAB-Titel) nicht von Dr. WY. sel. in Auftrag gegeben worden seien und auch deshalb keine konkludenten Genehmigungshandlungen darstellen könnten. Eine Pflicht des Kunden (Auftraggebers), sich über den Liquiditätsstand zu informieren, bestehe nicht; vielmehr habe die beauftragte Bank bzw. der Kundenberater den Kunden aktiv über nicht autorisierte eigenmächtige Verkäufe zu informieren. Keinesfalls genehmige derjenige Kunde, welcher sich nicht bei der Bank aktiv erkundige, woher die Liquidität stamme, einen früheren unautorisierten eigenmächtigen Wertschriften-Verkauf. Die Vorinstanz habe die Beweislast für die von der Beklagten behauptete (von den Klägern stets bestrittene) Kenntnis von Dr. WY. sel. über die Herkunft der Liquidität korrekt der Beklagten auferlegt, welche diese Behauptung aufgestellt habe. Dr. WY. sel. habe keine Kenntnis von der durch den widerrechtlichen VW-Aktien-Verkauf gewonnenen Liquidität und keine Pflicht gehabt, sich zunächst darüber zu erkundigen, welches Kapital zur Verfügung gestanden habe. Aufgrund der Banklagernd-Post habe er keinen ständigen Einblick in die Konten und in das Depot gehabt. Selbst wenn er Aufträge für die Transaktionen vom 31. März 2008, 3. Juli 2008 und 23. September 2008 erteilt hätte, was bestritten sei, ändere dies nichts an der

Tatsache, dass er den Verkauf der 3'010 VW- Aktien vom 17. März 2008 und die dadurch entstandene Liquidität nicht gekannt habe und auch nicht habe kennen müssen. Sodann behaupte die Beklagte erstmals und aktenwidrig, Dr. WY. sel. seien am 14. März 2008 bei seinem Bankbesuch in C. sämtliche Belege und Kontoauszüge per diesem Datum ausgehändigt worden. Diese Behauptung sei als unzulässiges Novum aus dem Recht zu weisen. Es sei im Gegenteil unbestritten, dass die letzte Banklagernd-Post-Besprechung vor dem 23. September 2008 am 4. April 2007 stattgefunden habe. Die Beklagte selbst habe den Beleg dafür mit der Klageantwort ins Recht gelegt.

Die Vorinstanz hat zu diesem Thema erwogen, eine indirekte Genehmigung des Aktienverkaufs könnte in den Kontoverfügungen vom 19. März 2008 und vom 31. März 2008 nur gesehen werden, wenn Dr. WY. sel. auch tatsächlich bewusst gewesen wäre, dass die verwendete Liquidität aus dem fraglichen Aktienverkauf stammte, was aber spekulativ sei und von der Beklagten nicht bewiesen werden könne. Denn Dr. WY. sel. habe am 31. März 2008 noch keine Abrechnung über den Verkauf der 3'010 VW-Aktien vorgelegen. Ob er ohne aktuelle Kontoauszüge jederzeit gewusst habe, welchen Stand seine Kontos bei der Beklagten aufgewiesen hätten, sei nicht bewiesen.

Aus Sicht des Obergerichts ist zunächst festzuhalten, dass die Behauptung der Beklagten in der Berufungserklärung, Dr. WY. sel. seien anlässlich seines Bankbesuchs am 14. März 2008 sämtliche Belege und Kontoauszüge per diesem Datum ausgehändigt worden, neu ist. In der Replik haben die Kläger nämlich darauf hingewiesen, dass die letzte Übergabe der Banklagernd-Post vor dem 23. September 2008 am 4. April 2007 stattgefunden habe und sie verwiesen auf den entsprechenden, von der Beklagten selbst ins Recht gelegten Beleg. Dieser Darstellung wurde in der Duplik nicht widersprochen. Auch aus dem CMS-Eintrag für den 14. März 2008 geht keine Übergabe von Dokumenten oder Banklagernd-Post hervor. Beim fraglichen Vorbringen handelt es sich somit um ein unechtes Novum und die Beklagte hat weder substantiiert noch bewiesen, weshalb sie dieses trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz in den Prozess eingebracht hat. Mit Hinweis auf das oben Gesagte ist die Behauptung somit aus dem Recht zu weisen bzw. hat diese unberücksichtigt zu bleiben.

Oben wurde dargelegt (E. 2.1.6), dass das EUR Konto Nr. 254-156475.60F dank den Dividendenerträgen im ersten Halbjahr 2008 trotz den von Dr. WY. sel. veranlassten Überweisungen von EUR 10'000.00 am 19. März 2008 und EUR 50'000.00 am 23. September 2008 nicht ins Minus geraten wäre, wenn man die von den Klägern bestrittenen Transaktionen (konkret den Kauf des strukturierten Produktes für EUR 100'000.00, und den Kauf von DAB-Titeln für EUR 342'263.68) sowie den unstreitig widerrechtlichen Bezug von EUR 45'135.00 (inkl. Gebühren) am 14. März 2008 ausser Acht lässt. Somit mangelt es dem Vorbringen der Beklagten, es liege eine nachträgliche, konkludente Genehmigung des Verkaufs der 3'010 VW-Aktien vor, indem über die Gerichtsentscheid AR GVP 31/2019, Nr. 3759

Seite 11/35 damit geschaffene Liquidität verfügt worden sei, schon an den tatsächlichen Grundlagen. Wie die Vorinstanz zu Recht festhielt, könnte in den Verfügungen über den Kontosaldo vom 19. und 31. März 2008, vom 3. Juli 2008 und vom 23. September 2008 eine indirekte Genehmigung des Verkaufs von 3'010 VW-Aktien zudem nur gesehen werden, wenn Dr. WY. sel. tatsächlich bewusst gewesen wäre, dass die verwendete Liquidität aus dem fraglichen Aktienverkauf stammte, was von der Beklagten aber nicht bewiesen worden und somit rein spekulativ ist. Dr. WY. sel. lag nämlich weder am 31.

März 2008 noch am 3. Juli 2008 eine Abrechnung über den Verkauf der 3'010 VW-Aktien vor. Ob er ohne aktuelle Kontoauszüge jederzeit wusste, welchen Stand seine Konti bei der Beklagten aufwiesen, ist somit nicht bewiesen.

2.2.7 Genehmigung durch Dr. WY. sel. am 23. September 2008 a) Manipulation der Banklagernd-Post Das Kantonsgericht hat erwogen, die Kläger würden unter dem Aspekt des Rechtsmissbrauchsverbots geltend machen, dass der Genehmigungsfiktionsklausel die Anwendung zu verwehren sei, weil die Banklagernd-Post bei der Besprechung vom 23. September 2008 von Kundenberater LU. sel. zur Vertuschung des unautorisierten Verkaufs der 3'010 VW-Aktien manipuliert worden sei, so dass Dr. WY. sel. die Börsenabrechnung über den Verkauf der 3'010 VW-Aktien gar nicht zu Gesicht bekommen habe. Da die Kläger argumentierten, dass das versiegelte Couvert mit der Banklagernd-Post nachträglich manipuliert worden sei und die Börsenabrechnung deshalb darin gefehlt habe, würden sie damit indirekt auch einräumen, dass sich diese Abrechnung ursprünglich tatsächlich im versiegelten Couvert befunden habe. Die Kläger machten daher nicht geltend, dass diese Verkaufsabrechnung schon bei der Bereitstellung der Banklagernd-Post in Zürich aufgrund eines Fehlers im Couvert von Anfang an gefehlt habe, sondern sie würden sich darauf berufen, dass LU. sel. diese Abrechnung nachträglich aus dem manipulierten Couvert entfernt und Dr. WY. sel. vorenthalten habe. Damit sei nicht zu prüfen, ob sich die fragliche Börsenabrechnung ursprünglich in der Banklagernd-Post befunden habe - was die Beklagte im Bestreitungsfall hätte beweisen müssen -, sondern lediglich, ob LU. sel. diese nachträglich aus dem manipulierten Couvert entfernt habe. Die Befragung von O., der früher bei der Beklagten in der Zentralstelle für die Bereitstellung der Banklagernd-Post zuständig gewesen sei, habe ergeben, dass Kundenberater nicht selber bestimmen könnten, welche Dokumente Bestandteil der Banklagernd-Post bildeten. Die Banklagernd-Post gelange in einem Sicherheits-Couvert an den Kundenberater, der dieses dem Kunden ungeöffnet zu überreichen habe. Würde es vorher vom Kundenberater geöffnet, würde dies der Bankkunde sofort erkennen. Das allgemein bankenübliche Übergabeprozedere sehe gemäss O. nicht vor, dass eine vom Kundenberater verschiedene Drittperson das Couvert dem Bankkunden zu überreichen habe, was einleuchte, da der Inhalt im Sicherheits-Couvert bereits ausreichend geschützt sei. Der Inhalt der Banklagernd-Post müsse damit als manipulationssicher gelten. Die Kläger würden indirekt selber nicht bestreiten, dass sich die fragliche Börsenabrechnung ursprünglich in diesem Couvert befunden habe. Entgegen ihrer Auffassung müsse daher nicht die Beklagte diesen auch von den Klägern nicht bestrittenen Umstand beweisen. Beweisthema sei also nicht, ob sich die fragliche Börsenabrechnung ursprünglich in diesem von der Zentralstelle in Zürich bereitgestellten Couvert befunden habe, sondern ob dessen Inhalt nachträglich manipuliert worden sei. Aufgrund der Zeugenaussage von O. könne als erstellt gelten, dass die Banklagernd-Post manipulationssicher sei und das Sicherheits-Couvert den Weg von der Zentralstelle zu LU. sel. mit dem vollständigen Inhalt und samt der fraglichen Börsenabrechnung gefunden habe. Daher müssten die Kläger den Hauptbeweis für ihre Tatsachendarstellung erbringen, dass dieses Couvert von LU. sel. nachträglich manipuliert und die fragliche Börsenabrechnung daraus entfernt worden sei. Bei der behaupteten Manipulation des fraglichen Couverts handle es sich um eine Tatsache, die deutlich ausserhalb des üblichen Verhaltens eines Bankkundenberaters liege, welche daher die Kläger zu beweisen hätten. Weiter obliege es auch nicht der Beklagten, sondern den Klägern, den Beweis für die alternative Tatsachenbehauptung zu erbringen, dass LU. sel. seinen Kunden bei der Bankbesprechung vom 23. September 2008 durch manipulatives Verhalten

daran gehindert habe, von dieser fraglichen Börsenabrechnung Kenntnis zu nehmen. Denn auch dabei gehe es um eine Tatsachenbehauptung, die weit ausserhalb des üblichen Verhaltens eines Bankkundenberaters liege. Nachdem - wie oben gezeigt worden sei - die Beklagte den Beweis Gerichtsentscheid AR GVP 31/2019, Nr. 3759

Seite 12/35 nicht erbringen könne, dass Dr. WY. sel. seinem Kundenberater den Auftrag erteilt habe, die 3'010 VW-Aktien zu verkaufen, liege ein unautorisiertes Börsengeschäft vor. Wie ebenfalls unter der gleichen Ziffer ausgeführt worden sei, sei damit nicht gleichzeitig auch erstellt, dass es sich um einen planmässigen unautorisierten Aktienverkauf gehandelt habe, damit LU. sel. über Liquidität für widerrechtliche Kontoüberweisungen verfügt habe. Aus welchen Gründen dieser unautorisierte VW-Aktienverkauf stattgefunden habe, bleibe ungeklärt. Daher könne nicht gesagt werden, dass LU. sel. ein bewiesenes Motiv gehabt habe, um diesen Aktienverkauf durch Unterdrückung der fraglichen Börsenabrechnung gegenüber Dr. WY. sel. zu verheimlichen, und zu diesem Zweck die Banklagernd-Post zwangsläufig habe manipulieren müssen. Es gebe auch keine anderen Indizien dafür, dass der Kundenberater von Dr. WY. sel. die Banklagernd-Post manipuliert habe. Schliesslich würden auch Hinweise auf eine Beweisunterdrückung durch die Beklagte in dem Sinne fehlen, dass sie nach dem Tod von LU. sel. die bei ihm zu Hause aufbewahrten Bankunterlagen mit der fraglichen Börsenabrechnung unterdrückt habe. Die vom Gericht durchgeführten Aktenevidenzen hätten keinen auffälligen Befund ergeben, der eine Beweisunterdrückung belegen würde (vgl. zusammenfassende Aktennotiz über den Inhalt der edierten Dokumente).

Gemäss der Beklagten haben die Kläger eingestanden, dass sich die Abrechnung über den Verkauf der 3'010 VW-Aktien im Couvert befunden habe, welches LU. sel. an Dr. WY. sel. anlässlich seines Bankbesuchs am

### **E. 23**

September 2008. Denn für die Schlussfolgerung, welche das Kantonsgericht im hier interessierenden Kontext des Verkaufs von 3'010 VW-Aktien am 17. März 2008 zu Recht aus den langen Zeitabständen zwischen den Banklagernd-Post-Besprechungen zieht, spielen die Verhältnisse nach dem 23. September 2008 keine Rolle.

Zu den Einwänden der Beklagten ist Folgendes zu bemerken: - Der Rechtsvertreter der Beklagten kritisiert die Feststellung der Vorinstanz, dass „die Genehmigung einer Vertragsverletzung eine tatsächliche Kenntnisnahme der Finanztransaktion voraussetzt“ und macht geltend, dass die Möglichkeit zur Kenntnisnahme genügen müsse. Sonst würde es eine Genehmigungsfiktion im Sinne von Ziffer 2 der AGB überhaupt nicht brauchen. Die Beklagte übersieht in diesem Zusammenhang, dass die Gerichtsentscheid AR GVP 31/2019, Nr. 3759

Seite 14/35 Vorinstanz mit Bezug auf die Aussage, dass „die Genehmigung einer Vertragsverletzung eine tatsächliche Kenntnisnahme der Finanztransaktion voraussetzt“, unter Bezugnahme von Rechtsprechung und Lehre korrekt zwischen genehmigungsfähigen und nicht genehmigungsfähigen Tatbeständen unterschieden und dabei festgehalten hat, dass eine stillschweigende Genehmigung einer so krassen Vertragsverletzung, wie sie hier vorliegt, eine tatsächliche Kenntnis der Finanztransaktion voraussetzt. Weiter hat sie darauf hingewiesen, dass es sich in casu nicht um Missverständnisse oder die Liederlichkeit eines Bankangestellten handelt, die sich ein Bankkunde als Folge der Zugangsfiktion anrechnen lassen muss (vgl. dazu Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 9. Dezember

1988, in: ZR 88 [1989], Nr. 48, S. 159). Nur gelegentliche, sozusagen „übliche“ bankinterne Fehler, mit denen jeder Kunde rechnen müsse, könnten noch durch die Zugangs- und die daraus folgende Genehmigungsfiktion sanktioniert werden (URS BERTSCHINGER, Sorgfaltspflichten der Bank bei Anlageberatung und Verwaltungsaufträgen, 1991, S. 215). Angesichts des beträchtlichen Verkaufsvolumens in Höhe von CHF 727'563.72 hätte die Beklagte, vertreten durch LU. sel., ihren Kunden Dr. WY. sel. proaktiv über den Verkauf informieren müssen; umso mehr als die betroffenen VW-Aktien als sogenanntes Familiensilber seit mehr als 10 Jahren im Depot lagen. Kommt hinzu, dass Dr. WY. sel. am 14. März 2008 - selbst nach Darstellung der Beklagten (vgl. Eintrag im CMS) - von einem Verkauf der Wertschriftenposition offenbar nichts wissen wollte. Auch die von der Beklagten zitierten WHERLOCK/VON DER CRONE (Anwendbarkeit von Genehmigungsklauseln hinsichtlich unautorisierter Börsengeschäfte, SZW 2016, S. 103 f.) machen einen Vorbehalt für den Fall, dass die Bank weiss oder wissen müsste, dass der Kunde den Depotauszug nicht genehmigen wird und sie darf das Unterlassen eines fristgerechten Widerspruchs dann nicht in guten Treuen als Genehmigung der vertrags- widrigen Transaktionen verstehen (in diesem Sinne auch das Urteil des Handelsgerichtes Zürich vom 27. Juni 2006, publiziert in ZR 106 [2007], S. 11 f.).

- Der klägerische Rechtsvertreter RA Dr. AA. bringt vor, dass es einem Kunden, der sich mit seinem Berater in der Bankfiliale für eine Depotbesprechung treffe, ohne Probleme möglich und auch zumutbar sei, Widerspruch gegen die ihm dabei ausgehändigte Banklagernd-Post einzureichen und die Beweislast für diese Behauptung liege aufgrund der Interessenlage und weil es sich um eine Ausnahme von der wirksam vereinbarten Genehmigungsfiktionsklausel handle, bei den Klägern. Dies wird von den Klägern mit Verweis auf die Ausführungen im angefochtenen Urteil und Tabelle Ziffer 7 bestritten. Diesem Einwand ist entgegenzuhalten, dass die Vorinstanz aufgrund der besonderen Umstände (nämlich des beträchtlichen Verkaufsvolumens und der Tatsache, dass die fragliche Aktienposition sich seit rund 10 Jahren im Depot von Dr. WY. sel. befunden hatte) zu Recht zum Schluss gelangt ist, der Letztere hätte durch seinen Bankberater LU. sel. proaktiv über den Verkauf der 3'010 VW-Aktien am 17. März 2008 informiert werden müssen und die Bank könne sich deshalb nicht auf die Genehmigungsfiktionsklausel bezüglich der Bank- lagernd-Post berufen. Mithin spielt es nach Auffassung des Obergerichts letztlich keine Rolle, ob Dr. WY. sel. bei der Übergabe der Banklagernd-Post am 23. September 2008 eine Prüfung der einzelnen Dokumente mög- lich und zumutbar war oder nicht und welche Partei die Beweislast für die jeweiligen Behauptungen trifft. Die Schlussfolgerung der Vorinstanz, dass die Bedeutung der Genehmigungsfiktionsklausel überdehnt würde, wenn es dem Bankkunden überlassen bliebe, den Beleg über eine derart bedeutende, unautorisierte Trans- aktion aus einem Stapel von Dokumenten „herauszufischen“, ist demnach nicht zu beanstanden.

- Einen Widerspruch in der Begründung der Vorinstanz vermag das Obergericht nicht zu erkennen. Die von der Beklagten hervorgehobenen Bemerkungen auf S. 15 und 24 des Urteils sind im Zusammenhang mit dem Gegenbeweis zu sehen, den das Kantonsgericht als nicht erbracht erachtet hat. Die Kernaussage, dass LU. sel. durch den eigenmächtigen Verkauf der 3'010 VW-Aktien am 17. März 2008 seine Vertragspflicht verletzt hat, da er alles zu unterlassen hatte, was dem Auftraggeber Schaden zufügen könnte und er auch dessen Schutz- und Loyalitätspflichten verletzt hat, wird dadurch nicht geschmälert.

- Der Verweis auf die Ausführungen im Entscheid des Bundesgerichts 4A\_42/2015 E. 5.4 ist nach dem erken- nenden Gericht nicht zutreffend, da es im dort behandelten Sachverhalt um eine reine Konto-Depotbeziehung Gerichtsentscheid AR GVP 31/2019, Nr. 3759

Seite 15/35 und nicht - wie in casu - um ein Anlageberatungsverhältnis ging. Entsprechend ist auch der Hinweis, wie sich die Situation bei einem Vermögensverwaltungsmandat darstellen würde, nicht einschlägig.

- Letztlich bleibt der Beklagten nach Auffassung des Obergerichts die Berufung auf die Genehmigungsfiktions- klausel (auch) deshalb verwehrt, weil sie im Kontext einer langjährigen Geschäftsbeziehung unter Einhaltung der mündlich erteilten Weisungen des Kunden im Fall des Verkaufs der 3'010 VW-Aktien ohne vorhersehbaren Grund davon abgewichen ist, ohne dass Dr. WY. sel. mit einer entsprechenden Abweichung rechnen musste (vgl. WHERLOCK/VON DER CRONE, a.a.O., S. 103 f.).

c) Ungenügende Dokumentation der Kundenkontakte und Finanztransaktionen Gemäss der Vorinstanz ist der Genehmigungsfiktionsklausel weiter auch die Geltung zu verwehren, weil der Kundenberater LU. sel. seine Dokumentationspflicht in grobfahrlässiger Weise verletzt habe. Die Beklagte habe auftragsrechtliche Dokumentations- und Reporting-Pflichten, d.h. sie sei verpflichtet, über ihre Tätigkeit Rechenschaft abzulegen. Sie habe ihre Dokumentationspflichten verletzt, da sie den von ihr behaupteten Auf- trag zum Verkauf der VW-Aktien vom 17. März 2008 nicht dokumentiert habe. Sie habe auch ihre Sorgfalts- und Treuepflichten verletzt. Die Sorgfaltspflicht sei in Art. 398 Abs. 2 OR geregelt. Als Beauftragte habe die Bank alles zu tun, was zur Erreichung des Auftragserfolges erforderlich sei oder werden könne und alles zu unterlassen, was dem Auftraggeber Schaden zufügen könnte. Die Bank unterliege auch im Umgang mit der banklagernden Korrespondenz der auftragsrechtlichen Sorgfaltspflicht. Der Kunde dürfe nach dem Vertrau- ensprinzip davon ausgehen, die Bank halte sich an den wesentlichen Inhalt der Richtlinien der schweizeri- schen Bankiervereinigung, deren Richtlinien zur Konkretisierung der Sorgfaltspflichten der Bank herangezogen werden könnten. Inhalt und Umfang dieser Pflichten würden sich dabei vor allem nach dem Mass des Vertrau- ens richten, das der Auftraggeber dem Beauftragten entgegenbringe. Die Treuepflichten seien im Einzelfall zu bestimmen. Im Bankenwesen würden an die Sorgfalts- und Treuepflicht der Dienstleistungserbringer grund- sätzlich ausserordentlich hohe Anforderungen gestellt, welche jedoch ganz individuell festzulegen seien. Dies aufgrund des ausgeprägten Bedürfnisses der Kunden/Auftraggeber nach Aufklärung, Information, Beratung etc. Die Treuepflicht gehöre neben der Sorgfaltspflicht zu den grundlegenden Merkmalen des Auftrages (Art. 398 Abs. 2 OR). Aus ihr folge die Interessenwahrungspflicht. Der Beauftragte sei zur umfassenden Interes- senwahrung verpflichtet. Er habe die Interessen des Auftraggebers seinen eigenen vorzuziehen. Aus der Inte- ressenwahrungspflicht folge das Verbot der Benachteiligung des Kunden. Verletze der Beauftragte diese Pflichten, so liege eine Vertragsverletzung vor, die eine Schadenersatzpflicht auslösen könne. Die vom Kun- denberater erwartete Sorgfalt umfasse auch die Dokumentation eines Auftrages (beispielsweise im CMS). Die Beklagte müsse sich das von LU. sel. völlig ungenügend geführte CMS anrechnen lassen. Üblicher Banken- standard sei, dass im CMS ein detaillierter Eintrag über jeden Kundenkontakt und jede Banktransaktion vor- handen sein müsse. Im vorliegenden Fall sei das CMS von LU. sel. unsorgfältig geführt worden, weil darin wichtige Kontakte mit Dr. WY. sel. nachweislich fehlten und bei weitem nicht alle Banktransaktionen protokol- liert worden seien (so fehle beispielsweise auch ein Eintrag im

CMS über den am 28. Oktober 2008 ausgeführten Verkauf der restlichen 1'000 VW-Aktien). Selbst wenn es sich nicht um eine unautorisierte Handlung des Kundenberaters handeln würde, wäre der Genehmigungsfiktion die Geltung zu verwehren, weil die Beklagte die Dokumentationspflicht verletzt habe, was grobfahrlässig sei.

Die Einwendungen der Beklagten gegen das soeben Vorgebrachte sind allesamt nicht stichhaltig. Diesbezüglich ist festzuhalten, was folgt:

- Die grundsätzlichen Ausführungen des Kantonsgerichts zu den der Beklagten obliegenden Dokumentations- und Reporting-Pflichten sind zutreffend und beinhalten auch nach dem Verständnis des Obergerichts die Dokumentation des der Beklagten angeblich erteilten Auftrags zum Verkauf der 3'010 VW-Aktien am 17. März 2008. So verlangt zum Beispiel Art. 11 Abs. 1 lit. b des Bundesgesetzes über die Börsen und den Effektenhandel (BEHG, SR. 954.1), dass der Effekthändler insbesondere sicherstellt, dass die Aufträge seiner Kunden Gerichtsentscheid AR GVP 31/2019, Nr. 3759

Seite 16/35 bestmöglich erfüllt werden und diese die Abwicklung seiner Geschäfte nachvollziehen können müssen. Art. 11 Abs. 1 lit. b BEHG wird durch Art. 6 Abs. 1 der Richtlinien der Schweizerischen Bankiersvereinigung ([http://www.swissbanking.org/801908\\_d.pdf](http://www.swissbanking.org/801908_d.pdf)) konkretisiert, welcher bestimmt, dass ausgeführte Effektenhandelsgeschäfte unverzüglich zuzuordnen, aufzuzeichnen, innert marktüblicher Frist abzurechnen und entsprechend zu dokumentieren sind. Art. 7 der Richtlinien befasst sich mit der Transparenz bei der Abrechnung. Nach Art. 15 BEHG hat der Effekthändler die eingegangenen Aufträge und die von ihm getätigten Geschäfte mit allen Angaben, die für deren Nachvollzug und für die Beaufsichtigung seiner Tätigkeit erforderlich sind, in einem Journal aufzuzeichnen. Diese Pflicht wird in der Börsenverordnung-FINMA (BEHV-FINMA, SR. 954.193) weiter umschrieben. Gemäss Art. 1 Abs. 2 BEHV-FINMA sind für die eingegangenen Aufträge im Journal folgende Informationen festzuhalten: a. die Identifikation der Effekten; b. der Zeitpunkt des Auftrageingangs; c. die Bezeichnung des Auftraggebers oder der Auftraggeberin; d. die Bezeichnung der Geschäfts- und der Auftragsart; e. der Umfang des Auftrags.

Art. 1 Abs. 3 der Verordnung befasst sich dann mit der Ausführung der getätigten Abschlüsse und in Abs. 4 wird bestimmt, dass die eingegangenen Aufträge und die getätigten Abschlüsse grundsätzlich in standardisierter Form aufzuzeichnen sind, sodass der FINMA auf deren Verlangen Auskünfte vollständig und unverzüglich geliefert werden können.

Damit ist - was indessen nicht streitig ist - zum einen erstellt, dass die Beklagte mit Bezug auf den Verkauf der 3'010 VW-Aktien am 17. März 2008 zwar die getätigten Abschlüsse, nicht jedoch den (angeblich) eingegangenen Auftrag dokumentiert hat. In der oben erwähnten Pflicht zur Führung eines Journals, in dem sämtliche Transaktionen enthalten sind, ist sodann die Grundlage für die entsprechende Aussage der Vorinstanz auf S.

## **E. 27**

ihres Urteils zu sehen. Es mag in der Praxis zwar sein, dass eine Bank Börsengeschäfte am Telefon entgegennimmt, dies entbindet sie jedoch nicht davon, die Transaktionen anschliessend vollumfänglich, d.h. auch die Umstände der Auftragserteilung und nicht nur diejenigen der Auftragsausführung, papiermässig zu dokumentieren.

Abgesehen vom CMS hat die Beklagte keine Aufzeichnungen eingereicht, welche dem gesetzlich vorgeschriebenen Journal entsprechen. Wie schon die Vorinstanz korrekt festgehalten hat, weist das CMS bezüglich der Kundenbeziehung zu Dr. WY. sel. nachweislich diverse Lücken resp. falsche Einträge auf. Zunächst fehlt ein Auftrag betreffend den Verkauf der 3'010 VW-Aktien am 17. März 2008. Weiter ist auch der Verkauf der 1'000 VW-Aktien am 28. Oktober 2008 nicht vermerkt. Hier ist umstritten, ob LU. sel. Dr. WY. sel. am 28. Oktober 2008 telefonisch erreicht hat oder nicht (nach der Darstellung des beklaglichen Rechtsvertreters war dies nicht der Fall und es gab keinen Auftrag, weshalb ein solcher auch nicht habe dokumentiert werden können/müssen; gemäss den Klägern hat zunächst Dr. WY. sel. und später die vom Letzteren benachrichtigte Klägerin 2 in den Verkauf eingewilligt). Wie es sich diesbezüglich genau verhalten hat, kann indessen offen bleiben, da die Parteien sich einig sind, dass der Verkauf der 1'000 VW-Aktien am 28. Oktober 2008 zumindest nachträglich durch die Klägerin 2 genehmigt worden ist. In einem ordnungsgemäss geführten Journal (oder CMS) hätte nach Auffassung des Obergerichts dann aber eingetragen werden müssen, dass die Bank interessenswährend für den Kunden gehandelt habe resp. der Verkauf durch die Klägerin 2 (nachträglich) genehmigt worden sei. Ebenso fehlen der Kauf des strukturierten Produkts im Umfang von 100'000 Euro am 31. März 2008, der Auftrag zur Überweisung von 50'000 Euro an die Sparkasse G. am 23. September 2008 oder der Barbezug von 50'000 Euro am 26. September 2008, um nur ein paar Beispiele zu nennen.

Die Schlussfolgerung der Vorinstanz, dass die Beklagte ihre auftragsrechtliche Dokumentationspflicht bezüglich der Auftragserteilung verletzt habe, ist also in keiner Weise zu beanstanden. Gerichtsentscheid AR GVP 31/2019, Nr. 3759

Seite 17/35

- Mit den im BEHG und der BEHV-FINMA statuierten Meldepflichten ist auch die Auffassung der Beklagten widerlegt, dass die vom Kundenberater zu erwartende Sorgfalt die Dokumentation eines Auftrages nicht erfasst (vgl. Art. 15 BEHG und Art. 2 ff. BEHV).
- Das Urteil der Vorinstanz ist auch nicht widersprüchlich: Diese hat auf Seite 14 ihres Urteils mit Verweis auf einen Entscheid des Handelsgerichtes Zürich lediglich festgehalten, dass sich der Beweis für einen erteilten Auftrag nicht mittels eines Auftragsfassungs- und Börsenauftragsformulars erbringen lasse, da diese einzig bankinterne Vorgänge resp. die Auftragsausführung dokumentieren würden.
- Wie bereits erwähnt, hat das Kantonsgericht korrekt festgehalten, der Beauftragte habe alles zu tun, was zur Erreichung des Auftrags Erfolges erforderlich sei oder werden könne und alles zu unterlassen, was dem Auftraggeber Schaden zufügen könnte (WALTER FELLMANN, Berner Kommentar, 1992, N. 431 zu Art. 398 OR) und er unterliege auch im Umgang mit der banklagernden Korrespondenz der auftragsrechtlichen Sorgfaltspflicht (BERTSCHINGER, a.a.O., S. 212). Im Weiteren dürfe der Kunde nach dem Vertrauensprinzip davon ausgehen, die Bank Sorge dafür, dass keine zwingenden Normen der Bankgesetzgebung verletzt würden und sich an den wesentlichen Inhalt der Richtlinien der schweizerischen Bankiersvereinigung halten (FELLMANN, a.a.O., N. 432 zu Art. 398 OR).

Der Zusammenhang zwischen der Verletzung der Dokumentationspflicht und der durch die Vorinstanz als nicht zulässig erachteten Berufung auf die Genehmigungsfiktion erschliesst sich über den Grundsatz von Treu und Glauben zu dem der Beauftragte gestützt auf Art.

398 OR verpflichtet ist. Entsprechend hat das Kantonsgericht in der Verletzung der Dokumentationspflicht einen von fünf Gründen erblickt, weshalb die Bank aufgrund des Grundsatzes von Treu und Glauben unter den vorliegenden Umständen und des zugrundeliegenden Anlage-beratungsverhältnisses nicht vom Genehmigungswillen des Geschädigten ausgehen durfte.

d) Missbrauch des Vertrauensverhältnisses Mit Verweis auf diverse Einträge im CMS hat das Kantonsgericht erwogen, Vertrauen sei im Bankgeschäft ein integraler und wesentlicher Bestandteil der Geschäftsbeziehung. Kundenberater LU. sel. habe zu Dr. WY. sel. über die Jahre hinweg ein enges Vertrauensverhältnis aufbauen können, wie die verschiedenen privaten Einladungen bei ihm zu Hause oder gar zu Familienfeiern zeigten. Zwischen ihnen habe eine Vertrauensbeziehung, die über eine normale Kundenbeziehung hinausgegangen sei, bestanden. LU. sel. habe dieses enge Vertrauensverhältnis missbraucht und seinem Bankkunden Dr. WY. sel. durch unautorisierte Finanztransaktionen erheblichen finanziellen Schaden zugefügt. Es könne als erstellt gelten, dass Dr. WY. sel. sich wegen dieses engen Vertrauensverhältnisses nicht habe vorstellen können, von seinem Bankberater derart hintergangen zu werden. Dieser Umstand sei von LU. sel. offenbar gezielt ausgenutzt worden, ansonst dessen unautorisierte Transaktionen von Dr. WY. sel. wohl selber entdeckt worden wären. Kundenberater LU. sel. habe seinem Bankkunden Dr. WY. sel. durch seine Machenschaften einen erheblichen finanziellen Schaden zugefügt. Die Beklagte habe anerkannt, dass die erste widerrechtliche Barabhebung durch LU. sel. zu Lasten des Kunden Dr. WY. sel. am 14. März 2008 und somit drei Tage vor dem Verkauf der 3'010 VW-Aktien am 17. März 2008 stattgefunden habe. Gemäss der Teilvereinbarung fanden die weiteren widerrechtlichen Schädigungen des Bankkunden WY. durch LU. sel. am 26. September 2008, 3. März 2009, 22. und 30. April 2009, 27. Mai 2009, 3. Juni 2009 und am 9. Oktober 2009 statt. Es gehe um einen von der Beklagten anerkannten erheblichen Deliktsbetrag von EUR 147'885.40 und CHF 352'338.60. Dem Zwischenbericht 3 von K. über die bankinternen Abklärungen sei zu entnehmen, dass LU. sel. die festgestellten unrechtmässigen Transaktionen zu Lasten von Dr. WY. sel. wohl vorgenommen habe, um Fehlinvestitionen und eine schlechte Performance bei den begünstigten beiden Bankkunden auszugleichen. Wenn ein Bankkundenberater sich gegenüber einem Bankkunden in derart offensichtlicher Weise treuwidrig verhalten habe, gehe es wegen des Rechtsmissbrauchsverbots nicht an, dass die Bank sich auf die Genehmigungsentscheid AR GVP 31/2019, Nr. 3759

Seite 18/35 gungsfiktion der vom Kunden unterzeichneten Entlastungserklärung berufe. Die Treuepflicht der Bank sei hier im elementarsten Kern verletzt worden. Es handle sich vorliegend nicht um Missverständnisse oder die Liederlichkeit eines Bankangestellten, die sich ein Bankkunde als Folge der Zugangsfiktion zurechnen lassen müsse. Nur gelegentliche, sozusagen "übliche" bankinterne Fehler, mit denen jeder Kunde rechnen müsse, könnten noch durch die Zugangs- und die daraus folgende Genehmigungsfiktion sanktioniert werden. Im vorliegenden Fall würde die Anwendung der Genehmigungsfiktion zu einem unbilligen, das Rechtsempfinden verletzenden Ergebnis führen. Dieses Wissen um das treuwidrige und widerrechtliche Verhalten ihres Kundenberaters sei der Beklagten anzurechnen, denn eine juristische Person verfüge dann über relevante Kenntnis eines Sachverhaltes, wenn dieses Wissen innerhalb ihrer Organisation vorhanden sei. Das Bundesgericht habe im Übrigen festgehalten, dass sich die in den AGB enthaltene Genehmigungsfiktion wegen des der Bank zurechenbaren positiven Wissens des

ungetreuen Bankmitarbeiters als unwirksam erweisen könne. Zwar könne alleine aus dem Umstand, dass der Kundenbetreuer eine Transaktion bewusst ohne entsprechenden Auftrag des Kunden ausgeführt habe, nicht ohne Weiteres auf eine Schädigungsabsicht oder positives Wissen der Bank um die Nichtgenehmigung geschlossen werden, da ein derartiger Schluss keinen Raum für die Möglichkeit lasse, dass die Geschäfte im Interesse des Bankkunden und im Vertrauen auf dessen nachträgliche Genehmigung getätigt worden seien. Jedoch habe die Beklagte nach dem Suizid des Kundenberaters LU. sel. eine interne Untersuchung angeordnet, bei der es vor allem um unrechtmässige Transaktionen bei den von LU. sel. betreuten Kunden gegangen sei (vgl. die Befragung von K. ). Dazu komme, dass gemäss Zwischenbericht 2 der internen Untersuchung der Beklagten Anzeichen bestanden hätten, dass LU. sel. seit dem Jahr 2002 in die Investments seiner Kunden bei dieser Bank involviert gewesen sei. Es sei somit nicht um eine einzelne unrechtmässig erfolgte Handlung, sondern um das generelle Verhalten des Kundenberaters gegangen, der das Vertrauen gegenüber seinem Bankkunden systematisch ausgenutzt habe, um rechtswidrige, ihn schädigende Finanztransaktionen vorzunehmen (vgl. Teilvereinbarung). Sämtliche Umstände liessen darauf schliessen, dass die Beklagte nicht in guten Treuen mit der Genehmigung der widerrechtlichen Transaktionen durch Dr. WY. sel. habe rechnen dürfen, da das zugrundeliegende besondere Vertrauensverhältnis durch die nicht-autorisierten und schädigenden Transaktionen von LU. sel. ausgehöhlt worden sei. Das gelte auch bezüglich der von der Beklagten geltend gemachten indirekten Genehmigung des Verkaufs der 3'010 VW-Aktien, indem Dr. WY. sel. am 31. März 2008, der Kläger 1 am 2. November 2009 und die Klägerin 2 am 23. April 2009 über die dank dem Aktienverkauf gewonnene Liquidität auf dem Konto von Dr. WY. sel. verfügt hätten. Zum gleichen Ergebnis führe die Überlegung, dass die Essenz eines Anlageberatungsvertrages darin bestehe, dass die Bank sich auf die Beratung des Kunden beschränke. Dieser Vertrag werde durch eigenmächtige Transaktionen der Bank fundamental verletzt. Die Beklagte habe sich deutlich ausserhalb des vereinbarten vertraglichen Rahmens befunden, da sie Dr. WY. sel. nur hätte beraten, aber keine eigenmächtigen Transaktionen vornehmen dürfen, was auch bei einem bankerfahrenen Kunden wie ihm gelte. Beim Anlageberatungsvertrag falle der Kunde selbständig den Kaufs- oder Verkaufsentscheid, und die Bank sei nicht befugt, von sich aus Anlageentscheide zu treffen und diese ohne Rücksprache mit dem Kunden auszuführen. Da die Beklagte nicht beweisen könne, dass Dr. WY. sel. eine Verkaufssordre für die VW-Aktien erteilt habe, bilde dieser Verkauf eine klare Abweichung von der vertraglichen Abmachung. Der Kundenberater habe nicht annehmen dürfen, dass der Kunde diesen Verkauf stillschweigend genehmigen würde und die Beklagte habe deshalb nicht gutgläubig auf dessen Zustimmung schliessen dürfen.

Diesen schlüssigen Ausführungen kann das Obergericht sich vollumfänglich anschliessen und es kann somit grundsätzlich auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (REETZ/HILBER, a.a.O., N. 54 zu Art. 318 ZPO). Der in der Berufungserklärung geäusserten Kritik der Beklagten ist aus Sicht des Obergerichts Folgendes entgegenzuhalten:

- Es ist richtig, dass das Kantonsgericht auf den Seiten 15 und 24 des angefochtenen Urteils einen planmässigen unautorisierten Verkauf der VW-Aktien als nicht erstellt erachtet hat. Diese Aussage bezog sich jedoch einzig auf den Verkauf der 3'010 VW-Aktien am 17. März 2008, während die Feststellung auf Seite 28 des Gerichtsentscheid AR GVP 31/2019, Nr. 3759

Seite 19/35 Urteils (auch) die späteren widerrechtlichen Transaktionen (vgl. die Teilvereinbarung) miteinbezieht. Zudem stützt sich die von der Beklagten kritisierte Vermutung auf Seite 28 (auch) auf die Aussage im Zwischenbericht 3 von K.

- Gemäss der Beklagten ist es absolut unzulässig, sich für die Frage der Wirksamkeit der Genehmigungsfiktion für die Entlastungserklärung durch Dr. WY. sel. vom 23. September 2008 (aber auch für diejenige durch die Klägerin 2 und Dr. WY. sel. im April 2009 bzw. diejenige durch den Kläger 1 und Dr. WY. sel. im September, November und Dezember 2009) auf „Machenschaften von LU. sel. mit einem erheblichen finanziellen Schaden zulasten des Bankkunden“ zu berufen. Sie habe nicht anerkannt, dass die erste Barabhebung vom 14. März widerrechtlich gewesen sei; diese sei nur aus Kulanzgründen zurückerstattet worden. Die zweite Barabhebung habe erst am 26. September 2008, d.h. nach der Entlastungserklärung von Dr. WY. sel. am 23. September 2008, stattgefunden, ebenso die dritte sowie alle Fremdüberweisungen. Diese Transaktionen könnten deshalb nur schon aus zeitlichen Gründen wegen eines angeblichen Rechtsmissbrauchs die Genehmigungsfiktion nicht beseitigt haben. Komme hinzu, dass die Veruntreuungen in der Teilvereinbarung erledigt worden seien und nicht Prozessgegenstand bilden würden. Nach der Lehre gelte die Genehmigungsfiktion einzig für die im jeweiligen Depotauszug aufgeführten Transaktionen. Demzufolge könne der Fiktion auch der Rechtsmissbrauch nur im Einzelfall, bezogen auf genau spezifizierte Transaktionen, entgegenstehen. Die Vorinstanz gehe zu Unrecht von einem Gesamtsachverhalt aus. Dabei gebe es neben dem Fall Dr. WY. sel. ganze zwei weitere Fälle mit durch LU. sel. geschädigten Kunden, was für sich schon ausschliesse, dass das Vorgehen von LU. sel. „System“ gehabt habe.

Die Kläger halten dem entgegen, die Vorinstanz habe aus dem Zwischenbericht 3 von K. gefolgert, dass LU. sel. die Transaktionen verwendet habe, um Fehlinvestitionen und eine schlechte Performance bei den beiden begünstigten Bankkunden E. und D. auszugleichen. Im Übrigen sei es der Beklagten aufgrund der Verletzung der Treuepflicht im elementarsten Kern verwehrt, sich auf eine Genehmigungsfiktion und/oder indirekte Genehmigung zu berufen. Dem Zwischenbericht 3 von K. lasse sich entnehmen, dass es mindestens zwei weitere Geschädigte gebe (vermutet werde eine Vielzahl). Vorliegend gehe es nicht nur um den Verkauf der 3'010 VW-Aktien vom 17. März 2008, denn aufgrund der Entwehrung am 17. März 2008 seien diese Aktien am

## **E. 28**

Oktober 2008 nicht zur Verfügung gestanden.

Nach Ansicht des Obergerichts trifft es zu, dass die Beklagte die Barabhebung vom 14. März 2008 nicht als widerrechtlich anerkannt hat. Dem widerspricht indessen die Teilvereinbarung vom 18./22. August bzw. 1. September 2011, wo auf Seite 1 unmissverständlich von einer widerrechtlichen und ohne entsprechenden Auftrag des Erblassers/Kunden getätigten Transaktion die Rede ist. Einen entsprechenden Vorbehalt hat die Beklagte nicht angebracht. Mithin ist davon auszugehen, dass die erste widerrechtliche Barabhebung am 14. März 2008 kurz vor dem unautorisierten Aktienverkauf am 17. März 2008, aber deutlich vor dem 23. September 2008 erfolgt ist. Gemäss der Beklagten kann der Fiktion auch der Rechtsmissbrauch nur im Einzelfall, bezogen auf ein genau bestimmtes Geschäft entgegenstehen. Diese Voraussetzung trifft somit auf die Empfangsbestätigung von Dr. WY. sel. vom 23. September 2008 mit Bezug auf den Verkauf der 3'010 VW-Aktien vom 17. März 2008 exakt zu. Verschiedene Sachverhalte wurden mit dem

Teilvergleich vom 18./22. August bzw. 1. September 2011 zwar erledigt und es ist vorliegend lediglich noch ein Geschäft rechtlich zu würdigen. Das bedeutet jedoch nicht, dass das erkennende Gericht bei dessen Beurteilung den Gesamtkontext, in dem dieses Geschäft stattgefunden hat, einfach ausser Acht lassen kann, wie es im Übrigen auch die Vorinstanz zu Recht nicht gemacht hat.

Gerichtssentscheid AR GVP 31/2019, Nr. 3759

Seite 20/35 - Den von der Beklagten in Rz. 73-76 der Berufung vorgebrachten Argumenten ist folgendes entgegenzuhalten:

-- Bis am 23. September 2008, als Dr. WY. sel. die Entlastungserklärung für die Banklagernd-Post-Vernichtung unterzeichnete, ist es zu einer Veruntreuung (Barabhebung von EUR 45'135.00 vom 14. März 2008) sowie zu mehreren unautorisierten Transaktionen gekommen (Verkauf von 3'010 VW-Aktien am 17. März 2008; Kauf eines strukturierten Produkts für EUR 100'000.00 am 31. März 2008; Kauf von DAB-Titeln für EUR 342'263.68 am 7. Juli 2008). Wieso der Verantwortliche, LU. sel., unter diesen Umständen nicht als „ungetreuer Bank- mitarbeiter“ bezeichnet werden darf (gemäss Duden, das Synonymwörterbuch, sind „untreu, abtrünnig, treulos, unzuverlässig, verräterisch und illoyal“ sinnverwandte Ausdrücke), ist unerfindlich.

-- Gleichermassen überzeugt nicht, was die Beklagte gegen den Passus im Urteil der Vorinstanz (vgl. S. 29) „es sei somit nicht um eine einzelne unrechtmässig erfolgte Handlung [gegangen], sondern um das generelle Verhalten des Kundenberaters, der das Vertrauen gegenüber seinen Bankkunden systematisch ausnutzte, um rechtswidrige, ihn schädigende Finanztransaktionen vorzunehmen“ vorbringt. Die Aussage lässt sich nach Auffassung des erkennenden Gerichts nämlich bereits aufgrund der bis am 23. September 2008 getätigten unautorisierten Geschäften sowie der einen Veruntreuung gegenüber Dr. WY. sel. rechtfertigen. Umso mehr natürlich wenn die späteren, in der Teilvereinbarung erledigten Vorfälle sowie die - gemäss Zwischenbericht 2 von K. betroffenen - weiteren Kunden in die Betrachtung miteinbezogen werden.

-- Korrekt ist hingegen der Hinweis, dass sich bei den Verfügungen von Dr. WY. sel. über die durch den Aktien- verkauf gewonnene Liquidität die Frage nach konkludenten Genehmigungshandlungen gestützt auf Art. 1 Abs. 2 OR stellt und nicht jene nach einem Akzept durch Stillschweigen (d.h. einem Nichthandeln) gestützt auf Art. 6 OR in Verbindung mit der Genehmigungsfiktion gemäss Ziffer 2 der AGB (vgl. E. 2.2.5 oben).

- Den weiteren Ausführungen der Beklagten ist entgegenzuhalten, dass der Entscheid des Bundesgerichts 4A\_42/2015 vom 9. November 2017 E. 5.5, bereits oben (E. 2.2.7) als nicht einschlägig eingestuft worden ist.

e) Keine indirekte Genehmigung des Verkaufs der VW-Aktien Wie oben (E. 2.2.5) dargelegt, handelt das erkennende Gericht die hier erwähnten Tatbestände separat und nach einer anderen Systematik als die Vorinstanz ab.

Fazit Zusammenfassend hat das Kantonsgericht festgehalten, die von LU. sel. am 17. März 2008 ohne Verkaufs- auftrag vorgenommene vertragswidrige Veräusserung von 3'010 VW-Aktien werde nicht mittels der Genehmi- gungsfiktionsklausel nachträglich geheilt. Der Genehmigungsfiktion werde vorliegend die Anwendung versagt, weil (1) keine Kenntnis der vertragswidrigen Transaktion durch Dr. WY. sel. belegt sei, (2) keine rechtsgenüg- liche Aufklärung über die in den Bankauszügen aufgeführten Transaktionen

belegt sei, (3) die Beklagte ihre auftragsrechtlichen Dokumentationspflichten krass verletzt habe, (4) Dr. WY. sel. kein rechtzeitiger Widerspruch gegen den unautorisierten Verkauf der 3'010 VW-Aktien objektiv möglich und zumutbar gewesen sei und (5) der Kundenberater das enge Vertrauensverhältnis mit dem Bankkunden Dr. WY. sel. missbraucht habe, weshalb die Bank aufgrund des Grundsatzes von Treu und Glauben unter diesen konkreten Umständen und des zugrundeliegenden Anlageberatungsvertrages nicht vom Genehmigungswillen des Geschädigten ausgehen dürfen. Würde vorliegend die Genehmigungsfiktion spielen, würde dies zu einem unbilligen, das Rechtsempfinden verletzenden Ergebnis führen. Für den allfälligen Schaden, der Dr. WY. sel. aus diesem vertragswidrigen Verkauf von 3'010 VW-Aktien entstanden sei, werde die Beklagte daher ersatzpflichtig. Im Folgenden sei zu prüfen, ob er einen solchen Schaden erlitten habe.

Gerichtsentscheid AR GVP 31/2019, Nr. 3759

Seite 21/35 Diese Überlegungen überzeugen und das Obergericht kann sich diesen vollumfänglich anschliessen (REETZ/ HILBER, a.a.O., N. 54 zu Art. 318 OR). Soweit es auf die durch die Beklagte dazu geäußerte Kritik nicht bereits eingegangen ist resp. noch eingehen wird, wird festgehalten, dass

- LU. sel. Dr. WY. sel. im Fall des unautorisierten Verkaufs der 3'010 VW-Aktien proaktiv hätte informieren bzw. aufklären müssen (E. 2.2.7); bereits deshalb kann die Beklagte sich nicht auf eine stillschweigende Genehmigung berufen;

- es vor dem 23. September 2008 nicht nur „zwei, eventuell kritische Transaktionen“ gab, sondern nebst der anerkannten Barveruntreuung (EUR 45'000.00 am 14. März 2008) und dem eigenmächtigen Verkauf von 3'010 VW-Aktien am 17. März 2008 weitere unautorisierte Geschäfte wie zum Beispiel den Kauf eines strukturierten Produkts für EUR 100'000.00 am 31. März 2008 bzw. von DAB-Titeln für EUR 342'263.68 am 3. Juli 2008 sowie den Verkauf von DAB-Titeln für EUR 75'451.95 am 23. September 2008 gab; vor diesem Hintergrund ist die Schlussfolgerung keineswegs zu beanstanden, der Kundenberater habe das enge Vertrauensverhältnis mit dem Bankkunden missbraucht, weshalb die Bank nach Treu und Glauben nicht vom Genehmigungswillen des Geschädigten ausgehen dürfen;

- nach Auffassung des Obergerichts Dr. WY. sel. sehr wohl ein Schaden entstanden (vgl. E. 2.4.2) und auch der Kausalzusammenhang zwischen der Genehmigungsfiktion und dem Schaden zu bejahen ist (vgl. E. 2.4.3); als erstellt kann auch die Absicht der Bank gelten, die Genehmigungsfiktion zu benützen, um Dr. WY. sel. zu schädigen, da sie sich offensichtlich auf diese Klausel stützt, um sich von der Verantwortung für den Schaden, welcher Dr. WY. sel. durch LU. sel. vorsätzlich zugefügt worden ist, zu entziehen.

2.2.8 Genehmigung durch die Klägerin 2 und Dr. WY. sel. nach dem 23. September 2008 Die Beklagte moniert, dass die Vorinstanz die persönliche Besprechung des aktuellen Vermögensverzeichnis des Depots von Dr. WY. sel. am 22. April 2009 durch LU. sel. mit der Klägerin 2 sowie die anschliessende Zustellung der Steuerunterlagen 2008 an diese im angefochtenen Urteil übergangslos und im gleichen Abschnitt wie die Verfügungen über den Verkaufserlös für die 3'010 VW-Aktien durch Dr. WY. sel. zwischen dem 19. März 2008 und dem 23. September 2008 geprüft habe. Damit habe die Vorinstanz an einen falschen Sachverhalt angeknüpft, da das Schweigen der Klägerin 2 mit den konkludenten Handlungen von Dr. WY. sel. zwischen dem 19. März 2008 und dem 23. September 2008 nichts zu tun habe. Konkludente Handlungen würden zu einer nachträglichen Genehmigung

gestützt auf Art. 1 Abs. 2 OR führen, während im April 2009 schlicht und ergreifend die Genehmigungsfiktion gemäss Ziffer 2 der AGB zur Anwendung komme. In Verletzung des rechtlichen Gehörs der Beklagten habe das Kantonsgericht nicht geprüft, dass dieselbe Wirkung der Genehmigungsfiktion gemäss Ziffer 2 der AGB nicht nur die Klägerin 2, sondern auch Dr. WY. sel. treffe, der nach der Zustellung des Steuerausweises ebenfalls nicht remonstriert habe. Die Vorinstanz argumentiere an der Sache vorbei: Ob die Klägerin 2 Kenntnis vom Verkauf der 3'010 VW-Aktien gehabt habe oder nicht, interessiere nicht. Es gehe ja gerade darum, dass sie aufgrund der ihr übergebenen Unterlagen davon hätte Kenntnis haben können. Es gehe auch nicht um die Frage ihrer Sorgfaltspflichten für sich selber, sondern um jene als mit notariell beglaubigter Generalvollmacht handelnder Vertreterin von Dr. WY. sel. und damit um dessen Sorgfaltspflichten selbst. Zu diesen Pflichten gehöre die Durchsicht der übergebenen und zugestellten Dokumente und ein Widerspruch innert Frist, widrigenfalls zugunsten der Beklagten die Genehmigungsfiktion gemäss Ziffer 2 der AGB wirke. Wegen der falschen Anknüpfung im Urteil könnte der falsche Eindruck entstehen, die Überlegungen der Vorinstanz zum Rechtsmissbrauchsverbot im Zusammenhang mit der Prüfung der Wirksamkeit der Genehmigungsfiktion der Entlastungserklärung von Dr. WY. sel. vom 23. September 2008 gemäss dem angefochtenen Urteil S. 21-30 lit. fa-fg würden auch hier gelten, was aber klarerweise nicht zutreffe. Gerichtsentscheid AR GVP 31/2019, Nr. 3759

Seite 22/35 Die Klage sei damit gestützt auf Art. 6 OR in Verbindung mit Ziffer 2 der AGB der Beklagten auch abzuweisen zufolge stillschweigender Genehmigung des Verkaufs der 3'010 VW-Aktien vom 17. März 2008 durch die Klägerin 2 und Dr. WY. sel. durch ihr Schweigen auf die ihnen im April 2009 zustellten Steuerunterlagen per

### **E. 31**

Dezember 2008, denen sich der prozessrelevante Verkauf der 3'010 VW-Aktien, aber auch alle anderen Transaktionen des Jahres 2008, auf den ersten Blick hätten entnehmen lassen.

Die Kläger bestreiten eine nachträgliche, stillschweigende oder konkludente Genehmigung durch die Klägerin 2, da diese die Steuerunterlagen 2008 überhaupt nie erhalten habe. Falls sie die Steuerunterlagen 2008 erhalten habe, hätte dies nicht zu einer nachträglichen, stillschweigenden oder konkludenten Genehmigung geführt. Sie sei nämlich nicht verpflichtet gewesen, die Steuerunterlagen durchzuforschen, ob alle Banktransaktionen genügend autorisiert gewesen seien. Nicht die Klägerin 2, sondern Dr. WY. sel. habe die Steuerunterlagen im September 2009 erhalten. Die Genehmigungsfiktion spiele nicht. Der Kläger 1 habe die Steuerunterlagen im September 2009 von seinem Vater ausgehändigt erhalten, diese in der Folge geprüft und bei der Bank remonstriert. Die Aufdeckungsphase und die Verzögerungstaktik von LU. sel. bis zu dessen Suizid im März 2010 hätten sie minutiös aufgezeichnet. Es gelte Tabelle Ziffer 12. Eine stillschweigende Genehmigung käme in diesem Zusammenhang aufgrund der Schranke des Rechtsmissbrauchsverbots nicht in Frage, selbst wenn die Klägerin 2 die Steuerunterlagen erhalten hätte, was bestritten werde. Bestritten werde auch eine Genehmigung durch Dr. WY. sel. im April 2009.

Das Kantonsgericht hat ausgeführt, die Beklagte könne aus dem Umstand, dass der Klägerin 2 die Steuerunterlagen 2008 ausgehändigt worden seien und diese anschliessend nicht gegen den Aktienverkauf protestiert habe, nicht auf eine konkludente Genehmigung schliessen. Die Klägerin 2 habe offenkundig keine Kenntnis vom Verkauf [der VW-Aktien] gehabt und sei auch nicht zur Wahrung ihrer Sorgfaltspflichten dazu ver-

pflichtet gewesen, die Steuerunterlagen unter dem Gesichtspunkt zu durchforsten, ob alle Banktransaktionen genügend autorisiert worden seien. Sie habe diese nicht gekannt, da es sich um Vorgänge gehandelt habe, von denen einzig Dr. WY. sel. als Auftraggeber Kenntnis gehabt habe.

In der Klageantwort und in der Duplik machte die Beklagte geltend, die Klägerin 2 habe LU. sel. am 22. April 2009 einen Bankbesuch abgestattet. Es sei mit ihr wie üblich das Depot von Dr. WY. sel. anhand eines aktuellen Vermögensverzeichnisses besprochen worden, welchem sämtliche vorstehend erwähnten Transaktionen nochmals zu entnehmen gewesen seien. Die durch Dr. WY. sel. unbeschränkt bevollmächtigte Klägerin 2 habe die Zustellung der Steuerunterlagen 2008 direkt an sich selbst gewünscht. Der entsprechende Ausweis, aus dem der Verkauf der VW-Aktien in zwei Tranchen am 17. März 2008 und am 28. Oktober 2008 deutlich hervorgehe, sei ihr am Tag darauf zugeschickt worden. Weder die Klägerin 2 noch Dr. WY. sel. hätten in der Folge je gegen die beiden Teilverkäufe remonstriert. Die Kläger haben sowohl den Bankbesuch der Klägerin 2 am 22. April 2009 bestritten, als auch, dass LU. sel. mit dieser wie üblich das Depot von Dr. WY. sel. besprochen und sie die Zustellung des Steuerreportes 2008 an sich selbst verlangt habe. Bestritten wird ebenfalls, dass der Steuerreport 2008 Dr. WY. sel. bereits Ende April 2008 zugestellt wurde.

Der Steuerreport Deutschland datiert vom 23. April 2009 und ist an „Dr. iur. WY., BLST N.“ adressiert. Im CMS ist per Datum 22. April 2009 von LU. sel. notiert worden: „Frau PY. kommt in N. vorbei und bezieht wie angekündigt EUR 40'000.00. Die Steuerunterlagen werden wir ihr direkt zusenden“. In der Teilvereinbarung vom 18./22. August bzw. 1. September 2011 hat die Beklagte indessen anerkannt, dass LU. sel. am 22. April 2009 widerrechtlich und ohne entsprechenden Auftrag eine Barabhebung von EUR 40'120.00 zugunsten von Drittpersonen getätigt hat.

Gerichtsentscheid AR GVP 31/2019, Nr. 3759

Seite 23/35 Dass die Klägerin 2 LU. sel. am 22. April 2009 einen Besuch auf der Bank abgestattet und mit ihm - angeblich wie üblich - anhand eines aktuellen Vermögensverzeichnisses das Depot von Dr. WY. sel. besprochen hat, ist nach Meinung des Obergerichts nicht erstellt. Zweifel an der Darstellung der Beklagten erweckt namentlich der Umstand, dass die Letztere in der Teilvereinbarung vom 18./22. August bzw. 1. September 2011 die in diesem Zusammenhang geltend gemachte Barabhebung von EUR 40'120.00 als widerrechtliche und ohne Auftrag zugunsten von Drittpersonen getätigte Transaktion anerkannt hat. Wie oben (E. 2.2.7) dargestellt, wurden bereits andere CMS-Einträge als falsch entlarvt. Mit einer anerkanntermassen teilweise falschen bzw. unvollständigen Kontaktübersicht der Bankbeziehung (kurz CMS) lässt sich der Beweis bezüglich des - bestrittenen - Bankbesuchs der Klägerin 2 und der Besprechung des Depots von Dr. WY. sel. somit nicht erbringen. Umso mehr als im CMS eine Besprechung des Depots von Dr. WY. sel. zwischen LU. sel. und der Klägerin 2 ebenfalls nicht vermerkt ist. Dazu kommt, dass der Steuerreport vom 23. April 2009 an die Banklagernd-Postadresse von Dr. WY. sel. gerichtet ist. Ein Beweis, dass dieser der Klägerin 2 oder Dr. WY. sel. zeitnah an die jeweilige Wohnadresse zugestellt worden ist, liegt also nicht vor. Andere Beweise hat die Beklagte nicht ange-rufen resp. zum Beweis verstellt.

In Würdigung dieser Umstände existieren somit keine Genehmigungshandlungen der Klägerin 2 und von Dr. WY. sel. im April 2009 resp. unmittelbar danach als Folge der

behaupteten, aber nicht nachgewiesenen Zustellung des Steuerreports. Aber selbst wenn der geltend gemachte Bankbesuch und die Unterredung mit LU. sel. durch die Klägerin 2 am 22. April 2009 stattgefunden hätten und ihr im Nachgang zum Gespräch der Steuerreport 2008 zugestellt worden wäre (wovon - wie soeben dargelegt - nicht ausgegangen wird), erblickt das Obergericht darin ebenso wenig wie die Vorinstanz eine Genehmigung des Teilverkaufs der 3'010 VW- Aktien am 17. März 2008. In diesem Zusammenhang ist auf nachstehende Erwägung 2.2.9 zu verweisen, wo dargelegt wird, dass die Beklagte - was Dr. WY. sel. angeht - nicht in guten Treuen mit einer Genehmigung der widerrechtlichen Transaktionen rechnen durfte. Von der Klägerin 2 konnte eine solche Genehmigung umso weniger ausgehen, als sie - wie die Vorinstanz korrekt festhielt - nicht verpflichtet war, die Steuerunterlagen mit Blick auf allfällige unautorisierte Geschäfte durchzusehen und mangels Kenntnis der entsprechenden Vorgänge dazu auch überhaupt nicht in der Lage war.

2.2.9 Genehmigung durch den Kläger 1 und Dr. WY. sel. nach dem 23. September 2008  
Die Beklagte trägt vor, dass schliesslich auch der (ebenfalls mit einer notariell beglaubigten Generalvollmacht ausgestattete) Kläger 1 den Verkauf der 3'010 VW-Aktien vom 17. März 2008 nachträglich ausdrücklich genehmigt habe, indem er, als LU. sel. mit ihm am 2. November 2009 das Depot von Dr. WY. sel. besprochen habe, positiv überrascht gewesen sei und ausgeführt habe „mitgeholfen hat sicherlich der VW Verkauf“. Auch hier habe wieder die Genehmigungsfiktion sowohl gegenüber dem Kläger 1 als auch gegenüber Dr. WY. sel. gewirkt, seien doch dem am 2. November 2009 besprochenen Depotauszug auch wieder beide im Jahre 2008 erfolgten Transaktionen mit den VW-Aktien und die Verwendung des Erlöses daraus zu entnehmen gewesen, ohne dass der Kläger 1 oder in der Folge der von ihm an der Besprechung vertretene Dr. WY. sel. remonstriert hätten, diese Transaktionen seien nicht wie 2008 abgesprochen abgewickelt worden. In der Replik hätten die Kläger anerkannt, dass der Steuerreport 2008 spätestens im September 2009 bei Dr. WY. sel. vorgelegen habe. Der Kläger 1 habe diesen im September 2009 abgeholt und zusammen mit den weiteren Steuerunterlagen an den Steuerberater von Dr. WY. sel. weitergeleitet. Der Kläger 1 habe die Unterlagen irgendwann im September 2009 gesichtet und dem Steuerausweis entnommen, „dass der Wert des Depots und der Konten erheblich von seinen Erwartungen abwichen“. Weiter hätten die Kläger in der Replik vorgetragen, LU. sel. habe dem Kläger 1 anlässlich der Besprechung vom 1. Dezember 2009 angeblich zum ersten Mal erklärt, „dass die 4'010 VW-Aktien in zwei Tranchen, d.h. 3'010 Aktien am 17. März 2008 und 1'000 Aktien am 28. Oktober 2008, verkauft wurden“. Zu den Bankbesuchen des Klägers 1 und seinen Besprechungen mit LU. sel. vom 2. November 2009 und vom 1. Dezember 2009 würden die Sachdarstellungen der Parteien auseinandergehen. Gerichtsentscheid AR GVP 31/2019, Nr. 3759

Seite 24/35 Mit dem Schreiben des Klägers 1 vom 29. April 2010 hätten die Kläger in der Folge erstmals geltend gemacht, der Verkauf der 3'010 VW-Aktien vom 17. März 2008 sei „ohne Rücksprache bzw. Zustimmung der Beteiligten“ erfolgt. Als Fazit bleibe, dass Dr. WY. sel. und die Kläger nach der Erstellung und dem Erhalt des Steuerreportes 2008, dem auf Seite 5 mit aller Deutlichkeit der Verkauf der zu Jahresbeginn noch vorhandenen 4'010 VW-Aktien in zwei Tranchen habe entnommen werden können, ein gutes Jahr (der Kläger 1 zugestander- massen mindestens sieben Monate) zugewartet hätten, bis sie erstmals hätten verlauten lassen, der Verkauf der 3'010 VW-Aktien am 17. März 2008 sei ohne Rücksprache bzw. Zustimmung der Beteiligten erfolgt. Ein Widerspruch erst am 29. April

2010 liege massiv über dem, was den Eintritt der Genehmigungsfiktion gemäss Ziffer 2 der AGB noch verhindern würde. Dies könne die Vorinstanz mit der krass aktenwidrigen Feststellung, nach dem 23. September 2008 habe die nächste Besprechung der banklagernden Post erst am 29. April 2010 stattgefunden, nicht aus der Welt schaffen. Die Vorinstanz habe den Sachvortrag der Beklagten zu diesem Thema zwar für die von der Beklagten geltend gemachte ausdrückliche Genehmigung durch den Kläger 1 anlässlich der Bankbesprechung vom 2. November 2009 erwähnt. Damit aber habe es sich. Auf den Umstand, dass der Steuerreport 2008 Dr. WY. sel. und seinem Steuerberater spätestens im September 2009 vorgelegen habe, werde nicht eingegangen, ebenso wenig auf die Tatsache, dass der Kläger 1 das Depot im September 2009 analysiert habe und dessen Wert von seinen Erwartungen abgewichen sei, noch seine spätestens seit 1. Dezember 2009 zugestandene effektive Kenntnis des Verkaufs der VW-Aktien. Diesen Sachverhalt habe die Vorinstanz in Verkennung des Anspruchs auf rechtliches Gehör nicht geprüft. Die Situation sei bezüglich Genehmigung vergleichbar mit jener der Klägerin 2 und Dr. WY. sel. Die Klage sei auch für diesen Sach- verhaltenskomplex gestützt auf Art. 6 OR in Verbindung mit Ziffer 2 der AGB, abzuweisen zufolge stillschweigen- der Genehmigung des Verkaufs der 3'010 VW-Aktien vom 17. März 2008 seitens des Kläger 1 und Dr. WY. sel. durch ihr Schweigen bis zum Schreiben des Klägers 1 vom 29. April 2010 auf die ihnen im April 2009 und im September 2009 zugestellten und vom Kläger 1 im September 2009 geprüften und mit seinen Erwartungen abgeglichenen Steuerunterlagen per 31. Dezember 2008, denen sich der prozessrelevante Verkauf der 3'010 VW-Aktien, aber auch alle anderen Transaktionen des Jahres 2008, auf den ersten Blick hätten entnehmen lassen.

Dieser Darstellung widersprechen die Kläger dezidiert und bringen vor, der CMS-Eintrag vom 22. April 2009 sei eine schriftliche Lüge. Der Steuerreport 2008 sei Dr. WY. sel. im September 2009 zugestellt worden, wo ihn der Kläger 1 ebenfalls im September 2009 abgeholt und in der Folge durchgesehen habe. LU. sel. habe am 1. Dezember 2009 dem Kläger 1 gegenüber erstmals erwähnt, dass die 4'010 VW-Aktien „in zwei Tranchen“ verkauft worden seien (3'010 am 17. März 2008 und 1'000 am 28. Oktober 2008). Es werde weiterhin bestrit- ten, dass im September 2009 eine Genehmigungshandlung stattgefunden habe. Weder der Kläger 1 noch Dr. WY. sel. hätten vorgängig der Auszahlung des Darlehens von EUR 100'000.00 am 2. November 2009 Kenntnis vom Stand der Werte und/oder der Liquidität gehabt und hätten eine solche auch nicht haben müs- sen. Es sei an der Bank und nicht am Kunden, darauf zu achten, dass das Konto nicht überzogen werde. Die angebliche Überschreitung der Vollmacht durch den Kläger 1 stelle eine neue Behauptung dar, welche als unzulässiges Novum aus dem Recht zu weisen sei. Eine solche sei im Übrigen nirgends zu erblicken. Eine solche würde sodann nur das Verhältnis zwischen Vollmachtgeber und -nehmer betreffen, nicht aber dasjenige zur Bank; diesbezüglich fehle die Kausalität. Bereits im September 2009 habe der Kläger 1 sich an LU. sel. gewandt und am 2. November 2009 Rechenschaft über die Depotwerte und die Vermögensentwicklung ver- langt. Im Dezember 2009 sei ihm die schriftliche Zustellung der massgeblichen Unterlagen versprochen wor- den. Weder der Kläger 1 noch Dr. WY. sel. hätten sich vorstellen können, dass LU. sel. sie hinterging und dieser nur auf Zeit gespielt habe. Es wäre Pflicht der Beklagten gewesen, Dr. WY. sel. über den erfolgten, nicht autorisierten, eigenmächtigen Verkauf der 3'010 VW-Aktien proaktiv zu informieren und ein wirksames Control- ling zu führen. Der unautorisierte Verkauf von 3'010 VW-Aktien lasse sich wegen Rechtsmissbräuchlichkeit nicht nachträglich stillschweigend genehmigen. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs durch die Vorinstanz liege nicht vor,

diese habe die Anwendung einer nachträglichen stillschweigenden Genehmigung bereits im Grundsatz verneint. Gerichtsentscheid AR GVP 31/2019, Nr. 3759

Seite 25/35 Die Kläger anerkennen, dass der Steuerreport 2008 Dr. WY. sel. im September 2009 zugegangen ist und die- ser ihn ebenfalls im September 2009 an den Kläger 1 weitergeleitet hat. Nach der - von den Klägern bestritte- nen - Darstellung der Beklagten hat LU. sel. am 2. November 2009 mit dem Kläger 1 das Depot von Dr. WY. sel. besprochen. Der Kläger 1 sei positiv überrascht gewesen und habe gesagt: „Mitgeholfen hat sicherlich der VW Verkauf“. Am 1. Dezember 2009 hat LU. sel. gegenüber dem Kläger 1 bei einem weiteren Gespräch den Verkauf der 4'010 VW-Aktien erwähnt. Am 14. März 2010 beging LU. sel. Suizid. Am 29. April 2010 und am 25. Juni 2010 erklärten die Kläger 1 und 2 resp. Dr. WY. sel., der Verkauf der 3'010 VW-Aktien am 17. März 2008 sei ohne Rücksprache mit Dr. WY. sel. erfolgt.

Blosses Schweigen auf einen Antrag bedeutet in der Regel keine Annahme. In Art. 6 OR, der im Schweigen auf einen Antrag einen Vertragsabschluss erblickt, wenn „die ausdrückliche Annahme nicht zu erwarten ist“, wird der Gedanke von Art. 5 Abs. 3 OR weitergeführt und das Vertrauensprinzip angesprochen. Der Absender des Antrages darf ein Stillschweigen auf seine Offerte nur dann als Zustimmung auslegen, wenn nach objektivem Massstab (Verkehrssitte) die besondere Natur des Geschäfts oder die Umstände es zulassen. Mit ande- ren Worten gilt ein Schweigen nur dann als Zustimmung, wenn Redlichkeit oder praktische Vernunft einen Widerspruch gefordert hätten, falls das scheinbare Einverständnis in Wirklichkeit nicht bestand (JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ, in: Kren Kostkiewicz/Wolf/Amstutz/Fankhauser [Hrsg.], Kommentar Schweizerisches Obligatio- nenrecht, 3. Aufl. 2016, N. 1 zu Art. 6 OR). Entsprechend dem Grundsatz, dass Schweigen nicht Einverständ- nis bedeutet, ist diese Bestimmung nicht weit auszulegen (Urteil des Bundesgerichts 9C\_157/2009 vom 6. Juli 2009 E. 4.2.2.1). Eine ausdrückliche Annahme ist nach den Umständen zum Beispiel nicht zu erwarten bei (KREN KOSTKIEWICZ, a.a.O., N. 5 zu Art. 6 OR, mit weiteren Hinweisen):

- einer anderslautenden Abrede bzw. bei einem Rahmenvertrag (z.B. Zusendung von periodischen Konto- und Depotauszügen); hier wird eine Genehmigungsfiktion im Sinne von Art. 6 OR vereinbart, welche nach dem Vertrauensprinzip nur dann als Zustimmung gewertet werden kann, wenn eine positive Reaktion des Bankkun- den zeitlich und tatsächlich möglich und zumutbar ist sowie die Bank nicht weiss oder nach den Umständen wissen muss, dass dem Kunden der Genehmigungswille fehlt; - Transaktionen einer Bank aufgrund der in Bankverträgen regelmässig enthaltenen Genehmigungsfiktion und ohne Instruktion des Bankkunden (unter Vorbehalt des Rechtsmissbrauchsverbots nach Art. 2 Abs. 2 ZGB).

Wie der Genehmigungsfiktionsklausel bei der Banklagernd-Post ist auch Art. 6 OR bei Vorliegen eines rechts- missbräuchlichen Verhaltens die Anwendung zu versagen (KUT, a.a.O., N. 9 zu Art. 6 OR; Urteil des Bundes- gerichts 4C.378/2004 vom 30. Mai 2005 E. 2.2).

Ob und wann genau der Kläger 1 und Dr. WY. sel. vom Verkauf der VW-Aktien letztendlich Kenntnis erhalten und gegen den Verkauf Einwände erhoben haben, spielt nach Auffassung des Obergerichts aus folgenden Gründen keine Rolle:

- Oben (E. 2.2.7) wurde dargelegt, dass LU. sel. Dr. WY. sel. aufgrund des zwischen ihnen bestehenden (Ver- trauens-)Verhältnisses proaktiv über den Verkauf der 3'010 VW-Aktien

am 17. März 2008 hätte informieren müssen und dass die Genehmigungsfiktion der Banklagernd-Postzustellung vorliegend nicht zum Tragen kommt.

- Weil das VW-Aktien-Paket schon bei Beginn der Geschäftsbeziehung zur Beklagten existierte und als sogenanntes „Familiensilber“ über all die Jahre unangetastet blieb, hätte LU. sel. wissen können und müssen, dass Dr. WY. sel. einen unautorisierten Verkauf unter normalen Umständen nicht (nachträglich) genehmigen würde. Bei ausgewöhnlichen resp. einmaligen, Verhältnissen, wie sie mit dem „Corner“ am 28. Oktober 2008 vorlagen, sieht das allerdings anders aus (vgl. unten E. 2.3.5).

Gerichtssentscheid AR GVP 31/2019, Nr. 3759

Seite 26/35 - Der Verkauf der 3'010 VW-Aktien am 17. März 2008 stellt eine Geschäftsanmassung, d.h. eine bösgläubige, unechte Geschäftsführung im Sinne von Art. 423 OR dar (JENNY/MAISSEN/HUGUENIN, in Huguenin/Müller-Chen [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Aufl. 2016, N. 2 ff. zu Art. 419 OR). Allerdings geht es vorliegend nicht um die Zuweisung eines Gewinnes (vgl. Art. 423 Abs. 1 OR), sondern um die Haftung für einen Schaden (vgl. zu den Voraussetzungen der Geschäftsanmassung: dieselben, a.a.O., N. 4 ff. zu Art. 423 OR): Oben (E. 2.1.6) wurde dargelegt, dass LU. sel. keinen Fremdgeschäftsführungswillen gehabt hat resp. bei einem Anlageberatungsverhältnis einen solchen nicht hätte haben dürfen. Durch den eigenmächtigen Verkauf von 3'010 VW-Aktien hat LU. sel. sodann in ein absolutes Recht von Dr. WY. sel. eingegriffen (dieselben, a.a.O., N. 7 zu Art. 423 OR). Die Widerrechtlichkeit der Einmischung ergibt sich aus dem Anlageberatungsverhältnis zwischen der Beklagten und Dr. WY. sel., bei welchem der Entscheid für Transaktionen allein und ausschliesslich beim Kunden liegt (Urteil des Bundesgerichts 4A\_521/2008 vom 26. Februar 2009 E. 5.1). Ein Rechtfertigungsgrund (dieselben, a.a.O., N. 10 zu Art. 423 OR), wie zum Beispiel ganz spezielle Umstände an der Börse (wie sie dann am 28. Oktober 2008 gegeben waren), lagen am 17. März 2008 nicht vor und wurden von der Beklagten auch nicht behauptet. Diese versuchte den Verkauf lediglich mit einem angeblichen „Klumpenrisiko“ der grossen Aktienposition zu rechtfertigen. Selbst wenn die VW-Aktien ein „Klumpenrisiko“ dargestellt hätten - was nicht erstellt ist -, wäre das innerhalb einer 10-jährigen Geschäftsbeziehung kein Grund, eine ebenso lange unangetastet gebliebene Aktienposition ohne explizite Ermächtigung des Kunden zu verkaufen.

Zusammenfassend durfte LU. sel. resp. die durch diesen vertretene Beklagte aufgrund der Umstände gerade nicht vom Genehmigungswillen von Dr. WY. sel. ausgehen und die Schranke des Rechtsmissbrauchsverbots steht auch einer (nachträglichen) Genehmigung des Verkaufs der 3'010 VW-Aktien vom 17. März 2008 gestützt auf Art. 6 OR durch den Kläger 1 und Dr. WY. sel. nach dem 23. September 2008 entgegen.

2.2.10 Fazit Die von LU. sel. am 17. März 2008 ohne (Verkaufs-)Auftrag getätigte Veräusserung von 3'010 VW-Aktien wird nach dem Gesagten weder mittels der Genehmigungsfiktionsklausel gemäss den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten noch mittels Stillschweigen nach Art. 6 OR nachträglich geheilt. Für einen allfälligen Schaden, der Dr. WY. sel. aus diesem vertragswidrigen Verkauf von 3'010 VW-Aktien entstanden ist, wird die Beklagte daher ersatzpflichtig. Im Folgenden (E. 2.4.2) ist zu prüfen, ob ein solcher Schaden entstanden ist.

2.3 Aktienverkauf vom 28. Oktober 2008 2.3.1 Die Vorinstanz führt aus, dass am 28. Oktober 2008 die noch im Depot verbliebenen 1'000 VW-Aktien von Dr. WY. sel. verkauft

wurden. Die Initiative dafür sei von der Beklagten ausgegangen. Im Zusammenhang mit der Übernahme der Porsche AG durch die VW AG hätten die VW-Aktien an diesem Tag ein Allzeithoch erreicht (sogenannter „corner“). SX. habe seine Kundenberater daher angehalten, die Kunden mit VW-Aktien im Depot über dieses Allzeit-Hoch umgehend zu informieren, um ihnen die Veräusserung ihres Depotbestandes zu ermöglichen. LU. sel. habe daraufhin telefonisch Dr. WY. sel. kontaktiert, habe diesen aber nicht persönlich erreicht, sondern nur dessen Pfleger. Der Kundenberater habe dann den Restbestand von 1'000 VW-Aktien an der Börse verkauft, ohne diese Transaktion im CMS zu dokumentieren. Die Klägerin 2 sei darüber später telefonisch informiert worden und habe diesen Verkauf genehmigt. Der interessenswahrende Verkauf ohne Auftragserteilung werde von der Beklagten anerkannt. Die Kläger machten nun geltend, dass ohne den eigenmächtigen Teilverkauf von 3'010 VW-Aktien durch LU. sel. am 17. März 2008 am Tag des Allzeit-Hochs vom 28. Oktober 2008 statt des Restbestandes von 1'000 VW-Aktien der Gesamtbestand von 4'010 VW-Aktien hätte gewinnbringend veräussert werden können. Sie gingen dabei von der Voraussetzung aus, dass Dr. WY. sel. an diesem Tag im Glauben gewesen sei, weiterhin über das ganze Paket von 4'010 VW-Aktien zu verfügen, und vom eigenmächtigen Teilverkauf am 17. März Gerichtsentscheid AR GVP 31/2019, Nr. 3759 Seite 27/35 2008 keine Kenntnis gehabt habe. Die Preisdifferenz würden sie im vorliegenden Verfahren als Schadenersatzforderung gegen die Beklagte geltend machen. Die Beklagte stelle sich auf den Standpunkt, es sei nicht bewiesen, dass Dr. WY. sel. am 28. Oktober 2008 tatsächlich sein ganzes Paket von 4'010 VW-Aktien hätte veräussern wollen. Der Inhalt der Telefonate, welche LU. sel. am fraglichen Tag mit der Familie Y. geführt habe, lasse sich nicht mehr rekonstruieren und sei im Detail streitig. In der gerichtlichen Befragung habe der Vorgesetzte von LU. sel., SX., ausgeführt, er habe am fraglichen Tag sein Team zusammengerufen und erklärt, dass mit dem Kurs der VW-Aktien etwas nicht Alltägliches ablaufe, was so wahrscheinlich nie wieder zu sehen sein werde. Er habe seine Kundenberater angewiesen, ihre Kunden mit VW-Aktien zu kontaktieren. Die Aktien seien dann auf einem "absurd" hohen Niveau verkauft worden. Es sei darum gegangen, alle im Depot befindlichen VW-Aktien zu verkaufen. Aus den Ausführungen von SX. sei zu schliessen, dass den Kunden geraten worden sei, ihre gesamten VW-Aktienpakete zu veräussern, um von dieser ausserordentlichen Kursentwicklung zu profitieren. LU. sel. habe in der Folge die verbleibenden VW-Aktien von Dr. WY. sel. interessenswahrend verkauft, ohne im Verkaufszeitpunkt über dessen explizite Zustimmung zu verfügen. Werde hypothetisch gefragt, ob LU. sel. für Dr. WY. sel. auch interessenswahrend im Sinne der Geschäftsführung ohne Auftrag nach Art. 419 OR gehandelt hätte, falls er am 28. Oktober 2008 lediglich 1'000 VW-Aktien verkauft hätte, obwohl sich damals tatsächlich noch 4'010 VW-Aktien in dessen Depot befunden hätten, so müsse diese Frage verneint werden. Mit Blick auf die ausserordentliche Kursentwicklung der VW-Aktien habe LU. sel. die Interessen von Dr. WY. sel. nur mit einem vollständigen Verkauf des gesamten Wertschriftendepots bestmöglich wahren können. Dies habe er, ohne die Interessen von Dr. WY. sel. zu gefährden, tun können. Da es sich bei den VW-Aktien um ein Allzeit-Hoch gehandelt habe, habe realistischerweise damit gerechnet werden können, dass der Aktienkurs sich später wieder beruhigen würde, so dass Dr. WY. sel. die Möglichkeit gehabt hätte, VW-Aktien ohne Verlust wieder neu zu kaufen, falls es ihm wichtig gewesen wäre, solche weiterhin im Depot zu halten. Folglich müsse im Rahmen der weiteren schadenersatzrechtlichen Beurteilung hypothetisch davon ausgegangen, dass am fraglichen 28. Oktober 20108 der gesamte Aktienbestand von 4'010 VW-Aktien veräussert worden

wäre.

2.3.4 Auf den hypothetischen Kausalverlauf wird - ebenso wie auf den Schaden - unten (vgl. E. 2.4.3 und 2.4.2) eingegangen.

Die Einwände der Beklagten bezüglich einer Verkaufskommission sind müssig, da die Vorinstanz aufgrund der Akten korrekt festgestellt hat, aus den Ausführungen von SX. sei zu schliessen, dass den Kunden geraten worden sei, ihre gesamten VW-Aktienpakete zu veräussern, um von dieser ausserordentlichen Kursentwicklung zu profitieren. LU. sel. habe in der Folge die verbliebenen VW-Aktien von Dr. WY. sel. interessenwährend verkauft, ohne im Verkaufszeitpunkt über dessen explizite Zustimmung zu verfügen.

Ob Dr. WY. sel. am 28. Oktober 2008 den Willen zu einem Verkauf der VW-Aktien hatte oder nicht, kann ebenfalls dahingestellt bleiben, nachdem - wie oben dargelegt (E. 2.3.1) - eine Kontaktaufnahme nicht stattfand. Auch wenn die VW-Aktien zum „Familiensilber“ gehörten, bedeutet dies nach dem Verständnis des Obergerichts nur, dass es sich dabei - weil schon lange im Besitz der Familie stehend - um eine wertvolle Vermögensposition handelte, nicht aber, dass die Wertpapiere unter keinen Umständen und zu keinem Zeitpunkt veräussert werden sollten. Die Annahme, dass die Vermögensposition angesichts der einmaligen Börsenkonstellation am 28. Oktober 2008 (vgl. die Aussage des Zeugen SX.) nicht realisiert worden wäre, wenn der Kontakt zwischen LU. sel. und Dr. WY. sel. zustande gekommen wäre, erscheint geradezu als lebensfremd. Zu Recht hat die Vorinstanz nämlich hervorgehoben, dass der Kurs der VW-Aktien sich nach dem Allzeit-Hoch mit hoher Wahrscheinlichkeit wieder beruhigen werde und Dr. WY. sel. die Möglichkeit gehabt hätte, VW-Aktien ohne Verlust wieder neu zu kaufen, wenn es ihm wichtig gewesen wäre, solche weiterhin im Depot zu halten. Somit ist auch die Schlussfolgerung der Vorinstanz, im Rahmen der weiteren Schadenersatzrecht-Gerichtsentscheid AR GVP 31/2019, Nr. 3759

Seite 28/35 lichen Betrachtung müsse hypothetisch davon ausgegangen werden, dass am 28. Oktober 2008 der gesamte Aktienbestand von 4'010 Aktien veräussert worden wäre, nicht zu beanstanden.

Ist die Bank nicht mit der Vermögensverwaltung beauftragt, ist zutreffend, dass sie grundsätzlich nicht verpflichtet ist, sich aktiv um die Begrenzung des Verlustrisikos des Kunden zu kümmern (Urteil des Bundesgericht 4A\_521/2008 vom 26. Februar 2009 E. 5.2). Wie oben dargelegt (E. 2.1.6) liegt in casu ein Anlageberatungsverhältnis vor, welches nach den Regeln des Auftrags zu beurteilen ist (E. 2.1.3 und 2.1.6). Die Treuepflicht gehört neben der Sorgfaltspflicht zu den grundlegenden Merkmalen des Auftrages (Art. 398 Abs. 2 OR). Aus ihr folgt die Interessenwahrungspflicht, und zwar eine umfassende Interessenwahrungspflicht (FELLMANN, a.a.O., N. 431 zu Art. 398 OR). Zwar besteht beim Anlageberatungsvertrag grundsätzlich kein Eigendispositionsrecht wie zum Beispiel beim Vermögensverwaltungsvertrag. Besteht zwischen der Bank und dem Kunden ein besonderes Vertrauensverhältnis, aufgrund dessen die Bank in der Lage ist, die Vermögensverhältnisse des Kunden zuverlässig einzuschätzen, kann sich eine Informations- bzw. Warnpflicht in diesem Fall auch aus Treu und Glauben ergeben (Urteil des Bundesgerichts 4A\_521/2008 vom 26. Februar 2009 E. 5.2). Dabei setzt ein Anlageberatungsverhältnis 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 (Urteil des Bundesgericht 4A\_521/2008 vom 26. Februar 2009 E. 5.1; BGE 133 III 97 E. 7.1.2). Wie weit die Aufklärungs- und Beratungspflicht bei der Anlageberatung im Einzelnen geht, kann nicht allgemein festgelegt werden, sondern hängt von den Umständen des Einzelfalls ab, namentlich von der Ausgestaltung des jeweiligen Beratungsverhältnisses, der Art des konkreten Anlagegeschäftes sowie der Erfahrung und den Kenntnissen des Kunden (Urteil des Bundesgerichts 4A\_525/2011 vom 3. Februar 2012 E. 3.2).

Ob sich aus dem Anlageberatungsvertrag eine Handlungspflicht der Beklagten ergibt, kann dahingestellt bleiben. Denn falls die Beklagte - wie hier - tätig wird, muss sie bestens, d.h. im wohlverstandenen Interesse, des Geschäftsherrn handeln

(JENNY/MAISSEN/HUGUENIN, a.a.O., N. 18 zu Art. 419 OR). Dies ergibt sich aus Art. 419 OR. Die Sorgfaltspflicht ist derjenigen nach Auftragsrecht ähnlich und bemisst sich nach dem Mass an Sorgfalt, das ein gewissenhafter Geschäftsführer in der gleichen Lage anwenden würde, wobei die Umstände des Einzelfalls entscheidend sind (BGE 117 II 563 E. 2a). Weil die Klägerin 2 - auch nach den Darlegungen der Beklagten - den Verkauf der 1'000 VW-Aktien am 28. Oktober 2008 nachträglich genehmigte, ist via Art. 424 OR mit Wirkung ex tunc dennoch Auftragsrecht anwendbar (JENNY/MAISSEN/HUGUENIN, a.a.O., N. 5 zu Art. 424 OR). Dabei kommen die Regeln des Auftragsrechts nicht pauschal zur Anwendung, sondern nur insoweit, als sie den Vorschriften der Geschäftsführung ohne Auftrag und dem Wesen der auftragslosen Geschäftsbesorgung nicht entgegenstehen (dieselben, a.a.O., N. 5 zu Art. 424 OR).

Ein besonderes Vertrauensverhältnis zwischen LU. sel. und Dr. WY. sel. war hier zweifellos gegeben (vgl. oben E. 2.2.7 lit. d) und gestützt auf dieses war die Beklagte auch gehalten - wie sie es durch den Kundenberater LU. sel. auf Anweisung von dessen Vorgesetzten getan hat -, ihren langjährigen Kunden sowohl über die einzigartige Entwicklung der VW-Aktien am 28. Oktober 2008 in Kenntnis zu setzen und bei Nichterreichbarkeit zu handeln. Angesichts der singulären Kursentwicklung war sodann nur ein Verkauf sämtlicher VW-Aktien interessenwährend.

2.3.5 Folglich ist die Schlussfolgerung der Vorinstanz, im Rahmen der weiteren schadenersatzrechtlichen Betrachtung müsse hypothetisch davon ausgegangen werden, dass am 28. Oktober 2008 der gesamte Aktienbestand von 4'010 Aktien veräussert worden wäre, nicht zu beanstanden.

Gerichtssentscheid AR GVP 31/2019, Nr. 3759

Seite 29/35 2.4 Haftung Die Voraussetzungen einer Haftung der Beklagten hat die Vorinstanz korrekt dargestellt.

2.4.1 Vertragsverletzung Mit Bezug auf die erste Haftungsvoraussetzung, nämlich die Verletzung einer vertraglichen Haupt- oder Nebenpflicht, führt das Kantonsgericht aus, wenn ein Anlageberater eine Disposition ohne Einwilligung des Kunden vornehme, liege eine Pflichtverletzung des Anlageberatungsvertrages vor, da er damit sein Mandat überschritten habe. Unbestrittenermassen sei LU. sel. als Hilfsperson i.S.v. Art. 101 OR der Beklagten zu betrachten. Es entspreche konstanter Praxis, dass eine Bank auch unter dem Gesichtspunkt der Standesregeln für sämtliche Handlungen und Unterlassungen ihrer Mitarbeitenden verantwortlich sei, und zwar unabhängig davon, ob diese Organstellung hätten oder nicht. Der eigenmächtige Verkauf von 3'010 VW-Aktien mit einem Wert von

CHF 727'563.72 durch LU. sel. stelle eine Verletzung des Anlageberatungsvertrages dar.

Unter der Prämisse, dass das Obergericht weder den Nachweis eines telefonischen Verkaufsauftrages am 17. März 2008 noch die nachträgliche Genehmigung des Verkaufes der 3'010 VW-Aktien durch mehrere ausdrückliche, konkludente und stillschweigende Genehmigungshandlungen anerkennt, liegt auch nach der Beklagten eine Vertragsverletzung vor. Indessen heisse das noch lange nicht, dass deswegen auch ein unrechtmässiger oder widerrechtlicher (und damit krimineller) Verkauf erfolgt sei.

Die Kläger halten daran fest, dass ein Verkauf ohne Auftrag ein unautorisiertes, eigenmächtiges Geschäft sei.

Für den Verkauf der 3'010 VW-Aktien lag keine Ermächtigung vor (E. 2.1.7) und das Geschäft wurde nachträglich auch nicht genehmigt (E. 2.2.7 bis 2.2.9). Das Vorliegen einer Vertragsverletzung ist somit zu bejahen (vgl. auch CHRISTOPH GUTZWILER, Schadensstiftung und Schadensberechnung bei pflichtwidriger Vermögensverwaltung und Anlageberatung, in: SJZ 2005, S. 360).

2.4.2 Schaden Die Vorinstanz hat erwogen, der Verkauf der 1'000 VW-Aktien am 28. Oktober 2008 habe in zwei Tranchen stattgefunden: Es seien 500 VW-Aktien zu einem Kurs von CHF 1'420.00 und 500 VW-Aktien zu einem Kurs von CHF 1'374.00 verkauft worden. Der Durchschnittsaktienkurs betrage somit CHF 1'397.00. Damit hätte der Brutto-Verkaufserlös für 3'010 VW-Aktien CHF 4'204'970.00 betragen. Davon abzuziehen sei der tatsächliche Erlös des Verkaufs vom 17. März 2008 in Höhe von EUR 468'383.64, was einem Betrag von CHF 727'563.72 entspreche (Kurs EUR/CHF von 1.55335). Ebenfalls abzuziehen sei die Courtage (3 ‰) in Höhe von CHF 10'432.22 sowie die Eidgenössische Stempelsteuer von 1,5 ‰ in Höhe von CHF 5'216.11. Dies ergebe den eingeklagten Schadenersatzbetrag von CHF 3'461'757.95.

Nach der Beklagten ist der 28. Oktober 2008 der falsche Zeitpunkt für die Berechnung des zweiten Betrages der Differenzrechnung und mit Verweis auf das Urteil des Bundesgerichtes 4C.471/2004 vom 24. Juni 2005 hält sie dafür, dass der Schaden - wenn schon - am 17. März 2008 entstanden wäre. Weil die 3'010 VW-Aktien zum aktuellen Börsenkurs realisiert und der Verkaufserlös am 19. März 2008 vollumfänglich dem EUR-Konto von Dr. WY. sel. bei der Beklagten gutgeschrieben worden sei, sei allerdings überhaupt kein Schaden eingetreten. Wenn die Kläger so zu stellen wären, wie wenn der Vertrag richtig erfüllt worden wäre, wäre der 23. September 2008 der massgebliche Stichtag für die Schadensberechnung; dafür gebe es allerdings keinen Beweisantrag der Kläger. Auch für diesen Stichtag gebe es letztlich aber überhaupt keinen Schaden. Für den 28. Oktober 2008 sei ein Schaden betragsmässig nicht nachgewiesen. Die Vorinstanz habe unter Verweigerung des Anspruchs der Beklagten auf rechtliches Gehör den zweiten Betrag der Differenzrechnung zum eingeklagten Schaden kurzerhand nach dem Durchschnittskurs der am 28. Oktober 2008 durch die Beklagte aus dem Depot von Dr. WY. sel. interessenwährend effektiv verkauften 1'000 VW-Aktien berechnet. Mit dem so ermittelten hypothetischen Verkaufspreis von CHF 1'397.00 für jede der am 17. März 2008 hypothetisch ange-

Seite 30/35 nommenen verkauften 3'010 VW-Aktien treffe das Kantonsgericht spekulative Annahmen zulasten der Beklagten und zugunsten der Kläger, welche in den Akten keine Stützen fänden. Damit habe die Vorinstanz die Beweislastverteilung gemäss Art. 42 Abs. 1 OR krass missachtet. Weiter hätten die Kläger nicht nachgewiesen, dass Dr. WY. sel. an

eben diesem 28. Oktober 2008 tatsächlich VW-Aktien - und zwar 4'010 Stück - hätte verkaufen wollen (was nicht der Fall gewesen sei). Die Aussage, Dr. WY. sel. habe vor dem historisch hohen Kurs der Aktien am 28. Oktober 2008 keinen Verkaufswillen gehabt, impliziere, dass dieser am 28. Oktober 2008 dann eingetreten sei. Dies sei aktenwidrig, nachdem das Kantonsgericht auf den Seiten 32 und

### **E. 33**

seines Urteils selbst festgehalten habe, dass LU. sel. die verbleibenden VW-Aktien interessenwährend verkauft habe, ohne im Verkaufszeitpunkt über eine explizite Zustimmung verfügt zu haben. Zusammenfassend sei die Klage mangels Nachweises eines Schadens abzuweisen. Die Vorinstanz habe die Frage der Schadenminderungspflicht systematisch am falschen Ort geprüft; korrekt hänge diese mit der Schadenersatzbemessung zusammen. Dasselbe gelte für die von der Beklagten eventualiter erhobene Verrechnungsforde- rung und die Frage, ob in der richtigen Währung geklagt worden sei.

Die Kläger bestreiten die Relevanz des erwähnten Urteils des Bundesgerichts für den hier zu beurteilenden Sachverhalt und machen geltend, dass Dr. WY. sel. bei korrekter Information über den Verkauf der 3'010 VW- Aktien sofortige Restitution verlangt hätte. Demzufolge wären am 28. Oktober 2008 4'010 VW-Aktien zur Ver- fügung gestanden. Die Annahme, der 23. September 2008 sei für die Schadensberechnung massgebend, sei sachfremd und werde bestritten. Sie hätten bereits in der Klageschrift und mittels einer Excel-Tabelle der SWX betreffend VW-Aktien-Volumen vom 28. Oktober 2008 belegt, dass Abnehmer für den Verkauf von total 4'010 VW-Aktien am 28. Oktober 2008 vorhanden gewesen wären. Dies sei von der Beklagten nicht explizit bestrit- ten, sondern nur als irrelevant bezeichnet worden. Damit gebe es keine bestrittene Tatsache, welche zum Beweis hätte verstellt werden müssen. Bei der erstmals vorgebrachten Behauptung, die angebotenen Volumen seien extrem klein gewesen, handle es sich um ein verspätet vorgetragenes Novum, welches aus dem Recht zu weisen sei. Den Vorwurf einer aktenwidrigen Feststellung lassen die Kläger nicht gelten und bei den Rügen der Beklagten betreffend die Urteilssystematik handelt es sich ihres Erachtens um rein appellatorische Kritik, welche an den zutreffenden Schlussfolgerungen der Vorinstanz nichts zu ändern vermag.

Der Schaden ist jede ungewollte, unfreiwillige Vermögensverminderung, die in einer Vermehrung der Passiven, einer Verminderung der Aktiven oder in entgangenem Gewinn bestehen kann (CLAIRE HUGUENIN, Obligationen- recht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Aufl. 2014, N. 112, m.w.H., N. 867, 1845). Die Schadensberech- nung beruht auf dem Erfüllungsinteresse (GUTZWILLER, a.a.O., S. 357 ff.; Fellmann, a.a.O., N. 339 zu Art. 398 OR). Der Schaden ist somit die Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte (HUGUENIN, a.a.O., N 112, mit weiteren Hinweisen). Dies setzt allerdings voraus, dass der Auftrag erfolgreich hätte abgewickelt werden können. Nur in diesem Fall ist der Auftraggeber so zu stellen, wie wenn der angestrebte Auftragserfolg eingetreten wäre. Dabei wird von der Vermutung ausgegangen, dass die erfolgreiche Abwicklung des Auftrages möglich gewesen wäre. Dem Beauftragten steht der Einwand und der Beweis offen, dass der angestrebte Erfolg nicht hätte verwirklicht wer- den können (Urteil des Bundesgerichts 4C.471/2004 vom 24. Juni 2005 E. 3.2.1 mit weiteren Hinweisen; FELLMANN, a.a.O., N. 213 f. zu Art. 398 OR).

Die Kritik der Beklagten erscheint dem Obergericht insofern berechtigt, als die Frage der Schadenminderungspflicht systematisch tatsächlich zur Schadenersatzbemessung gehört und auch die Frage des Bestehens einer (allfälligen) Verrechnungsforderung und der korrekten Währung in diesem Kontext zu prüfen sind (HUGUENIN, a.a.O., Rz. 118, 1848 und 1886, vgl. unten E. 2.4.6 bis 2.4.8).

Im Übrigen erachtet das Obergericht die Bezifferung des Schadens durch die Vorinstanz als korrekt und es kann deshalb ohne Vorbehalt auf die entsprechenden Ausführungen verwiesen werden (REETZ/HILBER, a.a.O., N. 54 zu Art. 318 ZPO). Zu den Einwendungen der Beklagten, ist Folgendes zu bemerken: Gerichtsentscheid AR GVP 31/2019, Nr. 3759

Seite 31/35 - Dem Entscheid des Bundesgerichts 4C.471/2004 vom 24. Juni 2005 liegt ein anderer Sachverhalt zugrunde, weshalb er für die hier zu beurteilenden Fragen nicht einschlägig ist (dort hatte der Anleger der Bank den Auftrag erteilt, in einer Zeitspanne von einigen Tagen zum „Limitkurs“ von 20.75 % zu kaufen). Entsprechend kann der 17. März 2008 nicht als Ausgangspunkt für die Schadensberechnung genommen werden, wie die Beklagte nahelegt.

- Aus den Erwägungen zum Aktienverkauf am 28. Oktober 2008 (E. 2.3.4) und zum Kausalverlauf (E. 2.4.3) geht hervor, dass der 28. Oktober 2008 (auch) für das erkennende Gericht der richtige Zeitpunkt für die Vor-nahme der Differenzrechnung zur Ermittlung des Schadens ist. Dass - wie die Beklagte ebenfalls vorschlägt - beim 23. September 2008 angeknüpft wird, erscheint demgegenüber nicht als sachgerecht. Zutreffend ist zwar, dass der Kausalverlauf ab dem 17. März 2008 nur noch hypothetisch weitergesponnen werden kann. Von den von der Beklagten genannten Möglichkeiten erscheint indessen keine plausibel: Gegen die Annahme, dass Dr. WY. sel. den Teilverkauf der VW-Aktien vom 17. März 2008 nach der Offenlegung durch die Beklagte genehmigt oder erklärt hätte, er habe die Aktien gerade heute, d.h. am 23. September 2008, verkaufen wollen, spricht nebst dem Umstand, dass er einen Teilverkauf am 14. März 2008 - selbst nach der Darstellung der Beklagten - noch ablehnte, die Tatsache, dass die Aktienposition als „Familiensilber“ seit mehr als 10 Jahren unverändert im Depot lag. Kommt hinzu, dass die Beklagte keine Fakten genannt resp. zum Beweis verstellt hat, welche für einen Verkauf exakt am 23. September 2008 sprechen würden. Wenn Dr. WY. sel. am 23. September 2008 Restitution verlangt hätte, hätte das nach Auffassung des erkennenden Gerichts zur Folge, dass sich die 3'010 VW-Aktien am 28. Oktober 2008 im Wertschriftendepot befunden hätten und nicht, dass durch sein Schweigen auf die ihm am 23. September 2008 ausgehändigten Belege eine Restitution ver-hindert worden wäre.

- Zutreffend ist, dass die Vorinstanz bei der Bezifferung des Schadens von Durchschnittswerten ausgegangen ist. Dies erscheint in casu angesichts des hypothetischen Verlaufs und gestützt auf Art. 42 Abs. 2 OR zulässig. Umso mehr als die Beklagte keine schlüssigen Argumente für eine überzeugendere Berechnungsweise vorge-bracht oder zum Beweis verstellt hat (Urteil des Bundesgerichts 4C.471/2004 vom 24. Juni 2005 E. 3.2.1).

- Wie die Kläger zu Recht betonen stellt die Behauptung der Beklagten, „am 28. Oktober 2008 seien nur kleine Stückzahlen gehandelt worden und falls 3'010 VW-Aktien auf den Markt „geworfen“ worden wären, hätte dies den Kurs nach unten gedrückt“, ein verspätet vorgebrachtes, unzulässiges Novum dar, welches aus dem Recht zu weisen resp. nicht zu beachten ist.

2.4.3 Kausalzusammenhang Das Kantonsgericht hat festgestellt, zwischen dem unautorisierten Aktienverkauf vom 17. März 2008 und dem Schadeneintritt am 28. Oktober 2008 bestehe ein natürlicher Kausalzusammenhang. Der auf dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge beruhenden Adäquanz komme neben diesem natürlichen Kausalzusammenhang häufig keine zusätzliche Bedeutung zu. Sie sei in vielen Fällen vollständig vernachlässigbar, wie dies auch vorliegend der Fall sei. Die Adäquanz natürlich kausaler Schadenursachen sei nur zu verneinen, wenn "ganz aussergewöhnliche Umstände als Mitursache hinzutreten würden, mit denen schlechterdings nicht habe gerechnet werden müssen". Diese andere, der Adäquanz zugerechnete Ursache müsse einen "derart hohen Wirkungsgrad" aufweisen, "dass die vom Schädiger gesetzte Ursache nach wertender Betrachtungsweise als rechtlich nicht mehr beachtlich erscheine". Hätte LU. sel. am 17. März 2008 keine VW-Aktien aus dem Depot von Dr. WY. sel. verkauft, wären am 28. Oktober 2008 noch sämtliche 4'010 VW-Aktien im Depot vorhanden gewesen. Damit sei der natürliche Kausalzusammenhang zwischen dem unautorisierten Aktienverkauf vom 17. März 2008 und dem Schadeneintritt am 28. Oktober 2008 ohne weiteres erfüllt. Das vertragswidrige Verhalten des Kundenberaters LU. sel. in Form eines unautorisierten Verkaufs dieser Aktien könne nicht weggedacht werden, ohne dass auch der Erfolg in Form des Schadeneintrittes dahinfallen würde. Dieser natürliche Kausalverlauf sei gleichzeitig auch Gerichtsentscheid AR GVP 31/2019, Nr. 3759

Seite 32/35 adäquat, wie die voranstehenden Erwägungen zeigten. Es sei nicht ersichtlich, dass Dr. WY. sel. ein Verhalten zur Last gelegt werden könne, das "einen derart hohen Wirkungsgrad" aufweise, dass es die Beklagte trotzdem noch zu entlasten vermöchte.

Gemäss der Beklagten sind die diesbezüglichen Ausführungen der Vorinstanz unverständlich und bundesrechtswidrig und verletzen mangels Hinweis auf eine Belegstelle die Begründungspflicht. Absolut unhaltbar sei die Feststellung, die Adäquanz sei „- wie hier - in vielen Fällen vollständig vernachlässigbar“. Demgegenüber erachtet die Beklagte bereits den natürlichen Kausalzusammenhang zwischen dem Aktienverkauf vom 17. März 2008 und einem hypothetischen Aktienverkauf am 28. Oktober 2008 als klar nicht gegeben. Denn die Vorinstanz übersehe, dass auch der natürliche Kausalverlauf ab dem 17. März 2008 nur hypothetisch nachvollzogen werden könne. Dass dieser „natürliche Kausalverlauf ... gleichzeitig auch adäquat“ sein solle, stelle ein juristisches Unding dar. Die Kläger und das Kantonsgericht gingen vom Erfüllungsinteresse aus, d.h. die Kläger sollten so gestellt werden, wie sie bei richtiger Vertragserfüllung gestellt wären. Dann wäre Dr. WY. sel. am 23. September 2008 über den Teilverkauf der 3'010 VW-Aktien vom 17. März 2008 aus seinem Depot informiert worden. Dieser hätte sodann drei Möglichkeiten gehabt: Er hätte den Teilverkauf genehmigen können und der Fall wäre erledigt gewesen. Er hätte Widerspruch erheben und sofortige Rückabwicklung des Geschäftes verlangen können oder aber er hätte geltend machen können, er hätte die 3'010 VW-Aktien gerade heute anlässlich seines Bankbesuches am 23. September 2008 verkaufen wollen. Der erste Fall hätte zufolge ausdrücklicher Genehmigung nicht zu einem entgangenen Gewinn geführt und im dritten Fall wäre der Schaden per 23. September 2008 zu berechnen gewesen. D.h. zu Kursen zwischen EUR 265.01 und EUR 291.25. Im zweiten Fall hätte Dr. WY. sel. durch sein Schweigen auf die ihm gegen Unterschrift ausgehändigten zahlreichen Belege, welche den Verkauf der 3'010 VW-Aktien vom 17. März 2008 mehrfach ausgewiesen hätten, zu vertreten, dass nicht noch vor dem 28. Oktober 2008 eine Restitution erfolgt wäre und somit wieder 4'010 VW-Aktien zum Allzeithoch hätten

verkauft werden können. Die Vorinstanz gebe die drei genannten Handlungsoptionen zwar wieder, würdige diese jedoch mit keinem Wort und gebe mehr oder weniger den (diesbezüglichen) Inhalt der Klageschrift wieder. Mithin sei die Klage bereits zufolge Verletzung des rechtlichen Gehörs abzuweisen.

Die Kläger weisen die Vorwürfe der Beklagten zum Kausalverlauf als unbegründet zurück und halten fest, der 17. März 2008 sei Ausgangspunkt für den Kausalverlauf bezüglich der Schadensbeziehung. Wäre Dr. WY. sel. am 23. September 2008 über den eigenmächtigen Verkauf der 3'010 VW-Aktien informiert worden, hätte er schlicht und einfach Restitution verlangt und weder eine Teil-Veräusserung akzeptiert, noch einen Verkauf am 23. September 2008 verlangt.

Korrekt ist - wie die Beklagte ausführt -, dass die Adäquanztheorie zur Eingrenzung der sich aus der natürlichen Kausalität ergebenden „Ursachenpalette“ dient. Danach wird nur eine Ursache als haftungsbegründend angesehen, die „nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und den Erfahrungen des Lebens geeignet ist, einen Erfolg wie den eingetretenen herbeizuführen oder mindestens zu begünstigen (MARTIN A. KESSLER, in: Basler Kommentar, OR I, 6. Aufl. 2015, N. 16 zu Art. 41 OR mit weiteren Hinweisen). Dabei zählt die objektive Vor- aussehbarkeit des Schadensereignisses. Aus dieser Objektivierung und Normativierung folgt, dass der adäquate Kausalzusammenhang auf dem Weg der nachträglichen oder retrospektiven Prognose zu beurteilen ist, d.h. „unter Auswertung aller ex post bekannten Umstände“ (KESSLER, a.a.O.). In der Lehre wird die Adäquanztheorie kritisiert. Auch die sogenannte Normzwecktheorie oder Schutzzwecklehre führen jedoch nicht zu griffigeren Abgrenzungskriterien, was dadurch bedingt ist, dass die Adäquanz zwangsläufig ein Werturteil voraussetzt, das nur schwer objektiv gefasst werden kann (CHRISTOPH MÜLLER, in: Furrer/Schnyder [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Aufl. 2016, N. 37 zu Art. 41 OR). Im Übrigen hat das Kantonsgericht richtig darauf hingewiesen, dass die Adäquanz natürlich kausaler Schadensursachen nur zu verneinen ist, wenn „ganz aussergewöhnliche Umstände als Mitursache hinzutreten, mit denen schlechterdings nicht Gerichtsentscheid AR GVP 31/2019, Nr. 3759

Seite 33/35 gerechnet werden musste“ (KESSLER, a.a.O., N. 20 zu Art. 41 OR mit weiteren Hinweisen; MÜLLER, a.a.O., N.

## **E. 38**

zu Art. 41 OR).

Dass zwischen dem unautorisierten Aktienverkauf vom 17. März 2008 und dem Schadeneintritt am 28. Oktober 2008 ein natürlicher Kausalzusammenhang besteht, liegt auf der Hand, denn das vertragswidrige Verhalten von LU. sel. kann nicht weggedacht werden, ohne dass auch der Erfolg in Form des Schadeneintrittes dahinfallen würde. Nach Auffassung des Obergerichts ist auch die Adäquanz des Kausalverlaufs gegeben, weil nach allgemeiner Erfahrung davon ausgegangen werden darf bzw. sogar muss, dass bei einer historischen Hausse an der Börse durchaus auch Titel veräussert werden, von denen man sich unter normalen Umständen nicht ohne weiteres trennt, weil sie zum Beispiel besonders werthaltig oder mit besonderen Emotionen verbunden sind (sogenanntes Familiensilber). Dass kein vernünftiger Grund ersichtlich ist, weshalb die Aktien vor dem 28. Oktober 2008, zum Beispiel am 23. September 2008, hätten verkauft werden sollen, wurde bereits ausgeführt. Weiter hat die Vorinstanz zu Recht darauf hingewiesen, dass es kein Verhalten von Dr. WY. sel. gibt, welches einen „derart hohen Wirkungsgrad“ aufweist, dass der

Kausalzusammenhang unterbrochen wurde. Dem ist nichts hinzuzufügen. Im Übrigen ist die Kritik der Beklagten zum Kausalverlauf nicht stichhaltig: Dass die drei Geschehensvarianten der Beklagten nicht zu überzeugen vermögen, wurde bereits festgestellt (oben E. 2.4.2).

2.4.4 Verschulden Zum Verschulden hat das Kantonsgericht erwogen, Art. 398 OR begründe wie Art. 97 Abs. 1 OR eine Verschuldenshaftung mit umgekehrter Beweislast. Der Beauftragte habe darzutun, dass ihn kein Verschulden treffe, er trage mithin das Beweisrisiko hinsichtlich der mangelnden Vorwerfbarkeit seines Fehlverhaltens. Soweit keine Sorgfaltspflichtverletzung vorliege, fehle es auch an einem Verschulden. Soweit eine solche bejaht werden könne, werde durch diese auch das Verschulden indiziert, da fehlende Sorgfalt den Schuldvorwurf der Fahrlässigkeit begründe. LU. sel. habe am 17. März 2008 in vollem Bewusstsein einen unautorisierten Aktienverkauf vorgenommen, seine Dokumentationspflichten verletzt und Dr. WY. sel. über den Aktienverkauf nicht von sich aus informiert und aufgeklärt. Dadurch habe er zweifellos schuldhaft gehandelt.

Die Beklagte bestreitet, dass LU. sel. gegenüber Dr. WY. sel. angeblich seine Dokumentations- oder Aufklärungspflicht verletzt habe. Dass dieser am 17. März 2008 in vollem Bewusstsein einen unautorisierten Aktienverkauf vorgenommen habe, finde in den Akten keine Stütze und widerspreche den eigenen Feststellungen der Vorinstanz. Letztlich hätten die Motive von LU. sel. nicht eruiert werden können.

Gemäss den Klägern handelte es sich beim Verkauf der 3'010 VW-Aktien um einen eigenmächtigen Verkauf und die Beklagte habe davon Kenntnis gehabt, weil sie sich das Handeln ihres Mitarbeiters LU. sel. anrechnen lassen müsse. Die Beklagte habe denn auch nie behauptet, sie habe die 3'010 VW-Aktien versehentlich verkauft. Neben einer Vertragsverletzung, welche zu einer vertraglichen Haftung führe, seien auch die Haftungsvoraussetzungen für eine ausservertragliche Haftung gegeben, was die Vorinstanz allerdings nicht habe prüfen müssen.

Oben hat das Obergericht festgestellt, dass LU. sel. die 3'010 VW-Aktien am 17. März 2008 eigenmächtig veräussert (E. 2.1.7), seine Dokumentationspflichten verletzt (E. 2.2.7 lit c) und Dr. WY. sel. über den Wertschriftenverkauf nicht von sich aus informiert und aufgeklärt hat (E. 2.2.7 lit. b). Mithin kann vollumfänglich auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz abgestellt werden.

2.4.6 Schadenersatzbemessung Im Zusammenhang mit dem Schaden führt das Kantonsgericht aus, grundsätzlich habe ein Geschädigter alle nach Treu und Glauben zumutbaren Massnahmen (Art. 2 ZGB) zu ergreifen, die zur Verminderung des Schadens geeignet seien. Es sei aber nicht ersichtlich, welchen Platz die von der Beklagten postulierte Schaden-Gerichtsentscheid AR GVP 31/2019, Nr. 3759

Seite 34/35 ersatzpflicht noch haben könne, wenn davon ausgegangen werde, dass die Beklagte sich nicht auf die Genehmigungsfiktionsklausel berufen könne. Eine Verletzung von Schadenminderungspflichten durch Dr. WY. sel. sei nicht ersichtlich.

Gemäss der Beklagten geht es hier im Rahmen der (vom Kantonsgericht unterlassenen) Schadenersatzbemessung um das Selbstverschulden von Dr. WY. sel. Darauf sei im angefochtenen Urteil in Verletzung der Begründungspflicht nach Art. 53 ZPO nicht eingegangen worden. Falls die Kläger sämtliche Haftungsvoraussetzungen nachgewiesen hätten, wäre im Rahmen der Schadenersatzbemessung das Verhalten von Dr. WY. sel. zu

würdigen, der erhebliche Vermögensdispositionen getroffen habe, welche bei der ihm bekannten, am 14. März 2008 vorhandenen Liquidität nicht möglich gewesen wären und dies ohne angeblich bei der Bank nachzufragen, woher denn dieses Geld plötzlich stamme. Weiter habe er bei resp. nach der Übergabe eines unversehrten Couverts mit seiner Banklagernd-Post seine ihm als Bankkunde obliegenden Kontrollfunktionen nicht wahrgenommen. Falls dieses Verhalten nicht so schwer wiege, dass es den Kausalzusammenhang unterbreche, stelle es auf jeden Fall einen erheblichen Herabsetzungsgrund im Sinne von Art. 44 Abs. 1 OR dar. Dr. WY. sel. habe - wenn nicht sogar eventualvorsätzlich - zumindest grobfahrlässig gehandelt. Demzufolge müsste ein allenfalls zuzusprechender Schadenersatz mit Blick auf das Urteil 4C.193/2000 vom 26. September 2001 massiv herabgesetzt werden. Dies insbesondere auch vor dem Hintergrund, dass das Bundesgericht die Selbstverantwortung des Bankkunden in konstanter Praxis hoch gewichte.

Die Kläger bestreiten diese Darstellung und die von der Beklagten postulierten Pflichtverletzungen durch Dr. WY. sel. Ihres Erachtens fehlt es an einem Mitverschulden von Dr. WY. sel. und damit sowohl an einem Grund für eine Unterbrechung des Kausalzusammenhanges wie auch an einer Herabsetzung bzw. Reduktion des Schadenersatzanspruches.

Ein Selbstverschulden von Dr. WY. sel. liegt nach Meinung des erkennenden Gerichts klarerweise nicht vor: Oben (E. 2.1.6) wurde aufgezeigt, dass unter Weglassung der von den Klägern bestrittenen Transaktionen (Erlös aus Verkauf VW-Aktien, Kauf/Verkauf strukturiertes Produkt und DAB-Titel) sowie der Veruntreuung von Euro 45'135.00 am 14. März 2008 die von Dr. WY. sel. veranlassten Überweisungen von Euro 10'000.00 und Euro 50'000.00 an die Sparkasse G. aufgrund der zwischenzeitlich aufgelaufenen Dividendenerträge ohne weiteres möglich waren, ohne dass das Konto ins Minus gefallen wäre. Weiter wurde ausführlich dargelegt (E. 2.2.7), weshalb die Genehmigungsfiktionsklausel vorliegend nicht zum Tragen kommt. Nicht Dr. WY. sel. hat die ihm obliegenden Kontrollfunktionen nicht wahrgenommen, sondern sein Kundenberater, LU. sel., hat sich treuwidrig verhalten. Die Vorinstanz ist somit völlig zu Recht davon ausgegangen, dass kein Verschulden von Dr. WY. sel. vorliegt, welches den adäquaten Kausalzusammenhang unterbricht oder im Rahmen von Art. 44 Abs. 1 OR als Herabsetzungsgrund zu berücksichtigen ist. Aufgrund der langjährigen Geschäftsbeziehung und des zwischen Dr. WY. sel. und LU. sel. bestehenden Vertrauensverhältnisses sind die von der Beklagten erwähnten Entscheide des Bundesgerichts 4C.193/2000 vom 26. September 2001 E. 6, 4C.20/2005 vom 21. Februar 2006 E. 4.2.3; 4A\_521/2008 vom 26. Februar 2009 E. 5.2 nicht einschlägig (vgl. den Entscheid 4C.193/2000 vom 26. September 2001, wo in E. 6 ausgeführt wird, der Kläger habe beim Abschluss der Verträge elementare Vorkehrungen unterlassen, welche sich jedem vernünftigen Anleger schon bei viel kleineren Geldbeträgen aufgedrängt hätten und er habe grosse Geldsummen investiert, ohne seine Geschäftspartner näher gekannt zu haben; zudem hatte dieser sein Selbstverschulden zumindest teilweise anerkannt) bzw. besagen für den Fall, dass zwischen den Beteiligten eine langjährige Geschäftsbeziehung und/oder ein Vertrauensverhältnis besteht, gerade nicht das, was die Beklagte behauptet (so die Entscheide 4C.20/2005 vom 21. Februar 2006 E. 4.2.3 und 4A\_521/2008 vom 26. Februar 2009 E. 5.2).

2.5 Fazit Zusammenfassend gelangt das Kantonsgericht zum Schluss, dass neben einer Vertragsverletzung auch die übrigen Haftungsvoraussetzungen erfüllt sind und die Beklagte

den Klägern den nachgewiesenen Schaden zu Gerichtsentscheid AR GVP 31/2019, Nr. 3759

Seite 35/35 ersetzen hat. Demzufolge hat es die Beklagte verpflichtet, den Klägern 1-3 als Solidargläubigern CHF 3'461'757.95 zuzüglich 5 % Zins ab 28. Oktober 2008 zu bezahlen.

Dem kann das Obergericht sich ohne Vorbehalte anschliessen und die Berufung ist entsprechend vollumfänglich abzuweisen.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.