

ZH_HANDELSGERICHT HG100012 vom 26. März 2012

Zh Handelsgericht, 2012-03-26, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_handelsgericht_HG100012

FR: ZH_HANDELSGERICHT HG100012 du 26 mars 2012

IT: ZH_HANDELSGERICHT HG100012 del 26 marzo 2012

Erwägungen

E. 1

Parteien Die Klägerin ist eine unter dem Recht der British Virgin Islands gegründete und bestehende Gesellschaft, mit Sitz in C._____, British Virgin Islands. Einziger Verwaltungsrat der Gesellschaft ist D._____. Die Beklagte ist ein Bankinstitut mit Sitz in Zürich.

E. 1.1

Klägerin

E. 1.1.1

Die Klägerin führt in ihrer Klageschrift im Wesentlichen aus, sie habe den "margin call" der Beklagten vom 3. Februar 2009, welchen diese ihr mit Email geschickt haben wolle, nicht erhalten. Eine Zustellung per Email sei zudem nicht formgerecht gewesen. Die Parteien hätten im 'Contrato de Apertura de Cuenta' (act. 4/1) vereinbart, dass alle Informationen seitens der Beklagten per DHL an die Adresse von D._____ in G._____ zu schicken seien. D._____ habe jeweils anfangs Monat von der Beklagten den Konto- und Depotauszug der Klägerin des vorangehenden Monats per Email zugestellt erhalten, letztmals mit Email vom 5. Februar 2009 (act. 1 S. 6 Rz. 6). In diesem Email habe F._____ den Kontoauszug so kommentiert, dass sich die Situation nicht verbessert habe und sie deshalb ein paar Aktiven verkaufen müssten, um die Schulden zu reduzieren. Auf dieses Email habe D._____ mit Email vom 6. Februar 2009 geantwortet, dass er erst nächste Woche wieder zu Hause sein werde und habe in der Sache darauf hin- gewiesen, dass die im April ausstehende Rückzahlung mehr als genügend Liqui- dität schaffen und auch verschiedene Dividendenzahlungen eingehen würden. Dieses Email habe F._____ mit "Ok. - geniesse deine Ferien." beantwortet (act. 1

- 9 - S. 6 Rz. 7). D._____ habe mit Email vom 20. Februar 2009 und 3. März 2009 je einen Verkaufsauftrag für bei der Beklagten befindliche Obligationen erteilt, am 3. März 2009 den Verkauf weiterer Titel aber ausdrücklich verboten (act. 1 S. 7 Rz. 9). Ohne je eine konkrete Deckung verlangt zu haben und ohne je der Klägerin vertragsgemäss eine Frist zur Deckung eines bestimmten Betrages angesetzt zu haben, habe die Beklagte, entgegen der ausdrücklichen Instruktion der Klägerin, unberechtigterweise die in Rechtsbegehren 1 aufgeführten Anlagen verkauft (act. 1 S. 7 Rz. 10). Die Beklagte habe auch trotz Anfragen von D._____ keine Infor- mationen zu diesen Anlagen geliefert, welche es der Klägerin ermöglicht hätten, Verkaufsentscheide zu treffen. Ebenso wenig habe die Beklagte der Klägerin In- formationen über die Berechnung des Deckungsgrades geliefert, mit Hilfe welcher die Klägerin eine mögliche Deckungslücke wenigstens hätte erahnen können (act. 1 S. 8 Rz. 11). Die Klägerin habe erst am 16. März 2009 von einem angeblichen Schreiben der Beklagten an die Klägerin vom 3. Februar 2009 erfahren, welches die Grund- lage für

die nicht autorisierten Verkäufe gewesen sein sollte, und welches D._____ nach ersten Angaben von F._____ von der Beklagten aus Zürich auf dem vereinbarten Postweg hätte erhalten haben sollen. Gemäss späterer Stellungnahme der Beklagten hätte D._____ dieses Schreiben per Email am 5. Februar 2009 erhalten haben sollen. Beides treffe nicht zu. D._____ habe dieses Email nicht erhalten. Das Schreiben sei allenfalls banklagernd zugestellt worden, was aber dem 'Contrato de Apertura de Cuenta' (act. 4/1) widerspreche. Der Inhalt des Briefes habe zudem nicht den Anforderungen der 'Acta de pignoration y cesion' (act. 4/5) entsprochen. Indem die Beklagte eigenmächtig, und ohne Vereinbarungen mit der Klägerin einzuhalten, vorgegangen sei, habe sie der Klägerin einen immensen Schaden zugefügt, der sich aufgrund der Marktentwicklung täglich vergrössere (act. 1 S. 8 f. Rz. 12 f.). Die Klägerin legt zur Veranschaulichung, welchen Schaden die Beklagte der Klägerin durch ihr unberechtigtes Verhalten zugefügt habe, den Wertunterschied zwischen den effektiven Verkaufsdaten und dem 22. Dezember 2009 dar (act. 1 S. 11 Rz. 17):

- 10 - Titel Isin-Nr. Datum Währung V-Erlös Wert per 22.12.09 Z1._____ ... per 10.03.2009 USD 65'030.22 322'000.00 Z2._____ ... per 06.03.2009 USD 121'330.79 276'750.00 Z3._____ ... per 09.03.2009 USD 75'316.50 194'000.00 Z4._____ ... per 09.03.2009 USD 115'138.83 182'000.00 Z5._____ ... per 12.03.2009 USD 254'198.72 722'800.00 Z6._____ ... per 09.03.2009 EUR 69'203.67 165'438.00 Z7._____ ... per 06.03.2009 USD 119'950.65 253'800.00 Z8._____ ... per 06.03.2009 USD 9'290.91 25'370.00 Z8._____ ... per 09.03.2009 USD 71'442.95 228'330.00 Z9._____ ... per 06.03.2009 USD 119'839.85 255'300.00 Z9._____ ... per 09.03.2009 USD 35'442.85 76'590.00 Z9._____ ... per 09.03.2009 USD 61'237.27 178'710.00 Z10._____ ... per 06.03.2009 USD 86'159.33 371'139.00 Z10._____ ... per 09.03.2009 USD 134'327.98 638'436.00 Z11._____ ... per 09.03.2009 USD 6'228.84 40'000.00 Z12._____ ... per 09.03.2009 USD 33'920.63 102'000.00 Z13._____ ... per 06.03.2009 EUR 457'421.40 692'400.00 (per 24.4.09, Endkurs EUR) Z14._____ ... per 06.03.2009 EUR 437'800.00 1'000'000.00 Z15._____ per 09.09.2009 USD 184'877.04 300'000.00 TOTAL USD 1'493'733.36 4'167'225.00 TOTAL EUR 964'425.07 1'857'838.00 Damit seien die zu Unrecht verkauften Anlagen der Klägerin per 22. Dezember 2009 bereits USD 2'673'491.64 und EUR 893'412.93 mehr wert gewesen als beim unberechtigten Verkauf. Zusätzlich wären zu Gunsten der Klägerin ab unberechtigtem Verkauf bis zum 22. Dezember 2009 mit diesen Anlagen verbundene Einnahmen in Form von Dividenden und Zinsen in der Höhe von insgesamt USD 243'262.73 und EUR 98'125.00 erzielt worden. Bei einem Umrechnungskurs von CHF 1.00 pro USD und CHF 1.50 pro EUR entspreche dies gesamthaft einem Betrag von CHF 4'404'061.22 (act. 1 S. 11 f. Rz. 19). Die Klägerin ersuche um Edition sämtlicher Unterlagen im Besitz der Beklagten, die einerseits das Eigentum der Klägerin an den betreffenden Anlagen unmittelbar vor den Verkäufen im März 2009 sowie andererseits den Verkauf dieser Anlagen aus dem Eigentum der Klägerin an einen Dritten beweisen würden (act. 1 S. 13 Rz. 20).

E. 1.1.2

In der Replik führt die Klägerin aus, es habe nie eine - von der Zustellung per DHL - abweichende Formabrede gegeben. Auch wenn die monatlichen

- 11 - Kontoauszüge teilweise per Email zugestellt worden seien, ändere dies nichts an der verbindlich vereinbarten Form der Zustellung. Ungeachtet dessen habe die Klägerin weiterhin Kaufs- und Verkaufsinstruktionen sowie Kreditvereinbarungen eigenhändig unterzeichnen und die Beklagte rechtsverbindliche Mitteilungen vereinbarungsgemäss der

Klägerin in schriftlicher Form per DHL zustellen müssen (act. 17 S. 5 Rz. 2). Die Beklagte sei im vorliegenden Fall auf keinen Fall zur Verwertung von Pfändern der Klägerin berechtigt gewesen. Sie habe zu behaupten und zu beweisen, zu welchem Zeitpunkt aus welchem Grund die Voraussetzungen für einen "margin call" in welchem Ausmass erfüllt gewesen seien, und was die Beklagte nach diesem Zeitpunkt unternommen habe, um vertragsgemäss vorzugehen (act. 17 S. 6 Rz. 5). Es werde bestritten, dass Anfang Februar 2009 die Kredite der Klägerin grösser gewesen seien als der "lendig value". Die Beklagte habe per 31. Januar 2009 einen Saldo von mehr als USD 1,7 Mio. zugunsten der Klägerin ausgewiesen. Schon aus diesem Grund sei die Beklagte zu jenem Zeitpunkt nicht berechtigt gewesen, einen "margin call" zu machen (act. 17 S. 18 Rz. 42). Es werde bestritten, dass die Kurse der Anlagen der Klägerin nach dem 3. Februar 2009 dramatisch gesunken seien. Die Kurse seien nicht weiter gefallen (act. 17 S. 21 Rz. 54, S. 29 Rz. 76). Die Klägerin bestreitet sodann die Existenz, den Zeitpunkt und den Inhalt der von der Beklagten behaupteten Telefonate sowie die Zulässigkeit allfälliger Aufzeichnungen und deren Verwertbarkeit als Beweismittel (act. 17 S. 19 Rz. 47). Die Klägerin und D._____ hätten zwischen dem 1. Januar 2009 und heute, insbesondere zwischen dem 5. Februar und dem 16. März 2009 jederzeit über genügende Mittel zur Leistung der Nachdeckung verfügt. Anfang März 2009 habe er insgesamt über liquide Mittel von umgerechnet USD 2'758'268 verfügt und hätte somit jederzeit die notwendige Nachdeckung für die Klägerin leisten können (act. 17 S. 11 f. Rz. 20). F._____ habe gewusst, dass die Klägerin und D._____ über erhebliche Vermögenswerte verfügt hätten, und auch gewusst, dass Nachdeckung erhältlich gewesen wäre (act. 17 S. 15 Rz. 31). Die Klägerin habe nie rechtsverbindlich erklärt, keine Nachdeckung leisten zu können. Ob sie Nachde-

- 12 - ckung hätte leisten können, hätte die Klägerin ohnehin erst nach Mitteilung der Höhe der geforderten Nachdeckung beantworten können (act. 17 S. 33 Rz. 103). Die Klägerin macht geltend, zwischen den Parteien bestehe ein "Vermögensberatungs-Verhältnis". F._____ sei der persönliche Vermögensberater der Klägerin gewesen, es habe ein enges Vertrauensverhältnis zwischen F._____ und D._____ bestanden. F._____ sei der einzige Ansprechpartner gewesen. Sämtliche Anlageentscheide seien auf Empfehlung von F._____ erfolgt, und sämtliche zwischen dem 6. und 12. März 2009 von der Beklagten unrechtmässig verkauften Anlagen seien auf Empfehlung von F._____ von der Beklagten für die Klägerin gekauft worden (act. 17 S. 12 f. Rz. 21 ff.). D._____ habe nie seine Zustimmung zu den späteren Verkäufen erteilt (act. 17 S. 20 Rz. 53). Auch betreffend den Titel "Z14._____" habe keine gültige Verkaufsinstruktion vorgelegen. Nur unter dem Druck und um zu verhindern, dass die Beklagte unzulässigerweise seine Anlagen verkaufen werde, habe D._____ dem Verkauf "W._____" zugestimmt, allerdings klar unter der Bedingung, dass die Beklagte keine anderen Titel verkaufe. Da die Beklagte diese Bedingung nicht erfüllt habe, fehle es auch an der Verkaufsermächtigung für diesen Titel (act. 17 S. 22 Rz. 58). Zur Pflichtverletzung der Beklagten führt die Klägerin aus, diese würde im fehlenden "margin call", in der fehlenden Fristansetzung und in der fehlenden Quantifizierung der erforderlichen Nachdeckung sowie in der fehlenden Information über die Kursentwicklung der Anlagen der Klägerin und über die Entwicklung des "lendig value" und im Verkauf der Aktiven zwischen dem 6. und 12. März so wie am 9. September 2009 statt gemäss Instruktion am 14. März 2011 liegen (act. 17 S. 23 Rz. 61). Die Klägerin habe sich nie entschieden zu verkaufen. Die Klägerin hätte bei Ansetzung einer Frist zur Nachdeckung die Nachdeckung leisten und nichts verkaufen können. Die Klägerin sei deshalb in die gleiche Situation zu bringen, wie wenn sie sich nie zum Kauf entschieden

hätte, sprich entweder seien ihr die Anlagen gegen Belastung der Kredite per Verkaufsdatum zu beschaffen, oder es sei ihr den Mehrwert der Anlagen per Urteilsdatum zu bezahlen. Neu habe sich die Klägerin nun entschieden, sämtliche Anlagen, die die Beklagte

- 13 - unberechtigterweise verkauft habe, per 14. März 2011 bestens zu verkaufen, womit sich der Anspruch auf Erfüllung im Sinne der Gutschrift der Titel zu Gunsten der Gutschrift des Saldos nach dem Verkauf per 14. März 2011 beziehungsweise des Schadenersatzes in der Höhe dieses Saldos geändert habe. Den entsprechenden Verkaufsauftrag vom 8. März 2011 habe die Klägerin der Beklagten am 11. März 2011 per DHL zugestellt (act. 17 S. 23 f. Rz. 63 f.). Der Schaden im Sinne des neu gestellten Subeventualantrages 3 per 14. März 2011 betrage somit USD 2'423'930.03 und EUR 2'191'307.38 (act. 17 S. 24 ff. Rz. 65 ff.). Der Erfüllungsanspruch der fehlenden Titel - Wiederherstellung des vertragsgemässen Zustandes - habe angedauert, bis sich die Klägerin zum Verkauf entschieden habe, und sei nun neu mit dem Verkaufentscheid der Klägerin per 14. März 2011 berechenbar, sei es als Erfüllungsanspruch auf die entsprechend den Verkaufswerten der Anlagen per 14. März 2011 errechenbaren Saldi auf den USD- und EURO-Konten, sei es als Schadenersatz in Höhe dieser Saldi (act. 17 S. 27 Rz. 71). Die Klägerin mache einen Erfüllungsanspruch geltend. Die Beklagte habe die Klägerin in Erfüllung ihrer vertraglichen Pflichten so zu stellen, wie wenn die unberechtigten Verkäufe nicht bzw. neu am 14. März 2011 stattgefunden hätten (act. 17 S. 29 Rz. 77). Die Beklagte habe die Kredite nie gekündigt und unberechtigterweise durch die Verkaufserlöse getilgt. Die Klägerin habe dementsprechend nach wie vor Anspruch auf die Kredite. Die Kreditzinsen seien selbstredend aufzurechnen (act. 17 S. 29 Rz. 80). Mit dem Verkaufsauftrag der Klägerin auf den 14. März 2011 habe sich der Erfüllungsanspruch gemäss Rechtsbegehren 1 in einen Erfüllungs-, allenfalls Schadenersatzanspruch gemäss Subeventualantrag 3 umgewandelt. Die Kreditzinsen seien somit ebenfalls bis 14. März 2011 zu berücksichtigen (act. 17 S. 29 Rz. 81). Neu seien nun für die Berechnung des Erfüllungsanspruchs die per 14. März 2011 erzielbaren Werte massgebend (act. 17 S. 34 Rz. 109). F.____s Antwort "OK-geniesse Deine Ferien." heisse unmissverständlich, dass er dem Vorschlag von D.____ im Mail vom 6. Februar 2009 namens der Beklagten zustimme (act. 17 S. 32 Rz. 93). Die Beklagte habe das Gespräch mit der Klägerin in keiner Weise gesucht, sondern habe die Klägerin ohne jegliche In-

- 14 - formation über eine allfällige Unterdeckung oder eine allfällig notwendige Nachdeckung mit den Verkaufsaufträgen vom 20. Februar und 3. März 2009 frei gewähren lassen. Indem die Beklagte die Klägerin in dieser Zeit nie beraten habe, habe sie ihre Pflichten aus Vermögensberatung verletzt (act. 17 S. 32 f. Rz. 97). Das Email vom 5. Februar 2009 sei der Klägerin erst am 16. März 2009 zugegangen (act. 17 S. 36 Rz. 5).

E. 1.1.3

Im Schreiben der Klägerin an die Beklagte vom 1. Februar 2005 (act. 22/6) habe die Klägerin als einzige Ausnahme zur Zustellung der Korrespondenz per DHL verlangt, die monatlichen Kontoauszüge per Email zuzustellen (act. 24 S. 3 Rz. 3). Die Saldierungsanzeige der Beklagten vom 30. Oktober 2010 (act. 22/7) habe sie nie erhalten bzw. erstmals mit Zustellung der Duplik samt Beilagen davon Kenntnis erhalten (act. 24 S. 2 Rz. 1).

E. 1.2

Beklagte

E. 1.2.1

Die Beklagte führt in der Klageantwortschrift aus, die Klägerin habe gegen Verpfändung von Wertpapieren drei Lombardkredite über CHF 612'500.00, CHF 1'636'000.00 und JPY 44'000'000 von der Beklagten aufgenommen. Ferner habe die Beklagte der Klägerin zwei Kreditlinien über USD 1'270'000.00 und USD 300'000.00 gewährt, welche im Umfang von USD 1'259'891.92 ausgeschöpft worden seien. Im Jahr 2008 und im ersten Quartal 2009 seien die Kurse der von der Klägerin zu Gunsten der Beklagten verpfändeten Wertpapiere zum Teil dramatisch gesunken. Die Beklagte habe dadurch keine ausreichenden Sicherheiten für die geleisteten Lombardkredite und die gewährte Kreditlinie mehr gehabt. Die Beklagte habe deshalb von der Klägerin mit Schreiben vom 3. Februar 2009 (act. 4/21) die Leistung von weiteren Sicherheiten (Nachdeckung) verlangt. Weil die Klägerin keine Nachdeckung geleistet habe bzw. habe leisten können und auch die Passiven nicht reduziert habe bzw. habe reduzieren können, habe die Beklagte - wie im Schreiben vom 3. Februar 2009 angekündigt - zwischen dem

E. 1.2.2

Die Beklagte führt in der Duplik ergänzend aus, dass es betreffend die Formabrede eine abweichende Praxis gegeben habe. Diese gehe u.a. auf ein Schreiben der Klägerin vom 1. Februar 2005 zurück. Damals habe die Klägerin, nachdem ihr zwei Kontoauszüge nicht per DHL, sondern per Post zugestellt worden seien, erklärt, dass sie Zustellungen per Email bevorzuge (act. 22/6). Email-Kommunikation sei nach dem 1. Februar 2005 somit die Regel gewesen. Die Klägerin habe sogar Verkaufsaufträge per Email erteilt. Es habe deshalb kein Anlass bestanden, dass die Beklagte den "margin call" in Abweichung von der bestehenden Praxis nicht per Email, sondern per DHL versende (act. 21 S. 5 Rz. 13 f.). Die Beklagte habe der Klägerin nach der Zustellung des "margin calls" am 5. Februar 2009 bis 5. März 2009 Zeit gegeben, um Nachdeckung zu liefern und die Schulden zu reduzieren. Im Sinne der Transparenz habe F._____ der Klägerin am 5. März 2009 per Email und per Telefon mitgeteilt, dass mit dem Verkauf begonnen werde (act. 21 S. 8 ff. Rz. 26 ff.). Hätte die Beklagte mit der Verwertung weiter zugewartet, hätte der Erlös die Lombardkredite und die Kreditlinien möglicherweise nicht mehr gedeckt und der Beklagten hätte ein Schaden gedroht (act. 21 S. 14 Rz. 46). Eine ausdrückliche Fristansetzung für die Leistung der Nachdeckung sei im vorliegenden Fall nicht erforderlich gewesen. Als die Beklagte am 5. März 2009 mit der Verwertung des Depots begonnen habe, sei festgestanden, dass die Klägerin keine Nachdeckung leisten werde (act. 21 S. 16 Rz. 57). Die Aufforderung zur sofortigen ("de forma immediata") Leistung von Nachdeckung sei ausreichend (act. 21 S. 17 Rz. 68). Die Bestimmung des "lending values" und damit auch der Marge sei im freien Ermessen der Beklagten gelegen. Die Klägerin habe nie um Auskunft über den "lending value" ersucht (act. 21 S. 16 Rz. 61). Entscheidend sei nicht, ob die Klägerin Nachdeckung habe leisten können, sondern ob sie Nachdeckung geleistet habe (act. 21 S. 17 Rz. 69).

- 19 - Die Kontobeziehung zwischen der Klägerin und der Beklagten sei im Oktober 2010 beendet worden (act. 21 S. 11 Rz. 38). Am 31. Oktober 2010 sei das Konto/Depot der Klägerin saldiert worden (act. 22/7; act. 21 S. 19 Rz. 80). Die Beklagte bestreitet, dass zwischen den Parteien ein "Vermögensberatungsverhältnis" vorgelegen habe (act. 21 S. 12 f. Rz. 42). Auch habe zwischen den Parteien kein Anlageberatungsverhältnis bestanden

(act. 21 S. 25 Rz. 109). Die Klägerin habe ihre Schadenminderungspflicht verletzt, indem sie keinen Deckungskauf getätigt habe, nachdem sie - gemäss ihrer eigenen Darstellung - am 16. März 2009 von der Liquidation ihres Depots erfahren habe. Die Kurse seien nach der Liquidation sogar weiter gefallen (act. 21 S. 20 Rz. 83). Die Beklagte bestreitet das Vorliegen eines Schadens, da die Kurse nach dem 5. März 2009 nicht wieder gestiegen seien. Es fehle auch am Kausalzusammenhang, denn hätte die Beklagte für den "margin call" eine weitere Frist angesetzt, hätte die Beklagte das Depot der Klägerin einfach später liquidiert. Der Erlös wäre dann aber geringer gewesen als der nach dem 5. März 2009 erzielte. Die von der Klägerin belegten Kurse und Erträge würden bestritten (act. 21 S. 20 f. Rz. 84 f.). Ausserdem könne der 14. März 2011 kaum der Erfüllungszeitpunkt sein; andernfalls hätte die Klägerin ja vor der Fälligkeit des angeblichen Erfüllungsanspruchs Klage erhoben. Richtiger Ansicht nach sei der angebliche Schaden per März 2009 zu berechnen, als die Klägerin den angeblichen Schaden bemerkt habe bzw. habe bemerken können (act. 21 S. 22 Rz. 89 f.). 2. Zum Erfüllungsanspruch

E. 2

Sachverhaltsübersicht Nach einer vorangegangenen Geschäftsbeziehung mit der B._____ auf den E._____ gründete D._____ im Jahre 2000 die Klägerin. 2004 wurden die der B._____, E._____, anvertrauten Vermögenswerte der Klägerin auf die Beklagte übertragen. Zu diesem Zweck unterzeichnete D._____ am 29. September 2004 verschiedene Dokumente, darunter den Pfandvertrag (act. 4/5, 4/5a), den Basisvertrag für gesicherte Darlehen (act. 4/7, 4/7a) sowie den TOFF/EUREX- Vertrag (act. 4/8, 4/8a) (act. 1 S. 4 f. Rz. 1 ff.; act. 12 S. 17 Rz. 58). Der für die Klägerin zuständige Kundenberater bei der Beklagten war ab Mai 2004 F._____ (act. 1 S.

E. 2.1

Mit ihrem Hauptbegehren (Rechtsbegehren 1) verlangt die Klägerin, dass genau bezeichnete Anlagen gegen Belastung des jeweils erzielten Nettoverkaufserlöses dem Depot der Klägerin gutgeschrieben bzw. herausgegeben und auf ein von der Klägerin zu bezeichnendes Depot übertragen würden. Die Klägerin bezeichnet in der Klage und in der Replik diesen Anspruch jeweils als Erfüllungsanspruch. Sie begründet jedoch keinen Erfüllungsanspruch und auch keinen allfälligen dinglichen Anspruch, sie legt dafür weder die tatsächlichen noch die rechtlichen Grundlagen dar. Mit Verfügung vom 8. Dezember 2010 wurde ihr deshalb der Substantiierungshinweis gegeben, dass, soweit sie klageweise einen

- 20 - vertraglichen Anspruch auf Erfüllung geltend machen wolle, sie die tatsächlichen Voraussetzungen dafür konkret und im Einzelnen darzulegen habe. Sie habe insbesondere darzutun, aus welchem Vertrag sie ihren Anspruch ableite und weiter, dass die Realerfüllung des exakt umschriebenen Anspruches tatsächlich noch möglich sei (Prot. S. 8).

E. 2.2

Ein Erfüllungsanspruch ist möglich bei Forderungen jeglicher Art, solange die Forderung besteht und erfüllt werden kann (von Thur/Escher, Allg. Teil des OR, Bd. II, 3.A., Zürich 1974, S. 87). Dies ist regelmässig der Fall, wenn eine Gattungsschuld zur Diskussion steht (Gauch/Schluep et al., N 2603), wie sie der (Aktiv- oder Passiv-)Saldo aus Kontokorrent- oder Depotkonti bildet (BK-Gautschi, Art. 394-406 OR, 3.A., Bern 1971, Art. 398 N 36 b). Die Klägerin äussert sich jedoch nicht dazu, welche Rechtsnatur die Anlagen der Klägerin

in ihrem Depot aufgewiesen haben. Die Klägerin hält zwar auch in der Replik an ihrem Hauptbegehren fest, legt aber die erforderlichen Voraussetzungen dafür nicht dar. Indem sie geltend macht, sie habe die Anlagen ihres Depots am 14. März 2011 verkauft, belegt sie die Unmöglichkeit der Herausgabe eben dieser Anlagen durch die Beklagte gleich selber. So kann sie keine Herausgabe von Wertpapieren verlangen, welche sie selber - im Laufe des Prozesses - angeblich verkauft hat. Die Klägerin führt selber aus, dass bei Erfolgen vertragsverletzender Handlungen der Beklagten die Klägerin Anspruch auf Beseitigung des rechtswidrigen Zustands im Sinne von Art. 98 Abs. 3 OR habe, soweit dies möglich sei (act. 17 S. 35 Rz. 2). Spätestens durch den von ihr geltend gemachten Verkauf am 14. März 2011 hat sie diese Möglichkeit zerstört. Die Klägerin vermischt in ihren Erläuterungen sodann den Anspruch auf Erfüllung mit dem Anspruch auf Schadenersatz. So führt sie aus, dass sich durch ihren Verkaufsentscheid per 14. März 2011 der Anspruch auf die Erfüllung im Sinne der Gutschrift der Titel zu Gunsten der Gutschrift des Saldos nach dem Verkauf per 14. März 2011 beziehungsweise des Schadenersatzes in der Höhe dieses Saldos geändert habe. Andererseits will sie dann aber trotz des Verkaufsentscheides in die gleiche Situation gebracht werden, wie wenn sie sich nie zum Kauf entschieden hätte (act. 17 S. 23 f. Rz. 63 f.). Dazu, auf welcher Grundlage

- 21 - dies möglich wäre, äussert sie sich nicht. An anderem Ort führt sie aus, dass der Erfüllungsanspruch angedauert habe, bis sich die Klägerin zum Verkauf entschieden habe, und dieser sei nun neu berechenbar. Wenn sie aber Ersatz verlangt in Höhe der für die Verkaufswerte der Anlagen per 14. März 2011 errechenbaren Saldi (vgl. act. 17 S. 27 Rz. 71), dann macht sie einen Schadenersatzanspruch geltend. Denn damit will sie sinngemäss so gestellt werden, wie wenn der Vertrag - ihrer Meinung nach - richtig erfüllt worden wäre, und verlangt damit Schadenersatz und nicht mehr Erfüllung.

E. 2.3

Insgesamt scheint die Klägerin in der Replik selbst nicht mehr an ihrem Erfüllungsanspruch gemäss Rechtsbegehren 1 festzuhalten; das Rechtsbegehren 1 ist jedenfalls ohne weiteres abzuweisen. 3. Schadenersatz 3.1. Allgemeine Voraussetzungen Die Klägerin macht eine Schadenersatzforderung aus der Verletzung des zwischen ihr und der Beklagten geschlossenen Vertrages geltend. Wer Schadenersatzforderungen infolge Verletzung der Pflichten aus einem Auftragsverhältnis geltend macht, hat vorab den Bestand des Auftragsverhältnisses nachzuweisen. Notwendige Anspruchsgrundlagen der Haftung bilden sodann eine Vertragsverletzung (Pflichtverletzung), das Vorliegen eines Schadens, ein natürlicher und adäquater Kausalzusammenhang zwischen der Vertragsverletzung und dem Schaden sowie Verschulden. Die Klägerin - als Auftraggeberin - muss dabei grundsätzlich den Schaden, den Kausalzusammenhang und die Vertragsverletzung beweisen, der Beklagten steht der Exkulpationsbeweis offen (vgl. ZR 106 (2007) Nr. 1). 3.2. Vertragsbeziehung zwischen den Parteien 3.2.1. Dass zwischen den Parteien ein Vertragsverhältnis bestand, ist unbestritten. D._____, Verwaltungsrat der Klägerin, vertraute seine Vermögenswerte

- 22 - seit 1989 in seinem Namen der B._____, E._____, an. Nachdem er am 1. November 2000 die Klägerin gegründet hatte, übertrug er seine der B._____ anvertrauten Vermögenswerte auf die Klägerin. 2004 übertrug die Klägerin die Vermögenswerte auf die Beklagte. Zwischen der Klägerin und der Beklagten existieren diverse Verträge, so z.B. ein Pfandvertrag, ein Basisvertrag für gesicherte Darlehen und ein TOFF/EUREX-Vertrag, alle datierend vom 29. September 2004. Die Klägerin hatte gegen Verpfändung von

Wertpapieren drei Kredite bei der Beklagten aufgenommen, sodann hatte die Beklagte der Klägerin zwei USD-Kreditlinien gewährt. Weiter unbestritten ist, dass F._____ der persönliche Kundenberater der Klägerin war. Die Klägerin bezeichnet ihn als ihren Vermögensberater. Sämtliche Anlageentscheidungen seien auf Empfehlung von F._____ erfolgt (act. 12 S. 4 ff. Rz. 6 ff.).

E. 6

und 12. März 2009 die verpfändeten Wertpapiere verkauft und mit dem Erlös die drei Lombardkredite gedeckt. Leider habe der Erlös nicht mehr ausgereicht, um auch die USD-Kreditlinie vollständig abzulösen. Inklusive aufgelaufene Zinsen

- 15 - hätten sich sämtliche Passiven der Klägerin per 31. Januar 2009 auf USD 3'740'379.50 belaufen. Diesen Passiven hätten im Januar 2009 noch Aktien von ca. CHF 5,4 Mio. gegenüber gestanden (act. 12 S. 4 ff. Rz. 6 ff.). Die Beklagte habe der Klägerin den "margin call" vom 3. Februar 2009 am 5. Februar 2010 [recte: 2009] um 12:15 per Email zugestellt. Anschliessend hätten D._____ und die Beklagte mehrmals am Telefon über den "margin call" gesprochen. Ferner habe D._____ in Emails an die Beklagte auf den "margin call" Bezug genommen. Die Klägerin habe mehrfach erklärt, dass sie keine Nachdeckung liefern könne. Wenn zum Vornherein feststehe, dass keine Nachdeckung erhältlich sei, bedürfe es keiner weiteren Quantifizierungen und Nachfristansetzungen mehr (act. 12 S. 5 Rz. 9 f.). Dass der "margin call" der Klägerin zugestellt worden sei, sei nicht nur durch das Email vom 5. Februar 2010 [recte: 2009], 12:15 Uhr, belegt, sondern ergebe sich auch aus dem Inhalt von mehreren Telefonaten, welche D._____ von der Klägerin mit F._____ von der Beklagten geführt habe. Die Telefonate seien auf Spanisch geführt und von der Beklagten aufgezeichnet worden. Über die Aufzeichnung sei die Klägerin schriftlich und - ausser bei Anrufen auf F._____s Direktnummer - per Ansage orientiert worden (act. 12 S. 5 Rz. 9 f.).

E. 8

Rz. 21). Die Beklagte führt in der Klageantwort den Wortlaut der Telefonate vom

E. 11

Februar 2009, 23. Februar 2009, 4. März 2009 und 5. März 2009 auf (act. 12 S. 8 ff.; Rz. 22 ff.). Aus diesen gehe hervor, dass die Klägerin den "margin call" erhalten habe, dass die Parteien ausführlich über den "margin call" gesprochen hätten, dass die Klägerin weder Nachdeckung liefern, noch die Passiven reduzieren können, und dass die Beklagte der Klägerin den Verkauf der Wertschriften angekündigt habe. Von Bedeutung sei ferner, dass die Klägerin mit dem Verkauf der Wertschriften grundsätzlich einverstanden gewesen sei. Die Klägerin habe jedoch über den Zeitpunkt des Verkaufs und die Verkaufspreise selbst bestimmen wollen (act. 12 S. 10 Rz. 26). F._____s Antwort "Ok. - genieße Deine Ferien" vom 6. Februar 2009 bedeute in keiner Weise, dass die Beklagte den "margin call" zurückgenommen oder reduziert habe. Die Klägerin habe die Antwort allenfalls als Zusicherung verstehen können, dass in den nächsten Tagen nichts unternommen werde - mehr nicht (act. 12 S. 19 Rz. 68). Die Tatsache, dass die Beklagte nach der Zustellung des "margin calls" nicht sofort zur Verwer-

- 16 - tung geschritten, sondern zugewartet habe, bis D._____ aus den Ferien zurückgekehrt sei, und sie anschliessend das Gespräch mit der Klägerin gesucht habe, sei ein freiwilliges Entgegenkommen der Beklagten gewesen. Jedoch kein Verzicht auf Lieferung

von Nachdeckung gemäss dem "margin call", und auch kein Verzicht auf einen freihändigen Verkauf. Für einen solchen brauche es nach einem "margin call" das Einverständnis des Kunden nicht (act. 12 S. 19 f. Rz. 71). Nach dem "margin call" vom 3. Februar 2009 seien die Kurse weiterhin dramatisch gesunken. Insbesondere im Lichte der Tatsache, dass die Klägerin schlicht nicht in der Lage gewesen sei, Nachdeckung zu liefern, sei es nicht erforderlich gewesen, dass die Beklagte Anfang März oder am 5. März 2009 eine Nachfrist für die Nachdeckung setzte oder den Umfang der verlangten Nachdeckung genau quantifizierte (act. 12 S. 10 f. Rz. 27). Wenn eine Schuldnerin ohnehin keine Nachdeckung liefern könne, sei nicht erforderlich, dass die Gläubigerin den Betrag der Nachdeckung auf den Rappen genau bestimme (act. 12 S. 20 Rz. 77), und auch nicht, dass die Gläubigerin explizite Fristen setze. Eine solche habe die Beklagte aber gesetzt. Die Parteien hätten sich fast einen Monat lang über den "margin call" und die Nachdeckung unterhalten. Am Morgen des 5. März 2009 habe die Beklagte der Klägerin mitgeteilt, dass nun mit dem Verkauf begonnen werde. Die Klägerin habe daraufhin am Telefon eine Frist von zwei Stunden verlangt; diese Frist habe die Klägerin erhalten (act. 12 S. 21 Rz. 78). Die klägerische Berufung auf eine allfällige Vereinbarung der Zustellung per DHL sei rechtsmissbräuchlich. Die Parteien hätten während der gesamten Geschäftsbeziehung ausgiebig per Email und per Telefon kommuniziert, ohne dass die Klägerin je irgendwelche Einwände erhoben habe. Es gehe nicht an, dass die Klägerin während Monaten und Jahren per Email und per Telefon kommuniziere und es zulasse, dass auch die Beklagte diese Kommunikationsmittel verwende, und dann später vorbringe, Kommunikation per Email und per Telefon sei nicht zulässig. Es widerspreche gängiger Bankpraxis, dass ein Kunde sämtliche Mitteilungen per DHL erhalte. Die Klägerin habe sodann den "Telephone, Fax, Telegram, Telex and E-Mail Discharge" unterzeichnet und damit die Verwendung alternativer Kommunikationsmittel explizit genehmigt (act. 12 S. 18 Rz. 61 f.).

- 17 - Für den Verkauf der Titel habe es keine Kundeninstruktion gebraucht, da die Titel verpfändet worden seien und weil die Beklagte einen "margin call" gemacht habe, dem die Klägerin nicht gefolgt sei. Der Vollständigkeit halber sei jedoch erwähnt, dass hinsichtlich des Titels "Z14._____" mit dem Email vom 5. März 2009, 13:42 Uhr, eine spezifische Verkaufsinstruktion der Klägerin vorgelegen habe (act. 12 S. 11 Rz. 30). Nach dem Verkauf der Wertschriften sei das Euro-Konto Ende März 2009 schliesslich auf Null gestellt gewesen. Das JPY- und das CHF-Konto hätten keine Negativsaldi aufgewiesen. Das USD-Konto sei mit USD 115'203.97 im Minus gewesen (act. 12 S. 12 Rz. 35). Die Beklagte bestreitet, dass die Klägerin einen Schaden erlitten habe. So sei sie mit dem Verkauf grundsätzlich einverstanden gewesen, habe aber gewollt, dass ein solcher "geordnet" ablaufe. Was sie darunter verstehe, habe sie nicht dargelegt. Wäre der Verkauf erst in der zweiten Märzhälfte oder im April 2009 erfolgt, so wären die Kurse damals nicht besser gewesen als zwischen dem 6. und

E. 12

März 2009. Der Klägerin sei somit durch den allenfalls - bestrittenen - "ungeordneten" Verkauf gar kein Schaden entstanden (act. 12 S. 13 Rz. 39). Die Klägerin führe sodann auch nicht aus, wann der Schaden eingetreten sei und mache auch keine Angabe über den Zeitpunkt für die Berechnung des Schadens. Auf den Urteilszeitpunkt könne hierfür nicht abgestellt werden. Vielmehr müsste der Schaden per März 2009 berechnet werden; es müsse auf den Zeitpunkt abgestellt werden, in welchem die Klägerin die angebliche Pflichtverletzung der Beklagten bemerkt habe oder auf den Zeitpunkt, in welchem die

Klägerin die Vertragsbeziehung zur Beklagten gekündigt habe bzw. hätte kündigen können (act. 12 S. 14 f. Rz. 41 ff.). Im Weiteren seien auch die klägerischen Ausführungen zum eingeklagten Anspruch unklar. So führe die Klägerin nicht aus, um was für einen Erfüllungsanspruch es sich handle. Vorliegend sei nicht ersichtlich, gestützt auf welche Tatsachen und Rechtsgrundlagen die Beklagte die im ersten Rechtsbegehren aufgelisteten 19 Titel dem Depot gutschreiben bzw. herausgeben solle. Die klägerischen Ausführungen seien insgesamt nicht verständlich, unbegründet und nicht substantiiert. Auch eine allenfalls dingliche Klage komme nicht in Frage. Die Klägerin sei auch nicht Eigentümerin der verkauften Wertpapiere gewesen. Bei den verkauften Wertpapieren habe es sich um Wertrechte gehandelt, welche von der

- 18 - Beklagten buchmässig für die Klägerin geführt worden seien (act. 12 S. 15 f. Rz. 50 ff.). Sodann wäre die entgangene Zinspflicht der Klägerin von einem allfälligen Schaden abzuziehen, ebenso wie Depotgebühren (act. 12 S. 17 Rz. 55 f.; S. 22 Rz. 89).

E. 17

S. 12 f. Rz. 21 ff.). 3.2.2. Die Eröffnung eines Kontos und damit der Abschluss eines Kontokorrentvertrages bildet in der Regel die Basis für die Aufnahme von Geschäftsbeziehungen zwischen der Bank und ihrem Kunden. Neben der Kontokorrentabrede enthält der Kontovertrag mit der Bank regelmässig auch auftragsrechtliche Elemente, so etwa die Pflicht der Bank zur Buchführung und periodischen Abrechnung. Mit dem Kontokorrentvertrag ausdrücklich oder stillschweigend verbunden ist in aller Regel der Girovertrag, in welchem die Bank dem Kunden zusichert, sie werde - genügende Deckung vorbehalten - Zahlungsaufträge des Kunden ausführen und für ihn eingehende Überweisungen entgegennehmen und seinem Konto gutschreiben. Der Girovertrag bildet die rechtliche Grundlage für den bargeldlosen Zahlungsverkehr. Auf den Girovertrag, der gesetzlich nicht geregelt ist, finden zur Hauptsache die Bestimmungen des Auftragsrechts Anwendung (Emch/Renz/Arpagaus, Das Schweizerische Bankgeschäft, 7. A., Zürich 2011, Rz. 655 f. und Rz. 698, ferner Fellmann, BK, Art. 394-406 OR, Bern 1992, Art. 394 N 360). Der Girovertrag wird als Rahmenvertrag betrachtet, innerhalb dessen der einzelne Vergütungsauftrag eine konkretisierende Weisung darstellt (Daniel Guggenheim, Les Contrats de la Pratique Bancaire Suisse, 4.A., Genf 2000, S. 487 und S. 491).

- 23 - Bei der Eröffnung eines Depots übergibt der Kunde der Bank verschiedene Vermögenswerte, namentlich Wertpapiere und Edelmetalle, zur Aufbewahrung und (technischen/administrativen) Verwaltung. Das Depotgeschäft der Banken ist ebenfalls nicht separat gesetzlich geregelt. Es beruht im Kern auf dem Hinterlegungsvertrag gemäss Art. 472 OR. Für das offene Depot, bei welchem die Übergabe der Werte unverschlossen erfolgt, sind zudem die Vorschriften von Art. 646 ff. und 727 ZGB betreffend das Miteigentum sowie die Art. 394 ff. OR betreffend Auftrag und Art. 425 ff. OR betreffend Kommission heranzuziehen (Emch/Renz/Arpagaus, Rz. 625; Guggenheim, 4.A., S. 163; ferner Fellmann, Art. 394 N 360). Bei der vertraglichen Haftung einer Bank gilt es zu beachten, dass es den Bankvertrag als solchen nicht gibt, sondern regelmässig verschiedene Vertragstypen vorliegen. Wie gezeigt beinhalten aber die meisten Verträge, insbesondere der Kontokorrent- und der Depotvertrag, soweit auftragsrechtliche Elemente, als die Bank Geschäftsführungsaufgaben wahrnimmt. Art. 398 Abs. 1 und 2 OR stellen für Dienstleistungen, die keine Erfolgsgarantie beinhalten, eine sachgerechte Haftungsnorm dar. Diese Bestimmungen können deshalb ohne weiteres auch im Rahmen eines gemischten Vertrages angewendet werden (Fellmann, Art. 398 N 430; Guggenheim, 4.A., S. 21). 3.2.3.

Die Klägerin macht vorliegend geltend, zwischen ihr und der Beklagten habe ein "Vermögensberatungsverhältnis" bestanden. Die Beklagte war aber offenbar nicht befugt, selbstständig Anlageentscheidungen zu treffen und auszuführen. So hat es jeweils einer Verkaufsinstruktion durch die Klägerin bedurft. Trifft der Kunde aber den definitiven Anlageentscheid selber und wirkt die Bank bei der Planung einer Vermögensanlage bzw. Umschichtung von Vermögensteilen nur mit, so liegt keine Vermögensverwaltung vor (vgl. ZR 106 (2007) Nr. 1 m.w.H.). Die Anlageberatung zeichnet sich in Abgrenzung von der reinen Konto-/Depot-Beziehung dadurch aus, dass der Kunde die Anlageentscheidung zwar selber trifft, die Bank ihm jedoch dabei beratend zur Seite steht. Ein Anlageberatungsverhältnis setzt keine Grundlage in Form eines ausdrücklich geschlossenen Vertrages voraus. Es reicht aus, wenn sich aufgrund einer andauernden Geschäftsbeziehung

- 24 - zwischen der Bank und dem Kunden ein besonderes Vertrauensverhältnis entwickelt hat, aus welchem der Kunde nach Treu und Glauben auch unaufgefordert Beratung und Mahnung zur Vorsicht (insbesondere bei Kauf- und Verkaufsentscheidungen) erwarten darf (BGE 133 III 97 E. 7.2. S. 103). Aufgrund der Ausführungen der Parteien erscheint das Verhältnis zwischen Klägerin und Beklagter demnach als Anlageberatungsverhältnis. Ob ein solches tatsächlich vorliegt (von der Beklagten wird dies bestritten (act. 21 S. 25 Rz. 109)) oder nur eine einfache Konto-/Depotbeziehung mit verschiedenen Zusatzverträgen, spielt letztlich keine entscheidende Rolle. Sowohl die Anlageberatung als auch die Tätigkeit als Vermittler für einzelne, vom Kunden in Auftrag gegebene Geschäfte, unterstehen dem Auftragsrecht (ZR 106 (2007) Nr. 1 m.w.H.). Somit sind allfällige Pflichtverletzungen der Beklagten im Lichte der auftragsrechtlichen Sorgfalts- und Treuepflichten im Sinne von Art. 398 Abs. 1 und 2 OR zu betrachten. Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang, dass, wenn die Bank nicht zur Vermögensverwaltung beauftragt ist, sie grundsätzlich nicht verpflichtet ist, sich aktiv um die Begrenzung des Verlustrisikos des Kunden zu kümmern (BGE 4A_521/2008, E. 5.2.).

3.3. Pflichtverletzung 3.3.1. Allgemein 3.3.1.1 Die Klägerin macht zusammengefasst geltend, die Beklagte habe unbefugt die ihr anvertrauten Anlagen/Wertschriften der Klägerin verkauft, ohne dass hierzu ein Auftrag der Klägerin vorgelegen habe. Hierin liege ihre Pflichtverletzung. Die Beklagte stellt sich demgegenüber auf den Standpunkt, der Klägerin einen form- und fristgerechten "margin call" zugestellt zu haben, welchen sie - nachdem die Klägerin keine Nachdeckung geliefert habe - dazu berechtigt habe, die Anlagen der Klägerin in ihrem Depot zu verkaufen. Die Klägerin bestreitet sowohl den Erhalt des "margin calls", als auch, dass ein solcher frist- und formgerecht gewesen sei. Im Weiteren seien die Voraussetzungen, überhaupt einen "margin call" zu erlassen, nicht erfüllt gewesen. 3.3.1.2. In den standardisierten Pfandverträgen der Banken ist häufig eine Krediteindeckungs- und Nachdeckungspflicht enthalten. Danach verpflichtet sich der

- 25 - Verpfänder gegenüber der Bank, bei eingetretener oder drohender Wertverminderung der Pfänder entweder den Kredit durch eine von der Bank bestimmte Abzahlung "einzudecken" oder aber "Nachdeckung" durch Bestellung weiterer Pfänder zu leisten. Kommt der Schuldner der Krediteindeckungs- oder Nachdeckungspflicht innert der von der Bank angesetzten Frist nicht nach, ist diese nach den meisten Pfandverträgen berechtigt, den Kredit bzw. das Darlehen sofort als fällig zu erklären und zur Verwertung der Pfänder zu schreiten. Die Krediteindeckungs- und Nachdeckungspflicht ist im schweizerischen Recht nicht gesetzlich geregelt, im Rahmen der Vertragsautonomie aber zulässig. Ohne

vertragliche Vereinbarung können sie die Banken indessen nicht geltend machen (BK-Zobl, Fahrnispfand, Bern 2010, Art. 884 N 391 f. m.w.H.). Praktisch bedeutsam ist, dass die Banken bei der Gewährung gedeckter Kredite die Pfandgegenstände in der Regel nicht zum vollen Verkehrswert belehnen, sondern eine tiefer liegende Belehnungsgrenze festlegen. Die entsprechende Differenz wird als Marge bezeichnet. Sinkt der Wert des Pfandes, verlangen die Banken entweder Abzahlung des Kredites oder Nachdeckung; bleibt beides aus, so schreiten sie zur Realisierung des Pfandrechts (BK-Zobl, Fahrnispfandrecht, Bern 2010, Syst. Teil, N 523).

3.3.2. Vertragsgrundlagen der Parteien
Vorliegend haben die Parteien den Basisvertrag für gesicherte Darlehen vom 29. September 2004 (act. 4/7, 4/7a) unterzeichnet. Dieser sieht die Verpfändung von Aktiven und die erwähnte Marge vor. Es wird darin der von der Bank festzulegende Belehnungswert (sog. "lending value") und die erwähnte Marge (sog. "margin") umschrieben. Bezüglich der Vorschriften für die Aufforderung zur Eindeckung oder Nachdeckung (etwa Form, Inhalt und Fristen) wird auf den Pfandvertrag vom 29. September 2004 verwiesen (act. 4/5 und 4/5a). Sodann enthält der TOFF/EUREX-Vertrag vom 29. September 2004 (act. 4/8 und 4/8a) ebenfalls Vorschriften zur von der Bank frei abänderbaren Marge, zur Aufforderung zur Krediteindeckung und Nachdeckung sowie zur Verpfändung. Für die Folgen der fehlenden Krediteindeckung und Nachdeckung nach einem entsprechenden Aufruf für verpfändete Güter verweist der TOFF/EUREX-Vertrag wiederum auf den separaten Pfandvertrag. Die Behauptungen der Parteien sind daher

- 26 - im Folgenden anhand dieser vertraglichen Grundlagen zu prüfen. Auf den TOFF/EUREX-Vertrag, dessen Anwendbarkeit die Klägerin für den vorliegenden Fall bestreitet (act. 17 S. 16 Rz. 34 ff.), kommt es dabei nicht entscheidend an.

3.3.3. Gültigkeit des "margin calls"

3.3.3.1. Die Klägerin macht geltend, die Pflichtverletzung der Beklagten habe u.a. darin gelegen, dass der Inhalt des "margin calls" den Anforderungen des Pfandvertrages "in keiner Weise" genügt habe. So habe einerseits die Frist gefehlt, innert welcher die Klägerin Nachdeckung hätte leisten sollen, andererseits sei nie ein konkreter Deckungsbetrag genannt worden.

3.3.3.2. Der Pfandvertrag vom 29. September 2004 (act. 4/5, 4/5a Ziff. 5) enthält keine Pflicht der Beklagten, die Höhe der notwendigen Krediteindeckung/Nachdeckung in ihrer Aufforderung zu beziffern. Es wird lediglich ausgeführt, dass der Kunde auf schlichte Aufforderung der Bank hin ("upon simple request by the bank") gehalten ist, entweder die Schuld zu reduzieren oder Nachdeckung zu leisten, damit die Marge wieder hergestellt ist ("either to reduce the debt through repayments or to furnish sufficient additional security, so as to re-establish the said margin"). Die Bank ist also gehalten, den Kunden zu informieren und ihn aufzufordern, die Unterdeckung zu beseitigen. Einen konkreten Betrag, welchen die Bank dem Kunden mitzuteilen hätte, fordert der Vertrag nicht. Dies wohl auch deshalb, weil nach einem "margin call" regelmässig Gespräche über das konkrete Vorgehen erfolgen, soweit der Kunde gewillt ist, die Unterschreitung der Marge zu beseitigen. Dem Kunden wird denn auch die Wahl gelassen, zwischen der Reduktion der Schuld und der Leistung von Nachdeckung. Gemäss Ausführungen beider Parteien war der Verkauf von Anlagen bzw. die Schulden der Klägerin nach dem 3. Februar 2009 Thema zwischen F._____ und D._____. So teilte F._____ mit Email vom 5. Februar 2009 der Klägerin mit, dass die Situation kritisch sei und Aktiven verkauft werden müssten, um die Schulden zu reduzieren (act. 4/13). Daraufhin reagierte D._____ mit Email vom 6. Februar 2009 und äusserte sich über Möglichkeiten zur Schaffung von zusätzlicher Liquidität (act. 4/15). Mit Email vom 3. März 2009 schreibt die Klägerin der

- 27 - Beklagten, sie solle nicht verkaufen, ohne dass beide Parteien damit einverstanden seien (act. 4/19). Am 5. März 2009 teilt F._____ der Klägerin schliesslich mit, dass die Risikoabteilung ihn angerufen und mitgeteilt habe, dass sie nun daran gehen würden, Titel zu verkaufen, um die Schuld zu verkleinern (act. 4/20). Offenbar wurden zwischen dem 11. Februar 2009 und dem 16. März 2009 auch Telefonate zwischen den Parteien geführt, deren Inhalte von der Klägerin allerdings bestritten werden (act. 17 S. 19 f. Rz. 47 ff.). Jedenfalls zeigt diese Korrespondenz, dass die Parteien Gespräche führten, welche die Schuld der Klägerin und die mögliche Tilgung durch Verkauf von Aktiven der Klägerin zum Inhalt hatten. Es war also nicht so, dass D._____ bzw. die Klägerin am 16. März 2009 (Erhalt des "margin calls" gemäss Klägerin) gänzlich überraschend von einer Unterdeckung bzw. nicht genügenden Deckung erfahren hat. Die Höhe der Nachdeckung muss im Übrigen, da eine Formabrede fehlt, auch nicht im schriftlichen "margin call" - soweit ein solcher erfolgt - enthalten sein. Die Modalitäten können auch in mündlichen Gesprächen vereinbart werden, was wohl auch häufig vorkommt. Es spielt somit keine Rolle, dass die Höhe der Nachdeckung im schriftlichen "margin call" der Beklagten vom 3. Februar 2009 nicht ausdrücklich genannt wurde, kann doch mit Fug davon ausgegangen werden, dass diesbezügliche Gespräche zwischen den Parteien vorgängig zum tatsächlich erfolgten Verkauf der Anlagen ab dem 6. März 2009 stattfanden. Selbst wenn die Klägerin erst am 16. März 2009 vom "margin call" Kenntnis erhalten haben sollte, ändert dies nichts daran, dass in eben diesem kein konkreter Betrag genannt werden musste. 3.3.3.3. Betreffend die Frist, innerhalb welcher nach erfolgter Aufforderung Nachdeckung zu leisten ist, sieht der Pfandvertrag vom 29. September 2004 vor, dass der Kunde in der von der Bank nach freiem Ermessen gesetzten Frist zu handeln habe ("within such time limit as may be set by the Bank at its entire discretion"; act. 4/5a S. 2 Ziff. 5). Die Bank muss also dem Kunden eine gewisse Handlungsfrist gewähren. Da diese im freien Ermessen der Bank steht, kann sie auch sehr kurz sein. Vorliegend hat die Beklagte die Klägerin im Schreiben vom 3. Februar 2009 (act. 4/21) aufgefordert, die bestehende Unterdeckung sofort ("de forma in mediata") zu beseitigen. Sie hat ihr demnach eine, wenn auch sehr kurze, Frist gesetzt und damit den vertraglichen Anforderungen genügt.

- 28 - Zu beantworten bleibt die Frage, wie viel Zeit die Bank dem Kunden tatsächlich hätte gewähren müssen resp. wann sie frühestens eine Verwertung hätte vornehmen dürfen, um ihren eigenen Vorgaben zu genügen. Geht man mit der Beklagten davon aus, dass die Klägerin den "margin call" am 5. Februar 2009 erhalten hat, so hatte die Klägerin bis zum ersten Verkauf der Pfänder am 9. März 2009 über einen Monat Zeit, Nachdeckung zu leisten. Somit betrug die Frist letztlich mehr als einen Monat und steht damit ausser Zweifel im Einklang mit der gesetzten Frist "in forma in mediata". Hat die Klägerin den "margin call" erst am 16. März 2009 erhalten, so fragt sich, wie viel Zeit die Beklagte der Klägerin hätte gewähren müssen, bis sie zur Verwertung hätte schreiten dürfen. Die Frage lässt sich wohl nicht abschliessend beantworten, fest steht jedoch, dass unter sofort eine sehr kurze Frist von sicher nicht mehr als wenigen Tagen verstanden werden muss. Dieser Schluss drängt sich umso mehr auf, als die Parteien - wie gesehen - vorgängig Gespräche führten, welche die Schuld der Klägerin und die mögliche Tilgung durch Verkauf von Aktiven der Klägerin zum Inhalt hatten und D._____ bzw. die Klägerin somit, auch wenn sie den formellen "margin call" erst am 16. März 2009 erhalten hat, hinsichtlich eines möglichen Verkaufs der Anlagen und der Tilgung der Schuld nicht gänzlich unvorbereitet war. 3.3.3.4. Was schliesslich die Behauptung der Klägerin betrifft, ihre Kredite seien immer genügend gedeckt gewesen, so ist ihr entgegenzuhalten, dass der "lending value"

gemäss Ziffer 2 des Basisvertrages für gesicherte Darlehen vom 29. September 2004 (act. 4/7a) dem Wert der verpfändeten Aktiven minus einer Marge (margin) entspricht. Die Grösse der Marge darf die Beklagte gemäss Vertrag nach freiem Ermessen ("at its entire discretion") bestimmen und jederzeit ("at any time") ohne vorgängige Bekanntgabe ("without any prior notice") abändern. Wenn die Beklagte die Marge also - wie sie ausführt, aufgrund der Marktentwicklungen und -aussichten sowie der Währungsrisiken (act. 12 S. 7 Rz. 18) - befugtermassen erhöht hat und der "lending value" dadurch sank, bedeutet das, dass die Kredite der Klägerin nicht mehr genügend gedeckt waren und die Beklagte einen "margin call" grundsätzlich erlassen durfte. Die Höhe des "lending value" stand dabei im Ermessen der Beklagten. Zwar war die Beklagte gemäss Ziffer 2 des Vertrages auch dazu verpflichtet, dem Kunden den aktuellen "lending value"

- 29 - auf Verlangen bekannt zu geben ("upon request, the Bank shall advise the Client at any time of the current lending value"). Eine Verletzung dieser Pflicht macht einen ergangenen "margin call" aber nicht ungültig. Es kann deshalb offenbleiben, ob die Beklagte eine diesbezügliche Pflichtverletzung begangen hat, zumal von der Klägerin nicht dargelegt wurde, inwiefern eine solche ursächlich für den von ihr geltend gemachten Schaden gewesen wäre. Insbesondere auch deshalb, weil vorliegend ja nicht eine ungenügende Nachdeckung durch die Klägerin stattgefunden hat, sondern eben gar keine; und dies obwohl die Parteien - wie gesehen - Gespräche über eine Nachdeckung in irgendeiner Art geführt haben. Daran zu erinnern bleibt, dass eine Deckungsmarge als Sicherheit gegen Kursrückgänge bei den belehnten Vermögenswerten in erster Linie dazu dient, das Risiko der Bank zu begrenzen (BGE 4C.298/2004 E. 3.2.) und die Bank, wenn sie, wie hier, nicht zur Vermögensverwaltung beauftragt ist, grundsätzlich nicht dazu verpflichtet ist, sich aktiv um die Begrenzung des Verlustrisikos des Kunden zu kümmern (BGE 4C.305/2003 E. 3.2.1.). 3.3.3.5. Die Klägerin macht weiter geltend, den "margin call" nicht, wie von der Beklagten behauptet, am 5. Februar 2009 per Email erhalten zu haben; und selbst wenn, so habe er nicht den vertraglich vereinbarten Zustellungsnormen entsprochen, weshalb er ohnehin ungültig sei. Die Klägerin knüpft an die Nichteinhaltung einer vertraglich vereinbarten Zustellungsvorschrift die Ungültigkeit von Rechtshandlungen, die in Anwendung dieser Verträge erfolgen. Damit verwechselt sie Zustellungsvorschriften mit Formvorschriften, welche bei Nichteinhaltung die Ungültigkeit eines Rechtsgeschäftes nach sich ziehen können. Eine Zustellungsvorschrift hingegen dient der Sicherstellung, dass Korrespondenz zwischen den Parteien auch tatsächlich empfangen wird. Derjenige, der eine Zustellungsvorschrift nicht einhält, trägt demnach das Risiko dafür, dass der andere das Dokument, den Brief, etc. auch tatsächlich erhält. Hierfür ist er dementsprechend beweisbelastet. Die Gültigkeit des Dokumentes ist aber nicht an die Einhaltung der Zustellungsvorschrift geknüpft. Hat die Beklagte demnach die vertraglich vereinbarten Zustellungsvorschriften nicht erfüllt, hat dies einzig zur Folge, dass sie die Folgen dafür zu tragen hat, dass die Klage-

- 30 - rin den "margin call" nicht erhalten hat oder eben, dass der Erhalt zu beweisen ist. Die sich daraus ergebenden Rechtsfolgen hat die Beklagte zu tragen. Dass der "margin call" eine gewisse Form im Sinne von Art. 16 OR zu erfüllen gehabt hätte, behauptet die Klägerin nicht. In den Verträgen ist - soweit ersichtlich - auch nichts Derartiges vereinbart worden. Demnach war der "margin call" an keine Form gebunden und ist daher - alleine aufgrund einer allfällig nicht eingehaltenen Zustellungsvorschrift - nicht ungültig. Eine andere Frage ist, ob die Klägerin den "margin call" - wie von der Beklagten behauptet - am

5. Februar 2009 auch tatsächlich erhalten hat. Der Kontovertrag ("Contrato de Apertura de Cuenta"; "Agreement for Account Opening") vom 29. September 2004 sieht vor, dass die Korrespondenz an die Klägerin an eine genau bezeichnete Adresse in G._____ zu schicken sei und zwar per DHL (act. 4/1, 4/1a). Der Pfandvertrag vom 29. September 2004 sieht in Ziffer 6 vor, dass jegliche Kommunikation der Bank als gültig zugestellt erachtet werde, wenn sie an diejenige Adresse erfolge, welche ihr vom Verpfänder und/oder Schuldner zuletzt bekanntgegeben worden sei ("All communications by the Bank shall be deemed validly effected if forwarded to the last address given by the Pledger and/or Debtor.", act. 4/5a, S. 2). Schliesslich reichte die Beklagte ein Schreiben der Klägerin an die Beklagte vom 1. Februar 2005 ein (act. 22/6), in welchem die Klägerin erklärt habe, dass sie Zustellungen per Email bevorzuge. Gestützt darauf sei Kommunikation per Email nach dem 1. Februar 2005 die Regel gewesen. Die Klägerin macht geltend, die Abmachung der Email-Kommunikation habe lediglich die monatlichen Kontoauszüge betroffen. Sollte die Kommunikation zwischen den Parteien aber tatsächlich primär via Email und Zustellungen der Beklagten an die Klägerin und nicht oder zumindest nicht überwiegend mittels DHL an D._____ in G._____ erfolgt sein, dann könnte die Berufung auf die Zustellungsweise per DHL in der Tat als rechtsmissbräuchlich gewertet werden. Denn in diesem Fall wäre die "letztgenannte Adresse" dann doch eher die Email-Adresse der Klägerin. Wie es sich damit letztlich verhält, und ob die Klägerin bereits am 5. Februar 2009 Kenntnis vom Schreiben der Beklagten vom 3. Februar 2009 genommen hat oder nicht, braucht nicht abschliessend geklärt zu werden. Nachdem ein auch per Email zugestellter "margin call" - wie oben gesehen - nicht an einem Formfehler

- 31 - leidet, kommt es auf den Empfang der Nachricht durch die Klägerin an. Die Klägerin behauptet selber, dass sie jedenfalls am 16. März 2009 vom "margin call" der Beklagten erfahren und von dessen Inhalt Kenntnis genommen habe. In diesem Fall würde die Pflichtverletzung der Beklagten im unbefugten Verkauf der Anlagen der Klägerin zwischen dem 6. und 12. März 2009 liegen, da sie sich dann nicht auf den "margin call" vom 3. Februar 2009 stützen könnte. Ob dies aber auch zu einem Schaden der Klägerin führte, ist nachfolgend zu prüfen. 3.3.3.6. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Beklagte mit ihrer schriftlichen Aufforderung zur Krediteindeckung bzw. -nachdeckung vom 3. Februar 2009 (act. 4/21, sog. "margin call") die vertraglichen Vorgaben erfüllt hat. Sollte die Klägerin den "margin call" am 5. Februar 2009 erhalten haben, so war die Beklagte befugt, die Anlagen der Klägerin in der Folge zu verkaufen, da diese keine Nachdeckung geleistet hat. Diesfalls hat die Beklagte keine Pflichtverletzung begangen. Wenn die Klägerin in der Replik ausführt, sie habe jederzeit über genügend liquide Mittel verfügt, hilft ihr das nicht weiter. Entscheidend ist einzig, ob sie diese auch eingesetzt hat, um den "lending value" wieder herzustellen. Dies hat sie nicht getan. Die Klägerin hat unbestrittenermassen nichts unternommen, um eine gehörige Deckung herbeizuführen. Hat die Klägerin, wie von ihr geltend gemacht, tatsächlich erst am 16. März 2009 vom "margin call" erfahren, so ist nachfolgend zu prüfen, ob vorangehende Verkäufe eine schadenskausale Pflichtverletzung darstellten, da sich die Beklagte für die Verkäufe der Anlagen der Klägerin in der Zeit vom 6. bis 12. März 2009 nicht auf den "margin call" vom 3. Februar 2009 (act. 4/21) berufen könnte. 3.4. Schaden 3.4.1. Mittels der Schadensberechnung ist der Betrag festzulegen, zu dessen Ersatz die Beklagte maximal verpflichtet werden kann. Die einzelnen Elemente des Schadens sind von der Klägerin nachzuweisen. Sie hat sie zu behaupten und

- 32 - zu beweisen (Art. 99 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 42 Abs. 1 OR). Grundlage der Schadensberechnung bildet das Erfüllungsinteresse, d.h. die Herstellung des Vermögensstandes, der bei richtiger Vertragserfüllung, nämlich bei Anwendung der pflichtgemässen Sorgfalt, vorliegen würde. 3.4.2. Davon ausgehend, dass die Klägerin den "margin call" der Beklagten erst am 16. März 2009 erhalten hat, und dieser - wie gesehen - den vertraglichen Vorgaben genügt, wäre die Beklagte berechtigt gewesen, die Anlagen der Klägerin zu verkaufen, sofern diese innert Frist - und diese war hier sehr kurz, nämlich sofort ("de forma immediata") - keine Deckung geleistet hätte. Denn auch in diesem Fall hätte eine Unterdeckung bestanden, welche zu beseitigen gewesen wäre, und wäre die Klägerin gezwungen gewesen zu handeln. Ein allfälliger Schaden würde demnach in der Differenz liegen zwischen dem tatsächlich erzielten Verkaufserlös der Anlagen zwischen dem 6. und 12. März 2009 und einem hypothetisch erzielten Verkaufserlös kurz nach dem 16. März 2009. Die Klägerin macht geltend, dass sie die Anlagen zum heutigen Zeitpunkt immer noch besitzen würde, da sie jederzeit über genügend Liquidität verfügte, um entsprechende Nachdeckung zu leisten. Fest steht aber, dass die Klägerin keine liquiden Mittel eingeschossen hat, obwohl sie unbestrittenmassen bereits ab dem 5. Februar 2009 wusste, dass ihre Schulden bei der Beklagten zu hoch waren und die Beklagte Aktiven verkaufen wollte, um diese zu reduzieren. Betreffend Reduktion ihrer Schulden machte sie ausstehende Dividendenzahlungen und eine Rückzahlung im April geltend, vom Einschuss liquider Mittel war nie die Rede. Im Weiteren machte die Klägerin - bis heute - immer wieder geltend, sie habe gar keine Nachdeckung leisten können, da sie nicht gewusst habe, wieviel sie hätte einschiessen müssen; und dass sie der Meinung sei, der "margin call" vom 3. Februar 2009 sei ohnehin ungültig, weshalb sie nicht zu einer Nachdeckung verpflichtet gewesen sei. Die Klägerin macht nirgends geltend, dass sie nach dem 16. März 2009, also nach dem Erhalt des "margin calls", Nachdeckung geleistet hätte, wenn die Titel noch in ihrem Depot gewesen wären. Vielmehr ist sie der Überzeugung, dass die Beklagte nicht zu einem "margin call" befugt und dieser ohnehin ungültig gewesen sei. Es ist demnach davon auszugehen, dass

- 33 - die Klägerin auch nach dem 16. März 2009 keine Nachdeckung geleistet hätte, selbst wenn sie über genügende Mittel verfügt hätte. Dieser Eindruck wird auch dadurch bestätigt, dass die Beklagte gestützt auf den "margin call" auch am 9. September 2009 - also ein halbes Jahr später - noch eine Anlage verkaufte, ohne dass die Klägerin dies durch Nachdeckung verhindert hätte. Wenn aber der Schuldner keine Nachdeckung leistet - selbst wenn er angeblich könnte - so ist die Bank berechtigt zu verwerten. Die Klägerin weist demnach nicht in genügender Weise nach, dass sie schon sehr kurze Zeit nach dem 16. März 2009 in der Lage bzw. - und das ist entscheidend - auch gewillt gewesen wäre, die Unterdeckung zu beseitigen. Damit ist aber auch ausgeschlossen, dass sie die Anlagen zum heutigen Zeitpunkt noch besitzen würde (was für die Gutheissung von Rechtsbegehren 2 Voraussetzung wäre), oder es in ihrem Ermessen gestanden hätte, diese am 14. März 2011 zu verkaufen (Voraussetzung für die Rechtsbegehren 3 und 4). Eine allfällige Schadensberechnung gründet demnach nicht auf den von der Klägerin behaupteten Tatsachen. Die Klägerin hätte vielmehr darlegen müssen, wie es sich mit den Kursen ihrer Anlagen kurz nach dem 16. März 2009 verhielt und welche hypothetischen Verkaufserlöse in den Tagen danach hätten erzielt werden können. Zur Berechnung eines allfälligen Schadens hätte sie diesbezügliche substantiierte Behauptungen aufstellen müssen. Die Klägerin setzt sich bei ihren Ausführungen jedoch nicht mit der Sachverhaltsvariante auseinander, dass die Beklagte zu einem Verkauf grundsätzlich

befugt war, einfach zu einem anderen Zeitpunkt. Dies- bezügliche Behauptungen fehlen vollständig. So ist nicht bekannt, ob ein Verkauf der Anlagen der Klägerin kurz nach dem 16. März 2009 überhaupt zu einem Schaden geführt hätte resp. ob höhere Verkaufsergebnisse hätten erzielt werden können und wenn ja, in welcher Höhe. Die Beklagte führt diesbezüglich aus, dass die Kurse der Aktien nach dem Verkauf im März 2009 noch weiter gefallen seien. In ihrer Klageschrift macht die Klägerin Ausführungen zu einem Schaden per 22. Dezember 2009. Weshalb der Schaden an diesem Datum eingetreten sein soll, legt sie aber nicht dar und ist auch nicht ersichtlich. Die Ermittlung eines Schadens durch das Gericht setzt voraus, dass die Klägerin entsprechend konkrete

- 34 - Behauptungen aufstellt. Dies hat die Klägerin unterlassen. Ein allfälliger Schaden kann durch das Gericht deshalb nicht eruiert werden. 4. Fazit Die Klage ist abzuweisen. IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Klägerin kosten- und entschädigungspflichtig (§ 64 Abs. 2 und § 68 Abs. 1 ZPO/ZH). Der Streitwert beträgt CHF 4'404'061.22 (act. 1 S. 12 Rz. 19).

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