

# ZH\_HANDELSGERICHT HG140233 vom 4. Oktober 2017

Zh Handelsgericht, 2017-10-04, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_handelsgericht\\_HG140233](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_handelsgericht_HG140233)

FR: ZH\_HANDELSGERICHT HG140233 du 4 octobre 2017

IT: ZH\_HANDELSGERICHT HG140233 del 4 ottobre 2017

## Erwägungen

### E. 1

Formelles

#### E. 1.1

Prozess- bzw. Sachurteilsvoraussetzungen

##### E. 1.1.1

Internationale und örtliche Zuständigkeit Der Kläger stützt die örtliche Zuständigkeit auf den inländischen Gerichtsstand der Niederlassung (Art. 12 ZPO), subsidiär auf die Gerichtsstandsvereinbarung in den allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten (act. 1 Rz. 6). Die Parteien haben ihren (Wohn-)Sitz in unterschiedlichen Staaten. Demnach liegt ein internationales Verhältnis vor (BGE 131 III 76 E. 2.3 S. 79-80). Die internationale Zuständigkeit ergibt sich aus Art. 2 Abs. 1 LugÜ, die örtliche Zuständigkeit aus Art. 112 Abs. 2 IPRG, nachdem es sich um eine vertragsrechtliche Streitigkeit handelt. Da sich der Kläger nur subsidiär auf die Gerichtsstandsvereinbarung beruft und insoweit keine Prüfung von Amtes wegen erfolgt (BERNHARD BERGER, in: Christian Oetiker/Thomas Weibel [Hrsg.], Lugano Übereinkommen, Basler Kommentar, 2. Aufl. 2016, N. 60 zu Art. 23 LugÜ), kommt es auf diese nicht mehr an.

- 11 - Die internationale Zuständigkeit ist gestützt auf Art. 2 Abs. 1 LugÜ, die örtliche Zuständigkeit gestützt auf Art. 112 Abs. 2 IPRG gegeben.

##### E. 1.1.2

Sachliche Zuständigkeit Der Kläger beruft sich auf sein Wahlrecht zwischen Handelsgericht und ordentlichem Gericht nach Art. 6 Abs. 3 ZPO, welches er zu Gunsten des Handelsgerichts ausübt (act. 1 Rz. 7). Das Handelsgericht ist als einzige kantonale Instanz für handelsrechtliche Streitigkeiten zuständig (Art. 6 Abs. 1 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG). Eine Streitigkeit gilt als handelsrechtlich, wenn (i) beide Parteien im schweizerischen Handelsregister oder in einem vergleichbaren ausländischen Register eingetragen sind, (ii) die geschäftliche Tätigkeit mindestens einer Partei betroffen ist und (iii) gegen den Entscheid die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht offen steht (Art. 6 Abs. 2 lit. a-c ZPO; BGE 139 III 67 E. 1.2 S. 69-70). Die Zuständigkeit des Handelsgerichts ist ausgeschlossen, wenn auf die Streitigkeit das vereinfachte Verfahren zur Anwendung gelangt (Art. 243 Abs. 3 ZPO; BGE 139 III 457 E. 4.4.3.3 S. 463-464), weshalb in vermögensrechtlichen Streitigkeiten der Streitwert über CHF 30'000.00 liegen muss (Art. 243 Abs. 1 ZPO; BGE 143 III 137 E. 2.2 S. 139-140). Ist nur die beklagte Partei im schweizerischen Handelsregister oder einem vergleichbaren ausländischen Register eingetragen, so hat die klagende Partei die Wahl zwischen dem Handelsgericht und dem ordentlichen Gericht (Art. 6 Abs. 3 ZPO). Die sachliche Zuständigkeit ist zwischen den

Parteien unbestritten geblieben, jedoch von Amtes wegen zu prüfen (BGE 138 III 471 E. 3.1 S. 477-478). Belegt ist, dass die Beklagte mit ihrem Hauptsitz im Handelsregister des Kantons Genf eingetragen ist (act. 3/2). Bezüglich des Klägers, welcher unbestrittenermassen in der Türkei als Geschäftsmann Hotels betreibt, macht keine Partei einen Eintrag im dortigen Handelsregister geltend. Nach herrschender Ansicht gilt bei der Feststellung von Tatsachen zur Prüfung der Prozessvoraussetzungen lediglich ein eingeschränkter Untersuchungsgrundsatz (ALEXANDER ZÜRCHER, in: Thomas Sutter-Somm et al. [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung

- 12 - (ZPO), 3. Aufl. 2016, N. 4 zu Art. 60 ZPO; TANJA DOMEJ, in: Paul Oberhammer et al. [Hrsg.], Kurzkommentar ZPO, 2. Aufl. 2014, N. 5 zu Art. 60 ZPO; je mit Hinweisen). Die Frage kann vorliegend jedoch offen bleiben, da der Kläger mindestens sein Wahlrecht gültig ausgeübt hat und die Zuständigkeit des Handelsgerichts bei einem Eintrag des Klägers erst recht gegeben wäre. Zudem betrifft die Streitigkeit mindestens die geschäftliche Tätigkeit der Beklagten, und der erforderliche Streitwert ist erreicht. Die sachliche Zuständigkeit ist gestützt auf Art. 6 Abs. 1, 2 und 3 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG gegeben.

### **E. 1.1.3**

Übrige Sachurteilsvoraussetzungen Die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen sind erfüllt. Auf die Klage ist einzutreten.

## **E. 1.2**

Auskunftsbegehren

### **E. 1.2.1**

Parteistandpunkte

#### **E. 1.2.1.1**

In der Klagebegründung stellt der Kläger den folgenden Antrag (act. 1 Rz. 44): " Die Beklagte sei zu verpflichten, auf die Zeitpunkte der jeweiligen Vermögensaufstellung, welche von D'.\_\_\_\_\_ [D.\_\_\_\_\_] dem Kläger übermittelt wurde, die bankinterne Aufstellung für das gleiche Datum anzufertigen und dem Kläger zur Verfügung zu stellen. Dem Kläger sei dann eine Frist einzuräumen, um zu diesen Darstellungen Stellung zu nehmen." In der Replik führt der Kläger aus, die Beklagte sei als Auftragnehmerin nach Art. 400 OR zur Rechenschaftsablegung verpflichtet. Er sei davon ausgegangen, die Beklagte sei mit ihren Informatiksystemen ohne weiteres in der Lage, auf die jeweiligen Stichtage eine Vermögensübersicht zu erstellen. Im Übrigen sei der Antrag rein vorsorglich gestellt, da er der Ansicht sei, der Schaden sei auch mit den vorhandenen Dokumenten bereits rechtsgenügend erstellt (act. 29 Rz. 42).

#### **E. 1.2.1.2**

Die Beklagte verneint eine prozessuale Editionsspflicht nach Art. 160 Abs. 1 lit. b ZPO, da die entsprechenden Urkunden bei ihr nicht vorhanden seien;

- 13 - schliesslich beantrage der Kläger auch, solche erst anzufertigen (act. 20 Rz. 39). Ein auf das materielle Recht begründetes Auskunftsbegehren hätte der Kläger in das Rechtsbegehren aufnehmen müssen, doch bestehe von vornherein kein Anspruch, da der Kläger bereits mit den vorhandenen bzw. für ihn erhältlichen Dokumenten im Stande sei, die Zusammensetzung seines Portfolios für die in Frage stehenden Stichtage anhand der

Einzeltransaktionsbelege zu bestimmen und die historischen Kurse der entsprechenden Depotpositionen zum massgeblichen Zeitpunkt online abzurufen (act. 20 Rz. 40; sinngemäss wohl auch in act. 33 Rz. 72).

#### **E. 1.2.2**

Rechtliches Die materiellrechtliche Grundlage schliesst eine Geltendmachung im Rahmen eines prozessualen Editionsbegehrens nicht schlechthin aus (FRANZ HASENBÖHLER, in: Sutter-Somm et al., a.a.O., N. 22 zu Art. 160 ZPO; SVEN RÜETSCHI, in: Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bern 2012, N. 22 zu Art. 160 ZPO; CHRISTOPH LEUENBERGER/BEATRICE UFFER-TOBLER, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St. Gallen, Bern 1999, N. 2i zu Art. 123 ZPO/SG; PETER HERZOG, Die Editionsspflicht nach neuer zürcherischer Zivilprozessordnung, Diss. Zürich 1980, S. 112), solange es sich um eigentliche Editionspflichten handelt (CHRISTOPH LEUENBERGER/BEATRICE UFFER-TOBLER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Bern 2016, N 9.60). Der über eine Edition hinausgehende Anspruch aus Art. 400 Abs. 1 OR ist hingegen als materieller Anspruch geltend zu machen (vgl. betreffend die Unzulässigkeit einer vorsorglichen Beweisführung BGE 141 III 564 E. 4.2.2 S. 568). Einen allgemeinen Auskunftsanspruch sieht das Zivilprozessrecht nicht vor.

#### **E. 1.2.3**

Subsumtion Aus den Ausführungen des Klägers ergibt sich, dass er sein Auskunftsbegehren auf das materielle Recht stützt. Dies steht damit in Übereinstimmung, dass er dieses im Beweismittelverzeichnis nicht aufführt. Dennoch hat er seine Klage nicht als unbezifferte Forderungsklage i.S.v. Art. 85 ZPO eingereicht. Aus der vom Kläger gewählten Vorgehensweise mit einer eventuellen Klage auf Auskunft ergibt

- 14 - sich indessen, dass er den eingeklagten Betrag als vorläufigen Streitwert versteht und die Schadensberechnung nach Auskunftserteilung anpassen will, sollte er mit seinem Hauptanspruch mangels Substantiierung nicht durchdringen. Der Kläger macht damit eine eventuelle Stufenklage geltend, nachdem er den Auskunftsanspruch auf materielles Recht stützt. Wie noch zu zeigen sein wird, ist jedoch eine Schadensbestimmung aufgrund der vorhandenen Unterlagen möglich, weshalb das Auskunftsbegehren nicht zu beurteilen sein wird. Da es lediglich ein Eventualbegehren darstellt, wird es sich auch nicht im Dispositiv widerspiegeln.

#### **E. 1.2.4**

Zwischenergebnis Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass der Auskunftsanspruch des Klägers nicht zu beurteilen ist, da dessen Hauptklage zu folgen sein wird.

### **E. 1.3**

Aktenbeizug

#### **E. 1.3.1**

Parteistandpunkte

##### **E. 1.3.1.1**

Mit Eingabe vom 28. Januar 2017 beantragt der Kläger im Sinne einer Noveneingabe die Kenntnisnahme von der gegen seine ehemalige Kundenberaterin am Bezirksgericht Zürich erhobenen Anklage sowie den Beizug der Strafakten (act. 42 S. 3). Dabei bezieht er sich insbesondere, aber nicht ausschliesslich auf die Einvernahme von E.\_\_\_\_\_ als Zeugen

sowie der ehemaligen Kundenberaterin als Beschuldigte, die Schadensberechnungen durch die Staatsanwaltschaft sowie auf die interne Bankkorrespondenz (act. 42 S. 4). In tatsächlicher Hinsicht bringt der Kläger vor, neu sei Anklage erhoben worden. Die Akten würden für das vorliegende Verfahren relevante Tatsachen darlegen und beweisen. Damit würde das Beweisverfahren erheblich erleichtert, da gewisse Beweiserhebungen, insbesondere Parteibefragungen und Zeugenaussagen, entfallen würden. Ebenso seien im Strafverfahren Berechnungen über das Schadensausmass enthalten, wenn auch unter strafrechtlichem Gesichtspunkt (act. 42 S. 3-4).

- 15 - In rechtlicher Hinsicht vertritt der Kläger die Ansicht, die Eingabe sei rechtzeitig im Sinne von Art. 229 ZPO erfolgt, nachdem ihm die Verfügung des Bezirksgerichts Zürich vom 16. Januar 2017 [Vorladung zur Hauptverhandlung vom 23./24. August 2017] am 23. Januar 2017 zugestellt worden sei. Im Übrigen habe er sich den Beizug der Strafakten bereits in der Replik vorbehalten (act. 42 S. 4).

#### **E. 1.3.1.2**

Die Beklagte schliesst auf vollumfängliche Abweisung des Antrags, soweit darauf einzutreten sei (act. 45 S. 2). In tatsächlicher Hinsicht bringt die Beklagte vor, die vom Kläger genannten Beweismittel seien diesem im Rahmen des seit Anfang 2016 gewährten Akteneinsichtsrechts bereits seit 1. März 2016, 29. April 2016, 4. August 2016 bzw.

#### **E. 1.3.2**

Rechtliches Nach Eintritt des Aktenschlusses können neue Tatsachen und Beweismittel nur noch unter den Voraussetzungen von Art. 229 Abs. 1 ZPO berücksichtigt werden. Will eine Partei von ihrem Novenrecht Gebrauch machen, darf sie nicht bis zur Hauptverhandlung zuwarten (CHRISTOPH LEUENBERGER, in: Sutter-Somm et al., a.a.O., Art. 229 N 9), sondern hat dazu ohne Verzug eine begründete Noveneingabe einzureichen (Handelsgericht des Kantons Zürich, Urteil HG110011 vom 22. April 2013, in: ZR 112 [2013] 140, S. 141; LEUENBERGER, a.a.O., N 9a, 10 zu Art. 229 ZPO). Als angemessene Frist gelten dabei 10 Tage (LEUENBERGER, a.a.O., N 9a zu Art. 229 ZPO mit Hinweisen).

- 16 -

#### **E. 1.3.3**

Subsumtion Im vorliegenden Verfahren ist nach Erstattung der Duplik unstrittig der Aktenschluss eingetreten (vgl. Verfügung vom 15. April 2016; act. 36). Abgesehen vom Umstand der Anklageerhebung bringt der Kläger keine neuen Tatsachen vor. Insofern geht es deshalb um den Beizug weiterer Beweismittel. Diesbezüglich begründet der Kläger allerdings nicht, weshalb er diese nicht früher hätte vorbringen können. Nach unwidersprochen gebliebener Darstellung der Beklagten hat – in Übereinstimmung mit Art. 101 Abs. 1 StPO – für die Parteien des Strafverfahrens, wozu als dortiger Privatkläger auch der Kläger in diesem Verfahren gehört (Art. 104 Abs. 1 lit. b StPO), bereits seit Anfang 2016 das Akteneinsichtsrecht bestanden. Die Noveneingabe ist deshalb verspätet. In einer Klage sind die einzelnen Beweismittel zu den behaupteten Tatsachen zu bezeichnen (Art. 221 Abs. 1 lit. e ZPO). Diese Bestimmung gilt sinngemäss auch für die Klageantwort (Art. 222 Abs. 2 S. 1 ZPO). Dieselben Grundsätze müssen ebenso für die Noveneingabe gelten, mit welcher neue Beweismittel geltend gemacht werden. Die Noveneingabe des Klägers genügt diesen Anforderungen nicht. Unzulässig ist zudem die Aufstellung neuer

Tatsachenbehauptungen oder die Schadenssubstantiierung durch Globalverweisung auf Beweismittel (s. nur Urteil des Bundesgerichts 4A\_502/2016 vom 6. Februar 2017 E. 5.2 mit Hinweisen), wie dies mit der Noveneingabe beabsichtigt zu sein scheint (act. 42 S. 3). Der Antrag des Klägers ist auch aus diesem Grund abzuweisen.

#### **E. 1.3.4**

Zwischenergebnis Der Antrag des Klägers auf Beizug der Strafakten ist abzuweisen.

#### **E. 1.4**

Rechtliches Gehör Mit der Eingabe vom 26. Mai 2017 beantragt der Kläger, die Eingabe der Beklagten vom 12. Mai 2017 sei aus dem Recht zu weisen, eventualiter sei Vormerk zu nehmen, dass die Beklagte zur Frage der vom Gericht vorgeschlagenen Referenzmassstäbe keine Stellung genommen habe, subeventualiter sei dem Kläger eine angemessene Frist zur Stellungnahme anzusetzen (act. 58 S. 2).

- 17 - Gemäss Art. 53 Abs. 1 ZPO, Art. 29 Abs. 2 BV sowie Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK haben die Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör. Die Parteien haben ein Recht darauf, von beim Gericht eingegangenen Stellungnahmen Kenntnis zu nehmen und sich dazu zu äussern (BGE 142 III 48 E. 4.1.1 S. 53 = Pra 106 [2017] Nr. 4; BGE 137 I 195 E. 2.3.1 S. 197; BGE 133 I 98 E. 2.1 S. 99). Das Gericht hat den Parteien eingegangene Stellungnahmen deshalb unabhängig davon zuzustellen, ob sie neue und erhebliche Gesichtspunkte erhalten (BGE 137 I 195 E. 2.3.1 S. 197; BGE 133 I 100 E. 4.3 S. 102; BGE 133 I 98 E. 2.2 S. 99-100; BGE 132 I 42 E. 3.3.3 S. 47). Grundsätzlich ist es Sache der Parteien, zu beurteilen, ob sie eine Stellungnahme für geboten halten (BGE 142 III 48 E. 4.1.1 S. 53-54 = Pra 106 [2017] Nr. 4; BGE 138 I 484 E. 2.2 S. 486; BGE 133 I 98 E. 2.3 S. 100; BGE 132 I 42 E. 3.3.2 S. 46). Solange von einer effektiven Wahrung des Replikrechts durch die Parteien auszugehen ist, insbesondere bei anwaltlicher Vertretung, kann das Gericht auf förmliche Fristansetzungen verzichten (BGE 138 I 484 E. 2.3-2.4 S. 486-487). Nach neuerer Rechtsprechung ist dagegen nach Art. 222 Abs. 1 bzw. 312 Abs. 1 ZPO vorzugehen, wenn eine Partei neue Begehren stellt (BGE 142 III 48 E. 4.1.2 S. 54 = Pra 106 [2017] Nr. 4). Demnach ist eine formelle Fristansetzung erforderlich, wenn eine Änderung des Streitgegenstands vorliegt. Die Stellungnahme der Beklagten vom 12. Mai 2017 geht über den durch die Verfügung vom 10. April 2017 vorgegebenen Gegenstand der Stellungnahme hinaus, indem sie sich nicht bloss zu den möglichen Referenzmassstäben an sich, sondern zur Zulässigkeit einer Schadensschätzung und der damit verbundenen Verwendung eines Referenzmassstabs äussert. Wesentlich neue Positionen der Beklagten enthält sie jedoch nicht, sondern die Beklagte verweist weitgehend auf ihre bereits in den Rechtsschriften vorgetragenen Argumente. Eine Notwendigkeit, den Schriftenwechsel wieder zu eröffnen, besteht deshalb nicht, und eine förmliche Fristansetzung erübrigt sich. Wenn den Parteien ein unbedingtes Replikrecht zusteht, so ist ihnen zuzumuten, selber darüber zu entscheiden, ob eine Reaktion auf die Eingabe der Gegenpartei geboten ist, zumal vorliegend beide Parteien anwaltlich vertreten sind. Nach Durchführung des Schriftenwechsels muss sich das Gericht grundsätzlich darauf beschränken dürfen, die Eingaben der Parteien an die Gegenpartei zuzustellen. Ein anderes Vorgehen würde auf die verpönte

- 18 - vorgängige Wesentlichkeitsprüfung der Parteieingaben hinauslaufen. Deshalb ist die Zustellung der Stellungnahme der Beklagten an den Kläger zu Recht erfolgt. Diese ist auch nicht förmlich aus dem aus dem Recht zu weisen. Ebenso wenig ist die Beklagte zu einer

nochmaligen Stellungnahme aufzufordern, nachdem sie darauf verzichtet hat, einen eigenen Referenzmasstab zu benennen (act. 53 Rz. 14). 2. Anwendbares Recht Da ein internationales Verhältnis i.S.v. Art. 1 Abs. 1 IPRG vorliegt (s. Ziffer 1.1.1 oben), ist zunächst das anwendbare Recht zu klären. Der Kläger geht stillschweigend von der Anwendbarkeit schweizerischen Rechts aus (vgl. act. 1 Rz. 133), während sich die Beklagte auf Art. 19 der AGB ihrer Rechtsvorgängerin und auf Art. 27 ihrer eigenen AGB beruft (act. 20 Rz. 35; act. 3/1; act. 22/1). Im Ergebnis untersteht das Vertragsverhältnis zwischen den Parteien schweizerischem Recht (Art. 116 Abs. 1, Art. 117 Abs. 2, 3 lit. c IPRG). 3. Passivlegitimation der Beklagten 3.1. Parteistandpunkte 3.1.1. Die Beklagte bestreitet ihre Passivlegitimation (act. 20 Rz. 7). Der Kläger habe von Anfang an die Kundenberaterin als seine Geschäftspartnerin betrachtet (act. 20 Rz. 6). Diesbezüglich behauptet die Beklagte, die Kundenberaterin habe die Vermögenswerte des Klägers auch zuvor schon bei anderen Banken verwaltet, und der Kläger habe seine Kontos und Depots nur ihretwegen bei der Beklagten eröffnet (act. 20 Rz. 51). Der Kläger habe ausdrücklich gewünscht, nur durch die Kundenberaterin über die Entwicklung seines Portfolios informiert zu werden (act. 20 Rz. 52, 64). Er habe die Beklagte angewiesen, die offiziellen Konto- und Depotauszüge ab Juni 2012 banklagernd bei sich zu behalten, die Beklagte jedoch nicht ein einziges Mal besucht (act. 20 Rz. 54). Bis Ende Mai 2012 hätte der Kläger

- 19 - auch über den von der Beklagten zur Verfügung gestellten Online-Zugang auf seine Depot- und Kontoauszüge zugreifen können, was er auch nicht gemacht habe (act. 20 Rz. 55). Die Beklagte habe von dieser privaten Absprache keine Kenntnis gehabt (act. 20 Rz. 7, 56; act. 33 Rz. 41, 75). Die Kundenberaterin habe die Portfolios des Klägers ohne Wissen und Willen auch während ihres mehrmonatigen Mutterschaftsurlaubs auf privater Basis aktiv betreut und dem Kläger über eine private Freundin in Istanbul Angaben zu seinen Wertschriftendepots zukommen lassen, indem sie die Faxmitteilungen bei sich zu Hause angefertigt, über ihr privates E-Mail-Konto an ihre Freundin in Istanbul übermittelt und diese die Auszüge per Fax an den Kläger zugesandt habe (act. 20 Rz. 6, 62; act. 33 Rz. 40). 3.1.2. Der Kläger beruft sich auf die Zeichnungsberechtigung der Kundenberaterin im Handelsregister und ihre Bezeichnung als Mitglied der Direktion der Zweigniederlassung Zürich im Geschäftsbericht 2012 (act. 29 Rz. 12, 45). Diesbezüglich behauptet der Kläger, die Tatsache, dass die Kundenberaterin auch während ihres Mutterschaftsurlaubs mit dem Kläger Kontakt gehabt und für ihn Transaktionen tätigen können, sei nicht unüblich für Bankberater; zudem habe sie die Infrastruktur der Beklagten zur Verfügung gehabt, weshalb die Vermutung bestehe, andere Mitarbeiter seien über diese Transaktionen informiert gewesen und hätten daran mitgewirkt (act. 29 Rz. 13). 3.2. Rechtliches Juristische Personen handeln rechtsgeschäftlich durch Organe (Art. 55 Abs. 1, 2 ZGB; Art. 718 Abs. 1, 2 OR) oder Stellvertreter (Art. 32 Abs. 1 OR); der Unterschied besteht im Rechtsgrund der Vertretungsmacht. Beruht diese im Falle der Stellvertretung auf einem Rechtsgeschäft (Vollmacht; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 10. Aufl. 2014, N 1322), ergibt sie sich bei der Organvertretung aus Gesetz und Satzung (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, a.a.O., N 1324). Neben der Vertretungsmacht ist erforderlich, dass die handelnden Personen in fremdem Namen handeln (Art. 32 Abs. 1 OR). Der Vertreter kann entweder ausdrücklich erklären, er handle für den Vertretenen, oder dies ergibt sich aus den Umständen (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, a.a.O., N 1328-1331).

- 20 - 3.3. Subsumtion Es ist unbestritten, dass der Kläger bei der Beklagten bzw. ihrer Rechtsvorgängerin ein Depot unterhielt (act. 1 Rz. 132; act. 20 Rz. 47). Sämtliche Antragsdokumente (act. 3/5-10; act. 22/4, 9), einschliesslich das (da nicht unterzeichnet) streitige Investmentprofil (act. 22/8), stammen von der Rechtsvorgängerin der Beklagten. Dies gilt erst recht für die Transaktionsbelege und Vermögensübersichten, welche tatsächlich von der Beklagten erstellt worden sind (act. 3/15, 17, 18a-18c, 20, 22, 24, 26, 28, 30, 32, 34, 36, 38, 40, 42, 44, 46, 47, 48, 49, 50, 52, 53, 54; act. 22/2, 3, 5, 6, 14a-14g, 23-36; act. 34/38-40). Der Eintrag der Kundenberaterin im Handelsregister mit kollektiver Zeichnungsberechtigung ist für den Zeitraum zwischen dem 26. März 2012 und dem 20. Mai 2014 durch die Auszüge aus dem Schweizerischen Handelsamtsblatt belegt (act. 3/3). Eine andere Frage stellt der genaue Umfang der Pflichten der Beklagten dar. Der Kläger behauptet keine über die Konto- und Depotbeziehung hinausgehende Vereinbarung (act. 1 Rz. 14-23). Wenn die Kundenberaterin in diesem Zusammenhang Informations- und Hinweispflichten verletzt haben sollte, handelt es sich dabei nicht um rechtsgeschäftliche Handlungen, sondern um tatsächliche Erfüllungshandlungen für die Beklagte. Zwischen der Zurechnung rechtsgeschäftlichen Handelns und der Zurechnung von Verhalten ist zu unterscheiden. Es bleibt deshalb unschädlich, dass die Kundenberaterin bloss mit kollektiver Zeichnungsberechtigung für die Zweigniederlassung Zürich im Handelsregister eingetragen war. 3.4. Zwischenergebnis Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass die Beklagte passivlegitimiert ist. 4. Vertragsqualifikation 4.1. Parteistandpunkte 4.1.1. Der Kläger qualifiziert die Geschäftsbeziehung zwischen der Beklagten und ihm als Execution-Only-Verhältnis (act. 1 Rz. 134).

- 21 - Der Kläger behauptet, bei der Bankbeziehung zwischen der Beklagten [bzw. der Rechtsvorgängerin] und ihm habe es sich um einen Vertrag zur Kontoführung gehandelt, daneben habe er Instruktionen gegeben, wie das Geld zu investieren sei und dies im Einzelfall mit der zuständigen Kundenberaterin telefonisch abgesprochen (act. 1 Rz. 11). Er habe "Conditions for trading in Derivatives and Forward Contracts" und ein "General pledge agreement and declaration of assignment" unterzeichnet (act. 1 Rz. 18; act. 3/9, 10), jedoch Geschäfte mit Derivativen nicht generell autorisiert (act. 1 Rz. 19). Nicht bestehen würden dagegen ein Portfolio Management Agreement, ein Investment Advice Agreement und ein Klientenprofil (KYC [know your customer]; act. 1 Rz. 20). Der Kläger vertritt die Ansicht, bei den Bedingungen über Derivatgeschäfte und der Verpfändungserklärung handle es sich um übliche Erklärungen bzw. diese würden seitens der Bank üblicherweise vorsorglich verlangt, bloss für den Fall, dass tatsächlich ein Risikogeschäft getätigt werden sollte (act. 1 Rz. 22, 23). Demnach hätte die Beklagte für alle Transaktionen, welche sie ausgeführt habe, eines Einzelauftrags des Klägers bedurft (act. 1 Rz. 26). Hätte der Kläger dennoch ein Risikogeschäft getätigt, so hätte ihn die Beklagte zudem auf das Risiko aufmerksam machen müssen (act. 1 Rz. 135). 4.1.2. Die Beklagte bestreitet eine Geschäftsbeziehung zwischen dem Kläger und ihr, qualifiziert diese in einem Eventualstandpunkt jedoch als de facto Managementvertrag oder Anlageberatungsvertrag sui generis (act. 20 Rz. 10, 119). Die Beklagte behauptet, die Kundenberaterin habe das Portfolio des Klägers aktiv bewirtschaftet (act. 20 Rz. 75). Der Kläger habe dieser in den Kontoeröffnungsunterlagen erlaubt, ohne konkrete Anweisung in verschiedene Festgeldanlagen zu investieren (act. 20 Rz. 76). Diese Generalermächtigung habe der Kläger rasch auch auf andere Investitionen ausgeweitet. So habe sich der Kläger anlässlich eines Telefongesprächs vom 16. Juli 2010 bei der Kundenberaterin erkundigt, wie diese das Geld angelegt habe (act. 20 Rz. 77). Der Kläger

habe die Beklagte nicht ein einziges Mal an ihrer Niederlassung in Zürich aufgesucht, um Einsicht in die banklagernde Post und die darin enthaltenen Konto- und Depotauszüge zu nehmen, und er habe auch den bis Ende Mai 2012 bestehenden Online-Zugang

- 22 - nie genutzt (act. 20 Rz. 92, 93). Anlässlich eines Telefongesprächs vom 5. Mai 2010 habe der Kläger trotz massiv fallender Devisenkurse keinerlei Interesse an einer Besprechung seiner Wertschriftendepots gezeigt (act. 20 Rz. 94), und anlässlich eines Telefongesprächs vom 13. April 2011 habe er erklärt, keine Zeit gehabt zu haben, "um das Depot anzuschauen" (act. 20 Rz. 95). Die Beklagte vertritt die Ansicht, es habe zwischen den Parteien ein Einvernehmen im Sinne eines de facto Vermögensverwaltungsvertrags gegeben (act. 20 Rz. 78). Die Passivität des Klägers zeige, dass dieser nicht von sich aus Investitionsaufträge erteilt habe (act. 20 Rz. 118). Es sei ihm gelegen gekommen, dass die Kundenberaterin nicht bei jeder einzelnen Transaktion um dessen Zustimmung gebeten habe (act. 20 Rz. 119). 4.2. Rechtliche Grundlage der Geschäftsbeziehung zwischen Bank und Kunde bilden in der Regel ein Kontokorrent- und allenfalls ein Depotvertrag (URS EMCH ET AL., Das Schweizerische Bankgeschäft, 7. Aufl., Zürich 2011, N 654, 698, 729, 735). Beim (offenen) Depot übernimmt die Bank die Verwahrung und Verwaltung der Vermögenswerte des Kunden (PHILIPP ABEGG ET AL., Schweizerisches Bankenrecht, Zürich 2012, S. 117, 120; EMCH ET AL., a.a.O., N 729, 737, 793). Darüber hinaus kann der Kunde die Bank durch einen Vermögensverwaltungsauftrag mit der wirtschaftlichen Verwaltung seines Vermögens betrauen (ABEGG ET AL., a.a.O., S. 124; EMCH ET AL., a.a.O., N 710). Der Kunde kann die Vermögensverwaltung jedoch auch durch externe Vermögensverwalter oder selber besorgen (ABEGG ET AL., a.a.O., S. 127, 129). Zudem kann die Bank Beratungsleistungen erbringen (EMCH ET AL., a.a.O., N 1752). Aus der Sicht der Bank kann zwischen Execution-Only-, Beratungs- und Vermögensverwaltungs-Kunden unterschieden werden (BGE 133 III 97 E. 7.1 S. 102). In der Praxis können die Grenzen jedoch fließend sein. Ein reines Depotverhältnis (im Sinne einer bloss technischen Verwaltung; sog. Execution-Only-Beziehung) kann sich konkludent in Richtung eines Beratungsverhältnisses entwickeln (EMCH ET AL., a.a.O., N 735, 1753; P. CHRISTOPH GUTZWILLER, Rechtsfragen der Vermö-

- 23 - gensverwaltung, Zürich 2008, S. 30). Ebenso kann sich ein Beratungsverhältnis zu einem Vermögensverwaltungsverhältnis entwickeln (ROLF SETHE, in: Frank A. Schäfer et al. [Hrsg.], Handbuch der Vermögensverwaltung, 2. Aufl. 2016, § 25 N 8). Eine solche Entwicklung kann sich etwa dann ergeben, wenn der Kunde zufolge räumlicher Distanz oder anderer Gründe, welche ihn an regelmässigem Verkehr mit der Bank hindern, die erforderlichen Verwaltungshandlungen nicht selber vornehmen kann oder will. In diesem Rahmen vom Bankberater getätigte Transaktionen stehen allerdings in der Regel unter einem impliziten resolutiven Genehmigungsvorbehalt (zum Ganzen: GUTZWILLER, a.a.O., S. 45-46). Der, soweit ersichtlich, von BERTSCHINGER begründete Begriff des "Anlageberatungs-Verhältnis sui generis" beschreibt einen Vermögensverwaltungsvertrag, bei welchem der Kunde gelegentlich Anlageentscheidungen beeinflussen oder selber fällen will (URS BERTSCHINGER, Sorgfaltspflichten der Bank bei Anlageberatung und Verwaltungsaufträgen, Diss. Zürich 1991, S. 113). Die Unterscheidung zwischen einer Daueranlageberatung und einer Vermögensverwaltung hängt davon ab, wer die Anlageentscheidung trifft (SETHE, a.a.O., § 25 N 6). Wird diese von der Bank getroffen, handelt es sich um eine Vermögensverwaltung, ansonsten um eine Anlageberatung. 4.3. Subsumtion Zwischen den Parteien ist unstrittig, dass kein schriftlicher Vermögensverwal-

tungsvertrag vorliegt. Der Kläger schliesst daraus auf ein Execution-Only-Verhältnis. Die Beklagte hingegen sieht Indizien, welche die Entwicklung hin zu einem faktischen Vermögensverwaltungsverhältnis belegen. Aus dem Umstand, dass der Kläger bei der Eröffnung der Geschäftsbeziehung die Ermächtigung zu Festgeldanlagen erteilt hat (act. 3/5 S. 3), lässt sich nicht auf ein Vermögensverwaltungsverhältnis schliessen. Der Abschluss einer Ermächtigung zur Anlage fiduziarischer Festgelder in Form einer Rahmenvereinbarung ist als Ergänzung zu einer Kontobeziehung durchaus üblich. Bei einem Vermögensverwaltungsauftrag würde sich diese zudem sogar erübrigen (EMCH ET AL., a.a.O., N 712). Andererseits findet sich ebenso wenig ein Beleg dafür, dass der Kläger die einzelnen Transaktionen jeweils angewiesen hat. Er führt die seines Erach-

- 24 - tens weisungswidrig getätigten Anlagen schliesslich auch nicht vollständig auf, sondern will diese anhand von Beispielen aufzeigen (act. 1 Rz. 13). Dafür sind die Behauptungen des Klägers zu generell. Die Geschäftsbeziehung zwischen den Parteien bewegte sich demnach in dem Bereich zwischen Beratung und selbstständiger Anlage. Die Kundenberaterin tätigte einzelne Anlagen für den Kläger auch ohne vorherige Absprache. Der Kläger erklärte sich im Gegenzug mit einer nachträglichen Information einverstanden. Die räumlichen und persönlichen Verhältnisse zwischen den Parteien legen einen solchen Schluss nahe. Die vorliegend angetroffene Situation ist dabei nicht untypisch. Im Offshore-Geschäft mit ausländischen Kunden sind die Berater oft mit dem Kulturkreis des entsprechenden Kundensegments vertraut. Zwischen Kunde und Berater besteht ein Vertrauensverhältnis. Auch die Treffen zwischen dem Kläger und der Kundenberaterin passen vorliegend in diesen Typus von Geschäftsbeziehung (vgl. GUTZWILLER, a.a.O., Fn. 170). Selbstredend ist einer solchen Geschäftsbeziehung das Risiko einer unkontrollierten Verselbstständigung inhärent. Die selbstständigen Entscheidungen durch den Kundenberater sind solange toleriert oder erwünscht, wie sie zu einer befriedigenden Vermögensentwicklung führen. Im Streitfall trägt die beweisbelastete Partei den Nachteil der fehlenden Vereinbarung. Da es sich lediglich um ein Beratungsverhältnis handelt, ist die Anlageentscheidung beim Kläger verblieben, auch wenn die Kundenberaterin diesem Vorschläge gemacht oder in einem gewissen Rahmen auch mit Billigung des Klägers selbstständige Anlagen getätigt hat. Daraus folgt, dass der Beklagten für die Anordnungen der einzelnen Transaktionen grundsätzlich der Beweis obliegt, soweit sie der Kläger nicht nachträglich genehmigt hat. 4.4. Zwischenergebnis Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass der Kläger als Beratungskunde der Beklagten einzustufen ist, sich jedoch mit der nachträglichen Information über die Transaktionen einverstanden erklärt hat.

- 25 -

## **E. 5**

### **Anlageprofil**

#### **E. 5.1**

Unstreitiger Sachverhalt Die Darstellung des Klägers über die bei der Eröffnung der Geschäftsbeziehung unterzeichneten und abgegebenen Dokumente (act. 10 Rz. 14-23) ist im Wesentlichen unbestritten geblieben. Die pauschale Bestreitung der Beklagten (act. 20 Rz. 176) ist unbeachtlich, hat die beklagte Partei doch darzulegen, welche Tatsachenbehauptungen sie im Einzelnen anerkennt oder bestreitet (Art. 222 Abs. 2 Satz 2 ZPO). Demnach ergibt sich folgendes: Der Kläger unterzeichnete am 8. Oktober 2009 das Dokument "Application for the opening of an account / custody account" der

Rechtsvorgängerin der Beklagten (act. 3/5). Dazu erhielt er die folgenden Dokumente: – General Business Conditions (act. 3/5a) – Provisions governing Payment Services (act. 3/5b) – Safe custody regulations / Precious metal account regulations (act. 3/5c) – Conditions for Securities Lending (act. 3/5d) Gleichentags unterzeichnete der Kläger eine Erklärung betreffend US- Verrechnungssteuer (act. 3/6), das Formular A betreffend den wirtschaftlich Be- rechtigten (act. 3/7), Instruktionen für Festgeldanlagen bei türkischen Banken und bei solchen im C.\_\_\_\_-Netzwerk (act. 3/8) sowie die beiden AGB der Beklagten "Conditions for trading in Derivatives and Forward Contracts" (act. 3/9) und "Ge- neral pledge agreement and declaration of assignment" (act. 3/10). Der Kläger führte in der Klageschrift zudem aus, einen Kreditvertrag mit der Rechtsvorgängerin der Beklagten unterzeichnet zu haben (act. 1 Rz. 17). Das entsprechende Dokument ("Credit Agreement"; act. 22/9) reichte jedoch nicht er, sondern die Beklagte ein (act. 20 Rz. 68).

## **E. 5.2**

### Parteistandpunkte

#### **E. 5.2.1**

Die Beklagte behauptet, der Kläger habe bereits bei der Eröffnung der Kon- tobeziehung im Oktober 2009 zu verstehen gegeben, dass er sein Vermögen

- 26 - grösstenteils in gewinnbringende Instrumente investieren wolle (act. 20 Rz. 67). So habe er im Dokument "My personal investment profile" vom 8. Oktober 2009 angegeben, er sei auch bereit, in Instrumente zu investieren, bei denen die Ge- fahr eines Totalverlusts bestehe (act. 20 Rz. 67; act. 22/8). Der Kreditvertrag habe zudem der Deckung von Margenanforderungen bei Devisengeschäften gedient (act. 20 Rz. 68, 177). Anlässlich eines Telefongesprächs vom 12. Januar 2011 habe der Kläger klar gemacht, dass er eine wesentlich höhere Rendite als 6,5 % pro Jahr erwarte (act. 20 Rz. 69). Auf den von der Kundenberaterin dem Kläger zugestellten Faxmitteilungen seien nicht nur Fest- bzw. Treuhandgelder, sondern auch andere Produkte wie risikobehaftete Obligationen aufgeführt (act. 20 Rz. 70). Der Kläger habe auch einen sprunghaften Vermögensanstieg um USD 212'275.66 auf dem Konto/Depot Nr. ... innerhalb von 2 ½ Wochen hinge- nommen (act. 20 Rz. 71). Im Dokument "Conditions for trading in Derivatives and Forward Contracts" habe der Kläger unterschriftlich anerkannt, mit sämtlichen As- pekten von Derivaten und Optionen vertraut zu sein (act. 20 Rz. 178). Die Unter- zeichnung dieses Dokuments werde nur verlangt, wenn der Kunde grundsätzlich auch dazu bereit gewesen sei, mit solchen Instrumenten zu handeln (act. 20 Rz. 179). Bei der Beklagten seien nur für die Telefongespräche, welche sich an- hand der bei ihr registrierten Telefonnummern eindeutig dem Kläger zuordnen liessen, Transkriptionen verfügbar. Zudem seien aus technischen und organisato- rischen Gründen nur für einzelne Perioden Telefonaufnahmen verfügbar (act. 33 Rz. 91).

#### **E. 5.2.2**

Der Kläger behauptet, er sei ein konservativer Anleger gewesen, der in Treuhandgelder, Obligationen und ähnliche, wenig riskante Papiere habe investie- ren wollen (act. 29 Rz. 59). Er bestreite die Richtigkeit des Dokuments "My perso- nal investment profile", von welchem nicht klar sei, wer es ausgestellt habe, und welches in sich selbst widersprüchlich sei (act. 29 Rz. 47). Zudem sei entschei- dend, dass in Frage 1 vermerkt sei, der Kläger wolle sein Vermögen erhalten (act. 29 Rz. 48). In dem Dokument sei nirgends die Rede davon, dass die Bank selbstständig ohne Rücksprache mit dem Kläger oder dessen

Autorisierung hätte investieren können, jedoch dass er mindestens einmal monatlich über die Vermögenszusammensetzung orientiert werden wolle, welcher Bestimmung auch nach-

- 27 - gelebt worden sei (act. 29 Rz. 50). Es sei notorisch, dass bei einer Kontoeröffnung die Bank alle möglichen Dokumente durch den Kunden unterzeichnen lasse (act. 29 Rz. 51). Die Bedingungen über Derivategeschäfte würden die Vornahme solcher Geschäfte ausdrücklich nur auf Anweisung des Kunden erlauben (act. 1 Rz. 19). Die einzige Instruktion, welche der Kläger erteilt habe, sei diejenige für Festgeldanlagen (act. 1 Rz. 34; act. 3/8). Der Kläger habe weder einen Vermögensverwaltungsvertrag noch einen Anlageberatungsvertrag abgeschlossen, und es sei auch kein Klientenprofil erstellt worden (act. 1 Rz. 25). Derivative Produkte und Devisenspekulationen habe der Kläger weder verlangt noch autorisiert (act. 1 Rz. 47, 137; sinngemäss). Aus keinem der genannten Dokumente gehe hervor, dass der Kläger die Beklagte ermächtigt hätte, in Eigeninitiative und selbstständig Risikopapiere zu kaufen oder Investitionen zu tätigen (act. 29 Rz. 54). Aus den von der Beklagten angeführten Telefongesprächen greife diese willkürlich einige Passagen auf (act. 29 Rz. 55, 56).

### **E. 5.3**

Rechtliches Bei einem Vermögensverwaltungsvertrag hält das Anlageprofil die Erwartungen und Ziele, die Risikofähigkeit und -bereitschaft, die Basiswährung und den Anlagehorizont des Anlegers fest (EMCH ET AL., a.a.O., N 1700). Dieses bildet die Basis für die Anlagestrategie (ABEGG ET AL., a.a.O., S. 124). Es handelt sich primär um ein bankinternes Dokument (EMCH ET AL., a.a.O., N 1700). Deshalb ist es jedenfalls nicht unüblich, dass dieses nicht vom Kunden unterzeichnet und vom Berater im Kundendossier abgelegt wird.

### **E. 5.4**

Subsumtion Das von der Beklagten ins Recht gelegte Anlageprofil (act. 22/8) entspricht weitgehend dem vorerwähnten Typus. Zwar richten sich der Titel "My personal investment profile", die Fragen – wie z.B. Frage 4 "How would you describe your present income?" – und die Auswertung – z.B. "You are a very conservative investor [...]" – direkt an den Kunden. Es fehlt jedoch an einem entsprechenden Unterschriftenfeld. Auf der ersten Seite sind lediglich der Name und die Kunden-/Kontonummer sowie der zuständig Kundenberater und das Datum anzugeben.

- 28 - Zu unterzeichnen ist das Dokument ausschliesslich vom Kundenberater ("C. \_\_\_\_\_ Private Banking Counsellor signature"). Auch die Datierung vom

### **E. 5.5**

Zwischenergebnis Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass der Kläger grundsätzlich eine ausgewogene Anlagestrategie verfolgte. Zur Erzielung eines höheren Ertrags war er bereit, gewisse Risiken einzugehen, setzte jedoch eine entsprechende Diversifikation voraus.

- 30 - 6. Vertragsverletzung 6.1. Allgemeines Zusammengefasst bringt der Kläger vor, verschiedene Positionen auf den "Statements of Assets" würden auf den Faxmitteilungen der Kundenberaterin nicht erscheinen. Daraus schliesst er, diese seien vom Kläger weder angewiesen noch genehmigt worden. Die Beklagte räumt ein, dass die Zusammensetzung und die Bewertung des klägerischen Vermögens auf den Faxmitteilungen der Kun-

denberaterin nicht immer vollständig bzw. korrekt wiedergegeben seien (act. 20 Rz. 82). Allerdings bestreitet sie, dass diese nicht vom Mandat des Klägers gedeckt gewesen seien.

6.2. Parteistandpunkte Soweit sich der Kläger auf einzelne Anlagen bezieht, sind diese an sich belegt und unbestritten. Streitig ist, ob diese vom Kläger angewiesen oder gebilligt bzw. vom vereinbarten Anlageprofil gedeckt waren oder nicht. Bezüglich der Vermögensauszüge vom 31. März 2011 bis 31. Dezember 2013 (siehe im Einzelnen Ziff. 6.2.5 bis 6.2.16 unten) bestreitet die Beklagte die klägerische Behauptung zur Differenz zwischen dem tatsächlichen und dem auf den Faxmitteilungen ausgewiesenen Vermögensstand, da sich die Stichtage nicht mit den offiziellen Depotauszügen decken, ohne ihrerseits einen genaueren tatsächlichen Vermögensstand zu benennen (act. 20 Rz. 227, 231, 235, 239, 245). Letztlich wird die Gesamtdifferenz in den besagten Vermögensauszügen nicht entscheidungsrelevant sein, da diesbezüglich auf eine Gesamtbetrachtung über den ganzen relevanten Zeitraum abzustellen sein wird (Ziffer 10.2 unten).

6.2.1. Position vom 31. März 2010 Das Produkt ABN AMRO BANK NV STANDARD DCD ABN FX USD/TRY wurde am 18. März 2010 für das Depot des Klägers erworben (act. 20 Rz. 210; act. 22/26). Es ist auf dem "Statement of Assets" vom 31. März 2010 ausgewiesen (act. 3/15), nicht jedoch auf der Faxmitteilung der Kundenberaterin vom

## **E. 8**

Oktober 2009 stimmt mit der Darstellung des Klägers überein (act. 1 Rz. 14). Bei dem durch die Beklagte eingereichten Dokument handelt es sich offenbar um eine bei dieser elektronisch gespeicherten Kopie, wie sich aus dem Wasserzeichen "COPY" und der Art des Ausdrucks ergibt. Der Verbleib des Originals ist nicht bekannt. Allein aus der fehlenden Unterschrift kann der Kläger nichts herleiten. Nachdem das Dokument in Zusammenarbeit zwischen Kunden und Kundenberater, aber auch nachträglich durch den Kundenberater erstellt worden sein kann, muss dem Kläger der Einwand offen stehen, die Angaben würden nicht seinem Profil entsprechen. Anhand der unbestrittenen Tatsachen sowie der Faxmitteilungen seiner Kundenberaterin, welche der Kläger ausdrücklich gegen sich gelten lassen will, lassen sich jedoch Übereinstimmungen mit dem streitgegenständlichen Anlageprofil feststellen: So sind die Investitionssumme zwischen EUR/USD 5 Mio. und EUR/USD 10 Mio. (Frage 3) ebenso zutreffend wie die Einkommensverhältnisse als selbstständiger Unternehmer in einem Geschäftsbereich mit schwankenden Einkünften (Frage 5), was auf die Hotellerie-Branche passt. Mit den Faxmitteilungen stimmt zudem die vorgesehene Anzahl der jährlichen Transaktionen (zwischen 25 und 50; Frage 7) überein, wogegen die Periodizität der Berichterstattung (monatlich vs. quartalsweise, zumindest wenn auf die Berichterstattung durch die Kundenberaterin abgestellt wird; Frage 8) wieder leicht abweicht. Die angegebene Risikotoleranz ist mit einem Verlust bis 12 % und einem Gewinn bis 28 % (Frage 9) nicht im hochspekulativen Bereich anzusiedeln. Dies und der eher kurze Anlagehorizont von 1 bis 3 Jahren (Frage 2) stehen in einem gewissen Widerspruch zur Bereitschaft, in Instrumente mit Hebelwirkung (Frage 11) und mehr als 75 % in risikobehaftete Produkte (Frage 12) zu investieren. Das Gesamtergebnis des Anlageprofils im Sinne einer ausgewogenen Anlagestrategie (Modell B – Balanced) ist jedoch zutreffend. Die Antworten in Frage 11 und 12 lassen sich auch nicht auf die vorhandenen Transkriptionen von Telefongesprächen stützen. Anlässlich des Telefongesprächs

- 29 - vom 12. Januar 2011 bezeichnete der Kläger eine Rendite der TRY von 6,5 % als niedrig (act. 20 Rz. 69; act. 29 Rz. 55). Aus act. 30/66 ist die vom Kläger behauptete Rendite zwischen 6,4 und 7,8 % (act. 29 Rz. 55) nicht genau ersichtlich, doch muss sie sich nach diesem Auszug im Bereich von 6,5 % bewegt haben. Ob diese Rendite als hoch oder niedrig zu bezeichnen ist, hängt auch von den Inflationsraten und Risiken ab. Diese Aussage des Klägers spricht jedenfalls nicht für übermässig hohe Renditeerwartungen. Ebenso wenig kann aus dem Umstand, dass der Kläger einen "sprunghaften Vermögensanstieg auf dem Konto/Depot Nr. ... um USD 212'275.66" kommentarlos hingenommen haben soll (act. 20 Rz. 71), auf eine übermässig hohe Renditeerwartung geschlossen werden. Die Berechnung der Beklagten, welche diesen Betrag durch Multiplikation auf eine Jahresrendite von 96 % hochzurechnen scheint, ist jedenfalls unzutreffend. Es handelt sich dabei lediglich um einen kurzfristigen Kursanstieg (2 ½ Wochen). Eine Rendite berechnet sich nicht durch Multiplikation ausgewählter Kursanstiege, sondern anhand der Entwicklung über einen längeren Zeitraum. Auf das Anlageprofil ist demnach soweit abzustellen, als es mit den anderen verfügbaren Beweismitteln in Einklang steht. Dies trifft mit Ausnahme von Frage 11 und 12 zu. Aus einem Vergleich zwischen den "Statements of Assets" und den Faxmitteilungen der Kundenberaterin ergibt sich, dass in letzteren keine Dual Currency Deposits (DCD), Double Currency Units (DOCU) und Call-Optionen enthalten sind. Dies spricht dafür, nicht auf die Fragen 11 und 12 des Anlageprofils abzustellen. Massgebend ist das Gesamtergebnis des Anlageprofils.

## **E. 8.1**

Parteistandpunkte

### **E. 8.1.1**

Die Beklagte vertritt die Ansicht, der Kläger habe seine Kontroll- und Reklamationspflichten in grober Weise missachtet (act. 20 Rz. 24). Somit fehle es an einem adäquaten Kausalzusammenhang (act. 20 Rz. 25).

### **E. 8.1.2**

Der Kläger vertritt die Ansicht, die Beklagte habe selber die ihr obliegenden organisatorischen Kontrollpflichten verletzt (act. 29 Rz. 38).

## **E. 8.2**

Rechtliches Nach der sog. *condicio-sine-qua-non*-Formel ist eine Ursache natürlich kausal, wenn sie nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der eingetretene Erfolg – in seiner konkreten Gestalt – entfielen (vgl. BGE 96 II 392 E. 1 S. 395-396; WALTER FELLMANN/ANDREA KOTTMANN, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band I, Bern 2012, N 407). Ein rechtserheblicher Kausalzusammenhang besteht jedoch nur, wenn die Ursache auch adäquat kausal ist. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichts ist ein Ereignis adäquat kausal, "wenn es nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung an sich geeignet ist, einen Erfolg von der Art des eingetretenen herbeizuführen, der Eintritt dieses Erfolges also durch das Ereignis allgemein als begünstigt erscheint" (BGE 96 II 392 E. 2 S. 396 mit Hinweisen). Unter dem Schlagwort "Unterbrechung des adäquaten Kausalzusammenhangs" fassen Rechtsprechung und Schrifttum verschiedene Gründe, so auch das grobe Selbstverschulden, zusammen, welche die Ursächlichkeit eines Ereignisses zufolge ihrer überwiegenden Wirksamkeit ausschliessen (BGE 130 III 182 E. 5.4 S. 188 mit Hinweisen; FELLMANN/KOTTMANN,

a.a.O., N 457-459; ROLAND BREHM, in: Berner Kommentar, 4. Aufl. 2013, N. 16 zu Art. 41 OR; KARL OFTINGER/EMIL W. STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Erster Band: Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1995, § 3 N 132-160). Ein Selbst- oder Drittverschulden beseitigt den rechtlich relevanten Kausalzusammenhang in der Regel nicht (BGE 116 II 519 E. 4b S. 524; OFTINGER/STARK, a.a.O., § 3 N 151), wenn es nicht "einen derart hohen Wir-

- 43 - kungsgrad aufweist, dass die vom Schädiger gesetzte Ursache nach wertender Betrachtungsweise als rechtlich nicht mehr beachtlich erscheint" (BGE 130 III 182 E. 5.4 S. 187-188 mit Hinweisen). Nur wenn das Selbstverschulden bei wertender Betrachtung derart intensiv ist, dass es die ursprüngliche Ursache "gleichsam verdrängt und als unbedeutend erscheinen lässt" (BGE 130 III 182 E. 5.4 S. 187- 188; BGE 116 II 519 E. 4b S. 524), entfällt die rechtliche Relevanz der ursprünglichen Ursache.

### **E. 8.3**

Würdigung Vorab ist fraglich, ob der vorliegende Fall überhaupt unter die in Rechtsprechung und Schrifttum unter dem Schlagwort "Unterbrechung des adäquaten Kausalzusammenhangs" erfassten Fälle groben Selbstverschuldens fallen kann. So betreffen diese Fälle jeweils ein mitwirkendes Selbstverschulden im Rahmen der haftungsbegründenden Kausalität zwischen Verhalten des Schädigers und Rechtsgutverletzung beim Geschädigten (zur Unterscheidung zwischen haftungsbegründender und haftungsausfüllender Kausalität s. FELLMANN/KOTTMANN, a.a.O., N 415-420, 2455, 2458). Der Haftungsgrund besteht vorliegend jedoch in der schuldhaften Tätigkeitspflichtwidriger Anlagegeschäfte durch die Beklagte bzw. deren angestellte Kundenberaterin. Am Haftungsgrund vermöchte eine nachträgliche Kontrolle durch den Kläger nichts mehr zu ändern. Bei der unterlassenen Kontrolle durch den Kläger kann es sich deshalb lediglich um eine Frage der haftungsausfüllenden Kausalität und damit der Schadensberechnung sowie -bemessung handeln. Soweit ein Selbstverschulden des Klägers im Rahmen der haftungsausfüllenden Kausalität zu berücksichtigen ist, bedarf es im Rahmen der wertenden Betrachtung auch einer Berücksichtigung der getroffenen Risikoverteilung. Durch die Verlagerung der Beweislast und die Berücksichtigung des durch verspätete Beanstandung verursachten Schadens im Rahmen der Schadensbemessung trifft die Genehmigungsfiktion eine Risikoverlagerung, welche zu Lasten des Bankkunden von der gesetzlichen Ordnung abweicht. Diese dient, wie bereits festgestellt (Ziffer 7.2 oben), einem legitimen Zweck und ist grundsätzlich zulässig, jedoch an bestimmte Voraussetzungen gebunden. Ist die Berufung der Beklagten auf die

- 44 - Genehmigungsfiktion aufgrund ihres eigenen Verhaltens als rechtsmissbräuchlich einzustufen, kann die unterlassene Rüge des Klägers nicht im Rahmen der Unterbrechung des Kausalzusammenhangs wegen Selbstverschuldens durch die Hintertür wieder eingeführt werden. Die im Zusammenhang mit der Genehmigungsfiktion getroffene Wertung und Risikoverteilung beansprucht auch in diesem Rahmen ihre Gültigkeit. Deshalb fällt im vorliegenden Fall eine Berücksichtigung des Verhaltens des Klägers als den Kausalzusammenhang unterbrechender Umstand ausser Betracht.

### **E. 8.4**

Zwischenergebnis Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass ein rechtlich relevanter Kausalzusammenhang gegeben ist. 9. Vertretenmüssen 9.1. Parteistandpunkte 9.1.1. Die Beklagte vertritt die Auffassung, die Kundenberaterin des Klägers sei kein Organ der

Beklagten gewesen, da sie keinen Einfluss auf die Willensbildung der Beklagten gehabt habe (act. 20 Rz. 107, 108; act. 33 Rz. 111). Die Kundenberaterin persönlich sei die Vertragspartnerin des Klägers gewesen und habe dabei ohne Wissen und Wollen der Beklagten gehandelt (act. 20 Rz. 109, 112; act. 33 Rz. 116). Da die Handlung der Kundenberaterin nicht voraussehbar gewesen sei, bestehe kein funktioneller Zusammenhang (act. 33 Rz. 116). 9.1.2. Der Kläger hält daran fest, dass die Beklagte aus Organhaftung für die Tätigkeit der Kundenberaterin hafte (act. 1 Rz. 163; act. 29 Rz. 75). Letztere sei im Handelsregister mit Kollektivzeichnungsberechtigung eingetragen und im Geschäftsbericht 2012 als Mitglied der Direktion der Niederlassung Zürich aufgeführt gewesen (act. 29 Rz. 77). Eventualiter habe sich die Beklagte das Verschulden der Kundenberaterin aus Hilfspersonenhaftung nach Art. 101 Abs. 1 OR anrechnen zu lassen (act. 29 Rz. 84, 86).

- 45 - 9.2. Rechtliches Abzugrenzen sind vorliegend die Tätigkeit als Organ, als Hilfsperson und als Privatperson. Organe einer juristischen Person verpflichten diese sowohl durch deliktisches als auch durch vertragliches Handeln (Art. 55 Abs. 2 ZGB; Art. 718a, Art. 722 OR). Darunter sind jene Personen zu verstehen, welche "durch Gesetz, Statuten oder aufgrund der faktischen Organisation an der Willensbildung der Gesellschaft teilhaben und auch mit entsprechender rechtlicher oder tatsächlicher Entscheidungskompetenz ausgestattet sind" (BGE 122 III 225 E. 4b S. 227-228 mit Hinweisen). Organe sind auch jene Personen, welche unter Aufsicht des obersten Verwaltungsausschusses einer juristischen Person eigentliche Geschäftsführungsaufgaben wahrnehmen (BGE 104 II 190 E. 3b S. 197; für die weiter unten angesiedelten Hierarchiestufen ist die organrechtliche Verantwortlichkeit umstritten; BGE 128 III 29 E. 3a S. 30-31). Aus der im Handelsregister eingetragenen Zeichnungsberechtigung folgt noch keine Organstellung (BGE 117 II 570 E. 4a S. 573-574; recht weitgehend BGE 117 II 432 E. 2c S. 442-443). Im Zusammenhang mit der Organhaftung verlangen das Schrifttum und tendenziell auch die Rechtsprechung "eine dauernde Zuständigkeit für gewisse, das Alltagsgeschäft generell übersteigende Entscheide in eigener Verantwortung" (BGE 128 III 29 E. 3a S. 30-31 mit Hinweisen). Der Haftung der Gesellschaft für das Handeln ihrer Organe liegt aufgrund der unterschiedlichen Zielsetzungen dagegen ein weiterer Organbegriff zugrunde (BGE 117 II 570 E. 3 S. 571-573 mit Hinweisen). Das Handeln eines Organs wird der juristischen Person sodann als eigenes Handeln zugerechnet (BGE 112 II 172 E. II.2c S. 190). Zur Begründung der Haftung der juristischen Person muss das Organ jedoch als solches gehandelt haben (BGE 101 Ib 422 E. 5b S. 436-437). Für Handlungen als Privatperson haftet die juristische Person nicht (BGE 68 II 91 E. 3 S. 98-99). Kommt der handelnden Person keine Organstellung zu, ist eine Zurechnung ihrer Handlungen als Hilfsperson zu prüfen. Der Schuldner hat für das Handeln seiner Hilfspersonen "in Ausübung ihrer Verrichtungen" einzustehen (Art. 101 Abs. 1 OR; zu den einzelnen Voraussetzungen s. anstatt vieler

- 46 - GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2014, N 3018-3050). Dazu ist insbesondere erforderlich, dass die Hilfsperson in Erfüllung einer Schuldpflicht handelt und ein funktioneller Zusammenhang besteht. Die Schuldpflicht kann sich sowohl auf Haupt- als auch auf Neben- und Schutzpflichten beziehen (WOLFGANG WIEGAND, in: Basler Kommentar Obligationenrecht, 6. Aufl. 2015, N. 5 zu Art. 101 OR). Der funktionelle Zusammenhang setzt voraus, dass die schädigende Handlung der Hilfsperson zugleich eine Nicht- oder

Schlechterfüllung der Schuldpflicht des Geschäftsherrn darstellt (BGE 92 II 15 E. 3 S. 18-19). 9.3. Subsumtion Die Kundenberaterin des Klägers war wohl im Geschäftsbericht 2012 der Beklagten unter "Mitglieder der Direktion" der Niederlassung Zürich aufgeführt (act. 30/64 S. 20). Zwischen dem 21. März 2012 und dem 15. Mai 2014 war sie im Handelsregister mit Kollektivzeichnungsberechtigung eingetragen (act. 1 Rz. 5, 163; act. 20 Rz. 169, 304; act. 3/3; act. 3/4). Der Umstand, dass die Kundenberaterin bloss kollektivzeichnungsberechtigt war, spricht nicht gegen eine Organeigenschaft (BGE 104 II 190 E. 3b S. 197). Dagegen ist nicht dargetan, dass sie einen über das Alltagsgeschäft (wozu die Betreuung von Privatkunden gehört) hinausgehenden selbstständigen Verantwortlichkeitsbereich innegehabt hätte, auch wenn nach der zitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung bisweilen die regelmässige Tätigkeit grösserer Geschäfte als für die Begründung der Organeigenschaft nach Art. 55 ZGB hinreichend gesehen werden kann. Dagegen ist die Verschuldenszurechnung nach der Haftung für Erfüllungsgehilfen i.S.v. Art. 101 Abs. 1 OR zu bejahen. Der funktionelle Zusammenhang wird nicht dadurch beseitigt, dass die Kundenberaterin möglicherweise Weisungen der Beklagten zuwiderhandelte, denn die Hilfspersonenhaftung bezweckt gerade den Schutz des Gläubigers bei mangelhafter Erfüllung (BGE 92 II 15 E. 4 S. 20; BGE 90 II 15 E. 3c S. 19-20). Gegen eine Zurechnung im vorliegenden Fall scheint zunächst der Hinweis auf BGE 40 II 150 im Berner Kommentar ("Keine Haftung der Bank, wenn Bankangestellter die Kundin durch betrügerische Machenschaften schädigt [BGE 40 II 150; relativierend BGE 90 II 17 ff]", ROLF H. WEBER, in: Berner

- 47 - Kommentar, 2000, N. 128 zu Art. 101 OR) zu sprechen. In dieser Entscheidung ging es jedoch um die Zurechnung der auftrags- und vollmachtlosen Handlungen eines Angestellten des Bankkunden (BGE 40 II 150 E. 4 S. 150-151). Damit lässt sich aus dieser nichts zugunsten der Beklagten ableiten. Nachdem die sorgfältige, weisungskonforme Vornahme von Transaktionen im Depot des Klägers zu den Pflichten der Beklagten gehörte, handelte die Kundenberaterin in Ausübung dieser Verpflichtungen. Im Übrigen besteht auch ein hinreichender sachlicher und örtlicher Zusammenhang zwischen der Tätigkeit der Beklagten und jener der Kundenberaterin. Daran ändert nichts, wenn letztere den Kläger während ihres Mutterschaftsurlaubs teilweise über private Kanäle betreute. Ein solches Engagement ist im Allgemeinen zwar wohl bemerkenswert, im speziellen Umfeld des damaligen Privatkundengeschäfts der Banken jedoch nicht aussergewöhnlich. 9.4. Zwischenergebnis Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass der Beklagten das Verschulden der Kundenberaterin zuzurechnen ist. 10. Schaden 10.1. Parteistandpunkte 10.1.1. In der Klagebegründung berechnet der Kläger den Schaden aus der Differenz zwischen dem auf dem Auszug der Kundenberaterin vom 21. Januar 2014 ausgewiesenen und dem tatsächlichen Vermögensstand am 28. Februar 2014 (act. 1 Rz. 125). Der (vermeintliche) Stand des Vermögens habe gemäss Auszug der Kundenberaterin vom 21. Januar 2014 USD 8'178'393.76 betragen (act. 1 Rz. 107, 108, 127). Am 28. Februar 2014 habe der tatsächliche Vermögensstand dagegen nur USD 1'804'907.77 betragen (act. 1 Rz. 107, 108, 126, 127). Demnach belaufe sich der Schaden des Klägers auf USD 6'373'485.99 (act. 1 Rz. 127).

- 48 - 10.1.2. In der Klageantwort hält die Beklagte das Vorgehen des Klägers für untauglich, den Schaden aus der Differenz zwischen dem Auszug der Kundenberaterin vom 21. Januar 2014 und dem behaupteten Vermögensstand am 28. Februar 2014 zu berechnen (act. 20 Rz. 141, 250). In tatsächlicher Hinsicht bestreitet die Beklagte, dass das Depot des

Klägers am 28. Februar 2014 die von diesem angegebenen Vermögenswerte enthalte und einen Wert von USD 1'804'907.77 aufgewiesen habe (act. 20 Rz. 138, 250). 10.1.3. In der Replik hält der Kläger an der von ihm in der Klagebegründung gewählten Berechnungsweise fest (act. 29 Rz. 112, 114, 121-123). Daneben führt er eine Eventualberechnung anhand eines Referenzportfolios mit einer Festgeldstrategie durch (act. 29 Rz. 126-132). Damit wäre zwischen dem 31. März 2010 und dem 28. Februar 2014 eine Vermögenssteigerung um [rund] 2,8 % möglich gewesen, womit die investierte Summe von USD 7'299'498.15 auf USD 7'505'344 gestiegen wäre. Die klägerische Rechtschrift weist diesbezüglich einem offensichtlichen Rechnungsfehler bzw. Verschrieb auf (USD 7'405'344; act. 29 Rz. 132), welcher zu berichtigen ist. 10.1.4. In der Duplik bringt die Beklagte gegen die Eventualberechnung des Klägers verschiedene Vorbehalte an. Neben einer falschen Berechnung der am 28. Februar 2014 (angeblich) bestehenden Vermögensdifferenz würden auch Belege oder Quellenangaben für die Berechnungen des Referenzportfolios und Angaben zu den vom Kläger erwähnten Datenpunkten fehlen (act. 33 Rz. 147). 10.2. Schadensparameter Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts ist Schaden eine ungewollte Verminderung des Reinvermögens. Er kann in einer Verminderung der Aktiven, einer Vermehrung der Passiven oder in entgangenem Gewinn bestehen und entspricht der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte bzw. den Einkünften, die nach dem schädigenden Ereignis tatsächlich erzielt worden sind, und denjenigen, die ohne dieses Ereignis zugeflossen wären (BGE 132 III 321 E. 2.1.1 S. 323-324 mit Hinweisen). Sowohl der Vermögensverwaltungs- als auch

- 49 - der Anlageberatungsvertrag unterstehen dem Auftragsrecht (P. CHRISTOPH GUTZWILLER, Schadensstiftung und Schadensberechnung bei pflichtwidriger Vermögensverwaltung und Anlageberatung, SJZ 101 [2005] 357, S. 358). Die Schadensberechnung beruht entsprechend auf dem Erfüllungsinteresse, d.h. der Auftraggeber ist vermögensmässig so zu stellen, wie er bei vertragskonformer Leistung stehen würde (GUTZWILLER, SJZ 101 [2005] S. 357, S. 361; GUTZWILLER, a.a.O., S. 251-252; ROSAT, Der Anlageschaden, 2009, S. 48-49; SCHALLER, a.a.O., N 464). Diese Grundsätze sind weitgehend anerkannt. Mit Blick auf deren praktische Umsetzung besteht eine reichhaltige bundesgerichtliche Rechtsprechung, welche einzelne Leitplanken setzt; gleichwohl erfolgt die Schadensberechnung – nicht zuletzt auch infolge der beschränkten Kognition des Bundesgerichts in Sachverhaltsfragen – einzelfallbezogen. Auch das Schrifttum verweist in diesem Zusammenhang letztlich auf das gerichtliche Ermessen (CHAPPUIS, a.a.O., N 768) bzw. die Einzelfallgerechtigkeit (ROSAT, a.a.O., S. 78). Im Wesentlichen stellen sich die folgenden Probleme: 1. Substantiierungs- und Beweisanforderungen 2. Bestimmung des relevanten Vermögens 3. Festlegung des relevanten Zeitraums 4. Wahl eines Referenzwerts Diese Punkte sind nachfolgend je einzeln zu prüfen. 10.2.1. Substantiierungs- und Beweisanforderungen Nach Art. 42 Abs. 1 OR hat den Schaden zu beweisen, wer Schadenersatz beansprucht. Darunter ist ein ziffernmässiger Beweis des Schadens zu verstehen (FELLMANN/KOTTMANN, a.a.O., N 1447). Nur der ziffernmässig nicht nachweisbare Schaden ist nach Art. 42 Abs. 2 OR gerichtlich zu schätzen. Dabei ist Art. 42 Abs. 2 OR gegenüber Art. 42 Abs. 1 OR subsidiär. Eine gerichtliche Schadensschätzung greift nur, wenn der zahlenmässige Beweis des Schadens unmöglich oder unzumutbar ist (BGE 105 II 87 S. 87 E. I.3 S. 89-90 mit Hinweisen; BREHM, a.a.O., N. 47 zu Art. 42 OR; ROSAT, a.a.O., S. 66-67).

- 50 - Die Abgrenzung der Anwendungsbereiche von Art. 42 Abs. 1 und 2 OR stellt eine von Amtes wegen vorzunehmende (Art. 57 ZPO) Rechtsanwendung dar (BGE 136 III 322 E. 3.4.5 S. 328-329). Auch wenn der Geschädigte, vorliegend also der Kläger, die Behauptungs- und Beweislast für die Anwendungsvoraussetzungen trägt (BRUNO PASQUIER, Die Schätzung nach gerichtlichem Ermessen – unmittelbare und sinngemässe Anwendung des Art. 42 Abs. 2 OR, Diss. Freiburg 2014, N 108, unter Hinweis auf Urteil des Bundesgerichts 4A\_309/2009 vom 27. Oktober 2009 E. 4.3 [letzter Absatz]), muss er sich deshalb nicht ausdrücklich auf diese Bestimmung berufen (BGE 136 III 322 E. 3.4.5 a.E. S. 328-329). Art. 42 Abs. 2 OR ändert an der Beweislastverteilung nichts, sondern gewährt lediglich eine Beweiserleichterung (BREHM, a.a.O., N. 50-50a zu Art. 42 OR). Als solche setzt sie eine Beweisnot in dem Sinne voraus, dass ein strikter Beweis nach der Natur der Sache nicht möglich ist. Blosser Beweisschwierigkeiten im konkreten Einzelfall begründen hingegen keine Beweiserleichterung (BGE 130 III 321 E. 3.2 S. 324; PASQUIER, a.a.O., N 173). Die Beklagte vertritt die Ansicht, der Kläger hätte den Schaden ziffernmässig zu behaupten und zu beweisen. Der Kläger behaupte zu Recht nicht, der ziffernmässige Nachweis sei ihm nicht möglich gewesen (act. 20 Rz. 139; act. 33 Rz. 9; act. 53 Rz. 6). Unter Berufung auf das Urteil des Bundesgerichts 4A\_90/2011 vom 22. Juni 2011 E. 2.2.5 macht sie weiter geltend, der Kläger hätte sämtliche beanstandeten Transaktionen auflisten müssen (act. 33 Rz. 142). In der von der Beklagten referenzierten Erwägung erachtete das Bundesgericht eine Schadensberechnung, welche von den ungenehmigten Positionen nur die verlustträchtigen berücksichtigte und die gewinnbringenden vernachlässigte, als unzulässig. Der Grund liegt darin, dass sich der Geschädigte durch das schädigende Ereignis erlangte Vorteile anrechnen lassen muss (Urteil des Bundesgerichts 4C.74/2001 vom 17. Oktober 2001 E. 4a/cc mit Hinweisen; zum Ganzen ROSAT, a.a.O., S. 114-125). Diese Aussage bezüglich Vorteilsanrechnung bedeutet jedoch keinen grundsätzlichen Ausschluss von Art. 42 Abs. 2 OR bei der Bestimmung des Schadens.

- 51 - Zwar stützt sich der Kläger darauf, seiner Kundenberaterin jeweils Einzelanweisungen erteilt zu haben. Aus der Darstellung des Klägers ergibt sich jedoch der Schluss, dass eine Rekonstruktion der Telefongespräche nicht möglich ist. Auch die Beklagte ist dazu erklärermassen nicht imstande (Ziffer 5.2.1 oben; act. 33 Rz. 91). Deshalb können nur die Kontobelege Grundlage einer Schadensberechnung sein. Im Bereich der Vermögensverwaltung dürfte die Schadensschätzung nach Art. 42 Abs. 2 OR den Normalfall bilden, da sich der Schaden nicht auf einen Einzelwert beschränkt, sondern durch zahlreiche Faktoren determiniert wird (ROSAT, a.a.O., S. 67, 68). Fraglich erscheint zunächst, ob dieser für den Vermögensverwaltungsvertrag geltende Grundsatz auf andere Vertragsverhältnisse übertragbar ist. Dies ist zu bejahen, denn der Vertragstypus ist entscheidend für die Beurteilung der Pflichtverletzung, nicht jedoch für das Problem der Schadensberechnung. Bei einem Anlagenschaden setzt die Anwendbarkeit von Art. 42 Abs. 2 OR voraus, dass der Schaden aus einem gesamthaft pflichtwidrigen Verhalten des Beauftragten resultiert und sich nicht bloss als eine Summe von abgrenzbaren Einzeltransaktionen präsentiert. Vom Umfang der pflichtwidrigen Anlagen hängt ab, ob lediglich Einzelpositionen oder das gesamte angelegte Vermögen in die Schadensberechnung einzubeziehen sind. Wenn die Schadensschätzung vor allem im Bereich der Vermögensverwaltung zur Anwendung gelangt, so weil dort pflichtwidrige Anlagen des gesamten oder eines Teils des angelegten Vermögens häufiger sind als bei der Anlageberatung oder bei Execution-Only-Verhältnissen. Dies bedeutet jedoch nicht, dass

gesamthaft pflichtwidrige Anlagen nicht auch bei den letzteren beiden Vertragstypen vorkommen können. 10.2.2. Relevantes Vermögen In sachlicher Hinsicht ist zwischen pflichtwidrigen Einzelanlagen und einem gesamthaft pflichtwidrigen Portefeuille zu unterscheiden. Ist das gesamte Portefeuille pflichtwidrig, so ist es in der Gesamtheit in die Schadensberechnung einzubeziehen (GUTZWILLER, SJZ 101 [2005] 357, S. 363; DERS., AJP 2000, 57, S. 63-64; ROSAT, a.a.O., S. 91; SCHALLER, a.a.O., N 469). Sind dagegen nur einzelne Anlagen pflichtwidrig, so beschränkt sich die Schadensberechnung auf die

- 52 - pflichtwidrigen Anlagen (GUTZWILLER, SJZ 101 [2005], 357, S. 362-363; ROSAT, a.a.O., S. 90; SCHALLER, a.a.O., N 469, 471). In diesem Fall sind jedoch sämtliche pflichtwidrigen Anlagen in die Schadensberechnung einzubeziehen. Unzulässig ist die Berücksichtigung bloss der verlusttragenden Anlagen (s. Ziffer 10.2.1 oben). Die Abgrenzung zwischen pflichtwidrigen Einzelanlagen und einem gesamthaft pflichtwidrigen Portefeuille kann sich im konkreten Fall als schwierig erweisen. Das Schrifttum schlägt als Faustregel einerseits vor, dass ein gesamthaft pflichtwidriges Portefeuille nur dann vorliegt, wenn die pflichtwidrigen Anlagen nicht mehr bestimmbar sind (ROSAT, a.a.O., S. 92), andererseits, wenn der Anteil pflichtwidriger Anlagen den Anteil pflichtkonformer Anlagen wahrnehmbar überwiegt (SCHALLER, a.a.O., N 470). Grundsätzlich hätte der Kläger somit, wenn er sich auf nichtgenehmigte Einzelanlagen stützt, den durch diese jeweils verursachten Verlust oder Gewinn unter hypothetischer Berücksichtigung weisungsgemässer Anlagen darlegen müssen. Dabei wären insbesondere auch die mit den weisungswidrigen Anlagen erzielten Gewinne und die mit weisungsgemässen Anlagen erzielten Verluste zu berücksichtigen und darzulegen gewesen. Eine solche Einzelbetrachtung ist dort einigermassen problemlos möglich, wo sich die Pflichtwidrigkeit auf einzelne Anlagen, etwa auf ein bestimmtes Aktienpaket, welches über längere Zeit gehalten wird, beschränkt. Vorliegend sind die Verhältnisse jedoch anders gelagert: Zum einen liegt eine grosse Zahl von Anlagen über einen Zeitraum von mehreren Jahren vor, die sich im Einzelnen aus den Vermögensübersichten nicht einfach herauslesen lassen. Diese stellen ähnlich einer Bilanz jeweils nur Stichtagsbewertungen dar. Die Einzelanlagen, gewissermassen die für die Schadensberechnung relevante Erfolgsrechnung, ergeben sich nur aus den Transaktionsbelegen. Jedoch wäre auch mit deren Beizug eine Unterscheidung zwischen einem pflichtkonformen und einem pflichtwidrigen Teil des Portfolios kaum möglich, denn beim Ende jeder Investition stellt sich die Frage, welche Folgeinvestition damit getätigt wurde. So kann auf eine pflichtwidrige Investition ganz oder teilweise eine pflichtgemässe Investition folgen und umgekehrt. An jedem Punkt stellten sich deshalb

- 53 - zahlreiche Varianten, so dass eine solche Darstellung im vorliegenden Falle ins Unüberblickbare ausufern würde, so dass eine Schadensberechnung nicht mehr möglich oder mindestens unzumutbar ist. Zum anderen ist bei Optionen eine Ausscheidung des zu Grunde liegenden Vermögens selbst in Kenntnis sämtlicher Transaktionsbelege und Prämienabrechnungen nicht möglich. Bei dieser Art der Investition besteht nämlich kein eigentliches investiertes Vermögen, sondern nur durch die Margin gebundene liquide Mittel, für deren Bestimmung sich die Depotbank auf interne Grundsätze stützt und welche diese auf den Vermögensauszügen nicht ausweist (vgl. Handelsgericht des Kantons Zürich, Urteil HG120228-O vom 10. Juli 2015, E. 2.4.1.4.d.aa, siehe [http://www.gerichte-zh.ch/fileadmin/user\\_upload/entscheide/oeffentlich/](http://www.gerichte-zh.ch/fileadmin/user_upload/entscheide/oeffentlich/)

HG120228-O12.pdf>). Die Schwierigkeit, den Schaden anhand von Einzelanlagen zu berechnen, zeigt sich daran, dass sich Anwendungsfälle einer Einzelschadensberechnung nur dort finden, wo sich die Schadensberechnung auf einige wenige Anlagen stützt. Eine gestützt auf Einzelanlagen durchgeführte Schadensberechnung setzt sich zudem eher dem Vorwurf aus, nur die Verluste zu berücksichtigen und die im Wege der Vorteilsanrechnung anzurechnenden Gewinne auszublenden. Bei einer Schätzung gestützt auf das gesamte investierte Vermögen besteht diese Gefahr hingegen nicht. Was schliesslich die Ansicht, das Verhältnis zwischen pflichtwidrigen und pflichtkonformen Anlagen sei entscheidend, betrifft, so erfordert dies, dass als Anfangszeitpunkt der Moment, in welchem sich die gesamthaft pflichtwidrige Verwaltung des Depots erstmals deutlich manifestiert habe, gewählt wird (vgl. Ziffer 10.2.3.1 unten). Dieser Zeitpunkt ist ebenso wie die Bestimmung des Verhältnisses – ob nach quantitativen oder qualitativen Kriterien, nach der ursprünglichen Investition oder dem laufenden Wert etc. – mit zusätzlichen Unsicherheiten behaftet.

## **E. 12**

April 2010 (act. 3/14).

- 31 - Der Kläger behauptet, es handle sich um ein derivatives Produkt, welches er weder verlangt noch autorisiert habe (act. 1 Rz. 47). Die Beklagte behauptet hingegen, dieser DCD (Dual Currency Deposit) sei vom Vertragsverhältnis gedeckt gewesen (act. 20 Rz. 210). 6.2.2. Position vom 13. Juli 2010 Das Produkt STANDARD DOCU UBS FX TRY/USD wurde am 13. Juli 2010 für das Depot des Klägers erworben (act. 1 Rz. 51; act. 3/18a). Es verfiel am 21. Juli 2010 (act. 3/18b), wobei dem Kläger Zinsprämien von TRY 6'620.04 und TRY 934.13 gutgeschrieben wurden (act. 1 Rz. 51; act. 20 Rz. 214; act. 3/18c = act. 22/31; act. 22/32). Auf der Faxmitteilung der Kundenberaterin vom 15. Juli 2010 ist es nicht ausgewiesen (act. 3/16). Der Kläger behauptet, der Kauf dieses Produkts sei klar instruktionswidrig und von der Kundenberaterin im Auszug vom 15. Juli 2010 bewusst falsch dargestellt (act. 1 Rz. 51). Die Beklagte bestreitet die Instruktionswidrigkeit (act. 20 Rz. 214). 6.2.3. Positionen vom 30. September 2010 Die Produkte STANDARD DCD ABN FX USD/TRY und STANDARD DOCU UBS FX USD/TRY auf dem "Statement of Assets" vom 30. September 2010 (act. 3/20) fanden sich in der Faxmitteilung der Kundenberaterin vom 5. Oktober 2010 (act. 3/19; dem bestrittenen Datum der Zustellung kommt selbst nach der Darstellung des Klägers keine entscheidende Bedeutung zu) nicht (act. 1 Rz. 54-56). Der Kläger behauptet, der Erwerb dieser Positionen sei weisungswidrig erfolgt (act. 1 Rz. 53). Die Beklagte behauptet, mit diesen Positionen seien erhebliche Gewinne erzielt worden, weshalb es nichts zu verheimlichen gegeben habe (act. 20 Rz. 218). 6.2.4. Positionen vom 31. Dezember 2010 Die Produkte STANDARD DOCU UBS FX TRY/USD auf dem "Statement of Assets" vom 31. Dezember 2010 liefen am 4./5. Januar 2011 ab (act. 1 Rz. 60; act. 20 Rz. 223; act. 3/22). Auf der Faxmitteilung der Kundenberaterin vom

- 32 - 10. Januar 2011 finden sie sich dementsprechend nicht (act. 1 Rz. 60; act. 20 Rz. 223; act. 3/21). Der Kläger behauptet, der Erwerb dieser Positionen sei gegen seinen Willen erfolgt und ihm verheimlicht worden (act. 1 Rz. 60). Die Beklagte bestreitet dies (act. 20 Rz. 224). 6.2.5. Positionen vom 31. März 2011 Die beiden Produkte STANDARD DOCU UBS FX USD/TRY und STANDARD DOCU UBS FX TRY/USD und das Darlehen über USD 1 Mio. auf dem "Statement of Assets" vom 1. April 2011 (act. 3/24) fanden sich in der Faxmitteilung der Kundenberaterin vom 12. April 2011 (act. 3/23) nicht (act. 1 Rz. 62, 63).

Der Kläger behauptet, der Erwerb dieser Positionen sei weisungswidrig erfolgt (act. 1 Rz. 62). Die Beklagte behauptet, diese Positionen seien vom Kläger autorisiert worden und hätten sich nicht negativ auf den Vermögensstand des Klägers ausgewirkt (act. 20 Rz. 226).

6.2.6. Positionen vom 1. Juli 2011 Die beiden Produkte STANDARD DOCU UBS FX TRY/USD und das Darlehen über USD 1 Mio. auf dem "Statement of Assets" vom 30. Juni 2011 (act. 3/26) finden sich in der Faxmitteilung der Kundenberaterin vom 1. Juli 2011 (act. 3/25) nicht (act. 1 Rz. 65, 66). Der Kläger behauptet, der Erwerb dieser Positionen sei weisungswidrig erfolgt (act. 1 Rz. 65). Die Beklagte behauptet, diese Positionen seien vom Kläger autorisiert worden und hätten sich nicht negativ auf den Vermögensstand des Klägers ausgewirkt (act. 20 Rz. 229).

6.2.7. Positionen vom 30. September 2011 Das Produkt STANDARD DOCU UBS FX TRY/USD wurde erst mit Valuta vom 30. September 2011 gekauft (act. 20 Rz. 233; act. 22/33). Entsprechend findet es sich zwar auf dem "Statement of Assets" vom 30. September 2011 (act. 3/28),

- 33 - nicht jedoch in der Faxmitteilung der Kundenberaterin vom 28. September 2011 (act. 3/27). Zudem findet sich das Darlehen über USD 1 Mio. in der Faxmitteilung der Kundenberaterin vom 28. September 2011 (act. 3/27) nicht (act. 1 Rz. 68). Die Beklagte behauptet, die Position sei vom Kläger autorisiert worden und hätte sich nicht negativ auf dessen Vermögensstand ausgewirkt (act. 20 Rz. 234).

6.2.8. Positionen vom 31. Dezember 2011 Die Produkte CALL OTC USD/TRY und das Darlehen von USD 1 Mio. auf dem "Statement of Assets" vom 31. Dezember 2011 (act. 3/30) finden sich in der Faxmitteilung der Kundenberaterin vom 11. Januar 2012 (act. 3/29) nicht (act. 1 Rz. 71). Die Beklagte behauptet, der Erwerb der Position sei nicht instruktions- bzw. weisungswidrig erfolgt (act. 20 Rz. 238).

6.2.9. Positionen vom 31. März 2012 Die Produkte CALL OTC USD/TRY und CALL OTC EUR/TRY sowie ein Darlehen von USD 1 Mio. auf dem "Statement of Assets" vom 31. März 2012 (act. 3/32) finden sich auf der Vermögensaufstellung der Kundenberaterin vom 2. April 2012 (act. 3/31) nicht (act. 1 Rz. 74, 76). Die Beklagte behauptet, der Erwerb der Position sei nicht instruktions- bzw. weisungswidrig erfolgt (act. 20 Rz. 238).

6.2.10. Positionen vom 30. Juni 2012 Die Produkte CALL 100- SHORT USD/TRY sowie ein Darlehen von USD 1 Mio. auf dem "Statement of Assets" vom 30. Juni 2012 (act. 3/34) finden sich auf der Vermögensaufstellung der Kundenberaterin vom 26. Juni 2012 (act. 3/33) nicht (act. 1 Rz. 78, 79). Die Beklagte behauptet, der Erwerb der Position sei nicht instruktions- bzw. weisungswidrig erfolgt (act. 20 Rz. 238).

- 34 - 6.2.11. Positionen vom 1. Oktober 2012 Die Produkte CALL 100- SHORT USD/TRY sowie ein Darlehen von USD 1 Mio. auf dem "Statement of Assets" vom 1. Oktober 2012 (act. 3/36) finden sich auf der Vermögensaufstellung der Kundenberaterin vom 1. Oktober 2012 (act. 3/35) nicht (act. 1 Rz. 81, 82). Der Kläger behauptet, der Erwerb dieser Positionen sei weisungswidrig erfolgt (act. 1 Rz. 81). Die Beklagte bestreitet dies (act. 20 Rz. 238).

6.2.12. Positionen vom 31. Dezember 2012 Die Produkte CALL 5 200- SHORT USD/TRY, CALL 6 100- SHORT, CALL 7 100- SHORT sowie ein Darlehen von USD 1 Mio. auf dem "Statement of Assets" vom 31. Dezember 2012 (act. 3/38) finden sich auf der Vermögensaufstellung der Kundenberaterin vom 3. Dezember 2012 (act. 3/37) nicht (act. 1 Rz. 85, 86). Der Kläger behauptet, der Erwerb dieser Positionen sei weisungswidrig erfolgt (act. 1 Rz. 85). Die Beklagte bestreitet dies (act. 20 Rz. 238).

6.2.13. Positionen vom 31. März 2013 Die Positionen TRY -100 CALL EUR/TRY und TRY -100 CALL USD/TRY sowie ein Darlehen von USD 1 Mio. auf dem "Statement of Assets" vom 31.

März 2013 (act. 3/40) fanden sich auf der Vermögensaufstellung der Kundenberaterin vom 2. April 2013 (act. 3/39) nicht (act. 1 Rz. 89, 90). Der Kläger behauptet, der Erwerb dieser Positionen sei weisungswidrig erfolgt (act. 1 Rz. 89). Die Beklagte bestreitet dies (act. 20 Rz. 243). 6.2.14. Positionen vom 30. Juni 2013 Die Positionen TRY -100 CALL EUR/TRY, TRY -100 CALL USD/TRY sowie zwei Darlehen von USD 1 Mio. auf dem "Statement of Assets" vom 30. Juni 2013 (act. 3/42) fanden sich auf der Vermögensaufstellung der Kundenberaterin vom 27. Juni 2013 (act. 3/41) nicht (act. 1 Rz. 93, 94).

- 35 - Die Beklagte behauptet, der Erwerb der Position sei nicht instruktions- bzw. weisungswidrig erfolgt (act. 20 Rz. 243). 6.2.15. Positionen vom 30. September 2013 Die Positionen TRY -100 CALL EUR/TRY, TRY -100 CALL USD/TRY sowie zwei Darlehen über USD 1 Mio. auf dem "Statement of Assets" vom 30. September 2013 (act. 3/44) fanden sich auf der Vermögensaufstellung der Kundenberaterin vom 8. Oktober 2013 (act. 3/43) nicht (act. 1 Rz. 98, 100). Der Kläger behauptet, der Erwerb dieser Positionen sei vertrags- und weisungs- widrig erfolgt (act. 1 Rz. 98). Die Beklagte bestreitet dies (act. 20 Rz. 243). 6.2.16. Positionen vom 31. Dezember 2013 Die Positionen TRY -100 CALL EUR/TRY, TRY -5'000'000 CALL USD/TRY sowie zwei Darlehen über USD 1 Mio. auf dem "Statement of Assets" vom 31. Dezember 2013 (act. 3/46) fanden sich auf der Vermögensaufstellung der Kundenberaterin vom 21. Januar 2014 (act. 3/45) nicht (act. 1 Rz. 103-105). Der Kläger behauptet, der Erwerb dieser Positionen sei von ihm nicht autorisiert worden und widerspreche seinen klaren ursprünglichen Weisungen (act. 1 Rz. 103). Die Beklagte bestreitet dies (act. 20 Rz. 243). 6.3. Rechtliches Sowohl der Anlageberatungs- als auch der Vermögensverwaltungsvertrag unter- stehen grundsätzlich dem Recht des einfachen Auftrags (Artt. 394 ff. OR; BERT- SCHINGER, a.a.O., S. 14-15, 16; EMCH ET AL., a.a.O., N 1752; GUTZWILLER, a.a.O., S. 26, 34, 52; SETHE, a.a.O., § 25 N 2, 3, 6). Dieselbe Sorgfaltspflicht gilt auch für die Ausführung von Aufträgen im Bereich einer reinen Konto-/Depotbeziehung. Der Beauftragte hat damit nach Art. 398 Abs. 2 OR insbesondere für die getreue und sorgfältige Ausführung einzustehen (BGE 115 II 62 E. 3 S. 64; Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 27. Juni 2006 E. A.3, in: ZR 2007 Nr. 1 S. 2). Dagegen bestehen Unterschiede insbesondere im Hinblick auf den Umfang der Beratungspflicht (BGE 131 III 377 E. 4.1.1; BGE 119 II 333 E. 5a S. 335). Die

- 36 - Weisungen des Auftraggebers sind für den Auftragnehmer verbindlich (Art. 397 Abs. 1 OR). Bei einem Anlageberatungsvertrag ist der Anlageberater nicht ermächtigt, ohne Weisung des Auftraggebers Transaktionen zu tätigen. Behauptet der Berater, mit Duldung des Kunden selbstständig zur Vornahme von Transaktionen ermächtigt zu sein, so trägt er dafür die Beweislast (Ziffer 4.2 oben). Von einer stillschwei- genden Einverständnis des Kunden kann ausgegangen werden, wenn sich nach dem Urteil des Beraters Massnahmen als notwendig erweisen, um unmittelbar drohenden Schaden abzuwenden (GUTZWILLER, a.a.O., S. 61). Diese Überlegung kann sich auf Art. 397 Abs. 1 OR, aber auch auf den Gedanken der Geschäftsfüh- rung ohne Auftrag nach Art. 422 Abs. 1 OR stützen. Die Bank trifft somit die Beweislast dafür, dass die vorgenommenen Transaktio- nen entweder von einem Verwaltungsauftrag, einer (stillschweigenden) generellen oder einer einzelnen Weisung gedeckt waren. 6.4. Subsumtion Die "Statements of Assets" (siehe Ziffer 6.2 oben) belegen Investitionen in Call- Optionen seit Ende 2011. Die quartalsweisen Übersichten ergeben indessen nur ein unvollständiges Bild. So erscheint die auf dem Verkaufsbeleg vom 27. Oktober 2011 aufgeführte Option (act. 1 Rz. 110; act. 3/47) auf

keinem "Statement of Assets", da sie zwischen zwei Berichtspunkten erworben und wieder verkauft wurde. Die Beklagte unternimmt nicht den Versuch einer Darstellung der Einzelaufträge für die vom Kläger gerügten Anlagen. Vielmehr geht sie von einem Vermögens- verwaltungsverhältnis aus, das jedoch ein atypisches sei (Ziffer 4.1.2 oben). Wie bereits dargelegt (Ziffer 4.3 oben), ist das Vertragsverhältnis zwischen den Parteien jedoch grundsätzlich als Beratungsverhältnis zu qualifizieren. Damit wäre nachzuweisen, dass die Transaktionen vom Kläger ausdrücklich gewünscht oder mindestens stillschweigend gebilligt wurden.

- 37 - Die Praxis behilft sich mit der Vereinbarung einer nachträglichen Genehmigungsfiktion, wenn der Kunde Transaktionen nicht innerhalb einer bestimmten Frist beanstandet. Eine nicht anlegerkonforme Anlage bleibt jedoch pflichtwidrig und wird bloss nachträglich genehmigt (vgl. BERTSCHINGER, a.a.O., S. 207-208). Zum Nachweis der Anweisung einer Transaktion ist die Genehmigungsfiktion von vornherein untauglich. Nachdem zwischen den Faxmitteilungen der Kundenberaterin und den "Statements of Assets" Differenzen bestehen, ist hinsichtlich der Anlagen, welche auf den Faxmitteilungen der Kundenberaterin fehlen, auch nicht von einer stillschweigenden Billigung künftiger ähnlicher Positionen auszugehen. Einen anderen Nachweis vermag die Beklagte nicht zu erbringen, macht sie doch geltend, dass nur für einzelne Perioden Tonaufnahmen zur Verfügung stünden (act. 33 Rz. 91). Darauf, inwiefern die Genehmigungsfiktion vorliegend greift, wird noch einzugehen sein (Ziffer 7 unten). Vorerst ist jedoch festzuhalten, dass die Beklagte nicht darzulegen vermag, dass sie über eine generelle Ermächtigung des Klägers zur Vornahme der umstrittenen Transaktionen verfügte. Die Beklagte beantragt die Einvernahme der Kundenberaterin als Zeugin für die Tatsache, dass zwischen den Parteien ein Einvernehmen bestand, wonach die Einzelinstruktionen des Klägers entbehrlich seien (act. 20 Rz. 78). Soweit die Positionen auf den Faxmitteilungen erscheinen, ist dies bereits aufgrund der verfügbaren Urkunden erstellt. Eine darüber hinausgehende Ermächtigung ist nicht plausibel, da ansonsten schlicht kein Grund dafür bestünde, besonders risikoreiche Anlagen auf den Faxmitteilungen wegzulassen. Eine gegenteilige Aussage der Zeugin stünde insofern in eklatantem Widerspruch zur Aktenlage. Von einer Einvernahme ist deshalb abzusehen, da sich dadurch am Beweisergebnis nichts mehr ändern würde. 6.5. Zwischenergebnis Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass die Beklagte ohne Weisung des Klägers gehandelt hat, soweit die Transaktionen nicht aus den Faxmitteilungen der Kundenberaterin ersichtlich sind.

- 38 - 7. Genehmigung 7.1. Parteistandpunkte 7.1.1. Die Beklagte behauptet, die Kundenberaterin habe aus den für den Kläger durchgeführten Transaktionen keinen Profit gezogen, und der Kläger habe im Zeitraum zwischen Oktober 2011 und Mai 2013 dank der Optionsgeschäfte Gewinne über USD 600'000 gemacht (act. 20 Rz. 130). Die von der Kundenberaterin vorgenommenen Transaktionen seien in Übereinstimmung mit der vom Kläger gewünschten aggressiven Anlagestrategie erfolgt (act. 20 Rz. 131). Weiter behauptet die Beklagte, der inoffizielle Charakter der Faxmitteilungen sei erkennbar gewesen, da sich diese von den offiziellen Auszügen der Beklagten deutlich unterscheiden und verschiedene Unstimmigkeiten aufgewiesen hätten (act. 20 Rz. 83, 86-87; act. 33 Rz. 10). Das Telefongespräch vom 5. Mai 2010 und vom

April 2013 zeige, dass sich der Kläger nicht für die Entwicklung seines Depots interessiert habe (act. 20 Rz. 94, 95). Die Beklagte vertritt zudem die Ansicht, der Kläger habe die auf den banklagern- den Belegen der Beklagten aufgeführten Positionen bzw. Transaktionen genehmigt, indem er diese nicht innerhalb der vertraglichen Frist von einem Monat bzw. 10 Tagen beanstandet habe (act. 20 Rz. 123, 126, 127). Angesichts der genannten Umstände liege kein Ausnahmetatbestand vor (act. 20 Rz. 130, 131). Dem Kläger sei klar gewesen, dass es sich bei den Faxmitteilungen um inoffizielle Dokumente handle (act. 20 Rz. 85, 88, 90; act. 33 Rz. 10). 7.1.2. Der Kläger bestreitet nicht, die Positionen bzw. Transaktionen nicht innerhalb der vertraglichen Frist gerügt zu haben (vgl. act. 29 Rz. 89-102). Er behauptet, die Kundenberaterin habe die Investitionen in Call-Options absichtlich verschwiegen und gewusst, dass der Kläger nicht nach Zürich komme bzw. sie habe ihm ausgedrückt, nach Zürich zu kommen und die Bankdokumente zu kontrollieren (act. 29 Rz. 97, 98, 99). Der Kläger anerkennt jedoch, die Faxmitteilungen nicht für offizielle Dokumente der Beklagten gehalten zu haben (act. 29 Rz. 69) Der Kläger vertritt die Ansicht, die Berufung der Beklagten auf die Genehmigungsfiktion sei rechtsmissbräuchlich (act. 29 Rz. 95, 96, 100). Auch auf die inoffiziellen

- 39 - Mitteilungen der Kundenberaterin habe er sich verlassen dürfen (act. 29 Rz. 69). Dabei habe sich der Kläger sehr wohl für die Entwicklung seines Depots interessiert; deswegen habe er mit der Kundenberaterin telefonisch die Investitionen abgesprochen und anhand der Faxmitteilungen überprüft (act. 33 Rz. 70). 7.2. Rechtliches Einem blossen Schweigen kommt nur ausnahmsweise ein rechtsgeschäftlicher Erklärungsgehalt zu. So bedeutet das Schweigen auf ein Angebot nur eine Annahme, wenn wegen der besonderen Natur des Geschäftes oder nach den Umständen eine ausdrückliche Erklärung nicht zu erwarten ist (Art. 6 OR). Das Schweigen auf Zusendung von Rechnungen (ERNST A. KRAMER/BRUNO SCHMIDLIN, in: Berner Kommentar, Band VI/1/1, Bern 1986, N 121 zu Art. 6 OR) oder Abrechnungen (BGE 88 II 81 E. 3c S. 89) stellt demgegenüber keine Genehmigung dar. Bei Bankverträgen anzutreffen ist die vertragliche Vereinbarung einer Genehmigungsfiktion, wenn der Kunde einen Kontoauszug nicht innerhalb einer bestimmten Frist beanstandet. Grundsätzlich ist eine solche Vereinbarung als zulässig anerkannt (Urteil des Bundesgerichts 4A\_42/2015 vom 9. November 2015 E. 5.2; BGE 127 III 147 E. 2d S. 151; Handelsgericht des Kantons Zürich, Urteil vom 26. November 1997, E. D.3 S. 221-222; DANIEL A. GUGGENHEIM/ANATH GUGGENHEIM, Les contrats de la pratique bancaire suisse, 5. Aufl. 2014, N 1758; ERIC SIBBERN/HANS CASPAR VON DER CRONE, Genehmigungsfiktion und Nebenpflichten der Bankkunden, SZW 2006, 70, S. 73-74). Die Genehmigungsfiktion bezieht sich auf die einzelnen nicht anlagekonformen Transaktionen (BERTSCHINGER, a.a.O., S. 211-212) und bezweckt, in der Geschäftsbeziehung zwischen Bank und Kunden klare Verhältnisse zu schaffen (Handelsgericht des Kantons Zürich, Urteil vom 27. Juni 2006, in: ZR 2007 Nr. 1 E. V/4c S. 10). Die Änderung einer Anlagestrategie ist davon nicht gedeckt (BGE 115 II 62 E. 3d S. 67; s. auch SIBBERN/VON DER CRONE, a.a.O., S. 76). Die Berufung auf die Genehmigungsfiktion ist rechtsmissbräuchlich i.S.v. Art. 2 Abs. 2 ZGB und damit unwirksam, wenn die Bank nicht in guten Treuen von einer korrekten Vertragserfüllung ausgehen kann (Handelsgericht des Kantons Zürich, Urteil vom 26. November 1997, in: ZR 1998 Nr. 90 E. D.3 S. 221-222).

- 40 - Sodann bedingt die Genehmigungsfiktion eine gültige Zustellung an den Bankkunden, damit der Lauf der Beanstandungsfrist ausgelöst wird. Insbesondere im Verkehr

mit ausländischen Kunden hat sich dazu die Praxis der sog. Banklagernd-Vereinbarungen etabliert. Dabei schliessen die Bank und der Kunde eine Vereinbarung in dem Sinne, dass Dokumente als an den Kunden zugestellt gelten, sobald sie diesem bei der Bank zur Einsicht zur Verfügung stehen. Da auch von einer Kenntnisnahme auszugehen ist, obwohl die tatsächliche Kenntnisnahme in der Regel nicht erfolgt, handelt es sich dabei um eine unwiderlegbare Vermutung des Zugangs (meistens als sog. Zugangsfiktion bezeichnet). Da diese freiwillig und im Interesse des Kunden erfolgt, betrachtet sie die Praxis als zulässig. Indessen gilt derselbe Vorbehalt wie bezüglich der Genehmigungsfiktion. Die Berufung der Bank auf die Zustellungsfiktion ist rechtsmissbräuchlich i.S.v. Art. 2 Abs. 2 ZGB und damit unbeachtlich, wenn der Bank eine bewusste Schädigung vorgeworfen werden kann (Handelsgericht des Kantons Zürich, Urteil vom 9. Dezember 1988, in: ZR 1989 Nr. 47 E. II.2 158-159). Insofern erweist sich Treu und Glauben als das der Genehmigungsfiktion übergeordnete Prinzip (SIBBERN/VON DER CRONE, a.a.O., S. 74). Sowohl die Genehmigungs- als auch die Zustellungsfiktion setzen voraus, dass die Bank in guten Treuen von einer korrekten Auftragserfüllung ausgehen darf (Handelsgericht des Kantons Zürich, Urteil vom 27. Juni 2006, in: ZR 2007 Nr. 1 E. 4c S. 10). Sie setzt voraus, dass dem Kunden die Reklamation objektiv möglich und zumutbar war; sie greift insbesondere nicht, wenn die Bank um die tatsächliche Nichtgenehmigung wusste (Urteil des Bundesgerichts 4A\_42/2015 vom 9. November 2015 E. 5.2 mit Hinweisen).

7.3. Subsumtion Die Tatsache der Nichtgenehmigung, die Vereinbarung der banklagernden Korrespondenz und der Genehmigungsfiktion sowie deren grundsätzliche rechtliche Zulässigkeit sind zwischen den Parteien nicht streitig. Die Beantwortung der Frage, ob eine gültige Genehmigung stattgefunden hat, hängt somit davon ab, ob die Anwendungsvoraussetzungen für die Zustellungs- und Genehmigungsfiktion gegeben sind.

- 41 - Diesbezüglich kann nicht unbeachtet bleiben, dass die Kundenberaterin im vorliegenden Fall eine parallele oder konkurrierende, nicht den Tatsachen entsprechende Berichterstattung zu den offiziellen Belegen der Beklagten geführt hat. Zudem haben zwischen dem Kläger und der Kundenberaterin mehrfach Telefonkontakte stattgefunden. Die Beklagte bestreitet, dass die Kundenberaterin den Kläger von der Kenntnisnahme der offiziellen Belege abgehalten habe (act. 33 Rz. 124). Angesichts der Berichterstattung durch die Kundenberaterin bestand allerdings aus Sicht des Klägers auch kein Grund, die Belege persönlich zu kontrollieren. Die Kundenberaterin bzw. die Beklagte, welche sich deren Verhalten zu rechnen lassen muss (Ziffer 9.4 unten), konnten deshalb davon ausgehen, dass der Kläger nicht plötzlich erscheinen und auf die Vorlage von offiziellen Bankbelegen pochen würde. Die Beklagte konnte somit nur in guten Treuen von einer Genehmigung des Klägers ausgehen, wenn diese mit der Rechenschaftserstattung auf ihren Faxmitteilungen in Einklang stand. Diesem Schluss steht der Umstand, dass der Kläger bis Mai 2012 die Möglichkeit gehabt hätte, elektronisch auf die Bankdokumente zuzugreifen, nicht entgegen. Es ist nicht bekannt, ob der Kläger diese Möglichkeit selber gewünscht oder die Rechtsvorgängerin der Beklagten ihm den entsprechenden Antrag routinemässig unterbreitet hat. Zudem fallen die verlustträchtigen Transaktionen in die Jahre 2013/2014 (vgl. act. 1 Rz. 87), in welcher Zeit unstrittig kein elektronischer Zugang des Klägers mehr bestand. Für den hauptsächlich relevanten Zeitraum kann sich die Beklagte damit ohnehin nicht auf die Möglichkeit des elektronischen Zugriffs berufen. Selbst wenn sich die Beklagte wirksam auf die Genehmigungsfiktion berufen könnte und es sich um einen Vermögensverwaltungsvertrag handeln würde, vermag sie damit eine Änderung der Anlagestrategie nicht zu rechtfertigen, da eine solche der Zustimmung des Kunden bedarf

(Ziffer 7.2 oben). 7.4. Zwischenergebnis Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass sich die Beklagte nicht wirksam auf die Zustellungs- und Genehmigungsfiktion berufen kann.

- 42 - 8. Kausalzusammenhang

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