

# ZH\_HANDELSGERICHT HG150195 vom 22. März 2018

Zh Handelsgericht, 2018-03-22, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_handelsgericht\\_HG150195](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_handelsgericht_HG150195)

FR: ZH\_HANDELSGERICHT HG150195 du 22 mars 2018

IT: ZH\_HANDELSGERICHT HG150195 del 22 marzo 2018

## Erwägungen

### E. 1

Formelles

#### E. 1.1

Zuständigkeit und anwendbares Recht

##### E. 1.1.1

Die örtliche und sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons Zürich ist zwar nicht strittig (act. 1 Rz. 4 f.; act. 21 Rz. 152), jedoch von Amtes wegen zu prüfen.

##### E. 1.1.2

Die Parteien haben unbestrittenermassen eine Gerichtsstandsvereinbarung getroffen (act. 1 Rz. 4; act. 3/4 S. 5 [dort Ziff. 27]; act. 21 Rz. 152 und act. 22/1 S. 7 [dort Ziff. 19]). Entgegen der klägerischen Auffassung beurteilen sich Gültigkeit und Inhalt der Gerichtsstandsvereinbarung zwischen den Parteien hier nicht nach Art. 5 IPRG (act. 1 Rz. 4), sondern nach Art. 23 LugÜ (i.V.m. Art. 63 Ziff. 1 LugÜ). Es reicht nämlich aus, dass eine Partei in einem Drittstaat und die andere in einem Mitgliedstaat des LugÜ ihren Sitz hat, selbst wenn das Gericht oder die Gerichte dieses Mitgliedstaates vereinbart worden sind (SHK LugÜ-KILLIAS, 2. Aufl., Bern 2011, Art. 23 N 14, m.w.H.; BSK LugÜ-BERGER, 2. Aufl., Zürich 2016, Art. 23 N 10 und 17, je m.w.H.). Die Beklagte hat ihren (Haupt-)Sitz in F.\_\_\_\_\_ (act. 3/2-3; act. 22/5), mithin in der Schweiz, und es wurde eine Zuständigkeit am beklagten Hauptsitz (F.\_\_\_\_\_) oder am Sitz einer schweizerischen Zweigniederlassung (Zürich, Lugano, Basel) vereinbart (act. 3/2 S. 1; act. 3/4 S. 5; act. 22/1 S. 7). Die Klägerin hat ihren Sitz ausserhalb des LugÜ-Raums. Die Voraussetzungen gemäss Art. 23 Ziff. 1 LugÜ sind erfüllt und geben zu keinen weiteren Bemerkungen Anlass. Dass ein internationaler Sachverhalt vorliegt, ist offensichtlich. Damit besteht eine gültige Gerichtsstandsvereinbarung zwischen den Parteien und die internationale Zuständigkeit der Schweiz sowie die örtliche Zuständigkeit des hiesigen Handelsgerichts sind gegeben.

##### E. 1.1.3

Die sachliche Zuständigkeit des hiesigen Handelsgerichts ist ebenfalls gegeben (Art. 6 Abs. 2 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG; vgl. betreffend Ziff. 8 und 9 des modifizierten Rechtsbegehrens jedoch unten Ziff. 1.2.5).

- 12 -

##### E. 1.1.4

Sodann haben die Parteien unbestrittenermassen eine Rechtswahl zugunsten schweizerischen Rechts getroffen (Art. 116 Abs. 1 IPRG; act. 1 Rz. 6; act. 3/4 S. 5; act. 21

Rz. 30 f. und Rz. 152; act. 22/1 S. 7). Somit ist auf den vorliegenden Fall schweizerisches Recht anzuwenden.

## **E. 1.2**

Objektive Klagenhäufung / Stufenklage

### **E. 1.2.1**

Die Klägerin verlangt von der Beklagten gestützt auf materielles Recht (Art. 400 Abs. 1 OR) Rechenschaft und Abrechnung über deren Geschäftsführung im Zusammenhang mit den für die Klägerin getätigten Anlagen, insbesondere über allfällig vereinnahmte Retrozessionen oder vergleichbare Drittvergütungen. Im Anschluss an die Rechenschaftsablage verlangt die Klägerin von der Beklagten die Erstattung dieser – explizit noch zu beziffernden – Drittvergütungen (act. 1 S. 3 und Rz. 204 ff.; act. 30 S. 3 und Rz. 508). Damit erhebt die Klägerin eine Stufenklage, welche zum Antrag auf Zusprechung von Schadenersatz hinzutritt, was wiederum eine objektive Klagenhäufung bedeutet. Dabei ist zu beachten, dass die Stufenklage für sich allein schon als objektive Klagenhäufung zu verstehen ist (OBERHAMMER, in: Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], KUKO ZPO, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 85 N 15, m.w.H.; BK ZPO-MARKUS, Band I, Bern 2012, Art. 85 N 17, m.w.H.). Der Vollständigkeit halber ist noch anzumerken, dass sich die Klägerin betreffend Rechenschaftsablage explizit auf Art. 400 Abs. 1 OR stützt, weshalb nicht von einem prozessualen Editionsantrag auszugehen ist.

### **E. 1.2.2**

Die klagende Partei kann mehrere Ansprüche gegen dieselbe Partei in einer Klage vereinen, sofern (a) das gleiche Gericht dafür sachlich zuständig ist und (b) die gleiche Verfahrensart anwendbar ist (objektive Klagenhäufung, Art. 90 ZPO). Die sachliche Zuständigkeit des hiesigen Handelsgerichts und die Anwendung des ordentlichen Verfahrens hängen massgeblich vom Streitwert ab (Art. 6 Abs. 2 lit. b ZPO i.V.m. Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG; Art. 243 Abs. 1 ZPO e contrario; BGE 139 III 67, E. 1.2). Gemäss herrschender Lehre und Rechtsprechung des hiesigen Handelsgericht sowie des Bundesgerichts ist, soweit die sachliche Zuständigkeit bzw. die Verfahrensart für die einzelnen Ansprüche alleine aufgrund des Streitwerts unterschiedlich wäre, für die Frage der Zulässigkeit der Klagenhäufung auf den zusammengerechneten Streitwert abzustellen, soweit sich die Ansprüche nicht ge-

- 13 - genseitig ausschliessen (Art. 93 Abs. 1 ZPO; BGE 142 III 788, E. 4.2, m.w.H.). Hier schliessen sich die von der Klägerin eingeklagten Ansprüche nicht aus, zumal sie auf unterschiedlichen Rechtsgrundlagen beruhen; sie haben einerseits Schadenersatz aus Vertragsverletzung, andererseits Rechenschaftsablage und Vorteilerstattung im Sinne von Art. 400 Abs. 1 OR zum Gegenstand. Dies führt in der Folge dazu, dass der vorliegenden Stufenklage in Kombination mit dem geltend gemachten Schadenersatzanspruch von insgesamt TRY 8'198'540.– (= CHF 2'627'714.– per Rechtshängigkeit am 11. September 2015, Umrechnungskurs: 0.32051; Quelle: www.oanda.com) bei der Bestimmung der sachlichen Zuständigkeit bzw. der Verfahrensart keine eigenständige Bedeutung zukommt.

### **E. 1.2.3**

Indes gelten die weiteren allgemeinen Prozessvoraussetzungen nach Art. 59 ZPO für alle Klagen (BGE 139 III 67, E. 2.4, m.w.H.); entsprechend müssen sie auch bei einer

Stufenklage eingehalten werden. Die Aufzählung der allgemeinen Prozessvoraussetzungen in Art. 59 Abs. 2 ZPO ist nicht abschliessend (DOMEJ, in: Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], a.a.O., Art. 59 N 15; BSK ZPO-GEHRI, 3. Aufl., Basel 2017, Art. 59 N 2). Zu den allgemeinen Prozessvoraussetzungen gehört insbesondere auch, dass ein Begehren um Zahlung eines Geldbetrages zu beziffern ist (Art. 84 Abs. 2 ZPO). Davon kann nur unter bestimmten Umständen abgewichen werden, nämlich, wenn es der klagenden Partei unmöglich oder unzumutbar ist, bereits zu Beginn des Prozesses ihre Forderung zu beziffern. In diesem Fall kann eine unbezifferte Forderungsklage erhoben werden, wobei jedoch ein Mindestwert angegeben werden muss, der als vorläufiger Streitwert gilt (Art. 85 Abs. 1 ZPO; vgl. BGE 142 III 102, E. 3, m.w.H.; BGE 140 III 409, E. 4, m.w.H.). Die Stufenklage ist eine Erscheinungsform der unbezifferten Forderungsklage, bei welcher ebenfalls zwingend ein Mindeststreitwert im Sinne eines vorläufigen Streitwerts anzugeben ist (OBERHAMMER, in: Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], a.a.O., Art. 85 N 14, m.w.H.; FÜLLEMANN, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung ZPO – Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2016, Art. 85 N 4, m.w.H.; BK ZPO-MARKUS, a.a.O., Art. 85 N 16; BGE 140 III 409, E. 4.3 f., m.w.H.).

#### **E. 1.2.4**

Die Klägerin hat bis zuletzt keinen Mindeststreitwert im Sinne von Art. 85 Abs. 1 ZPO angegeben (act. 1 S. 3 und Rz. 204 ff.; act. 30 S. 3 und Rz. 508). Sie

- 14 - führt auch nicht aus, dass und inwiefern ihr die Angabe eines Mindeststreitwerts nicht möglich bzw. nicht zumutbar gewesen wäre. Insbesondere sind der Klägerin gemäss eigenen Angaben (spätestens) seit 15. April 2014 die Berechnungsgrundlagen für die von ihr verlangten Drittvergütungen – bzw. für einen Teil davon – bekannt (act. 1 Rz. 209; act. 3/4 Blatt 6 und act. 3/101). Es bleibt zudem unklar, in welcher Währung die Klägerin ihre Stufenklage (Stufe 2) erhebt. Weil das klägerische Auskunftsbegehren als akzessorischer Hilfsanspruch der Durchsetzung des Antrags auf Bezahlung von Drittvergütungen dient, kann auch nicht gesagt werden, es handle sich um eine nichtvermögensrechtliche Angelegenheit ohne Streitwert. Da die Klägerin zudem anwaltlich vertreten ist, findet die richterliche Fragepflicht (Art. 56 ZPO) bezüglich des Mindeststreitwerts hier keine Anwendung, zumal der Wortlaut von Art. 85 Abs. 1 ZPO klar ist (vgl. OGer ZH LB110063-O vom 21. Oktober 2011, E. 4.6, m.w.H.; BGer 4A\_375/2015 vom 26. Januar 2016, E. 7.1, m.w.H.). Schliesslich stellt die fehlende Angabe eines (Mindest-)Streitwerts, mithin die fehlende (Mindest-)Bezifferung einer Klage keinen Mangel dar, der mit den in Art. 132 ZPO genannten Mängeln vergleichbar wäre, weshalb der Klägerin keine Nachfrist zur Verbesserung anzusetzen ist (BGE 140 III 409, E. 4.3.2, m.w.H.; BGer 4A\_375/2015 vom 26. Januar 2016, E. 7.2, m.w.H.; BGE 137 III 617, E. 6.4, m.w.H.; OGer ZH LB120028-O vom 13. August 2012, E. 1 und E. 3, publiziert in ZR 111 (2012) Nr. 76 [S. 218]; vgl. auch LEUENBERGER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Zürich 2016, Art. 221 N 3, m.w.H.). Dies ist vorliegend insbesondere deshalb gerechtfertigt, weil die Klägerin – in Kenntnis von Art. 85 Abs. 1 ZPO – nicht etwa versehentlich keinen Mindeststreitwert angibt, sondern die Bezifferung explizit erst nach Offenlegung in Aussicht stellt. Auch hat sie die allfällig zuzusprechende Summe an Drittvergütungen nicht in das Ermessen des hiesigen Handelsgerichts gestellt. Damit bleibt es dabei, dass die Klägerin bis zuletzt keinen Mindeststreitwert im Sinne von Art. 85 Abs. 1 ZPO angegeben hat. Müsste die Klägerin im vorliegenden Verfahren, wo der anzugebende

Mindeststreitwert hinsichtlich der objektiven Klagenhäufung irrelevant ist (oben Ziff. 1.2.2), nicht auch zwingend einen Mindeststreitwert angeben, wäre sie gegenüber Klägern von selbständig eingereichten Stufenklagen ohne ersichtliche Rechtfertigung besser gestellt. Mangels

- 15 - Mindestbezeichnung ist auf Ziff. 8 und 9 des modifizierten Rechtsbegehrens (= Ziff. 4 und 5 des ursprünglichen Rechtsbegehrens) nicht einzutreten.

#### **E. 1.2.5**

Selbst wenn nicht von einer Streitwertzusammenrechnung (oben Ziff. 1.2.2) ausgegangen würde, käme man nicht zu einem anderen Ergebnis. Dann nämlich wäre die vorliegende Stufenklage hinsichtlich Zuständigkeit und Verfahrensart für sich allein zu betrachten. Aus den genannten Gründen kämen auch hier weder die richterliche Fragepflicht (Art. 56 ZPO) noch die Verbesserung (Art 132 ZPO) zur Anwendung (oben Ziff. 1.2.4). Aufgrund der fehlenden Mindestbezeichnung im Sinne von Art. 85 Abs. 1 ZPO mangelte es an einer notwendigen Prämisse für die Prüfung der sachlichen Zuständigkeit bzw. der Verfahrensart und es wäre auf Ziff. 8 und 9 des modifizierten Rechtsbegehrens ebenfalls nicht einzutreten.

#### **E. 1.2.6**

Selbst wenn auf Ziff. 8 und 9 des modifizierten Rechtsbegehrens eingetreten würde, wäre die fehlende Angabe eines Mindeststreitwerts im Sinne von Art. 85 Abs. 1 ZPO wohl als mangelhafte Begründung der Stufenklage aufzufassen. Da die Klägerin nach eigenen Angaben seit dem 24. Januar 2014 Kenntnis vom "Totalverlust" und den konkret getätigten Optionsgeschäften auf ihrem Konto/Depot bei der Beklagten hat (act. 1 Rz. 43), erwiesen sich die allgemein formulierten Ziff. 8 und 9 des modifizierten Rechtsbegehrens überdies als nicht genügend präzise bzw. als nicht hinreichend bestimmt. Deshalb wären Ziff. 8 und 9 des modifizierten Rechtsbegehrens im Eintretensfall abzuweisen.

#### **E. 1.2.7**

Zudem wären diese beiden Rechtsbegehren – mit der Beklagten und entgegen der Klägerin (act. 1 Rz. 204 ff.; act. 30 Rz. 508; act. 21 Rz. 313 ff.; act. 39 Rz. 311) – auch deshalb abzuweisen, weil die Klägerin rechtsgültig auf die Herausgabe von Retrozessionen verzichtet hat, wie sogleich aufzuzeigen ist:

##### **E. 1.2.7.1**

Die Klägerin hat die "General Conditions" der Beklagten in der Version vom Januar 2013 und die Ergänzung zu deren Art. 17 gemäss eigenen Angaben am 15. April 2014 zur Kenntnis genommen (act. 1 Rz. 209 f.; act. 3/4 und 3/101). Weiter hatte die Klägerin Kenntnis von den ehemaligen "General Conditions" der G. \_\_\_\_\_ (act. 21 Rz. 30 und Rz. 42; act. 22/1; act. 30 Rz. 332 und Rz. 341).

- 16 -

##### **E. 1.2.7.2**

Die Ergänzung zu Art. 17 der "General Conditions" der Beklagten (Version Januar 2013) enthält – nebst einer Verzichtserklärung – die gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung erforderlichen Berechnungsgrundlagen für die seitens der Beklagten (allfällig) eingemommenen Retrozessionen und ähnlichen Drittvergütungen (vgl. BGE 137 III 393, E. 2, m.w.H.). Konkret sind Prozentbereiche für verschiedene Kategorien von

Finanzprodukten aufgeführt (act. 3/4 letztes Blatt). Damit war es für die Klägerin (spätestens) ab dem 15. April 2014 möglich, sich ein zumindest ungefähres Bild über den Umfang allfälliger Drittvergütungen zu machen, zumal die relevanten Transaktionen (seit 1. Januar 2010; act. 1 Rz. 211) vor dem 15. April 2014 stattfanden und die Klägerin gemäss eigenen Angaben am 24. Januar 2014 vom "Totalverlust" und den Optionsgeschäften auf ihrem Konto/Depot bei der Beklagten erfahren hat (act. 1 Rz. 43).

#### **E. 1.2.7.3**

Schliesslich hat die Klägerin nicht geltend gemacht, jemals (d.h. auch nicht nach Kenntnisnahme am 15. April 2014) gegen die Einführung der "General Conditions" in der Version vom Januar 2013, geschweige denn gegen die darin – erstmals (act. 1 Rz. 209) – enthaltene Ergänzung zu Art. 17 opponiert zu haben, wie gemäss den ehemaligen "General Conditions" der G.\_\_\_\_\_ erforderlich (act. 22/1 S. 5 und S. 7 [dort Ziff. 18]).

#### **E. 1.2.7.4**

Entsprechend müsste die Klägerin die "General Conditions" in der Version vom Januar 2013 sowie die Ergänzung zu deren Art. 17 gegen sich gelten lassen und sie hätte auf die von der Beklagten allfällig eingenommenen Drittvergütungen – nachträglich und in Kenntnis der Berechnungsgrundlagen (BGE 137 III 393, E. 2, m.w.H.) – ohnehin verzichtet. Entsprechend würden sich Ziff. 8 und 9 des modifizierten Rechtsbegehrens auch aus diesem Grund als unbegründet erweisen und wären abzuweisen. Somit könnte offen bleiben, ob die Beklagte tatsächlich Retrozessionen oder ähnliche Drittvergütungen erhalten hätte oder nicht (act. 21 Rz. 314 und act. 30 Rz. 508).

- 17 -

### **E. 1.3**

Übrige Prozessvoraussetzungen der Klage Die übrigen Prozessvoraussetzungen der Klage, welche von Amtes wegen zu prüfen sind (Art. 59 i.V.m. Art. 60 ZPO), erweisen sich als erfüllt und geben zu keinen weiteren Bemerkungen Anlass. Damit ist auf die Klage im Übrigen einzutreten.

### **E. 1.4**

Klageänderung

#### **E. 1.4.1**

Die Klägerin reduzierte mit ihrer Replik ihr Hauptbegehren um TRY 500.– (act. 30 S. 2 und Rz. 110 f.), was jederzeit zulässig ist (Art. 227 Abs. 3 ZPO). Die Reduktion bzw. Beschränkung des Rechtsbegehrens bedeutet einen teilweisen Klagerückzug (NAEGELI/MAYHALL, in: Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], a.a.O., Art. 227 N 35, m.w.H.). Entsprechend ist das Verfahren (Hauptklage) im Umfang von TRY 500.– als durch Klagerückzug erledigt abzuschreiben (Art. 241 Abs. 2 und Abs. 3 ZPO).

#### **E. 1.4.2**

Darüber hinaus erweiterte die Klägerin ihr ursprüngliches Rechtsbegehren um vier weitere Subeventualanträge (Ziff. 4 bis 7 des modifizierten Rechtsbegehrens; act. 30 S. 3). Eine Klage kann vor der Hauptverhandlung geändert werden, wenn der geänderte oder neue Anspruch nach der gleichen Verfahrensart zu beurteilen ist und (a) mit dem bisherigen Anspruch in einem sachlichen Zusammenhang steht oder (b) die Gegenpartei zustimmt (Art. 227 Abs. 1 ZPO). Das mit der Replik modifizierte Rechtsbegehren ist (ebenfalls) im

ordentlichen Verfahren zu beurteilen und beruht auf dem gleichen Rechtsverhältnis wie das ursprüngliche Rechtsbegehren. Die Beklagte hat gegen die Klageänderung in formeller Hinsicht nicht opponiert. Die Voraussetzungen der Klageänderung sind vorliegend erfüllt und die vier weiteren Subeventualanträge damit zulässig.

### **E. 1.5**

**Widerklage** Die Voraussetzungen der Widerklage, welche von Amtes wegen zu prüfen sind (Art. 59 i.V.m. Art. 60 i.V.m. Art. 224 Abs. 1 ZPO), blieben unbestritten, erweisen sich als erfüllt und geben zu keinen weiteren Bemerkungen Anlass. Damit ist auch auf die Widerklage einzutreten.

- 18 -

### **E. 1.6**

**Noveneingaben** Die klägerischen Noveneingaben vom 24. Oktober 2016, vom 30. August 2017 und vom 3. Oktober 2017 betreffen alle das Strafverfahren gegen H.\_\_\_\_\_ (für die Klägerin ehemals zuständige Kundenberaterin bei der Beklagten; act. 34 und 35/1-3; act. 46 und 47/1-2; act. 49 und 50). Die Beklagte opponierte in formeller Hinsicht nicht gegen die klägerischen Noveneingaben (act. 39 Rz. 312; act. 48; act. 52). Auch von Amtes wegen besteht kein Anlass, die formelle Zulässigkeit der klägerischen Noveneingaben in Frage zu stellen.

### **E. 1.7**

**Zwischenfazit** Im Umfang von TRY 500.– ist das Verfahren als durch Klagerückzug erledigt abzuschreiben. Da die Klägerin hinsichtlich ihrer Stufenklage entgegen dem klaren Wortlaut von Art. 85 Abs. 1 ZPO keinen Mindeststreitwert nennt, und auch nicht ausführt, dass und inwiefern ihr die Bezifferung nicht möglich bzw. nicht zumutbar gewesen wäre, ist auf Ziff. 8 und 9 des modifizierten Rechtsbegehrens (= Ziff. 4 und 5 des ursprünglichen Rechtsbegehrens) nicht einzutreten.

## **E. 2**

Unbestrittener Sachverhalt

### **E. 2.1**

Grundlagen der Bankbeziehung

#### **E. 2.1.1**

Die Klägerin wurde am tt.mm.2009 gegründet, wobei I.\_\_\_\_\_ ("Director") und J.\_\_\_\_\_ ("Secretary") als einzelzeichnungsberechtigte Organe eingesetzt wurden (act. 1 Rz. 11; act. 3/1). In der Folge ging die Klägerin, handelnd durch I.\_\_\_\_\_, am 24. November 2009 eine Geschäftsbeziehung (Konto/Depot) mit der G.\_\_\_\_\_ ein, wobei die Klägerin auch deren "General Conditions" zur Kenntnis nahm und die Zustellung von Bankunterlagen an den "G.\_\_\_\_\_ INSIGHT Electronic Mail Service" festlegte (act. 1 Rz. 10; act. 21 Rz. 42; act. 22/1). Die umfassende Bankvollmacht (ohne Substitutionsbefugnis; konkret: "unrestricted authority (without right of substitution)") der Klägerin an die Eheleute D.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ datiert ebenfalls vom 24. November 2009 und trägt die Unterschrift von I.\_\_\_\_\_ (act. 1 Rz. 11; act. 3/5; act. 21 Rz. 39; act. 22/5). Im Weiteren unterzeichnete I.\_\_\_\_\_ für die Klägerin am

- 19 - 24. November 2009 eine Erklärung über die an ihrem Konto/Depot wirtschaftlich berechtigten Eheleute D.\_\_\_\_E.\_\_\_\_ ("Declaration of identity of the beneficial owner"; act. 21 Rz. 39; act. 22/4; act. 30 Rz. 340). Ebenfalls am 24. November 2009 unterzeichnete I.\_\_\_\_ für die Klägerin die "Conditions for trading in Derivatives and Forward Contracts", die Formulare "G.\_\_\_\_ INSIGHT Electronic Services" und "INSIGHT Activation Form FT" sowie eine "INSTRUCTION TO INVEST IN TIME DEPOSITS PLACED WITH TURKISH BANKS AND/OR WITHIN THE G.\_\_\_\_ NETWORK" (act. 21 Rz. 46 und Rz. 83; act. 22/7 und 22/15a-b; act. 30 Rz. 68; act. 31/27). Die Vermögenswerte des Ehepaars D.\_\_\_\_E.\_\_\_\_ wurden hernach auf das Konto/Depot der neu gegründeten Klägerin bei der Beklagten übertragen und in der Folge von der Klägerin gehalten; die Vermögenswerte beliefen sich im Zeitpunkt der Übertragung auf rund USD 2'000'000.– (act. 1 Rz. 11; act. 21 Rz. 155). Am 15. Dezember 2009 unterzeichnete die Beklagte bzw. deren damaliger Kundenberater K.\_\_\_\_ – nicht aber die Klägerin – das Dokument "My personal investment profile" (act. 21 Rz. 46; act. 22/6, act. 30 Rz. 135 ff., Rz. 343). Am 11. Januar 2010 unterzeichnete I.\_\_\_\_ für die Klägerin ein "Credit Agreement" mit der Beklagten (act. 21 Rz. 47; act. 22/8 und act. 30 Rz. 344). Es wurde weder ein schriftlicher Anlageberatungs- noch ein schriftlicher Vermögensverwaltungsvertrag eingereicht.

### **E. 2.1.2**

Am tt.mm.2011 wurde die G.\_\_\_\_ von der Beklagten übernommen (act. 1 Rz. 12; act. 21 Rz. 42 und Rz. 156; act. 22/5 S. 1 und S. 59).

### **E. 2.1.3**

Am 5. November 2012 bestätigte D.\_\_\_\_ in C.\_\_\_\_ unterschriftlich, dass er mit den Bedingungen des von der Beklagten an die Klägerin gewährten Kreditrahmens ("Credit Line") einverstanden sei ("Granting of a Credit Line"; act. 22 Rz. 47; act. 22/9; act. 30 Rz. 345 ff.). Am 5. November 2013 unterzeichnete D.\_\_\_\_ sodann ein "Framework Agreement on Instructions for Specific Transactions" (act. 1 Rz. 36; act. 3/23). Gemäss unbestrittenem Vorbringen der Beklagten ersetzte dieses "Framework Agreement [...]" das obgenannte Dokument "Conditions for trading in Derivatives and Forward Contracts" vom 24. November 2009 (act. 21 Rz. 183; act. 22/7 und act. 30 Rz. 469 mit Verweisen). Ebenfalls am 5. November 2013 unterzeichnete D.\_\_\_\_ eine Empfangsbestätigung betreffend die

- 20 - Dokumente "Information der SBVg über die Bekanntgabe von Kundendaten im Zahlungsverkehr, bei Wertschriften und anderen Transaktionen im Zusammenhang mit SWIFT" und "Merkmale und Risiken von bestimmten Finanzgeschäften" (act. 1 Rz. 111; act. 3/60). Wie erwähnt, hat die Klägerin zudem gemäss eigenen Angaben (spätestens) seit dem 15. April 2014 Kenntnis von den "General Conditions" der Beklagten in der Version vom Januar 2013 und der Ergänzung zu deren Art. 17 (act. 1 Rz. 209; act. 3/4 und 3/101).

### **E. 2.2**

Involvierte Kundenberater Anfänglich war noch K.\_\_\_\_ als Kundenberater für die Klägerin bzw. das Ehepaar D.\_\_\_\_E.\_\_\_\_ zuständig. Anfang 2011 wurde K.\_\_\_\_ als Kundenberater von H.\_\_\_\_ (heute: H1.\_\_\_\_; act. 47/1) abgelöst (act. 1 Rz. 15 und Rz. 18; act. 21 Rz. 156). Diese traf das Ehepaar D.\_\_\_\_E.\_\_\_\_ erstmals anlässlich eines Besuchs in C.\_\_\_\_ am 7. März 2011 (act. 1 Rz. 18; act. 21 Rz. 162). Sodann war L.\_\_\_\_ der Assistent von H.\_\_\_\_ (act. 1 Rz. 43). H.\_\_\_\_ blieb auch nach Übernahme der G.\_\_\_\_ durch die Beklagte weiterhin als Kundenberaterin für die Klägerin zuständig.

### **E. 2.3**

Kommunikation zwischen den Parteien Die Klägerin bzw. das Ehepaar D.\_\_\_\_E.\_\_\_\_ hatte (nach Übernahme der G.\_\_\_\_ durch die Beklagte) noch bis Ende Mai 2012 unbestrittenermassen die Möglichkeit, über den bis dahin verfügbaren "G.\_\_\_\_ Insight Electronic Service" online in ihre Bankunterlagen Einsicht zu nehmen (act. 21 Rz. 83). Dies war, wie erwähnt, die von der Klägerin im Rahmen der Kontoeröffnung festgelegte Zustellungsart. Vom Online-Banking machte die Klägerin bzw. das Ehepaar D.\_\_\_\_E.\_\_\_\_ keinen Gebrauch; gemäss klägerischem Vorbringen aktivierte das Ehepaar D.\_\_\_\_E.\_\_\_\_ das entsprechende Passwort nie (act. 30 Rz. 393; act. 39 Rz. 262). Unbestritten ist, dass die Eheleute D.\_\_\_\_E.\_\_\_\_ keine Zustellung von Bankunterlagen an ihre Adresse in der Türkei wünschten. Bankauszüge haben die Eheleute D.\_\_\_\_E.\_\_\_\_ nie verlangt. Bestritten ist hingegen, dass die Eheleute D.\_\_\_\_E.\_\_\_\_ auch keine Zustellung von irgendwelchen Bankunterlagen in ihr Dossier bei der Beklagten wollten: Die Beklagte ist – anders als die Klä-

- 21 - gerin – der Auffassung, es habe eine Banklagernd-Vereinbarung bestanden (act. 1 Rz. 21 und Rz. 23; act. 21 Rz. 83 f. und Rz. 166; act. 30 Rz. 233 ff.; act. 39 Rz. 188). Fest steht jedoch, dass das Ehepaar D.\_\_\_\_E.\_\_\_\_ und die Beklagte – nebst Besuchen von H.\_\_\_\_ und L.\_\_\_\_ in C.\_\_\_\_ – auch telefonischen Kontakt hatten (act. 1 Rz. 30 ff., Rz. 42, Rz. 58 ff.). Die Inhalte dieser Kontakte und der diesbezüglichen Rapporte sind wiederum (weitgehend) strittig. Soweit relevant wird darauf im Rahmen der nachfolgenden Beurteilung näher einzugehen sein.

### **E. 2.4**

Anlagen und Transaktionen

#### **E. 2.4.1**

Nach Gründung der Klägerin wurde über deren Konto/Depot bei der G.\_\_\_\_ (und hernach bei der Beklagten) eine Vielzahl von verschiedenen Anlagegeschäften getätigt, wobei diese teilweise durch Darlehen fremdfinanziert waren (Leverage-Effekt). Im Jahr 2009 hatte D.\_\_\_\_ über eine bei der Bank M.\_\_\_\_ in F.\_\_\_\_ geführte Bankverbindung begonnen, sporadisch mit Goldoptionen zu handeln ("experimentieren"). Zudem wurde bei der Beklagten am 27. Januar 2010 eine Goldoption auf Rechnung der Klägerin verkauft. Vereinzelt schlug K.\_\_\_\_ auch Devisentermingeschäfte zur Absicherung von Währungsschwankungen vor. Am 26. April 2011 erteilte D.\_\_\_\_ – gemäss Ausführungen der Klägerin erstmals – H.\_\_\_\_, mithin der Beklagten, den Auftrag, Goldoptionen auf dem dort gehaltenen Vermögen zu schreiben, was instruktionsgemäss erfolgte. In der Folge erteilte D.\_\_\_\_ der Beklagten bis August 2011 weitere Aufträge betreffend Goldoptionengeschäfte. Aufgrund des Anstiegs des Goldpreises im Sommer 2011 stellte die Klägerin die ausstehenden Optionen glatt, um Verluste zu minimieren, wobei auf dem bei der Beklagten gehaltenen Vermögen dennoch ein Verlust von (bestrittenen) USD 733'000.– resultierte. Das bei der Bank M.\_\_\_\_ gelegene Vermögen – USD 2'500'000.– gemäss Angaben der Klägerin – ging aufgrund der dort getätigten Goldoptionengeschäfte vollständig verlustig (act. 1 Rz. 14 ff., Rz. 24 f.; act. 3/6-20, 3/29; act. 21 Rz. 124, Rz. 160, Rz. 169 f.; act. 22/16).

#### **E. 2.4.2**

Sodann ist unbestritten, dass über das klägerische Konto/Depot – nebst den obgenannten Goldoptions- und weiteren, teilweise fremdfinanzierten Anlagegeschäften – im Zeitraum

vom 9. Januar 2012 bis 17. Januar 2014 die streitgegen- ständlichen Devisenoptionsgeschäfte getätigt wurden. Konkret wurden über das

- 22 - klägerische Konto/Depot insgesamt 69 Call-Optionen verkauft bzw. geschrieben (teils auf dem Währungspaar USD/TRY, teils auf dem Währungspaar EUR/TRY). Mit diesen Devisenoptionsgeschäften wurden im Zeitraum vom 9. Januar 2012 bis 9. April 2013 Gewinne erzielt. Hingegen waren diese Devisenoptionsgeschäfte im Zeitraum vom 19. April 2013 bis 17. Januar 2014 infolge Abschwächung der Türki- schen Lira (weitgehend) verlustreich. Es kam verschiedentlich zu Rückkäufen bzw. Glattstellungen (act. 1 Rz. 50 ff., Rz. 56, Rz. 71, Rz. 164, Rz. 169; act. 3/29 und 3/29/1-69; act. 21 Rz. 12, Rz. 102).

#### **E. 2.4.3**

In der ersten Januarhälfte 2014 stockte D.\_\_\_\_\_ das klägerische Portfolio mittels mehrerer Zahlungen über Drittkonten verschiedener Personen um insge- samt USD 600'000.– auf (act. 1 Rz. 38 ff.; act. 3/96-100; act. 21 Rz. 186 ff.). Auf die genauen Umstände dieser Aufstockung wird im Rahmen der nachfolgenden Beurteilung näher einzugehen sein.

#### **E. 2.4.4**

Ferner ist unbestritten, dass im Zeitraum vom 24. Juni 2013 bis 7. Januar 2014 insgesamt sechs rechtsgrundlose Zahlungen – veranlasst durch die Beklagte bzw. H.\_\_\_\_\_ – in verschiedenen Währungen von diversen Drittkonten (anderer Inhaber) auf das klägerische Konto/Depot geflossen sind, und dass die entspre- chenden Beträge von der Beklagten Ende November/Anfang Dezember 2014 per ursprünglichem Valuta-Datum wieder zurückgebucht wurden (act. 1 Rz. 71 ff.; act. 3/46-58; act. 21 Rz. 227 f.; act. 22/2-3).

#### **E. 2.5**

Vermögensstände

##### **E. 2.5.1**

Folgende Gesamt-Saldi (in USD) sind für das von der Klägerin bei der Be- klagten gehaltene Portfolio Nr. 1 (neu 2) – soweit behauptet – unbestritten (act. 1 Rz. 181; act. 3/9 und 3/67-68; act. 21 Rz. 49 und Rz. 62; act. 22/10-11; act. 22/14; act. 39 Rz. 167): – per 31. Dezember 2010: USD 2'276'081.24; – per 31. Dezember 2011: USD 1'949'613.41; – per 31. Dezember 2012: USD 2'436'320.00; – per 31. Dezember 2014: USD 480'747.00 -; – per 16. Februar 2016: USD 454'246.00 -.

- 23 -

##### **E. 2.5.2**

Die Parteien haben noch zahlreiche weitere Vermögensübersichten, Konto- auszüge und Transaktionsbelege eingereicht, die darin wiedergegebenen Zahlen in ihren Rechtschriften aber meist nur auszugsweise behauptet (z.B.: Vermögens- stände per 30. Juni 2013 und 31. Dezember 2013; act. 1 Rz. 121; act. 3/62-63). Soweit relevant wird auf diese Dokumente im Rahmen der nachfolgenden Beurtei- lung näher einzugehen sein.

#### **E. 2.6**

Strafverfahren Am 3. März 2014 erhob die Beklagte Strafanzeige gegen ihre Kundenberaterin H.\_\_\_\_\_ wegen Verdachts auf Urkundenfälschung und Vermögensdelikte im Zu- sammenhang mit zahlreichen Kunden der Beklagten (act. 31/4). In der Folge führte die Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich eine Strafuntersuchung gegen H.\_\_\_\_\_

(Referenz-Nr. BAST/2014/191100036). Im Rahmen dieser Untersuchung wurden unter anderem H.\_\_\_\_\_ als Beschuldigte, L.\_\_\_\_\_ als Zeuge und D.\_\_\_\_\_ als Auskunftsperson einvernommen (act. 31/1, 31/4-7, 31/9, 31/11, 31/21, 31/24, 31/30, 31/33). Diese Untersuchung mündete in der Anklage vom 26. September 2016 (act. 35/1). Mit Urteil der 9. Abteilung des Bezirksgerichts Zürich vom 23. August 2017 wurde H.\_\_\_\_\_ der mehrfachen ungetreuen Geschäftsbesorgung im Sinne von Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 StGB, der mehrfachen Urkundenfälschung im Sinne von Art. 251 Ziff. 1 StGB sowie der mehrfachen qualifizierten Veruntreuung im Sinne von Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB in Verbindung mit Art. 138 Ziff. 2 StGB schuldig gesprochen und mit einer teilbedingten Freiheitsstrafe von 30 Monaten bestraft (act. 47/1). Weiter wurde im Zivilpunkt festgestellt, dass H.\_\_\_\_\_ gegenüber der Klägerin (Privatklägerin Nr. 13 bzw. Kunde Nr. 19 im Strafverfahren; act. 31/22 und act. 46 Rz. 6) aus dem eingeklagten Ereignis dem Grundsatz nach schadenersatzpflichtig ist. Zur genauen Feststellung des Umfangs der Schadenersatzansprüche wurde die Klägerin auf den Weg des Zivilprozesses verwiesen (act. 47/1 S. 5). Die Beklagte wird nicht als Privatklägerin gegen H.\_\_\_\_\_ aufgeführt, sondern als "andere Verfahrensbeteiligte" (act. 47/1 S. 3). Das Urteil vom 23. August 2017 ist noch nicht rechtskräftig, da Berufung erhoben wurde (act. 49 S. 3).

- 24 -

### **E. 3**

Hauptklage: Übersicht

#### **E. 3.1**

Konkret verlangte die Klägerin in der Klagebegründung "Schadenersatz aufgrund pflichtwidriger Einzelanlagen" aus Anlageberatungsvertrag mit beschränkter, eventualiter voller Vorteilsanrechnung (Ziff. 1 und 2 des ursprünglichen Rechtsbegehrens; act. 1 Rz. 148 ff.). Subeventualiter verlangte die Klägerin in der Klagebegründung "Schadenersatz aufgrund einer pflichtwidrigen Anlagestrategie" aus Anlageberatungs- oder Vermögensverwaltungsvertrag (Ziff. 3 des ursprünglichen Rechtsbegehrens; act. 1 Rz. 174 ff.).

#### **E. 3.2**

In der Replik modifizierte die Klägerin ihr Rechtsbegehren und ergänzte dieses um vier weitere Subeventualbegehren (act. 30 S. 2 f.): Sie verlangt nun – weiterhin aus Anlageberatungsvertrag – Schadenersatz aufgrund pflichtwidriger Einzelanlagen mit beschränkter, eventualiter voller Vorteilsanrechnung (Ziff. 1 und 2 des modifizierten Rechtsbegehrens; act. 30 Rz. 43 ff. und Rz. 102 ff.). Subeventualiter verlangt die Klägerin in der Replik Schadenersatz aus Vermögensverwaltungsvertrag aufgrund einer pflichtwidrigen Anlagestrategie wie folgt: Einerseits aus "Verwaltungsmandat beschränkt auf Treuhandanlagen und Festgelder" und – als Untervariante – aus "Verwaltungsmandat im Einklang mit der bislang verfolgten Anlagestrategie" (Ziff. 3 des modifizierten Rechtsbegehrens), sowie andererseits aus "Verwaltungsmandat zwecks Handel mit Optionen" (Ziff. 4 bis 7 des modifizierten Rechtsbegehrens; act. 30 Rz. 114 ff. und Rz. 194 ff., Rz. 200 ff., Rz. 209 ff.).

#### **E. 3.3**

Sodann verlangt die Klägerin gestützt auf den Vermögensverwaltungsvertrag die Rückerstattung von USD 600'000.– (Portfolio-Aufstockung im Januar 2014; act. 30 Rz. 222

ff.). Diesbezüglich enthält das klägerische Rechtsbegehren keinen eigenen (Subeventual-)Antrag.

### **E. 3.4**

Die verschachtelten Ausführungen der Klägerin (insbesondere in der Replik; act. 30 Rz. 194 ff., Rz. 200 ff. und Rz. 209 ff.) sind – wie von der Beklagten zu Recht gerügt wird (act. 39 Ziff. 164) – teilweise schwer nachvollziehbar und dementsprechend den einzelnen Argumentationssträngen der Klägerin (wenn überhaupt) nur mit erheblichem Aufwand zuzuordnen.

- 25 -

### **E. 3.5**

Die nachfolgende Beurteilung der Hauptklage befasst sich zunächst mit dem geltend gemachten Schadenersatzanspruch aus Anlageberatungsvertrag (Ziff. 1 und 2 des modifizierten Rechtsbegehrens), anschliessend mit dem geltend gemachten Schadenersatzanspruch aus Vermögensverwaltungsvertrag ("Verwaltungsmandat beschränkt auf Treuhandanlagen und Festgelder" bzw. "[...] im Einklang mit der bislang verfolgten Anlagestrategie"; Ziff. 3 des modifizierten Rechtsbegehrens), hernach mit dem anderweitig geltend gemachten Schadenersatzanspruch aus Vermögensverwaltungsvertrag ("Verwaltungsmandat zwecks Handel mit Optionen"; Ziff. 4 bis 7 des modifizierten Rechtsbegehrens), und schliesslich mit der verlangten Rückerstattung der Aufstockung von USD 600'000.– (kein Rechtsbegehren).

### **E. 4**

Schadenersatzanspruch aus Anlageberatungsvertrag (Ziff. 1 und 2 des modifizierten Rechtsbegehrens)

#### **E. 4.1**

Standpunkt der Klägerin

##### **E. 4.1.1**

Die Klägerin macht im Hauptstandpunkt (Ziff. 1 und 2 des modifizierten Rechtsbegehrens) einen Schadenersatzanspruch aus Anlageberatungsvertrag geltend und wirft der Beklagten verschiedene Pflichtverletzungen vor. Ausgangspunkt der klägerischen Argumentation sind die Verluste aus den Goldoptionsgeschäften vor/bis August 2011: Die Klägerin bzw. D.\_\_\_\_\_ habe infolge der massiven Verluste aus den Goldoptionen gegenüber der Beklagten bzw. H.\_\_\_\_\_ nach August 2011 eine konservative Anlagestrategie instruiert. Die Beklagte habe darauf den Anlageberatungsvertrag verletzt, indem sie bzw. H.\_\_\_\_\_ eigenmächtig – d.h. ohne entsprechende Instruktion, Kenntnis und/oder Genehmigung seitens der Klägerin – Devisenoptionsgeschäfte getätigt habe. H.\_\_\_\_\_ habe diese unautorisierten Geschäfte durch Fälschung von Contact Reports und Vermögensverschiebungen von Drittkonten verschleiert, mithin die Klägerin getäuscht. Die Genehmigungsfiktion greife vorliegend nicht (act. 1 Rz. 24 ff., Rz. 48 ff., Rz. 58 ff. Rz. 71 ff., Rz. 82 ff.; act. 30 Rz. 56 ff., Rz. 88 ff., Rz. 98 ff., Rz. 225 ff., Rz. 461).

##### **E. 4.1.2**

Selbst wenn davon ausgegangen würde, die Klägerin bzw. das Ehepaar D.\_\_\_\_\_E.\_\_\_\_\_ habe von den Devisenoptionsgeschäften gewusst oder diese gar

- 26 - genehmigt, habe die Beklagte ihre vertraglichen Treue- und Sorgfaltspflichten verletzt: H. \_\_\_\_\_ habe als Kundenberaterin nicht über die nötigen Fachkenntnisse für die getätigten Devisenoptionsgeschäfte in der Währung eines "Emerging Market" (Türkische Lira) verfügt (Übernahmeverschulden; act. 1 Rz. 86 ff., Rz. 93 ff.; act. 30 Rz. 408 f.). Weiter habe die Beklagte die "Know-Your-Customer-Rule" verletzt, indem sie ihren vorvertraglichen Beratungs- und Aufklärungspflichten, insbesondere der Erkundigungspflicht nicht nachgekommen sei und kein Kundenprofil erstellt habe (act. 1 Rz. 101 ff.). Sodann habe die Beklagte ihre Aufklärungspflicht verletzt, indem sie die Klägerin bzw. die für diese handelnden Personen zu keiner Zeit über die Risiken aufgeklärt habe, die mit ungedeckten Optionen auf die Kursentwicklung der Währung eines "Emerging Market" verbunden seien (act. 1 Rz. 105 ff.). Überdies habe die Beklagte ihre Überwachungs- und Informationspflicht verletzt, indem sie die Klägerin nicht über die laufende Marktentwicklung, insbesondere den Abschwung der Türkischen Lira als Folge der Gezi-Park-Proteste im Mai 2013 informiert habe (act. 1 Rz. 114 ff.). Weiter habe die Beklagte die Klägerin nie auf die Problematik der mangelnden Diversifikation und der damit verbundenen Risiken hingewiesen (act. 1 Rz. 119 ff.). Schliesslich habe die Beklagte auch vertragliche, gesetzliche, branchen- und aufsichtsrechtliche Kontroll- und Überwachungspflichten verletzt, da es bankintern faktisch keine funktionierenden Compliance-Strukturen gegeben habe (act. 1 Rz. 124 ff.; act. 30 Rz. 253 ff.).

#### **E. 4.1.3**

All diese (angeblichen) Pflichtverletzungen hätten den Verlust des von der Klägerin bei der Beklagten gehaltenen Vermögens, mithin einen Schaden adäquat kausal verursacht (act. 1 Rz. 146 ff., Rz. 191 ff.; act. 30 Rz. 112 ff., Rz. 296 ff., Rz. 504). Nach Art. 97 Abs. 1 OR habe die Beklagte der Klägerin diesen Schaden zu ersetzen (act. 1 Rz. 175 bezüglich Rz. 146 ff.: "Auch in diesem Falle [...]"). Der Schaden belaufe sich (korrigiert) auf TRY 8'198'040.– bzw. eventualiter auf TRY 7'413'340.– (act. 1 Rz. 146 ff.; act. 30 S. 2 f. und Rz. 105 ff.). Das Verschulden der Beklagten sei zu vermuten (act. 1 Rz. 201 ff.), wobei die Beklagte ein grobes bzw. gravierendes Verschulden treffe (act. 30 Rz. 320 ff.). Die Klägerin hingegen treffe kein bzw. (eventualiter) nur ein geringes Mitverschulden (act. 30 Rz. 307 ff.).

- 27 -

#### **E. 4.2**

Standpunkt der Beklagten

##### **E. 4.2.1**

Die Beklagte bestreitet den klägerischen Standpunkt konsequent und umfangreich. Sie geht ihrerseits von einem de facto Vermögensverwaltungsvertrag bzw. von einem Anlageberatungsvertrag sui generis aus. Es habe kein Anlageberatungsvertrag bestanden und ein solcher wäre ohnehin nicht verletzt worden. Die von der Klägerin nachträglich monierten Transaktionen stellten keine Vertragsverletzungen dar: Die Eheleute D. \_\_\_\_\_ E. \_\_\_\_\_ seien keineswegs die konservativen Anleger gewesen, als die sie sich darzustellen versuchten. Sie hätten seit jeher mit Optionen spekuliert und dabei in der Vergangenheit namentlich auch massive Verluste in Kauf genommen. Sie seien aggressive Spekulanten und auch nach August 2011 mit den von H. \_\_\_\_\_ getätigten Optionsgeschäften einverstanden gewesen. Der Wechsel zu einer konservativen Anlagestrategie nach August 2011 habe nie stattgefunden. Die Eheleute D. \_\_\_\_\_ E. \_\_\_\_\_

hätten H.\_\_\_\_\_ bei der Verwaltung ihres Portfolios einen grossen Spielraum, mithin eine Generalermächtigung eingeräumt. Die Eheleute D.\_\_\_\_\_E.\_\_\_\_\_ hätten von den über ihr Konto getätigten Devisenoptionen gewusst und seien über die mit Optionsgeschäften verbundenen Risiken aufgeklärt gewesen. Zudem hätten sie bewusst darauf verzichtet, sich über die Einzelheiten der über ihr Portfolio getätigten Investitionen ins Bild zu setzen. Überdies müsse sich die Klägerin bzw. das Ehepaar D.\_\_\_\_\_E.\_\_\_\_\_ die Genehmigungsfiktion entgegenhalten lassen. Die Contact Reports seien nicht gefälscht und es habe auch keinen Anlass zur Verschleierung der streitgegenständlichen Devisenoptionengeschäfte gegeben (act. 21 Rz. 1 ff., Rz. 44 ff., Rz. 53 ff., Rz. 63 ff., Rz. 74 ff., Rz. 82 ff., Rz. 87 ff., Rz. 94 ff., Rz. 105 ff., Rz. 111 ff., Rz. 207 ff., Rz. 225 ff.; act. 39 Rz. 79 ff., Rz. 83, Rz. 100 ff., Rz. 106 ff., Rz. 183 ff.).

#### **E. 4.2.2**

Sodann liege seitens der Beklagten keine Verletzung von Sorgfalts- und Treuepflichten vor; insbesondere treffe sie kein Übernahmeverschulden. H.\_\_\_\_\_ habe sehr wohl über die für Optionsgeschäfte erforderlichen Sachkenntnisse verfügt. Beim klägerischen Vorhalt, bei der Beklagten seien funktionierende Compliance-Strukturen faktisch abwesend gewesen, handle es sich um eine unzutreffende Unterstellung; es seien keine Defizite in den beklagten Kontroll- und Com-

-pliance-Strukturen auszumachen (act. 21 Rz. 61, Rz. 97 ff., Rz. 275; act. 39 Rz. 44, Rz. 197 ff., Rz. 275).

#### **E. 4.2.3**

Weiter bestreitet die Beklagte die klägerische Schadensberechnung bis zuletzt: Das Quantitativ des angeblichen Schadens sei nicht nachvollziehbar. Die Klägerin habe es auch in der Replik unterlassen, den angeblich entstandenen Schaden gemäss den bundesgerichtlichen Vorgaben zu substantiieren. Der Kausalzusammenhang zwischen den behaupteten Pflichtverletzungen und dem angeblichen Schaden sei nicht gegeben; die Klägerin habe nicht aufgezeigt, welche konkrete Pflichtverletzung konkret welchen Schaden verursacht haben soll. Die Klägerin treffe vielmehr ein massives, kausalitätsunterbrechendes Selbstverschulden, welches eventualiter bei der Schadensbemessung zu berücksichtigen sei. Da die Voraussetzungen für eine Haftung der Beklagten nicht gegeben seien, bestehe auch kein Anlass, den Exkulpationsbeweis zu erbringen (act. 21 Rz. 14 ff., Rz. 116 ff., Rz. 127 ff., Rz. 146 ff., Rz. 175 ff., Rz. 283 ff., Rz. 306 ff., Rz. 310 ff.; act. 39 Rz. 111 ff., Rz. 118 f., Rz. 163 ff., Rz. 219 ff., Rz. 224 ff., Rz. 281, Rz. 306).

#### **E. 4.3**

Vorbemerkungen Konto-/Depotinhaberin ist die Klägerin. Über das Rechtsverhältnis zwischen der Klägerin und dem Ehepaar D.\_\_\_\_\_E.\_\_\_\_\_ ist nichts bekannt, und die Parteien machen dazu auch keine Ausführungen. Die Eheleute D.\_\_\_\_\_E.\_\_\_\_\_ als wirtschaftlich Berechtigte des klägerischen Kontos/Depots stehen mit der Beklagten in keiner direkten Vertragsbeziehung, verfügen aber über eine umfassende Bankvollmacht. Es ist unbestritten, dass sämtliche nach dem 24. November 2009 erfolgten Handlungen des Ehepaars D.\_\_\_\_\_E.\_\_\_\_\_ gegenüber der Beklagten der Klägerin zuzurechnen sind und umgekehrt; beide Parteien betrachten die Klägerin und die Eheleute D.\_\_\_\_\_E.\_\_\_\_\_ als Einheit (act. 1 Rz. 8; act. 21 Rz. 40 und Rz. 152). Ebenso sind der Klägerin die Handlungen ihres einzelzeichnungsberechtigten Direktors, I.\_\_\_\_\_, anzurechnen. Auf wessen Initiative

hin die Klägerin gegründet und dieses Vermögen übertragen wurde, ist umstritten (act. 1 Rz. 11; act. 21 Rz. 155), für die Beurteilung jedoch irrelevant.

- 29 -

#### **E. 4.4**

Vertragsqualifikation

##### **E. 4.4.1**

Ausgangslage Die Klägerin geht von einem Anlageberatungsvertrag aus, die Beklagte von einem de facto Vermögensverwaltungsvertrag bzw. einem Anlageberatungsvertrag sui generis (oben Ziff. 4.1.1 und Ziff. 4.2.1).

##### **E. 4.4.2**

Rechtliches Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts kommen für die Abwicklung von Börsengeschäften für die Kundschaft grundsätzlich drei verschiedene Vertragsbeziehungen in Betracht: die Vermögensverwaltung, die Anlageberatung und die blosses Konto-/Depot-Beziehung. Mit dem Vermögensverwaltungsvertrag beauftragt der Kunde die Bank, die Verwaltung eines bestimmten Vermögens gegen Honorar selbständig im Rahmen der vereinbarten Anlagestrategie und zwecks Erreichens des persönlichen Anlageziels des Kunden zu besorgen. Von der Vermögensverwaltung, bei der die Bank die auszuführenden Transaktionen im Rahmen der Sorgfalts- und Treuepflicht sowie der vereinbarten Anlagestrategie selbst bestimmt, unterscheidet sich die Anlageberatung durch die Zuständigkeit des Kunden für den Anlageentscheid. Der Anlageberatungsvertrag zeichnet sich in Abgrenzung von der reinen Konto-/Depot-Beziehung dadurch aus, dass der Kunde die Anlageentscheidung zwar selbst trifft, die Bank ihm jedoch dabei beratend zur Seite steht (BGer 4A\_436/2016 vom 7. Februar 2017, E. 3.1, m.w.H.; BGE 133 III 97, E. 7.1, m.w.H.).

##### **E. 4.4.3**

Würdigung

###### **E. 4.4.3.1**

Gestützt auf die Vorbringen beider Parteien ist eine reine Konto-/Depotbeziehung bereits an dieser Stelle auszuschliessen. Da die Klägerin auf einen (bestrittenen) Anlageberatungsvertrag abstellt und daraus Rechte, mithin einen Schadensersatzanspruch ableitet, trägt sie grundsätzlich die Behauptungs- und Beweislast für das Bestehen eines Anlageberatungsvertrags. Angesichts der umfangreichen Bestreitungen der Beklagten trifft die Klägerin zudem eine über die Beweislast hinausgehende Substantiierungslast (mehr dazu unten Ziff. 4.5.2.4).

- 30 -

###### **E. 4.4.3.2**

Die genaue Qualifikation des zwischen den Parteien unbestrittenermassen bestehenden Vertragsverhältnisses ist vorliegend indessen nicht von Bedeutung und es muss darauf bei der Beurteilung von Ziff. 1 und 2 des modifizierten Rechtsbegehrens nicht näher eingegangen werden: Unabhängig vom Bestehen eines Anlageberatungs- oder Vermögensverwaltungsvertrags kann der Anleger nämlich eine Anlagestrategie verfolgen bzw. instruieren; der Unterschied zwischen diesen beiden Vertragsarten liegt, wie

ausgeführt, primär in der Zuständigkeit für die konkreten Anlageentscheide im Rahmen dieser Anlagestrategie. Sowohl der Anlageberatungs- als auch der Vermögensverwaltungsvertrag unterstehen grundsätzlich dem Recht des einfachen Auftrags (Art. 394 ff. OR; BERTSCHINGER, Sorgfaltspflichten der Bank bei Anlageberatung und Verwaltungsaufträgen, Diss. Zürich 1991, S. 14 ff.; EMCH/RENZ/ARPAGAU, Das Schweizerische Bankgeschäft, 7. Aufl., Zürich 2011, N 1752; GUTZWILLER, Rechtsfragen der Vermögensverwaltung, Zürich 2008, S. 26, S. 34 und S. 52), wobei die Weisungen des Auftraggebers (Klägerin) für den Auftragnehmer (Beklagte) verbindlich sind (Art. 397 Abs. 1 OR). Das Fundament der klägerischen Ausführungen bildet, wie dargelegt, die angebliche Instruktion einer konservativen Anlagestrategie nach August 2011, was eine Weisung im auftragsrechtlichen Sinn darstellt. Sollte sich diese Instruktion erstellen lassen, so wären allfällige Zuwiderhandlungen durch die Beklagte sowohl im Rahmen eines Anlageberatungs- als auch eines Vermögensverwaltungsvertrags als Verletzungen einer vertraglichen Pflicht (Nichtbefolgung der Weisungen der Klägerin) zu qualifizieren. Diese Auffassung scheint insbesondere auch die Klägerin zu vertreten, wenn sie ausführt, die angeblich pflichtwidrigen Anlagen seien erstmals am 9. Januar 2012 erfolgt, sei es nun im Rahmen eines Anlageberatungs- oder Vermögensverwaltungsvertrags (act. 1 Rz. 145, Rz. 176). Im Hinblick auf den behaupteten Schadenersatzanspruch (aufgrund der angeblichen Missachtung der nach August 2011 angeblich instruierten konservativen Anlagestrategie) macht es somit keinen Unterschied, ob nun ein Anlageberatungs- oder Vermögensverwaltungsvertrag bestand. Die von der Klägerin vorgenommene Unterscheidung zwischen "pflichtwidrigen Einzelanlagen" und "pflichtwidriger Anlagestrategie" (vgl. oben Ziff. 3.1 f.) spielt bei der Vertragsqualifikation keine Rolle, sondern wird im Rahmen der Schadensbeurteilung zum Tragen kommen.

- 31 -

#### **E. 4.4.3.3**

Daher ist sogleich auf die von der Klägerin behauptete(n) Pflichtverletzung(en) einzugehen, soweit diese sowohl bei Bestehen eines Anlageberatungs- als auch eines Vermögensverwaltungsvertrags relevant sind.

#### **E. 4.5**

Vertragsverletzung: Nichtbefolgen der Instruktion einer konservativen Anlagestrategie nach August 2011

##### **E. 4.5.1**

Ausgangslage

##### **E. 4.5.1.1**

Die Klägerin bringt als Fundament ihrer Klage vor, sie bzw. D.\_\_\_\_\_ habe infolge der massiven Verluste aus den Goldoptionen die Beklagte (bzw. H.\_\_\_\_\_) nach August 2011 zu einer konservativen Anlagestrategie instruiert. Die Beklagte habe darauf den (Anlageberatungs-)Vertrag verletzt, indem sie bzw. H.\_\_\_\_\_ eigenmächtig – d.h. ohne entsprechende Instruktion, Kenntnis und/oder Genehmigung seitens der Klägerin – Devisenoptionsgeschäfte getätigt habe (act. 1 Rz. 82 ff. statt vieler). Es habe die Instruktion bestanden, dass die Beklagte – ohne Mitwirkung der Klägerin – auslaufende Festgelder erneuern bzw. Bonds und Anleihen neu anlegen sollte. Ausserhalb dieser Instruktion sei es für die Beklagte jedoch nicht erlaubt gewesen, ohne ausdrückliche Zustimmung der

Klägerin bzw. der für sie handelnden Personen Transaktionen irgendwelcher Art vorzunehmen (act. 30 Rz. 53 ff. statt vieler). Die Beklagte bestreitet, dass der Wechsel zu einer konservativen Anlagestrategie nach August 2011 je stattgefunden habe. Die der Beklagten erteilte Generalermächtigung habe nebst "Erneuerung von auslaufenden Festgeldern" und "Neuanlage von Bonds und Anleihen" auch zweifelsohne die über das klägerische Konto getätigten Optionsgeschäfte erfasst (act. 21 Rz. 3 f. statt vieler; act. 39 Rz. 18 f., Rz. 84 ff.).

#### **E. 4.5.1.2**

Damit ist vorab unbestritten, dass die Klägerin der Beklagten – in welcher Form auch immer – eine Generalermächtigung, deren Umfang allerdings strittig ist, erteilt hat. Umstritten ist jedoch die Instruktion einer konservativen Anlagestrategie nach August 2011 und die Vertragsverletzung durch Nichteinhalten dieser angeblichen Weisung.

- 32 -

#### **E. 4.5.2**

Rechtliches

##### **E. 4.5.2.1**

Wie dargelegt, unterstehen sowohl der Anlageberatungs- als auch der Vermögensverwaltungsvertrag grundsätzlich dem Recht des einfachen Auftrags (Art. 394 ff. OR). Der Beauftragte hat damit nach Art. 398 Abs. 2 OR insbesondere für die getreue und sorgfältige Ausführung einzustehen (BGE 115 II 62, E. 3, m.w.H.), wobei die Weisungen des Auftraggebers für den Auftragnehmer verbindlich sind (Art. 397 Abs. 1 OR).

##### **E. 4.5.2.2**

Wer behauptet, ihm sei durch eine angeblich mangelhafte Vertragserfüllung ein Schaden entstanden, und gestützt auf Art. 97 Abs. 1 OR Schadenersatz beansprucht, hat nach der allgemeinen Regel von Art. 8 ZGB die Vertragsverletzung, den Schaden und den natürlichen sowie adäquaten Kausalzusammenhang zwischen Vertragsverletzung und Schaden zu beweisen (BGer 4A\_318/2015 vom 2. November 2015, E. 4).

##### **E. 4.5.2.3**

Die Behauptungslast folgt der Beweislast, d.h. sie darf nur derjenigen Partei überbunden werden, welche für die entsprechende Tatsache beweibelastet ist (BGer 4A\_709/2011 vom 31. Mai 2012, E. 3.1; BGer 4C.166/2006 vom 25. August 2006, E. 3). Die Behauptungslast verlangt, dass eine Partei diejenigen Tatsachen angibt, auf die sie ihre Begehren stützt (Art. 55 Abs. 1 ZPO). Die Behauptungslast beinhaltet insbesondere auch die Obliegenheit eines schlüssigen – d.h. widerspruchsfreien und vollständigen (SUTTER-SOMM/SCHRANK in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], a.a.O., Art. 55 N 21) – Tatsachenvortrages.

##### **E. 4.5.2.4**

Die Substantiierungslast verlangt, dass die erforderlichen Tatsachenbehauptungen überdies konkret und bestimmt vorgebracht werden (BSK ZPO-WILLIS-EGGER, a.a.O., Art. 221 N 29, m.w.H.). Dabei bestimmt das materielle Bundesrecht, wie weit ein Sachverhalt inhaltlich zu substantieren ist, damit er unter die massgeblichen Bestimmungen des materiellen Rechts subsumiert werden kann. Bestreitet der

Prozessgegner das an sich schlüssige Vorbringen der behauptungsbelasteten Partei, kann diese gezwungen sein, die rechtserheblichen Tatsachen nicht (mehr) nur in den Grundzügen, sondern so umfassend und klar darzulegen, dass darüber

- 33 - Beweis abgenommen werden kann. Mit anderen Worten trifft sie diesfalls eine über die Behauptungslast hinausgehende Substantiierungslast (BGE 127 III 365 E. 2.b, m.w.H.; BGer 4A\_410/2011 vom 11. Juli 2012, E. 6.1, m.w.H.; BGer 4A\_438/2010 vom 15. November 2010, E. 3.4.2.1, m.w.H.; SJZ 113/2017, S. 472, betreffend BGer 4A\_724/2016 vom 19. Juli 2017, m.w.H.).

### **E. 4.5.3**

Würdigung: Behauptung / Substantiierung der Instruktion einer konservativen Anlagestrategie nach August 2011

#### **E. 4.5.3.1**

Die Klägerin hat über die Beklagte vor/bis August 2011 unbestrittenermassen willentlich mit Goldoptionen gehandelt. Aufgrund der Goldoptionengeschäfte der Klägerin über die Beklagte resultierte im August 2011 ein Verlust von mehr als USD 733'000.– (act. 1 Rz. 24). Daneben handelte D.\_\_\_\_\_ (seit 2009) auch über die Bank M.\_\_\_\_\_ mit Goldoptionen. Nach eigenen Angaben der Klägerin verlor die Familie D.\_\_\_\_\_ E.\_\_\_\_\_ dabei das gesamte bei der Bank M.\_\_\_\_\_ befindliche Vermögen im Umfang von USD 2'500'000.– (act. 1 Rz. 25). Dieses Anlageverhalten der Klägerin bzw. von D.\_\_\_\_\_ zeigt (s)eine hohe Risikobereitschaft auf, zu- mindest für die Zeit vor/bis August 2011. Zudem befanden sich vor (und nach) August 2011 unbestrittenermassen strukturierte Produkte (UBS- und CS-Produkt) im klägerischen Portfolio. Damit sind die Behauptungen der Klägerin, wonach ihre Anlagestrategie seit jeher – auch nach den ersten Besprechungen mit H.\_\_\_\_\_ im März 2011 – konservativ gewesen sei (act. 1 Rz. 14, Rz. 18; act. 21 Rz. 157 ff.), und die Goldoptionengeschäfte ein "einmaliger Ausreisser" gewesen seien (act. 30 Rz. 450; act. 39 Rz. 288), durch ihre eigene Ausführungen widerlegt. Im Übrigen erwiese sich die klägerische Argumentation in dieser Hinsicht auch als nicht schlüssig: Wenn eine konservative Anlagestrategie seit jeher – mithin ab den ersten Besprechungen mit H.\_\_\_\_\_ im März 2011 – bestanden haben soll, müsste eine solche nach August 2011 ja nicht plötzlich eingeleitet bzw. instruiert werden. Mithin käme eine gewünschte konservative Anlagestrategie erst nach August 2011 in Frage, was eine Änderung der bisherigen Anlagestrategie bedeuten würde; denn vor August 2011 waren Optionengeschäfte offensichtlich Teil der teilweise fremdfinanzierten Anlagestrategie der Klägerin und ihre Risikobereitschaft entsprach damit nicht derjenigen einer konservativen Anlegerin. Gemäss eigenen Angaben

- 34 - handelte die Klägerin vor/bis August 2011 willentlich mit Goldoptionen, wobei D.\_\_\_\_\_ namentlich auch H.\_\_\_\_\_ entsprechende Aufträge erteilte. Da die streitgegenständlichen Devisenoptionen von Januar 2012 bis Januar 2014 gehandelt wurden, ist abzuklären, ob die von der Klägerin angeführte Instruktion einer konservativen Anlagestrategie nach den Verlusten mit den Goldoptionen im August 2011 erstellbar ist. Da die Klägerin aus der angeblichen Instruktion einer konservativen Anlagestrategie nach August 2011 (bzw. deren Verletzung) Rechte, mithin einen Schadenersatzanspruch ableitet, trägt sie vorab die Behauptungs- und Substantiierungslast sowie die Beweislast diesbezüglich. Sofern die Instruktion einer konservativen Anlagestrategie nach August 2011 erstellt werden kann, wäre in einem zweiten Schritt auf die angeblich pflichtwidrigen

Devisenoptionsgeschäfte ein- zugehen.

#### **E. 4.5.3.2**

Somit müsste die Klägerin zunächst dartun, wann sie H.\_\_\_\_\_ bzw. der Beklagten nach August 2011 konkret welche Strategie-Instruktionen gegeben hat und welches der Inhalt dieser Instruktionen gewesen ist. Die Klägerin hat nie klar ausgeführt, was ihre angeblich konservative Anlagestrategie nach August 2011 konkret beinhaltet haben soll. Auch hat die Klägerin nicht konkret dargelegt, wann, wo und wie genau sie die Beklagte nach August 2011 betreffend die konservative Anlagestrategie instruiert haben soll. Zeitpunkt, Art und Inhalt einer solchen emp- fangsbedürftigen Erklärung der Klägerin bleiben unklar. Selbst wenn H.\_\_\_\_\_ am 23. Dezember 2011 E.\_\_\_\_\_ versichert hätte, "derartige Risikoanlagen" würden inskünftig unterbleiben, wie die Klägerin behauptet (act. 1 Rz. 27), würde eine der- art vage Zusicherung weder eine klare Instruktion für eine konservative Anlagestra- tegie nach August 2011 bestätigen, noch einen entsprechenden Konsens darüber darstellen. Sollten sich die Ausführungen in act. 1 Rz. 29 auch auf den 23. Dezem- ber 2011 beziehen, so stünde zumindest die (bestrittene) Behauptung im Raum, die Klägerin bzw. das Ehepaar D.\_\_\_\_\_E.\_\_\_\_\_ sei als Folge der erlittenen Verlus- te übereingekommen (d.h. zum Entschluss gelangt), inskünftig die von D.\_\_\_\_\_ be- reits eingeleitete konservative Strategie weiter zu verfolgen und einstweilen vorab in Festgelder und Treuhandanlagen zu investieren. Entsprechend hätte H.\_\_\_\_\_ – gemäss bestrittenem Vorbringen der Klägerin – also am 23. Dezember 2011 in C.\_\_\_\_\_ zugesichert, keine anderen Geschäfte mehr zuzulassen und mit den anvi-

- 35 - sierten konservativen Anlagen eine Erholung des Portfolios herbeizuführen. Zur konkreten Art und Diversifikation ihrer "anvisierten konservativen Anlagen" macht die Klägerin bis zuletzt keine detaillierten Ausführungen. Angesichts der umfangrei- chen Bestreitungen der Beklagten (act. 21 Rz. 167 ff.) wäre die Klägerin aber ge- halten gewesen, im Detail aufzuzeigen, welche nach ihrem Verständnis konservati- ven Produkte sie ab welchem Zeitpunkt – z.B. ab August 2011 oder ab 23. Dezember 2011 – konkret in welcher Diversifikation anlegen wollte und wie sie diesen Willen gegenüber der Beklagten geäussert hat. Dies hat sie nicht getan. Vielmehr macht die Klägerin zur Anlagestrategie nach August 2011 unterschiedli- che Ausführungen: Sie spricht – beispielhaft – teilweise nur von Festgeldanlagen (act. 1 Rz. 33; act. 30 Rz. 402), teilweise von Festgeld- und Treuhandanlagen (act. 1 Rz. 29), teilweise auch von strukturierten Produkten (act. 1 Rz. 26), teilweise von Treuhandanlagen und festverzinslichen Anleihen (act. 1 Rz. 36), teilweise von festverzinslichen Bonds (act. 1 Rz. 189), teilweise von Erneuerung auslaufender Festgelder und Neuanlage von Bonds und Anleihen (act. 30 Rz. 54 und Rz. 68 ff.), teilweise von Reinvestition ausgelaufener Festgelder und Anleihen (act. 30 Rz. 105), teilweise von Fixed-Income-Produkten, die auch hätten fremdfinanziert werden können (act. 30 Rz. 205), teilweise von Festgeldanlagen und Anleihen (act. 30 Rz. 431), teilweise von Festgeldern, Bonds und Anleihen (act. 30 Rz. 501). Weiter erhellt nicht, was die Klägerin meint, wenn sie von der "von D.\_\_\_\_\_ bereits eingeleitete[n] konservativen Strategie" spricht (act. 1 Rz. 29), zumal die klägeri- sche Anlagestrategie vor August 2011, wie dargelegt, keinesfalls konservativ war. Aus dem unbestrittenen Umstand, dass D.\_\_\_\_\_ im August 2011 sämtliche im De- pot der Beklagten vorhandenen Anleihen – mit Ausnahme des UBS- und des CS- Produkts – veräussert und die gesamten ausstehenden Darlehen zurückgeführt hat (act. 1 Rz. 26), lässt sich angesichts der beklagtischen Darstellung (act. 21 Rz. 167 ff.) nicht zwingend ableiten, dass und inwiefern nach August

2011 eine konservative Strategie instruiert bzw. vereinbart bzw. eingeleitet worden wäre.

#### **E. 4.5.3.3**

Dieses Verhalten könnte höchstens ein Indiz für eine beabsichtigte Strategieänderung nach August 2011 bilden. Angesichts der vor/bis August 2011 getätigten Anlagegeschäfte und der Vielfalt an möglichen Anlagegeschäften generell kann im Umkehrschluss jedoch nicht leichthin angenommen werden, die Klägerin bzw.

- 36 - die Eheleute D. \_\_\_\_\_ E. \_\_\_\_\_ seien nach August 2011 zweifelsohne plötzlich konservative Anleger geworden. Insbesondere hat D. \_\_\_\_\_ am 5. November 2012, als die streitgegenständlichen Devisenoptionen gewinnbringend waren, die bereits erwähnte Rahmenkreditvereinbarung unterzeichnet, die laut Inhalt gerade auch zur Deckung von Margenanforderungen bei Optionsgeschäften verwendet werden konnte (wobei eine tatsächliche Verwendung bestritten ist; act. 21 Rz. 47; act. 22/9 S. 2 [dort Ziff. 4.5]; act. 30 Rz. 345 ff.). Insgesamt bleibt aufgrund der klägerischen Sachdarstellung unklar, einerseits worin die von ihr angeblich gewollte konservative Anlagestrategie ab wann konkret bestanden haben soll, andererseits wann, wie und wo H. \_\_\_\_\_ durch die Klägerin hinsichtlich einer konservativen Anlagestrategie nach August 2011 instruiert worden sein soll; deshalb kann eine solche Instruktion auch nicht zum Beweis verstellt werden. In diesem Zusammenhang erhellt ebenso wenig, was die Klägerin im (Sub-)Subeventualstandpunkt mit der "bislang verfolgten Anlagestrategie" meint (act. 30 Rz. 200 ff.), zumal die vor/bis August 2011 getätigten Anlagen ja gerade auch die gehandelten Goldoptionen umfassten. Zudem befanden sich unbestrittenermassen strukturierte Produkte im Portfolio der Klägerin. Entsprechend ist es unzutreffend, dass sich das klägerische Portfolio seit der Kontoeröffnung im November 2009 bis im August 2011 – mit Ausnahme der "ganz am Anfang [wohl 2010] noch durch K. \_\_\_\_\_ vorgeschlagenen Optionsgeschäfte zur Währungsabsicherung" – ausschliesslich aus festverzinslichen Anleihen und Festgeldern zusammengesetzt haben soll (act. 30 Rz. 203). Implizit räumt die Klägerin damit selber ein, dass Optionen auch nach August 2011 nicht per se von ihrer Anlagestrategie ausgeschlossen waren. Dies wiederum stellt die pauschal behauptete Instruktion einer "konservativen Anlagestrategie" nach August 2011 zusätzlich in Frage. Jedenfalls sind die klägerischen Vorbringen zur Beurteilung eines tatsächlichen oder normativen Konsenses betreffend eine konservative Anlagestrategie nach August 2011 und deren Inhalt unzureichend.

#### **E. 4.5.3.4**

Damit erweist sich der von der Klägerin vorgetragene Sachverhalt im Sinne der obigen Erwägungen als nicht schlüssig und im Ergebnis als unsubstantiiert. Entsprechend besteht seitens der Klägerin kein Anspruch auf Beweisführung betreffend die Instruktion einer konservativen Anlagestrategie nach August 2011. Vielmehr hat diese als nicht gehörig substantiiert und damit als nicht bewiesen zu

- 37 - gelten, und die Klägerin hat die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen (BGer 4C.211/2006 vom 26. Juni 2007, E. 3.1, m.w.H.; BGer 5P.210/2005 vom 21. Oktober 2005, E. 4.1, m.w.H.). Damit fehlt es dem Klagefundament betreffend Ziff. 1 und 2 des modifizierten Rechtsbegehrens – und folglich der behaupteten Pflichtverletzung (Missachtung der Instruktion einer konservativen Anlagestrategie nach August 2011) – an der notwendigen Grundlage. Demgemäss erweist sich die Hauptklage insoweit als unbegründet.

#### **E. 4.5.4**

Würdigung: Beweis der Instruktion einer konservativen Anlagestrategie nach August 2011 (Eventualbegründung)

##### **E. 4.5.4.1**

Selbst wenn die Klägerin hinreichend dargetan hätte, wann, wie und wo sie H.\_\_\_\_\_ hinsichtlich einer konservativen Anlagestrategie instruiert haben soll, und was die Parteien darunter verstanden hätten bzw. vernünftigerweise hätten verstehen müssen, und entsprechend Beweis abzunehmen wäre, so würde der Klägerin ein solcher Beweis ohnehin nicht gelingen:

##### **E. 4.5.4.2**

Das Gericht bildet sich seine Überzeugung nach freier Würdigung der Beweise (Art. 157 ZPO). Die Instruktion einer konservativen Anlagestrategie nach August 2011 ist – in denkbar unterschiedlicher Ausprägung – entweder erfolgt oder nicht. Dass diesbezüglich eine Beweisnot bestünde, hat die Klägerin nicht vorgebracht, und ist auch sonst nicht ersichtlich. Blosser Beweisschwierigkeiten im konkreten Einzelfall – wie hier fehlende schriftliche Dokumente, welche z.B. die Instruktion einer konservativen Anlagestrategie nach August 2011 und deren Inhalt explizit belegen würden – vermögen keine Beweiserleichterung zu begründen (BGE 130 III 321, E. 3.2, m.w.H.). Die tatsächlich verfolgte, nach August 2011 angeblich geänderte Anlagestrategie macht letztlich den Kern des – wie auch immer gearteten – Vertragsverhältnisses zwischen den Parteien aus. Die Instruktion einer konservativen Anlagestrategie nach August 2011 beschlägt damit in erster Linie den Vertragsinhalt und ist massgebend für die Beurteilung der Vertragsverletzung und des Kausalzusammenhangs zum Schaden. Dementsprechend wäre für die (bestrittene) Instruktion einer konservativen Anlagestrategie nach August 2011 das Regelbeweismass (striker Beweis) zu fordern.

- 38 -

##### **E. 4.5.4.3**

Die Klägerin offeriert zum Thema der Instruktion einer konservativen Anlagestrategie nach August 2011 zwei Vermögensübersichten, diverse Transaktionsbelege sowie die Parteibefragung des Ehepaars D.\_\_\_\_\_E.\_\_\_\_\_ als Beweis (act. 1 Rz. 26 ff.; act. 3/11-20). In der Replik beruft sich die Klägerin sodann verschiedentlich auf das gegen H.\_\_\_\_\_ geführte Strafverfahren, unter anderem auf das Protokoll der staatsanwaltschaftlich delegierten Einvernahme von D.\_\_\_\_\_ vom 20. Mai 2016 (act. 30 Rz. 33 f., Rz. 71, Rz. 132 [und weiter Rz. 71 ff., Rz. 96 f., Rz. 144, jeweils sinngemäss]; act. 31/9). Die Beklagte beruft sich zur Untermuerung ihres gegenteiligen Standpunkts an verschiedenen Stellen unter anderem ebenfalls auf das Protokoll der staatsanwaltschaftlich delegierten Einvernahme von D.\_\_\_\_\_ vom 20. Mai 2016 (act. 39 Rz. 14 ff. und Rz. 84 ff.). Sodann rufen beide Parteien den von L.\_\_\_\_\_ verfassten Contact Report vom 5. November 2012, die von D.\_\_\_\_\_ gleichentags unterzeichnete Rahmenkreditvereinbarung sowie die Protokolle der staatsanwaltschaftlichen Zeugeneinvernahmen von L.\_\_\_\_\_ vom 21. Dezember 2015 bzw. vom 1. März 2016 an (act. 3/33; act. 22/9; act. 30 Rz. 37 ff., Rz. 53 ff.; act. 31/11 und 31/24; act. 39 Rz. 23, Rz. 75 ff.). Schliesslich werden von beiden Seiten zum Thema der strittigen Instruktion (teilweise sinngemäss) noch weitere Beweismittel angerufen, darunter auch die Protokolle verschiedener staatsanwaltschaftlicher Einvernahmen von H.\_\_\_\_\_ als Beschuldigte (act. 30 Rz. 7 ff., Rz. 56 ff.; act. 31/1, 31/5-7, 31/21 und 31/33;

act. 39 Rz. 7 ff., Rz. 27).

#### **E. 4.5.4.4**

Aus den von der Klägerin angerufenen Vermögensübersichten per 30. Juni 2011 und per 30. September 2011 geht – in Übereinstimmung mit den klägerischen Vorbringen (act. 1 Rz. 26) – hervor, dass D.\_\_\_\_\_ zwischen diesen beiden Stichtagen die im Depot bei der Beklagten vorhandenen Anleihen veräussert hat und die gesamten ausstehenden Darlehen zurück geführt wurden (act. 3/11 und 3/20). Diese Transaktionen sind unbestritten. Auch ist unbestritten, dass die Goldoptionen mit Verlust glattgestellt wurden (act. 3/12-19). Ferner ergibt sich aus den beiden genannten Vermögensübersichten, dass sich per 30. September 2011 im klägerischen Portfolio nur noch zwei strukturierte Produkte befanden (UBS-Produkt, UBS AG, ... [Ort]; CS-Produkt, Credit Suisse ... [Ort] Branch, Credit Linked Note der Stadt C.\_\_\_\_\_; act. 3/11 und 3/20); auch dies ist unbestritten. Wie erwähnt, vermö-

- 39 - gen diese Umstände für sich allein den Beweis der Instruktion einer konservativen Anlagestrategie nicht zu erbringen, sondern bestenfalls ein Indiz dafür zu bilden. Letztlich beweisen diese beiden Transaktionsbelege aber bloss die Vermögensstände per jeweiligem Stichtag (USD 2'450'428.02 per 30. Juni 2011 und USD 1'909'783.47 per 30. September 2011; act. 3/11 und 3/20) sowie die zwischenzeitlich erfolgten Transaktionen, was unbestritten ist. Zur mehrfach angebotenen Parteibefragung der Eheleute D.\_\_\_\_\_E.\_\_\_\_\_ wäre vorab fraglich, ob diese als rein wirtschaftlich Berechtigte am klägerischen Konto/Depot als Partei(en) oder als Zeuge(n) zu befragen wären. Die Klägerin hat indes das Protokoll der staatsanwaltlich delegierten Einvernahme von D.\_\_\_\_\_ vom 20. Mai 2016 selber eingereicht (act. 31/9), womit unterschriftlich bestätigte Aussagen von D.\_\_\_\_\_ im Recht liegen, welche er im Beisein seiner Ehefrau gemacht hat. Es ist nicht davon auszugehen, dass D.\_\_\_\_\_ im vorliegenden Verfahren andere Aussagen machen würde, ansonsten seine Aussagen ohnehin unglaubhaft wären. Da D.\_\_\_\_\_ im Strafverfahren als Auskunftsperson – wie ein Zeuge gemäss Art. 171 Abs. 1 ZPO – unter der Strafdrohung von Art. 307 StGB ausgesagt hat, kann entgegen der Beklagten (act. 39 Rz. 15 f. und Rz. 20) nicht gesagt werden, den Aussagen von D.\_\_\_\_\_ käme von vornherein kaum Beweiswert zu, zumal sie selber darauf abstellt (dazu sogleich). Im Weiteren wäre angesichts der übereinstimmenden Parteivorbringen, wonach der Beklagten im Strafverfahren keine Parteistellung zukam (act. 49 Rz. 8 und act. 52 Rz. 7), nicht ersichtlich, dass und inwiefern das Protokoll der staatsanwaltlich delegierten Einvernahme von D.\_\_\_\_\_ vom 20. Mai 2016 (act. 31/9) als Beweismittel im vorliegenden Verfahren nicht verwertbar sein sollte.

#### **E. 4.5.4.5**

In dem von beiden Parteien angerufenen Einvernahmeprotokoll vom 20. Mai 2016 (act. 31/9) hat D.\_\_\_\_\_ ausgeführt, er habe nie irgendwelche Gewinne angezielt. Es sei für ihn die Hauptsache gewesen, dass sein Vermögen nicht schmelze (act. 31/9 Frage 27). Bei den Treffen mit H.\_\_\_\_\_ seien keine spezifischen Themen aufgeworfen worden. Es sei zu 90 % geplaudert und zu 10 % über geschäftliche Belange gesprochen worden. Über konkrete Anlagen sei nie gesprochen worden. Über konkrete Dinge wie Anlagestrategie sei nicht gesprochen worden (act. 31/9 Fragen 45 bis 47). Er habe H.\_\_\_\_\_ den Optionshandel mit Gold

- 40 - beigebracht. Darüber hinaus habe er H.\_\_\_\_\_ keine weiteren Anweisungen gegeben. Nach den eingefahrenen Verlusten habe er sich geschworen, nie wieder solche Geschäfte zu machen (act. 31/9 Frage 48). Zur Zeit handle er nicht mehr mit Optionen. Dies sei ausschliesslich im Jahr 2011 der Fall gewesen (act. 31/9 Frage 50). Nicht nachvollziehbar ist, wieso D.\_\_\_\_\_ gerade mit – bekanntlich risikoreichen – Goldoptionen und teilweise fremdfinanzierten Anlagen handelte, wenn sein Hauptziel war, das Vermögen zu erhalten. Die Aussage von D.\_\_\_\_\_, über Dinge wie Anlagestrategie sei nie gesprochen worden bzw. es seien keine weiteren Anweisungen (wohl abgesehen von den früheren Goldoptionen) erfolgt, steht im Widerspruch zur im vorliegenden Verfahren behaupteten Instruktion einer konservativen Anlagestrategie nach August 2011. Die Aussagen von D.\_\_\_\_\_ vermögen die Behauptung, dass nach August 2011 eine konservative Anlagestrategie instruiert worden sei, nicht zu stützen. Ebenso widerspricht sich D.\_\_\_\_\_ selber, wenn er einerseits vorbringt, er habe sich geschworen, nie mehr "solche Geschäfte" zu machen, dann andererseits aber kurz darauf antwortet, (lediglich) zur Zeit handle er nicht mehr mit Optionen. Wenn D.\_\_\_\_\_ zudem nach eigenen Angaben der Klägerin bereits 2009 (bei der Bank M.\_\_\_\_\_) mit dem Optionshandel begonnen hat (oben Ziff. 2.4.1), so erweist sich sein Vorbringen, er habe ausschliesslich im Jahr 2011 mit Optionen gehandelt, ebenfalls als widersprüchlich. Nebenbei ist noch anzumerken, dass D.\_\_\_\_\_ entgegen der klägerischen Darstellung (act. 1 Rz. 105 ff.) offenbar über die Natur – insbesondere die Risiken – von Optionsgeschäften hinreichend orientiert war, wenn er nach seinen Aussagen H.\_\_\_\_\_ den (verlustreichen) Optionshandel mit Gold beigebracht haben will.

#### **E. 4.5.4.6**

Mit der Beklagten fällt sodann auf, dass D.\_\_\_\_\_ auf Frage 37 des genannten Einvernahmeprotokolls geantwortet hat, er habe sie [H.\_\_\_\_\_] von Zeit zu Zeit gefragt, was sie denn mache (act. 31/9 Frage 37; act. 39 Rz. 84). Der von der Beklagten daraus gezogene Schluss, wonach dadurch eindeutig bestätigt werde, dass zwischen den Parteien ein Vermögensverwaltungsvertrag bestanden habe, und es für D.\_\_\_\_\_ keinen Anlass gegeben hätte, sich bei H.\_\_\_\_\_ zu erkundigen, was sie denn mit seinem Vermögen mache, wenn er Anlageentscheide auch nur teilweise selbst getroffen hätte, wurde einerseits von der Klägerin nicht mehr explizit gerügt, und erscheint andererseits – nicht zuletzt aufgrund des Mangels an schriftlichen

- 41 - Dokumenten (z.B. Anlageberatungs-/Vermögensverwaltungsvertrag, Änderungsvereinbarungen etc.) – plausibel.

#### **E. 4.5.4.7**

Sodann erscheint der auch von der Beklagten daraus gezogene Folgeschluss, die ihr erteilte Generalermächtigung habe nebst "Erneuerung von auslaufenden Festgeldern" und "Neuanlage von Bonds und Anleihen" auch zweifelsohne die über das klägerische Konto getätigten Optionsgeschäfte erfasst (act. 39 Rz. 85), plausibel: Dass D.\_\_\_\_\_ am 5. November 2012 in C.\_\_\_\_\_ mit L.\_\_\_\_\_ über Devisenoptionen gesprochen hat, räumt die Klägerin selber ein (act. 1 Rz. 63; act. 3/33; act. 30 Rz. 61, Rz. 248; act. 31/24 Fragen 197 ff.). Dass D.\_\_\_\_\_ gegenüber L.\_\_\_\_\_ – gemäss der Klägerin – klar gemacht haben soll, er wolle künftig nicht mehr mit Optionen handeln, ergibt sich aber weder aus dem Contact Report über dieses Treffen noch aus der staatsanwaltschaftlichen Zeugeneinvernahme von L.\_\_\_\_\_, zumal er dort in Frage 200 auf seine Antwort betreffend Frage 198 zurückkam; er gab dabei zuletzt an, er wisse nicht mehr, was an diesem Treffen mit D.\_\_\_\_\_ besprochen

worden sei (act. 3/33; act. 31/24 Frage 200). D.\_\_\_\_\_ habe ja früher schon solche Geschäfte (d.h. Optionen) gemacht mit verschiedenen Wäh- rungen und auch mit Gold (act. 31/24 Frage 200). Es stimme, was im Contact Re- port vom 5. November 2012 stehe (act. 31/24 Frage 201). Somit ist davon auszu- gehen, dass D.\_\_\_\_\_ gegenüber L.\_\_\_\_\_ am 5. November 2012, als die streitge- genständlichen Devisenoptionen gewinnbringend waren, explizit sein Interesse an Devisenoptionen kundgetan hat; keine Partei bringt im Übrigen vor, der Inhalt des betreffenden Contact Reports treffe nicht zu. Weiter unterzeichnete D.\_\_\_\_\_ am 5. November 2012 eine Rahmenkreditvereinbarung über insgesamt USD 1'100'000.–, welche laut Inhalt gerade auch zur Deckung von Margenanforderungen bei Opti- onsgeschäften verwendet werden konnte (act. 22/9 Ziff. 4.5). Unabhängig davon, ob dieser Kreditrahmen in der Folge tatsächlich für Margenanforderungen bei Opti- onsgeschäften verwendet wurde, was umstritten ist (act. 21 Rz. 47; act. 30 Rz. 345 ff.; act. 39 Rz. 247), legt diese Rahmenkreditvereinbarung ebenfalls explizit ein Interesse an Optionsgeschäften dar. Es ist nicht ersichtlich, weshalb die Rah- menkreditvereinbarung sonst in dieser Form bzw. diesem Wortlaut abgeschlossen worden sein sollte, zumal sie gerade auch für verschiedene Arten von Optionsge- schäften die Minimalmargen festlegt (act. 22/9 Ziff. 6).

- 42 -

#### **E. 4.5.4.8**

Nach dem Gesagten wird deutlich, dass der von der Klägerin zu führende Beweis betreffend die (bestrittene) Instruktion einer konservativen Anlagestrategie nach August 2011 bereits durch das von ihr selber eingereichte Protokoll der Ein- vernahme von D.\_\_\_\_\_ vom 20. Mai 2016 (act. 31/9) erschüttert und damit schei- tern würde. Gleiches gilt für die am 5. November 2012 unterzeichnete Rahmenkre- ditvereinbarung (act. 22/9) sowie den Contact Report gleichen Datums (act. 3/33). Nach den aufgezeigten Widersprüchen und dem durch D.\_\_\_\_\_ im November 2012 kundgegebenen Interesse an Devisenoptionen bestehen bzw. bestünden ins- gesamt erhebliche Zweifel daran, dass und inwiefern die Klägerin bzw. das Ehe- paar D.\_\_\_\_\_E.\_\_\_\_\_ die Beklagte nach August 2011 tatsächlich zu einer konser- vativen Anlagestrategie instruiert hätten (d.h. eine entsprechende Vertragsände- rung erfolgt sein soll). Vor diesem Hintergrund müsste – wäre denn die Instruktion einer konservativen Anlagestrategie nach August 2011 rechtsgenüßlich behauptet worden – die Partei- bzw. Zeugenbefragung des Ehepaars D.\_\_\_\_\_E.\_\_\_\_\_ und die eingehende Würdigung der weiter eingereichten Beweismittel unterbleiben. Auch unter diesem Gesichtspunkt hätte die Klägerin die beschriebenen Folgen der Beweislosigkeit zu tragen: Die der Beklagten vorgeworfene Pflichtverletzung wäre nicht bewiesen und die Hauptklage erweise sich ebenfalls in dieser Hinsicht als un- begründet.

#### **E. 4.5.5**

Würdigung: Genehmigung Es erübrigt sich damit zu prüfen, ob die Klägerin die einzelnen Transaktionen zu- sätzlich genehmigt hat, indem sie jahrelang nicht widersprochen hat. Der Vollstän- digkeit halber ist aber noch anzumerken, dass – mit der Beklagten und entgegen der Klägerin (act. 21 Rz. 105 ff.; act. 30 Rz. 233; act. 39 Rz. 183 ff.) – davon aus- zugehen ist, dass die Parteien (bzw. die Klägerin und die G.\_\_\_\_\_) eine schriftliche Banklagernd-Vereinbarung abgeschlossen hatten (act. 22/1 S. 2). Dass diesbezüg- lich je eine Vertragsänderung erfolgt wäre, macht die Klägerin nicht (substantiiert) geltend (act. 30 Rz. 230). Ferner gilt es zu beachten, dass die Klägerin – und nicht das Ehepaar

D.\_\_\_\_\_E.\_\_\_\_\_ als rein wirtschaftlich Berechtigte – Konto-/Depot- inhaberin und Verfahrenspartei ist. Auch wenn beide Parteien die Klägerin und die Eheleute D.\_\_\_\_\_E.\_\_\_\_\_ als Einheit betrachten, so scheint in rechtlicher Hinsicht

- 43 - fraglich, ob sich Letztere die durch die Klägerin abgeschlossene Banklagernd-Vereinbarung – entgegen ihren angeblichen Wünschen (act. 30 Rz. 233) – nicht doch zurechnen lassen müssten (womit sich ein zentrales Risiko der rein wirtschaftlichen Berechtigung an einem von einer Offshore-Gesellschaft gehaltenen Vermögen verwirklichen würde). Ausserdem ist es widersprüchlich, wenn die Klägerin die streitgegenständlichen Devisenoptionen gesamthaft – d.h. sowohl die gewinn- als auch die verlustbringenden Transaktionen – als pflichtwidrig bezeichnet, die Genehmigung(sfiktion) dann aber nur für die verlustbringenden Transaktionen als relevant erachtet (act. 30 Rz. 230). Implizit bringt sie damit selber vor, zumindest die gewinnbringenden Devisenoptionen gebilligt bzw. genehmigt zu haben. Mithin wäre wohl von einer Genehmigung sämtlicher durch die Beklagte getätigten Devisenoptionsgeschäfte auszugehen.

#### **E. 4.5.6**

Zwischenfazit

##### **E. 4.5.6.1**

Die Klägerin hat die Instruktion einer konservativen Anlagestrategie nach August 2011 weder rechtsgenügend behauptet noch hinreichend substantiiert, so dass darüber auch kein Beweis abgenommen werden kann. Selbst wenn von einer hinreichenden Substantiierung ausgegangen werden müsste, würde der Klägerin dieser Beweis nicht gelingen, zumal er bereits durch die von ihr selber eingereichten – von der Beklagten teilweise ebenfalls angerufenen – Beweismittel erschüttert und damit scheitern würde. Entsprechend hätte die Klägerin die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen. Die Instruktion einer konservativen Anlagestrategie nach August 2011 ist damit nicht erstellt. Folglich entfällt auch die Verletzung einer entsprechenden Pflicht und ist eine Pflichtverletzung der Beklagten nicht dargetan. Eine vertragliche Haftung fällt daher ausser Betracht. Einen Erfüllungsanspruch hat die Klägerin nicht hinreichend behauptet. Daher erweist sich die Hauptklage in dieser Hinsicht als unbegründet.

##### **E. 4.5.6.2**

Selbst wenn die Instruktion einer konservativen Anlagestrategie nach August 2011 erstellt und die Verletzung einer vertraglichen Pflicht gegeben wäre, hätte die Klägerin – ungeachtet der anderweitig behaupteten Pflichtverletzungen – den angeblichen Schaden nicht hinreichend behauptet/substantiiert, wie sogleich aufzuzeigen ist. Deshalb (sowie im Hinblick auf die Beurteilung von Ziff. 3 sowie Ziff. 4

- 44 - bis 7 des modifizierten Rechtsbegehrens) ist nachfolgend noch auf den behaupteten Schaden einzugehen.

#### **E. 4.6**

Schaden

##### **E. 4.6.1**

Ausgangslage Die Klägerin behauptet, durch die von der Beklagten angeblich begangenen Pflichtverletzungen sei ihr ein Schaden in der Höhe von (zuletzt) TRY 8'198'040.–,

eventualiter von TRY 7'413'340.– entstanden (act. 1 Rz. 146 ff.; act. 30 S. 2 f. und Rz. 105 ff.). Die Beklagte bestreitet dies und ist der Auffassung, es liege kein nachvollziehbarer Schaden vor. Die Klägerin habe es auch in der Replik unterlassen, den angeblich entstandenen Schaden gemäss den bundesgerichtlichen Vorgaben zu substantiieren. Der angebliche Schaden sei unter anderem mangels Vergleichs der tatsächlichen Vermögensentwicklung mit einem nachvollziehbaren hypothetischen Alternativportfolio nicht ansatzweise substantiiert worden (act. 21 Rz. 14 ff., Rz. 118 ff.; act. 39 Rz. 111 ff., Rz. 163 ff., Rz. 306).

## **E. 4.6.2**

Rechtliches

### **E. 4.6.2.1**

Wie oben unter Ziff. 4.5.2.2 ff. dargelegt, trägt derjenige, der einen Schadenersatzanspruch geltend macht, auch die Behauptungs- und Beweislast hinsichtlich des Schadens.

### **E. 4.6.2.2**

Nach dem allgemeinen Schadensbegriff, wie er in der Praxis des Bundesgerichts verwendet wird, ist der Schaden eine unfreiwillige Vermögensverminderung, der in einer Verminderung der Aktiven, einer Vermehrung der Passiven (damnum emergens) oder im entgangenen Gewinn (lucrum cessans) bestehen kann. Er entspricht der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte (BGE 139 V 176, E. 8.1; BGE 132 III 186, E. 8.1; BGE 132 III 359, E. 4; BGE 129 III 331, E. 2.1; BGE 127 III 73, E. 4a; je m.w.H.). Zu beachten ist indessen, dass der so definierte allgemeine Schadensbegriff im Einzelfall konkretisiert werden muss, damit er brauchbare Kriterien für die Schadensberechnung liefern kann. So ist für den Bereich der Vermögensverwaltung zum Einen nicht das Gesamtvermö-

- 45 - gen der geschädigten Person massgebend, sondern das im Rahmen der Vermögensverwaltung übergebene Vermögen. Zum Andern ist zwischen den Fällen zu differenzieren, in denen im Prozess von der geschädigten Person dem Vermögensverwalter eine Schädigung allgemein durch Verfolgung einer pflichtwidrigen Anlagestrategie (sorgfaltswidrige Verwaltung des gesamten Portfolios) oder durch pflichtwidrige Einzelanlagen (sorgfaltswidriges Verhalten im Zusammenhang mit einzelnen Posten des Portfolios) vorgeworfen wird. Im ersten Fall ist auf das gesamte zur Verwaltung übergebene Vermögen abzustellen, im zweiten Fall dagegen bloss auf den Teil des Vermögens, der für die sorgfaltswidrigen Anlagen eingesetzt wurde (BGer 4A\_539/2014 vom 7. Mai 2015, E. 3, m.w.H.; BGer 4A\_364/2013 vom 5. März 2014, m.w.H.; BGer 4C.158/2006 vom 10. November 2006, E. 4.3, m.w.H.).

### **E. 4.6.2.3**

Grundlage der Schadensberechnung bildet der Vergleich zwischen dem tatsächlichen Stand des verwalteten Vermögens (effektives Portfolio) und dem Vermögensstand, der bestünde, wenn das Vermögen in der gleichen Periode bzw. im betreffenden Einzelfall unter Beachtung der vertraglichen Sorgfaltspflichten verwaltet bzw. instruktionsgemäss angelegt worden wäre (hypothetisches Portfolio). Der Schaden bzw. das hypothetische Vergleichsportfolio kann nur geschätzt werden (Art. 42 Abs. 2 OR). Bei der Vergleichshypothese ist im Regelfall auf die Sorgfalt eines durchschnittlich erfolgreichen

Vermögensverwalters (bzw. Anlageberaters) während der gleichen Periode abzustellen (BGer 4A\_481/2012 vom 14. Dezember 2012, E. 3, m.w.H.; BGer 4C.158/2006 vom 10. November 2006, E. 4.3, m.w.H.; BGer 4C.18/2004 vom 3. Dezember 2004, E. 2, m.w.H.; PACHMANN/VON DER CRONE, Unabhängige Vermögensverwaltung: Aufklärung, Sorgfalt und Schadensberechnung, in: SZW 2005, S. 146 ff.).

#### **E. 4.6.2.4**

Wie präzise die Klägerin den Schaden behaupten und substantiieren muss, ist im Einzelfall zu entscheiden. Von der Klägerin kann aber, wie ausgeführt, erwartet werden, dass sie – soweit möglich und zumutbar – sämtliche Umstände behauptet und beweist, mit deren Hilfe das Gericht die Rahmenbedingungen der Schadensberechnung bestimmen und gestützt darauf den Schaden schätzen kann. Je genauer die Klägerin den Schaden umschreiben kann, desto geringer wird im

- 46 - Verhältnis zur Substantiierung das richterliche Ermessen für die Schätzung. Nimmt die Klägerin keine Schadensberechnung vor und stellt sie auch die für die Ermittlung des Schadens wesentlichen Informationen nicht zur Verfügung, trifft das Gericht keine Schadensschätzungspflicht (ROSAT, Der Anlageschaden – Schadensberechnung beim Vermögensverwaltungsvertrag, Diss. Bern 2009, S. 70 f., m.w.H. insbesondere auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung sowie auf HGer ZH HG990117 vom 16. April 2002 [= ZR 102 (2003) Nr. 65]; PERINI, Richterliches Ermessen bei der Schadensberechnung, Diss. Zürich 1994, S. 114; BGE 128 III 271, E. 2b, m.w.H.; BGer 4A\_539/2014 vom 7. Mai 2015, E. 2, m.w.H.).

#### **E. 4.6.3**

Würdigung

##### **E. 4.6.3.1**

Strafurteil Die Klägerin stützt sich in vielerlei Hinsicht auf das eingangs genannte Strafurteil vom 23. August 2017; insbesondere sei der Schaden der Klägerin als ausgewiesen erachtet worden (act. 49 Rz. 6 f. statt vieler). Dem hält die Beklagte entgegen, das Strafurteil basiere auf einer unzureichenden Faktenlage; aus dem Strafurteil ergebe sich auch nicht ansatzweise ein nachvollziehbarer Schaden; dies habe sogar das Strafgericht selbst festgehalten (act. 48 Rz. 6 ff.; act. 52 Rz. 6 ff.). Das Strafurteil vom 23. August 2017 ist noch nicht rechtskräftig. Zudem wurde darin der der Klägerin angeblich entstandene Schaden gerade nicht festgestellt; dies wurde vielmehr dem Zivilrichter überlassen. Der Zivilrichter ist aber gemäss Art. 53 Abs. 2 OR namentlich mit Bezug auf die Beurteilung der Schuld und die Bestimmung des Schadens vom Strafrichter unabhängig, wie dies die Klägerin sinngemäss selber vorbringt (act. 46 Rz. 8). Hinzu kommt, dass H.\_\_\_\_\_ vorliegend nicht Partei ist und die Beklagte im Strafverfahren keine Parteistellung innehatte. Dementsprechend kommt dem Strafurteil vom 23. August 2017 im Rahmen der vorliegenden Beurteilung auch in Bezug auf die Höhe des Schadens keine Bedeutung zu.

##### **E. 4.6.3.2**

Erfüllungsinteresse / Erfüllungsanspruch Im hier behaupteten Fall einer Schädigung durch Schlechtleistung im Sinne von Art. 97 Abs. 1 OR ist grundsätzlich das Erfüllungsinteresse zu ersetzen, wie dies

- 47 - die Klägerin sowohl zum Anlageberatungs- als auch zum Vermögensverwaltungsvertrag selber ausführt (act. 1 Rz. 157 f., Rz. 175; act. 30 Rz. 197, Rz. 311). Das

Erfüllungsinteresse entspricht dem Wert der ausgebliebenen Primärleistung, d.h. die primäre Leistungspflicht wandelt sich in eine sekundäre Schadenersatzpflicht. Sie umfasst somit neben dem *damnum emergens* (Vermögensminderung) auch den *lucrum cessans* (entgangener Gewinn; GUTZWILLER, a.a.O., S. 251 f., m.w.H.). Die Klägerin macht nun sowohl im Haupt-, im Eventual- als auch in den Subeventualstandpunkten das Erfüllungsinteresse geltend. Sie verlangt, von der Beklagten so gestellt zu werden, wie wenn diese den Anlageberatungsvertrag (bzw. den Vermögensverwaltungsvertrag) richtig erfüllt hätte. Wenn die Klägerin dann an anderer Stelle vorbringt, sie mache keinen Schadenersatz, sondern einen Erfüllungsanspruch geltend (act. 30 Rz. 311), dann trifft dies nicht zu, wie dies die Beklagte zu Recht festgestellt hat (act. 39 Rz. 170 f., Rz. 226). Selbst wenn die von der Klägerin geforderte Primärleistung (richtige Erfüllung des Anlage-/Vermögensverwaltungsvertrags) ausgeblieben sein sollte, kann diese – da ausschliesslich vergangenheitsbezogen – naturgemäss nicht mehr erfüllt werden. Entsprechend kann die Klägerin – sei es aus Anlageberatungs- oder aus Vermögensverwaltungsvertrag – nur noch Schadenersatz fordern. Hätte die Klägerin einen Erfüllungsanspruch geltend machen wollen, hätte sie von der Beklagten die Auszahlung ihres Guthabens fordern und dabei die Korrektur des ausgewiesenen Saldos um die streitgegenständlichen Devisenoptionen verlangen müssen (BGer 4A\_596/2013 vom 18. März 2014, E. 4, m.w.H.). Dies hat sie nicht getan; vielmehr hat sie das verlangte Erfüllungsinteresse (aus Anlage-/Vermögensverwaltungsvertrag) einem Erfüllungsanspruch (aus "Bankvertrag") gleichgesetzt (act. 30 Rz. 311), was nicht korrekt ist.

- 48 -

#### **E. 4.6.3.3**

Elemente der Schadensquantifizierung Im Rahmen der nachfolgenden Beurteilung sind hinsichtlich der Schadensbehauptung/-substantiierung (als Grundlage für die Berechnung/Schätzung), soweit möglich, folgende Punkte zu klären: Erfüllungsinteresse (Ziff. 4.6.3.4), Vergleichshypothese: pflichtwidrige Einzelanlagen (Ziff. 4.6.3.5), Referenzwerte (Ziff. 4.6.3.6), Berechnungszeitraum (Ziff. 4.6.3.7; vgl. zum Ganzen SCHALLER, Handbuch des Vermögensverwaltungsrechts, Rz. 453 ff., m.w.H.; GUTZWILLER, a.a.O., S. 251 ff., m.w.H.).

#### **E. 4.6.3.4**

Erfüllungsinteresse a) Was das geltend gemachte Erfüllungsinteresse bzw. das positive Vertragsinteresse anbelangt, macht die Klägerin Unterschiedliches geltend: Einerseits führt sie richtig aus, der Schaden sei nach dem Erfüllungsinteresse zu berechnen; dieses setze sich zusammen aus dem *damnum emergens* und dem *lucrum cessans* (act. 1 Rz. 157). Andererseits bringt sie vor, sie verzichte einstweilen – angeblich aus Praktikabilitätsgründen, aufgrund Vernachlässigbarkeit oder zugunsten der Beklagten – auf die Geltendmachung des *lucrum cessans* (act. 1 Rz. 162, Rz. 184, Rz. 190; act. 30 Rz. 105, Rz. 208, Rz. 431). Wenn die Klägerin dann aber unter expliziter Ausklammerung des *lucrum cessans* wiederholt (und egal unter welchem Standpunkt) den *damnum emergens* doch dem Erfüllungsinteresse gleichstellt und gestützt darauf Schadenersatz fordert (act. 1 Rz. 164, Rz. 172 sinngemäss, Rz. 182 ff.; act. 30 Rz. 108, Rz. 197 ff. Rz. 213, Rz. 430 f.), so ist dies widersprüchlich und nicht korrekt. b) Kommt hinzu, dass die Klägerin an keiner Stelle – d.h. weder im Haupt-, im Eventual- noch in den Subeventualstandpunkten – das Erfüllungsinteresse (bestehend aus *damnum emergens* und *lucrum cessans*) konkret

beiffert oder zumindest schätzt. Auch legt sie nicht hinreichend dar, welche Anlagen konkret in welcher Diversifikation bei pflichtgemässer Vertragserfüllung hätten getätigt werden sollen, so dass das geltend gemachte Erfüllungsinteresse einigermaßen nachvollziehbar wäre. Wie dargelegt, nennt sie an verschiedenen Stellen eine Vielzahl von

- 49 - diversen Anlageprodukten bzw. Anlagekategorien, ohne dabei konsequent zu bleiben. Sie beschränkt sich letztlich darauf, vorzutragen, die pflichtgemäss vorzunehmenden Anlagen hätten Gewinne bzw. keine Verluste mit sich gebracht. Die Darstellung dieser entgangenen Gewinne bzw. "Nicht-Verluste" nimmt die Klägerin – egal unter welchem Standpunkt – bestenfalls summarisch vor (act. 1 Rz. 162, Rz. 177 f., Rz. 185 ff.; act. 30 Rz. 105, Rz. 198, Rz. 202 ff., Rz. 207, Rz. 211 ff.). Sie zeigt nicht auf, wie konkret ihr Vermögen nach August 2011 instruktionsgemäss hätte angelegt werden sollen und wie es sich dadurch jeweils entwickelt hätte. Daher ist nicht überprüfbar, ob und in welchem Umfang mit dem eingesetzten Kapital bei weisungsgemässer Anlagetätigkeit tatsächlich ein Gewinn erwirtschaftet worden wäre (act. 1 Rz. 158), zumal, wie dargelegt, bereits der Inhalt dieser Weisung unklar ist (Instruktion einer konservativen Anlagestrategie nicht erstellt). Damit bleibt wiederum un schlüssig, worauf die Klägerin – egal unter welchem Standpunkt – überhaupt bzw. einstweilen bzw. unter Vorbehalt der Nachklage (act. 21 Rz. 162, Rz. 178; act. 30 Rz. 208) verzichten will, und ob dies angesichts der nicht erstellten Instruktion einer konservativen Anlagestrategie nach August 2011 dann auch zu schützen wäre. Durch ihren pauschalen und einstweiligen Verzicht auf entgangenen Gewinn bzw. "Nicht-Verluste" kann sich die Klägerin ihrer Behauptungs- bzw. Substantiierungslast hinsichtlich des Erfüllungsinteresses nicht entziehen, denn selbst eine konservative Anlagestrategie hätte noch keinen Vermögenserhalt garantiert; die Klägerin hätte auch Verluste einfahren können. Ein solches Vorgehen ist nicht schützenswert. c) Damit hat die Klägerin das von ihr geforderte Erfüllungsinteresse nicht (hinreichend) dargetan.

#### **E. 4.6.3.5**

Vergleichshypothese: pflichtwidrige Einzelanlagen a) Ob der Schaden nun gestützt auf einzelne Anlagen oder die Anlagestrategie als Ganzes zu substantiieren und zu berechnen/schätzen ist, stellt eine von der Vertragsqualifikation unabhängige Frage dar. Sowohl beim Anlageberatungs- als auch beim Vermögensverwaltungsvertrag kann ein Schaden infolge einer pflichtwidrigen Einzelanlage oder aber infolge einer pflichtwidrigen Anlagestrategie eintreten (GUTZWILLER, a.a.O., S. 254 und S. 256; vgl. auch ROSAT, a.a.O., S. 5 f.,

- 50 - m.w.H.). Diese Auffassung scheint denn auch die Klägerin zu teilen (act. 1 Rz. 145, Rz. 176). Entsprechend erweisen sich die klägerischen Vorbringen, welche im Falle eines Anlageberatungsvertrags auf pflichtwidrige Einzelanlagen (Ziff. 1 und 2 des modifizierten Rechtsbegehrens), im Falle des eventualiter anerkannten Vermögensverwaltungsvertrags dann aber auf eine pflichtwidrige Anlagestrategie (Ziff. 3 sowie Ziff. 4 bis 7 des modifizierten Rechtsbegehrens) abstellen, bereits an dieser Stelle als nicht konsequent, mithin un schlüssig. b) Für eine korrekte Schadensberechnung/-schätzung gestützt auf pflichtwidrige Einzelanlagen (Ziff. 1 und 2 des modifizierten Rechtsbegehrens) müssen die pflichtwidrigen Devisengeschäfte je einzeln identifiziert, deren jeweilige Wertentwicklung sowie die allfälligen Alternativanlagen ("Referenzwerte", mehr dazu unten Ziff. 4.6.3.6) aufgezeigt und anhand der Entwicklung der pflichtkonformen Alternativanlagen die Vermögensdifferenz und damit der Schaden errechnet werden (GUTZWILLER, a.a.O., S. 254 f.; SCHALLER, a.a.O., Rz. 471, m.w.H.). Dies führt auch die Klägerin aus (act. 1

Rz. 148). Mit anderen Worten beschränkt sich der Schaden bzw. dessen Berechnung bei pflichtwidrigen Einzelanlagen auf die Ermittlung der Differenz zwischen dem tatsächlichen Wert der pflichtwidrigen Anlagen und dem hypothetischen Stand, den das pflichtwidrig investierte Kapital bei einer vertrags- konformen Verwaltung bzw. einer instruktionsgemässen Anlagetätigkeit hätte. Bei Verstoss gegen eine Weisungsbefolgungspflicht ist das hypothetische Portfolio un- ter Annahme der korrekt befolgten Weisung zusammenzustellen (ROSAT, a.a.O., S. 5, S. 90 f. und S. 92 f., je m.w.H.). c) Angesichts des Umfangs und der Frequenz der gehandelten bzw. geschrie- benen 69 Devisen(call)optionen, welche das klägerische Konto/Depot im betreffen- den Zeitraum dominierten, erscheint fraglich, ob eine Schadensberechnung anhand von Einzelanlagen hier überhaupt sinnvoll und möglich ist (vgl. dazu auch HGer ZH HG120228-O vom 10. Juli 2015, E. 2.4.1.4 lit. d.aa), wo eine Schadensberechnung anhand von Einzelanlagen beim Verkauf von (Put-)Optionen abgelehnt wird). Die Klägerin zeigt ohnehin nicht (substantiiert) auf, welche Vermögensdifferenz(en) aus dem Vergleich der einzelnen angeblich pflichtwidrigen Devisenoptionengeschäfte mit welchen Alternativanlagen per welchem Stichtag resultieren soll(en). Vielmehr be-

- 51 - trachtet sie die Devisenoptionengeschäfte isoliert und addiert die dadurch eingetre- tenen Verluste (Ziff. 1 des modifizierten Rechtsbegehrens: TRY 8'198'040.–), even- tualiter unter Anrechnung der mit den Devisenoptionen erzielten Gewinne (Ziff. 2 des modifizierten Rechtsbegehrens: TRY 7'413'030.–; act. 1 Rz 159 ff., Rz. 167 ff.; act. 30 Rz. 102 ff.). Dabei führt die Klägerin selber (zutreffend) aus, dass der Scha- den im Rechtssinne nicht ("per se") mit dem Verlust gleichzusetzen sei (act. 1 Rz. 157). Ein hypothetischer Stand des für die einzelnen Devisenoptionengeschäfte eingesetzten Vermögens bei pflichtgemässer Anlagetätigkeit findet sich in den klä- gerischen Rechtsschriften dann aber nicht. Angesichts der umfangreichen Bestrei- tungen der Beklagten wäre die Darlegung eines solchen aber umso erforderlicher gewesen: Die Klägerin hätte betreffend "pflichtwidrige Einzelanlagen" für jede der beanstandeten Devisenoptionen konkret aufzeigen müssen, wie sich das jeweils eingesetzte Kapital (z.B. Basiswerte der einzelnen Optionen, gebundene Mittel für Margen oder für Rückkäufe eingesetzte Gelder) bei weisungsgemässer Anlagetä- tigkeit entwickelt hätte. Schliesslich bringt die Klägerin gerade nicht vor, sie hätte anstelle der Devisenoptionengeschäfte gar keine Anlagegeschäfte mehr tätigen, sondern ihr Vermögen auf dem Konto/Depot gänzlich ruhen lassen wollen. Was die Klägerin mit ihrem Vorbringen (zum ersten Subeventualstandpunkt), sie habe be- absichtigt, ihr Portfolio einstweilen "praktisch passiv zu bewirtschaften" (act. 1 Rz. 185), meint, ist unklar. Wenn sie im Anschluss daran behauptet, es seien der Beklagten keine Weisungen betreffend Vermögensdispositionen erteilt worden (act. 1 Rz. 186), so steht dies im Widerspruch zur behaupteten Instruktion einer konservativen Anlagestrategie nach August 2011. d) Weiter fällt auf, dass die Klägerin gemäss Ziff. 2 des ursprünglichen Rechts- begehrens noch einen Betrag von insgesamt TRY 7'428'940.– verlangte, in der nachfolgenden Klagebegründung nach Addition der einzelnen Positionen aber le- diglich einen Betrag von TRY 7'398'240.– anführt (act. 1 S. 2 f., Rz. 169 und Rz. 172; act. 3/66). Der Grund für diese Diskrepanz erschliesst sich nicht. In der Replik bzw. Ziff. 2 des modifizierten Rechtsbegehrens verlangt die Klägerin einen Betrag von insgesamt TRY 7'413'340.–, welcher abermals nicht mit ihren eigenen Berechnungen (TRY 7'413'040.–), sondern mit dem von der Beklagten in Auftrag gegebenen – und von der Klägerin eingereichten – N.\_\_\_\_\_-Report vom 28. März

- 52 - 2014 übereinstimmt (act. 30 Rz. 108; act. 31/31-32). Der blosser Verweis auf diesen N.\_\_\_\_-Report sowie die dazugehörige Tabelle stellt – wie von der Beklagten zu Recht moniert (act. 39 Rz. 115) – aber noch keine Substantiierung des Schadens mittels Vergleichshypothese dar, zumal dort lediglich Gewinne und Verluste der Klägerin aufgerechnet werden. Der Beklagten ist ferner zuzustimmen (act. 39 Rz. 116), dass die "Hinzurechnung" der Optionsprämie vom 27. Januar 2010 (act. 22/16), welche einen Gewinn zugunsten der Klägerin darstellt, nicht zu einer Erhöhung, sondern vielmehr zu einer Reduktion des behaupteten Schadens führen sollte. Wenn die Klägerin ihren Verlust vor "Hinzurechnung" der Optionsprämie vom 27. Januar 2010 in der Höhe von TRY 14'800.– mit TRY 7'398'240.– beziffert, kann sich der Verlust nach deren "Hinzurechnung" also nicht auf TRY 7'413'040.– belaufen. e) Den Ausführungen der Klägerin lässt sich keine stringente Vergleichshypothese entnehmen. Damit ist die Klägerin ihrer Behauptungs- und Substantiierungslast in einem zentralen Punkt (Vergleichshypothese) nicht nachgekommen. Selbst wenn der Schaden gestützt auf pflichtwidrige Einzelanlagen zu berechnen bzw. zu schätzen wäre, was fraglich ist, zeigt sich sogleich, dass die Klägerin zudem keine tauglichen Referenzwerte behauptet hat, anhand welcher sich die hypothetische Entwicklung ihres Portfolios nachvollziehen liesse.

#### **E. 4.6.3.6**

Referenzwerte a) Abhängig von der gewählten Methode (Einzelanlagen oder Anlagestrategie) sind Referenzwerte zur Bestimmung des hypothetischen Portfolios heranzuziehen; diese sind vom Anleger im Rahmen seiner Substantiierungslast zumindest (substantiiert) zu behaupten (ROSAT, a.a.O., S. 71 und S. 105, je m.w.H.). Bei pflichtwidrigen Einzelanlagen sind dabei passende Alternativanlagen zu eruiieren und her- nach zum (Performance-)Vergleich mit Ersteren heranzuziehen. Die Ermittlung adäquater Alternativanlagen darf jedoch nicht isoliert passieren, sondern stets nur im Kontext mit der vertraglich vereinbarten Anlagestrategie in Verbindung mit dem pflichtgemäss umgesetzten Teil des Portfolios (SCHALLER, a.a.O., Rz. 487 ff., m.w.H.).

- 53 - b) Die (bestrittenen) Ausführungen der Klägerin geben bestenfalls im Ansatz Aufschluss über irgendwelche Referenzwerte. Zum Einen bleibt unklar, auf welche einzelnen Alternativanlagen die Klägerin genau abstellt; sie nennt keine konkreten Alternativanlagen zu den angeblich pflichtwidrigen Einzelanlagen (act. 1 Rz. 162 f.; act. 30 Rz. 104 f.). So zeigt sie beispielsweise nicht auf, in welche Festgeldanlagen die Beklagte konkret hätte reinvestieren bzw. welche Bonds sie konkret neu hätte anlegen sollen (act. 1 Rz. 162 f.; act. 30 Rz. 54, Rz. 105). Zum Anderen erhellt nicht, mit welchen "Bonds, Anleihen und Festgeldern" sich "ohne Weiteres Renditen in [der] Grössenordnung" von 12 %, hätten erzielen lassen (act. 30 Rz. 30). Ebenso kann sich die Klägerin betreffend Referenzwerte aufgrund der Dynamik der Finanzmärkte (Marktentwicklung) nicht auf die Portfolio-Entwicklung zwischen 31. März 2010 und 31. März 2011 berufen, um dann zu behaupten, Renditen von 15 % seien realistisch gewesen (act. 30 Rz. 464 f.). Damit ist nicht nachvollziehbar, dass und inwiefern – insbesondere gestützt auf welche alternativen (Einzel-)Anlagen – sich auf dem jeweils investierten Kapital Renditen um 12 % oder gar 15 % pro Jahr im Zeitraum der streitgegenständlichen Devisenoptionsgeschäfte (Januar 2012 bis Januar 2014) verwirklicht hätten. Ferner ist anzumerken, dass die Klägerin mit einer solchen "Rendite"-Betrachtung über längere Zeiträume und betreffend das gesamte Portfolio eher im Sinne einer pflichtwidrigen Anlagestrategie und nicht im Sinne von pflichtwidrigen Einzelanlagen argumentiert, was nicht schlüssig ist. Insgesamt bleibt

unklar, was überhaupt womit referenziert werden soll. c) Die von der Klägerin (wenn überhaupt) vorgebrachten "Referenzwerte" (Alternativanlagen) sind nicht nachvollziehbar. Auch in dieser Hinsicht hat die Klägerin den Schaden nicht hinreichend substantiiert, geschweige denn berechnet bzw. geschätzt.

#### **E. 4.6.3.7**

Berechnungszeitraum a) Weiter ist der relevante Zeitraum für die Vergleichshypothese festzulegen. Dabei sind zwei Zeitpunkte massgeblich, nämlich der Anfangszeitpunkt und der Endzeitpunkt (fortan: Stichtag). Mit anderen Worten stellt sich die Frage, per welchem Datum die Vergleichsrechnung beginnen und enden soll. Der frühestmögliche Anfangszeitpunkt ist derjenige der ersten (angeblichen) Pflichtverletzung. Der

- 54 - Stichtag kann – muss aber nicht – auf die Beendigung der angeblichen Pflichtverletzung gesetzt werden (SCHALLER, a.a.O., Rz. 491 ff., m.w.H.). b) Die Klägerin geht (teilweise sinn gemäss) von verschiedenen Berechnungszeiträumen aus. Im Hauptstandpunkt stellt die Klägerin auf den 19. April 2013 als Anfangszeitpunkt ab, als die erste verlustbringende Devisenoption gezeichnet wurde (act. 1 Rz. 164). Im Eventualstandpunkt bringt die Klägerin den 9. Januar 2012 als Anfangszeitpunkt vor, da dann die angeblich pflichtwidrigen Devisenoptionengeschäfte erstmals getätigt wurden (act. 1 Rz. 169). Korrekterweise kann es im Haupt- und Eventualstandpunkt nur den gleichen Anfangszeitpunkt geben, unabhängig davon, ob die Klägerin sich irgendwelche Vorteile anrechnen lassen muss. Wenn die Klägerin im Hauptstandpunkt auf die erste verlustbringende Devisenoption am 19. April 2013 abstellt, so bringt sie damit implizit selber vor, die gewinnbringenden Devisenoptionen seien ab 9. Januar 2012 zumindest gebilligt gewesen. Dies wiederum lässt die – wie erwähnt – nicht erstellte Instruktion einer konservativen Anlagestrategie nach August 2011 zusätzlich zweifelhaft erscheinen. c) Betreffend den Stichtag ist festzuhalten, dass die Klägerin hinsichtlich Ziff. 1 und 2 des modifizierten Rechtsbegehrens dazu keine Ausführungen macht. Sie scheint im Hauptstandpunkt jedoch auf den "Verfall" der einzelnen Devisenoptionen abzustellen, zumal sie auch ab diesen Daten – für die verlustträchtigen Devisenoptionen – jeweils gesondert einen Schadenszins verlangt (act. 1 Rz. 164 f., Rz. 172). Damit wären zumindest die Stichtage der einzelnen verlustträchtigen Devisenoptionen einigermassen nachvollziehbar; über deren Richtigkeit bzw. Vertretbarkeit wäre aber noch nichts gesagt. Im Eventualstandpunkt bringt die Klägerin auch zu den Stichtagen der gewinnbringenden Devisenoptionen nichts vor. Konsequenterweise hätte sie wohl aber auch hier auf den "Verfall" abstellen müssen, was sich zumindest sinn gemäss aus Ziff. 2 des modifizierten Rechtsbegehrens ergibt (act. 1 S. 2 f. und Rz. 169; act. 30 S. 2 f.). Denkbar wäre auch, für sämtliche Einzelanlagen denselben Stichtag zu wählen, z.B. den von der Klägerin an anderer Stelle vorgebrachten 30. Januar 2014 (act. 1 Rz. 176). Letztlich ist der Stichtag der Einzelanlagen hier jedoch irrelevant: Die Klägerin hat, wie dargelegt, weder für die gewinnbringenden noch für die verlustträchtigen Devisenoptionen konkrete Alternativenanlagen genannt (oben Ziff. 4.6.3.5); ebenso wenig hat sie für die einzelnen (Berechnungs-)Zeiträume entsprechende Anlagen genannt. d) Die von der Klägerin (teilweise sinn gemäss) ins Feld geführten Anfangszeitpunkte sind nicht schlüssig und der/die Stichtag/e – sofern überhaupt von einer rechtsgenügelichen Behauptung ausgegangen werden kann – ohne Gehalt, da die Klägerin keine konkreten Alternativanlagen genannt hat. Auch in dieser Hinsicht erweist sich der Schaden als unsubstantiiert.

#### **E. 4.6.3.8**

Der von der Klägerin eingeklagte Schaden erweist sich als unsubstantiiert und die Hauptklage hinsichtlich Ziff. 1 und 2 des modifizierten Rechtsbegehrens damit insgesamt auch aus diesem Grund als unbegründet.

#### **E. 4.7**

Zwischenfazit

##### **E. 4.7.1**

Die Instruktion einer konservativen Anlagestrategie nach August 2011 ist nicht erstellt. Folglich entfällt auch die Verletzung einer entsprechenden Pflicht und ist eine Pflichtverletzung der Beklagten nicht dargetan. Eine vertragliche Haftung fällt daher ausser Betracht. Einen Erfüllungsanspruch hat die Klägerin nicht hinreichend behauptet.

##### **E. 4.7.2**

Die Klägerin mäandriert in ihren Ausführungen zum Schaden bzw. dessen Berechnung zwischen pflichtwidrigen Einzelanlagen und einer pflichtwidrigen Anlagestrategie. Dabei hat sie nie eine Vergleichshypothese im Sinne von Lehre und Rechtsprechung aufgestellt. Die eingeklagten Beträge spiegeln lediglich die Verluste der Klägerin wider, sind im Übrigen aber lege artis weder überprüf- noch einschätzbar. Die klägerischen Vorbringen zum Schaden und dessen Berechnung erweisen sich mit der Beklagten insgesamt und im Einzelnen als unsubstantiiert. Eine gerichtliche Schadensschätzung gestützt auf die klägerischen Vorbringen erwiese sich im Endeffekt als aleatorisch, mithin willkürlich, was nicht angehen kann. Entsprechend hat eine gerichtliche Schadensschätzung zu unterbleiben; ohnehin ist fraglich, ob eine Schadensquantifizierung gestützt auf pflichtwidrige Einzelanlagen überhaupt gerechtfertigt wäre.

- 56 -

##### **E. 4.7.3**

Die Hauptklage ist hinsichtlich Ziff. 1 und 2 des modifizierten Rechtsbegehrens somit aus mehreren Gründen abzuweisen.

##### **E. 4.7.4**

Aufgrund der insgesamt mangelhaften Schadenssubstantiierung kann offen bleiben, ob und in welchem Umfang die Devisenoptionsgeschäfte nun gewollt waren (oder nicht). Weiter erübrigt es sich, im Zusammenhang mit der Schadenersatzforderung aus Anlageberatungsvertrag auf die weiteren Vorbringen der Klägerin (Kausalzusammenhang, Verschulden der Beklagten/Selbstverschulden der Klägerin, angebliche weitere Pflichtverletzungen durch die Beklagte) einzugehen.

#### **E. 5**

Schadenersatzanspruch aus Vermögensverwaltungsvertrag (Ziff. 3 des modifizierten Rechtsbegehrens)

##### **E. 5.1**

Standpunkt der Klägerin

##### **E. 5.1.1**

Unter Ziff. 3 des modifizierten Rechtsbegehrens wirft die Klägerin der Beklagten weitgehend die gleichen Pflichtverletzungen vor wie unter Ziff. 1 und 2 des modifizierten Rechtsbegehrens (oben Ziff. 4.1), nun ausgehend von einem Vermögensverwaltungsvertrag. Dabei verweist sie in der Replik verschiedentlich auf ihre diesbezüglichen Ausführungen in der Klagebegründung, welche wiederum Verweise auf die Ausführungen zum Anlageberatungsvertrag enthalten. Die Begründung zu Ziff. 3 des modifizierten Rechtsbegehrens basiert ebenfalls auf der, wie dargelegt, nicht erstellten Instruktion einer konservativen Anlagestrategie nach August 2011. Als Untervariante stützt sich die Klägerin auf die von ihr bislang (d.h. vor/bis August 2011) verfolgte Anlagestrategie (act. 1 Rz. 132 ff., Rz. 174 ff.; act. 30 Rz. 114 ff., Rz. 118 ff., Rz. 129 ff., Rz. 135 ff., Rz. 148 ff., Rz. 165 ff., Rz. 194 ff., Rz. 200 ff.).

### **E. 5.1.2**

Konkret wirft die Klägerin der Beklagten auch unter dem Titel "Anspruch aus Vermögensverwaltungsvertrag" vor, die Beklagte habe diesen verletzt, indem sie pflichtwidrig – d.h. entgegen der nach August 2011 instruierten Anlagestrategie bzw. im Widerspruch zur bislang verfolgten Anlagestrategie – Devisenoptionsgeschäfte getätigt habe (act. 1 Rz. 135, Rz. 140 ff.; act. 30 Rz. 115, Rz. 134, Rz. 194 ff., Rz. 200 ff.). Weiter habe die Beklagte den Vermögensverwaltungsvertrag bzw. die daraus fließenden Sorgfalts- und Treupflichten verletzt, da H. \_\_\_\_\_

- 57 - nicht über die für die Erfüllung des erteilten Mandats erforderlichen Fähigkeiten verfügt habe (Übernahmeverschulden; act. 1 Rz. 136 f.; act. 30 Rz. 118 ff.). Zudem sei eine (vorvertragliche) Risikoabklärung pflichtwidrig nicht erfolgt und das von der Beklagten erstellte Risikoprofil unbeachtlich (act. 1 Rz. 138 f.; act. 30 Rz. 129 ff., Rz. 135 ff.). Die Beklagte habe sodann die Pflicht zur angemessenen Risikoverteilung verletzt (act. 1 Rz. 143). Die Klägerin habe weder eine riskante Anlagestrategie noch die Devisenoptionsgeschäfte genehmigt (act. 30 Rz. 185 ff., Rz. 225 ff.). Schliesslich habe die Beklagte auch vertragliche, gesetzliche, branchen- und aufsichtsrechtliche Kontroll- und Überwachungspflichten verletzt, da es bankintern faktisch keine funktionierenden Compliance-Strukturen gegeben habe (act. 1 Rz. 144; act. 30 Rz. 253 ff.).

### **E. 5.1.3**

All diese (angeblichen) Pflichtverletzungen hätten den Verlust des von der Klägerin bei der Beklagten gehaltenen Vermögens, mithin einen Schaden, adäquat kausal verursacht. Nach Art. 97 Abs. 1 OR habe die Beklagte der Klägerin diesen Schaden zu ersetzen (act. 1 Rz. 135, Rz. 174 ff.; act. 30 Rz. 194 ff., Rz. 200 ff., Rz. 296 ff., Rz. 504). Der Schaden belaufe sich auf USD 2'632'032.55 bzw. auf USD 2'628'032.55 (act. 1 S. 3 und Rz. 182 ff.; act. 30 S. 3 und Rz. 197 f., Rz. 208). Das Verschulden der Beklagten sei zu vermuten (act. 1 Rz. 201 ff.), wobei die Beklagte ein grobes bzw. gravierendes Verschulden treffe (act. 30 Rz. 320 ff.). Die Klägerin hingegen treffe kein bzw. (eventualiter) nur ein geringes Mitverschulden (act. 30 Rz. 307 ff.).

## **E. 5.2**

Standpunkt der Beklagten

### **E. 5.2.1**

Wie schon betreffend Ziff. 1 und 2 des modifizierten Rechtsbegehrens bestreitet die Beklagte den klägerischen Standpunkt konsequent und umfangreich (oben Ziff. 4.2). Die

Klägerin habe das Vorliegen eines Vermögensverwaltungsvertrags anerkannt. Die Devisenoptionsgeschäfte über das klägerische Konto/Depot seien keineswegs "in jeder Hinsicht" pflichtwidrig gewesen, sondern vielmehr im Einklang mit dem klägerischen Wunsch nach einer aggressiven Anlagestrategie durchgeführt worden. Es liege weder ein Übernahmeverschulden noch eine Verletzung von angeblichen Erkundigungs- oder Risikoabklärungspflichten vor. Das Risikoprofil stehe im Einklang mit dem nachweislich aggressiven Anlagewillen der Klä-

- 58 - gerin. Obschon nicht erforderlich, sei die Klägerin mehrfach über die mit Optionen verbundenen Risiken aufgeklärt worden. Eine Haftpflicht der Beklagten bestehe daher nicht. Die Optionsstrategie sei von der Klägerin gewünscht und immer wieder bestätigt worden. Die Optionsgeschäfte seien von der Klägerin jedenfalls nachträglich genehmigt worden. Es liege kein Versagen der bankinternen Kontrollsysteme vor (act. 21 Rz. 276 ff., Rz. 294 ff.; act. 39 Rz. 120 ff., Rz. 126 ff., Rz. 130 ff., Rz. 137 ff., Rz. 158 ff. Rz. 183 ff., Rz. 197 ff.).

### **E. 5.2.2**

Wie schon betreffend Ziff. 1 und 2 des modifizierten Rechtsbegehrens bestreitet die Beklagte die klägerische Schadensberechnung: Das Quantitativ des angeblichen Schadens sei nicht nachvollziehbar. Die Klägerin habe es auch in der Replik unterlassen, den angeblich entstandenen Schaden gemäss den bundesgerichtlichen Vorgaben zu substantiieren. Der Kausalzusammenhang zwischen den behaupteten Pflichtverletzungen und dem angeblichen Schaden sei nicht gegeben; die Klägerin habe nicht aufgezeigt, welche konkrete Pflichtverletzung konkret welchen Schaden verursacht haben soll. Die Klägerin treffe vielmehr ein massives, kausalitätsunterbrechendes Selbstverschulden, welches eventualiter bei der Schadensbemessung zu berücksichtigen sei. Da die Voraussetzungen für eine Haftung der Beklagten nicht gegeben seien, bestehe kein Anlass, den Exkulpationsbeweis zu erbringen (act. 21 Rz. 14 ff., Rz. 116 ff., Rz. 127 ff., Rz. 146 ff., Rz. 175 ff., Rz. 283 ff., Rz. 306 ff., Rz. 310 ff.; act. 39 Rz. 111 ff., Rz. 118 f., Rz. 163 ff., Rz. 219 ff., Rz. 224 ff., Rz. 281, Rz. 306).

### **E. 5.3**

Vertragsqualifikation Das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien kann ohne Weiteres als Vermögensverwaltungsvertrag qualifiziert werden. Diesbezüglich besteht – zumindest in den Subeventualstandpunkten – Einigkeit zwischen den Parteien.

### **E. 5.4**

Vertragsverletzung

#### **E. 5.4.1**

Wie oben unter Ziff. 4.5 dargelegt, ist die von der Klägerin behauptete Pflichtverletzung (Missachtung der nach August 2011 instruierten Anlagestrategie durch die Beklagte) nicht bewiesen. Zudem wurde dargelegt, dass die vor/bis Au-

- 59 - gust 2011 verfolgte Anlagestrategie nach eigenen Angaben der Klägerin insbesondere gerade auch Optionsgeschäfte beinhaltete (Ziff. 4.5.3.1 und 4.5.3.3). Es ist daher nicht davon auszugehen, dass die Devisenoptionsgeschäfte nach August 2011 pflichtwidrig erfolgt sind. So oder anders entfällt die Verletzung einer entsprechenden Pflicht und ist eine diesbezügliche Pflichtverletzung der Beklagten nicht dargetan. Eine vertragliche Haftung fällt daher schon aus diesen Gründen ausser Betracht. Einen Erfüllungsanspruch

hat die Klägerin auch in Bezug auf das Vorliegen eines Vermögensverwaltungsvertrags nicht hinreichend behauptet.

#### **E. 5.4.2**

Damit erweist sich die Hauptklage auch in Bezug auf einen Schadenersatzanspruch aus Vermögensverwaltungsvertrag als unbegründet.

#### **E. 5.4.3**

Es erübrigt sich damit zu prüfen, ob die Klägerin die einzelnen Transaktionen zusätzlich genehmigt hat, indem sie jahrelang nicht widersprochen hat. Im Übrigen kann auf die Ausführungen oben unter Ziff. 4.5.5 verwiesen werden. Selbst wenn die Verletzung einer vertraglichen Pflicht gegeben wäre, hätte die Klägerin – ungeachtet der anderweitig behaupteten Pflichtverletzungen – den angeblichen Schaden nicht hinreichend behauptet/substantiiert, wie sogleich aufzuzeigen ist.

#### **E. 5.5**

Schaden

##### **E. 5.5.1**

Ausgangslage Die Klägerin behauptet, durch die von der Beklagten angeblich begangenen Pflichtverletzungen sei ihr ein Schaden in der Höhe von USD 2'632'032.55 bzw. von USD 2'628'032.55 entstanden (act. 1 S. 3, Rz. 182 ff.; act. 30 S. 3 und Rz. 197 f., Rz. 208). Das Erfüllungsinteresse und damit der Schaden entspreche dabei dem Stand des Portfolios unter Ausklammerung der erfolgten Devisenoptionen (act. 1 Rz. 182 ff.; act. 30 Rz. 197). Selbst wenn der Schaden bzw. der der Klägerin zustehende Erfüllungsanspruch (sic!) mit einem hypothetischen Portfolio darzutun wäre, würde sich am klägerischen Anspruch nichts ändern (act. 30 Rz. 200 ff.). Die Beklagte ist der gegenteiligen Auffassung; es liege kein nachvollziehbarer Schaden vor. Der Klägerin stehe keineswegs ein "Erfüllungsinteresse" entsprechend dem "Stand des Portfolios per Ende Januar 2014 unter Abzug sämt-

- 60 - licher durch die Devisenoptionsgeschäfte generierten Gewinne und Verluste" zu. Die Klägerin habe es auch in der Replik unterlassen, den angeblich entstandenen Schaden gemäss den bundesgerichtlichen Vorgaben zu substantiieren. Der angebliche Schaden sei unter anderem mangels Vergleichs der tatsächlichen Vermögensentwicklung mit einem nachvollziehbaren hypothetischen Alternativportfolio nicht ansatzweise substantiiert worden. Sodann sei nicht nachvollziehbar, weshalb die Klägerin den Betrag gemäss Ziff. 3 des (modifizierten) Rechtsbegehrens in USD einklage (act. 21 Rz. 14 ff., Rz. 118 ff., Rz. 294 ff.; act. 39 Rz. 111 ff., Rz. 163 ff., Rz. 306).

##### **E. 5.5.2**

Rechtliches Zum Rechtlichen kann auf Ziff. 4.6.2 verwiesen werden.

##### **E. 5.5.3**

Würdigung

###### **E. 5.5.3.1**

Aus den oben unter Ziff. 4.6.3.1 genannten Gründen kommt dem Strafurteil vom 23. August 2017 im Rahmen der vorliegenden Beurteilung ebenfalls keine Bedeutung zu.

###### **E. 5.5.3.2**

Wie oben unter Ziff. 4.6.3.2 ausgeführt, kann die Klägerin – sei es aus Anlageberatungs- oder aus Vermögensverwaltungsvertrag – nur noch Schadenersatz fordern, aber keinen Erfüllungsanspruch geltend machen (act. 30 Rz. 200).

### **E. 5.5.3.3**

Hinsichtlich der Schadensbehauptung/-substantiierung (als Grundlage für die Berechnung/Schätzung) sind, soweit möglich, folgende Punkte zu klären: Erfüllungsinteresse (Ziff. 5.5.3.4), Vergleichshypothese: pflichtwidrige Anlagestrategie (Ziff. 5.5.3.5), Referenzwerte (Ziff. 5.5.3.6), Berechnungszeitraum (Ziff. 5.5.3.7; vgl. zum Ganzen SCHALLER, Handbuch des Vermögensverwaltungsrechts, Rz. 453 ff., m.w.H.; GUTZWILLER, a.a.O., S. 251 ff., m.w.H.).

### **E. 5.5.3.4**

Erfüllungsinteresse a) Wie oben unter Ziff. 4.6.3.4 dargelegt, ist es widersprüchlich und nicht korrekt, wenn die Klägerin ausführt, der Schaden sei nach dem Erfüllungsinteresse (bestehend aus *damnum emergens* und *lucrum cessans*) zu berechnen, dann aber

- 61 - (subeventualiter) unter expliziter Ausklammerung des *lucrum cessans* einen hypothetischen Vermögensstand dem Erfüllungsinteresse gleichstellt und gestützt darauf Schadenersatz fordert (act. 1 Rz. 190; act. 30 Rz. 197 ff., Rz. 208). b) Wie oben unter Ziff. 4.6.3.4 dargelegt, hat die Klägerin an keiner Stelle – d.h. weder im Haupt-, im Eventual- noch in den Subeventualstandpunkten – das Erfüllungsinteresse (bestehend aus *damnum emergens* und *lucrum cessans*) konkret beziffert oder zumindest geschätzt. Auch unter Ziff. 3 des modifizierten Rechtsbehrens kann sich die Klägerin durch ihren pauschalen und einstweiligen Verzicht auf entgangenen Gewinn bzw. "Nicht-Verluste" (act. 1 Rz. 190; act. 30 Rz. 208) ihrer Behauptungs- bzw. Substantiierungslast hinsichtlich des Erfüllungsinteresses nicht entziehen, denn selbst eine konservative (bzw. die bislang verfolgte) Anlagestrategie hätte noch keinen Vermögenserhalt garantiert; die Klägerin hätte auch Verluste einfahren können. Ein solches Vorgehen ist nicht schützenswert. c) Damit hat die Klägerin das von ihr geforderte Erfüllungsinteresse auch betreffend Ziff. 3 des modifizierten Rechtsbehrens nicht hinreichend dargetan.

### **E. 5.5.3.5**

Vergleichshypothese: pflichtwidrige Anlagestrategie a) Grundlage der Schadensberechnung gestützt auf eine insgesamt pflichtwidrige Anlagestrategie bildet, wie erwähnt (oben Ziff. 4.6.2.2 f.), der Vergleich zwischen dem tatsächlichen Stand des verwalteten Vermögens (effektives Portfolio) und dem Vermögensstand, der bestünde, wenn das Vermögen in der gleichen Periode unter Beachtung der vertraglichen Sorgfaltspflichten verwaltet bzw. instruktionsgemäss angelegt worden wäre (hypothetisches Portfolio). b) Wie oben unter Ziff. 4.6.3.5 dargelegt, erweisen sich die klägerischen Vorbringen, welche im Falle eines Anlageberatungsvertrags auf pflichtwidrige Einzelanlagen abstellen, im Falle des eventualiter anerkannten Vermögensverwaltungsvertrags dann aber auf eine pflichtwidrige Anlagestrategie, als nicht konsequent, mithin unschlüssig. Zudem ist klarzustellen, dass es in einem Fall wie dem vorliegenden zur Ermittlung des Schadens nach Lehre und Rechtsprechung immer einer Vergleichshypothese bedarf, sei es nun gestützt auf einzelne Anlagen oder gestützt

- 62 - auf eine Anlagestrategie insgesamt. Wenn die Klägerin nun zur Untervariante von Ziff. 3 des modifizierten Rechtsbehrens vorbringt, "Selbst wenn man [...] davon

ausgehen wollte, der Schaden [...] sei mit einem hypothetischen Portfolio darzutun [...]." (act. 30 Rz. 200), bestätigt sie damit selber, dass sie bis dahin – d.h. hinsichtlich Ziff. 1 und 2 des modifizierten Rechtsbegehrens sowie hinsichtlich der ersten Variante von Ziff. 3 des modifizierten Rechtsbegehrens ("Verwaltungsmandat beschränkt auf Treuhandanlagen und Festgelder"; act. 30 Rz. 194 ff.) – keine Vergleichshypothese aufgestellt hat. c) In der tabellarischen Aufstellung der Klägerin in act. 1 Rz. 182 ist ein hypothetisches Portfolio wohl zumindest im Ansatz erkennbar. Die Klägerin kann im Lichte von Lehre und Rechtsprechung aber nicht einfach einen hypothetischen Vermögensstand dem Schaden gleichsetzen (act. 1 Rz. 182 ff.; act. 30 Rz. 197 f., Rz. 208), denn der Schaden kann sich erst aus einer Vermögensdifferenz ergeben. Die Klägerin hat namentlich den Vermögensstand, der ihrer Ansicht nach bestünde, wenn das Vermögen in der gleichen Periode unter Beachtung der vertraglichen Sorgfaltspflichten verwaltet bzw. instruktionsgemäss angelegt worden wäre (hypothetisches Portfolio), an keiner Stelle derart aufgezeigt, dass ein vernünftiger Vergleich mit dem effektiven Portfolio möglich wäre. Auch hat sie selber nie einen solchen Vergleich vorgenommen; das effektive Portfolio lässt sich immerhin aus den eingereichten Vermögensübersichten quartals- bzw. jahresweise ablesen, wobei es diesbezüglich teilweise an (substantiierten) Behauptungen fehlt (vgl. oben Ziff. 2.5). d) Die Klägerin bringt weiter vor, die von ihr angeblich gewünschten Anlagen hätten auch nach dem Mai 2013 getätigt werden sollen, seien aber ab Mai 2013 unterblieben, da die Vermögenswerte zur Besicherung der ungedeckten, nunmehr verlustreichen Call-Optionen in cash benötigt worden seien (act. 1 Rz. 178 mit Bezug zu Rz. 162). Damit räumt die Klägerin selber ein, dass der in act. 1 Rz. 182 angeführte hypothetische Vermögensstand (USD 2'632'032.55, angeblich per "Ende Januar 2014"; act. 1 Rz. 182 ff.; act. 30 Rz. 197, Rz. 207) auf unvollständigen Grundlagen beruht. Ferner entspricht der hypothetische Vermögensstand von USD 2'632'032.55 nicht dem in Ziff. 3 des (modifizierten) Rechtsbegehrens eingeklagten Betrag von USD 2'628'032.55, was auch der Beklagten aufgefallen ist (act. 39

- 63 - Rz. 166). Der Grund für diese Diskrepanz erschliesst sich nicht. Auch sind die Ausführungen der Klägerin in der Replik, wo sie zwar in Übereinstimmung mit dem Rechtsbegehren einen Betrag von USD 2'628'032.55 nennt, nicht aufschlussreich: Für die Berechnung der USD 2'628'032.55 verweist die Klägerin ausschliesslich auf die Klagebegründung – konkret auf act. 1 Rz. 182 – (act. 30 Rz. 197 f., Rz. 205 und Rz. 208 [sinngemäss]), wo aber lediglich der Betrag von USD 2'632'032.55 zu finden ist. Insgesamt bleibt damit unklar, wie die Klägerin auf den (bestrittenen) Betrag von USD 2'628'032.55 kommt. e) Sodann ergibt eine Nachrechnung der in act. 1 Rz. 182 aufgeführten Positionen anhand der eingereichten Belege (act. 3/68-100) lediglich eine Summe von USD 2'631'972.55 (und nicht USD 2'632'032.55). Ferner ist zu beachten, dass der hypothetische Vermögensstand gemäss act. 1 Rz. 182 offenbar die – von der Klägerin selbst ins Feld geführten (act. 30 Rz. 44 ff.; act. 31/12-20) – Gebühren beinhaltet. Diese Gebühren stellen Ohnehinkosten dar und damit keinen Schaden, da sie (im Grundsatz) ohnehin angefallen wären, wie dies auch die Beklagte vorbringt (act. 39 Rz. 166). Mithin wären sie in Abzug zu bringen. Es ist nicht Aufgabe des Gerichts, das Gebührentotal in den Beilagen zusammenzusuchen. Schliesslich fällt auf, dass im hypothetischen Vermögensstand gemäss act. 1 Rz. 182 die im Januar 2014 erfolgte Aufstockung enthalten ist, die Klägerin dann aber an anderer Stelle behauptet, sie hätte diese Aufstockung gar nicht vorgenommen, hätte sich die Beklagte pflichtgemäss verhalten (act. 30 Rz. 222 ff.). Diese Argumentation ist widersprüchlich und verfängt nicht. f) Schliesslich ist betreffend

Berechnung des hypothetischen Vermögensstands noch anzumerken, dass die Klägerin als Basiswert auf den effektiven Vermögensstand per 31. Dezember 2011 (USD 1'949'613.41) abstellt (act. 1 Rz. 182), im Widerspruch dazu jedoch ausführt, die erste pflichtwidrige Anlage sei am 9. Januar 2012 erfolgt (act. 1 Rz. 176). Darauf wird nachfolgend unter dem Titel "Berechnungszeitraum" näher einzugehen sein. Im Ergebnis kann auf den von der Klägerin behaupteten hypothetischen Vermögensstand per "Ende Januar 2014" von USD 2'632'032.55 nicht abgestellt werden und der eingeklagte Betrag von USD 2'628'032.55 erweist sich als nicht nachvollziehbar.

- 64 - g) Damit ist die Klägerin ihrer Behauptungs- und Substantiierungslast in einem zentralen Punkt (Vergleichshypothese) nicht nachgekommen. Sodann zeigt sich sogleich, dass die Klägerin keine tauglichen Referenzwerte behauptet hat, anhand welcher sich die hypothetische Entwicklung ihres Portfolios nachvollziehen liesse.

#### **E. 5.5.3.6**

Referenzwerte a) Wie oben unter Ziff. 4.6.3.6 dargelegt, sind abhängig von der gewählten Methode (Einzelanlagen oder Anlagestrategie) Referenzwerte zur Bestimmung des hypothetischen Portfolios heranzuziehen; diese sind vom Anleger im Rahmen seiner Substantiierungslast zumindest (substantiiert) zu behaupten (ROSAT, a.a.O., S. 71 und S. 105, je m.w.H.). Bei Verfolgung einer insgesamt pflichtwidrigen Anlagestrategie stehen als Referenzwerte z.B. Strategie- bzw. Anlagezielfonds von grösseren Banken (z.B. UBS, CS), Effektenhändlern (z.B. an der SIX Swiss Exchange) und Fondsanbietern im Vordergrund, wobei im Falle der Reinvestition zufließender Erträge (z.B. Zinsen) soweit möglich sog. thesaurierende Strategiefonds zu berücksichtigen sind. Im Weiteren kann – soweit sachgerecht – auch auf Strategie- (z.B. Pictet-BVG-Index) und Benchmark-Indizes abgestellt werden (SCHALLER, a.a.O., Rz. 473 ff., m.w.H.). Diese Fonds und Indizes sind im Internet einsehbar (z.B. über die UBS-, CS- oder SIX-Homepage). b) Die (bestrittenen) Ausführungen der Klägerin geben bestenfalls im Ansatz Aufschluss über irgendwelche Referenzwerte. Zum Einen nennt die Klägerin z.B. keine Strategie- oder Anlagezielfonds für die Periode der streitgegenständlichen Devisenoptionen. Zum Anderen beschränkt sich die Klägerin auf eine weitgehend generische Darstellung von schwer zuzuordnenden Zahlen(spektren), Zins- und Renditeentwicklungen, welche einerseits (teilweise) auf die Zeit vor den streitgegenständlichen Devisenoptionen abstellen und andererseits kaum als taugliche Referenzwerte bezeichnet werden können (act. 1 Rz. 177 f., Rz. 188 f.; act. 30 Rz. 194 ff., Rz. 202 ff.). Es erhellt nicht, wie die Klägerin konkret – d.h. gestützt auf welche Anlagen in welcher Diversifikation – zur Annahme gelangt, es hätten im Zeitraum der streitgegenständlichen Devisenoptionsgeschäfte (grob Januar 2012 bis Januar 2014) Renditen von 5 %, 12 % bzw. 15 % erwirtschaftet werden können. Die Klägerin zeigt namentlich nicht hinreichend auf, mit welchen "Bonds, Anleihen

- 65 - und Festgeldern" sich im Zeitraum der streitgegenständlichen Devisenoptionen "ohne Weiteres Renditen in dieser Grössenordnung" hätten erzielen lassen (act. 1 Rz. 189; act. 30 Rz. 30, Rz. 202, Rz. 464). Im Weiteren legt die Klägerin nicht (substantiiert) dar, dass und inwiefern sich "Renditen um die 15 % pro Jahr" auch im Zeitraum der streitgegenständlichen Devisenoptionsgeschäfte "ohne Hochrisikolagen" verwirklicht hätten; die Portfolio-Entwicklung zwischen 31. März 2010 und 31. März 2011 kann darüber keinen Aufschluss geben (act. 30 Rz. 464 f.). c) Angesichts des in den relevanten Jahren vorherrschenden Zinsumfelds scheint ohnehin fraglich, ob (zumindest) mit einer "konservativen Strategie" solche Renditen hätten realisiert werden können; die Klägerin

zeigt denn auch nicht substantiiert auf, welche Produkte im Zeitraum der streitgegenständlichen Devisenoptionengeschäfte konkret und in welcher Diversifikation hätten gehandelt werden sollen. Wie dargelegt, nennt die Klägerin an verschiedenen Stellen eine Vielzahl von diversen Anlageprodukten bzw. Anlagekategorien, ohne dabei konsequent zu bleiben. Unter dem Aspekt "Verwaltungsmandat im Einklang mit der bisher verfolgten Anlagestrategie" (Untervariante von Ziff. 3 des modifizierten Rechtsbegehrens) bezieht sich die Klägerin hinsichtlich des hypothetischen Portfolios sodann einer vergangenenheitsbezogenen Auflistung von einzelnen Produkten, die sich von November 2009 bis August 2011 – und damit vor den im Streit liegenden Devisenoptionen – unter anderem (aber nicht nur) in ihrem Portfolio befunden haben (act. 1 Rz. 185 ff.; act. 30 Rz. 203 ff., ähnlich Rz. 464); namentlich befanden sich von November 2009 bis August 2011 auch verschiedentlich Optionen in ihrem Portfolio (vgl. oben Ziff. 4.5.3.1 und 4.5.3.3). Dass eine solche Betrachtung nichts über die hypothetische Entwicklung des klägerischen Portfolios im Zeitraum der streitgegenständlichen Devisenoptionen aussagen kann, ist angesichts der Dynamik der Finanzmärkte (Marktentwicklung) offensichtlich. Ein Verweis auf die "bislang verfolgte Anlagestrategie" stellt daher noch keinen Referenzwert, geschweige denn eine Substantiierung des Schadens dar. Insgesamt bleibt unklar, was überhaupt womit referenziert werden soll.

- 66 - d) Die von der Klägerin (wenn überhaupt) vorgebrachten "Referenzwerte" sind nicht nachvollziehbar. Auch in dieser Hinsicht hat die Klägerin den Schaden nicht hinreichend substantiiert, geschweige denn berechnet bzw. geschätzt.

#### **E. 5.5.3.7**

Berechnungszeitraum a) Weiter wäre der relevante Zeitraum für die Vergleichshypothese festzulegen, wie oben in Ziff. 4.6.3.7 lit. a dargelegt. b) Wie ausgeführt, legt die Klägerin ihrer Berechnung des hypothetischen Vermögensstands per "Ende Januar 2014" (vgl. oben Ziff. 5.5.3.5) den ausgewiesenen Gesamt-Vermögensstand per 31. Dezember 2011 als Ausgangspunkt zugrunde (USD 1'949'613.41; act. 1 Rz. 182; act. 3/68). Einleitend erläutert die Klägerin dazu, die pflichtwidrigen Anlagen seien erstmals am 9. Januar 2012 erfolgt und von der Beklagten mit der letzten Glattstellung unter Realisierung massiver Verluste am 30. Januar 2014 beendet worden. Der für die Schadensberechnung massgebliche Zeitraum liege damit zwischen dem 1. Januar 2012 und dem 30. Januar 2014 (act. 1 Rz. 176). Am hypothetischen Vermögensstand per "Ende Januar 2014" fällt – nebst den bereits unter Ziff. 5.5.3.5 erörterten Unzulänglichkeiten – Folgendes auf: Wenn die erste Devisenoption am 9. Januar 2012 gezeichnet wurde, dann müsste die Klägerin ihren Berechnungen auch den Vermögensstand per 9. Januar 2012 zugrunde legen und nicht jenen per 31. Dezember 2011. Dass der Vermögensstand per 9. Januar 2012 demjenigen per 31. Dezember 2011 entspräche, ist schon aufgrund der Dynamik der Finanzmärkte (Marktentwicklung) nicht leichthin anzunehmen. Den von der Klägerin eingereichten Kontoauszügen – zum Beweis der von der Beklagten erhobenen Gebühren (act. 30 Rz. 44 ff.; act. 31/12-20, vgl. auch oben Ziff. 5.5.3.5) – lässt sich zudem entnehmen, dass auf ihrem USD-Konto, welches Teil ihres bei der Beklagten deponierten Vermögens ist, zwischen 31. Dezember 2011 bis und mit 9. Januar 2012 diverse Transaktionen vorgenommen wurden (act. 31/12). Deren Hintergrund bleibt bis zuletzt unbekannt. Diese Transaktionen beanstandet und erläutert die Klägerin nicht, sondern lässt sie in act. 1 Rz. 182 schlicht aussen vor; die erste Additionsposition datiert vom 23. Januar 2012. Die

Bewegungen auf den anderen Konten/Depots der Klägerin in diesem Zeitraum sind nirgends ersichtlich. Die Klägerin führt nicht aus, dass und inwiefern

- 67 - es ihr unmöglich oder unzumutbar gewesen wäre, eine vollständige Vermögensübersicht ihrer Konten/Depot per 9. Januar 2012 einzureichen. Der tatsächliche Vermögensstand per 9. Januar 2012 bleibt daher bis zuletzt unbekannt. Damit fehlt eine für die Schadensberechnung/-schätzung zentrale Grösse. c) Die Klägerin geht von einem Stichtag per "Ende Januar 2014" aus, was für sich allein schon Interpretationsspielraum offenlässt. Die "letzte Glattstellung" fand nach Angaben der Klägerin am 30. Januar 2014 statt (act. 1 Rz. 176). In ihrem Rechtsbegehren fordert die Klägerin zudem konsequent 5 % Zins ab 31. Januar 2014 (act. 1 S. 3; act. 30 S. 3). Aus der Auflistung in act. 1 Rz. 182 geht hervor, dass die Klägerin ihren hypothetischen Vermögensstand aber nur bis 16. Januar 2014 aufrechnet und dabei die Aufstockung von USD 600'000.– miteinbezieht, obwohl sie diese bei pflichtgemäsem Verhalten der Beklagten dann aber angeblich gar nicht vorgenommen hätte (act. 30 Rz. 222 ff.). Zudem sind, wie ausgeführt, die Berechnungsgrundlagen des behaupteten hypothetischen Vermögensstands un- vollständig und das Rechenergebnis falsch (oben Ziff. 5.5.3.5). Auch hier kann deshalb nicht leichthin angenommen werden, der hypothetische Vermögensstand per 16. Januar 2014 entspreche demjenigen per "Ende Januar 2014" bzw. per 30. oder 31. Januar 2014. Eine Vermögensübersicht per 31. Januar 2014, anhand welcher der effektive Vermögensstand nachvollzogen werden könnte, hat die Klägerin nicht eingereicht. Die von der Klägerin gemachten Angaben zum effektiven Vermögensstand per "Ende Januar 2014" sind sodann nicht schlüssig (USD 50'000.–, USD 60'000.–, "[...] Saldo [...] negativ [...]"; act. 1 Rz. 43, Rz. 45 f., Rz. 180). f) Der von der Klägerin ins Feld geführte Anfangszeitpunkt (9. Januar 2012) erscheint plausibel, jedoch ist der effektive Vermögensstand per diesem Datum unbekannt bzw. nicht behauptet. Als Endzeitpunkt bzw. Stichtag käme wohl am ehesten der 30. bzw. 31. Januar 2014 in Frage, jedoch wurde weder der effektive noch der hypothetische Vermögensstand per diesem Datum schlüssig behauptet. Auch in dieser Hinsicht erweist sich der Schaden als unsubstantiiert.

### **E. 5.5.3.8**

Der von der Klägerin eingeklagte Schaden erweist sich als unsubstantiiert und die Hauptklage hinsichtlich Ziff. 3 des modifizierten Rechtsbegehrens damit insgesamt als unbegründet.

- 68 -

## **E. 5.6**

Zwischenfazit

### **E. 5.6.1**

Bezüglich Ziff. 3 des modifizierten Rechtsbegehrens ist von einem Vermögensverwaltungsvertrag auszugehen. Die Instruktion einer konservativen Anlagestrategie nach August 2011 ist, wie dargelegt, nicht erstellt. Zudem beinhaltete die bislang – d.h. vor/bis August 2011 – verfolgte Anlagestrategie nach eigenen Angaben der Klägerin gerade auch Optionsgeschäfte. So oder anders entfällt folglich die Verletzung einer entsprechenden Pflicht und ist eine Pflichtverletzung der Beklagten nicht dargetan. Eine vertragliche Haftung fällt daher ausser Betracht. Einen Erfüllungsanspruch hat die Klägerin nicht hinreichend behauptet.

### **E. 5.6.2**

Zum Schaden argumentiert die Klägerin unter Ziff. 3 des modifizierten Rechtsbegehrens anders als im Haupt- und Eventualstandpunkt mit einer pflicht- widrigen Anlagestrategie. Dabei hat sie nie ein hypothetisches Portfolio im Sinne von Lehre und Rechtsprechung substantiiert dargelegt, geschweige denn, ein sol- ches in nachvollziehbarer Weise je dem effektiven Portfolio der gleichen Periode gegenübergestellt. Der eingeklagte Betrag spiegelt lediglich den (bestrittenen) hy- pothetischen Vermögensstand per "Ende Januar 2014" wider, auf welchen aus den genannten Gründen nicht abgestellt werden kann (oben Ziff. 5.5.3.5). Im Übrigen ist der eingeklagte Betrag lege artis weder überprüf- noch einschätzbar. Die kläge- rischen Vorbringen zum Schaden und dessen Berechnung erweisen sich insge- samt und im Einzelnen als unsubstantiiert. Eine gerichtliche Schadensschätzung gestützt auf die klägerischen Vorbringen erwiese sich im Endeffekt als aleatorisch, mithin willkürlich, was nicht angehen kann. Entsprechend hat eine gerichtliche Schadensschätzung zu unterbleiben.

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