

# ZH\_HANDELSGERICHT HG150211 vom 20. Juni 2018

Zh Handelsgericht, 2018-06-20, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_handelsgericht\\_HG150211](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_handelsgericht_HG150211)

FR: ZH\_HANDELSGERICHT HG150211 du 20 juin 2018

IT: ZH\_HANDELSGERICHT HG150211 del 20 giugno 2018

## Erwägungen

### E. 1

Zuständigkeit

#### E. 1.1

**Örtliche Zuständigkeit** Die Parteien haben ihren (Wohn-)Sitz in unterschiedlichen Staaten. Demnach liegt ein internationales Verhältnis vor (BGE 131 III 76 E. 2.3 S. 79-80). Die internationale Zuständigkeit ergibt sich aus Art. 2 Abs. 1 LugÜ, die örtliche Zuständigkeit aus Art. 112 Abs. 2 IPRG, nachdem es sich um eine vertragsrechtliche Streitigkeit handelt. Der nach Rechtshängigkeit eingetretene Wegfall der Zweigniederlassung schadet nicht (Art. 64 Abs. 1 lit. b ZPO). Da sich der Kläger nur subsidiär auf die Gerichtsstandsvereinbarung beruft (act. 1 Rz. 6) und insoweit keine Prüfung von Amtes wegen erfolgt (BERNHARD BERGER, in: Christian Oetiker/Thomas Weibel [Hrsg.], Lugano Übereinkommen, Basler Kommentar, 2. Aufl. 2016, N. 60 zu Art. 23 LugÜ), kommt es auf diese nicht mehr an. Die internationale Zuständigkeit ist gestützt auf Art. 2 Abs. 1 LugÜ, die örtliche Zuständigkeit gestützt auf Art. 112 Abs. 2 IPRG gegeben.

- 14 -

#### E. 1.2

**Sachliche Zuständigkeit** Die sachliche Zuständigkeit ist zwischen den Parteien unbestritten geblieben, jedoch von Amtes wegen zu prüfen (BGE 138 III 471 E. 3.1 S. 477-478). Das Handelsgericht ist als einzige kantonale Instanz für handelsrechtliche Streitigkeiten zuständig (Art. 6 Abs. 1 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG). Eine Streitigkeit gilt als handelsrechtlich, wenn (i) beide Parteien im schweizerischen Handelsregister oder in einem vergleichbaren ausländischen Register eingetragen sind, (ii) die geschäftliche Tätigkeit mindestens einer Partei betroffen ist und (iii) gegen den Entscheid die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht offen steht (Art. 6 Abs. 2 lit. a-c ZPO; BGE 139 III 67 E. 1.2 S. 69-70). Die Zuständigkeit des Handelsgerichts ist jedoch ausgeschlossen, wenn die Klage im vereinfachten Verfahren zu behandeln ist (Art. 243 Abs. 3 ZPO; BGE 143 III 137 E. 2.2 S. 139-140). Die Beklagte 1 und 2 sind im schweizerischen Handelsregister eingetragen (Ziffer A.a oben). Es ist zudem unbestritten, dass der Kläger eine Einzelfirma in D. \_\_\_\_\_ betreibt (act. 1 Rz. 41; act. 15 Rz. 250). Damit ist der Kläger in einem vergleichbaren ausländischen Register eingetragen. Mindestens die Geschäftstätigkeit der Beklagten 1 und 2 ist betroffen. Für die Erfüllung der Voraussetzung von Art. 6 Abs. 1 lit. a ZPO spielt es keine Rolle, ob seitens des Klägers eine Privat- oder Geschäftstätigkeit betroffen ist (BGE 142 III 96 E. 3.3.2 S. 98-99, E. 3.3.5 S. 101). Die sachliche Zuständigkeit ist gestützt auf Art. 6 Abs. 1 und 2 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG gegeben.

#### E. 1.3

Übrige Sachurteilsvoraussetzungen Die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen sind erfüllt.

#### **E. 1.4**

Zwischenergebnis Auf die Klage ist einzutreten.

- 15 -

#### **E. 2**

Anwendbares Recht Da ein internationales Verhältnis i.S.v. Art. 1 Abs. 1 IPRG vorliegt (s. Ziffer 1.1 oben), ist zunächst das anwendbare Recht zu klären. Unter Hinweis auf den Kontoeröffnungsantrag vom 19. Januar 2006 (act. 3/4a S. 4) gehen die Parteien übereinstimmend von der Anwendbarkeit schweizerischen Rechts aus (act. 1 Rz. 6; act. 15 Rz. 22; vgl. auch die verschiedenen Fassungen der Geschäftsbedingungen, act. 17/1 Ziffer 19; act. 17/9 Ziffer 19; act. 17/10 Ziffer 22). Gemäss Art. 116 Abs. 1 IPRG untersteht der Vertrag dem von den Parteien gewählten Recht. Das Vertragsverhältnis ist deshalb nach schweizerischem Recht zu beurteilen.

#### **E. 3**

Parteiwechsel

##### **E. 3.1**

Gemäss Meldung Nr. ... im Schweizerischen Handelsamtsblatt Nr. ... vom tt.mm.2017 S. ...-... (dort S. ...) übertrug die Beklagte 1 mit Vertrag vom tt.mm.2017 der Beklagten 2 Aktiven von CHF 10'836'179'158.00 und Passiven von CHF 10'836'179'157.00 im Wege der Vermögensübertragung [im Sinne von Art. 69 ff. FusG] für den Preis von CHF 1.00; die Einschreibung in das Tagebuch erfolgte am tt.mm.2017 (act. 38). Bei Handelsregistereinträgen handelt es sich um offenkundige Tatsachen i.S.v. Art. 151 ZPO, welche weder zu behaupten noch zu beweisen sind (Urteil 4A\_412/2011 vom 4. Mai 2012 nicht in BGE 138 III 294 publ. E. 2.2 m.Nw.; dem folgend 4A\_261/2013 vom 1. Oktober 2013 E. 4.3; Urteil 4A\_195/2014, 4A\_197/2014 vom 27. November 2014 E. 7.3.1). Weiter ist zwischen den Parteien unbestritten, dass die Beklagte 1 die Geschäftsbeziehung des Klägers und die streitgegenständliche Forderung gemäss Inventar zum Vertrag vom tt.mm.2017 auf die Beklagte 2 übertragen habe (act. 41 Rz. 9, 11, 14; act. 43 Rz. 3; act. 42/1-2; act. 44/1).

##### **E. 3.2**

In rechtlicher Hinsicht gehen beide Parteien von einem gesetzlichen Parteiwechsel nach Art. 83 Abs. 4 Teilsatz 2 ZPO i.V.m. Art. 73 Abs. 2 FusG aus (act. 41 Rz. 17, 18; act. 43 Rz. 4). Hinsichtlich der zivilprozessualen Auswirkungen einer Vermögensübertragung bestehen im Schrifttum unterschiedliche Ansichten. Nach der einen Ansicht tritt

- 16 - von Gesetzes wegen ein Parteiwechsel nach Art. 83 Abs. 4 Teilsatz 2 ZPO i.V.m. Art. 73 Abs. 2 FusG ein (ROGER MORF, in: ZPO-Kommentar, hrsg. von Myriam A.

Gehri/Ingrid Jent-Sørensen/Martin Sarbach, 2. Aufl. 2015, N. 2 zu Art. 83 ZPO). Nach der anderen Ansicht muss die Erwerberin nach Art. 83 Abs. 1 ZPO dem Prozess beitreten

(BALZ GROSS/ROGER ZUBER, in: Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2012, N. 29, 33 zu Art. 83 ZPO). Art. 83 Abs. 1 ZPO bezieht sich auf Fälle, in welchem das streitgegenständliche Aktivum (Sache oder Aktivforderung) veräussert wird. Demgegenüber erfasst Art. 83 Abs. 4 Teilsatz 2 ZPO insbesondere

gesetzlich geregelte Fälle der Universal sukzession (Botschaft zur Schweizerischen

Zivilprozessordnung [ZPO] vom 28. Juni 2006, BBl 2006 7221, S. 7286). Die Vermögensübertragung nach Art. 69 ff. FusG ist ein Tatbestand der partiellen Universalsukzession (URS KÄGI/FELIX R. EHRAT, in: Basler Kommentar, Fusionsgesetz, hrsg. von Rolf Watter/Nedim Peter Vogt/Rudolf Tschäni/Daniel Daeniker, 2. Aufl. 2015, N. 1 zu Art. 75 FusG). Demnach fällt dieser Tatbestand unter Art. 83 Abs. 4 Teilsatz 2 ZPO, so dass es einer Erklärung des Prozessbeitritts nicht bedarf. Die Vermögensübertragung wird mit Eintragung ins Handelsregister rechtswirksam; in diesem Zeitpunkt gehen alle im Inventar aufgeführten Aktiven und Passiven von Gesetzes wegen auf den übernehmenden Rechtsträger über (Art. 73 Abs. 2 Satz 1 und 2 FusG). Als Zeitpunkt der Eintragung gilt die Einschreibung der Anmeldung in das Tagebuch (Art. 932 Abs. 1 OR). Demnach hat am tt.mm.2017 ein gesetzlicher Parteiwechsel stattgefunden, wovon Vormerk zu nehmen ist. Das Rubrum ist entsprechend zu berichtigen. Da die eintretende Partei den Prozess in dem Stand aufnimmt, in welchem er sich im Moment des Eintritts befunden hat (Botschaft ZPO, a.a.O., BBl 2006 7221, S. 7286; MAX GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl. 1979, S. 145), gelten die bisherigen Prozesshandlungen der Beklagten 1 auch für die Beklagte 2.

### **E. 3.3**

Der Kläger vertritt weiter die Ansicht, die bisherige Beklagte 1 behalte ihre Parteistellung, da sie gemäss Art. 75 Abs. 1 FusG solidarisch mithaftet (act. 41 Rz. 19); eventualiter sei sie zum Prozessbeitritt aufzufordern (act. 41 Rz. 20). Anlässlich der Hauptverhandlung hat der Kläger sein Rechtsbegehren entsprechend

- 17 - konkretisiert und die solidarische Verpflichtung der Beklagten 1 und 2 verlangt (act. 52 S. 2; Prot. S. 22). Liegt der Tatbestand einer Vermögensübertragung nach Art. 69 ff. FusG vor, so gelten auch die entsprechenden Gläubigerschutzrechte. Dazu gehört insbesondere die Mithaftung der Veräussererin (Art. 75 Abs. 1 FusG). Deshalb besteht eine solidarische Haftung der bisherigen Beklagten 1 und der neuen Beklagten 2. Liegt ein Fall (echter) Solidarität vor, steht dem Gläubiger die Wahl zu, von einem Solidarschuldner den ganzen Betrag oder von jedem Solidarschuldner nur einen Teil zu fordern (Art. 144 Abs. 1 OR). Der Gläubiger kann entweder nur gegen einen oder gegen mehrere Solidarschuldner vorgehen (BGE 93 II 329 E. 3a S. 333). Können Solidarschuldner gemeinsam an einem Gericht beklagt werden, bilden sie lediglich eine einfache Streitgenossenschaft (CHRISTOPH K. GRABER, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht, hrsg. von Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand, 6. Aufl. 2015, N. 3 zu Art. 144 OR). Die Voraussetzungen zur Klageänderung nach Art. 230 Abs. 1 i.V.m. Art. 227 Abs. 1 ZPO sind erfüllt. Da es sich bei handelsregisterrechtlichen Eintragungen um offenkundige Tatsachen i.S.v. Art. 151 ZPO handelt, gelten die über Art. 230 Abs. 1 lit. b ZPO auf die Klageänderung anwendbaren Anforderungen des Novenrechts von Art. 229 Abs. 1 ZPO, insbesondere das Erfordernis der unverzüglichen Vorbringung (Handelsgericht des Kantons Zürich, Urteil vom 22. April 2013, ZR 112 [2013] Nr. 35 E. III.3 S. 141; Schreiben des Präsidenten an die Parteien vom

### **E. 5**

Vertragsverletzung

#### **E. 5.1**

Tatsächliches

### **E. 5.1.1**

In tatsächlicher Hinsicht ist nicht streitig, dass die Kundenberaterin die Transaktionen selbstständig tätigte, ohne jedes Mal vom Kläger Instruktionen entgegen genommen zu haben (act. 1 Rz. 16, 101, 123; act. 15 Rz. 59, 65, 67, 431, 435; act. 24 Rz. 24, 118, 151, 152, 169; act. 32 Rz. 93, 172, 268). In der Sache nicht bestritten sind auch die vom Kläger exemplarisch aufgeführten Transaktionen vom 2. bis zum 4. Quartal 2006. Im 2. Quartal 2006 wurden dem USD-Konto des Klägers USD 39'884'629.00 gutgeschrieben und USD 39'206'153.00 belastet (act. 1 Rz. 96; act. 15 Rz. 326; act. 24 Rz. 110, 195), rund 30 Future-Positionen im Umfang von rund USD 10 Mio eingegangen (act. 1 Rz. 98; act. 24 Rz. 197)

- 24 - und auf dem CAD-Konto zusätzlich knapp CAD 7 Mio. umgesetzt (act. 1 Rz. 99; act. 15 Rz. 329; act. 24 Rz. 198). Im 3. Quartal 2006 belief sich das Umsatzvolumen auf USD 32.7 Mio. (act. 1 Rz. 102; act. 15 Rz. 333; act. 24 Rz. 200) und CAD 5.3 Mio. (act. 1 Rz. 105; act. 15 Rz. 333; act. 24 Rz. 202), im 4. Quartal 2006 auf USD 16.5 Mio. (act. 1 Rz. 103; act. 15 Rz. 333; act. 24 Rz. 200) und CAD 3.2 Mio. (act. 1 Rz. 105; act. 15 Rz. 333; act. 24 Rz. 202).

### **E. 5.1.2**

Der Kläger behauptet, er habe nicht durch Investitionen hohe Renditen erzielen wollen und die Kundenberaterin nicht zu einer aggressiven Anlagestrategie instruiert (act. 24 Rz. 401). Er habe die Beklagte 1 nicht angewiesen, die in den Kontounterlagen aufgeführten Transaktionen zu tätigen (act. 1 Rz. 135). Von den Credit Facility Agreements vom 11. Mai 2006 (act. 3/26a) und vom 8. Oktober 2007 (act. 3/26b) habe er weder Kenntnis gehabt, noch habe er um diese ersucht (act. 1 Rz. 125, 126; act. 24 Rz. 220). Der Kläger habe keine telefonischen Instruktionen erteilt, wie die als "Phone Order Confirmation" bezeichneten Belege der Beklagten 1 suggerieren würden (act. 1 Rz. 83, 84). Zwischen den Telefongesprächen und den Transaktionen bestehe lediglich in 10 Fällen eine zeitliche Übereinstimmung (act. 24 Rz. 159). Zwischen Januar 2010 und Oktober 2010 sei keine einzige Transaktion getätigt worden; die rund 30 Telefongespräche, welche zu einem grossen Teil vom Kläger ausgegangen seien, hätten vor dem Hintergrund eines Kreditkartendiebstahls in Mexiko stattgefunden, bei dessen Bewältigung die Kundenberaterin dem Kläger behilflich gewesen sei (act. 24 Rz. 161). Anlässlich der Treffen zwischen dem Kläger und der Kundenberaterin seien weder die Entwicklung des Portfolios bzw. mögliche Strategien für die Zukunft besprochen, noch sei der Kläger informiert worden; Belege seien dem Kläger höchstens sehr lückenhaft vorgelegt und der Zusammenhang unzutreffend erklärt worden (act. 24 Rz. 401).

### **E. 5.1.3**

Die Beklagte 1 behauptet, die Kundenberaterin des Klägers bei der Beklagten 1 habe nach der Eröffnung des Kontos bei der Beklagten 1 die Handelsaktivität im Sinne der in der Zeit bei der Gruppengesellschaft in London angeordneten aggressiven Anlagestrategie fortgesetzt (act. 15 Rz. 59, 252). Der Kläger und die Kundenberaterin hätten anlässlich der seit Eröffnung der Kontobeziehung mit der

- 25 - Beklagten 1 abgehaltenen persönlichen Treffen vom 3. Juni 2006, vom 12. März 2007 und vom 19. Februar 2008 sowie anlässlich der regelmässig geführten Telefonate die Entwicklungen des klägerischen Portfolios und mögliche Strategien für die Zukunft besprochen; dabei sei der Kläger von der Kundenberaterin jeweils vollumfänglich über die

Handelsaktivitäten informiert worden; zusätzlich habe die Kundenberaterin dem Kläger anlässlich der persönlichen Treffen die Belege der getätigten Transaktionen vorgelegt (act. 15 Rz. 60). Der Kläger habe deshalb Kenntnis von den Credit Facility Agreements vom 11. Mai 2006 (act. 3/26a) und vom 8. Oktober 2007 (act. 3/26b) gehabt (act. 15 Rz. 374). Für eine derartige Fülle von Telefonaten hätte es keinen Anlass gegeben, wenn der Kläger auf seinem Konto lediglich Bargeld hätte halten und keine Investitionen hätte tätigen wollen (act. 32 Rz. 24). Entgegen den Behauptungen des Klägers habe die Beklagte 1 auch keine Family-Office-Dienstleistungen erbracht (act. 15 Rz. 258; act. 32 Rz. 25, 26, 253). Es sei abwegig, dass die Kundenberaterin einem Kunden, der lediglich Bargeld halten wolle, über Jahre hinweg verschiedene Dienstleistungen erbracht hätte (act. 32 Rz. 26). Die Beklagte 1 erachtet die diesbezüglichen Behauptungen des Klägers insgesamt als unplausibel (im Einzelnen: jene, es habe von Januar 2010 bis Oktober 2010 keine einzige Transaktion gegeben, als falsch, jene, die Kundenberaterin sei dem Kläger bei der Bewältigung eines Kreditkartendiebstahls in Mexiko behilflich gewesen, aufgrund der langen Zeitspanne als nicht nachvollziehbar, jene, die Beklagte 1 sei dem Kläger bei der Suche nach einer Schule in ... für seinen Sohn behilflich gewesen, als unsubstantiiert) und im Übrigen als unvollständig (act. 32 Rz. 27).

## **E. 5.2**

Rechtliches

### **E. 5.2.1**

Der Kläger vertritt die Ansicht, die Beklagte 1 sei aufgrund der Ermächtigung in den Kontoeröffnungsunterlagen nur zur Tätigkeit von Festgeldanlagen befugt gewesen, nicht jedoch zu anderen Anlagen (act. 1 Rz. 256; act. 24 Rz. 331). Diesen Auftragsrahmen habe die Kundenberaterin missachtet, indem sie das Geld des Klägers nicht bestimmungsgemäss angelegt habe (act. 1 Rz. 259; act. 24 Rz. 334). Für Instrumente wie die Anlage in Optionen, Futures oder Spot-Forex-Transaktionen hätte die Beklagte 1 neben einer korrekten vertraglichen Dokumentation eines Auftrags bedurft (act. 24 Rz. 167). Zwischen den Telefongesprächen und den Transaktionen bestehe kein Zusammenhang (act. 24 Rz. 160, 285; act. 59 Rz. 23).

### **E. 5.2.2**

Die Beklagte 1 vertritt die Ansicht, die von der Kundenberaterin getätigten Transaktionen hätten keiner Instruktion des Klägers bedurft, da es sich um ein Vermögensverwaltungs- bzw. De-facto-Anlageberatungsvertragsverhältnis gehandelt habe (act. 15 Rz. 122, 123; act. 32 Rz. 42-45; act. 60 Rz. 11). Die Kundenberaterin habe solche Transaktionen auch von sich aus tätigen dürfen (act. 15 Rz. 531; act. 32 Rz. 322; act. 60 Rz. 11), sei doch bereits der Vermögenszuwachs bei der Gruppengesellschaft in London von USD 4'595'570.03 auf USD 8'430'665.00, was mehr als 80 % entspricht, zwischen dem 23. April 2002 und dem 9. Februar 2006 auf die aktive Verwaltung des klägerischen Vermögens durch die Kundenberaterin zurückzuführen (act. 15 Rz. 58; act. 32 Rz. 257, 262; act. 60 Rz. 7). Die Anlage sei vertragskonform gewesen (act. 15 Rz. 534; act. 32 Rz. 322). Aus den Credit Facility Agreements vom 11. Mai 2006 (act. 3/26a) und vom 8. Oktober 2007 (act. 3/26b) sei dem Kläger kein Nachteil entstanden (act. 15 Rz. 376, 464). Eine Sorgfaltspflichtverletzung im Rahmen des Vermögensverwaltungsverhältnisses mache der Kläger nicht geltend (act. 15 Rz. 533; act. 32 Rz. 322).

### E. 5.2.3

Während der Vermögensverwalter die Anlageentscheide im Rahmen der mit dem Kunden vereinbarten Anlagestrategie selbstständig trifft, verfügen der Anlageberater und der Depotverwalter über keine entsprechende Ermächtigung (Ziffer 4.2 oben). Die Ausführung von Anlageaufträgen richtet sich nach dem Auftrags- oder Kommissionrecht i.S.v. Art. 425 Abs. 1 OR (GUTZWILLER, a.a.O., S. 73). Nicht in Auftrag gegebene Transaktionen stellen eine unberechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag dar und führen zur Haftung nach Art. 420 Abs. 3 OR (ALEXANDER WHERLOCK/HANS CASPAR VON DER CRONE, Anwendbarkeit von Genehmigungsklauseln hinsichtlich unautorisierter Börsengeschäfte, SZW 2016, 96, S. 105; ERIC SIBBERN/HANS CASPAR VON DER CRONE, Genehmigungsfiktion und Nebenpflichten der Bankkunden, SZW 2006, S. 70 ff., S. 72; EMCH ET AL., a.a.O., N 1771). Für das Vorliegen des Einverständnisses des Kunden ist der Anlagebe-

- 27 - rater beweisbelastet. Von einem stillschweigenden Einverständnis des Kunden kann ausgegangen werden, wenn sich nach dem Urteil des Beraters Massnahmen als notwendig erweisen, um unmittelbar drohenden Schaden abzuwenden (GUTZWILLER, a.a.O., S. 61). Die Bank trifft somit die Beweislast dafür, dass die vorgenommenen Transaktionen entweder von einem Verwaltungsauftrag, einer (stillschweigenden) generellen oder einer einzelnen Weisung gedeckt waren.

### E. 5.3

Subsumtion Die faktisch gelebte Geschäftsbeziehung beschränkte sich unstreitig nicht auf die blosser Haltung von Barmitteln auf einem Kontokorrent. Die Ansichten der Parteien gehen dahingehend auseinander, ob die Beklagte 1 zu deren Vornahme befugt oder gar verpflichtet gewesen sei, oder ob die Transaktionen eine Vertragsverletzung dargestellt hätten. Die Beklagte 1 schliesst aus dem vor Übertragung der Geschäftsbeziehung zur Beklagten 1 bei der Gruppengesellschaft in London gelebten Verhältnis auf die bewusste Wahl des Klägers, mit der Beklagten 1 eine aggressive Anlagestrategie umzusetzen, und seine Einwilligung zur Vornahme von Transaktionen auch ohne Einzelanweisungen. Der Kläger bestreitet dagegen bereits in tatsächlicher Hinsicht, von im Jahre 2006 zur Beklagten 1 transferierten Aktienpositionen gewusst zu haben (Ziffer A.b oben), und verneint entsprechend eine Befugnis der Beklagten 1 zur eigenmächtigen Tötigung von Transaktionen. Gegenüber der Klagebegründung behauptet der Kläger in der Replik, der Kundenberaterin nicht nur zu Beginn der am 23. April 2002 bei der Gruppengesellschaft der Beklagten 1 in London eröffneten Geschäftsbeziehung, sondern auch in der Folge Vermögenswerte übergeben zu haben, welche sich nach seiner Erinnerung auf insgesamt rund USD 6 Mio. belaufen sollen (act. 24 Rz. 146). Anlässlich der Hauptverhandlung hat der Kläger seine Darstellung erneut geändert, indem er neu geltend macht, angesichts der ihm von der Kundenberaterin für Festgeldanlagen prognostizierten Renditen zwischen 6 und 10 % sei er davon ausgegangen, die ursprünglich eingebrachten etwa 4,5 Mio. seien bis zum Jahre 2006 durch Zinsen und Zinseszinsen auf vielleicht etwas mehr als 6 Mio. angewachsen, und den effektiven Betrag von 8,4 Mio. habe er erst im Jahre 2014 durch einen Vertreter der Beklagten 1 erfahren (Prot. S. 23-24). Diese Behauptung stellt ein

- 28 - unechtes Novum dar, weshalb sie nach Eintritt des Aktenschlusses nur unter den Voraussetzungen von Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO zulässig ist. Weder hat der Kläger begründet, dass er die Behauptung trotz zumutbarer Sorgfalt nicht hat vorher vorbringen können, noch sind solche Gründe ersichtlich. Ein Missverständnis bei der Instruktion der

Rechtsvertretung müsste sich der Kläger anlasten lassen. Entscheidend ist indessen, dass auch die Beklagte 1 nicht geltend macht, der Kläger habe Einzelanweisungen erteilt, hätten doch nach ihrer Darstellung die Te- lefongespräche nicht primär der Instruktion zur Vornahme einzelner Transaktio- nen, sondern der Besprechung der Anlagepolitik gedient (act. 15 Rz. 435; act. 32 Rz. 172, 196, 202, 282). Grundlage kann somit nur eine generelle Weisung oder ein Verwaltungsauftrag sein. Da jedoch beim zwischen den Parteien vorliegenden Execution-only-Verhältnis die Entscheidungsbefugnis beim Kunden verbleibt (Zif- fer 4.2 oben), bestand mit der erwähnten Ausnahme von Festgeldanlagen keine generelle Instruktion des Klägers.

#### **E. 5.4**

Zwischenergebnis Die faktisch praktizierte Anlagetätigkeit war durch das Vertragsverhältnis zwi- schen den Parteien nicht gedeckt, weshalb die Beklagte 1 den Vertrag verletzte.

#### **E. 6**

Zustellung der Kontobelege

##### **E. 6.1**

Tatsächliches

##### **E. 6.1.1**

Die Beklagte 1 behauptet, Ziffer 3 ihrer Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthielte sowohl in der ab 1. Januar 2006 als auch in der ab Dezember 2009 so- wie ab Dezember 2012 geltenden Fassung eine Zustellungsfiktion für die an die letzte vom Kunden angegebene Adresse gesandte Mitteilungen (act. 15 Rz. 105; act. 17/1; act. 17/9; act. 17/10). Der Kläger habe angegeben, die sein Konto und Depot betreffende Korrespondenz sei an die Arbeitsadresse der Kundenberaterin zuzustellen (act. 15 Rz. 106). Zu Beginn der vertraglichen Beziehung sei sämtli- che Korrespondenz an die Kundenberaterin zugestellt worden (act. 15 Rz. 107, 186). Nachdem die Kundenberaterin im Jahre 2007 von London nach J.\_\_\_\_\_ umgezogen sei, habe die Beklagte 1 die Bankkorrespondenz – dem Wunsch des

- 29 - Klägers entsprechend – banklagernd geführt (act. 15 Rz. 108, 110, 186). Der Klä- ger habe am 19. Februar 2008 eine entsprechende Empfangsbestätigung unter- zeichnet (act. 15 Rz. 109, 112; act. 32 Rz. 339; act. 3/49). Der Kläger habe zu- dem zahlreiche Transaktionsbelege und Phone Order Confirmations gegenge- zeichnet (act. 15 Rz. 112; act. 3/29).

##### **E. 6.1.2**

Der Kläger bestreitet nicht, insgesamt 230 Transaktionsbelege unterzeich- net zu haben (act. 24 Rz. 105, 107, 223, 256). Die übrigen, nicht unterzeichneten Belege habe er von der Beklagten 1 erst Anfang Juli 2015 erhalten (act. 1 Rz. 7, 9; act. 24 Rz. 222, 226, 236, 245, 255). Der Kläger habe keine banklagernde Kor- respondenz gewünscht (act. 24 Rz. 416, 417, 425). Die Korrespondenz sei an die Büroadresse der Kundenberaterin bei der Gruppengesellschaft in London zuge- stellt worden (act. 1 Rz. 17, 28, 59, 61; act. 24 Rz. 170, 171, 415).

#### **E. 6.2**

Rechtliches Die Genehmigungsfiktion setzt zunächst die gültige Zustellung der Mitteilung an den Bankkunden voraus, damit der Lauf der Beanstandungsfrist ausgelöst wird (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4C.81/2002 vom 1. Juli 2002 E. 4.3). Nach allgemeinen Grundsätzen gilt eine Mitteilung als zugestellt, sobald sie in den Machtbereich des Empfängers gelangt, so dass dieser nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge davon Kenntnis nehmen kann (BGE 137 III 208 E. 3.1.2 S. 213; BGE 143 III 15 E. 4.1 S. 18). Der Bankkunde kann gegenüber der Bank ein Zustellungsdomizil benennen und insbesondere die banklagernde Zustellung wünschen. In diesem Fall muss der Bankkunde die banklagernd zurückbehaltenen Mitteilungen gegen sich gelten lassen, als wären sie ihm selbst zugestellt worden (EMCH ET AL., a.a.O., N 708). Bei der Bezeichnung einer Zustellungsadresse gelten Zustellungen an diese als gültig erfolgt (vgl. analog Art. 43 VVG). Ermächtigt der Kunde den eigenen Kundenberater zum Empfang der Bankmitteilungen, liegt ein Insichgeschäft in Form der Doppelvertretung vor. Insichgeschäfte sind regelmässig unzulässig, ausser die Gefahr einer Benachteiligung des Vertretenen sei nach der Natur des Geschäftes ausgeschlossen oder dessen Zustimmung (Einwilligung oder Genehmi-

- 30 - gung) liege vor (BGE 89 II 321 E. 5 S. 325; dem folgend BGE 95 II 442 E. 5 S. 452-453; BGE 126 III 361 E. 3a S. 363; BGE 127 III 332 E. 2a S. 333-334). Mit der sog. Banklagernd-Klausel können die Parteien im Sinne einer unwiderlegbaren Vermutung (meistens als sog. Zugangsfiktion bezeichnet) übereinkommen, dass Dokumente als an den Kunden zugestellt gelten, sobald sie diesem bei der Bank zur Einsicht zur Verfügung stehen. Die Mitteilungen gelten dann in diesem Zeitpunkt als an den Kunden zugestellt (Urteil des Bundesgerichts vom

### **E. 6.3**

Subsumtion Die Kontoeröffnungsformulare vom 19. Januar 2006 und vom 19. März 2007 enthalten bezüglich Adresse für Mitteilungen die beiden Möglichkeiten, die Korrespondenz an die in einem Freitextfeld angegebene Adresse in der gewünschten Zahl von Exemplaren und Periodizität zustellen zu lassen oder sie bei der Beklagten 1 banklagernd zurückbehalten zu lassen, wobei als Zustellungsdatum das Datum, welches das Dokument trägt, gilt (act. 3/4a S. 2; act. 3/24a S. 2), was mit den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten 1 übereinstimmt (act. 17/1 Ziffer 3; act. 17/9 Ziffer 3; act. 17/10 Ziffer 3 Abs. 2). Dabei haben die Parteien jeweils die Zustellung an die Arbeitsadresse der Kundenberaterin bei der Gruppengesellschaft in London zuhanden des Klägers vereinbart (act. 3/4a S. 2; act. 3/24a S. 2). Die Banklagernd-Vereinbarung haben die Parteien nicht gewählt. Mit den Kontoeröffnungsformularen vom 19. Januar 2006 und vom 19. März 2007 hat der Kläger seiner Kundenberaterin bei der Beklagten 1 eine Empfangsvollmacht erteilt. Da die Kundenberaterin die Anlagegeschäfte tätigte oder in Auftrag gab (Ziffer 5.1 oben), muss diese den dargelegten Anforderungen an Insichgeschäfte entsprechen, vertritt die Kundenberaterin in dieser Konstellation doch gleichzeitig die Bank und den Kunden. Diesbezüglich fällt zunächst auf, dass die Zustellung an den Kundenberater im Unterschied zur banklagernden Zustellung auf dem Vordruck des Formulars nicht vorgesehen ist. Neben der Zustellung an eine Privatadresse dürfte jene an einen Treuhänder oder externen Vermögensverwalter im Vordergrund stehen. Letztere stellen jedoch Drittpersonen dar, welche dem Kunden zuzurechnen sind, weshalb sich die Problematik von Insichgeschäften grundsätzlich nicht stellt. Die Zustellung an die Kundenberaterin steht im Gegensatz zum bei banklagernder Korrespondenz üblichen Vorgehen, diese durch eine

Drittperson aushändigen zu lassen. Ihr fehlt es an organisatorischen Vorsichtsmassnahmen, um Interessenkonflikte zu vermeiden. Da die Gefahr einer Benachteiligung des Bankkunden nicht ausgeschlossen ist, liegt eine gültige Zustellungsvereinbarung nur vor, wenn der Kläger der Doppelvertretung zugestimmt hat.

- 33 - Eine generelle Einwilligung ist in den Kontoeröffnungsformularen vom 19. Januar 2006 und vom 19. März 2007 nicht zu sehen. Der Wortlaut enthält keine Einwilligung in eine Doppelvertretung. Für die Auslegung als implizite Einwilligung fehlt es der Zustellungsvereinbarung an der erforderlichen Eindeutigkeit: Einerseits lässt sich das Vorliegen eines Vermögensverwaltungsvertrags nicht erstellen, weshalb der Kläger nicht damit rechnen musste, die Kundenberaterin würde von sich aus Anlagegeschäfte tätigen, deren Bestätigungen er sich durch die Zustellungsvereinbarung anrechnen lassen müsste. Andererseits sind auch Konstellationen denkbar, in welcher die Parteien als Zustelladresse eine bankinterne Drittperson bezeichnen. Hinzu kommt, dass nicht bekannt ist, wann die Zustellung der Dokumente an die Kundenberaterin erfolgt ist. Im Gegensatz zur banklagernden Zustellung kann sich die Beklagte 1 nicht auf die Vermutung berufen, wonach als Zustellungsdatum jenes Datum gilt, welches das Dokument trägt. Konkrete Behauptungen hinsichtlich dieses Zeitpunkts liegen nicht vor. Damit hat erst mit Aushändigung an den Kläger eine wirksame Zustellung stattgefunden. Die in act. 3/29 enthaltenen Belege hat der Kläger somit entsprechend dem Datum der klägerischen Unterschrift jeweils am 23. Juni 2006, 12. März 2007 und 19. Februar 2008 erhalten. Die Beklagte 1 beruft sich weiter auf die Empfangsquittung vom 19. Februar 2008 (act. 3/49). In diesem mit "Banklagernde Korrespondenz" betitelten und vom Kläger mit Datum vom 19. Februar 2008 unterzeichneten Dokument ist unter Bezugnahme auf die Periode vom 5.11.2007 bis 4.2.2008 sowie die Anzahl von 149 Seiten die folgende Erklärung in italienischer, deutscher, französischer und englischer Sprache angehängt (act. 3/49): "Ich/Wir bestätigen(n), die gemäss meinen/unseren Instruktionen zurückbehaltene Korrespondenz erhalten zu haben." Nach der Argumentation der Beklagten 1 müsste sich aus dem Passus "gemäss meinen/unseren Instruktionen" eine konkludente Vereinbarung banklagernder Korrespondenz ergeben. Die Formulierung verweist jedoch lediglich auf eine zwischen den Parteien bereits bestehende Vereinbarung. Ein Angebot auf den neuen Abschluss einer entsprechenden Vereinbarung lässt sich nicht auf den Wortlaut stützen. Der Kläger erhielt die Korrespondenz von seiner Kundenberaterin aushändig, was der vereinbarten Zustelladresse entsprach, so dass er aus den ge-

- 34 - samten Umständen nicht auf eine Änderung der vereinbarten Zustellungsweise zu schliessen hatte. Schliesslich handelt es sich bei der streitgegenständlichen Klausel um eine vorformulierte Allgemeine Geschäftsbedingung, welche der Ungewöhnlichkeitsregel standhalten muss (BGE 135 III 1 E. 2.1 S. 7 m.w.Nw.), denn auf die äusserliche Erscheinungsform (Beilage mit Verweisung, Integration in den Vertragstext) kommt es nicht an (vgl. § 305 Abs. 1 Satz 2 BGB; ROCHUS GASSMANN, Dokumentationspflicht des Finanzdienstleisters – und bei Unklarheiten fragen Sie Ihren Richter, in: FS Willi Fischer, hrsg. von Anna Böhme et al., Zürich 2016, S 153-154; auch einer einzelnen in die Vertragsurkunde aufgenommenen Klausel kann die Eigenschaft von AGB zukommen, Palandt-GRÜNEBERG, 77. Aufl. 2018, N. 14, 15 zu § 305 BGB m.Nw.). Die Änderung der Zustellungsvereinbarung auf einer Empfangsquittung ist als ungewöhnlich zu qualifizieren, weshalb keine wirksame Einbeziehung der streitgegenständlichen Klausel vorliegt. Fehlt es an der Vereinbarung banklagernder Korrespondenz, wurde diese erst mit

der Aushändigung wirksam zugestellt. Die nicht quittierte Korrespondenz ging dem Kläger somit erst am 8. Juli 2015 zu, als ihm die Beklagte 1 die Belege aushändigte (Ziffer A.b oben).

#### **E. 6.4**

Zwischenergebnis Die Zustellung der Korrespondenz an die Kundenberaterin löst mangels Wirksamkeit die Beanstandungsfrist nicht aus. Die unterzeichneten Belege hat der Kläger entsprechend dem Datum seiner Unterschrift am 23. Juni 2006, 12. März 2007 und 19. Februar 2008 erhalten. Die restlichen Belege gingen dem Kläger am

#### **E. 7**

Dezember 1984 E. 2b, in: SJ 1985 S. 246; 4C.81/2002 vom 1. Juli 2002 E. 4.3; dem folgend 4C.205/2002 vom 9. Dezember 2002 E. 2.3; 4C.378/2004 vom 30. Mai 2005 E. 2.2, in: SJ 2006 I S. 1). Dem inhärenten Interessenkonflikt der Bank können die Parteien dadurch begegnen, dass die regelmässige Aushändigung der banklagernden Mitteilungen sichergestellt ist (LOMBARDINI, a.a.O., Kapitel XII N 109) und nicht durch den Kundenberater, sondern eine Drittperson erfolgt (EMCH ET AL., a.a.O., N 709).

- 31 - Die Berufung auf die Zustellungsfiktion erweist sich jedoch in gewissen stossenden Fällen als rechtsmissbräuchlich. So kann sich die Bank nicht auf die Zustellungsfiktion berufen, um den Kunden absichtlich zu schädigen (Urteil des Bundesgerichts vom 7. Dezember 1984 E. 2b, in: SJ 1985 S. 246; dem folgend 4C.81/2002 vom 1. Juli 2002 E. 4.3 m.Nw.; 4A\_262/2008 vom 23. September 2008 E. 2.3), wenn sie sich grundlos von den mündlichen Weisungen des Kunden entfernt, nachdem sie diese während mehrerer Jahre befolgt hat (Urteil des Bundesgerichts 4C.295/2006 vom 30. November 2006 E. 4.4, unter Berufung auf Urteil vom 9. August 1995 E. 2c, in: SJ 1996 S. 193; dem folgend 4A\_262/2008 vom 23. September 2008 E. 2.3), sie um die Nichtgenehmigung des Kunden weiss (Urteil des Bundesgerichts 4C.81/2002 vom 1. Juli 2002 E. 4.3 m.Nw.; dem folgend 4C.378/2004 vom 30. Mai 2005 E. 2.2, in: SJ 2006 I S. 1; 4C.295/2006 vom 30. November 2006 E. 4.4; 4A\_262/2008 vom 23. September 2008 E. 2.3; 4A\_42/2015 vom 9. November 2015 E. 5.2) oder gegenüber einem in Bankgeschäften nicht versierten Kunden von der Anlagestrategie abweicht (Urteil des Bundesgerichts 4C.18/2004 vom 3. Dezember 2004 E. 1.8 m.Nw., in: Pra 94 [2005] Nr. 73; dem folgend 4C.342/2003 vom E. 2.3). Bei der Vereinbarung einer Zustellungsfiktion sind die Anforderungen deshalb höher als bei der (zulässigen) Zustellung an eine Vertretung (zu letzterem Urteil des Bundesgerichts 4A\_42/2015 vom 9. November 2015 E. 3.3, 5.1, 5.4, 5.5; im [Folge-]Urteil 4A\_614/2016 E. 4 zufolge Vorbringens erst im zweiten Instanzenzug und damit verspätet nicht berücksichtigt). Die Zustellung bildet zusammen mit der Vereinbarung einer stillschweigenden Genehmigung und dem Ablauf der Einwendungsfrist Tatbestandsmerkmal der Genehmigungsfiktion, welche eine Vertragsverletzung nachträglich heilt. Die Heilung der Vertragsverletzung lässt einen Ersatzanspruch des Klägers entfallen, womit sie sich zu Gunsten der Beklagten 1 auswirkt. Somit handelt es sich um eine rechtsaufhebende Tatsache, welche von der Beklagten 1 zu behaupten und zu beweisen ist (BGE 132 III 186 E. 8.3 S. 206; Urteil des Bundesgerichts 4C\_90/2011 vom 3. Dezember 2004 E. 1.8; dem folgend 4A\_90/2011 vom 22. Juni 2011 E. 2.2.2 a.E.).

- 32 -

#### **E. 7.1**

Tatsächliches

### **E. 7.1.1**

Die Beklagte 1 behauptet, gemäss Ziffer 2 ihrer Allgemeinen Geschäftsbedingungen würden die auf den Kontounterlagen ersichtlichen Transaktionen als genehmigt gelten, wenn der Kläger gegen diese nicht spätestens innerhalb eines Monats seit deren Erhalt der Beklagten 1 gegenüber seinen Protest mitgeteilt ha-

- 35 - be (act. 15 Rz. 113, 114; act. 17/1; act. 17/9; act. 17/10). Der Kläger habe innerhalb der vertraglichen Remonstrationsfrist und auch nach deren Ablauf nicht gegen die Transaktionen opponiert, welche aus den ihm ordnungsgemäss zugestellten und zum Teil von ihm nachweislich zur Kenntnis genommenen Kontounterlagen hervorgegangen seien (act. 15 Rz. 115). Der Kläger habe anlässlich der Treffen mit der Kundenberaterin vom 23. Juni 2006, 12. März 2007 und 19. Februar 2008 über 230 Transaktionsbelege unterzeichnet (act. 15 Rz. 72, 73). Weiter sei dem Kläger anlässlich des Treffens vom 18. Februar 2008 ein aus den Handelsaktivitäten herrührender Verlust mitgeteilt (act. 15 Rz. 63, 94) und der Depotauszug per 31. Dezember 2007 übergeben worden (act. 15 Rz. 90, 95; act. 32 Rz. 21; act. 16/7). Der Kläger habe zudem ein mit 8. Oktober 2012 datiertes "Lombard Loan Agreement" unterzeichnet (act. 15 Rz. 225, 473, 475, 476; act. 3/43; act. 3/44).

### **E. 7.1.2**

Der Kläger macht nicht geltend, während laufender Geschäftsbeziehung die Transaktionen beanstandet zu haben. Hinsichtlich der unterzeichneten Belege behauptet er, er sei über deren Inhalt mündlich unzutreffend informiert worden (act. 1 Rz. 153, 158, 245, 246; act. 24 Rz. 31, 105, 106, 246, 251, 256). Mangels Fremdsprachenkenntnissen habe er die in Englisch verfassten Belege nicht selber lesen können (act. 1 Rz. 42, 43, 77, 110, 243; act. 24 Rz. 105, 106, 112, 131-136, 417), was der Beklagten 1 bekannt gewesen sei (act. 1 Rz. 231; act. 24 Rz. 107, 112). Eine Information über die Entwicklung des Portfolios und mögliche Strategien habe anlässlich der Treffen nicht stattgefunden (act. 24 Rz. 401), und auch der Depotauszug per 31. Dezember 2007 sei dem Kläger nicht übergeben worden (act. 24 Rz. 409). Das mit 8. Oktober 2012 datierte "Lombard Loan Agreement" habe der Kläger nicht wissentlich erhalten und unterzeichnet (act. 1 Rz. 29, 206, 207, 208; act. 24 Rz. 280; act. 3/43; act. 3/44).

## **E. 7.2**

Rechtliches

### **E. 7.2.1**

Die Beklagte 1 vertritt die Ansicht, der Kläger habe sich den Inhalt der von ihm unterzeichneten und ihm übergebenen Kontounterlagen entgegenhalten zu lassen (act. 15 Rz. 135, 313). Die Art der vom Kläger gegengezeichneten Transaktionen würde nicht von jener der später von der Kundenberaterin über das Kon-

- 36 - to des Klägers getätigten abweichen (act. 32 Rz. 147). Der Kläger hätte mindestens eventualiter darzutun gehabt, wie sich die Genehmigung dieser Transaktionen auf das Quantitativ des eingeklagten Anspruchs auswirke (act. 15 Rz. 155; act. 32 Rz. 68, 146).

### **E. 7.2.2**

Der Kläger vertritt die Ansicht, er habe keine rechtlich relevante Willenserklärung abgegeben (act. 1 Rz. 153, 246, 247, 249; act. 24 Rz. 31, 149, 226, 326, 327, 328; act. 59

Rz. 17). Die Genehmigungsfiktion sei aufgrund fehlender vertraglicher Grundlage (act. 1 Rz. 235, 285; act. 24 Rz. 314, 361, 415) und absichtlicher oder grob fahrlässiger Schädigung des Klägers (act. 1 Rz. 284; act. 24 Rz. 360) vorliegend nicht anwendbar. Im Übrigen stehe nur einer Minderheit der Transaktionen ein vom Kläger unterzeichneter Beleg gegenüber (act. 1 Rz. 159, 160, 161; act. 24 Rz. 257, 411; act. 3/37).

### E. 7.2.3

Gemäss Art. 424 OR führt die Billigung der Transaktionen – auch bei der unberechtigten Geschäftsführung ohne Auftrag (JÖRG SCHMID, Die Geschäftsführung ohne Auftrag, Habil. Freiburg 1992, N 718; DERS., in: Zürcher Kommentar, hrsg. von Peter Gauch, 1993, N. 22 zu Art. 424 OR) – zur Anwendbarkeit der Vorschriften über den Auftrag. Die Genehmigung erfolgt durch einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung (ROLF H. WEBER, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht, hrsg. von Heinrich Honsell et al., 6. Aufl. 2015, N. 4 zu Art. 424 OR; SCHMID, a.a.O., N 688; DERS., in: Zürcher Kommentar, N. 8 zu Art. 424 OR). Nach der massgeblichen Erklärungstheorie ist eine Willenserklärung so auszulegen, wie sie der Empfänger nach Treu und Glauben verstehen musste (BGE 34 II 523 E. 3 S. 527-529; so auch schon BGE 32 II 382 E. 4 S. 385-386), wenn sich ein tatsächlich übereinstimmender Wille der Parteien nicht nachweisen lässt (Art. 18 OR). Deshalb muss "wer ein Schriftstück unterschreibt und damit einem andern eine Erklärung abgeben will, ohne sich um dessen Inhalt zu kümmern, [...] dieses gegen sich gelten lassen, sofern nicht dem Empfänger bekannt war oder nach der Erfahrung des Lebens vernünftigerweise bekannt sein musste, dass der Erklärungsinhalt nicht gewollt sei" (BGE 64 II 355 E. 2 S. 357). Stimmt jemand dem in einer Urkunde enthaltenen Vertragsangebot zu, ohne diese gelesen und von deren Inhalt Kenntnis genommen zu haben, so stimmt er diesem Inhalt zu (KARL OF-

- 37 - TINGER, Die ungelesen unterzeichnete Urkunde und verwandte Tatbestände, in: Festgabe Simonius, Basel 1955, S. 263 ff., S. 266-267). Nichts anderes gilt für fremdsprachige Erklärungen, deren Bedeutung der Erklärende bzw. Erklärungsempfänger nicht verstanden hat: Der Erklärende muss sich auf seiner Erklärung, wie sie die Gegenpartei auffassen konnte und musste, behaften lassen (BGE 32 II 382 E. 4 S. 385-386). Bestreitet eine Partei die Echtheit einer Urkunde, muss sie diese Bestreitung ausreichend begründen (Art. 178 Satz 2 ZPO). Von der qualifizierten Bestreitungslast erfasst ist allerdings nur die Echtheit im engeren Sinne, nicht jedoch jene der inhaltlichen Richtigkeit (BGE 143 III 453 E. 3.7 S. 461). Einem blossen Schweigen kommt eine Genehmigungsfunktion nur zu, wenn von der Gegenpartei unter den gegebenen Umständen nach Treu und Glauben zu erwarten ist, ihrem Widerspruch Ausdruck zu verleihen (Urteil des Bundesgerichts 4C.389/2002 vom 21. März 2003 E. 3.4; vgl. auch Art. 6 OR). Bei Bankverträgen ist die vertragliche Vereinbarung einer Genehmigungsfiktion grundsätzlich zulässig (BGE 127 III 147 E. 2d S. 151; dem folgend Urteil des Bundesgerichts 4A\_488/2008 vom 15. Januar 2009 E. 5.1; 4A\_42/2015 vom 9. November 2015 E. 5.2; Handelsgericht des Kantons Zürich, Urteil vom 26. November 1997, ZR 97 [1998] Nr. 90 E. III.D.3 S. 221-222; GUGGENHEIM/GUGGENHEIM, a.a.O., N 1758; SIBBERN/VON DER CRONE, a.a.O., S. 73-74; LOMBARDINI, a.a.O., Kapitel XII N 102). Von der Genehmigungsfiktion sind sowohl tatsächlich als auch banklagernd zugestellte Mitteilungen erfasst (Urteil des Bundesgerichts 4C.378/2004 vom 30. Mai 2005 E. 2.2, in: SJ 2006 S. 1; dem folgend 4A\_262/2008 vom 23. September 2008 E. 2.3). Sie führt dazu, dass ein passives Verhalten des Bankkunden nach Art. 6 OR als Genehmigung zu werten ist

(4C.175/2006 vom 4. August 2006 E. 2.1; dem folgend 4A\_42/2015 vom 9. November 2015 E. 5.2). Die Genehmigungsfiktion setzt jedoch voraus, dass dem Kunden die Reklamation objektiv möglich und zumutbar war (Urteil des Bundesgerichts 4A\_42/2015 vom

### **E. 7.3**

Subsumtion In dem Umfang der vom Kläger unterzeichneten Belege liegt eine ausdrückliche Genehmigung vor. Diese Transaktionen muss sich der Kläger deshalb zurechnen lassen. Dies gilt auch für das mit 8. Oktober 2012 datierte "Lombard Loan Agree- ment", da für die Bestreitung der Echtheit eine qualifizierte Bestreitungslast gilt und die inhaltliche Unrichtigkeit des Dokuments nicht streitig ist. Die für die Zustel- lungs- und Genehmigungsfiktion geltenden Beschränkungen finden keine Anwen- dung. Nach den dargelegten Grundsätzen (Ziffer 7.2.3 oben) stehen mangelnde Kenntnisse der Sprache, in welcher die Urkunde abgefasst ist, der Wirksamkeit der Erklärung nicht entgegen. Soweit bei den banklagernd zurückbehaltenen Belegen überhaupt von einer frist- auslösenden Zustellung bzw. Zustellungsfiktion auszugehen ist (Ziffer 6.3 oben), erweist sich die Berufung darauf jedenfalls zur Rechtfertigung einer Änderung der Anlagestrategie als rechtsmissbräuchlich (Ziffer 6.2 oben). Die Beklagte 1 kann sich zur Begründung der praktizierten Anlagestrategie deshalb neben den bei Er- öffnung der Geschäftsbeziehung am 9. Februar 2006 im Depot des Klägers vor- handenen Aktien lediglich auf die unterzeichneten Belege stützen. Deren Ausle- gung nach dem Vertrauensprinzip ergibt zwar, dass der Kläger mit einer gewissen Handelsaktivität einverstanden war, nicht jedoch sein Einverständnis mit beliebi- gen Transaktionen. Der Kläger hat versucht, den Vermögensstand am 19. Februar 2008, dem Datum der letzten unterzeichneten Belege, zu eruieren (act. 1 Rz. 34, 35, 251, 252), wo- gegen die Beklagte 1 einräumt, eine Stichtagsbewertung per 4. Februar 2008, dem Datum der letzten Transaktionen der Belege, bestehe nicht (act. 15 Rz. 154, 159, 237, 528). Die Beklagten vermögen nicht darzutun, wie sich die Genehmi- gungen auf den Schaden des Klägers ausgewirkt haben. Da es sich bei der Ge- nehmigung um eine rechtsvernichtende Tatsache zu Gunsten der Beklagten han- - 39 - delt (Ziffer 6.2 oben), trifft sie auch die entsprechende Behauptungs- und Sub- stantiiierungslast. Demnach würde es den Beklagten obliegen, die konkreten Auswirkungen der genehmigten Transaktionen darzutun. Nachdem die Beklagten dieser prozessualen Obliegenheit nicht nachgekommen sind, können sie dem An- spruch des Klägers den Genehmigungseinwand nicht entgegenhalten. Auf den Vermögensstand am 19. Februar 2008 wäre auch nicht unbesehen abzu- stellen, wenn dieser bekannt wäre. Die Behauptung des Klägers, nur einer Min- derheit der Transaktionen stehe ein vom Kläger unterzeichneter Beleg gegenüber (act. 1 Rz. 159, 160, 161; act. 24 Rz. 257, 411), bestreitet die Beklagte 1 lediglich mit einer pauschalen Formulierung (act. 15 Rz. 412), führt jedoch gleichzeitig aus, die Kundenberaterin habe "gut daran [getan], eine gewisse Anzahl von Belegen durch den Kläger unterzeichnen zu lassen und so sein Einverständnis mit dieser Anlagepolitik zu dokumentieren" (act. 15 Rz. 61). Damit hat der Kläger gerade nicht sämtliche Transaktionen bis zum 4. Februar 2008 genehmigt. Die Beklagte 1 stützt sich weiter auf den Depotauszug vom 31. Dezember 2007 (act. 17/7), dessen Zustellung der Kläger mit der Unterzeichnung der Emp- fangsquittung vom 19. Februar 2008 (act. 3/49) bestätigt haben soll (act. 15 Rz. 95). Mit der Empfangsquittung vom 19. Februar 2008 bestätigt der Kläger un- terschriftlich den Empfang der zurückbehaltenen bzw. an die Kundenberaterin zu- gestellten Korrespondenz betreffend die Bankbeziehung "2 I. \_\_\_\_\_" zwischen dem 5.

November 2007 und dem 4. Februar 2008 mit einem Umfang von 149 Seiten (act. 3/49). Die Beklagte 1 hat dem Kläger vorprozessual einen als "Banklagernde Korrespondenz zum Konto I. \_\_\_\_\_ für den Zeitraum zwischen der Kontoeröffnung und dem 14. März 2008" bezeichneten Ordner (act. 4/25) ausgehändigt (act. 1 Rz. 116). Dabei handelt es sich nach Darstellung des Klägers um rund 500 Belege (act. 1 Rz. 116), was die Beklagte 1 implizit anerkennt bzw. nicht substantiiert bestreitet (act. 15 Rz. 351-353). Diese Seitenzahl liegt auch etwa im Bereich des Fassungsvermögens des 4 cm-Bundesordners, in welchem der Kläger die Belege eingereicht hat (act. 3/49). Ob diese Rechenschaftsablage als "chaotisch" (act. 1 Rz. 116) zu bezeichnen ist oder nicht (act. 15 Rz. 354), ist eine Frage der subjektiven Bewertung. In tatsächlicher Hinsicht zeigt sich jedoch, dass

- 40 - selbst wenn – wie schätzungsweise anzunehmen ist – lediglich zwei Drittel der fraglichen Belege den Zeitraum zwischen dem 5. November 2007 und dem 4. Februar 2008 betreffen, mehr als 149 Seiten verbleiben. Damit besteht eine erhebliche Unklarheit, welche Dokumente dem Kläger gegen die Empfangsquittung vom 19. Februar 2008 effektiv ausgehändigt wurden. Die Empfangsquittung vom 19. Februar 2008 vermag die Zustellung des Depotauszugs per 31. Dezember 2007 deshalb nicht mit hinreichender Sicherheit zu beweisen. Somit hat der Kläger einerseits einige Belege unterzeichnet, was er sich entgegenhalten lassen muss. Es ist jedoch kein Kriterium ersichtlich, und es wurde insbesondere von der Beklagten 1 auch kein Kriterium dargetan, nach welchem die unterzeichneten Belege ausgewählt wurden. Darüber hinaus hat der Kläger am 19. Februar 2008 den Empfang von 149 weiteren Belegen unterschriftlich bestätigt. Es verbleiben allerdings erhebliche Zweifel, ob sämtliche Belege des in der Empfangsquittung vom 19. Februar 2008 referenzierten Zeitraums dem Kläger bereits zum damaligen Zeitpunkt übergeben wurden. Bei dieser Sachlage besteht für eine Unterscheidung zwischen genehmigten und nicht genehmigten Transaktionen keine Grundlage. Eine arithmetische Teilung von genehmigten und nicht genehmigten Transaktionen ist nicht möglich. Sie müsste sich deshalb dem Vorwurf der Willkür aussetzen. Die Transaktionen können deshalb nur insgesamt als genehmigt oder nicht genehmigt zu betrachten sein. Aufgrund der ausgesprochenen Lückenhaftigkeit und der Unsicherheit, welche Belege dem Kläger am 19. Februar 2008 ausgehändigt wurden, bestehen unüberwindbare Bedenken, von einer Genehmigung der Transaktionen auszugehen. Die Folgen der Beweislosigkeit hat die Beklagte 1 als für die Genehmigung belastete Partei (Ziffer 6.2 oben) zu tragen. Da nicht nachgewiesen ist, welche Belege der Kläger eigentlich genehmigt hat, ist insgesamt von einer fehlenden Genehmigung auszugehen.

- 41 -

#### **E. 7.4**

Zwischenergebnis Der Kläger hat die Transaktionen auf seinem Konto nicht nachträglich genehmigt. 8. Verletzung von Informationspflichten

#### **E. 8**

Juli 2015 zu. 7. Genehmigung der Kontobelege

#### **E. 8.1**

Tatsächliches

#### **E. 8.1.1**

Der Kläger behauptet, neben vertraglicher Grundlage, Dokumentation und Kenntnisnahme fehle es auch an der Aufklärung des Klägers (act. 1 Rz. 76; act. 24 Rz. 169, 187). Die Beklagte 1 habe vorliegend keinerlei Aufklärung betrieben (act. 1 Rz. 79). Die Kundenberaterin habe die nötigen Aufklärungen und Dokumentationen beim Kläger nicht eingeholt (act. 1 Rz. 298; act. 24 Rz. 374). Es fehle an Dokumenten betreffend Aufklärung und Risikoabklärung (act. 24 Rz. 94, 124).

### **E. 8.1.2**

Die Beklagte 1 bestreitet, dass die von der Kundenberaterin gewählte Anlagestrategie im Hinblick auf die persönlichen Verhältnisse (Risikofähigkeit und Risikobereitschaft) und die Bedürfnisse (Anlageziele) nicht für den Kläger geeignet gewesen sei (act. 15 Rz. 441). Sie behauptet, der Kläger sei anlässlich der persönlichen Treffen vom 3. Juni 2006, 12. März 2007 und 19. Februar 2008 durch die Kundenberaterin über die Risiken aufgeklärt worden (act. 15 Rz. 60; act. 32 Rz. 121). Anlässlich der 173 Telefonate habe die Kundenberaterin den Kläger stets auf die Risiken der von ihm gewählten Anlagestrategie hingewiesen und ihre Empfehlung wiederholt, in konservativere Anlagen zu investieren, jedoch habe der Kläger auf der Fortsetzung der ursprünglich gewählten Strategie bestanden (act. 15 Rz. 65; act. 32 Rz. 295).

## **E. 8.2**

Rechtliches

### **E. 8.2.1**

Der Kläger vertritt die Ansicht, die Beklagte 1 müsste eine lückenlose Dokumentation von Aufklärung und Suitability etc. vorweisen können (act. 1 Rz. 169, 179; act. 24 Rz. 265). Bei besonders riskanten, für das Kundenportefeuille nicht geeigneten Instruktionen (fehlende Suitability) sei die Bank aufklärungspflichtig; angesichts der offensichtlichen Nicht-Eignung der getätigten Anlagen müssten

- 42 - vorliegend im Kundendossier für fast alle der Transaktionen Warnhinweise festgehalten sein (act. 24 Rz. 69, 184). Dazu genügten die vorhandenen Dokumente nicht (act. 24 Rz. 95).

### **E. 8.2.2**

Die Beklagte 1 vertritt die Ansicht, der Kläger habe eine Verletzung von Aufklärungspflichten nicht substantiiert und bewiesen (act. 32 Rz. 45). Er habe nicht dargetan, welchen Einfluss die angeblich unterbliebene Aufklärung seiner Auffassung nach auf sein Investitionsverhalten gehabt und wie sich dieses ziffernmässig auf sein Vermögen ausgewirkt hätte (act. 32 Rz. 121).

### **E. 8.2.3**

Die Bank treffen – auch in einem reinen Execution-only-Verhältnis – bestimmte Informations-, Aufklärungs-, Beratungs-, Sorgfalts-, Treue- und Warnpflichten. Diese Informationspflichten i.w.S. ergeben sich einerseits aus dem auftragsrechtlichen Treueverhältnis gemäss Art. 398 Abs. 2 OR sowie dem Prinzip von Treu und Glauben gemäss Art. 2 Abs. 1 ZGB (Urteil des Bundesgerichts 4A\_593/2015 vom 13. Dezember 2016 E. 7.1.1; ISABELLE ROMY/OLIVIER BLOCH, Les devoirs d'information du banquier à la lumière de la jurisprudence fédérale récente, in: Mélanges Tercier, Genf/Zürich/Basel 2008, S. 654), soweit nicht gar von einem konkludenten

Beratungsvertrag ausgegangen werden kann (Urteil des Bundesgerichts 4A\_525/2011 vom 3. Februar 2012 E. 3.1; JÖRG SCHMID, Informationspflichten des Finanzdienstleisters bei "Execution-only-Geschäften", in: Schweizerische Bankrechtstagung 2017, Basel 2017, S. 226-227), andererseits aus Art. 11 BEHG (Urteil des Bundesgerichts 4C.205/2006 vom 21. Februar 2007 E. 3.2; 4A\_525/2011 vom 3. Februar 2012 E. 3.3; 4A\_331/2012 vom 2. April 2013 E. 2.2.2; 4A\_593/2015 vom 13. Dezember 2016 E. 7.1.1; ROMY/BLOCH, a.a.O., S. 650-651), wenn die Bank als Effektenhändlerin i.S.v. Art. 2 lit. d BEHG tätig ist (Urteil des Bundesgerichts 4A\_593/2015 vom 13. Dezember 2016 E. 7.1.1): a. Die aus Art. 11 Abs. 1 lit. a BEHG fließende Informationspflicht bedeutet insbesondere, dass der Effektenhändler auf die mit einer bestimmten Geschäftsart verbundenen Risiken hinweisen muss. Die börsengesetzliche Informationspflicht beschränkt sich darauf, dass der Effektenhändler "über die Risiken einer Geschäftsart an sich, dagegen nicht über die Risiken einer konkreten Effektenhandelstransaktion informieren muss" (BGE 133 III 97 E. 5.3 S. 100 m.Nw. aus

- 43 - der Literatur; dem folgend Urteil des Bundesgerichts 4C.205/2006 vom 21. Februar 2007 E. 3.3; 4A\_331/2012 vom 2. April 2013 E. 2.2.2). Die Geschäftserfahrung und die fachlichen Kenntnisse des Kunden sind zu berücksichtigen (Art. 11 Abs. 2 BEHG). Privatrechtliche Regelungen dürfen dabei einerseits Art. 11 BEHG nicht widersprechen, andererseits ist die Bestimmung auch ohne entsprechende vertragliche Vereinbarung zu berücksichtigen (BGE 133 III 97 E. 5.2 S. 99-100; dem folgend Urteil des Bundesgerichts 4C.205/2006 vom 21. Februar 2007 E. 3.3). Als Bestandteil des positiven Rechts erfolgt ihre Anwendung von Amtes wegen (Art. 57 ZPO; Urteil des Bundesgerichts 4C.205/2006 vom 21. Februar 2007 E. 3.2). b. Die auftragsrechtliche Aufklärungspflicht geht weiter als die börsengesetzliche Informationspflicht (zur Begrifflichkeit vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A\_525/2011 vom 3. Februar 2012 E. 5 und 6). Im Gegensatz zur letzteren kann sich die auftragsrechtliche Aufklärungspflicht auch auf konkrete Börsengeschäfte beziehen (Urteil des Bundesgerichts 4C.205/2006 vom 21. Februar 2007 E. 3.3). Ihr Ausmass "richtet sich nach den Kenntnissen und dem Stand der Erfahrung des Auftraggebers. Kennt dieser die Risiken der Spekulationstätigkeit, braucht er keine Aufklärung. Ist ohne weiteres ersichtlich, dass der Kunde von den Risiken keine Ahnung hat, muss ihn die Bank darauf hinweisen. Die Anforderungen an ihre Aufklärungspflicht sind jedoch höher, wenn der Auftraggeber nicht nur mit seinem Vermögen, sondern auch mit von der Bank gewährten Krediten spekuliert" (BGE 119 II 333 E. 5a S. 335; dem folgend BGE 133 III 97 E. 7.1.1 S. 102-103). Neben der Art des Geschäfts und den konkreten Umständen hängt jedoch auch der Umfang der auftragsrechtlichen Aufklärungspflicht von der Erfahrung und den Kenntnissen des Kunden ab (Urteil des Bundesgerichts 4C.205/2006 vom 21. Februar 2007 E. 3.2). c. Die auftragsrechtliche Beratungspflicht bedeutet die Pflicht der Bank zur Information und Beratung "im Rahmen gezielter Weisungen des Kunden zu kontorelevanten Verfügungen" (BGE 133 III 97 E. 7.1.2 S. 103). Eine solche besteht, wenn der Kunde danach fragt oder die Bank bestimmte Anlageumschichtungen empfiehlt (Urteil des Bundesgerichts 4C.205/2006 vom 21. Februar 2007

- 44 - E. 3.4.1). Hingegen fehlt sie, wenn "der Kunde durch die unbedingte Erteilung entsprechender Aufträge oder Weisungen zu erkennen gibt, dass er Aufklärung und Beratung seitens der Bank weder benötigt noch wünscht. Eine Warnpflicht besteht hier nur in Ausnahmefällen, etwa wenn die Bank bei pflichtgemässer Aufmerksamkeit erkennen

muss, dass der Kunde eine bestimmte mit der Anlage verbundene Gefahr nicht erkannt hat, oder wenn sich in der andauernden Geschäftsbeziehung zwischen der Bank und dem Kunden ein besonderes Vertrauensverhältnis entwickelt hat, aus welchem der Kunde nach Treu und Glauben auch unaufgefordert Beratung und Abmahnung erwarten darf" (BGE 133 III 97 E. 7.1.2 S. 103 m.Nw.; dem folgend Urteil des Bundesgerichts 4A\_331/2012 vom 2. April 2013 E. 2.2.1). Ein börsengesetzliches Pendant zur auftragsrechtlichen Beratungspflicht besteht nicht, ergibt sich doch aus Art. 11 BEHG keine Pflicht zur Erforschung der finanziellen Verhältnisse des Kunden oder zur Beurteilung der Eignung einer Transaktion für einen bestimmten Kunden (Suitability-Prüfung; BGE 133 III 97 E. 5.4 S. 101; dem folgend Urteil des Bundesgerichts 4A\_525/2011 vom 3. Februar 2012 E. 3.3).

d. Eine Sorgfaltspflicht besteht wiederum sowohl aufgrund Art. 11 Abs. 1 lit. b BEHG als auch aufgrund Art. 398 Abs. 2 OR. Gemäss Art. 11 Abs. 1 lit. b BEHG hat der Effektenhändler insbesondere sicher zu stellen, dass "die Aufträge seiner Kunden bestmöglich erfüllt werden und diese die Abwicklung seiner Geschäfte nachvollziehen können". Der Umfang der auftragsrechtlichen Sorgfaltspflicht richtet sich nach der vertraglichen Vereinbarung. In einem Execution-only-Verhältnis beschränkt sich die Sorgfaltspflicht mangels umfassender Interessenwahrungspflicht grundsätzlich auf die sorgfältige banktechnische Ausführung der Transaktionen (BGE 119 II 333 E. 7 S. 336-337).

e. Eine Treuepflicht verankern sowohl Art. 11 Abs. 1 lit. c BEHG als auch Art. 398 Abs. 2 OR. Gemäss Art. 11 Abs. 1 lit. c BEHG hat der Effektenhändler insbesondere sicher zu stellen, dass "allfällige Interessenkonflikte seine Kunden nicht benachteiligen". Eine Pflicht zur Prüfung der finanziellen Verhältnisse des Kunden (Suitability-Prüfung) kann sich nicht aus der börsengesetzlichen Bestimmung (Lit. c oben), jedoch aus Art. 398 Abs. 2 OR und Art. 2 Abs. 1 ZGB ergeben

- 45 - (RASHID BAHAR/ERIC STUPP, Basler Kommentar Börsengesetz – Finanzmarktauf-sichtsgesetz, 2. Aufl. 2011, N. 82 zu Art. 11 BEHG). f. Die Warnpflicht umfasst "die Verpflichtung der Bank, den Kunden in bestimmten Situationen unaufgefordert vor sich abzeichnenden Gefahren zu warnen, wie z.B. bei einer wesentlichen Bonitätsverschlechterung eines Emittenten von im Depot liegenden Obligationen. Eine solche Warnpflicht für die Zeit nach getroffenem Anlageentscheid setzt de facto eine ständige Überwachung des Depots voraus, ohne die eine spontane und rechtzeitige Warnung des Kunden nicht möglich ist." (Urteil des Bundesgerichts 4A\_525/2011 vom 3. Februar 2012 E. 8.1). Da die so verstandene Warnpflicht (vgl. hingegen das weitere Verständnis in BGE 133 III 97 E. 7.1.2 S. 103, Lit. c oben) eine Überwachungspflicht erfordert, setzt sie mindestens einen Anlageberatungsvertrag mit entsprechenden ausgedehnten Interessenwahrungspflichten voraus (Urteil des Bundesgerichts 4A\_168/2008 vom 11. Juni 2008 E. 2.2; dem folgend 4A\_593/2015 vom

### **E. 8.3**

Subsumtion Entgegen der Ansicht des Klägers (act. 1 Rz. 79; act. 24 Rz. 190) trägt die Beweislast für eine Verletzung von Informationspflichten i.w.S. aufgrund von Art. 8 ZGB in der vorliegenden Konstellation nicht die beklagte Bank, sondern der klagende Kunde, welcher daraus Ansprüche ableitet. Der Anspruch des Klägers zielt nämlich darauf ab, dass eine allfällige Genehmigung durch den Kläger bei der Verletzung der Informationspflicht als unwirksam betrachtet würde. Damit geht es um die Negation einer rechtsvernichtenden Tatsache. Während die Beklagte 1 die Beweislast für das Vorliegen einer Genehmigung trägt, ist es folglich der Kläger, welcher deren Unwirksamkeit zu beweisen hat.

- 46 - Nachdem die Bankbeziehung zwischen den Parteien grundsätzlich als Execution-only-Verhältnis zu qualifizieren und lediglich allenfalls punktuell von einer Beratungspflicht auszugehen ist (Ziffer 4.3 oben), trifft die Beklagte 1 keine umfassende Interessenwahrungspflicht. Entsprechend entfällt eine Warnpflicht. Für die Begründung einer Pflicht zur Prüfung der Vermögensverhältnisse des Klägers fehlen die tatsächlichen Grundlagen. Die Sorgfalts- und Treuepflicht beschränkt sich auf die banktechnische Abwicklung und die Vermeidung einer Benachteiligung des Klägers durch Interessenkonflikte. Neben den börsengesetzlichen Pflichten aus Art. 11 Abs. 1 BEHG treffen die Beklagte 1 jedoch eine punktuell auftragsrechtliche Aufklärungs- und Beratungspflicht bei besonders risikobehafteten Geschäften, sofern sich der Kläger nicht über die Risiken bewusst ist oder auf Aufklärung und Beratung verzichtet, oder wenn durch ausdrückliche Anfrage des Klägers oder eine Empfehlung der Beklagten 1 ein entsprechender Beratungsanlass besteht. Geht man in der Historie der Geschäftsbeziehung zurück auf die am 23. April 2002 bei der Gruppengesellschaft der Beklagten 1 in London eröffneten Geschäftsbeziehung, wie dies die Beklagte 1 im Zusammenhang mit dem Anlageprofil des Klägers (act. 15 Rz. 58; act. 32 Rz. 257, 262; act. 60 Rz. 3 (i)-(ii), 7) und der Schadensberechnung (act. 15 Rz. 157, 213, 218; act. 32 Rz. 222; act. 60 Rz. 22) tut, so ist zu beachten, dass der ursprünglich zur Gruppengesellschaft der Beklagten 1 übertragene Betrag nach übereinstimmenden Behauptungen und Akten ausschliesslich aus Barmitteln bestand, welche mittels Banküberweisung zur Gruppengesellschaft der Beklagten 1 transferiert wurden (act. 1 Rz. 48, 49; act. 15 Rz. 255, 580). Die daraufhin getätigten Aktienanlagen stellen im Verhältnis zu den eingebrachten Barmitteln eine neue Geschäftsart dar. Wollte sich die Beklagte 1 aufgrund der damaligen Handelstätigkeit darauf berufen, der Kläger sei mit dem Aktienhandel vertraut gewesen, wäre sie für die Erfüllung der Informationspflicht behauptungs- und beweisbelastet. Daran vermag auch nichts zu ändern, wenn die damalige Geschäftsbeziehung einer ausländischen Rechtsordnung unterstand, ist doch auf die streitgegenständliche Geschäftsbeziehung schweizerisches Recht anwendbar.

- 47 - Wird sodann einmal die diesbezügliche Erfüllung der Aufklärungspflicht unterstellt und dem Kläger das Wissen um den übertragenen Aktienbestand angerechnet, so stellen die von der Beklagten 1 getätigten Optionsgeschäfte gegenüber den bisherigen Aktientransaktionen, worauf der Kläger zu Recht verweist (act. 59 Rz. 37), wiederum eine neue Geschäftsart dar (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4C.205/2006 vom 21. Februar 2007 E. 3.3). Bereits aufgrund von Art. 11 Abs. 1 lit. a BEHG musste die Beklagte 1 den Kläger über die mit dieser Geschäftsart verbundenen Risiken aufklären. Die Beklagte 1 hätte jedoch auch gestützt auf die auftragsrechtliche Aufklärungspflicht den Kläger auf die mit den Transaktionen verbundenen Risiken hinweisen müssen. Wohl handelt es sich beim Kläger um einen Einzelunternehmer, jedoch sind Optionsgeschäfte auch für unternehmerisch tätige Personen, jedenfalls soweit sich ihre unternehmerische Tätigkeit nicht auf den Banken- und Finanzbereich erstreckt, als ungewöhnlich zu qualifizieren, so dass diesbezüglich eine Informations- und Aufklärungspflicht besteht. Die nach Art. 11 Abs. 1 lit. a BEHG vorgesehene Information kann in standardisierter Form erfolgen, was in der Praxis bedeutet, dass der Kunde Risiko-Informationsschriften (sog. Risk Disclosure Statements) erhält (BGE 133 III 97 E. 5.3 S. 100-101, E. 6 S. 102). Solches behauptet die Beklagte 1 aber nicht, und auch in den Akten finden sich keinerlei Hinweise auf die Abgabe von Informationschriften. Die Beklagte 1 behauptet lediglich pauschal, anlässlich der persönlichen Treffen vom 3. Juni 2006, 12. März 2007 und 19. Februar 2008 und der 173

Telefonate sei jeweils eine Information des Klägers erfolgt. Eine Differenzierung nach Anlagentypen erfolgt nicht. Wohl trifft die Beweislast einer Verletzung der Informationspflicht vorliegend den Kläger. Nach der Rechtsprechung obliegt bei Dokumentationsmängeln dem Beweisgegner gemäss Treu und Glauben (Art. 52 ZPO) jedoch eine Mitwirkungsobliegenheit in dem Sinne, dass dieser die Behauptungen der beweisbelasteten Partei substantiiert bestreiten und positiv Sachumstände zu behaupten hat, welche den Unterlassungsvorwurf entkräften (Urteil des Bundesgerichts 4A\_364/2013, 4A\_394/2013, 4A\_396/2013 vom 5. März 2014 E. 6.6.4 m.w.Nw. aus dem Arzthaftungsrecht).

- 48 - Das Fehlen jeglicher Dokumentation indiziert, dass eine Information nicht stattgefunden hat (Urteil des Bundesgerichts 4A\_364/2013, 4A\_394/2013, 4A\_396/2013 vom 5. März 2014 E. 6.6.4; 4A\_436/2016, 4A\_466/2016 vom 7. Februar 2017 E. 4.4; GASSMANN, FS Fischer, a.a.O., S. 156-157). Es darf dem Effekthändler nicht zu einem beweismässigen Vorteil gereichen, wenn er seinen Organisationspflichten nicht nachkommt und den Informationsvorgang nicht intern dokumentiert (BAHAR/STUPP, a.a.O., N. 58 zu Art. 11 BEHG). Mit ihren pauschalen Bestreitungen ist die Beklagte 1 ihrer Mitwirkungsobliegenheit nicht nachgekommen. Damit ist erstellt, dass die Beklagte 1 ihre Informationspflicht verletzt hat. Das einzige schriftliche Dokument, welches allenfalls als Erfüllung der Informationspflicht gelten könnte, ist der Depotauszug vom 31. Dezember 2007 (act. 17/7), dessen zeitnahe Zustellung an den Kläger die Beklagte 1 aber nicht beweisen kann (Ziffer 7.3 oben). Indessen würde selbst dann, wenn das Dokument dem Kläger rechtzeitig vorgelegen hätte, keine Erfüllung der Informationspflicht vorliegen, da der Depotauszug vom 31. Dezember 2007 die diesbezüglichen Anforderungen nicht erfüllt. Die Beklagte 1 stützt sich hierbei wesentlich auf die mit lediglich 0.05 % angegebene Position "LIQUIDITY" (act. 15 Rz. 90, 91), woraus sich ergebe, dass sich das übrige Vermögen aus Wertschriften zusammensetze (act. 15 Rz. 92). Ob der Terminus Liquidität, welcher nicht nur für einen bestimmten Anlagentyp, sondern auch für die Eigenschaft der jederzeitigen Verfügbarkeit steht, hinreichend klar ist, kann offen bleiben. Wenig eindeutig erscheint jedenfalls die der Liquidität gegenübergesetzte Kategorie der "REAL ASSETS". Sodann beschränkt sich der Depotauszug vom 31. Dezember 2007 auf eine Momentaufnahme. Es fehlen sowohl Informationen über die hinter den Anlagen stehenden Risiken (Sicherheit) als auch über die Performance (Rentabilität). Wenig klärend oder warnend wirkt sich auch aus, dass der mit USD 4'603'559.77 angegebene Gesamtwert der Anlagen gerade leicht über der Summe der ursprünglich im Jahre 2002 bei der Gruppengesellschaft der Beklagten 1 eingebrachten Mitteln von USD 4'595'570.03 liegt. Vor allem ist jedoch die Informationspflicht in zeitlicher Hinsicht vor Ausführung der ersten Transaktion zu erfüllen (BAHAR/STUPP, a.a.O., N. 55 zu Art. 11 BEHG). Damit liegt ein absolutes Fixgeschäft vor, dessen verspätete Erfüllung unmöglich ist. Aus diesen Gründen vermag ein vergangenheitsori-

- 49 - entierter Depotauszug die Verletzung der Informationspflicht nicht zu erfüllen, ersetzen oder heilen. Hinsichtlich der Beratungspflicht ist festzuhalten, dass ein Beratungsverhältnis mit umfassender Interessenwahrungspflicht vorliegend zwar zu verneinen ist (Ziffer 4.3 oben). Aufgrund der langjährigen und mindestens zeitweise kontaktintensiven Kundenbeziehung liegt die Annahme eines besonderen Vertrauensverhältnisses nahe, aus welchem der Kläger nach Treu und Glauben in einem gewissen Rahmen auch unaufgefordert Beratung und Abmahnung erwarten darf. Letztlich

kann vorliegend jedoch offen bleiben, ob die Intensität der Kundenbeziehung für eine solche Annahme ausreichend ist. Es erübrigt sich deshalb auch eine Einvernahme der Kundenberaterin als Zeugin und des Klägers als Partei. Jedenfalls spricht das hohe Risiko der getätigten Transaktionen dafür, dass der Kläger entsprechend hingewiesen werden musste, wenn nicht unter der Beratungspflicht so doch mindestens unter der Informationspflicht. Das Risikopotential folgt bereits daraus, dass das Depot des Klägers faktisch einen Totalverlust erlitt. Mit risikoarmen Anlagen wäre zwar auch ein Verlust möglich, nicht jedoch in diesem Ausmasse. Schliesslich legt die Beklagte 1 auch nirgends dar, der Verlust sei durch nicht realisierte Prognosen verursacht worden, auf deren Eintritt sie keinen Einfluss gehabt habe. Offen bleiben muss und kann, ob die Beklagte 1 ihrer banktechnischen Sorgfaltspflicht nachgekommen und Interessenkonflikte vermieden hat. Zu ergänzen ist, dass selbst bei Vorliegen des von der Beklagten 1 behaupteten faktischen Vermögensverwaltungsverhältnisses die Beklagte 1 für einen Wechsel der Anlagestrategie beweisbelastet wäre (Urteil des Bundesgerichts 4C.18/2004 vom 3. Dezember 2004 E. 1.5, in: Pra 94 [2005] Nr. 73) und eine Einwilligung in den Wechsel der Anlagestrategie mit einem blossen Stillschweigen grundsätzlich nicht möglich ist (Ziffer 7.2.3 oben). Die Beklagte 1 hätte somit die entscheidenden Wendepunkte aufzuzeigen, an welchen sich die am 23. April 2002 bei ihrer Gruppengesellschaft unstreitig als Baranlage aufgenommene Geschäftsbeziehung zum Portfolio mit lediglich noch 0.05 % an liquiden Mitteln entwickelt hat, welches der Depotauszug vom 31. Dezember 2007 aufzeigt (act. 17/7). Mit den

- 50 - punktuellen Behauptungen genügt sie ihrer diesbezüglichen Behauptungs- und Beweislast nicht. Es bleibt insbesondere unklar, wie sich aus dem am 9. Februar 2006 zur Beklagten 1 transferierten Portefeuille mit einem Aktienanteil von 45.22 % (entsprechend USD 3'812'032 / USD 8'430'665) ein solches mit Optionen, Futures, Metallkonti sowie anderen risikoreichen Anlagen entwickelt hat. Die Verletzung der Informations- und der Aufklärungspflicht führt zur Wiederherstellung des Zustands, welcher bei deren korrekter Erfüllung bestehen würde (JOACHIM SIOL, in: Bankrechts-Handbuch, hrsg. von Herbert Schimansky/Hermann-Josef Bunte/Hans-Jürgen Lwowski, 5. Aufl. 2017, § 43 N 46). Der Kläger hätte in diesem Fall die getätigten Anlagen nicht genehmigt (vgl. auch die Begründung im Urteil des Bundesgerichts 4A\_364/2013, 4A\_394/2013, 4A\_396/2013 vom 5. März 2014 E. 6.6.5 und 6.7.2). Eine vom Kläger vorgenommene Genehmigung ist unwirksam.

#### **E. 8.4**

Zwischenergebnis Selbst wenn eine Genehmigung des Klägers vorliegen würde, entfielen diese aufgrund der Verletzung der Informationspflicht. 9. Kausalzusammenhang

#### **E. 9**

November 2015 E. 5.2). Da den Beauftragten eine Beratungs- und Informationspflicht trifft, reicht es bei einer Änderung der Anlagestrategie nicht aus, dem Kunden lediglich Auszüge zukommen zu lassen und sein Schweigen als Zustimmung zu werten, sondern ist dieser auf die Gefahren und Erfolgsaussichten hinzuweisen und seine ausdrückliche Einwilligung einzuholen (BGE 115 II 62 E. 3d S. 67).

#### **E. 9.1**

Tatsächliches In tatsächlicher Hinsicht ist unbestritten, dass der Kläger bis Herbst 2013 weder Einsicht in die zurückbehaltene Korrespondenz genommen noch sich um eine solche aktiv bemüht hat (Ziffer A.b oben).

## **E. 9.2**

Rechtliches

### **E. 9.2.1**

Der Kläger hält den Kausalzusammenhang ohne weiteres für gegeben (act. 1 Rz. 265; act. 24 Rz. 340).

### **E. 9.2.2**

Die Beklagte 1 macht geltend, den Kläger treffe ein massives Selbstverschulden, da er es ohne nachvollziehbaren Grund über Jahre hinweg unterlassen habe, auch nur einmal einen klärenden Kontrollblick in die bei der Beklagten 1 je-

- 51 - derzeit einsehbaren Kontounterlagen zu werfen (act. 15 Rz. 171; act. 32 Rz. 83, 84; act. 60 Rz. 33). Zudem beruft sie sich darauf, der Kläger habe nach Zustellung von Belastungsanzeigen und Konto- sowie Depotauszügen eine sofortige Reklamation unterlassen (act. 15 Rz. 167; act. 60 Rz. 33), was indessen bereits unter dem Gesichtspunkt der Genehmigungsfiktion zu prüfen war (Ziffer 7 oben).

### **E. 9.2.3**

Rechtserheblich ist nur der adäquate Kausalzusammenhang. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichts ist ein Ereignis adäquat kausal, "wenn es nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung an sich geeignet ist, einen Erfolg von der Art des eingetretenen herbeizuführen, der Eintritt dieses Erfolges also durch das Ereignis allgemein als begünstigt erscheint" (BGE 96 II 392 E. 2 S. 396 m.Nw.). Ein Selbst- oder Drittverschulden beseitigt den rechtlich relevanten Kausalzusammenhang in der Regel nicht (BGE 116 II 519 E. 4b S. 524; KARL OFTINGER/EMIL W. STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Erster Band: Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1995, § 3 N 151), wenn es nicht "einen derart hohen Wirkungsgrad aufweist, dass die vom Schädiger gesetzte Ursache nach wertender Betrachtungsweise als rechtlich nicht mehr beachtlich erscheint" (BGE 130 III 182 E. 5.4 S. 187-188 m.Nw.). Nur wenn das Selbstverschulden bei wertender Betrachtung derart intensiv ist, dass es die ursprüngliche Ursache "gleichsam verdrängt und als unbedeutend erscheinen lässt" (BGE 116 II 519 E. 4b S. 524; dem folgend BGE 130 III 182 E. 5.4 S. 187-188), entfällt die rechtliche Relevanz der ursprünglichen Ursache. Wer sich als Spezialist anbietet, kann sich grundsätzlich nicht mit der Begründung entlasten, der Vertragspartner hätte das Fehlen von Spezialkenntnissen erkennen müssen, es sei denn, der Vertragspartner habe den Mangel an Fachwissen und fachlichen Fähigkeiten tatsächlich gekannt und die daraus resultierenden Risiken bewusst in Kauf genommen (BGE 124 III 155 E. 3b S. 164).

## **E. 9.3**

Subsumtion Vorab ist festzuhalten, dass sich umfangreiche Ausführungen zum Kausalzusammenhang erübrigen, wenn eine Pflichtverletzung ohne weiteres als kausal für den eingetretenen Schaden zu betrachten ist (Urteil des Bundesgerichts 4A\_364/2013, 4A\_394/2013, 4A\_396/2013 vom 5. März 2014 E. 13; vgl. auch

- 52 - 4A\_588/2011 vom 3. Mai 2012 E. 2.2.3 zu einem hypothetischen Kausalzusammenhang). Nachfolgend ist deshalb vorrangig auf die Einwendung eines kausalitätsunterbrechenden Selbstverschuldens des Klägers einzugehen. Als konzessionierte Bank bietet sich die Beklagte 1 öffentlich zur Annahme und Verwaltung von Kundengeldern an. Bei der Annahme eines Selbstverschuldens des Klägers ist deshalb Zurückhaltung geboten. Es ist zwar grundsätzlich zutreffend, dass der Kläger das Fehlverhalten der Beklagten 1 bei intensiverer Überwachung hätte erkennen können. Indessen ist es nicht die Aufgabe des Bankkunden, seine Bank zu überwachen. Wie alle Bankkunden hat sich der Kläger bewusst einer professionellen Finanzinstitution anvertraut. Es wäre im Geschäftsleben undenkbar und ökonomisch höchst ineffizient, sämtliche Vertragspartner ständig zu kontrollieren. Dies gilt in erhöhtem Masse gegenüber Vertragspartnern wie Banken, welche einer laufenden Aufsicht unterstehen. Würde eine generelle Überwachungsobliegenheit über allfällige Schädiger bestehen, wären Haftpflichtansprüche in vielen Fällen ausgeschlossen, da der Geschädigte durch eine Überwachung des Schädigers den Schaden mindestens teilweise hätte verhindern können. Eine solche Konsequenz entspricht nicht dem Sinn und Zweck des Selbstverschuldens. Ein solches wirkt nur kausalitätsunterbrechend, wenn eine Haftung geradezu stossend erscheint, da das Selbstverschulden überwiegt. Im Übrigen besteht eine faktische Kontrollobliegenheit durch die Genehmigungsfiktion. Diese Regelung ist grundsätzlich als abschliessend zu betrachten.

#### **E. 9.4**

Zwischenergebnis Den Kläger trifft kein den Kausalzusammenhang unterbrechendes Selbstverschulden. 10. Vertretenmüssen Das Verschulden der Kundenberaterin hat die Beklagte 1 gemäss Art. 101 Abs. 1 OR zu vertreten. Der Schuldner hat für das Handeln seiner Hilfspersonen "in Aus-

- 53 - übung ihrer Verrichtungen" einzustehen (Art. 101 Abs. 1 OR; zu den einzelnen Voraussetzungen anstatt vieler: PETER GAUCH ET AL., Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2014, N 3018-3050). Dazu ist insbesondere erforderlich, dass die Hilfsperson in Erfüllung einer Schuldpflicht handelt und ein funktioneller Zusammenhang besteht. Die Schuldpflicht kann sich sowohl auf Haupt- als auch auf Neben- und Schutzpflichten beziehen (WOLFGANG WIEGAND, in: Basler Kommentar Obligationenrecht, 6. Aufl. 2015, N. 5 zu Art. 101 OR). Der funktionelle Zusammenhang setzt voraus, dass die schädigende Handlung der Hilfsperson zugleich eine Nicht- oder Schlechterfüllung der Schuldpflicht des Geschäftsherrn darstellt (BGE 92 II 15 E. 3 S. 18-19). Diese Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt. Als unzutreffend erweist sich damit die Haltung der Beklagten 1, wonach die Kundenberaterin keine Pflichtverletzung begangen habe (act. 15 Rz. 536, 538-540; act. 32 Rz. 334). Eine Wegbedingung dieser Haftung wäre bei einer Bank nur für leichtes Verschulden zulässig (PETER GAUCH, Die Vertragshaltung der Banken und ihre AVB, in: Schweizerische Bankrechtstagung 2006, hrsg. von Susan Emmenegger, Zürich 2006, FN 91 Abs. 3 [S. 222]). 11. Schaden 11.1. Tatsächliches 11.1.1. Der Kläger behauptet im Hauptstandpunkt einen Schaden von USD 7'946'438.00 (act. 1 Rz. 238; act. 24 Rz. 39). Diesen berechnet er aufgrund der Differenz zwischen dem am 9. Februar 2006 übertragenen Vermögen von USD 8'430'665.00 und dem Vermögensstand am 31. März 2014 (act. 1 Rz. 13, 239; act. 24 Rz. 14, 39, 101). Letzterer habe am 31. März 2014 USD 484'227.00 betragen (act. 1 Rz. 13, 36, 84, 186, 239; act. 24 Rz. 99, 115, 273; act. 3/6). Barauszahlungen bzw. Rückzüge habe es nicht gegeben (act. 24 Rz. 71, 432). Im Eventualstandpunkt legt der Kläger seiner

Berechnung den Gegenwert der zwischen März 2006 und August 2006 verkauften Aktientitel zugrunde (act. 24 Rz. 45, 47). Dieser habe approximativ USD 3'632'085.78 betragen, woraus sich nach dem Verkauf Barmittel von USD 8'250'719.00 ergäben, was weitgehend dem eingeklagten Betrag entspreche (act. 24 Rz. 48).

- 54 - Im Subeventualstandpunkt stützt sich der Kläger auf die Entwicklung eines Referenzportfolios im Zeitraum von 2006 bis 2014, welches aus zehn der im Frühling von der Beklagten 1 verkauften ähnlichen Titeln aus dem Energie- /Technologiesektor bestehe (act. 24 Rz. 55, 56). Damit gelangt er zu einem durchschnittlichen Zuwachs von 27.4 % (act. 24 Rz. 57). Der Wert der Aktientitel am 9. Februar 2006 von USD 3'812'032.00 wäre bis Ende 2014 folglich auf USD 4'856'529.00 gestiegen (act. 24 Rz. 58). 11.1.2. Die Beklagte 1 vertritt hauptsächlich den Standpunkt, die Schadensberechnung des Klägers sei nicht nachvollziehbar, da seine "Bargeldtheorie" unzutreffend sei (act. 15 Rz. 151; act. 32 Rz. 66, 67, 188). In tatsächlicher Hinsicht bestreitet die Beklagte 1 die Zusammensetzung des klägerischen Aktienportfolios, welches er seinem Eventualstandpunkt zugrunde legt, sowie den daraus resultierenden Verkaufserlös (act. 32 Rz. 76 (i) und (ii)). Auch die dem Subeventualstandpunkt zugrunde liegenden Aktienkurse bestreitet die Beklagte, da die behaupteten Wertentwicklungen in Prozenten nicht aus den eingereichten Internetauszügen hervorgingen (act. 32 Rz. 79 (iii)). Schliesslich habe der Kläger gemäss der Aufstellung in act. 3/6 verschiedene Beträge bezogen (act. 15 Rz. 158; act. 32 Rz. 164; act. 3/6). 11.2. Rechtliches 11.2.1. Der Kläger stützt seine Klage zunächst auf einen Erfüllungsanspruch (act. 24 Rz. 316, 317). Gleichzeitig beruft er sich auf einen Schadenersatzanspruch (act. 24 Rz. 318). 11.2.2. Die Beklagte 1 verneint einen Erfüllungsanspruch, da ein solcher nur bei einer Ausbezahlung an eine unberechtigte Drittperson (allenfalls) bestehe (act. 32 Rz. 37). Sie vertritt die Ansicht, der Kläger habe den Schaden mangelhaft substantiiert (act. 15 Rz. 150-152; act. 32 Rz. 66, 67; act. 60 Rz. 19, 26). Einerseits sei der vom Kläger zugrunde gelegte Stichtag für den Anfangsbetrag unzutreffend: Als Ausgangspunkt hätte der Kläger nicht den Kontostand vom 9. Februar 2006 wählen müssen, sondern jenen vom 4. Februar 2008, bis zu welchem Datum er den Erhalt der Bankunterlagen unterschriftlich bestätigt habe (act. 15

- 55 - Rz. 109, 153; act. 60 Rz., 22). Die darin enthaltenen Transaktionen und Kontostände habe der Kläger genehmigt (act. 15 Rz. 153). Unter der Hypothese, der Kläger habe nie irgendwelche Transaktionen genehmigt, wäre für die Schadensberechnung hingegen auf das am 23. April 2002 zur Gruppengesellschaft der Beklagten 1 gebrachte Guthaben von USD 4'595'570.03 abzustellen gewesen (act. 15 Rz. 157, 213, 218; act. 32 Rz. 222; act. 60 Rz. 22). Andererseits hätte der Kläger nicht einfach zwei Saldi einander gegenüberstellen dürfen (act. 15 Rz. 152; act. 60 Rz. 23), sondern die hypothetische Entwicklung seines Portfolios aufzeigen müssen (act. 15 Rz. 154; act. 32 Rz. 4; act. 60 Rz. 23). Würde davon ausgegangen, der Kläger habe lediglich einzelne, von ihm gegengezeichnete Transaktionen genehmigt, hätte der Kläger die hypothetische Entwicklung seines Portfolios unter Berücksichtigung der Wertentwicklung dieser genehmigten Transaktionen (act. 15 Rz. 155; act. 32 Rz. 68, 146; act. 60 Rz. 24) oder des bereits am 9. Februar 2006 vorhandenen Wertschriftenanteils (act. 32 Rz. 72; act. 60 Rz. 27) aufzeigen müssen. Den Kläger treffe zudem die Beweislast für den von ihm als relevant erachteten Endwert (act. 15 Rz. 248). Er lege nicht dar, wie hoch der Wert der Wertschriften im Umfang von ursprünglich USD 3'812'032.00 am Ende der streitrelevanten Periode sei (act. 32 Rz. 151; act. 60 Rz. 27, 29). 11.2.3. Der Anspruch des Klägers ergibt sich vorliegend aus Art. 420 Abs. 3 OR (Ziffer

5.2.3 oben) und ist folglich als Schadenersatzanspruch zu qualifizieren. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts ist Schaden eine ungewollte Verminderung des Reinvermögens. Er kann in einer Verminderung der Aktiven, einer Vermehrung der Passiven oder in entgangenem Gewinn bestehen und entspricht der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte bzw. den Einkünften, die nach dem schädigenden Ereignis tatsächlich erzielt worden sind, und denjenigen, die ohne dieses Ereignis zugeflossen wären (BGE 132 III 321 E. 2.1.1 S. 323-324 mit Hinweisen). Gemäss Art. 42 Abs. 1 OR hat den Schaden zu beweisen, wer Schadenersatz beansprucht. Hinzuweisen ist allerdings auf die Verteilung der Substantiierungslast. Verfügt der Beweisgegner über eingehendes Wissen, während der Beweis-

- 56 - ansprecher aus eigener Kenntnis nichts weiteres darlegen kann, trifft diesen eine Obliegenheit zur substantiierten bzw. qualifizierten Bestreitung (sog. sekundäre Behauptungs- bzw. Darlegungslast; zum Ganzen: Urteil des Bundesgerichts 4A\_614/2014 vom 2. April 2015 E. 6.4.3.3 m.Nw.; weiter BGE 133 III 43 E. 4.1 und 4.3 S. 53-55; zum Grundsatz der Beweisnähe im CISG: BGE 130 III 258 E. 5.3 S. 265-266; dem folgend BGE 138 III 601 E. 8.1 S. 608-609). Der Beweisgegner kann sich in diesen Fällen nicht mit schlichtem Bestreiten oder Bestreiten mit Nichtwissen begnügen (Urteil des Bundesgerichts 4A\_709/2011 vom 31. Mai 2012 E. 3.2). Im kürzlich ergangenen (zur Publikation in der amtlichen Sammlung bestimmten) Urteil 4A\_586/2017 vom 16. April 2018 hat das Bundesgericht bei der Schadensberechnung in Anlagefällen zwischen einem gesamthaft pflichtwidrigen Portfolio und vertragswidrigen Einzelanlagen unterschieden. Liegen lediglich einzelne vertragswidrige Anlagen vor, "beschränkt sich die Schadensberechnung auf die Differenz zwischen dem tatsächlichen Wert der einzelnen pflichtwidrigen Anlagen und dem hypothetischen Wert, den das konkret pflichtwidrig investierte Kapital bei vertragskonformer Anlage hätte" (Urteil des Bundesgerichts 4A\_586/2017 vom

### **E. 13**

Dezember 2016 E. 7.1.3). Sie besteht somit nur bei einer umfassenden Interessenwahrungspflicht. Eine solche dürfte bei einem Anlageberatungsverhältnis lediglich in Ausnahmefällen vorliegen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A\_525/2011 vom 3. Februar 2012 E. 8.2). Liegt gar bloss ein Execution-only-Verhältnis vor, ist das Vorliegen einer Warnpflicht schwer vorstellbar. Eine Warnpflicht lässt sich auch nicht auf Art. 11 BEHG stützen (BAHAR/STUPP, a.a.O., N. 57 zu Art. 11 BEHG).

### **E. 16**

April 2018 E. 2.2.2). Ist hingegen das gesamte Portfolio sorgfaltswidrig verwaltet worden, "bildet Grundlage der Schadensberechnung 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 worden wäre" (Urteil des Bundesgerichts 4A\_586/2017 vom 16. April 2018 E. 2.2.1). 11.3. Subsumtion Im vorliegenden Fall gelingt der Beklagten 1 der Nachweis von Instruktionen für die auf dem Konto des Klägers getätigten Transaktionen nicht (Ziffer 5.4 oben). Für die banklagernde Korrespondenz fehlt es an einer wirksamen Banklagernd-Vereinbarung; dem Kläger wurden lediglich am 23. Juni 2006, 12. März 2007 und

### **E. 16.1**

Streitwert Der Streitwert wird durch das Rechtsbegehren bestimmt (Art. 91 Abs. 1 S. 1 ZPO). Der Kläger beziffert das Rechtsbegehren mit USD 7'946'438 (act. 1 S. 2 = act. 24 S. 2). Unter Zugrundelegung eines USD/CHF-Wechselkurses von 0.97210 am 30. September 2015 (Zeitpunkt der Klageeinreichung [Poststempel]) ergibt dies einen Streitwert von CHF 7'724'732.00 (auf ganze Zahlen gerundet).

### **E. 16.2**

Gerichtskosten Die Höhe der Gerichtskosten bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG; Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG). Sie richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG), welcher die Basis zur Berechnung der Grundgebühr bildet (§ 4 Abs. 1 GebV OG). Das Gericht kann die Grundgebühr unter Berücksichtigung des Zeitaufwandes des Gerichts und der Schwierigkeit des Falls ermässigen oder erhöhen (§ 2 Abs. 1 lit. c und d, § 4 Abs. 2 GebV OG). Bei einem Streitwert von CHF 7'724'732.00 beträgt die nach § 4 Abs. 1 GebV OG ermittelte Grundgebühr CHF 97'997.00. Der Aufwand für die Bearbeitung und die Schwierigkeit des Falls bewegen sich im üblichen Rahmen. Das Ergebnis ist zu runden. Die Gerichtsgebühr ist deshalb auf CHF 98'000.00 festzusetzen. Die Verteilung der Gerichtskosten erfolgt nach Obsiegen und Unterliegen der Parteien (Art. 106 Abs. 1 und 2 ZPO). Die eintretende Partei haftet für die gesamten Prozesskosten (Art. 83 Abs. 2 Satz 1 ZPO). Die Gerichtskosten sind jeweils mit den geleisteten Vorschüssen der Parteien zu verrechnen (Art. 111 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Der Kläger obsiegt abgesehen von einem geringfügigen Betrag von USD 29'090.00 vollständig. Ausgangsgemäss sind die Kosten deshalb den Beklagten 1 und 2 unter solidarischer Haftbarkeit aufzuerlegen und mit dem Kostenvorschuss von CHF 98'000.00 zu verrechnen. Dem Kläger ist im Umfang des von - 66 - ihm geleisteten Kostenvorschusses das Rückgriffsrecht auf die Beklagten 1 und 2 einzuräumen.

### **E. 16.3**

Parteientschädigung Bei berufsmässig vertretenen Parteien richtet sich die Höhe der Parteientschädigung nach der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 (AnwGebV; Art. 95 Abs. 3 lit. b und 96 ZPO i.V.m. § 48 Abs. 1 lit. c und Abs. 2 des Anwaltsgesetzes vom 17. November 2003). Die Parteientschädigung bestimmt sich in erster Linie nach dem Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV), welcher die Basis zur Berechnung der Grundgebühr bildet (§ 4 Abs. 1 AnwGebV). Das Gericht kann die Grundgebühr unter Berücksichtigung der Verantwortung, des notwendigen Zeitaufwands der Vertretung und der Schwierigkeit des Falls ermässigen oder erhöhen (§§ 2 Abs. 1 lit. c, d und e, 4 Abs. 2 AnwGebV). Die so ermittelte ordentliche Gebühr deckt den Aufwand für die Erarbeitung eines Schriftsatzes und die Teilnahme an der Hauptverhandlung ab (§ 11 Abs. 1 AnwGebV). Für die Teilnahme an zusätzlichen Verhandlungen und für weitere notwendige Rechtsschriften wird ein Einzelzuschlag von je höchstens der Hälfte der Gebühr berechnet (§ 11 Abs. 2 AnwGebV). Bei einem Streitwert von CHF 7'724'732.00 beträgt die nach § 4 Abs. 1 AnwGebV ermittelte Grundgebühr CHF 89'335.00. Die Verantwortung, der notwendige Zeitaufwand der Vertretung und die Schwierigkeit des Falls bewegen sich im üblichen Rahmen. Für den doppelten Schriftenwechsel ist ein Zuschlag von 50 % zu berechnen. Die Anwaltsgebühr ist deshalb auf CHF 134'000.00 festzusetzen. Die Zusprechung einer Parteientschädigung richtet sich nach Obsiegen und Unterliegen der Parteien (Art. 106 Abs. 1 und 2 ZPO). Die eintretende Partei haftet für die

gesamten Prozesskosten (Art. 83 Abs. 2 Satz 1 ZPO). Der Kläger obsiegt, abgesehen von einem geringfügigen Betrag von USD 29'090.00, vollständig. Ausgangsgemäss ist dem Kläger die volle Parteient- schädigung zuzusprechen. Dazu ist ihm der Mehrwertsteuerzusatz zu gewähren. Da für die Hauptverhandlung keine zusätzliche Entschädigung erfolgt, ist dazu der

- 67 - bisherige gesetzliche Mehrwertsteuersatz von 8 % zu verwenden. Entsprechend sind die Beklagten 1 und 2 unter solidarischer Haftbarkeit zu verpflichten, dem Kläger eine Parteientschädigung von CHF 144'720.00 zu bezahlen. Das Handelsgericht beschliesst:

## **E. 19**

Februar 2008 Kontobelege übergeben (Ziffer 6.4 oben). Da die Beklagte 1 diese allerdings nicht zuzuordnen vermag, lässt sich nicht bestimmen, welche Transaktionen sich der Kläger als genehmigt zurechnen lassen muss, was zum

- 57 - Nachteil der für das Vorliegen einer Genehmigung beweisbelasteten Beklagten ausfallen muss; mithin lassen sich keine Genehmigungen erstellen (Ziffer 7.3 oben, 7.4 oben). Aufgrund der Verletzung der Informationspflichten hätte der Klä- ger die streitgegenständlichen Transaktionen auch nicht wirksam genehmigen können (Ziffer 8.3 oben, 8.4 oben). Da nach dem erstellten Sachverhalt sämtliche Transaktionen ohne Grundlage erfolgt sind, liegt ein gesamthaft pflichtwidriges Portfolio vor. Die Schadensberechnung muss sich deshalb auf das gesamte bei der Beklagten 1 deponierte Vermögen erstrecken. Auch wenn es sich beim Anspruch des Klägers um einen Schadenersatzanspruch handelt (Ziffer 11.2.3 oben), kommt der vorliegende Fall wertungsmässig einem Erfüllungsanspruch nahe. Lässt ein Kunde sein im Rahmen eines mit der Depot- bank bestehenden Execution-only-Verhältnisses angelegtes Vermögen durch ei- nen externen Vermögensverwalter verwalten, so muss sich die Depotbank bei durch den externen Vermögensverwalter angewiesenen Transaktionen eine ihr bekannte Beschränkung der Vollmacht entgegenhalten lassen (Urteil des Bun- desgerichts 4C.377/2001 vom 8. März 2001 E. 1). Für die vollmachtlos getätigte Transaktion kann die Depotbank das Konto des Kunden nicht belasten, sondern sie leistet mit eigenem Geld; der Kunde kann die Stornierung der Käufe verlangen (ARNOLD F. RUSCH/EVA MAISSEN, Besprechung von BGer 4A\_369/2015, AJP 2016, 1395, S. 1401). Es ist nicht ersichtlich, weshalb die Bank besser gestellt sein soll, wenn nicht ein auf der Seite des Kunden stehender externer Vermögensverwalter, sondern eine auf ihrer Seite stehende eigene Angestellte eine Transaktion ohne Grundlage veranlasst hat. Auch aus diesem Grund muss der Kläger vermögens- mässig in den Stand versetzt werden, in welchem er stünde, wenn auf seinem Konto keine der streitgegenständlichen Transaktionen stattgefunden hätte. Demnach hat sich die Schadensberechnung an einem gesamthaft pflichtwidrigen Portfolio auszurichten. Dem hypothetischen Vermögensstand des Klägers am 31. März 2014 ohne die streitgegenständlichen Transaktionen ist der tatsächliche Vermögensstand an diesem Tag gegenüber zu stellen. Zu berücksichtigen sind allfällige Ein- und Auszahlungen.

- 58 - Den Endwert des klägerischen Vermögens von USD 484'227.00 am 31. März 2014 bestreitet die Beklagte 1 lediglich pauschal (act. 15 Rz. 191, 248, 324). Die Kenntnis des Kontostands liegt grundsätzlich in der Sphäre der Beklagten 1 als kontoführende Bank, während der Kläger als Bankkunde auf deren Auskunft an- gewiesen ist. Deshalb darf sich die Beklagte 1 nicht mit einem schlichten Bestrei- ten begnügen, sondern ist gehalten, ihre allfällige Bestreitung substantiiert vorzu- tragen. Vorliegend ist die pauschale Bestreitung

durch die Beklagte 1 deshalb un- beachtlich. Der Endwert von USD 484'227.00 am 31. März 2014 gilt folglich als anerkannt. Zum Endwert sind allfällige Barauszahlungen hinzuzuzählen. Der Kläger bestreitet diese zwar (act. 24 Rz. 432), jedoch sind sie auf der vom Kläger eingereichten Übersicht aufgeführt und dadurch hinreichend belegt. Dementsprechend belaufen sich die Barauszahlungen auf insgesamt USD 29'090.00 (act. 3/6). Für die Schadensberechnung ist der tatsächliche Vermögensstand entsprechend zu erhöhen und von USD 513'317.00 auszugehen. Was die hypothetische Entwicklung des pflichtwidrigen Portfolios betrifft, stellt die Beklagte 1 zwar die vom Kläger vertretene "Bargeldtheorie" grundsätzlich in Frage (act. 32 Rz. 67), macht jedoch nicht geltend, diese hätte zu einem Verlust geführt. Unter der Hypothese, dass das gesamte Vermögen des Klägers ausschliesslich in Treuhandanlagen angelegt worden wäre, hätte der Kläger am 31. März 2014 immer noch mindestens über Vermögen im Wert vom 9. Februar 2006 verfügt. Dem tatsächlichen Vermögensstand ist demnach ein hypothetischer Vermögensstand von USD 8'430'665.00 gegenüber zu stellen. Daraus ergibt sich ein Schaden des Klägers von USD 7'917'348.00. Selbst wenn die Darstellung des Klägers, wonach unter der Bargeldhypothese das Vermögen nominal erhalten geblieben wäre, als bestritten gilt, zeigt ein Vergleich mit alternativen Szenarien, dass diese realistisch ist. Die Grundsätze über die Schätzung eines hypothetischen Portfolios (Ziffer 11.2.3 oben) sind zwar am Beispiel von Vermögensverwaltungen entwickelt worden, bei welchen regelmässig das positive Interesse geschuldet ist. Beim vorliegenden Execution-only-

- 59 - Verhältnis fehlt es an einer entsprechenden Verpflichtung der Beklagten 1 zur Durchführung einer Anlagepolitik. Die Differenzhypothese ist jedoch nicht auf das positive Vertragsinteresse beschränkt, weshalb auch in diesem Fall die hypothetische Vermögensentwicklung zu betrachten ist, die bei Unterlassung der vertragswidrigen Anlagen eingetreten wäre. Diesbezüglich sind gestützt auf geeignete Fonds Szenarien zu erstellen und deren Performance zwischen dem 9. Februar 2006 und dem 31. März 2014 zu vergleichen (Werte jeweils abrufbar unter <http://fundgate.ubs.com> unter Domizilland Schweiz bzw. direkt unter

<http://fundgate.ubs.com/gblhome.do?rid=1&cty=CH&lang=de>): a. "UBS (Lux) Money Market Fund - USD P-acc" (Securities no.: 594601): Als Geldmarktanlage entspricht dieser Fonds der ursprünglichen Baranlage bei der Gruppengesellschaft der Beklagten 1. Die Performance im relevanten Zeitraum beträgt 12.86 %. b. "UBS (CH) Equity Fund - Global Opportunity (USD) P" (Securities no.: 278850): Dieser Aktienfonds weist einen hohen Anteil an Informationstechnologie, jedoch auch Anteile von Industrie- und Energieunternehmen auf. Damit gibt er am ehesten die am 9. März 2006 zur Beklagten 1 übertragenen Wertschriftenbestände (N.\_\_\_\_ Corp., O.\_\_\_\_ Ltd., P.\_\_\_\_ Corp, Q.\_\_\_\_ Inc., R.\_\_\_\_, S.\_\_\_\_ PLC, T.\_\_\_\_ PLC, U.\_\_\_\_ PLC, V.\_\_\_\_ PLC, W.\_\_\_\_ Group PLC, AA.\_\_\_\_ Inc, AB.\_\_\_\_ Corp., AC.\_\_\_\_ Inc., AD.\_\_\_\_ Corp. AE.\_\_\_\_ Corp.; act. 1 Rz. 90; act. 24 Rz. 45; act. 3/8d-8f; vgl. auch act. 24 Rz. 55, 56) wieder. Die Performance im relevanten Zeitraum beträgt 52.10 %. c. Ausgehend vom übertragenen Aktienanteil von 45.22 % ist weiter eine Aufteilung aus 54.78 % Money Market Fund und 45.22 % Equity Fund vorzunehmen. Die Performance im relevanten Zeitraum beträgt  $54.78 \% * 12.86 \% + 45.22 \% * 52.10 \% = 30.60 \%$ . d. "UBS (Lux) Strategy Fund - Fixed Income (USD) P-acc" (Securities no.: 618671): Bei einer Vermögensverwaltung ist die Heranziehung eines Strategiefonds geboten. Vorliegend handelt es sich jedoch um ein Execution-only- Verhältnis, weshalb ein Strategiefonds keine geeignete Vergleichsbasis bildet. Die

- 60 - Heranziehung eines Strategiefonds dient vorliegend lediglich Vergleichszwecken. Der gewählte Fonds richtet sich gemäss Factsheet an vorsichtige Investoren, welche Wert auf einen langfristigen Kapitalerhalt und moderate Investitionsrisiken legen. Damit kommt er von den verfügbaren Strategiefonds einer Baranlage am nächsten. Die Performance im relevanten Zeitraum beträgt 29.92 %. Unter Zugrundelegung der dargestellten Fonds ergeben sich beim Anlagebetrag von USD 8'430'665.00 am 9. Februar 2006 in den einzelnen Szenarien folgende hypothetische Vermögensentwicklungen:  
Vermögenszusammensetzung Hypothetischer Stand am 31. März 2014 (Basis USD) relativ absolut Szenario a: Geldmarkt 112.86 % 9'514'849 Szenario b: Aktien 152.10 % 12'823'041 Szenario c: Geldmarkt/Aktien 130.60 % 11'010'448 Szenario d: Fixed Income 129.92 % 10'953'120 Sämtliche Szenarien führen zu für den Kläger günstigeren Ergebnissen als dessen Nullrenditenszenario. Bei diesem Ergebnis erübrigt es sich, weiter auf die vom Kläger angeführten Eventualszenarien einzugehen. 11.4. Zwischenergebnis Der Schaden des Klägers beläuft sich auf USD 7'917'348.00. 12. Ersatzbemessung 12.1. Tatsächliches In tatsächlicher Hinsicht wird vorab auf Ziffer 9.1 oben verwiesen. Die Beklagte 1 behauptet, der Kläger habe durch die massive Missachtung seiner Kontroll- und

- 61 - Reklamationspflichten auf die Entstehung bzw. Verschlimmerung des ihm angeblich entstandenen Schadens eingewirkt (act. 15 Rz. 180). 12.2. Rechtliches 12.2.1. Die Beklagte 1 vertritt die Ansicht, eine allfällig bejahte Haftung der Beklagten 1 wäre aufgrund des schweren Selbstverschuldens des Klägers jedenfalls betragsmässig erheblich herabzusetzen (act. 15 Rz. 175; act. 60 Rz. 35). Das massive, den adäquaten Kausalzusammenhang unterbrechende Selbstverschulden des Klägers sei a maiore ad minus auch als schadensverursachender bzw. schadensverschlimmernder Faktor i.S.v. Art. 44 OR zu betrachten (act. 15 Rz. 178). Es sei kein objektiver Grund ersichtlich, weshalb der Kläger auf das Ergreifen von noch so rudimentären und in einem ureigenen Interesse liegenden Vorsichtsmassnahmen hätte verzichten dürfen; namentlich sei nicht nachvollziehbar, weshalb der Kläger, nachdem ihm nachweislich regelmässig die Verluste auf seinem Konto kommuniziert worden seien, es nicht für nötig erachtet habe, seine Kontounterlagen zu studieren und die aus seiner Sicht geeigneten Konsequenzen daraus zu ziehen (act. 15 Rz. 179). 12.2.2. Der Kläger bestreitet ein Selbstverschulden. Der Kläger habe keinen Anlass gehabt, sich um sein Geld zu kümmern, da Bareinlagen, die keiner Verwaltung bedürfen, mit keinem Risiko, ausser dem Währungsrisiko selbst, verbunden seien (act. 1 Rz. 279). Der Kläger habe sein Geld bei einer Bank mit einer Bewilligung der schweizerischen Finanzmarktaufsicht hinterlegt (act. 1 Rz. 278; act. 24 Rz. 437). Es sei nicht die Aufgabe oder Pflicht des Klägers, die Angestellte der Beklagten 1 zu beaufsichtigen, sondern deren eigene Pflicht (act. 1 Rz. 278). Der Kläger habe keine banklagernde Zustellung gewünscht, die entsprechenden Dokumente weder zur Kenntnis genommen noch genehmigt, sei von der Kundenberaterin über den Inhalt der angeblich unterzeichneten Dokumente getäuscht worden und habe aus der banklagernden Zustellung keine Vorteile gezogen; die Transaktionen der Kundenberaterin habe er nicht in Auftrag gegeben und diese habe auch nicht mit behaupteterweise in sein Postfach gelegten Transaktionsbelegen gleichsam legitimiert werden können (act. 24 Rz. 437).

- 62 - 12.2.3. Gemäss Art. 99 Abs. 3 i.V.m. Art. 44 Abs. 1 OR kann das Gericht die Ersatzpflicht ermässigen oder entfallen lassen, wenn "der Geschädigte in die schädigende Handlung eingewilligt" hat oder wenn "Umstände, für die er einstehen muss, auf die Entstehung oder Verschlimmerung des Schadens eingewirkt oder die Stellung des

Ersatzpflichtigen sonst erschwert" haben. Dazu gehört insbesondere das Mit- bzw. Selbstverschulden des Geschädigten (BGE 85 II 516 E. 3a S. 520; ROLAND BREHM, in: Berner Kommentar, 4. Aufl. 2013, N. 16 zu Art. 44 OR). Ein Selbstverschulden ist dem Geschädigten jedoch nur vorzuwerfen, wenn er "die Möglichkeit einer Schädigung voraussehen kann oder könnte und sein Verhalten dieser Voraussicht nicht anpasst" (Urteil des Bundesgerichts 4C.68/2007 vom 13. Juni 2008 E. 12.1). Dem Vertragspartner einer fachkundigen Partei kann grundsätzlich nicht vorgeworfen werden, sich auf deren Fachwissen verlassen und die Fachfragen nicht selber nochmals mit derselben Aufmerksamkeit geprüft zu haben (Urteil des Bundesgerichts vom 14. Mai 2002 4C.193/2001 E. 2.4; s. auch Ziffer 9.2.3 oben). Eine Reduktion des Schadenersatzes kommt in Betracht, wenn es sich um einen in Vermögensverwaltungsfragen versierten Privatkunden handelt (Urteil des Bundesgerichts 4A\_436/2016, 4A\_466/2016 vom 7. Februar 2017 E. 4.6.1), dem die Verlustrisiken bewusst sind (Urteil des Bundesgerichts 4C.68/2007 vom 13. Juni 2008 E. 12.2). Einem in Anlagefragen nicht bewandereten Laien kann hingegen nicht einfach vorgeworfen werden, er hätte die Risiken erkennen müssen (Urteil des Bundesgerichts 4A\_436/2016, 4A\_466/2016 vom 7. Februar 2017 E. 4.6.1).

12.3. Subsumtion Vorliegend ist, wie bereits im Zusammenhang mit dem Kausalzusammenhang festgehalten (Ziffer 9.3 oben), angesichts des Umstands, dass sich die Beklagte 1 zur Annahme von Kundengeldern empfiehlt und einer laufenden Aufsicht untersteht, beim Vorwurf eines Selbstverschuldens des Klägers Zurückhaltung geboten. Die Beklagte 1 bleibt sodann bei ihrem Vorwurf gegenüber dem Kläger, diesen treffe ein Selbstverschulden, pauschal (vgl. dazu Urteil des Bundesgerichts 4A\_364/2013, 4A\_394/2013, 4A\_396/2013 vom 5. März 2014 E. 12). Sie wiederholt weitgehend die bereits im Zusammenhang mit der Zustellungs- und Geneh-

- 63 - migungsfiktion vorgebrachten Argumente der unterlassenen Einsichtnahme und Rüge durch den Kläger. Aufgrund dessen überwiegt ein dem Kläger anzulastendes Verschulden jenes der Kundenberaterin bzw. der Beklagten 1 jedenfalls nicht. Entscheidend ist indessen, dass das Verhalten des Klägers jenem der Beklagten 1 gegenüber zu stellen ist. Die Beklagte 1 verletzte nicht nur das Konto-/Depotverhältnis mit dem Kläger, sondern zusätzlich auch die Informationspflichten (Ziffer 8.3 oben). Dieses Versäumnis wiegt ein allfälliges Selbstverschulden des Klägers auf. Da der Kläger nicht hinreichend über die Anlagen und das Risiko informiert war, kann ihm nicht vorgeworfen werden, nicht rechtzeitig interveniert zu haben. Durch diese Argumentation würde der Schutzzweck der Informationspflichten unterlaufen. Dem Kläger ist deshalb keine ersatzmindernde Selbstverschulden anzurechnen.

12.4. Zwischenergebnis Der Ersatzanspruch ist nicht wegen Selbstverschuldens des Klägers zu mindern.

13. Nebenansprüche Der Kläger forderte die Beklagte 1 mit Schreiben vom 20. November 2014 zur Zahlung bis 1. Dezember 2014 auf (act. 1 Rz. 241; act. 24 Rz. 322; act. 3/5a). Der Anspruch auf Zins zu 5 % seit dem 2. Dezember 2014 stützt sich demnach auf Art. 102 Abs. 2, Art. 104 Abs. 1 OR.

14. Rechtsvorschlag Der Gläubiger kann im Zivilprozess die Beseitigung des durch den Schuldner erhobenen Rechtsvorschlags verlangen (Art. 79 Abs. 1 S. 1 SchKG). Die entsprechende Klage muss er innerhalb eines Jahres ab Zustellung des Zahlungsbefehls an den Gläubiger erheben (Art. 88 Abs. 2 SchKG; BGE 125 III 45 E. 3b S. 46-47). Das Betreibungsamt E.\_\_\_\_\_ stellte der Beklagten 1 den Zahlungsbefehl in der Betreuung Nr. ... vom 26. Januar 2015 am 2. Februar 2015 zu (act. 3/2). Der Kläger reichte seine Klage am 30. September 2015 und somit innerhalb der Jahresfrist ein.

- 64 - Der Rechtsvorschlag ist im Umfang des zugesprochenen Betrags zu beseitigen, wobei der dem Zahlungsbefehl zugrunde liegende USD/CHF-Wechselkurs von 0.96479 (CHF 7'666'640 / USD 7'946'438) zu verwenden ist. Im Mehrbetrag ist das Begehren um Beseitigung des Rechtsvorschlages abzuweisen. Bei einer Fortsetzung der Betreibung ist der Kläger indessen berechtigt, die erneute Umrechnung des Betrages nach Ziffer 1 nach dem Kurs am Tage des Fortsetzungsbegehrens zu verlangen (Art. 88 Abs. 4 SchKG). 15. Zusammenfassung Zwischen dem Kläger und der Beklagten 1 bestand ein Execution-only-Verhältnis mit dem Zweck der liquiden Baranlage. Die durch die bei der Beklagten 1 angestellte Kundenberaterin auf dem Depot des Klägers zwischen dem 9. Februar 2006 und dem 31. März 2014 getätigten Transaktionen erfolgten ohne entsprechende Anweisungen. Eine Banklagernd-Vereinbarung bestand nicht. Die aus den Transaktionen resultierenden Transaktionsbelege wurden jeweils (nur) der Kundenberaterin direkt zugestellt. In der Folge händigte diese dem Kläger zwar Transaktionsbelege bis Anfang Februar 2008 aus, jedoch ist nicht bekannt, ob sich darunter die Belege zu sämtlichen Transaktionen bis zu diesem Zeitpunkt befanden. Eine Aufklärung des Klägers über das Risiko der durchgeführten Transaktionsarten fand zudem nicht statt, womit die Beklagte 1 ihre börsen- und auftragsrechtlichen Informationspflichten verletzte. Deshalb liegt auch keine nachträgliche Genehmigung der Geschäfte durch den Kläger vor. Die Beklagte legte das Vermögen des Klägers gesamthaft pflichtwidrig an. Der Kläger besitzt einen Anspruch darauf, vermögensmässig so gestellt zu werden, wie sich das bei der Beklagten 1 angelegte Vermögen ohne diese Transaktionen darstellen würde. Es kann nicht Aufgabe des Bankkunden sein, aus irgendwelchen, ihm nicht zuordenbaren, nicht genehmigten und damit vertragswidrigen Transaktionen seine Schadenersatzforderungen herzuleiten.

- 65 - 16. Kosten- und Entschädigungsfolgen

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