

# ZH\_HANDELSGERICHT HG160177 vom 13. Juni 2019

Zh Handelsgericht, 2019-06-13, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_handelsgericht\\_HG160177](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_handelsgericht_HG160177)

FR: ZH\_HANDELSGERICHT HG160177 du 13 juin 2019

IT: ZH\_HANDELSGERICHT HG160177 del 13 giugno 2019

## Erwägungen

### E. 1

Formelles

#### E. 1.1

**Zuständigkeit** Die Parteien haben im Kontoeröffnungsformular vom 26. Februar 2007 schriftlich die Zuständigkeit der Gerichte am Hauptsitz der Beklagten in Zürich vereinbart (act. 4/5). Damit ergibt sich die örtliche Zuständigkeit des hiesigen Gerichtes aus Art. 23 des Übereinkommens über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 30. Oktober 2007 (LugÜ). Die Beklagte hat sich denn auch auf das Verfahren eingelassen. Die sachliche Zuständigkeit ergibt sich sodann aus Art. 6 Abs. 2 und 3 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG.

#### E. 1.2

**Anwendbares Recht** Im Kontoeröffnungsformular vom 26. Februar 2007 haben die Parteien eine Rechtswahl zugunsten des Schweizer Rechts getroffen (act. 4/5), welches denn auch beide Parteien ihren Vorbringen zugrunde legen. Damit kommt auf die vorliegende Streitigkeit Schweizer Recht zur Anwendung (Art. 116 IPRG).

#### E. 1.3

**Anderweitige Rechtshängigkeit** Der Kläger hat seine im Strafverfahren adhäsionsweise geltend gemachte Zivilklage gegen die Beklagte nachweislich mit Rückzugserklärung vom 8. Februar 2016 bei der Staatsanwaltschaft zurückgezogen (act. 29/2 und 29/3). Damit ist nicht ersichtlich, dass der vorliegende Streitgegenstand zwischen den selben Parteien bereits andernorts rechtshängig wäre. Solches führt denn auch die Beklagte nicht mehr aus. Da der Kläger seine Zivilklage im Strafverfahren vor Abschluss der Hauptverhandlung zurückgezogen hat, steht einer erneuten Geltendmachung auf dem Zivilweg nichts entgegen (Art. 122 Abs. 4 StPO). Sodann ist die vom Kläger eingereichte Klagebewilligung an das Arbeitsgericht des Bezirks Zürich vom 31. Mai 2016 (act. 4/70) längst nicht mehr gültig (Art. 209 Abs. 3 ZPO), womit

- 6 - auch diese zwischenzeitlich begründete Rechtshängigkeit dem Eintreten auf die vorliegende Klage zum heutigen Zeitpunkt nicht mehr entgegensteht.

### E. 2

**Schaden aus Börsentransaktionen** Der Kläger erklärt unter dem Titel "ungerechtfertigte Vorgänge ab dem 23. Dezember 2008" insbesondere, auf seinen Konten sei massiv mit Wertpapieren und sogar Optionen gehandelt worden, ohne dass er entsprechende Anweisungen gegeben oder die benötigte Option Trading Form unterzeichnet habe und verlangt die Edition einer Übersicht der Optionstransaktionen durch die Beklagte (act. 1 Rz I. O. 117 ff.). Weiter erklärt er, das Ausmass der Gewinne oder Verluste aus den unerlaubten

Börsentransaktionen sei ohne die durch die Beklagte zu hinterlegenden Übersichten der Optionstransaktionen und Devisengeschäfte nicht quantifizierbar (act. 1 Rz III. J. 22). Ist es der klagenden Partei unmöglich oder unzumutbar, ihre Forderung bereits zu Beginn des Prozesses zu beziffern, so kann sie eine unbezifferte Forderungsklage erheben, wobei sie einen Mindeststreitwert anzugeben hat (Art. 85 ZPO). Ergibt sich ein Anspruch auf Rechnungslegung aus dem materiellen Recht, kann eine sogenannte Stufenklage erhoben werden. Bei dieser stellt die eingeklagte Leistung den Hauptanspruch dar, deren Bezifferung durch Rechnungslegung den Hilfsanspruch. Besteht kein selbständiger Hilfsanspruch aus materiellem Recht, verbleibt die Möglichkeit einer unbezifferten Forderungsklage im engeren Sinne (vgl. BGE 140 III 409 E. 4.3). Ein Editionsbegehren gestützt auf einen materiellrechtlichen Auskunftsanspruch ist zu unterscheiden von einem zivilprozessualen Editionsbegehren zu Beweis- zwecken. Während der Anspruch auf Information oder Rechnungslegung selbständig eingefordert werden und namentlich als selbständiger Hilfsanspruch in einer Stufenklage mit dem Hauptanspruch gehäuft werden kann, setzt der zivilprozessuale Beweisantrag auf Edition gehörige Behauptungen darüber voraus, welche Tatsachen die zu edierenden Dokumente beweisen sollen (Urteil des Bundesgerichts 4A\_269/2017 vom 20. Dezember 2017 E. 4.1. mit weiteren Hinweisen).

- 7 - Der Kläger hat weder einen Hilfsanspruch in seine Rechtsbegehren aufgenommen noch überhaupt eine unbezifferte Forderungsklage erhoben. Er hat zwar einen Nachklagevorbehalt angebracht, ein solcher könnte indes erst auf ein nachfolgendes Verfahren Auswirkungen haben. Mit anderen Worten liegt im Herausverlangen einer Übersicht der Optionstransaktionen ein rein zivilprozessuales Editionsbegehren zu Beweis- zwecken vor. Gemäss Art. 8 ZGB hat, wo es das Gesetz nicht anders bestimmt, jene Partei das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, die aus ihr Rechte ableitet. Grundsätzlich ist das Verhältnis der anwendbaren materiellen Normen für die Beweislastverteilung massgebend. Dieses bestimmt im Einzelfall, ob eine rechtsbegründende, rechtsaufhebende bzw. rechtsvernichtende oder rechtshindernde Tatsache zu beweisen ist. Wer einen Anspruch geltend macht, hat die rechtsbegründenden Tatsachen zu beweisen. Demgegenüber liegt die Beweislast für die rechtsvernichtenden oder rechtshindernden Tatsachen bei der Partei, welche den Untergang des Anspruchs behauptet oder dessen Entstehung oder Durchsetzbarkeit bestreitet (BGE 128 III 271 E. 2a/aa). Die beweisbelastete Partei hat die zu beweisenden Tatsachen zu behaupten, weshalb mit der Beweislast die Behauptungslast einhergeht. Die beweisfreie Partei trifft hingegen die Bestreitungs- last. Ein Aspekt der Behauptungs- ist die Substantiierungslast: Die konkreten Anforderungen an die Substantiierung der anspruchsbegründenden Tatsachen ergeben sich einerseits aus den Tatbestandsmerkmalen der angerufenen Norm und andererseits aus dem prozessualen Verhalten der Gegenpartei. Tatsachenbehauptungen sind so konkret zu halten, dass sie einerseits ohne Weiteres als Beweissatz formuliert und in eine allfällige Beweisverfügung aufgenommen werden können, und andererseits ein gezieltes Bestreiten möglich ist sowie der Gegenbeweis angetreten werden kann. Bestreitet der Prozessgegner das Vorbringen der behauptungsbelasteten Partei schlüssig und widerspruchsfrei, muss diese die rechtserheblichen Tatsachen nicht nur in den Grundzügen, sondern so umfassend und klar darlegen, dass darüber Beweis abgenommen werden kann. Nur hinreichend substantiierte Sachvorbringen begründen einen Beweisanspruch (WALTER, in: Berner Kommentar, Bd. I/1, Einleitung, Art. 1-9 ZGB, Bern 2012, Art. 8 N 199 f.;LARDELLI/VETTER, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 6. Aufl.,

- 8 - Basel 2018, Art. 8 N 29 und 33; BGE 127 III 365 E. 2b mit Hinweisen). Der Be-  
hauptungsgegner hat demgegenüber im einzelnen darzulegen, welche Tatsa-  
chenbehauptungen der Gegenpartei er anerkennt und welche er bestreitet. Pau-  
schale Bestreitungen reichen zwar nicht aus, doch dürfen die Anforderungen an die Bestreitung  
nicht so hoch angesetzt werden, dass im Ergebnis die Beweislast gewendet wird  
(WALTER, a.a.O., Art. 8 N 191 ff.). Für den Hauptbeweis im Zivil- prozess gilt das  
Regelbeweismass des strikten Beweises. Dieser ist erbracht, wenn das Sachgericht nach  
objektiven Gesichtspunkten von der Wahrheit einer Behauptung und damit vom Vorliegen  
einer Tatsache voll überzeugt ist. Dabei hat eine Tatsache nicht mit Sicherheit festzustehen,  
sondern es genügt die an Si- cherheit grenzende Wahrscheinlichkeit, selbst wenn eine  
abweichende Möglic- keit nicht völlig auszuschliessen ist (WALTER, a.a.O., Art. 8 N 134  
ff.). Der Kläger trägt nach dem Gesagten insbesondere die Behauptungs- und Be-  
weislast für allfällige unberechtigte Transaktionen durch die Beklagte und eines dadurch  
verursachten Schadens. Da die Beklagte bestreitet, dass nach dem 23. Dezember 2008 oder  
überhaupt unberechtigte Verfügungen auf dem streitge- genständlichen Konto  
vorgenommen worden sein sollen (act. 23 Rz 256 ff.) bzw. dass der Kläger einen Schaden  
erlitten haben soll (act. 23 Rz 508), hat der Kläger die von ihm beanstandeten  
Transaktionen und den jeweils verursachten Schaden nicht nur in den Grundzügen, sondern  
substantiiert vorzutragen. Dies hat er nicht getan. Er hat es unterlassen, genügend zu  
behaupten, welche, wann von der Be- klagten unberechtigt vorgenommenen  
Börsentransaktionen genau zu was für ei- nem Schaden bei ihm geführt haben sollen. Er  
macht vielmehr selber geltend, ein solcher Schaden sei ohne die von der Beklagten zu  
hinterlegenden Übersichten der Optionstransaktionen und Devisengeschäfte nicht  
quantifizierbar. Damit ver- säumt es der Kläger, Tatsachen vorzubringen, aufgrund deren  
überhaupt die Ver- ursachung eines kausalen Schadens überprüft werden könnte. Insofern  
gelingt es ihm nicht, einen Schaden aus unerlaubten Optionstransaktionen auch nur in den  
Grundzügen darzulegen. Eine Beweisabnahme zu dieser Frage kann entspre- chend gar  
nicht stattfinden, weshalb die verlangte Edition nicht zielführend ist. Ei- ne mögliche Klage  
auf Auskunft hat der Kläger – wie dargelegt – nicht erhoben. Damit ist die Klage im  
Ausmass eines allfällig auf Börsentransaktionen entfallen-

- 9 - den Schadens bzw. im Umfang, in welchem sie die Forderung aus den behauptete-  
ten unberechtigten Überweisungen übersteigt (EUR 2'778'302.36 abzüglich EUR 1'922'184.65,  
abzüglich USD 114'300.–, abzüglich CHF 805'300.–) abzu- weisen. Entsprechend ist auf  
Vorbringen, die einzig das Thema dieser Optionstransaktio- nen beschlagen, nachfolgend  
nicht weiter einzugehen.

### **E. 3**

Schaden aus Überweisungen

#### **E. 3.1**

Unstrittiger Sachverhalt Die Parteien nahmen unstrittig Anfang 2007 eine  
Geschäftsbeziehung auf. Am 26. Februar 2007 unterzeichnete der Kläger einen Antrag für  
die Eröffnung eines Bankkontos und Depots, wobei er Euro als Hauptwährung wählte.  
Weiter unter- zeichnete der Kläger einen Auftrag betreffend Treuhandanlagen. Sodann  
wurde von D.\_\_\_\_\_ ein Kundenprofil des Klägers angelegt, welches von ihm nie unter-  
zeichnet wurde. Gleichzeitig mit der Kontoeröffnung unterzeichnete der Kläger sodann das  
Formular "Waiver for telephone, telefax and electronic mail instruc- tions" sowie eine

Banklagernd-Vereinbarung. Schliesslich unterzeichnete der Kläger am 13. September 2010 das Formular "Receipt for correspondence".

### **E. 3.2**

Die beanstandeten Transaktionen Der Kläger rügt folgende durch D.\_\_\_\_\_ veranlasste Auszahlungen von seinem Konto von gesamthaft EUR 1'922'184.65, USD 114'300.– und CHF 805'760.– (recte. CHF 805'300.–) als nicht von ihm autorisiert und damit ungerechtfertigt (act. 1 Rz I. P. 141):

- 10 - Datum Betrag Begünstigter 23.12.2008 CHF 76'800.00 E.\_\_\_\_\_ 07.01.2009 EUR 32'500.00 F.\_\_\_\_\_ 08.01.2009 CHF 68'000.00 E.\_\_\_\_\_ 14.01.2009 EUR 46'500.00 G.\_\_\_\_\_ 15.01.2009 EUR 44'444.44 E.\_\_\_\_\_ 23.01.2009 USD 84'500.00 H.\_\_\_\_\_ 23.01.2009 USD 29'800.00 I.\_\_\_\_\_ & J.\_\_\_\_\_ 27.01.2009 EUR 106'320.00 E.\_\_\_\_\_ 02.02.2009 EUR 40'068.26 E.\_\_\_\_\_ 10.02.2009 EUR 148'486.89 E.\_\_\_\_\_ 19.02.2009 EUR 167'820.30 E.\_\_\_\_\_ 04.03.2009 CHF 74'800.00 E.\_\_\_\_\_ 18.03.2009 CHF 73'700.00 E.\_\_\_\_\_ 25.03.2009 EUR 377'019.67 E.\_\_\_\_\_ 03.04.2009 EUR 87'019.67 E.\_\_\_\_\_ 15.04.2009 EUR 323'265.85 E.\_\_\_\_\_ 05.05.2009 CHF 460'000.00 K.\_\_\_\_\_ 22.05.2009 CHF 52'000.00 E.\_\_\_\_\_ 12.06.2009 EUR 242'419.83 E.\_\_\_\_\_ 28.08.2009 EUR 130'719.74 E.\_\_\_\_\_ 16.10.2009 EUR 175'600.00 E.\_\_\_\_\_ Die Beklagte bestätigt, dass die Daten und Beträge der genannten Auszahlungen richtig seien, bestreitet indes, dass die Auszahlungen getätigt worden seien, ohne dass dafür eine Anweisung oder anderweitige Autorisierung des Klägers vorgelegen habe (act. 23 Rz 287 f.).

### **E. 3.3**

Die (Bank-)Beziehung der Parteien

#### **E. 3.3.1**

Rechtliches Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts kommen vorliegend grundsätzlich drei verschiedene Vertragsbeziehungen in Betracht: die Vermögensverwaltung, die Anlageberatung und die blosse Konto-/Depot-Beziehung (Execution only). Mit dem Vermögensverwaltungsvertrag beauftragt der Kunde die Bank, die Verwaltung eines bestimmten Vermögens gegen Honorar selbständig im Rahmen der vereinbarten Anlagestrategie und zwecks Erreichens des persönlichen Anlage-

- 11 - ziels des Kunden zu besorgen. Von der Vermögensverwaltung, bei der die Bank die auszuführenden Transaktionen im Rahmen der Sorgfalts- und Treuepflicht sowie der vereinbarten Anlagestrategie selbst bestimmt, unterscheidet sich die Anlageberatung durch die Zuständigkeit des Kunden für den Anlageentscheid. Der Anlageberatungsvertrag zeichnet sich in Abgrenzung von der reinen Konto-/Depot-Beziehung dadurch aus, dass der Kunde die Anlageentscheide zwar selbst trifft, die Bank ihm jedoch dabei beratend zur Seite steht (Urteile des Bundesgerichts 4A\_586/2017 vom 16. April 2018, E. 2.1.f.; 4A\_436/2016 vom 7. Februar 2017 E. 3.1; BGE 133 III 97 E. 7.1, je mit Hinweisen).

#### **E. 3.3.2**

Parteistandpunkte Unstrittig eröffnete der Kläger bei der Beklagten im Jahr 2007 ein Konto-/Depotbeziehung. Weiter erklärt der Kläger, er habe der Beklagten nie ein Verwaltungs- oder Beratungsmandat eingeräumt, weshalb es bei einer execution only Beziehung der Parteien geblieben sei (act. 1 Rz I. F. 44 ff.). Auch die Beklagte bestätigt, dass der Kläger für das streitgegenständliche Konto mit ihr nie einen Vermögensverwaltungsvertrag abgeschlossen habe. Er habe aber D.\_\_\_\_\_ und L.\_\_\_\_\_

mündlich den Auftrag zum Kauf von Wertschriften erteilt und mit ihnen vereinbart, Gewinne und Verluste aus diesen Geschäften zu teilen (act. 23 Rz 66 ff. und 182). Offenbar habe der Kläger mit den genannten Personen mündlich einen Vermögensverwaltungsvertrag abgeschlossen (act. 23 Rz 194). Andernorts erklärt die Beklagte sodann, der Kläger habe einen "advisory account" gewählt, d.h. eine Beratung bei Investitionsentscheidungen (act. 23 Rz 32), womit sie andeutet, es sei zwischen den Parteien ein Anlageberatungsvertrag zustande gekommen. Der Kläger erklärt zu den beklagten Behauptungen, L.\_\_\_\_\_ habe niemals ein Verwaltungsmandat über sein Konto gehabt (act. 48 II. B. 238). Weiter bestreitet der Kläger, der Beklagten ein Beratungsmandat erteilt zu haben (act. 48 Rz II ad 32). Auch einen Vermögensverwaltungsvertrag mit D.\_\_\_\_\_ bestreitet der Kläger zumindest sinngemäss (act. 48 Rz II ad 72).

- 12 -

### **E. 3.3.3**

**Würdigung** Da sich die Beklagte auf das Bestehen eines Vermögensverwaltungsvertrages beruft, um die Vertragsmässigkeit der von D.\_\_\_\_\_ vorgenommenen Transaktionen darzulegen, trägt sie nach der allgemeinen Regel von Art. 8 ZGB die Behauptungs- und Beweislast, dass zwischen dem Kläger und D.\_\_\_\_\_ bzw. L.\_\_\_\_\_ eine entsprechende mündliche Vereinbarung geschlossen wurde. Da der Kläger dies bestreitet, hat die Beklagte die entsprechenden Vorbringen sodann substantiiert darzulegen. Zum einen bleibt die Beklagte bei ihren Behauptungen sehr vage und stellt mehr eine Vermutung als eine Tatsachenbehauptung auf. Sodann fehlen jegliche konkreten Ausführungen dazu, was die Betroffenen genau wann und wo vereinbart haben sollen. Es ist jedoch nicht zu übersehen, dass die Beklagte, welche an all diesen Vorgängen nicht beteiligt war, auch keine detaillierten Kenntnisse darüber haben kann. Zum anderen offeriert die Beklagte als Beweismittel für ihre Behauptung lediglich das Einvernahmeprotokoll von D.\_\_\_\_\_ aus dem Strafverfahren vom 8. November 2011 sowie dessen Zeugeneinvernahme. Als in der vorliegenden Angelegenheit als Beschuldigter in ein Strafverfahren dermassen involvierte Person, welche mittlerweile sogar erstinstanzlich schuldig gesprochen worden ist, ist die Glaubwürdigkeit von D.\_\_\_\_\_ bzw. der Beweiswert seiner Aussagen indes denkbar gering. Allein gestützt auf seine Vorbringen kann der Beklagten der entsprechende Beweis damit nicht gelingen, selbst wenn D.\_\_\_\_\_ als Zeuge die Schilderung der Beklagten bestätigen sollte. Für die Erbringung des geforderten strikten Beweises würde dies nicht ausreichen. Die übrigen Beteiligten, den Kläger sowie L.\_\_\_\_\_, hat die Beklagte nicht als Partei bzw. Zeuge angerufen. Urkunden für einen allfälligen Vermögensverwaltungsvertrag existieren unstrittig keine. Damit ist von einer reinen execution only Beziehung der Parteien auszugehen. Letztendlich ist die Vertragsqualifikation im vorliegenden Verfahren indes aber nicht entscheidend. Denn – wie dargelegt – sind die allenfalls von einem Vermögensverwaltungsvertrag gedeckten Optionsgeschäfte schon mangels Darlegung eines Schadens für die vorliegende Klage nicht relevant. Allfällige eigentliche Veruntreuungen von Geldern durch D.\_\_\_\_\_ wären sodann auch durch einen

- 13 - Vermögensverwaltungsvertrag (bzw. einen Anlageberatungsvertrag) in keiner Weise abgedeckt.

### **E. 3.4**

**Kein Schadenersatzanspruch** Der Kläger verlangt von der Beklagten den Ersatz des ihm entstandenen Schadens aus den genannten unerlaubten Überweisungen von seinem Konto

und stützt sein Begehren auf Art. 97 OR bzw. Art. 41 OR (act. 1, Einleitung; Rz III. F. 9 ff.; Rz III. H. 13 ff.). Damit erhebt er eine Schadenersatzklage, was sich insbesondere auch am verlangten Schadenszins klar zeigt. Durch die Eröffnung eines Kontos verpflichtet sich die Bank gegenüber dem Kunden, ihm – gemäss den vorgesehenen Modalitäten – das auf dem Konto bestehende Guthaben auszuzahlen, unabhängig davon, wie diese vertragliche Beziehung im Einzelnen zu qualifizieren ist. Mit der Auszahlung an einen unberechtigten Dritten bzw. einen Bevollmächtigten, der den Umfang der ihm erteilten Vollmacht überschreitet, wird die Bank von ihrer Leistungspflicht nicht befreit (BGE 132 III 449 E. 2 S. 451 f. mit Hinweisen; Urteil des Bundesgerichts 4A\_536/2008 vom 10. Februar 2009 E. 5.2). Vielmehr leistet sie zunächst aus ihrem eigenen Vermögen und nicht aus demjenigen des Kunden, für dessen Rechnung sie handelt. Im Fall einer Auszahlung an einen Unberechtigten ist sie daher nicht berechtigt, das Konto des Kunden zu belasten (Urteil 4C.377/2000 E. 1b). Verlangt der Kunde die Rückerstattung des Kontoguthabens, erhebt er mithin eine Klage auf Erfüllung des Vertrages und nicht eine Schadenersatzklage (Urteil des Bundesgerichts 4A\_596/2013 vom 18. März 2014, E. 4.1). Insofern die Beklagte bzw. deren Kundenberater D.\_\_\_\_\_ unberechtigterweise an einen Dritten geleistet haben sollte – was der Standpunkt des Klägers ist –, wäre dem Kläger in Anwendung der zitierten Rechtsprechung damit (noch) gar kein Schaden entstanden. Vielmehr müsste der Kläger diesfalls auf Rückerstattung des Kontoguthabens und damit auf Erfüllung klagen. Dies hat er aber gerade nicht getan. Damit hat er letztlich den falschen Streitgegenstand eingeklagt, weshalb die vorliegende Klage abzuweisen ist, sofern der vom Kläger geschilderte Sachverhalt zutrifft.

- 14 - Zum gleichen Ergebnis kommt man sodann, wenn man mit der Beklagten davon ausgeht, deren Auszahlungen seien an berechnigte Dritte erfolgt bzw. der Kläger habe sämtliche Transaktionen angewiesen bzw. zumindest nachträglich genehmigt. Diesfalls stünde dem Kläger zwar kein Erfüllungsanspruch mehr zu, es läge aber offensichtlich auch keine Vertragsverletzung oder unerlaubte Handlung der Beklagten bzw. von D.\_\_\_\_\_ vor, weshalb das klägerische Begehren unberechtigt und damit ebenfalls abzuweisen wäre. Damit kann der Kläger – unabhängig davon, welcher Sachdarstellung man folgt – einen Schadenersatzanspruch nicht erfolgreich geltend machen, und die vorliegende Klage ist an sich auch in Bezug auf den Schaden aus den beanstandeten Überweisungen abzuweisen.

## **E. 4**

Sinngemässe Klage auf Erfüllung

### **E. 4.1**

Ausgangslage Zu prüfen bleibt, ob das klägerische Begehren sinngemäss als Klage auf Erfüllung entgegengenommen werden kann. Denn in der vorliegenden Konstellation lautet das Rechtsbegehren unabhängig davon, ob Schadenersatz oder Erfüllung verlangt wird, auf die Zahlung einer Geldsumme. Sodann hat das Gericht das Recht von Amtes wegen anzuwenden (Art. 57 ZPO). Da es indes vorliegend nicht um eine andere rechtliche Würdigung eines vorgebrachten Sachverhalts geht, sondern der Kläger Schadenersatz statt Erfüllung und damit letztlich etwas anderes verlangt, erscheint eine entsprechende Umdeutung weder möglich noch aufgrund der teilweise unterschiedlichen von den Parteien zu behauptenden und zu bestreitenden Anspruchsvoraussetzungen sinnvoll. Wie sich aus den nachfolgenden Erwägungen ergibt, würde es dem Kläger indes ohnehin nicht gelingen, einen Erfüllungsanspruch genügend zu behaupten und zu beweisen.

#### E. 4.2

Beweislast Wie dargelegt erklärt der Beklagte bei 21 Zahlungen, welche seinem Konto bei der Beklagten belastet worden sind, D.\_\_\_\_\_ habe diese veranlasst, ohne dass eine entsprechende Anweisung seinerseits vorgelegen habe. Sollte dies zutreffen, wäre die Beklagte nach der dargelegten Rechtslage nicht berechtigt gewesen, diese Beträge dem klägerischen Konto zu belasten. Sie hätte diese entsprechend nach wie vor dem Kläger auszubezahlen. Handelt die Bank bei einer Zahlung in Ausführung des Auftrags eines Kunden, erwirbt sie gegen diesen einen Anspruch auf Erstattung des belasteten Betrages als Kosten für die ordnungsgemässe Ausführung des Auftrags (Art. 402 OR; Urteil des Bundesgerichts 4A\_386/2016 vom 5. Dezember 2016 E. 2.2.2.). Da dieser Anspruch bei einer unautorisierten Auszahlung nicht besteht, ist es grundsätzlich die Bank, die das Risiko einer zu Lasten des Kontos zu Gunsten einer nicht berechtigten Person ausgeführten Leistung trägt; sie allein erleidet einen Schaden, denn sie ist gehalten, ihrem Kunden den betreffenden Betrag ein zweites Mal zu bezahlen. Wenn der Kunde die Rückerstattung des Kontoguthabens verlangt, erhebt er eine Klage auf Erfüllung des Vertrages, die nicht vom Vorliegen eines Fehlers der Bank abhängig ist (BGE 132 III 449 E. 2 = PRA 2007 Nr. 31). Vor diesem Hintergrund hat nach der allgemeinen Regel von Art. 8 ZGB grundsätzlich die Bank einen ordnungsgemäss erteilten Auftrag für ihre Zahlungen darzulegen und zu beweisen, da sie daraus ihren Anspruch auf die Belastung des klägerischen Kontos herleitet. Zwar hat der Kläger mit der Unterzeichnung des Telefon- und Fax-Waivers einem Haftungsausschluss der Beklagten für die Risiken in Zusammenhang mit der telefonischen oder elektronischen Übermittlung von Aufträgen zugestimmt (vgl. act. 4/7; act. 23 Rz 39 und 134), dieser würde jedoch beim vom Kläger geschilderten Sachverhalt nicht greifen. Denn zum einen läge der Fehler nicht in einer falschen Übermittlung von Aufträgen, hätte D.\_\_\_\_\_ ohne jegliche Anweisung gehandelt, zum anderen fände Art. 100 OR, welcher die Befreiung von der Haftung für die Nicht- oder Schlechterfüllung des Vertrages regelt, per analogiam auf eine solche Klausel Anwendung (vgl. BGE 132 III 449 E. 2 = PRA 2007 Nr. 31). Als obrigkeitlich konzessionierte Bank hätte die Beklagte

- 16 - damit trotz Haftungsausschluss für ein vorsätzliches oder grobfahrlässiges Verhalten D.\_\_\_\_\_ einzustehen (Art. 101 Abs. 3 OR). Die Beklagte bringt nun aber nicht nur vor, dass der Kläger sämtliche Transaktionen selber angewiesen habe, sondern erklärt weiter, der Kläger habe diese zumindest nachträglich genehmigt, da die Parteien eine Zustell- und Genehmigungsfiktion gültig vereinbart hätten. Damit bringt sie sinngemäss auch vor, der gezogene Saldo sei vom Kläger genehmigt worden. Gemäss Art. 117 Abs. 2 OR ist bei Saldoziehung von einer Neuerung auszugehen. Eine solche setzt zwar nach herrschender Meinung den Bestand der zu novierenden Forderung voraus (BGE 104 II 190 E. 3a), und die Neuerung einer nicht existenten Forderung ist nichtig

(GAUCH/SCHLUEP/REY/SCHMID/EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht, Band I und Band II: Allgemeiner Teil - ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, N 3142), die Anerkennung des Saldos führt jedoch zu einer Beweislastumkehr (BGE 100 III 79 E. 6; BGE 104 II 190 E. 3a; BGE 127 III 147 E. 2b; Urteil des Handelsgerichts Zürich HG140260 vom 19.01.2017 E. 4.5.3). Mit anderen Worten hat nach einer Saldoanerkennung in einem späteren Streitfall nicht mehr die Bank als Kontoführerin die Richtigkeit, sondern der Kunde die Fehlerhaftigkeit der Rechnung zu beweisen (vgl. dazu auch EMCH/RENTZ/ARPAGAUS, Das

Schweizerische Bankge- schäft, 7. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2011, S. 225).

### **E. 4.3**

Zustellungs- und Genehmigungsfiktion

#### **E. 4.3.1**

Parteistandpunkte Die Beklagte erklärt, der Kläger habe bis im Jahre 2009 regelmässig tatsächlich von seinem Kontostand Kenntnis genommen. Hinzu komme, dass der Kläger auch durch seinen Freund und Finanzberater L.\_\_\_\_\_ über seinen Kontostand in- formiert worden sei. Der Kläger sei also über seinen Kontostand bestens im Bilde gewesen. Sodann gelte Banklagernd-Korrespondenz gemäss der entsprechen- den, vom Kläger unterzeichneten Vereinbarung am Tag der Ausfertigung als zu- gestellt. Dasselbe gelte gemäss Art. 8 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen,

- 17 - welche der Kläger durch die Unterzeichnung der Kontoeröffnungsunterlagen für sich als verbindlich anerkannt habe. Die Parteien hätten mit anderen Worten eine Zustell- und damit Kenntnisfiktion vereinbart, welche nicht zu beanstanden sei. Obendrein habe der Kläger mit Unterzeichnung des Formulars "Receipt for cor- respondence" am 13. September 2010 bestätigt, sämtliche bis dahin angefallene Korrespondenz erhalten zu haben (act. 23 Rz 75 ff.). Weiter führt die Beklagte aus, selbst wenn der Kläger eine Transaktion auf seinem Konto nicht selbst an- gewiesen haben sollte, so hätte er sie zumindest durch fehlende Beanstandung nachträglich genehmigt. Denn nach Art. 4 der Allgemeinen Geschäftsbedingun- gen müsse der Kunde der Bank allfällige Reklamationen wegen Ausführung oder Nichtausführung von Aufträgen jeder Art sowie allfällige Beanstandungen von Ab- rechnungen oder sonstigen Anzeigen sofort, jedoch spätestens innerhalb von zehn Tagen nach Empfang des entsprechenden Konto- oder Depotauszuges mit- teilen, ansonsten die Auszüge, Anzeigen usw. als genehmigt gelten würden. Die Anerkennung der Auszüge schliesse die Genehmigung aller in ihnen enthaltenen Posten ein. Trotz der Kenntnis von Kontostand und Kontobewegungen im Einzel- nen habe der Kläger jedoch nicht umgehend Widerspruch gegen die angeblich nicht autorisierten Transaktionen erhoben (act. 23 Rz 123 ff.). Der Kläger seinerseits macht geltend, weder D.\_\_\_\_\_ noch eine andere Hilfsper- son der Beklagten habe ihm die banklagernde Korrespondenz zur Einsicht ange- boten. Das Problem der fehlenden Genehmigung sei bei der Beklagten spätes- tens am 24. Juni 2010 erkannt worden. Am 12. Juli 2010 habe M.\_\_\_\_\_, Executi- ve Director Legal&Compliance bei der Beklagten, D.\_\_\_\_\_ eine Frist bis zum 15. September 2010 gesetzt, um von den Bankkunden eine Empfangsbestätigung betreffend die Bankkorrespondenz zu erhalten. D.\_\_\_\_\_ habe diese Aufgabe er- ledigt, indem er von ihm eine Unterschrift auf dem Formular "Receipt for corres- pondence retained at the Bank" verlangt habe. Die Bankkorrespondenz habe D.\_\_\_\_\_ ihm nicht zugestellt. Aufgrund seiner eigenen Interessenlage habe D.\_\_\_\_\_ ihn, wie auch andere Kunden, davon abgehalten, direkt von der Bank Auskünfte zu verlangen. Dazu habe er Versprechen, Lügen, handschriftliche Noti- zen oder SMS verwendet und Druck auf die Kunden ausgeübt. Er (der Kläger) habe das Formular unterzeichnet, ohne ein Datum zu setzen, ohne das Fach "I

- 18 - take receipt oft the correspondence" anzukreuzen und mit der Bemerkung, dass er die Korrespondenz der Bank zur weiteren Verwahrung zurücksende. Nach der Entlassung von D.\_\_\_\_\_ habe die Beklagte ihm zwei Kontoauszüge zugestellt, was ihn umgehend zur Kontaktaufnahme mit D.\_\_\_\_\_ sowie Einreichung der Strafklage bewogen habe. In

Anbetracht der Umstände und insbesondere der internen E-Mail sei klar, dass die Bank in Bezug auf die Genehmigung der Bankauszüge nicht gutgläubig habe sein können (act. 48 Rz II. E. 255 ff.).

#### **E. 4.3.2**

Rechtliches Gemäss der Rechtsprechung greift bei Banklagernd-Vereinbarungen eine vereinbarte Zustellfiktion. Eine solche dient in der Regel dazu, Zustellungsverzögerungen oder -verzögerungen durch den Adressaten, in dessen Interesse die banklagernde Zustellung in überwiegender Weise liegt, zu verhindern bzw. dem Verantwortungsbereich des Empfängers zuzuweisen, wenn anzunehmen ist, dieser sei seiner Obliegenheit, den Empfang der Sendung zu ermöglichen, nicht nachgekommen. Der Bank muss es möglich sein, durch entsprechende vertragliche Vereinbarungen verbindlich festzulegen, dass sie nicht gewillt ist, wegen der Erbringung einer besonderen Dienstleistung schlechter gestellt zu werden, als wenn die Zustellung auf dem üblichen (Post-)Weg erfolgt wäre. Der Annahmefiktion kommt die Bedeutung zu, einen bestimmten Fristenlauf auszulösen, der andernfalls auf unbestimmte Zeit aufgeschoben bliebe. In diesem Sinne ist – Rechtsmissbrauch vorbehalten – die Ablage im Dossier des Kunden unmittelbar fristauslösend (Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 27. Juni 2006 [ZR 2007 Nr. 1]; BGE 143 II 136 E. 6.4.3, mit Hinweisen; BRUNNER, in: Schweizerisches Privatrecht, Zehnter Band, Konsumentenschutz im Privatrecht, Basel 2008, S. 143 Fn 150). Mit der in Bankverträgen regelmässig enthaltenen Genehmigungsfiktion vereinbaren die Parteien sodann, dass ein passives Verhalten des Bankkunden als Annahme des Kontoauszugs im Sinne von Art. 6 OR zu werten ist. Solche Vereinbarungen tragen den Besonderheiten des Bankgeschäfts Rechnung und sind gemäss der Rechtsprechung zulässig. Sie dienen nebst der Rationalisierung und Spezialisierung auch der Schaffung klarer Verhältnisse zwischen Bank und Kunde. Es liegt im berechtigten Interesse einer Bank, eine klare Regelung der gegen-

- 19 - seitigen Beziehungen zwischen ihr und dem Kunden zu schaffen. Dieser Klarheit dient unter anderem, dass der Kunde, wenn er mit der Ausführung eines Auftrages nicht einverstanden ist, nach Treu und Glauben sofort bzw. innert vereinbarter Frist zu reklamieren hat. Damit wird keine Regelung über die Haftungsbeschränkung getroffen, sondern es handelt sich vielmehr um eine Konkretisierung und einen Anwendungsfall der Schadenminderungspflicht. Bleibt eine fristgerechte Reklamation aus, gilt die entsprechende Transaktion bzw. der gezogene Saldo als genehmigt (BGE 127 III 147 E. 2d; Urteil des Bundesgerichtes 4A\_42/2015 vom 9. November 2015 E. 5.2, mit weiteren Hinweisen; Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 27. Juni 2006 [ZR 2007 Nr. 1]). Indessen kann das Gericht unter dem Aspekt des Rechtsmissbrauchsverbots (Art. 2 Abs. 2 ZGB) auf Unverbindlichkeit der Genehmigungsfiktion erkennen, wenn diese nach den Umständen des Falles zu einem unbilligen, das Rechtsempfinden verletzenden Ergebnis führt. So darf sich die Bank nicht auf die Genehmigungsfiktion berufen, wenn sie diese benutzt, um den Bankkunden absichtlich zu schädigen. Sodann setzt die Genehmigungsfiktion voraus, dass dem Kunden die Reklamation objektiv möglich und zumutbar sein muss; sie kann durch den Nachweis umgestossen werden, dass die Bank um die tatsächliche Nichtgenehmigung wusste (Urteil des Bundesgerichtes 4A\_614/2016 vom 3. Juli 2017 E. 6.1, mit weiteren Hinweisen).

#### **E. 4.3.3**

Beweislast Nach der allgemeinen Regel von Art. 8 ZGB hat die Beklagte die Vereinbarung einer Zustell- und Genehmigungsfiktion zu behaupten und zu beweisen, da sie diese dem Erfüllungsanspruch des Klägers entgegenhält. Gelingt ihr dieser Beweis, hat wiederum der Kläger die Möglichkeit, Umstände darzulegen und zu beweisen, aus denen auf eine rechtsmissbräuchliche Inanspruchnahme dieser Fiktionen durch die Beklagte geschlossen werden könnte.

- 20 -

#### **E. 4.3.4**

**Gültige Vereinbarung** Der Kläger bestreitet die Behauptungen der Beklagten, dass die Parteien in der Banklagernd-Vereinbarung vom 26. Februar 2007 sowie in den übernommenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen eine Zustellungsfiktion am Tag der Ausfertigung der Bankdokumente vereinbart haben, nur mit der Bemerkung "in Relevanz" (act. 48 Rz II ad 83 – ad 87). Sodann stellt er nicht in Abrede, dass die entsprechenden Dokumente tatsächlich (banklagernd) ausgestellt worden sind. Davon ist somit vorliegend auszugehen (vgl. auch act. 4/8 und 24/13). Der Kläger zeigt nicht auf, inwiefern diese Zustellfiktion im vorliegenden Fall nicht greifen soll, womit die Kenntnis des Klägers von sämtlichen produzierten Bankdokumenten am Tag der Ausfertigung fingiert wird. Er hätte denn auch jederzeit bei der Beklagten Einsicht in seine Bankdokumente verlangen können, womit es in seiner Verantwortung lag, falls er sich tatsächlich nur mit handschriftlichen Notizen oder SMS von D. \_\_\_\_\_ über seinen Kontostand zufrieden gegeben haben sollte, aus denen einzelne Transaktionen ja ohnehin nie ersichtlich gewesen wären. Damit kann die Wirkung des vom Kläger unterzeichneten Formular "Receipt for correspondence" vom 13. September 2010 offengelassen werden, wobei grundsätzlich festzuhalten ist, dass wer ein solches Formular unterzeichnet, ohne die Belege tatsächlich einzusehen, dies auf eigene Verantwortung tut. Dasselbe gilt für die Frage, ob der Kläger allenfalls sogar tatsächlich von den Bankdokumenten Kenntnis erhalten hat. Zu den Ausführungen der Beklagten betreffend die in Art. 4 der AGB vereinbarte Genehmigungsfiktion (act. 23 Rz 123 ff.) äussert sich der Kläger sodann in der Replik nicht. Damit gelten auch die unter diesen Ziffern vorgebrachten Tatsachenbehauptungen grundsätzlich als unbestritten. Der Kläger stellt einzig pauschal in Abrede, dass die Beklagte in Bezug auf die Genehmigung der Bankauszüge gutgläubig habe sein können (act. 48 Rz II. E. 264). Damit ist im vorliegenden Verfahren davon auszugehen, dass die Parteien gültig eine Zustell- und Genehmigungsfiktion vereinbart haben.

- 21 -

#### **E. 4.3.5**

Missbräuchliche Berufung auf die Genehmigungsfiktion

##### **E. 4.3.5.1**

**Ausgangslage** Nach der dargelegten Rechtsprechung kann sich eine Bank insbesondere dann nicht auf eine vereinbarte Genehmigungsfiktion berufen, wenn sie diese benützt, um den Kunden absichtlich zu schädigen bzw. wenn sie weiss, dass der Kunde der entsprechenden Transaktion nicht zustimmen würde. Dabei hat sie sich die Handlungen der von ihr beigezogenen Hilfspersonen nach Art. 101 OR anrechnen zu lassen. Ob ein solcher Sachverhalt vorliegt, ist nachfolgend zu prüfen. Dabei stellt sich vorliegend die Problematik, dass eine Überweisung von einem Bankkonto auf ein anderes per se ein

durchaus üblicher Vorgang innerhalb einer Kon- to-Depotbeziehung darstellt und sich alleine daraus nichts ableiten lässt. Von da- her müsste der Kläger weitere Umstände vorbringen und beweisen, aus denen sich ergibt, dass eine Berufung der Beklagten auf die Genehmigungsfiktion im vorliegenden Fall rechtsmissbräuchlich wäre. Dies wäre etwa dann der Fall, wenn D.\_\_\_\_\_ tatsächlich sich selber bzw. seine Ehefrau am Geld des Klägers berei- chert haben sollte.

#### **E. 4.3.5.2**

Parteistandpunkte Der Kläger erklärt denn auch in der Klageschrift, die Polizei habe die Zahlungs- flüsse im Strafverfahren gegen D.\_\_\_\_\_ verfolgt, welche Ermittlungen ergeben hätten, dass letztlich dieser Bankangestellte und seine Ehefrau sich an diesen Zahlungen bereichert hätten (act. 1 Rz I. 179). Zum Beweis dieser Behauptung verweist er auf Kontobewegungen "gemäss Police judiciaire, Genf" (act. 4/42, 4/44 und 4/45). Weiter hält der Kläger fest, dass nachdem am 17. Juni 2009 E.\_\_\_\_\_ CHF 855'000.– in zwei Tranchen auf das Privatkonto der Ehegatten D.\_\_\_\_\_ und N.\_\_\_\_\_ überwiesen habe, innert 6-monatiger Frist vom Privatkonto der Ehegatten D.\_\_\_\_\_/N.\_\_\_\_\_ Kreditkartenkäufe und andere Auslagen im Ge- samtwert von CHF 844'698.– beglichen worden seien. Bei einem geschätzten Bruttojahreslohn von CHF 300'000.– werde klar, dass sich der Kundenberater aus eigener Kraft keine solchen Anschaffungen hätte leisten können (act. 1 Rz I. 166 f.). In Bezug auf das Konto E.\_\_\_\_\_ erklärt der Kläger sodann, D.\_\_\_\_\_ habe am

- 22 -

#### **E. 4.3.5.3**

Würdigung Es ist vorab festzuhalten, dass ein durchgeführtes Strafverfahren die Parteien nicht davon befreit, Tatsachenbehauptungen und Beweismittel ordentlich in einen Zivilprozess einzubringen. Dazu reicht es nicht aus, kommentarlos das Strafurteil zu den Akten zu reichen. Nötig sind insbesondere genügende Tatsachenbehaup- tungen und Beweismittelbezeichnungen im Rahmen der Rechtsschriften. Auch ist der Zivilrichter nicht an ein in einem Strafverfahren ergangenes Urteil gebunden; dies erst recht nicht, wenn es nicht die selben Parteien betrifft und – wie vorlie- gend – nicht rechtskräftig ist. Nachdem die Beklagte mit der Klageantwort bestrit- ten hat, dass Geld vom P.\_\_\_\_\_ -Konto E.\_\_\_\_\_ auf das Konto von D.\_\_\_\_\_ und dessen Ehefrau geflossen sei, hätte der Kläger dies substantiiert in seiner Rechtsschrift vorzubringen und zu beweisen gehabt. Dazu hätte er zumindest die

- 24 - von ihm ins Recht gereichten Listen in die Replik integrieren bzw. entsprechendes erklären müssen. Dies hat er unterlassen. Zudem hätte er taugliche Beweismittel offerieren müssen. Solche können in den Auflistungen gemäss act. 4/44 und 4/45 nicht erblickt werden, da tatsächlich unklar bleibt, wer deren Aussteller ist und wo- rauf sie beruhen. Es handelt sich jedenfalls nicht um die Originalbelege der Bank P.\_\_\_\_\_. Nachdem die Beklagte Inhalt und Aussteller dieser Listen explizit bestrit- ten hat, hätte der Kläger jedenfalls Ursprung und Entstehung dieser Listen näher darzulegen gehabt, damit ihnen ein genügender Beweiswert zugekommen wäre. Es ist denn auch nicht nachvollziehbar, weshalb der Kläger keine Edition der ent- sprechenden Original-Bankbelege von der P.\_\_\_\_\_ verlangt. Folglich führen diese Versäumnisse dazu, dass unbewiesen bleibt, ob tatsächlich vom E.\_\_\_\_\_ -Konto Gelder auf das Konto von D.\_\_\_\_\_ und seiner Ehefrau flossen und sich diese al- lenfalls daran bereichert haben. Da damit letztlich unklar bleibt, was mit den Geldern geschehen ist, die durch D.\_\_\_\_\_ vom klägerischen Konto auf das

E.\_\_\_\_\_-Konto überwiesen wurden, ist kein rechtsmissbräuchliches Verhalten dargetan, für welches die Beklagte einzustehen hätte. Dies gilt umso mehr für auf andere Konti transferierte Gelder, betreffend deren letztlicher Verwendungszweck der Kläger keine Ausführungen macht.

#### **E. 4.3.6**

Beweis für das tatsächliche Fehlen von Anweisungen

##### **E. 4.3.6.1**

Ausgangslage Da es dem Kläger nicht gelingt, rechtsgenügend darzulegen und zu beweisen, dass die Überweisungen von seinem Konto letztendlich in die Tasche von D.\_\_\_\_ und dessen Ehefrau geflossen sind, kann der Kläger aus den dargelegten Geldflüssen allein nichts ableiten, woraus auf eine rechtsmissbräuchliche Berufung auf die Zustellungs- und Genehmigungsfiktion durch die Beklagte geschlossen werden könnte. Damit trifft aufgrund der durch Fiktion genehmigten Saldoziehung den Kläger die Beweislast dafür, dass die von der Beklagten vorgenommenen Buchungen tatsächlich nicht korrekt ausgeführt worden sind und dies der Beklagten bzw. D.\_\_\_\_ in einem Masse bewusst war, dass sie nicht von einer stillschweigenden Genehmigung dieser Vorgänge ausgehen durften. Mit an-

- 25 - deren Worten steht dem Kläger der Beweis seiner Behauptung offen, dass D.\_\_\_\_ tatsächlich ohne entsprechende Anweisungen oder Veranlassung unberechtigt Überweisungen vom Konto des Klägers veranlasst hat.

##### **E. 4.3.6.2**

Parteistandpunkte Die Beklagte bestreitet dies substantiiert. Konkret führt sie aus, der Kläger habe bei Kontoeröffnung ausdrücklich gewünscht, Aufträge auch per Telefon erteilen zu können. D.\_\_\_\_ sei angewiesen gewesen, telefonische Transaktionsaufträge im Q.\_\_\_\_, einem Programm zur Verwaltung der Kontakte zwischen Kunden und dem Kundenbetreuer, schriftlich festzuhalten. Er sei zwar dieser Dokumentationspflicht nur ungenügend nachgekommen, was letztendlich auch zu dessen Kündigung geführt habe. Das ändere allerdings nichts daran, dass der Kläger diverse Aufträge per Telefon erteilt habe. Wenn im Q.\_\_\_\_-Dossier die entsprechenden Einträge teilweise fehlten, sei dies auf mangelnde Sorgfalt von D.\_\_\_\_ bei der schriftlichen Dokumentation zurückzuführen, und nicht darauf, dass der Kläger gar keine Aufträge gegeben hätte. Im Gegenteil sei für sämtliche Transaktionen jeweils eine Anweisung des Klägers vorgelegen. Dabei sei die telefonische Auftragserteilung durch den Kläger zwar nicht lückenlos, aber zumindest teilweise schriftlich dokumentiert. Auch das Belegsdossier zum streitgegenständlichen Konto zeige, dass der Kläger diverse Vergütungsaufträge teils zwar (auch) per Fax erteilt habe, teils aber auch nur per Telefon (act. 23 Rz 47 ff.). Weiter erklärt die Beklagte, das streitgegenständliche Konto habe dem Kläger auch für die Organisation von Bargeldbezügen bei einer Drittbank, nämlich der P.\_\_\_\_, gedient. Dazu habe D.\_\_\_\_ auf Wunsch des Klägers zahlreiche Überweisungen vom streitgegenständlichen Konto auf ein bei der P.\_\_\_\_ geführtes Konto "E.\_\_\_\_" veranlasst. Dort habe D.\_\_\_\_ dann Bargeld abgehoben und es dem Kläger oder dessen Frau ausgehändigt (act. 23 Rz 73). Zu diesen Bestreitungen erklärt der Kläger einzig, er habe Zahlungsaufträge ab seinem EUR-Konto nur handschriftlich übermittelt. Selbst wenn es telefonische Anweisungen gegeben hätte, was bestritten werde, hätte die Bank anschliessend zwingend einen schriftlichen Vermerk in die Kundenakte eintragen müssen. Der E-Mail-, Fax- und Telefon-Waiver befreie die Bank

nicht von der ordnungsgemäs-

- 26 - sen Aktenführung. Angesichts der Transaktionen auf dem streitgegenständlichen Konto wiesen die Bankunterlagen erhebliche Lücken auf. Die von der Bank eingereichten Q.\_\_\_\_-Einträge, welche nach den angeblichen Kundenanrufen verfasst worden sein sollen, stimmten nicht überein mit den Vorgängen auf dem Konto zwischen dem 23. Dezember 2008 und Dezember 2010, und gingen an der Realität vorbei. Er habe keine Anweisungen per Telefon gegeben, sondern habe jedes Mal seine Anweisungen von Hand niedergeschrieben und der Beklagten per Fax übermittelt (act. 48 Rz II D. 250 ff.). Als Beweismittel für diese Ausführungen offeriert der Kläger pauschal insbesondere seine Parteiaussage, Kontoauszüge und handschriftliche Anweisungen, welche er kollektiv mit "Beweise D" bezeichnet. Zudem offeriert er zur Behauptung, dass die von der Beklagten eingereichten Q.\_\_\_\_-Einträge, welche nach den angeblichen Kundenanrufen verfasst worden sein sollen, nicht mit den Vorgängen auf dem Konto überstimmen würden, die von der Beklagten ins Recht gereichten Q.\_\_\_\_-Auszüge (act. 24/6-8, 10 und 12). In der Duplik ergänzt die Beklagte sodann, es bestehe kein Anlass, an der Richtigkeit der Q.\_\_\_\_-Einträge zu zweifeln, da D.\_\_\_\_ von diesem Vorwurf freigesprochen worden sei. Dasselbe gelte für telefonisch erteilte Transaktionsaufträge, die im Q.\_\_\_\_ nicht enthalten seien: Vergütungsaufträge lägen unstreitig für jeden einzelnen telefonisch erteilten Auftrag vor, wobei es sich zufolge des Urteils des Tribunal correctionnel vom 9. März 2018 nicht um Fälschungen handle. Das Fehlen einer lückenlosen Dokumentation aller Anweisungen habe sie zunächst auf blosser Nachlässigkeit von D.\_\_\_\_ zurückgeführt. Inzwischen scheine es aber durchaus plausibel, dass dieser die Dokumentationspflicht auf Geheiss des Klägers bewusst lückenhaft gehalten habe. Mit Blick auf das Strafverfahren in Deutschland wegen Verdachts auf eine grossangelegte Betrugs- und Schmiergeldaffäre könne sie nicht ausschliessen, dass das streitgegenständliche Konto auch zur Aufbewahrung oder Verschiebung von Mitteln aus diesen mutmasslichen Straftaten benützt worden sei (act. 55 Rz 34 ff.). Dazu hat sich der Kläger nicht mehr vernehmen lassen.

- 27 -

#### **E. 4.3.6.3**

Würdigung Mit den von ihm genannten Beweismitteln kann der Kläger den Beweis, dass er die ausgeführten Zahlungen nicht selber angewiesen hat, nicht rechtsgenügend erbringen. Dazu erreicht insbesondere seine eigene Parteiaussage aufgrund der offensichtlichen Interessenlage keinen genügenden Beweiswert. Es ist jedoch zu beachten, dass es sich hierbei um eine negative Tatsache handelt, womit die Beklagte eine Mitwirkungspflicht bzw. eine substantiierte Bestreitungslast trifft. Dieser ist sie insbesondere mit der Einreichung der Auszüge aus dem Q.\_\_\_\_ bzw. ihren Bestreitungen nachgekommen. Dem Kläger wurde mithin Kenntnis von der internen Bankdokumentation gegeben. Es wäre ihm damit ohne weiteres möglich gewesen, für jede einzelne von ihm als nicht autorisiert kritisierte Transaktion detailliert zu behaupten, was für ein spezifischer Eintrag die Bank in ihrer Dokumentation aufgenommen hat oder eben nicht, und was dies seiner Meinung nach zu bedeuten hat. Zudem hätte der Kläger Tatsachen vorbringen können, die eine telefonische Anweisung durch ihn an den beschriebenen Daten als unmöglich oder wenigstens unwahrscheinlich erscheinen lassen hätten. Dies hat er jedoch nicht getan. Vielmehr erklärt er selber pauschal, der Vergleich vom Q.\_\_\_\_ Auszug mit der Realität des Kontos zeige sicher einige Treffer, aber meistens nicht (act. 48 Rz II. ad 53). Damit hat er nicht dargelegt, welche Transaktionen die Beklagte gar nicht dokumentierte bzw.

welche Einträge konkret weshalb genau nicht der Wahrheit entsprechen. Zusammenfassend bleibt unklar, inwiefern und welche Zahlungen des Klägers al- lenfalls nicht oder falsch im Dokumentationssystem Q.\_\_\_\_\_ eingetragen worden sind. Der Kläger kann aus dieser Dokumentation damit nichts zu seinen Gunsten ableiten. Insgesamt bleibt es damit dabei, dass der Kläger den Beweis dafür nicht erbrin- gen kann, dass er die von D.\_\_\_\_\_ durchgeführten Transaktionen nicht selber angewiesen hat.

- 28 -

#### **E. 4.3.7**

Fazit Zusammenfassend wäre die vorliegende Klage damit auch dann abzuweisen, wenn das klägerische Begehren als Erfüllungsanspruch uninterpretiert werden könnte. Denn die Parteien haben unstrittig eine Zustellungs- und Genehmigungsfiktion vereinbart, weshalb es am Kläger gewesen wäre, die Tatsachen genügend zu behaupten und zu beweisen, aus welchen sich ein rechtsmissbräuchliches Verhalten der Beklagten ergeben hätte, um die Fiktionen umzustossen. Dies ist ihm vorliegend ebenso wenig gelungen wie der Beweis, dass er die streitgegen- ständlichen Transaktionen tatsächlich nicht angewiesen hat. 5. Kosten- und Entschädigungsfolgen 5.1. Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts (Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG) und richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert bzw. nach dem tatsächlichen Streitinteresse (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG). Vorliegend beträgt der Streitwert CHF 3'039'770.- (entsprechend EUR 2'778'302.36 per Klageeinleitung am 29. August 2016). In Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 GebV OG ist die Gerichtsgebühr auf rund eine volle Grundge- bühr festzusetzen und ausgangsgemäss dem Kläger aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Kosten sind vorab aus dem vom Kläger geleisteten Kostenvorschuss zu decken (Art. 111 Abs. 1 ZPO). 5.2. Ausserdem hat der Kläger als unterliegende Partei der Beklagten eine Par- teientschädigung zu bezahlen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Höhe der Entschädi- gung für die Parteivertretung durch Anwältinnen und Anwälte wird nach der An- waltsgebührenverordnung vom 8. September 2010 (AnwGebV) festgesetzt (Art. 105 Abs. 2 und Art. 96 ZPO). Die Grundgebühr ist mit der Begründung oder Beantwortung der Klage verdient, wobei auch die Teilnahme an einer allfälligen Hauptverhandlung abgedeckt ist. Für die Teilnahme an zusätzlichen Verhandlun- gen und für jede weitere notwendige Rechtsschrift ist ein Zuschlag zu berechnen (§ 11 Abs. 1 und 2 AnwGebV). In Anbetracht der eingereichten Rechtsschriften und der durchgeführten Vergleichsverhandlung (Prot. S. 11 ff.) ist die Parteient-

- 29 - schädigung in Anwendung von §§ 2, 4 und 11 AnwGebV auf rund 140 % der or- dentlichen Gebühr festzusetzen. Das Handelsgericht erkennt:

#### **E. 8**

November 2011 angegeben, dass dieses Konto in Wirklichkeit seinem Vater O.\_\_\_\_\_ gehöre und er (D.\_\_\_\_\_) dieses Konto zur Abwicklung von Geschäften mit Freunden und zur Empfangnahme von Kommissionen benutzt habe (act. 1 Rz I. V. 202). Schliesslich stellt der Kläger pauschal fest, er habe bewiesen, dass Gelder direkt auf ein Konto unter der Kontrolle eines ehemaligen Mitarbeiters der Bank gutgeschrieben worden seien, von wo die Guthaben weiter auf das Konto des ehemaligen Mitarbeiters und seiner Ehefrau geflossen seien (act. 1 Rz III. F. 9). Die Beklagte erklärte in der Klageantwort, das streitgegenständliche Konto habe dem Kläger auch zur Organisation von Bargeldbezügen bei einer Drittbank (in casu die P.\_\_\_\_\_) gedient. Dazu habe D.\_\_\_\_\_ auf Wunsch des

Klägers zahlreich Überweisungen vom streitgegenständlichen Konto auf ein bei der P.\_\_\_\_\_ geführtes Konto "E.\_\_\_\_\_" veranlasst. Dort habe D.\_\_\_\_\_ dann Bargeld abgehoben und dieses dem Kläger oder dessen Frau ausgehändigt (act. 23 Rz 73). Weiter erklärt die Beklagte, die unsubstantiierten Behauptungen, die Polizei habe die Zahlungsflüsse (welche?) im Strafverfahren gegen D.\_\_\_\_\_ verfolgt und ihre Ermittlungen hätten ergeben, dass dieser und seine Ehefrau sich an den Zahlungen (welchen?) bereichert hätten (wie und in welchem Ausmass?), würden bestritten. Der Kläger lege nicht dar, wer die von ihm als act. 4/44 und act. 4/45 eingereichten Listen auf welcher Grundlage und mit welchem Zweck erstellt habe. Jedenfalls werde bestritten, dass dies die Police judiciaire gewesen sein soll und dass der Kläger daraus etwas für sich ableiten könne (act. 23 Rz 365 f.). Es sei unklar, von wem und zu welchem Zweck act. 4/44 erstellt worden sei; dass die darin enthaltenen Angaben zutreffend seien, werde deshalb mit Nichtwissen bestritten. Dasselbe gelte mit Bezug auf act. 4/45. Dass D.\_\_\_\_\_ seine Auslagen nicht aus eigener Kraft habe leisten können, werde mit Nichtwissen bestritten. Jedenfalls lasse eine solche unsubstantiierte Behauptung bereits das Einkommen von Frau N.\_\_\_\_\_ ebenso wie das eheliche Vermögen ausser Betracht. Es werde bestritten, dass die vom Kläger eingereichte Liste von der Police judiciaire erstellt worden sein soll und dass es für irgendwelche darin aufgeführten Geldabflüsse keine Aufträge gegeben haben soll. Diese Liste belege nichts; es sei auch nicht nachvollziehbar, was die (verschieden)farbigen Hervorhebungen in dieser Liste aussa-

- 23 - gen sollten. Es sei Sache des Klägers nachzuweisen, von wem und zu welchem Zweck diese Liste erstellt worden sei (act. 23 Rz 327 ff.). Zum E.\_\_\_\_\_-Konto erklärt die Beklagte sodann, sie habe nicht mit Bestimmtheit wissen können, wer der daran wirtschaftlich Berechtigte gewesen sei, da dieses Konto nicht bei ihr geführt worden sei (act. 23 Rz 421). Die unsubstantiierte Behauptung einer Gutschrift der Gelder direkt auf ein Konto unter der Kontrolle eines ehemaligen Mitarbeiters der Bank sowie der weitere Fluss auf das Konto des ehemaligen Mitarbeiters und seiner Ehefrau könne vorläufig nur pauschal bestritten werden (act. 23 Rz 490). Der Kläger geht in der Replik nicht näher auf die beklagten Bestreitungen und Substantiierungshinweise ein. Ergänzend führt er einzig aus, es sei viel Bargeld vom Konto von E.\_\_\_\_\_ abgehoben worden, aber D.\_\_\_\_\_ habe im Strafverfahren nicht eine einzige Quittung vorlegen können, dass er das Geld dem Kläger oder dessen Ehefrau weitergegeben habe. Im Gegenteil zeigten die Bankauszüge vom E.\_\_\_\_\_ Konto auch, dass etwa CHF 1'800'000.- vom Konto E.\_\_\_\_\_ direkt auf das Privatkonto von D.\_\_\_\_\_ und dessen Ehefrau geflossen seien (act. 48 Rz II ad 73). Zum Beweis für diese Behauptung offeriert der Kläger einzig die Anklageschrift vom 25. Oktober 2017 sowie die Einreichung des begründeten Urteils des Tribunal correctionnel.

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