

ZH_HANDELSGERICHT HG200263 vom 1. Juli 2024

Zh Handelsgericht, 2024-07-01, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_handelsgericht_HG200263

FR: ZH_HANDELSGERICHT HG200263 du 1 juillet 2024

IT: ZH_HANDELSGERICHT HG200263 del 1 luglio 2024

Erwägungen

E. 1

Formelles

E. 1.1

Zuständigkeit Die örtliche und sachliche Zuständigkeit für die Beurteilung der vorliegenden Klage ist gegeben und von der Beklagten auch anerkannt (Art. 12 ZPO; Art. 6 Abs. 2 ZPO - 12 - i.V.m. § 44 lit. b GOG; Klägerin: act. 1 N. 15 ff.; Beklagte: act. 9 N. 15 f.; vgl. auch act. 3/5 Ziff. 24).

E. 1.2

Änderung der Widerklage

E. 1.2.1

Gegenstand von Rechtsbegehren Ziff. 1 der Widerklage ist die Rückforderung des für den Mini Future ISIN CH 3 bezahlten Ausgabepreises von USD 11'336'130.–, welchen die Beklagte in Schweizer Franken einklagte (CHF 10'326'421.–). Sie stellte dabei auf einen Kurs von 0.91093 per 4. September 2020 (Datum des Betreibungsbegehrens) ab (act. 9 N. 794, 802). Mit ihrer Widerklagereplik verlangt die Beklagte neu, die Klägerin sei zur Bezahlung von USD 11'336'130.–, eventualiter CHF 10'326'421.– (zuzüglich Zins), zu verpflichten (vgl. act. 40 N. 12 f.). Damit nimmt die Beklagte eine Klageänderung vor, da es sich bei den Forderungen in US-Dollar und Schweizer Franken um unterschiedliche Streitgegenstände handelt (BGE 149 III 54 ff. Erw. 5.2; BGer-Urteile 4A_323/2021 vom 5. Juli 2023 Erw. 5.6.1 und 4A_514/2013 vom 25. April 2014 Erw. 4). Die Klageänderung ist zulässig, da der neu eingeklagte Anspruch in US-Dollar auf demselben Lebensvorgang gründet und ebenfalls im ordentlichen Verfahren zu behandeln ist (Art. 227 Abs. 1 ZPO). Im Übrigen hat die Klägerin gegen die Klageänderung nicht opponiert (vgl. act. 56 N. 873).

E. 1.2.2

Gegenstand des Rechtsbegehrens Ziff. 3 der Widerklage sind Herausgabe- bzw. Auskunftsansprüche. Mit der Widerklagereplik reduziert die Beklagte dieses Rechtsbegehren. Die Beklagte führt in der Widerklagereplik aus, dass ihr die Aufnahmen der von C._____ über seinen Festnetzanschluss geführten Telefonate, die über seine Geschäftsadresse empfangenen und verschickten E-Mails sowie die Korrespondenz von D._____ (fortan auch: "D._____") und C._____ über den Bloomberg Chat inzwischen vorlägen, weshalb sie das Auskunftsbegehren entsprechend einschränke (act. 40 N. 11.2, 1187). Eine solche Beschränkung der Widerklage ist ohne Weiteres zulässig (Art. 227 Abs. 3 ZPO); diese ist im Übrigen als durch Klagerückzug erledigt abzuschreiben (Art. 241 Abs. 1 und 2 ZPO).

E. 2

Ausgangslage

E. 2.1

Mini Futures Bei Mini Futures handelt es sich um strukturierte Produkte mit Hebelwirkung. Die streitgegenständlichen Mini Futures sind sog. massgeschneiderte bzw. "Tailor Made"-Produkte. Dabei werden die Mini Futures nach Massgabe der Beklagten bzw. von deren Kunden strukturiert und von der Klägerin emittiert. Der Rückzahlungswert der Mini Futures ist von der Entwicklung eines Basiswerts abgeleitet. Als Basiswerte dienen insbesondere Aktien, Aktienindizes, Währungen oder Rohstoffe. Der (in beide Richtungen wirkende) Hebeleffekt wird dadurch erreicht, dass der Anleger den Basiswert nur zu einem geringen Teil selbst finanziert. Mini Futures sind daher mit einer teilweise kreditfinanzierten Investition in den Basiswert vergleichbar. Das Risiko der Kursveränderung des Basiswerts verbleibt beim Anleger. Anleger können mit einem Mini Future "long" auf steigende Kurse oder mit einem Mini Future "short" auf fallende Kurse des Basiswerts setzen. Der dem Mini Future bei der Strukturierung zugrunde gelegte Börsenkurs des Basiswerts wird "Spot Price" genannt. Mini Futures weisen eine sog. "Stopp-Loss"-Schwelle auf. Dabei handelt es sich um einen bei der Strukturierung vereinbarten Kurs des Basiswerts, wobei der Mini Future automatisch verfällt und ein allfälliger Restbetrag an den Anleger ausbezahlt wird, wenn der Basiswert diesen Kurs erreicht (sog. "Stop Loss-Event" oder "Ausstoppen"). Dadurch wird ein allfälliger Verlust begrenzt und das Entstehen einer Nachschusspflicht des Anlegers verhindert. Je näher die Stopp-Loss-Schwelle beim aktuellen Börsenkurs des Basiswerts liegt, desto geringer ist einerseits der erforderliche Kapitaleinsatz, desto grösser ist aber andererseits die Hebelwirkung und auch die Wahrscheinlichkeit, dass der Mini Future ausgestoppt wird (Klägerin: act. 1 N. 98 ff.; Beklagte: act. 9 N. 146 ff. und act. 40 N. 116 S. 58 f.).

E. 2.2

Strafverfahren Die Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich führte gegen C._____ (unter dem Namen C'._____) aufgrund einer Strafanzeige der Beklagten eine Strafuntersuchung (vgl. act. 34; Beklagte: act. 40 N. 1074, 1345 und act. 45), welche am 13.

- 14 - Mai 2024 beim Bezirksgericht Zürich zur Anklage gebracht wurde (act. 96/2).

C._____ wird des mehrfachen Betrugs gemäss Art. 146 Abs. 1 StGB, der mehrfachen qualifizierten ungetreuen Geschäftsbesorgung gemäss Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 und 3 StGB sowie der mehrfachen Urkundenfälschung gemäss Art. 251 Ziff. 1 StGB beschuldigt. Gemäss Anklage hat C._____ auf Kundenkonten zum Schaden der jeweiligen Kunden nicht autorisierte Transaktionen getätigt, insbesondere im Zusammenhang mit den streitgegenständlichen Mini Futures. C._____ habe zudem Pfandverträge und Portfolio Statements gefälscht. Soweit ersichtlich und vorliegend von Relevanz, hat C._____ eingestanden, die streitgegenständlichen Mini Futures ohne konkreten Auftrag und entgegen den Interessen der betroffenen Kunden auf deren Konten eingebucht haben zu lassen. So waren im Buchungszeitpunkt auf den streitgegenständlichen Mini Futures bereits Verluste aufgelaufen. C._____ liess die verlustbehafteten Mini Futures Kunden einbuchen, welchen er die Verluste seiner Ansicht nach am besten würde erklären können bzw. bei welchen Liquidität vorhanden war; während es zu Beginn nur zwei oder drei Kunden hätten sein sollen, habe er aufgrund der sich auftürmenden Verluste diese schliesslich auf elf

Kunden aufgeteilt. Soweit erforderlich, ist nachfolgend auf weitere Aussagen von C._____ im Rahmen der Strafuntersuchung zurückzukommen. Die Beklagte hat sodann auch gegen die Klägerin und deren Mitarbeiter D._____ und F._____ sowie gegen weitere, unbekannte Mitarbeiter Strafanzeige eingereicht. Der Klägerin bzw. deren Mitarbeitern warf die Beklagte soweit ersichtlich Mittäterschaft bzw. Gehilfenschaft hinsichtlich der von C._____ begangenen Straftaten sowie Urkundenfälschungen in Bezug auf die klägerischen Trade Confirmations und Termsheets vor. Am 13. Mai 2024 erging hinsichtlich dieser Strafanzeige eine Nichtanhandnahmeverfügung (act. 96/4), gegen welche die Beklagte Beschwerde am Obergericht des Kantons Zürich erhoben hat (act. 99/5). Das Beschwerdeverfahren ist noch nicht abgeschlossen. Auf die Nichtanhandnahmeverfügung ist nachfolgend soweit erforderlich ebenfalls einzugehen.

E. 2.3

Transkripte der von C._____ geführten Telefongespräche

E. 2.3.1

Die Klägerin stützt ihren Standpunkt u.a. auf aufgezeichnete Telefongespräche zwischen C._____ und ihrem bereits erwähnten Mitarbeiter D._____, wobei sie

- 15 - jeweils die von ihr erstellten Transkripte in ihren Rechtsschriften wiedergibt (z.B. act. 1 N. 150, 161 f., 168, 180, 189 usw.) und gleichzeitig als Beweis offeriert (z.B. act. 3/20, act. 3/25, act. 3/26, act. 3/29, act. 3/34 usw.). Die Beklagte moniert, dass die Klägerin nur transkribierte Auszüge bzw. "eklektisch nur gerade die ihr in den Kram passenden Stellen herausgeschnitten" habe. Die Beklagte bestreitet darauf gestützte Gespräche und Inhalt mit Nichtwissen bzw. als "nicht glaubwürdig", solange sie nicht das gesamte Gespräch abhören könne (vgl. insbesondere act. 9 N. 533 und act. 40 N. 48, 879, 949); die Klägerin habe die Ausschnitte der Audio-Dateien im Übrigen erst mit der Widerklageduplik und damit – in Bezug auf die Klage – verspätet eingereicht (act. 65 N. 150).

E. 2.3.2

Dieser Standpunkt der Beklagten überzeugt nicht. Richtig ist zwar, dass die zum Beweis offerierten Transkripte der Klägerin blosser Parteibehauptungen darstellen. Deren Bestreitung durch die Beklagte ist aber unsubstantiiert. Sie wäre durchaus in der Lage gewesen, die in den Rechtsschriften der Klägerin wiedergegebenen Passagen konkret zu bestreiten. So räumt die Beklagte in der Duplik ein, dass sie jedenfalls über die Aufnahmen der über den Festnetzanschluss von C._____ geführten Gespräche verfügt (act. 40 N. 31) und bei einer "manuellen Sichtung" der Aufzeichnungen gewisse Gespräche zwischen C._____ und D._____ habe ausfindig machen können (act. 40 N. 34), nämlich diejenigen gemäss act. 3/20, act. 3/44 und act. 3/45 sowie weitere, von der Klägerin nicht angeführte Gespräche der beiden bzw. Gesprächsausschnitte (vgl. act. 41/46-48, act. 41/103 und act. 41/256-257). Da die Beklagte in ihren Aufzeichnungen die übrigen Gespräche nicht finden konnte, vermutet sie, dass diese über das Mobiltelefon von C._____ geführt wurden (act. 40 N. 32, 34, 798, 879). Insoweit die Beklagte über die Aufnahmen verfügt, ist ihr eine Bestreitung mit Nichtwissen unbesehen des von ihr angeführten Softwarefehlers, welcher ein Filtern nach anrufender und angerufener Nummer verunmöglichte, verwehrt. Die Anzahl der von der Klägerin angeführten Gespräche von C._____ und D._____ ist gering, und sie wurden in einem begrenzten Zeitraum zwischen dem 24. Februar 2020 und dem 6. März 2020 geführt; zudem hat die Klägerin zu jedem Gespräch nicht nur das Datum, sondern auch die genaue Uhrzeit angegeben. Soweit die Beklagte über die Aufnahmen nicht

selbst verfügt, weil sie über das Mobiltelefon geführte Gespräche ihrer im Effekten-
- 16 - handel tätigen Mitarbeiter – wozu im Sinne der nachfolgenden Erwägungen auch C._____ zu zählen ist – nicht aufzeichnet (act. 40 N. 31), hat sie aufsichtsrechtliche Pflichten (Rundschreiben 2013/8 der FINMA, act. 11/7 S. 9) verletzt. Insoweit wäre auf die Erwägungen zum materiell-rechtlichen Auskunftsanspruch zu verweisen, eine Bestreitung mit Nichtwissen ist ebenfalls nicht statthaft. Die von der Klägerin behaupteten Gespräche von C._____ und D._____ bzw. die Gesprächsinhalte haben folglich insoweit als unbestritten zu gelten.

E. 2.3.3

Selbst wenn von einer genügenden Bestreitung ausgegangen würde, wären die von der Klägerin behaupteten Gesprächsinhalte durch die eingereichten Audio- Dateien (USB-Stick, act. 57/152, act. 57/157-162, act. 57/164-166) belegt. Deren Einreichung mit der Widerklageduplik erfolgte entgegen der Ansicht der Beklagten (act. 65 N. 150) auch hinsichtlich der Klage nicht verspätet, da die Klägerin die zu ihren Transkripten gehörenden Audio-Dateien im Bestreitungsfall bereits in ihrer Klage zum Beweis angeboten hatte (vgl. act. 1 N. 41). Zwar bestritt die Beklagte die Gesprächsinhalte bereits in ihrer Klageantwort "vorsorglich" mit Nichtwissen (act. 9 N. 533). Angesichts der die Beklagte treffenden Aufzeichnungspflichten und der fehlenden Begründung erachtete die Klägerin diese Bestreitung indes zu Recht als unstatthaft (act. 30 N. 792). Erst durch die Ausführungen der Beklagten in der Duplik, wonach sie insbesondere infolge unterbliebener Aufzeichnung selbst nicht über die Aufzeichnungen verfüge, und die daraus abgeleitete Bestreitung musste sich die Klägerin zur Einreichung der offerierten Urkunden veranlasst sehen. Inhaltlich geben die klägerischen Transkripte den Gesprächsinhalt schliesslich korrekt wieder, was die Beklagte in ihrer Stellungnahme vom 12. Januar 2023 (act. 65) zu Recht nicht bestreitet. Es ist folglich auch aus diesem Grund darauf abzustellen.

E. 2.3.4

Daran ändert grundsätzlich nichts, dass die Klägerin die Audio-Dateien nur auszugsweise einreicht. Ob sich aus den von der Klägerin angeführten Gesprächen bzw. Gesprächsausschnitten die von ihr behaupteten Order Instructions zweifels- frei ergeben oder nicht, ist nachfolgend unter Einbezug der weiteren Vorbringen und Beweismittel zu prüfen. Diesbezügliche Bestreitungen waren der Beklagten ohne weiteres möglich. Soweit die Beklagte darüber hinaus die restlichen Ge- sprächsteile oder Gespräche herausverlangt, bestünde die einzig denkbare Grund-

- 17 - lage in einem Auskunftsbegehren, welches als Widerklagebegehren Ziff. 3 gestellt wurde, weshalb auf die entsprechenden Erwägungen verwiesen werden kann.

E. 2.4

Überblick über die Streitpunkte In einem ersten Schritt ist zu klären, inwiefern die Terms of Business der Klägerin zur Anwendung kommen. Anschliessend gilt es in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob C._____ hinsichtlich der Mini Futures ISIN CH 3 (einschliesslich der vorange- gangenen Produkte) und ISIN CH 4 eine gültige Order Instruction abgegeben hat. Falls dies der Fall ist, ist zu entscheiden, ob die Beklagte durch diese Order Instruc- tions von C._____ verpflichtet wurde. In einem dritten Schritt ist zu prüfen, ob C._____ am Abend des 6. März 2020 eine gültige Order Instruction hinsichtlich eines neuen Mini Future abgegeben hat (klägerischer Hauptstandpunkt). Falls dies zu verneinen ist, ist in einem

vierten Schritt der klägerische Eventualstandpunkt zu prüfen, wonach C._____ die Instruktion gegeben hat, dass die Absicherungspositionen nach dem Verfall der Mini Futures ISIN CH 3 und ISIN CH 4 auf Risiko der Beklagten nicht liquidiert werden sollen, und die Beklagte deshalb der Klägerin den auf den deswegen weiterhin gehaltenen Absicherungspositionen erlittenen Verlust zu ersetzen hat. Schliesslich ist in einem letzten Schritt die Widerklage (Forderung und Auskunftsbegehren) zu prüfen.

E. 3

Übernahme der klägerischen Terms of Business

E. 3.1

Streitpunkte Zwischen den Parteien ist die Anwendbarkeit bzw. Gültigkeit einzelner Klauseln der Terms of Business (fortan: "ToB", act. 3/5) strittig. Da die Klägerin zur Begründung ihrer Klage auf verschiedene ToB-Bestimmungen abstellt, deren Anwendbarkeit die Beklagte bestreitet, ist im Folgenden zu prüfen, ob eine Voll- oder Globalüber- nahme vorliegt. Die Klägerin macht geltend, sie habe die ToB der Beklagten mit Schreiben vom 16. Februar 2016 zugestellt, woraufhin der Erhalt von der Beklagten am 23. Februar 2016 bestätigt (act. 3/6) und den Bestimmungen durch Gegenzeichnung zugestimmt worden sei; es liege eine Vollübernahme vor. Hinzu komme, dass die Be-

- 18 - klagte den in Deutsch abgefassten und inhaltlich identischen Geschäftsbedingungen für Kunden vom Juni 2013 bereits im Jahr 2015 zugestimmt gehabt habe (act. 1 N. 53 ff.; act. 30 N. 36 ff., 65 ff.). Die Beklagte wendet ein, sie habe die ToB höchstens global übernommen. Allfällige Regelungen in den ToB mit Auswirkungen auf die Vertretungsbefugnis von C._____, insbesondere in Ziff. 6 und 8, seien nicht anwendbar, weil die Parteien diesbezüglich eine den ToB vorgehende Individualabrede getroffen hätten, indem sie, die Beklagte, der Klägerin eine Liste der autorisierten Trader habe zukommen lassen. Die genannten Ziffern seien ferner auch deshalb nicht anwendbar, weil sie ungewöhnlich, eventualiter gesetzeswidrig und deshalb nichtig seien (act. 9 N. 331 ff.; act. 40 N. 169 ff.).

E. 3.1.3

und HG180163 vom 7. September 2020 Erw. 7.1; zum BGG vgl. BGer-Urteil 4A_46/2016 vom 20. Juni 2016 Erw. 1.3). Der Streitwert des klägerischen Eventualbegehrens von CHF 12'974'905.70 (USD 13'446'194.– bei einem Kurs von 0.88645 [www.oanda.com] am 22. Dezember 2020, zzgl. CHF 1'055'527.–) übersteigt denjenigen des Hauptbegehrens (CHF 12'928'516.–), weshalb auf das Eventualbegehren abzustellen ist.

- 64 - Auch die Beklagte stellt im Rahmen ihres Rechtsbegehrens Ziff. 1 der Widerklage ein Eventualbegehren. Dessen Streitwert von CHF 10'326'421.– ist indessen tiefer als derjenige des Hauptbegehrens (CHF 10'941'179.20; USD 11'336'130.– bei einem Kurs von 0.96516 [www.oanda.com] am 7. Juni 2022), weshalb auf das Hauptbegehren abzustellen ist.

Hinzu kommt der Streitwert des Rechtsbegehrens Ziff. 3 der Widerklage (Art. 93 Abs. 1 ZPO), welchen die Beklagte auf CHF 30'000.– bis CHF 100'000.– beziffert (act. 9 N. 23). Bei Auskunfts- bzw. Informationsbegehren ist der Streitwert allerdings ermessensweise auf einen Bruchteil zwischen 10% und 40% des Hauptbegehrens festzusetzen (BGer-Urteile 4A_542/2017 vom 9. April 2018 Erw. 4.2.2 und 5A_695/2013 vom 15. Juli 2014 Erw. 7.2; Urteil HG200190 vom 3. Oktober 2023 Erw. 7.1). Massgeblicher Hauptanspruch ist derjenige gemäss Rechtsbegehren Ziff. 1 der Widerklage, um welchen es im Übrigen

betrags- mässig auch in den von der Beklagten angeführten Verfahren gegen ihre Kunden gehen wird. Der Streitwert des Auskunftsbegehrens ist folglich auf rund 10% von CHF 10'941'179.20, somit auf CHF 1'100'000.–, festzusetzen (Art. 91 Abs. 2 ZPO). Dem Rechtsbegehren Ziff. 2 kommt kein eigenständiger Streitwert zu. Zur Bestimmung der Prozesskosten werden sodann die Streitwerte der Klage und der Widerklage zusammengerechnet, sofern diese sich nicht gegenseitig aussch- liessen (Art. 94 Abs. 2 ZPO). Art. 94 Abs. 2 ZPO bezweckt, bei der Bestimmung der Prozesskosten dem tatsächlichen wirtschaftlichen Wert des Prozesses Rech- nung zu tragen (Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006, BBl 2006 7221, S. 7292), weshalb im Unterschied zu Art. 51 BGG eine wirt- schaftliche Betrachtungsweise massgebend ist (Urteile HG180062 vom 12. Okto- ber 2020 Erw. 3.1.3, HG200096 vom 4. Juli 2022 Erw. 7.1, HG140250 vom 31. Januar 2017 Erw. 9.1 und HG130149 vom 7. Dezember 2015 Erw. 3.1). Ein gegen- seitiger Ausschluss i.S.v. Art. 94 Abs. 2 ZPO ist entsprechend nur insoweit zu be- jahren, als die Widerklage einer Negation der Hauptklage entspricht. Dies ist vorlie- gend nicht der Fall, wird doch mit dem Rechtsbegehren Ziff. 1 der Widerklage bloss eine Grundlage der Hauptklage infrage gestellt. Hinsichtlich des Rechtsbegehrens Ziff. 3 der Widerklage liegt sodann ebenfalls kein gegenseitiger Ausschluss vor. Die Streitwerte von Klage und Widerklage sind entsprechend zusammenzurechnen.

- 65 - Dies ergibt einen Gesamtstreitwert von CHF 25'016'084.90 (CHF 12'974'905.70 + CHF 10'941'179.20 + CHF 1'100'000.–). Davon ausgehend beträgt die Grundgebühr rund CHF 195'830.– (§ 4 Abs. 1 GebV OG). Das Verfahren ist dabei hinsichtlich des Rechtsbegehrens Ziff. 3 der Wider- klage teilweise durch Klagerückzug und damit ohne Entscheid in der Sache erledigt (§ 10 Abs. 1 GebV OG). Diese Klagebeschränkung wirkte sich indessen nicht auf den Bearbeitungsaufwand aus, mussten die von der Beklagten angeführten An- spruchsgrundlagen doch in demselben Umfang geprüft werden. Eine Reduktion der Gebühr rechtfertigt sich folglich nicht. Einerseits fällt in Betracht, dass sich das Ver- fahren sowohl aufgrund des Umfangs als auch aufgrund der Komplexität als sehr zeitaufwendig erwies (§ 4 Abs. 2 GebV OG). Andererseits ist zu berücksichtigen, dass die Widerklage auf demselben Lebenssachverhalt gründete wie die Klage und sich der Aufwand für deren Beurteilung in Grenzen hielt. Es rechtfertigt sich daher, die Gerichtsgebühr auf CHF 210'000.– festzusetzen.

E. 3.2

Rechtliches Werden Allgemeine Geschäftsbedingungen von der zustimmenden Partei vollstän- dig gelesen, verstanden und akzeptiert, ist von einer Vollübernahme auszugehen und die sog. Ungewöhnlichkeitsregel kommt nicht zur Anwendung. Bei der Global- übernahme akzeptiert die zustimmende Partei die Übernahme der Allgemeinen Ge- schäftsbedingungen hingegen, ohne diese zu lesen, zur Kenntnis zu nehmen oder deren Tragweite zu verstehen. Entsprechend sind von der global erklärten Zustim- mung alle ungewöhnlichen Klauseln ausgenommen, auf deren Vorhandensein die zustimmende Partei nicht gesondert aufmerksam gemacht worden ist (BGE 148 III 57 ff. Erw. 2.1.3).

- 19 -

E. 3.3

Würdigung

E. 3.3.1

Die Klägerin liess der Beklagten die ToB mit Schreiben vom 16. Februar 2016 (act. 3/6) zukommen. Die Klägerin informierte damals in diesem Schreiben über das neue Angebot von strukturierten Produkten der O._____ (Abs. 2). Sofern die Beklagte von diesem neuen Angebot profitieren wolle, bat die Klägerin um Unterzeichnung und Rücksendung des Schreibens, womit die Beklagte die im "Annex O._____ to our Terms of Business" vorgesehenen Pflichten zur Kenntnis nehme und diesen zustimme. In den folgenden beiden Absätzen wird unabhängig vom neuen Angebot der O._____ auf die geänderten ToB und einige konkrete Änderungen hingewiesen, wobei die geänderten ToB als akzeptiert gelten würden, wenn die nächste Transaktion mit der Klägerin getätigt oder den ToB nicht schriftlich innerhalb zwei Wochen widersprochen würde (Abs. 3). Dieses Schreiben wurde seitens der Beklagten am 23. Februar 2016 von zwei kollektiv zeichnungsberechtigten Organen unterzeichnet und retourniert, wobei über den Unterschriftsfeldern von der Klägerin Folgendes wiederholt wurde: "By signing this letter you acknowledge and agree to adhere to the specific obligations set forth in the Annex O._____ to our Terms of Business". Es trifft somit zwar zu (so die Beklagte in act. 9 N. 458 und act. 40 N. 170), dass sich die Unterzeichnung in erster Linie auf den genannten Annex bezieht. Keine Partei hat diesen Annex zu den Akten gereicht oder äussert sich zu dessen Inhalt. Unbestrittenermassen lagen dem Schreiben aber die ToB bei. Die Bezeichnung als Annex "to our Terms of Business" legt nahe, dass er die ToB ergänzende Bestimmungen enthält, Annex und ToB somit in Bezug auf Produkte der O._____ als Einheit zu verstehen sind. Bestätigt die Beklagte somit unterschriftlich, dass sie mit dem Annex zu den ToB einverstanden ist, muss sich dieses Einverständnis auf die ToB insgesamt erstrecken.

E. 3.3.2

Folglich ist auch der Einwand der Beklagten nicht überzeugend, dass genannte Schreiben habe sich "schwerpunktmässig" mit den neuen Produkten der O._____ beschäftigt, weshalb sie die ToB nicht gelesen und schon gar nicht gründlich analysiert habe (act. 40 N. 232 f.). Aus dem Schreiben geht klar hervor, dass es nicht nur um die Produkte der O._____ geht, sondern auch um davon unabhängige Änderungen an den ToB, welche die gesamte Geschäftsbeziehung regeln soll-

- 20 - ten. Unerheblich ist, dass es sich bei den unterzeichnenden Organen der Beklagten nicht um Juristen handelt (so die Beklagte in act. 40 N. 233). Bei der Beklagten handelt es sich um eine Schweizer Bank, welche mit der Klägerin im kaufmännischen Verkehr bei der Abwicklung ihrer Geschäfte zu tun hatte. Die Beklagte ist branchenkundig und geschäftserfahren. Sie wird in ihren Kundenbeziehungen ebenfalls AGB verwenden und sich über die Bedeutung einer Unterzeichnung im Klaren sein. Es ist nicht vorstellbar, dass diese Mitarbeiter Dokumente von solcher Tragweite ungelesen unterzeichnen. Hätten sie sodann nicht über die Fachkunde verfügt, die streitgegenständlichen, nur neun Seiten umfassenden und übersichtlich gehaltenen ToB zu verstehen, ist bei einer professionell zu organisierenden Bank wie der Beklagten davon auszugehen, dass sie ihren Rechtsdienst beigezogen hätten. Es ist demnach auf eine Vollübernahme zu schliessen. Auf die einzelnen Bestimmungen der ToB sowie auf die von der Beklagten behauptete, den ToB vorgehende Individualabrede ist im Folgenden soweit erforderlich zurück zu kommen.

E. 4

Mini Futures ISIN CH 3 und ISIN CH 4

E. 4.1

Unstrittiger Sachverhalt In den Jahren 2016-2020 führten die Parteien nebst zahlreichen anderen Transaktionen total 779 Mini Futures-Transaktionen durch, davon 384 Primärmarkttransaktionen und zahlreiche mit dem Basiswert "N._____" (fortan: "N._____"), einer ... mit einem ... Hebel zum VIX Volatility Index. Für die Entwicklung der Produktidee war auf Seiten der Beklagten in den meisten Fällen C._____ zuständig (Klägerin: act. 1 N. 48 ff., 106 ff., 145 und act. 30 N. 19, 264 ff.; Beklagte: act. 9 N. 451 f., 496 ff., 531 und act. 40 N. 149 ff., 585 f.). Am 24. Februar 2020 besprachen D._____ von der Klägerin und C._____ von der Beklagten einen neuen Mini-Future (short). D._____ liess C._____ per E-Mail eine indikative Berechnung zukommen wie folgt (fortan: "Produkt Nr. 1"):

- 21 - N._____ Wenige Minuten später antwortete C._____ per E-Mail "Ok go. Danke." (act. 1 N. 154 f.; act. 9 N. 567 f.). Die Stop-Loss-Schwelle von USD 68.– wurde bereits am folgenden 25. Februar 2020 erreicht (Klägerin: act. 1 N. 157; Beklagte: act. 9 N. 539). Am 26. Februar 2020 diskutierten D._____ und C._____ zwei neue Mini Futures auf N._____, wobei der eine auf dem Absicherungsgeschäft und Spot-Preis von USD 64.– des Produkts Nr. 1 beruhen sollte (Klägerin: act. 1 N. 158 ff.). Die Gespräche mündeten in je einer per E-Mail übermittelten, indikativen Berechnung: N._____ N._____ Anlässlich eines nachfolgenden Telefonats äusserte sich C._____ wie folgt: C._____: "... Auf jeden Fall die zweite Tranche ist ok. Die zweite Tranche, so wie Du es hast."

- 22 - D._____: "...Auch noch kurz das Opening abwarten?" C._____: "Nein, kannst du eigentlich schon jetzt machen. Nein, auf Opening. Auf Opening die zweite und ziemlich sicher erste auch. Aber ich gebe Dir 10 Minuten." D._____: "Ja gut, erste ist sowieso schon gemacht, oder? Jetzt müssen wir einfach..." C._____: "Genau." D._____: "... dort können wir im Verlauf vom Abend dort definieren, was wir machen. Aber für die Tranchen werde ich in dem Fall at market, aktuell habe ich pre-market 71.50 als Referenz und ca. für eine Million. Ok, dann werde ich das gerade mit dem Händler so platzieren. C._____: "Ist gut." Kurz darauf bestätigte D._____ via Bloomberg Chat "N._____ done at 71.60" (Klägerin: act. 1 N. 163 ff.). Nur wenig später, ca. um 19.44 Uhr, wurde bereits wieder die Stop-Loss-Schwelle erreicht (Klägerin: act. 1 N. 172, 176; Beklagte: act. 9 N. 552, 558). D._____ und C._____ diskutierten in der Folge verschiedene Varianten eines neuen Mini Future. Gemeinsam war allen indikativen Berechnungen der Spot von USD 64.466, welcher zu keinem Zeitpunkt dem aktuellen Börsenkurs des Basiswerts entsprach. D._____ wies C._____ darauf bereits in seinem E-Mail vom 27. Februar 2020, 12.04 Uhr, hin: Die Anzahl Einheiten (1'170'000) entsprach ferner der Summe der Einheiten der vorhergehenden, ausgestoppten Produkte (650'000 und 520'000; Klägerin: act. 1 N. 463 ff. und act. 30 N. 919 ff.; Beklagte: act. 9 N. 242 ff., 256, 751). In einem Telefonat am Freitag, 28. Februar 2020, 17.18 Uhr, bestätigte C._____ gegenüber D._____ einen Stop-Loss von USD 140.–, eine Investitionssumme von rund USD 11'300'000.– und einen Leverage von 0.66 (act. 3/45). Auf die Frage von D._____, ob im Falle des Erreichens der Stop-Loss-Schwelle ein "Re-entry zum

- 23 - gleichen Level" stattfinden solle, antwortete C._____ "Genau. Genau", ebenso wie auf die Zusammenfassung von D._____ "No matter how high it goes, we try to keep it und Du wirst diese Zeichnung irgendwie bringen" (Klägerin: act. 1 N. 200). Am 2. März 2020 sandte D._____ das auf den vereinbarten Parametern beruhende Termsheet (ISIN CH 3; act. 3/16) an C._____, welches den genannten Spot von USD 64.466, einen Strike von USD 161.–, einen Stop-Loss von USD 140.–, einen Ausgabepreis von USD 9.689, einen

Leverage von 0.67 und ein Investitionsvolumen von USD 11'336'130.– auswies. Gleichzeitig teilte er C._____ mit, dass die Einheiten bis am 5. März 2020 "bestätigt" werden müssten (Klägerin: act. 1 N. 209 ff. und act. 30 N. 677; Beklagte: act. 9 N. 256 ff., 589 f.). Kurz darauf meldete sich die Handelsabteilung der Beklagten via Bloomberg Chat bei derjenigen der Klägerin, wie folgt: "Please buy at market 474'000 units x CH 3 [Short Volatility x 0.67]". Dies bestätigte die Klägerin 29 Sekunden später ("done @9.689 vd 06.03"), worauf die Beklagte mit "thnx" antwortete (Klägerin: act. 1 N. 213; Beklagte: act. 9 N. 591). Am 4. März 2020 um 08.51 Uhr informierte C._____ D._____ telefonisch, dass er heute mit zwei Tranchen "anfangen" werde (Klägerin: act. 1 N. 218; Beklagte: act.

E. 4.2

Streitpunkte Nach Ansicht der Klägerin hat C._____ mit ihr im Namen der Beklagten seit dem Jahr 2016 mehrere Hundert Transaktionen abgeschlossen, ohne dass die Beklagte die diesbezügliche Berechtigung von C._____ jemals bestritten hätte. Insbesondere habe die Handelsabteilung der Beklagten die Geschäfte stets gemäss den von C._____ ausgehandelten Konditionen abgewickelt, obwohl sich die Börsenkurse in der Zwischenzeit jeweils verändert hätten. Dies treffe auch auf den Mini Future ISIN CH 3 zu, dessen Tranchen am 2., 4. und 5. März 2023 gehandelt worden seien und der Gegenstand der Widerklage (Rechtsbegehren Ziff. 1) bilde. C._____ habe über eine interne und externe Vollmacht der Beklagten für die fraglichen Geschäfte verfügt, eventualiter habe sie, die Klägerin, in guten Treuen von einer solchen Vollmacht ausgehen dürfen (act. 1 N. 403 ff.; act. 30 N. 264 ff.). Die Beklagte wendet zusammengefasst ein, C._____ habe als Kundenberater weder über eine interne noch über eine externe Vollmacht zur Abgabe von Order Instructions verfügt. C._____ sei einzig für die Vorbereitungsphase zuständig gewesen, das Verpflichtungsgeschäft sei stets durch die Handelsabteilung der Beklagten eingegangen worden, wie dies aufsichtsrechtlich auch vorgeschrieben sei. Die Klägerin sei sodann auch deshalb nicht gutgläubig gewesen, weil sie (die Beklagte) dieser eine Liste mit den Namen der autorisierten Händler habe zukommen lassen, auf welcher C._____ nicht aufgeführt gewesen sei. Die Klägerin habe zusammen mit C._____ Mini Futures strukturiert und umgesetzt, bevor diese von der Handelsabteilung der Beklagten gekauft und einem Kunden zugewiesen worden seien. Damit habe sie C._____ ermöglicht, die Marktbewegung zu beobachten und die Produkte nachträglich – je nach Entwicklung – Kunden zuzuteilen. Zudem habe die Klägerin mit C._____ in den Mini Future ISIN CH 3 Verluste aus früheren, ausgestoppten Mini Futures eingepreist, welche nie gültig vereinbart worden seien. Die Klägerin habe nicht davon ausgehen dürfen, dass sie, die Beklagte, ihren Mitarbeiter für solche Geschäfte bevollmächtigt habe (act. 9 N. 372 ff.; act. 40 N. 585 ff.).

- 26 -

E. 4.3

Rechtliches Zum Abschluss eines Vertrags ist die übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung der Parteien erforderlich (Art. 1 Abs. 1 OR). Eine juristische Person handelt dabei gemäss Art. 718 OR durch ihre Organe, kann sich aber auch durch Handlungsbevollmächtigte im Sinne von Art. 721 OR (Art. 458 und 462 OR) vertreten lassen. Schliesslich kann eine juristische Person ebenso wie eine natürliche Person nach Art. 32 ff. OR einen Vertreter bestellen, um in ihrem Namen eine oder mehrere bestimmte Handlungen vorzunehmen, oder solche Handlungen eines vollmachtlosen Vertreters

nachträglich genehmigen (Art. 38 OR). Liegt keine solche Genehmigung vor, wird der Dritte in seinem Vertrauen auf die Vollmacht des (tatsächlich vollmachtlosen) Vertreters geschützt, wenn der Vertretene ein Verhalten an den Tag gelegt hat, welches die Gegenseite in guten Treuen als Kundgabe der Vollmacht des Vertreters verstehen durfte (BGE 146 III 37 ff. Erw. 7.1; BGE 131 III 511 ff. Erw. 3.3; BGE 120 II 197 ff. Erw. 2b). Dabei kann eine Rolle spielen, wie oft der Dritte mit dem vermeintlichen Vertreter in der Vergangenheit Verträge abgeschlossen hat, die in der Folge erfüllt wurden (vgl. BGE 120 II 197 ff. Erw. 3.b; BGE 74 II 149 ff. Erw. 2).

E. 4.4

Würdigung

E. 4.4.1

Vereinbarung der beiden Mini Futures

E. 4.4.1.1

Vorab ist zu klären, ab welchem Zeitpunkt die Beklagte – Vertretungsbezugnis der für sie handelnden Personen vorausgesetzt – bei einer Transaktion eines für sie massgeschneiderten Mini Future vertraglich gebunden wird. Einigkeit besteht zwischen den Parteien insoweit, als sie zuerst eine Produktidee entwickeln müssen, welche den Bedürfnissen der Beklagten bzw. von deren Kunden entspricht. Gestützt darauf stellt die Klägerin der Beklagten eine indikative Berechnung ("Indicative Pricing") mit allen wesentlichen Parametern des Produkts zu. Sofern die Beklagte damit einverstanden ist, nimmt sie eine Order Instruction vor, entweder zum Marktpreis ("At Market") oder mit einer Limite. Bei den vorliegend interessierenden "At Market"-Instruktionen tätigt die Klägerin unmittelbar nach deren Eingang ein Absicherungsgeschäft ("Hedge"), sie geht also zum Ausschluss ihres Auszah-

- 27 - lungsriskos am Markt ein Gegengeschäft im Basiswert ein. Der Börsenkurs des Basiswerts, zu welchem die Klägerin das Absicherungsgeschäft getätigt hat, fliesst als Spot-Preis in die definitive Berechnung des Mini Futures ein und ergibt damit auch das Investitionsvolumen bzw. die Anzahl Einheiten. Die von den Parteien in diesem Zusammenhang verwendete Terminologie ist allerdings uneinheitlich (nebst "Order Instruction" auch "Strukturierungsauftrag", "Zeichnung" etc.) und teilweise widersprüchlich. Mit einer solchen Order Instruction "At Market" stehen aber jedenfalls alle wesentlichen Parameter eines Mini Future fest oder sind zumindest bestimmbar. Es sind dies insbesondere der Basiswert (Underlying), der Spot-Preis (massgeblicher Börsenkurs des Basiswerts, Währung), das Finanzierungslevel (Strike), die Stop-Loss-Schwelle, der Typ ("Short" oder "Long"), das Umrechnungsverhältnis (Conversion Ratio), das Investitionsvolumen (Investment) bzw. die Anzahl Einheiten (Units), der Hebel (Leverage), der Ausgabepreis (Issue Price), zudem grundsätzlich auch die Laufzeit, die Liberierungsfrist bzw. das Liberierungsdatum und die Ausgestaltung bzw. "Verbriefung" des Forderungsrechts der Beklagten in Form einer Bucheffekte zwecks einfacher Übertragung im massenweisen Handel (Klägerin: act. 1 N. 80, 110 f., 115, 372 ff. und act. 30 N. 220 ff., 540, 609, 624, 632, 635, 683, 777, 784; Beklagte: act. 9 N. 106, 324 und act. 40 N. 116 S. 58 ff., S. 64, S. 74, N. 118 S. 76 ff.).

E. 4.4.1.2

Folglich tritt in diesem Zeitpunkt auch die vertragliche Bindungswirkung ein (Art. 1 ff. OR). Die Einigung über alle wesentlichen Eigenschaften des massgeschneiderten Mini Future geht sowohl der Emission als auch dem Clearing und Settlement zwangsläufig zeitlich vor (so auch die Beklagte in act. 40 N. 118 S. 76, 78, 92). Die Handelsabteilung der Beklagten hat denn ja auch jeweils und insbesondere im Falle des Mini Future ISIN CH 3 ein konkretes, für sie massgeschneidertes und bereits emittiertes Produkt gehandelt (z.B. act. 3/50: "I buy ISIN..."). Dagegen ist nicht ersichtlich, weshalb die Klägerin ohne verbindliche Einigung über die wesentlichen Parameter auf eigenes Risiko ein massgeschneidertes Produkt emittieren sollte, mithin ohne jede Gewähr, dass dieses vom Kunden im Anschluss auch tatsächlich übernommen wird. Der Vertragsschluss ist somit nicht mit der Vertragserfüllung zu verwechseln. Somit gilt es im Folgenden in einem ersten Schritt zu prüfen, ob C._____ im Namen der Beklagten auf einen solchen Vertragsschluss

- 28 - gerichtete Willenserklärungen (Order Instructions) abgegeben hat. Falls dies zu bejahen ist, ist in einem zweiten Schritt zu beurteilen, ob die Beklagte durch diese Order Instructions verpflichtet wurde.

E. 4.4.1.3

Der Mini Future ISIN CH 3 basierte auf einer indikativen Berechnung, welche einen Spot-Preis von USD 64.466, einen Strike von USD 116.–, einen Stop-Loss von USD 100.–, eine Conversion Ratio von 0.1, einen Ausgabepreis von USD 5.20, einen Hebel von 1.24, 1'170'000 Einheiten und ein darauf berechnetes Investment von USD 6'083'415.– vorsah (act. 3/33). Die daraufhin geführten Telefongespräche mit zahlreichen Varianten mündeten schliesslich darin, dass C._____ am Abend des 28. Februar 2020, einem Freitag, eine Anpassung des Stop-Loss-Levels auf USD 140.– verlangte. Er bestätigte sodann den gestützt darauf von D._____ am Telefon mitgeteilten neuen Hebel von 0.66 und das Investitionsvolumen von rund USD 11'300'000.– ("Ok.", act. 3/45). Gleichzeitig stellte er den Handel der ersten Tranche am folgenden Werktag in Aussicht ("erste Tranche Montag"). Somit wurden zwar nicht nochmals alle Anpassungen, insbesondere von Strike-Level und Ausgabepreis besprochen, diese waren für C._____ aber bestimmbare (z.B. Ausgabepreis = Investment / Units). Unklar ist einzig, weshalb der Hebel in der Folge 0.67 und nicht wie von D._____ erwähnt 0.66 betrug. Indessen anerkennt auch die Beklagte, dass sich C._____ und D._____ hinsichtlich aller Produktparameter geeinigt hatten (act. 9 N. 204, 256), remonstrierte C._____ doch auch nicht gegen das anschliessend zugestellte Termsheet und wies gegenüber seiner Handelsabteilung den Handel des Produkts an. Somit liegt bezüglich ISIN CH 3 eine Order Instruction von C._____ vor. Daran vermag die Tatsache nichts zu ändern, dass dieser Mini Future nicht auf aktuellen Marktbedingungen beruhte, weil er auf einem bestehenden Absicherungsgeschäft strukturiert wurde und durch Abstellen auf den ursprünglichen Spot-Preis Verluste aus den Geschäften Nr. 1-3 eingepreist waren. C._____ war sich darüber bei Abgabe der Order Instruction im Klaren. Auf die von der Beklagten eingewendete Unzulässigkeit dieses Vorgehens ist erst bei der Prüfung der Vertretungsbefugnis von C._____ bzw. des klägerischen Vertrauens auf eine solche zurückzukommen (vgl. Erw. 4.4.2.3 ff.).

- 29 -

E. 4.4.1.4

Am 2. März 2020 einigten sich D._____ und C._____ sodann hinsichtlich aller wesentlichen Parameter des weiteren Mini Future ISIN CH 4. C._____ bestätigte telefonisch, dass D._____ die indikative Berechnung (act. 3/60), welche alle wesentlichen Parameter enthielt, "At Market" umsetzen solle (act. 3/6; D._____ : "Dann lasse ich den Stop Loss bei 148 und werde at market execute."; C._____ : "Ist gut, danke Dir. Ciao."; Klägerin: act. 1 N. 229 ff.; Beklagte: act. 9 N. 604 ff.). Um 16.33 Uhr teilte D._____ C._____ im Bloomberg Chat "N._____ done at 112.68" mit (act. 3/57; Klägerin: act. 1 N. 234; Beklagte: act. 9 N. 607). Das zu diesem Kurs getätigte Absicherungsgeschäft ist belegt (act. 31/142). Die definitiven Parameter wurden anschliessend im entsprechenden Termsheet festgehalten (act. 3/62). So- mit hat C._____ auch hinsichtlich des Mini Future ISIN CH 4 eine Order Instruction abgegeben.

E. 4.4.1.5

Zu prüfen ist somit im Folgenden, ob die Beklagte durch diese Order Instructions verpflichtet wurde.

E. 4.4.2

Vertretung der Beklagten durch C._____

E. 4.4.2.1

Es ist zu Recht unstrittig, dass sich die von der Klägerin behauptete Vertretungswirkung nicht auf den Handelsregistereintrag stützen lässt, verfügte C._____ doch nur über eine Kollektivzeichnungsberechtigung zu zweien. Da über- dies seitens der Beklagten keine Genehmigung im Sinne von Art. 38 OR vorliegt, ist eine anderweitige Bevollmächtigung von C._____ oder zumindest ein berechtig- tes Vertrauen der Klägerin darauf erforderlich, dass C._____ zur Erteilung von sol- chen Order Instructions im Namen der Beklagten ermächtigt war.

E. 4.4.2.2

Vorab ist auf die von der Klägerin angeführten ToB (act. 3/5) einzugehen, auf deren Ziff. 6 Abs. 3 und 8 Abs. 2 und 3 sie sich in diesem Zusammenhang abstützt (act. 1 N. 82; act. 30 N. 42, 279, 305 f.). Sie stellt sich in der Replik auf den Standpunkt, dass der in den Ziff. 6 Abs. 3 und 8 Abs. 3 vorausgesetzte gute Glaube ("good faith") nur in Situationen eine Rolle spiele, bei welchen sie, die Klägerin, (fälschlicherweise) annehme, die Instruktion eines Dritten stamme von der Beklag- ten bzw. einem von deren Mitarbeitern, sie sich also "über die Identität einer Person im guten Glauben täuscht" (act. 30 N. 493 ff. [Ziff. 8 Abs. 3 versehentlich als Abs.

- 30 - 2 bezeichnet]). Dieses Vertragsverständnis lässt sich ohne weiteres mit dem Ver- tragswortlaut vereinbaren, führt aber zu einem unauflösbaren Widerspruch in der klägerischen Argumentation. Denn sofern sich diese Klauseln gerade nicht mit dem Vertrauen auf die Vertretungsmacht von tatsächlichen Mitarbeitern der Beklagten beschäftigen, entfallen sie von vornherein auch als Grundlage für das klägerische Vertrauen in Order Instructions von C._____. Somit bleibt als entsprechende Grundlage einzig Ziff. 8 Abs. 2 der ToB übrig. Gemäss dieser Ziffer soll in jenen Fällen von einer Einzelvertretungsbefugnis ausgegangen werden, "in which more than one person shall be vested with signing powers and power to give us Order Instructions". Nicht zuletzt aufgrund der Verwendung des Wortes "and" ist diese Bestimmung so zu verstehen, dass an den davor stehenden Absatz angeknüpft werden soll, welcher sich mit der Verbindlichkeit

von "Arrangements between you and us regarding the power to give Order Instructions and engage in other communication" beschäftigt. Ein solches Arrangement bestand zwischen den Parteien nicht. Schliesslich ist auch nicht ersichtlich, dass die Beklagte auf andere Weise mehrere Personen mit "signing powers" ausgestattet gehabt hat. Insbesondere ergibt sich solches nicht aus dem internen Trading Reglement der Beklagten (act. 11/14), welches der Klägerin nach eigener Darstellung gar nicht bekannt war und auf die streitgegenständliche Geschäftsbeziehung keine Anwendung findet (act. 30 N. 281). Das Vertrauen der Klägerin in die Vertretungsmacht von C._____ kann sich entsprechend nicht auf die ToB stützen. Der Vollständigkeit halber ist anzumerken, dass sich ein guter Glaube der Klägerin selbst im Falle der Anwendbarkeit der Ziff. 6 Abs. 3 und 8 Abs. 3 ToB nicht auf diese Ziffern hätte stützen können, käme dies doch einem Zirkelschluss gleich. In diesem Sinne schliesst Ziff. 17.4 ToB eine Schadloshaltung der Klägerin auch bei grober Fahrlässigkeit oder Vorsatz (gross negligence or wilful default") ihrerseits aus. Die nachstehenden Erwägungen beanspruchen demgemäss so oder anders Geltung.

E. 4.4.2.3

Entgegen der Ansicht der Beklagten war die Klägerin hinsichtlich des Mini Future ISIN CH 3 jedenfalls nicht bereits deshalb bösgläubig, weil die ausgestoppten "Vorgängerprodukte", die Produkte Nr. 1-3, gar nie gültig vereinbart worden waren. Beim Produkt Nr. 1 antwortete C._____ auf die indikative Berechnung von D._____, welche sämtliche wesentlichen Parameter eines Mini Future enthielt, "Ok

- 31 - go. Danke.". Dies kann in guten Treuen nur als Order Instruction von C._____ verstanden werden. Gleiches gilt für die zweite indikative Berechnung vom 26. Februar 2020 (fortan: "Produkt Nr. 2"), betreffend welcher C._____ die Ausführung "At Market" anwies und D._____ umgehend "N._____ done at 71.60" bestätigte (520'000 Einheiten).

Hinsichtlich der zweiten in diesem Zusammenhang besprochenen, indikativen Berechnung ("erste Tranche"; fortan: "Produkt Nr. 3") hingegen, welche als Roll-Over des ausgestoppten Produkts Nr. 1 strukturiert worden sein soll, wollten C._____ und D._____ soweit verständlich am Abend das weitere Vorgehen besprechen. Eine klare Order Instruction ergibt sich daraus nicht. Auch eine vorgängige, explizite Roll-Over-Instruktion von C._____ für das dem Produkt Nr. 1 zugrunde liegende Absicherungsgeschäft legt die Klägerin nicht dar. Dass eine solche wie auch eine Einigung hinsichtlich des Produkts Nr. 3 erfolgt sein muss, ergibt sich aber aus der weiteren Korrespondenz von D._____ und C._____ zum "Folgeprodukt" Mini Future ISIN CH 3. So setzten die beiden in den indikativen Berechnungen stets den nicht auf aktuellen Börsenkursen beruhenden, sondern dem Produkt Nr. 1 entsprechenden Spot-Preis von USD 64.– ein. Weiter ist belegt (act. 31/142), dass die Klägerin das Absicherungsgeschäft wie behauptet am 24. Februar 2020 trotz des Erreichens der Stop-Loss-Schwelle nicht aufgelöst hat. Hinsichtlich der Produkte Nr. 1-3 lag demnach eine Order Instruction von C._____ vor.

E. 4.4.2.4

Das Produkt Nr. 3 beruhte dabei auf einem Roll-Over des Produkts Nr. 1. Unter einem Roll-Over ist im vorliegenden Zusammenhang nach richtiger und übereinstimmender Ansicht beider Parteien nämlich die Strukturierung eines neuen Produkts auf einem bestehenden, für ein ausgestopptes Produkt eingegangenen Absicherungsgeschäft zu verstehen (Klägerin: act. 1 N. 116 f.; Beklagte: act. 40 N. 116 S. 68, N. 343 ff.). Die Beklagte änderte in der Duplik ihren ursprünglich geteilten Standpunkt (act. 9 N. 158

ff.) und anerkannte zu Recht, dass ein so verstandener Roll-Over möglich und zulässig ist, solange eine ordentliche Abrechnung stattfindet (act. 40 N. 116 S. 68, N. 343 ff., widersprüchlich jedoch act. 40 N. 118 S. 85). Nach Ansicht der Beklagten unterblieb bei den Produkten Nr. 1-3 indes absichtlich eine ordnungsgemässe Abwicklung bzw. Abrechnung und handelt es sich beim Mini Future ISIN CH 3 nicht um einen Roll-Over, weshalb die Klägerin hin-

- 32 - absichtlich der Vertretungsmacht von C._____ nicht habe gutgläubig sein können. Dies gilt es nachfolgend zu prüfen.

E. 4.4.2.5

In Bezug auf die Abwicklung betrachtet es die Beklagte als Marktusanz und Forderung der G._____ AG als Bucheffektenverwahrstelle, dass auch vor der Emission und dem anschliessenden Handel ausgestoppte Produkte wie die Produkte Nr. 1-3 noch emittiert und im Bucheffektenregister ein- und gleichzeitig wieder ausgetragen werden (act. 40 N. 118 S. 89). Diese Behauptung stammt vom zweiten Privatgutachter der Beklagten, dessen Gutachten an der betreffenden Stelle der Duplik abgedruckt wurde. Beweisofferten für diese von der Klägerin bestrittene Behauptung (act. 56 N. 443) fehlen, abgesehen vom pauschal offerierten, sachverständigen Zeugnis eben dieses Privatgutachters. Einem Privatgutachten kann vorliegend nicht mit einer Befragung des Privatgutachters als sachverständiger Zeuge zu einem Beweiswert verholfen werden (Urteil HG170120 vom 14. Februar 2022 Erw. 3.3, in ZR 121/2022 S. 92 Nr. 29, mit Hinweisen), weshalb die Abnahme dieses Beweises ausser Betracht fällt. Im Übrigen bezweckt die genannte Ein- und Austragung im Bucheffektenregister auch nach Darstellung der Beklagten die – im Vergleich zur Zession – einfachere Abwicklung über die normalen Clearing- und Settlement-Systeme. Weshalb bei einem Roll-Over von solchen Produkten aber noch eine derartige Abwicklung und Abrechnung stattfinden müsste, wenn auf den Spot-Preis des verfallenen Produkts abgestellt wird, ist nicht ersichtlich. Im Übrigen erscheint es widersprüchlich, wenn die Beklagte mit der von der Klägerin in anderen Fällen gerade vorgenommenen Austragung bei der G._____ AG eine Vertuschung der von C._____ abgeschlossenen Geschäfte bzw. des vereinbarten Roll-Over begründet (act. 40 N. 367 ff., 556 ff., 648). Eine Bösgläubigkeit von D._____ beim Vertragsschluss lässt sich mit einer unterbliebenen Ein- und Austragung der Produkte Nr. 1-3 bei der G._____ AG jedenfalls nicht begründen.

E. 4.4.2.6

Zutreffend ist einzig, dass die Bezeichnung des Mini Future ISIN CH 3 als Roll-Over der Produkte Nr. 2 und 3 zumindest ungenau ist. So macht die Klägerin geltend (act. 1 N. 174) und ist belegt (act. 31/142), dass sie die Absicherungspositionen der ausgestoppten Produkte Nr. 2 und 3 nach Erreichen der Stop-Loss-Schwelle am 25. Februar 2020 zum Preis von USD 78.467 liquidiert und kurz darauf

- 33 - zum Preis von USD 75.556 wieder aufgebaut hat. Diesen Vorgang bezeichnet die Klägerin an anderer Stelle selbst als "Re-Entry" (act. 1 N. 134 f., 174 f.; act. 30 N. 245, 602, 627), nicht als Roll-Over. Allerdings wurde ISIN CH 3 nicht etwa ein Spotpreis von USD 75.556, sondern von USD 64.466 zugrunde gelegt. Dabei handelt es sich um den gewichteten Durchschnitts-Spot-Preis der Produkte Nr. 1 und 2 (USD 64.– und USD 71.60). D._____ und C._____ strukturierten den Mini Future also trotz Auflösung der Absicherungspositionen analog einem Roll-Over, wobei bei der Berechnung die Differenz

von USD 2.911 zwischen dem Liquidationspreis und dem Kurs des Basiswerts beim Wiederaufbau der Absicherungsposition berücksichtigt wurde (von D._____ in der indikativen Berechnung als "Slippage" bezeichnet, vgl. act. 3/33). Dadurch erübrigte sich wie beim Geschäft Nr. 1 eine Abwicklung bzw. Abrechnung der noch gar nicht ausgegebenen, gehandelten und bezahlten Produkte Nr. 2 und 3 auf dem Liquidationskurs vom 28. Februar 2020. Die entsprechenden Vorgänge waren gegenüber C._____ soweit ersichtlich in jedem Zeitpunkt transparent und von diesem erwünscht. Es ergibt sich aus der klägerischen Aufstellung der Roll-Over-Transaktionen in act. 30 N. 250 nicht, dass die Parteien in einer vergleichbaren Situation anders vorgegangen wären (so die Beklagte: act. 40 N. 354).

E. 4.4.2.7

Daran ändert nichts, dass die Beklagte den genannten Wiederaufbau der Absicherungsposition durch die Klägerin zu Recht als Leerverkauf qualifiziert (act. 40 N. 25.2, 116 S. 73, 210, 329). Die Position befand sich im Handelsbuch der Klägerin und diente dieser ab der Order Instruction von C._____ als Absicherung für den Mini Future ISIN CH 3, sie wurde also weder auf die Beklagte übertragen noch einem Kunden weiterverkauft (so die Beklagte in act. 40 N. 719) noch wurde daraus ein Wertrecht emittiert (so die Beklagte in act. 40 N. 210, 329). Welche "für einen Leerverkauf erforderliche Dokumentation" vorliegend gefehlt haben soll, erschliesst sich aus den Ausführungen der Beklagten (act. 40 N. 25.2, 776, 871) deshalb nicht. Insbesondere war kein Global Master Securities Lending Agreement (GMSLA) abzuschliessen (so die Beklagte in act. 40 N. 1068.3 f.). Es geht vielmehr um die Regelung der Frage, wer ab dem Zeitpunkt des Erreichens der Stop-Loss-Schwelle das Kursrisiko in Bezug auf die offengelassene oder umgehend wieder aufgebaute Absicherungsposition trägt, wenn noch keine Einigung über das neue

- 34 - Produkt vorliegt. Wie die Beklagte selbst festhält, dient ein Roll-Over dazu, die "Exposure beizubehalten" (act. 40 N. 116 S. 68). Wird aber auf Instruktion von C._____ hin die "Exposure" beibehalten, erfolgt dies einzig im Interesse der Beklagten (bzw. deren Kunden), welche dadurch ohne Unterbruch von einer positiven Entwicklung des Basiswerts profitieren könnte(n). Vernünftigerweise muss diesfalls aber auch eine negative Kursentwicklung des Basiswerts zu ihren Lasten gehen. Die Vereinbarung, wonach die Beklagte die Klägerin in dieser Situation für allfällige Verluste auf der in ihrem Handelsbuch befindlichen Absicherungsposition schadlos zu halten hat, ergibt sich mithin bereits aus der Instruktion, die Absicherungsposition offen zu halten ("Roll-Over") oder in diesem Sinne den genannten Leerverkauf zu tätigen ("Re-Entry"). Dies deckt sich im Übrigen auch mit Ziff. 17 der ToB, wonach die Beklagte die Klägerin im Zusammenhang mit ihrer Dienstleistung schadlos zu halten hat (act. 3/5: "You will indemnify and hold us [...] harmless against and from any cost, losses, liability or expenses whatsoever which we [...] may suffer or incur"; Klägerin: act. 1 N. 89). Die soweit ersichtlich gegenteilige Angabe von C._____ im Strafverfahren (act. 87 N. 15: "sie [die Klägerin] sassen auf diesem Geld, wartend auf die Bestätigung von der B._____. Und wenn ich das alles annulliert hätte von unserer Seite, dann hätte ich A._____ einfach im Regen stehen lassen.") steht dazu in Widerspruch und ist als Schutzbehauptung zu werten, zumal sich weder in der Korrespondenz von D._____ und C._____ noch in den Eigenschaften der besprochenen oder dann auch tatsächlich vereinbarten Produkte eine Stütze dafür finden lässt. Die entsprechenden Produkteigenschaften wurden von C._____ und D._____ konkret

besprochen und waren transparent. Selbst wenn diese Transaktion als Finanzdienstleistung im Sinne des FIDLEG qualifiziert hätte (dazu Erw. 8), wäre ein Verstoß gegen die von der Beklagten angeführten (vgl. act. 40 N. 25.7, 315, 788, 792, 1143 ff.) Art. 25 FIDLEG und Art. 27 FIDLEV nach dem Gesagten nicht ersichtlich.

E. 4.4.2.8

Zutreffend ist hingegen, dass das Verlustrisiko im Falle einer Roll-Over-Instruktion selbstredend nicht mehr durch die Stop-Loss-Schwelle des verfallenen Mini Future begrenzt ist (so die Beklagte in act. 40 N. 19, 116 S. 69, 73). Eine nachträgliche bzw. rückwirkende Abänderung des verfallenen Mini Future in Form einer Aufhebung der Stop-Loss-Schwelle ist damit aber nicht verbunden, handelt

- 35 - es sich doch grundsätzlich um eine neue, vom verfallenen Produkt unabhängige Abrede. Es stellt sich vielmehr die Frage, vorliegend konkret in Bezug auf das Produkt Nr. 3 und den Mini Future ISIN CH 3, ob C._____ zum Abschluss von Geschäften mit theoretisch unbeschränktem Verlustrisiko befugt war oder die Klägerin zumindest in ihrem Vertrauen auf entsprechenden Instruktionen von C._____ zu schützen ist. Die Klägerin stützt sich diesbezüglich auf eine Vielzahl vergleichbarer, also auf solchen Roll-Over-Instruktionen von C._____ basierender Transaktionen, 31 allein seit dem Jahr 2019 (gelb markiert in act. 3/18; act. 31/110; act. 1 N. 123 ff.; act. 30 N. 19 ff., 246 ff., 784 ff.). Die Beklagte bestreitet dies zwar und moniert, die Klägerin zeige nicht auf, dass die genannten Transaktionen dem streitgegenständlichen Sachverhalt entsprechen würden (act. 40 N. 372). Mit ihren nachfolgenden, detaillierten Ausführungen dazu (act. 40 N. 367 ff.) bestätigt sie aber im Ergebnis die klägerische Darstellung. So macht die Beklagte die Unrechtmässigkeit des Vorgehens von D._____ und C._____ insofern geltend, als sie bzw. ihre Handelsabteilung von C._____ und D._____ jeweils wie beim Mini Future ISIN CH 3 getäuscht bzw. nicht über die getroffenen Abreden informiert worden sei.

E. 4.4.2.9

Unstrittig (Klägerin: act. 1 N. 213, 242; Beklagte: act. 9 N. 591, 613) und zutreffend ist, dass die Handelsabteilung der Beklagten beim Handel von zwei der drei Tranchen von ISIN CH 3 die Klägerin mit einer "At Market"-Anfrage konfrontiert hatte (act. 3/51 [Unterstreichung hinzugefügt]: "Please buy at market 474'000 units x CH 3 [Short Volatility x 0.67]; act. 3/65: "another order: MINI-FUTURE N._____ CH 3 Buy 20'000 Mkt"), die Klägerin daraufhin jeweils den mit C._____ vereinbarten bzw. auf dessen Order Instruction beruhenden Ausgabepreis mitgeteilt hatte und die Trade Confirmations die Bestätigung "You have subscribed" enthalten hatten (z.B. act. 11/26, act. 11/32, act. 11/37 und act. 11/40). Aus der Anfrage der Handelsabteilung der Beklagten allein musste die Klägerin aber nicht schliessen, dass jene von C._____ nicht über das Produkt und dessen Eigenschaften informiert worden war. Der Mini Future ISIN CH 3 wurde wie auch alle anderen seit dem Jahr 2019 von den Parteien durchgeführten Primärmarkttransaktionen (rund 100) auf Grundlage der Kurse des Basiswerts im Zeitpunkt der Order Instruction von C._____ abgewickelt. Im Zeitpunkt des Handels über die Handelsabteilungen entsprach der Kurs des Basiswerts mithin nie dem aktuellen Kursniveau, wobei die

- 36 - Differenzen bezogen auf den von der Beklagten bezahlten Ausgabepreis regelmässig sechsstellige Beträge erreichten (act. 3/18; Klägerin: act. 30 N. 27, 270, 322 f., 577).

E. 4.4.2.10

Nicht glaubhaft ist der Einwand der Beklagten, wonach ihre Handelsabteilung diese Kursdifferenz jeweils nicht bemerkt habe, zumal eine solche nicht bedeute, dass ein Produkt nicht zu einem dem aktuellen Marktpreis entsprechenden Preis verkauft werden könne (act. 40 N. 1115). Hätte die Handelsabteilung der Beklagten nämlich beim streitgegenständlichen Mini Future ISIN CH 3 das Initial Underlying Level (massgeblicher Kurs des Basiswerts) und den Ausgabepreis anhand des aktuellen Kurses des Basiswerts geprüft, hätte sie sofort bemerkt, dass die Klägerin für alle der an verschiedenen Tagen abgewickelten Transaktionen (Transaktionen) für dasselbe Produkt trotz starker Kursveränderungen stets auf denselben Kurs abstellte und denselben Ausgabepreis mitteilte. Die Beklagte bezeichnet die Wertdifferenz selbst als "massiv" (act. 40 N. 141, 920 f., 928, 1287). Von der Handelsabteilung einer Schweizer Bank darf erwartet werden, dass sie den im Zeitpunkt ihrer Anfrage aktuellen Kurs des Basiswerts kennt und die ihr mitgeteilten Angaben prüft. Dies gilt unabhängig davon, ob die fraglichen Mitarbeiter der Beklagten fälschlicherweise von einer erstmaligen "Zeichnung" eines für sie massgeschneiderten Mini Future ausgingen oder irrigerweise glaubten, ein Produkt "ab Stange" zu kaufen.

E. 4.4.2.11

So nimmt die Beklagte unter Hinweis auf die aufsichtsrechtlich vorgeschriebene Funktionstrennung (act. 9 N. 130 ff., 440, 453, 593; act. 40 N. 173, 199, 286, 606, 611, 791, 837, 868, 1279) für ihre Handelsabteilung in Anspruch, hinsichtlich Geschäften wie den streitgegenständlichen intern alleinige Willensbildungs- bzw. Entscheidungsinstanz zu sein. Ihre Abläufe hat sie aber unbesehen interner Richtlinien (insbesondere act. 11/14) anscheinend gerade nicht entsprechend organisiert. Die Handelsabteilung war nie in die Besprechung der Produktparameter involviert und verlangte entgegen ihrem angeblich üblichen Ablauf (vgl. act. 9 N. 2, 136.2) bei diesen Geschäften nie eine Offerte. Für die Vereinbarung der Produktparameter war vielmehr C._____ zuständig, was nicht gegen die für eine Bank aufsichtsrechtlich vorgeschriebene Funktionstrennung verstösst. Die Beklagte selbst führt in der Duplik zu Recht und in Widerspruch zum vorgenannten Standpunkt aus, es sei möglich, dass "eine Emission zwischen einem Sales [-Mitarbeiter] des Emittenten und einem Kundenberater der als Intermediär handelnden Bank strukturiert und schlussendlich in Auftrag gegeben wird" (act. 40 N. 118 S. 90, ebenso act. 65 N. 200; Unterstreichung hinzugefügt). Die Handelsabteilung der Beklagten verzichtete durchwegs, also auch bei den äusserst risikoreichen Transaktionen mit N._____ als Basiswert, darauf, sich bei C._____ oder der Klägerin nach dem Produkt zu erkundigen, setzte die internen Aufträge (betreffend den Mini Future ISIN CH 3: act. 11/25 und act. 41/251-255) von C._____ um und nahm die klägerischen Termsheets entgegen. Die von der Klägerin verwendete Bezeichnung der Handelsabteilung als "Execution Desk" ist deshalb treffend. Hat die Handelsabteilung die von C._____ vereinbarten Produkte aber stets wie von C._____ vereinbart abgewickelt, kann "You have subscribed" nicht missverstanden werden.

E. 4.4.2.12

Die Beklagte wendet gegen die Vertretungsbefugnis von C._____ bzw. die Gutgläubigkeit der Klägerin ferner ein, dass sie der Klägerin eine Liste (act. 11/10) ihrer autorisierten Trader habe zukommen lassen, auf welcher C._____ gerade nicht aufgeführt gewesen sei (act. 9 N. 111 ff., act. 40 N. 164 f., 247 f.). Diese Liste ist zwar von zwei kollektiv

zeichnungsberechtigten Organen der Beklagten unterzeichnet, wurde am 14. August 2019 aber im Zusammenhang mit dem "AMC Index Sponsor Agreement" (act. 31/108) an H._____ von der A._____ (I._____ [Ortschaft]) Ltd. zugestellt (so zu Recht die Klägerin in act. 30 N. 33; vgl. act. 11/10). Dieses Agreement hatte die Klägerin kurz davor mit J._____ Ltd. [Zweigniederlas- sung von B._____], also nicht mit der Beklagten, abgeschlossen. In der zugehöri- gen E-Mail-Korrespondenz wurde sowohl im Betreff als auch in der konkreten Kon- versation auf das genannte Agreement bzw. auf eine Aufzählung der autorisierten Trader in dessen Appendix 2 Bezug genommen. Die vorliegend streitgegenständ- lichen Transaktionen haben aber unbestrittenermassen nichts mit dem genannten und mit der J._____ Ltd. abgeschlossenen Agreement zu tun, weshalb die Klägerin bereits aus diesem Grund keinen Anlass hatte, die Vertretungsmacht von C._____ in Zweifel zu ziehen. Wie vorstehend ausgeführt ist indessen ohnehin einzig mass- gebend, ob C._____ Order Instructions erteilen durfte, und nicht, ob er Mitglied der Handelsabteilung war. Solche Order Instructions hat die Klägerin auch nach Erhalt

- 38 - der genannten Liste weiterhin von C._____ erhalten und die Beklagte hat die von C._____ vereinbarten Geschäfte abgewickelt. Selbst wenn die Liste für die streit- gegenständliche Geschäftsbeziehung Geltung beansprucht hätte, hätte für die Klä- gerin deshalb kein Grund zur Annahme bestanden, dass C._____ nicht mehr über dieselben Kompetenzen verfügt. Gleiches gilt für die Teilnehmer-Liste im Bloom- berg Trading Chat, auf welcher C._____ fehlt (dazu die Beklagte in act. 40 N. 160 ff., 765, 825 ff.), und für das in act. 41/46 von D._____ und C._____ angesprochene Problem beim Handel eines Mini Future. In Bezug auf letzteres erschliesst sich ein- zig, dass der betreffende Mitarbeiter der Handelsabteilung der Beklagten (K._____) zwei Produkte in einer Anzahl Einheiten handeln wollte, welche nicht der Order Instruction entsprochen hatte. Die Klägerin legt plausibel dar, dass dies eine An- passung der Absicherungsposition notwendig gemacht habe (act. 56 N. 259), wo- bei K._____ die dadurch verursachte Verzögerung der klägerischen Handelsbestä- tigung aber nicht aufgefallen sei. Anhaltspunkte für fehlende Gutgläubigkeit der Klä- gerin gehen aus diesen Unterlagen und Aspekten nicht genügend klar hervor.

E. 4.4.2.13

Es muss unter den genannten Umständen davon ausgegangen werden, dass C._____ intern zum Abschluss dieser Geschäfte tatsächlich bevollmächtigt war, andernfalls für die fraglichen Geschäfte bei der Beklagten eine andere interne Organisation und Kontrollmechanismen hätten bestehen müssen. Zumindest hätte die Beklagte aber grundsätzlich ein Vertrauen darauf erweckt, dass C._____ zur Vereinbarung solcher Produkte ermächtigt ist. Entgegen der Ansicht der Beklagten hat die Klägerin in diesem Zusammenhang soweit ersichtlich auch keine falschen oder irreführenden "Trade Confirmations" und Termsheets ausgestellt. Bei mass- geschneiderten Produkten sind Vertragsschluss (Initial Fixing) und Handel des Pro- dukts (Trade) bzw. Übertragung der Bucheffekten gegen Bezahlung (Settlement) auseinander zu halten. Das auf den Termsheets angegebene "Initial Fixing Date" entsprach jeweils dem Datum, an welchem die Klägerin die Parameter des jeweili- gen Mini Futures mit C._____ vereinbart hatte. Das ausgewiesene "Initial Underly- ing Level" entsprach dem mit C._____ am Initial Fixing Date festgelegten: Bei ei- nem neuen, d.h. nicht auf einem Roll-Over gründenden Mini Future handelte es sich um den dem Absicherungsgeschäft zugrunde liegenden, aktuellen Kurs des Basiswerts ("At Market"-Instruktion), im Falle eines Roll-Overs bzw. "Re-Entry"

wie

- 39 - beim Mini Future ISIN CH 3 um den ursprünglichen, dem bestehenden Absicherungsgeschäft zugrunde liegenden Kurs des Basiswerts. Das "Trade Date" bezeichnete sodann richtigerweise das Datum des Handels des – gemäss den mit C._____ vereinbarten Konditionen – emittierten Produkts über die Handelsabteilungen der Parteien. Daran ändert nichts, dass D._____ den Vertragsschluss C._____ teilweise noch vor dem Handel per E-Mail bestätigte und dabei als Trade Date das Datum des Vertragsschlusses nannte (so die Beklagte in act. 40 N. 87, 366 ff.). Die Beklagte legt vor diesem Hintergrund nicht dar, wie das Termsheet, insbesondere dasjenige betreffend den streitgegenständlichen Mini Future ISIN CH 3 (act. 3/16), ihrer Ansicht nach die "Vorgeschichte" korrekt hätte darstellen müssen. Potentiell irreführend wäre nach dem Gesagten insbesondere, als Initial Underlying Level im Falle eines Roll-Overs den aktuellen Kurs des Basiswerts am "neuen" Initial Fixing Date auszuweisen (so die Beklagte in act. 40 N. 118 S. 97). Der Vollständigkeit halber ist zu ergänzen, dass die Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich im Rahmen ihrer Verdachtsprüfung – in der noch nicht rechtskräftigen Nichtanhandnahmeverfügung – ebenfalls zum Schluss gelangte, dass die klägerischen Trade Confirmations und Termsheets keine falschen bzw. unwahren Angaben enthielten (act. 96/4 N. 18 f.).

E. 4.4.2.14

Es liegt weiter im Verantwortungsbereich der Beklagten, ihre Kunden korrekt zu informieren, sofern sie für diese strukturierte Produkte erwirbt. Ein Roll-Over oder wie vorliegend bei ISIN CH 3 der "Re-Entry" wird in aller Regel vereinbart, um im Interesse desselben Kunden, welcher bereits das ausgestoppte Produkt erworben hatte, investiert zu bleiben. Dieser hat Kenntnis der Vorgänge, sofern die Beklagte ihren Informationspflichten nachgekommen ist. Insofern ist die von der Beklagten befürchtete "Irreführung der Investoren" (act. 40 N. 118 S. 97) im Falle korrekten Verhaltens ihrer Mitarbeiter ausgeschlossen. Diesbezügliche Verfehlungen von C._____ können nicht der Klägerin angelastet werden.

E. 4.4.2.15

Ebenso ist der Vergleich der Beklagten mit dem Fall der Bank L._____ AG bzw. "Schubladengeschäften" (act. 40 N. 59; act. 41/51) verfehlt, auch wenn die Klägerin der Beklagten nach der Order Instruction hinsichtlich ISIN CH 3 für den Handel mehrere Tage eingeräumt hat. Vorliegend geht es um massgeschneiderte

- 40 - Mini Futures. Die Klägerin hat die Order Instructions von C._____ soweit ersichtlich gerade nicht zeitlich verzögert bearbeitet. Aus dem blossen Umstand, dass C._____ im Anschluss nicht umgehend den (alle Einheiten umfassenden) Handel der Mini Futures veranlasste, musste die Klägerin sodann nicht auf strafbare Handlungen schliessen. Die Beklagte erachtet eine längere "Liberierungsfrist" selbst nicht als unzulässig ("Daher ist bei der Liberierungsfrist die Gewährung einer längeren Frist weniger problematisch") und macht für das Clearing und Settlement eine Marktusanz von t+2 geltend (act. 40 N. 118 S. 95). Clearing und Settlement finden nicht umgehend nach dem initial fixing date, sondern erst nach dem Handel des Produkts statt (so auch die Beklagte in act. 40 N. 122 [Unterstreichung hinzugefügt]: "sobald die Parteien ein Geschäft abgeschlossen haben bzw. ihre Aufträge durch einen Handelsplatz bzw. eine Handelsplattform zusammengeführt worden sind."). Das Clearing und Settlement hinsichtlich ISIN CH 3 erfolgte soweit ersicht-

lich korrekt.

E. 4.4.2.16

Sodann ergibt sich entgegen der Ansicht der Beklagten (act. 9 N. 545) auch aus den Gesprächen vom 26. Februar 2020 (act. 3/26; D._____: "Wenn ich buche, ist es etwas anderes als wenn du zeichnest. Weil wenn ich buche, habe ich ein Produkt im System und der Händler hat sein Hedge in einem Produkt drin.") und 28. Februar 2020 (act. 3/48; D._____: "weil eben sonst haben wir das Szenario, okay wir haben jetzt einen Trade, gut wir überleben das Wochenende, Du zeichnest am Montag die erste Tranche, aber am Montag geben wir einen Stop-Loss oder und dann hast Du nur eine Tranche drin und was machen wir dann...") nicht, dass D._____ um eine angeblich fehlende Vertretungsmacht von C._____ gewusst hat. D._____ und C._____ haben in ihren Gesprächen keine einheitliche Terminologie gepflegt. Häufig verwendeten sie den Begriff "Zeichnung" für den Handel des emit- tierten Produkts über die Handelsabteilungen. Eine so verstandene "Zeichnung" ist in der Tat nicht gleichbedeutend mit einer Order Instruction bzw. deren Annahme oder dem Abschluss des Absicherungsgeschäfts durch die Klägerin ("wenn ich bu- che"), was D._____ und C._____ im obgenannten Gespräch vom 28. Februar 2020 als "Trade" beschrieben. Die Äusserung von D._____ ist vielmehr so verstehen, dass er ein Ausstoppen des neuen Produkts während laufender Abwicklung und einen weiteren Roll-Over vermeiden wollte (vgl. act. 3/44: " Was ich einfach verhin-

- 41 - dern möchte [...], ist, dass wir wieder etwas buchen und wir on the very same day oder on the next day wieder in den Stopp-Loss reingehen. Dann beginnt das Ganze wieder von vorne und hin und her und dann geht es einfach immer weiter."). Im Übrigen ist von einer Effekthändlerin wie der Klägerin zu erwarten, dass sie für ihre Absicherungspositionen unbesehen einer allfälligen vertraglichen Verpflich- tung der Beklagten zur Schadloshaltung ein Risikomanagement vorsieht (so auch die Beklagte in act. 40 N. 116 S. 64), was das Drängen der betreffenden klägeri- schen Mitarbeiter zum Abschluss eines neuen Mini Future erklärt (act. 3/48; D._____: "der vom Risk ist auch schon beim Händler gewesen, hey bitte, bitte ein neuer Trade, bitte verbuchen, dass diese Position wieder in einem Produkt drin ist").

E. 4.4.2.17

Des Weiteren hatte D._____ auch keinen Grund, aus dem übrigen Ver- halten von C._____ auf strafbare Handlungen oder einen Interessenkonflikt zu schliessen. Ihre gegenteilige Behauptung (act. 9 N. 540 ff.; act. 40 N. 90, 1273 ff.) stützt die Beklagte auf Äusserungen von C._____ in Telefongesprächen mit D._____ am 26. Februar 2020 (act. 3/25: "Eben, wir haben jetzt ausgemacht, dass du auch hörst, heute nach dem ersten Quote werden wir dann gleich aufteilen. Wenn möglich werde ich es dann auf drei, sieben aufteilen. Das heisst bei dir, wenn der Stop/Loss muss dann 100 sein oder 120, das schauen wir dann an.") und 28. Februar 2020 (act. 3/42; C._____: "Frage ist, wie buche ich das."; D._____: "Du musst ja nicht alle auf einmal, Du kannst die Zeichnung dann auf mehrere Tage verteilen."). Was C._____ vorliegend unter einer Aufteilung "nach dem ersten Quote" verstand, bleibt unklar. C._____ und D._____ sprachen über die Höhe der festzusetzenden Stop-Loss-Schwelle, was im Zusammenhang mit der dann tat- sächlich auch vorgenommenen Aufteilung der Einheiten in Tranchen Sinn ergibt. Der Handel des Produkts in Tranchen ist nicht unzulässig, wurde von der Handels- abteilung der Beklagten umgesetzt und auch bereits früher praktiziert, wobei die Beklagte dies fälschlicherweise als voneinander unabhängige

Einzelkäufe qualifiziert (Klägerin: act. 1 N. 4 und act. 30 N. 239, 309, 321; Beklagte: act. 9 N. 435). Für D._____ ergaben sich aus den vorstehenden Äusserungen keine Anhaltspunkte dafür, dass der Handel in Tranchen einer unzulässigen Aufteilung des Mini Future auf verschiedene bzw. "unbeteiligte" Kunden dienen sollte. Ohne gegentei-

- 42 - lige Hinweise durfte die Klägerin grundsätzlich von einer korrekt handelnden Vertragspartnerin ausgehen. Wiederum sei der Vollständigkeit halber darauf hingewiesen, dass auch die Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich im Rahmen ihrer Untersuchungen – gemäss ihrer noch nicht rechtskräftigen Nichtenhandnahmeverfügung – keine Hinweise dafür fand, dass die Klägerin bzw. deren Mitarbeiter von den strafbaren Handlungen von C._____ wussten (act. 96/4 N. 20 ff.).

E. 4.4.2.18

Ferner ist auch nicht ersichtlich, dass D._____ und C._____ bewusst auf nicht überwachte bzw. aufgezeichnete Kommunikationskanäle ausgewichen sind, um die Beklagte zu täuschen bzw. die strafbaren Handlungen zu vertuschen (so die Beklagte in act. 40 N. 32, 92 ff., 1012, 1042, 1307). Auch die C._____ im Strafverfahren vorgeworfenen Urkundenfälschungen bezogen sich soweit ersichtlich weder auf die Korrespondenz mit der Klägerin noch auf seine Handelsaufträge an die Handelsabteilung der Beklagten. Falsch ist schliesslich das Vorbringen der Beklagten (act. 73), dass die Klägerin durch ihren im Strafverfahren gegen C._____ gestellten Antrag, als Privatklägerin im Strafpunkt zugelassen zu werden, die Sachdarstellung der Beklagten anerkannt habe. Aus der entsprechenden Eingabe der Klägerin im Strafverfahren (act. 74/290) ergibt sich vielmehr explizit das Gegenteil.

E. 4.4.3

Fazit C._____ hat namens der Beklagten Order Instructions hinsichtlich der Mini Futures ISIN CH 3 – einschliesslich der Vorgängerprodukte (Produkte Nr. 1-3) – und ISIN CH 4 abgegeben. Die Beklagte hat bis am 9. März 2020 während mehrerer Jahre sämtliche von C._____ angewiesenen Transaktionen umgesetzt und ihre diesbezüglichen Verpflichtungen erfüllt. Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass C._____ intern zur Vereinbarung der streitgegenständlichen Geschäfte bevollmächtigt war. Selbst wenn C._____ aber nicht zur Abgabe der streitgegenständlichen Order Instructions befugt gewesen wäre, hätte die Beklagte bei der Klägerin ein berechtigtes Vertrauen auf die Vertretungsmacht von C._____ für die streitgegenständlichen Geschäfte begründet. Die C._____ in der Anklage vorgeworfenen strafbaren Handlungen betreffen sodann nicht die vorliegend zu prüfenden Order Instructions und die Vertragsbeziehung zur Klägerin, sondern das Verhältnis der Beklagten zu ihren Kunden. Die Handlungen, insbesondere die nachträgliche Ein-

- 43 - buchung des Mini Future ISIN CH 3 auf Konten "unbeteiligter" Kunden, dienten der Vertuschung der auf diesem abgeschlossenen Mini Future aufgrund des Börsencrashes eingetretenen Verluste. Es liegen weder Hinweise dafür vor, dass C._____ mit den Order Instructions selbst die Schädigung der Kunden der Beklagten in Kauf nahm, noch dafür, dass die Klägerin von den strafbaren Handlungen wusste. Zu prüfen ist deshalb im Folgenden, ob die Mini Futures ISIN CH 3 und ISIN CH 4 bzw. deren Absicherungspositionen wie von der Klägerin dargetan aufgrund einer entsprechenden Order Instruction von C._____ am Abend des 6. März 2020 in einen neuen Mini Future gerollt wurden. 5. Order Instruction von C._____ am Abend des 6. März 2020 5.1.

Streitpunkte Die Klägerin bringt zusammengefasst vor, C._____ habe nach Verfall der Mini Futures ISIN CH 3 und ISIN CH 4 am Abend des 5. März 2020 seine hinsichtlich ISIN CH 3 bereits früher geäusserte Roll-Over-Instruktion bestätigt und betreffend ISIN CH 4 eine solche Instruktion neu abgegeben. C._____ und D._____ hätten deshalb am 6. März 2020 verschiedene Varianten eines neuen, auf dem nicht aufgelösten Absicherungsgeschäft zu strukturierenden Mini Future besprochen. Auf seinen Wunsch hin sei C._____ am späteren Abend schliesslich in die Büroräumlichkeiten der Klägerin gekommen, um die Börsenentwicklung gemeinsam zu beobachten und das weitere Vorgehen zu besprechen. Im Rahmen dieser Diskussionen habe C._____ schliesslich eine die Beklagte verpflichtende Order Instruction für einen Mini Future mit folgenden Eigenschaften erteilt (act. 1 N. 250 ff., 281; act. 30 N. 836 ff.):

- 44 - N._____ Die Beklagte bestreitet in Anknüpfung an ihre Ausführungen zu den vorstehend besprochenen Transaktionen, dass C._____ eine solche Order Instruction erteilt hat sowie dass die Vereinbarung eines derart gerollten Produkts überhaupt zulässig gewesen wäre und sie, die Beklagte, hätte verpflichten können. Schliesslich würde eine mündlich abgegebene Order Instruction auch den Standards bei Börsengeschäften und den in den ToB aufgestellten Formerfordernissen widersprechen (act. 9 N. 620 ff.; act. 40 N. 175, 978, 1051 ff., 1101) 5.2. Rechtliches Ein vereinbarter Formvorbehalt begründet die widerlegbare Vermutung, dass die Parteien vor Erfüllung dieser Form nicht gebunden sein wollen (Art. 16 Abs. 1 OR). 5.3. Würdigung 5.3.1. Gemäss Ziff. 6 Abs. 1 ToB (act. 3/5) haben Order Instructions der Beklagten per Telefon, Telefax, E-Mail oder auf einem anderen, von der Klägerin akzeptierten elektronischen Weg ("any other electronic means we have accepted") zu erfolgen (Unterstreichung hinzugefügt). Die behauptete mündliche Order Instruction von C._____ am 6. März 2020 in den Büro-Räumlichkeiten der Klägerin erfüllt dieses Formerfordernis offensichtlich nicht, worauf die Beklagte zu Recht hinweist (act. 40 N. 175, 978, 1101). Die Klägerin entgegnet darauf einzig, es bestehe kein Formerfordernis für die Instruktionen von C._____ (act. 56 N. 763; ebenso bereits act. 30 N. 42a); die ToB würden keine Bestimmung enthalten, wonach die mündliche Er-

- 45 - teilung von Handelsaufträgen ausgeschlossen sei (act. 56 N. 837). Dies trifft nach dem Gesagten gerade nicht zu, sieht Ziff. 6 Abs. 1 ToB doch einzig die Möglichkeit einer mündlichen Order Instruction im Rahmen eines (aufzuzeichnenden) Telefongesprächs vor. Um eine solche geht es vorliegend nicht. 5.3.2. Die Klägerin weist in anderem Zusammenhang zu Recht auf die Aufzeichnungspflichten gemäss Rundschreiben 2013/8 der FINMA (act. 11/7) hin, welche beide Parteien treffen. Eine mündliche Order Instruction ausserhalb aufgezeichneter Kanäle, wie sie die Klägerin für den 6. März 2020 behauptet, entspricht nicht den Standards im Effektenhandel, zumal bei Transaktionen mit einem solchen Investitionsvolumen. Regeln Parteien in Nachachtung der ihnen aufsichtsrechtlich auferlegten Pflichten, dass Order Instructions über solche aufgezeichneten Kommunikationskanäle zu erfolgen haben, kann dies in guten Treuen nur als Wirksamkeitserfordernis verstanden werden (Art. 16 Abs. 1 OR). Eine spätere Änderung oder eine abweichende Praxis der Parteien behauptet die Klägerin nicht. Sodann kann entgegen der Ansicht der Klägerin (act. 1 N. 285 ff., 347, 388 ff.; act. 30 N. 345 ff., 496 ff.) aus dem Verhalten von M._____ von der Beklagten am 9. März 2020 auch keine Genehmigung der behaupteten Order Instruction abgeleitet werden. Dementsprechend kann offen bleiben, ob C._____ am Abend des 6. März 2020 die behauptete Order Instruction abgegeben hat, wäre eine solche doch unwirksam. Aufgrund der Verletzung der zuvor stets nachgelebten Ziff.

6 Abs. 1 ToB hätte es auch an der Grundlage für ein Vertrauen der Klägerin in die Vertretungs- macht von C._____ gefehlt. Dies gilt umso mehr, als die Abweichung vom verein- barten und bisher praktizierten Vorgehen von C._____ initiiert worden war und die Order Instruction nach Alkoholkonsum abgegeben worden sein soll (Klägerin: act. 56 N. 960.5, 1003; Beklagte: act. 45 N. 104). 5.3.3. Entsprechend verfügt die Klägerin nicht über den geltend gemachten Erfül- lungsanspruch aus einer Order Instruction vom 6. März 2020, aus welcher sie nach Abzug des Rückzahlungsanspruchs der Beklagten eine Forderung von USD 15'903'194 ableitet (act. 1 N. 318). Zu prüfen ist deshalb der von der Klägerin eventualiter behauptete Anspruch auf Ersatz des Verlusts, welcher ihr aufgrund der

- 46 - von C._____ abgegebenen Instruktion, die Absicherungspositionen nicht zu schliessen, entstanden sein soll. 6. Anspruch der Klägerin auf Schadloshaltung im Zusammenhang mit der Li- quidation der Absicherungspositionen 6.1. Streitpunkte Hinsichtlich der Parteistandpunkte in Bezug auf die Zulässigkeit von Roll-Over-In- struktionen kann auf die vorstehenden Erwägungen verwiesen werden. Die Klägerin macht geltend, C._____ habe sie hinsichtlich ISIN CH 3 und ISIN CH 4 angewiesen, das jeweilige Absicherungsgeschäft nach Verfall des Mini Future auf Risiko der Beklagten nicht zu liquidieren, sondern für ein neues Produkt offen zu halten. Sie, die Klägerin, habe die Absicherungspositionen deshalb nicht liquidiert, bis die Beklagte am 9. März 2020 die Befugnis von C._____ zur Abgabe von Order Instructions bestritten habe. Bei der anschliessend durchgeführten Liquidation der Absicherungspositionen sei ihr, der Klägerin, ein Verlust von USD 15'848'584.– entstanden, welcher ihr von der Beklagten zuzüglich entgangenem Gewinn von USD 54'610.– zu ersetzen sei. Davon abzuziehen sei ein Rückzahlungsanspruch der Beklagten aus dem Mini Future ISIN CH 3 in der Höhe von USD 2'457'000.– (act. 1 N. 244 ff., 303 ff., 329 ff.; act. 30 N. 829 ff.). Die Beklagte bestreitet die behauptete Instruktion von C._____, eventualiter deren Zulässigkeit und Verbindlichkeit für sie. Weiter bestreitet sie die von der Klägerin behauptete Liquidation der Absicherungsposition und erachtet die klägerische Schadensberechnung als nicht nachvollziehbar (act. 9 N. 615 ff.) 6.2. Würdigung 6.2.1. Austausch von D._____ und C._____ 6.2.1.1. Wie ausgeführt bestand für die Mini Futures ISIN CH 3 und ISIN CH 4 je ein Absicherungsgeschäft. Als Erstes gilt es den von der Klägerin angeführten Aus- tausch von C._____ und D._____ dahingehend zu prüfen, ob C._____ die von der Klägerin behauptete Instruktion erteilt hat, wonach diese Absicherungspositionen

- 47 - nach dem Verfall der beiden Mini Futures für einen Roll-Over bestehen bleiben sol- len. 6.2.1.2. Hinsichtlich des Mini Future ISIN CH 3 hatten sich D._____ und C._____ wie vorstehend ausgeführt bereits am 28. Februar 2020 darüber unterhalten, was bei Erreichen der Stop-Loss-Schwelle von USD 140.– geschehen soll. C._____ be- stätigte, dass "das Re-Entry" bei USD 140.– "platziert" werden bzw. dass "sozusa- gen ein Re-entry zum gleichen Level, damit wir wieder ein Rebooking machen kön- nen" geschehen solle (act. 3/45; Klägerin: act. 1 N. 200 ff.). Auch in ihrem SMS- Austausch vom 5. März 2020 (act. 3/68; Klägerin: act. 1 N. 245 und act. 30 N. 381) sprachen D._____ und C._____ kurz vor Erreichen der Stop-Loss-Schwelle von einem "Re-Entry" (C._____: "sieht scheisse aus"; D._____: "[Emoji] Re-entry plat- ziert la?"; C._____: "unbedingt"). Bereits bei der Vereinbarung der Produktparame- ter am 28. Februar 2020 beschrieb D._____ allerdings, was er unter einem solchen "Re-Entry" tatsächlich verstand, nämlich "No matter how high it goes, we try to keep it", was C._____ bestätigte und für einen Roll-Over spricht. Es wäre denn auch nicht einzusehen, weshalb C._____ und D._____ in diesem Zeitpunkt einen

"Re-Entry" gemeint haben sollten, würden eine Auflösung und ein umgehender Wiederaufbau der Position doch unnötige, zusätzliche Kosten verursachen. C._____ bestätigte somit am 5. März 2020, dass die Absicherungspositionen der Mini Futures ISIN CH 3 und ISIN CH 4 für einen neuen Mini-Future ("Re-Booking") bestehen bleiben sollten. Es ist unbestritten (vgl. act. 9 N. 286, 617), dass die Klägerin die Absicherungspositionen nach Erreichen der Stop-Loss-Schwelle nicht liquidierte. 6.2.1.3. Im Austausch von D._____ und C._____ am 6. März 2020 hielt letzterer daran fest, dass die Positionen nicht aufgelöst werden sollen. D._____ übermittelte per E-Mail indikative Berechnungen für zwei neue, auf den bestehenden Absicherungsgeschäften gründende Mini Futures mit 1'170'000 bzw. 100'000 Einheiten ("Folgend findest Du die zwei Pricings für die alten & neue Tranche") an C._____ (act. 3/74; Klägerin: act. 1 N. 251 und act. 30 N. 387, 836; Beklagte: act. 9 N. 620). In der Folge wurden diese beiden Vorschläge allerdings aufgrund starker Kursbewegungen des Basiswerts obsolet (Klägerin: act. 1 N. 256; Beklagte: act. 9 N. 625). Um ca. 18.25 Uhr führten D._____ und C._____ deshalb ein Telefongespräch (act. - 48 - 3/78; Klägerin: act. 1 N. 267 ff.), in welchem sie das weitere Vorgehen diskutierten. Die nach dem Stop-Loss offengehaltenen Absicherungspositionen standen dabei im Zentrum. Während die Aussage von C._____ zu Beginn des Gesprächs ("Bitte gib mir, gib mir, also nicht schliessen, kein, kein Stopp-Loss und so weiter") noch als Bitte an D._____ verstanden werden könnte, die Absicherungspositionen auf Risiko der Klägerin offen zu behalten, kann angesichts der nachfolgenden Äusserungen kein Zweifel darüber bestehen, dass C._____ über das weitere Schicksal der Absicherungspositionen zu entscheiden hatte. So fragte D._____, bei welchem Kurs C._____ schliessen wolle ("Und wann würdest Du schliessen wollen, wenn es wieder etwas runterkommt?"; "würdest du dann closen oder würdest du dann die Variante mit den 20 Millionen machen?"), überliess die Entscheidung klar C._____ ("Ja, Du eben, unter dem Strich ist es Deine Entscheidung und ich kann und will Dir da gar nicht reinreden"; "Also weisst Du, ich, das ist immer noch [...] deine Entscheidung. Du musst entscheiden, was Du machen willst"; "Eben ich darf Dir kein, kein Advice geben") und C._____ sprach jeweils davon, dass er die Positionen nicht schliesse ("Wenn ich jetzt [...] schliesse"; "das ist genau die Positionen [sinkender Kurs], die ich brauche, um zu schliessen"; "ich würde es, wenn es heute ist, ich kann das nicht dann closen am Abend"; "ich will einfach weiterkämpfen"). Überdies ergibt sich daraus, dass C._____ die Absicherungspositionen nach wie vor nicht schliessen wollte. 6.2.1.4. Hinweise dafür, dass die Klägerin das Kursrisiko tragen würde, obwohl sie die Positionen auf Instruktion von C._____ hin für einen Roll-Over offen hält, lassen sich in dem Austausch nicht finden. Insbesondere ergibt sich dies nicht aus der Äusserung des Händlers der Klägerin, F._____, am Abend des 6. März 2020, wonach er die Absicherungsposition schliessen werde, falls die Schwelle von USD 212.– überschritten werde (act. 3/79; Beklagte: act. 40 N. 736, 1057), hat er sich doch anscheinend im selben Gespräch bei C._____ erkundigt, weshalb er (C._____) die Position halten wolle. Gleiches gilt für die Äusserung von D._____ am 28. Februar 2020, wonach die offene Position langsam "intern ein Issue" werde (act. 3/44), welche darin gründet, dass die Klägerin wie ausgeführt für alle Positionen in ihren Büchern ein Risikomanagement vorsehen muss. Insgesamt ist erstellt, dass C._____ und D._____ übereingekommen sind, die Absicherungspositionen

- 49 - auf Risiko der Beklagten für einen neuen Mini Future offenzuhalten. Fraglich ist somit wiederum, ob die Beklagte durch diese Willensäusserung von C._____ verpflichtet wurde. 6.2.2. Vertretung der Beklagten durch C._____ 6.2.2.1. Diesbezüglich kann

grundsätzlich auf die vorstehenden Erwägungen verwiesen werden; die Beklagte wurde durch die Willensäusserungen von C._____ verpflichtet. Es ist davon auszugehen, dass C._____ intern tatsächlich zum Abschluss der streitgegenständlichen Geschäfte befugt war, zumindest aber hat die Beklagte bei der Klägerin ein berechtigtes Vertrauen auf eine entsprechende Vertretungsmacht begründet. Dies gilt auch für Geschäfte, bei welchen das Verlustrisiko wie vorliegend zumindest theoretisch unbegrenzt ist. 6.2.2.2. Was das nach Ansicht der Beklagten (act. 9 N. 662; act. 40 N. 695) verzeufelte und irrationale Verhalten von C._____ am 6. März 2020 anbelangt, kann auf ein solches jedenfalls nicht im Nachhinein geschlossen werden, weil die Entscheidung von C._____ zu einem Verlust geführt hat. Im Zeitpunkt der Roll-Over-Instruktion vom 5. März 2020 war der Verlust noch auf das Investment von USD 11'336'130.– (ISIN CH 3) bzw. USD 587'500.– (ISIN CH 4) beschränkt. Das Investitionsvolumen des Mini Future ISIN CH 3 war von der Handelsabteilung der Beklagten in diesem Zeitpunkt bereits ohne Einwände abgewickelt worden, weshalb sich für die Klägerin keine Hinweise darauf ergaben, dass die Kompetenzen von C._____ betragsmässig beschränkt sein könnten. In den Telefongesprächen vom 6. März 2020 wirkt C._____ dann zwar angespannt; allein deshalb musste D._____ aber nicht an seiner Vertretungsmacht zweifeln oder gar eine Handlungsunfähigkeit annehmen. Schliesslich ist daran zu erinnern, dass die Klägerin keine Beratungspflicht traf (vgl. Ziff. 3 ToB [act. 3/5]; Klägerin: act. 30 N. 46 ff., 62, 369, 440 ff., 459 ff., 648, 934). Daran ändert nichts, dass D._____ mit C._____ verschiedentlich und insbesondere am 6. März 2020 die weitere Kursentwicklung diskutierte und D._____ die optimistische Einschätzung von C._____ skeptisch aufnahm (Klägerin: act. 1 N. 257; Beklagte: act. 40 N. 644 ff., 716; vgl. act. 3/77). Ebenso wenig kann aus der blossen – von C._____ bejahten – Frage von D._____ nach der vor-

- 50 - handenen Liquidität (act. 3/44) geschlossen werden, D._____ habe gewusst, dass C._____ "ausserhalb seiner Autorisierung" handle (so die Beklagte in act. 9 N. 581).

6.2.2.3. Die Klägerin durfte demnach bis zur expliziten Bestreitung durch die Vorgesetzten von C._____ am 9. März 2020 auf die (mehrmals wiederholte) Instruktion von C._____ vertrauen, wonach die Absicherungspositionen auf Risiko der Beklagten nicht zu schliessen seien. Da die Beklagte die Klägerin in dieser Situation vereinbarungsgemäss für allfällige Verluste schadlos zu halten hat (vgl. Erw. 4.4.2.7), kommt der Klägerin ein Anspruch auf Ersatz der aufgrund dieser Instruktion erlittenen Vermögenseinbusse zu.

6.2.3. Anspruchshöhe 6.2.3.1. Diese Vermögenseinbusse entspricht der Kursdifferenz zwischen dem Zeitpunkt des Verfalls der Mini Futures und der Liquidation der Absicherungspositionen (Differenztheorie). Diese Differenz beziffert die Klägerin auf USD 15'848'584.–, wovon sie einen Rückzahlungsanspruch der Beklagten von USD 2'457'000.– in Abzug bringt (act. 1 N. 340 ff.). Dazu schlägt sie schliesslich – von der Beklagten ebenfalls bestrittenen (act. 9 N. 681) – entgangenen Gewinn von USD 54'610.– (act. 1 N. 338).

6.2.3.2. Die Beklagte tut die konkrete klägerische Berechnung unsubstantiiert und zu Unrecht als "Basar" ab (act. 9 N. 678). Von ihrer Kritik an der Berechnungsmethode ist vor dem Hintergrund der vorstehenden Erwägungen einzig zutreffend, dass aus dem nicht abgeschlossenen Geschäft vom Abend des 6. März 2020 kein Anspruch auf Ersatz des entgangenen Gewinns abgeleitet werden kann. Weder aus der schriftlichen oder mündlichen Korrespondenz von D._____ und C._____ noch aus der von der Klägerin angeführten und allgemein gehaltenen Ziff. 17 ToB ("any cost, losses, liability or expenses whatsoever") lässt sich eine über die blosser Schadloshaltung hinausgehende Vereinbarung ableiten, wonach der Klägerin auch entgangener Gewinn zu ersetzen wäre,

falls die Beklagte die Schliessung der Absicherungsposition anordnen würde, statt deren Verwendung für einen neuen Mini Future. Die Klägerin hatte mithin keinen Anspruch auf Geschäftsabschluss.

- 51 - 6.2.3.3. Ein Anspruch auf Ersatz des entgangenen Gewinns hätte demnach einzig in Bezug auf den Mini Future ISIN CH 4 bestehen können. Dieser wurde gültig vereinbart, aber im Anschluss aufgrund Erreichens der Stop-Loss-Schwelle nie gehandelt und bezahlt. Da entsprechende Behauptungen der Klägerin fehlen, ist eine weitere Prüfung und Berechnung dieses Anspruchs indes nicht möglich. Die klägerischen Ansprüche erschöpfen sich deshalb in der Vermögenseinbusse, welche sie durch das Offenhalten der Absicherungspositionen nach Erreichen der Stop-Loss-Schwelle bis zu deren Liquidation am 9. März 2020 erlitten hat. Anstatt die Kursdifferenz getrennt zu berechnen, stellt die Klägerin auf einen nach der Anzahl Einheiten gewichteten Durchschnitts-Spotpreis von USD 137.84 pro Unit ab (act. 1 N. 310, 337; act. 30 N. 338, 855). Dagegen ist nichts einzuwenden. Die Klägerin zieht dabei bei ISIN CH 4 richtigerweise den tatsächlichen Spot-Preis von USD 112.68 heran, bei ISIN CH 3 aber den diesbezüglichen Stop-Loss-Kurs von USD 140.– (act. 1 N. 274, 335). Entgegen der Ansicht der Beklagten ist letzteres ebenfalls richtig, dies unter der Voraussetzung, dass auch bei der Berechnung des Rückzahlungsanspruchs auf den Stop-Loss-Kurs abgestellt wird (dazu sogleich). Es trifft freilich zu, dass die in act. 1 N. 335 abgebildete Berechnung der Klägerin einen Tippfehler aufweist (so die Beklagte in act. 9 N. 630, 678). Richtig sind 1'170'000 Einheiten (ISIN CH 3) und 100'000 Einheiten (ISIN CH 4) bzw. 117'000 (nicht 170'000) und 10'000 Basistitel. 6.2.3.4. Hinsichtlich des von der Klägerin am 9. März 2020 erzielten Liquidationspreises ist richtig, dass der fragliche Auszug aus dem klägerischen Effektenjournal (act. 31/143) ein von der Klägerin selbst erstelltes Dokument darstellt. Bloss deshalb geht ihm aber nicht von vornherein jeglicher Beweiswert ab (so die Beklagte in act. 9 N. 655, 667, 680 und act. 40 N. 1072), handelt es sich beim nach den aufsichtsrechtlichen Vorgaben zu führenden Effektenjournal doch naturgemäss um eine interne Aufzeichnung. Es ist im Übrigen nachvollziehbar, dass im Auszug als Transaktionszeit deshalb bei allen Transaktionen 00:00 Uhr angegeben wird, weil die Transaktionen dieses Tages wie üblich in einem einzigen Settlement zusammengefasst wurden und die Angabe einer Durchschnittszeit nicht möglich ist (so die Klägerin in act. 56 N. 777, 824 ff.). Sodann reichte die Klägerin den Detail-Auszug aller 944 Einzeltransaktionen nach (act. 57/168, elektronisch auf USB-Stick),

- 52 - welcher aufgrund der neuen Bestreitung der Beklagten in der Duplik nicht verspätet ist (Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO; vgl. auch Urteil HG200047 vom 15. Dezember 2022 Erw. 1.3.6, in ZR 122/2023 S. 240 ff. Nr. 60). Gründe, weshalb an diesen klägerischen Angaben zu zweifeln wäre, sind nicht ersichtlich. Die Beklagte äusserte sich in ihrer Stellungnahme vom 12. Januar 2023 (act. 65) denn auch nicht mehr dazu. Es ist demnach erstellt, dass die Klägerin die 127'000 Basistitel zu einem gewichteten Durchschnittspreis von USD 262.632 pro Titel liquidierte. Es resultiert somit der genannte Betrag von USD 15'848'584.– (1'270'000 Einheiten x [USD 262.632 - USD 137.84] x 0.1 Conversion Ratio). 6.2.3.5. Die Klägerin gesteht der Beklagten sodann in Bezug auf den Mini Future ISIN CH 3 zu Recht einen Rückzahlungsanspruch von USD 2'457'000.– zu (act. 1 N. 340). Die Abrechnung hat vorliegend nicht nach einer anerkannten Praxis (so die Beklagte in act. 9 N. 683), sondern nach der von den Parteien getroffenen Vereinbarung zu erfolgen. Vereinbart und im Termsheet festgehalten (act. 3/16 S. 2) wurde für die Abrechnung bei Verfall des Mini

Future aufgrund Stop-Loss folgende Formel: $\text{Conversion Ratio} \times \text{MAX} [0; \text{Strike Level} - \text{Unwind Liquidation Price}] = \text{Rückzahlungspreis pro Unit}$ Der Klägerin steht dabei das Recht zu, den Liquidationspreis auf einen innert der folgenden drei (Handels-) Stunden erzielten Kurs festzulegen (act. 3/16 S. 2). Zwar haben die Parteien vorliegend vereinbart, die Absicherungsposition einstweilen nicht zu liquidieren, weshalb kein tatsächlicher Liquidationswert innert drei Stunden resultiert. Eine grundsätzliche Abänderung des vereinbarten Abrechnungsmechanismus ist damit aber nicht verbunden. Im Gegenteil anerkennt zu Recht auch die Beklagte, dass die Klägerin diesfalls für die Abrechnung auf einen Preis abstellen darf, welcher innerhalb der in den drei Handelsstunden nach Verfall gültigen Marktpreise liegt (act. 40 N. 116 S. 62). Es steht der Klägerin mithin frei, jeden innert der folgenden drei Handelsstunden erreichten Kurs zu verwenden, solange bei der vorstehenden Berechnung der auf der Absicherungsposition erlittenen Vermögenseinbusse derselbe Kurs verwendet wird. Die Klägerin setzt den Stop-Loss-Kurs von USD 140.– ein, was zweckmässig ist und den genannten Rückzahlungsanspruch von USD 2'457'000.– ergibt ($0.1 \times [\text{USD } 161.– - \text{USD } 140.–] \times 1'170'000$).

- 53 - 6.2.3.6. Daraus ergibt sich somit ein klägerischer Anspruch von USD 13'391'584.– (USD 15'848'584.– - USD 2'457'000.–). 6.2.4. Währung 6.2.4.1. Bei Fremdwährungsschulden kann die Forderung der Gläubigerin ausschliesslich auf Zahlung in Fremdwährung gehen, und sie kann gemäss Art. 84 Abs. 1 OR nur die Leistung in der vereinbarten Auslandswährung fordern. Entsprechend darf im Erkenntnisverfahren nur eine Zahlung in der geschuldeten Fremdwährung zugesprochen werden (BGE 149 III 54 ff. Erw. 5.2; BGE 134 III 151 ff. Erw. 2.2 und Erw. 2.4). Bei Schadenersatzforderungen ist auf jene Währung abzustellen, in welcher die Vermögensverminderung eintrat bzw. auf welche das Bankgeschäft lautete (BGE 137 III 158 ff. Erw. 3.2.2; BGer-Urteile 4A_455/2022 vom 26. Januar 2023 Erw. 3, 4A_341/2016 / 4A_343/2016 vom 10. Februar 2017 Erw. 2.2 und 4C.191/2004 vom 7. September 2004 Erw. 6; vgl. im Übrigen bereits BGE 47 II 190 ff. Erw. 2b). 6.2.4.2. Vorliegend wurden sämtliche streitgegenständliche Transaktionen in US-Dollar verhandelt und abgeschlossen. Den Mini Future ISIN CH 3 hat die Beklagte in US-Dollar bezahlt. Die Klägerin ging die Absicherungsposition im Basiswert in US-Dollar ein und realisierte den Verlust bei der Liquidation entsprechend in US-Dollar. Ebenso hat die Klägerin in ihrer Mahnung vom 20. März 2020 die Bezahlung in US-Dollar verlangt (act. 3/94; Klägerin: act. 1 N. 350, 450). Das klägerische Rechtsbegehren Ziff. 1, worin die Klägerin die Bezahlung eines Betrags in CHF verlangt, ist folglich abzuweisen und der Klägerin ist gemäss ihrem Eventualbegehren Ziff. 2 der Betrag von USD 13'391'584.– zuzusprechen. 6.2.5. Zins 6.2.5.1. Die Klägerin hat die Beklagte für die streitgegenständliche Forderung mit Schreiben vom 20. März 2020 gemahnt und darin die Zahlung bis spätestens am 31. März 2020 verlangt (act. 3/94). Wie die Klägerin zu Recht festhält, befindet sich die Beklagte deshalb seit dem 1. April 2020 in Schuldnerverzug und schuldet ab

- 54 - diesem Tag Verzugszins, mithin nicht bereits ab 31. März 2020, wie sie in ihrem Rechtsbegehren verlangt. 6.2.5.2. Vorliegend wurde die Höhe des Verzugszinses vertraglich geregelt, was zulässig ist (BGE 125 III 443 ff. Erw. 3.d; BGE 117 V 349; BGer-Urteile 4A_69/2018 vom 12. Februar 2019 Erw. 7.1.1 und 4A_73/2018 vom 12. Februar 2019 Erw. 8.1.1). Die Vertragsklausel lautet wie folgt: "Where you are in default by virtue of late payment for or delivery of investments, you will have to pay interest, which shall accrue from day to day, from the due date until full settlement, pre- and

post-judgement, at a rate equal to three per cent above the prevailing base rate in the relevant currency." Die Klägerin versteht unter der "prevailing base rate in the relevant currency" den im Zeitpunkt der Fälligkeit ("due date") geltenden USD-3 Mt.-Libor-Zinssatz (act. 1 N. 86, 343, 449 ff.), was die Beklagte (im Eventualstandpunkt, sofern ein klägerischer Anspruch bestehe) nicht bestreitet. Die Beklagte will indessen die tägliche oder zumindest dreimonatliche Änderung während des ganzen Zeitraums des Zinsenlaufs berücksichtigen (act. 9 N. 684). Dieses Vertragsverständnis liesse sich zwar ebenfalls mit dem Vertragswortlaut vereinbaren, würde aber für beide Parteien eine Unsicherheit hinsichtlich der Zinshöhe und erhebliche Probleme bei der Vollstreckung verursachen. Es besteht kein Grund zur Annahme, dass vernünftige Parteien eine solche Regelung vereinbaren wollten (BGE 148 III 57 ff. Erw. 2.2.1; BGE 144 III 327 ff. Erw. 5.2.2.1; BGE 126 III 119 ff. Erw. 2c; BGE 122 III 420 ff. Erw. 3a). Der klägerischen Auslegung ist deshalb der Vorzug zu geben. Die Zinshöhe am 31. März 2020 ist belegt (act. 3/90), weshalb die Beklagte ab dem 1. April 2020 den geltend gemachten Verzugszins von 4.45% schuldet. 6.2.6. Währungsverlust 6.2.6.1. Die Klägerin macht zusätzlich zum Verzugszins einen Währungsverlust von CHF 1'055'527.– für die Periode vom 31. März 2020 bis 18. Dezember 2020 geltend. Die Beklagte bestreitet diesen Anspruch mit mehreren Argumenten. So bringt sie u.a. vor, dass der Verzugszins und der bestrittene Währungsverlust als

- 55 - weiterer Schaden im Sinne von Art. 106 OR nicht kumulativ geschuldet wären (act.

E. 9

Zusammenfassung C._____ hat namens der Beklagten Order Instructions hinsichtlich der Mini Futures ISIN CH 3 – einschliesslich der Vorgängerprodukte – und ISIN CH 4 abgegeben. C._____ hat die Klägerin sodann instruiert, die jeweiligen Absicherungspositionen nach Erreichen der Stopp-Loss-Schwelle auf Risiko der Beklagten nicht zu liquidieren. C._____ war intern bevollmächtigt, namens der Beklagten diese Verpflichtungsgeschäfte einzugehen, eventualiter wäre die Klägerin in ihrem Vertrauen auf die Vertretungsmacht von C._____ zu schützen. Die von der Klägerin behauptete Order Instruction von C._____ am Abend des 6. März 2020 hingegen wäre mangels Einhaltung der vertraglich vereinbarten Form unwirksam, weshalb der Klägerin kein entsprechender Erfüllungsanspruch zukommt. Der Klägerin kommt aber ein Anspruch auf Ersatz der wegen der unterbliebenen Schliessung der Absicherungspositionen erlittenen Vermögenseinbusse von USD 13'391'584.– zu. Geschuldete Währung ist US-Dollar, weshalb das Hauptbegehren Ziff. 1 abzuweisen und das Eventualbegehren Ziff. 2 im genannten Umfang zuzüglich Zins von 4.45% ab dem

- 63 - 1. April 2020 gutzuheissen ist. Im darüber hinausgehenden Umfang ist das Eventualbegehren Ziff. 2 abzuweisen. Die Rechtsbegehren Ziff. 1 und 2 der Widerklage sind abzuweisen. Das Verpflichtungsgeschäft hinsichtlich des Mini Future ISIN CH 3 ist weder nichtig noch leidet es an einem Willensmangel. Die Klägerin bzw. ihre Mitarbeiter – insbesondere D._____ – haben sich im Rahmen der streitgegenständlichen Transaktionen soweit ersichtlich weder als Mittäter noch Gehilfen von C._____ strafbar gemacht. Der Beklagten kommt weder ein vertraglicher noch ein ausservertraglicher Anspruch zu. Das Rechtsbegehren Ziff. 3 der Widerklage (Auskunftsanspruch) ist – soweit darauf einzutreten ist – ebenfalls abzuweisen, da der Beklagten weder aus Vertrag noch aus Gesetz ein entsprechender Auskunfts- bzw. Herausgabeanspruch zukommt.

E. 10

Kosten- und Entschädigungsfolgen

E. 10.1

Gerichtskosten

E. 10.1.1

Höhe 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). Gemäss Art. 91 Abs. 1 ZPO wird der Streitwert durch das Rechtsbegehren bestimmt; Zinsen und Kosten des laufenden Verfahrens sowie allfällige Eventualbegehren werden nicht hinzugerechnet. Sofern der Streitwert des Eventualbegehrens indessen denjenigen des Hauptbegehrens übersteigt, ist auf das Eventualbegehren abzustellen (Urteile HG180062 vom 12. Oktober 2020 Erw.

E. 10.1.2

Verteilung Art. 106 ZPO regelt die Verteilungsgrundsätze: Die Prozesskosten werden der unterliegenden Partei auferlegt. Bei Klagerückzug infolge Klagebeschränkung gilt die klagende Partei als unterliegend (Abs. 1; BGer-Urteil 4A_396/2021 vom 2. Februar 2022 Erw. 4.1 mit Hinweisen). Hat keine Partei vollständig obsiegt, so werden die Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt (Abs. 2). Auch (nur) teilweise obsiegt diejenige Partei, deren Hauptbegehren zwar abgewiesen, das Eventualbegehren aber gutgeheissen wird (Urteil HG150050 vom 19. Dezember 2016 Erw. 5.1). Die jeweilige Partei unterliegt diesfalls im Umfang der Differenz der Streitwerte von Haupt- und Eventualbegehren, sofern das Eventualbegehren einen Teil des mit dem Hauptbegehren eingeklagten Anspruchs darstellt und dessen Streitwert denjenigen des Eventualbegehrens übersteigt (Urteile HG190217 vom 6. Oktober 2021 Erw. 8.2 und HG200109 vom 2. September 2020 Erw. 3.2 je mit Hinweisen). Anders verhält es sich indessen, wenn Haupt- und Eventualbegehren wie vorliegend unterschiedliche Streitgegenstände (BGE 149 III 54 ff. Erw. 5.2; BGE 134 III 151 ff. Erw. 2.2 und Erw. 2.4) zugrunde liegen. Diesfalls ist die Summe der entsprechenden Forderungen für die Beurteilung des Obsiegens und Unterliegens

- 66 - massgebend (Urteil HG150198 vom 11. Dezember 2017 S. 32 f.; BGer-Urteil 4A_54/2018 vom 11. Juli 2018 Erw. 5.2; vgl. auch Kantonsgericht Basel-Land, Urteil 410 22 153 vom 18. Oktober 2022 Erw. 5.1, Kantonsgericht Graubünden, Urteil ZK2 19 36 vom 8. November 2019 Erw. 7.3 und Obergericht Bern, Urteil ZK 18 298 vom 28. August 2018 Erw. iii. 16.5). Hinsichtlich der Klage sind deshalb anders als bei der Streitwertberechnung die Streitwerte von Haupt- und Eventualbegehren zu addieren, was einen Betrag von CHF 25'903'421.70 ergibt. Die Klägerin unterliegt mit ihrem Hauptbegehren Ziff. 1 sowie mit ihrem Eventualbegehren Ziff. 2 im Umfang von CHF 1'103'936.05 (CHF 48'409.05 [USD 54'610.– bei einem Kurs von 0.88645 [www.oanda.com] am 22. Dezember 2020] + CHF 1'055'527.–). Hinzu kommt der Streitwert der Widerklage. Beim Rechtsbegehren Ziff. 1 unterliegt die Beklagte sowohl mit ihrem Hauptbegehren als auch mit ihrem Eventualbegehren. Da es sich wiederum um unterschiedliche Streitgegenstände handelt, sind die Streitwerte zu addieren, ebenso wie der Streitwert des Rechtsbegehrens Ziff. 3 der Widerklage. Mit letzterem unterliegt die Beklagte vollständig, einerseits infolge der vorgenommenen Klagebeschränkung und andererseits (im darüber hinausgehenden

Umfang) infolge Klageabweisung bzw. Nichteintreten, weshalb eine entsprechende Ausscheidung unterbleiben kann. Dies ergibt folgende Berechnung: Klage: Hauptbegehren Ziff. 1 CHF 12'928'516.– 26.78% Klage: Eventualbegehren Ziff. 2 CHF 12'974'905.70 26.88% (davon gutgeheissen: CHF 11'870'969.65 24.59%) (davon abgewiesen: CHF 1'103'936.05 2.29%) Widerklage: Hauptbegehren Ziff. 1 CHF 10'941'179.20 22.67% Widerklage: Eventualbegehren Ziff. 1 CHF 10'326'421.– 21.39% Widerklage: Begehren Ziff. 3 CHF 1'100'000.– 2.28% Total CHF 48'271'021.90 100%

- 67 - Die Klägerin obsiegt folglich im Umfang von 70.93% (24.59% + 22.67% + 21.39% + 2.28%) und unterliegt im Umfang von 29.07%. Die Gerichtskosten sind somit im Betrag von CHF 148'953.– der Beklagten und im Betrag von CHF 61'047.– der Klägerin aufzuerlegen und aus den geleisteten Kostenvorschüssen zu decken.

E. 10.2

Parteientschädigung

E. 10.2.1

Auch die Parteientschädigungen werden grundsätzlich nach Obsiegen und Unterliegen auferlegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 95 Abs. 1 lit. b ZPO). Die Höhe der Parteientschädigung richtet sich nach der Anwaltsgebührenverordnung vom 8. September 2010 (AnwGebV; Art. 105 Abs. 2 und Art. 96 ZPO). Die Gebühr bemisst sich im Zivilprozess nach dem Streitwert bzw. dem tatsächlichen Streitinteresse, der Verantwortung und dem notwendigen Zeitaufwand des Anwalts sowie der Schwierigkeit des Falls (§ 2 Abs. 1 AnwGebV). Diese Grundgebühr ist mit der Begründung oder Beantwortung der Klage verdient (§ 11 Abs. 1 AnwGebV). Die ordentliche Parteientschädigung beträgt vorliegend rund CHF 181'480.–, ausgehend vom vorgenannten Streitwert von CHF 25'016'084.90 (§ 4 Abs. 1 AnwGebV). Für die durchgeführte Vergleichsverhandlung, für die zweite Rechtsschrift sowie für die Noveneingaben (bzw. die Stellungnahmen dazu) ist sodann ein Zuschlag von insgesamt rund 50% vorzunehmen (§ 11 Abs. 2 AnwGebV), was eine Parteientschädigung von CHF 272'220.– ergibt. Die Beklagte unterliegt im Umfang von 70.93% und obsiegt im Umfang von 29.07%. Folglich hat sie der Klägerin eine auf 41.86% reduzierte Parteientschädigung in der Höhe von CHF 113'951.30 zu bezahlen.

E. 10.2.2

Bezüglich des Antrags der Klägerin auf Zusprechung der Parteientschädigung zuzüglich Mehrwertsteuer ist grundsätzlich auf das Kreisschreiben des Obergerichtes vom 17. Mai 2006 hinzuweisen. Demgemäss hat eine mehrwertsteuerpflichtige Partei, welche den Mehrwertsteuerzuschlag beantragt, die Umstände, welche einen (vollen) Vorsteuerabzug nicht zulassen, zu behaupten und belegen. Dies gilt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch, wenn die Gegenseite gegen den Antrag auf Zusprechung des Mehrwertsteuerzuschlages nicht opponiert (BGer-Urteil 4A_552/2015 vom 25. Mai 2016 Erw. 4.5). Die Klägerin macht geltend, sie sei zwar mehrwertsteuerpflichtig, könne aber lediglich einen jährlich zu bestimm-

- 68 - menden und variierenden Prozentsatz der Vorsteuern abziehen; im Jahr 2020 sei dieser Prozentsatz bei 23.76% gelegen (act. 30 N. 929 ff.). Dies blieb seitens der Beklagten unbestritten (vgl. act. 40 N. 1141), weshalb für das Jahr 2020 darauf abzustellen ist. Die Beklagte wies in der Duplik zu Recht darauf hin, dass die Klägerin hinsichtlich des

Prozentsatzes für die Jahre ab 2021 keine Behauptungen aufstellt. Dies hat die Klägerin daraufhin auch nicht mehr nachgeholt (vgl. act. 56 N. 957). Entsprechend kann ihr nur auf demjenigen Teil der Parteientschädigung der (reduzierte) Mehrwertsteuerzuschlag gewährt werden, welcher auf im Jahr 2020 angefallenen Aufwand der Rechtsvertretung entfällt. Es handelt sich dabei um den Aufwand für die Klageschrift, welcher durch die Grundgebühr entschädigt wird. Der Mehrwertsteuersatz betrug 7.7%. Der Klägerin ist somit auf zwei Dritteln der reduzierten Parteientschädigung (100% Grundgebühr gegenüber 50% Zuschlag für weitere Rechtsschriften und die Teilnahme an der Vergleichsverhandlung) ein Mehrwertsteuerzuschlag von CHF 4'459.65 ($\text{CHF } 113'951.30 \times 0.077 \times 0.7624 \times 2/$) zuzusprechen. Dies ergibt eine reduzierte Parteientschädigung von 3 CHF 118'410.95 inkl. MwSt. Das Handelsgericht beschliesst:

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