

ZH_OBERGERICHT LB110052 vom 24. Juni 2013

ZH Obergericht, 2013-06-24, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LB110052

FR: ZH_OBERGERICHT LB110052 du 24 juin 2013

IT: ZH_OBERGERICHT LB110052 del 24 giugno 2013

Erwägungen

E. 1

Im Juni 1999 verstarb die D._____ (nachfolgend: die Erblasserin). Die Erblasserin hinterliess ein beträchtliches Vermögen und setzte testamentarisch ihre Nichte, die Klägerin und Berufungsklägerin (nachfolgend: die Klägerin), als Alleinerbin ein. Die Klägerin ist ausgebildete Krankenschwester. Sie arbeitete während Jahren als Flight Attendant und zuletzt beim Bodenpersonal der ... E._____. Im Wissen um die substanzielle Erbschaft setzte sich die Klägerin im Jahr 1999 im Alter von 54 Jahren zur Ruhe und beabsichtigte, fortan vom Nachlass der Erblasserin zu leben (Urk. 311 S. 3 Rz. 9 [Klägerin], Urk. 319 S. 6 Rz. 8 [Beklagter 1], Urk. 320 S. 4 Rz. 6 [Beklagter 2]).

E. 2

Der Beklagte 2 und Berufungsbeklagte 2 (nachfolgend: Beklagter 2) war als Rechtsanwalt Beirat der Erblasserin. Nach dem Tod der Erblasserin im Juni 1999 kümmerte er sich in verschiedener Hinsicht um deren Nachlass, insbesondere deren Vermögen. Im Zusammenhang mit seiner Tätigkeit für den Nachlass lernte der Beklagte 2 die Klägerin - die Alleinerbin der Erblasserin - kennen. Am 28. Januar 2000 wurde der Klägerin der Erbschein ausgestellt (Urk. 153/39). In der Folge zog die Klägerin auf Empfehlung des Beklagten 2 im März 2000 den Beklagten 1 und Berufungsbeklagten 1

- 5 - (nachfolgend: Beklagter 1) als Vermögensverwalter bei. Am 15. März 2000 unterschrieb die Klägerin einen Vermögensverwaltungsvertrag mit dem Beklagten 1 (Urk. 5/1). Wie die Rechtsbeziehung der Klägerin zum Beklagten 2 zu qualifizieren ist, ist umstritten und unter anderem Gegenstand des vorliegenden Verfahrens.

E. 3

Am 1. Mai 2000 nahm das Vermögensverwaltungsmandat seinen Anfang. Als Depotbank wurde die Bank F._____ in Zürich bezeichnet (Urk. 5/1). Der Depotbestand aus der Erbschaft der Erblasserin belief sich per Ende April 2000 auf Fr. 3'536'520.00 (Urk. 312 S. 128 E. 4.2 mit Hinweis auf Urk. 153/43 sowie Urk. 153/42 und 44). Am 14. Juli 2000 wurde sodann das Pensionskassenguthaben der Klägerin von der G._____ im Betrag von Fr. 375'000.00 auf das Konto der Bank F._____ einbezahlt (Urk. 5/5). Insgesamt belief sich der Anfangsdepotwert bestehend aus Erbschaft und Pensionskassenguthaben auf Fr. 3'911'520.00 (Urk. 312 S. 128 E. 4.2). In der Folge wurde aus dem Vermögen zunächst die Erbschaftssteuer von Fr. 1'282'716.00 bezahlt (Urk. 312 S. 129 E. 4.4). Das verbleibende Vermögen aus Erbschaft und Vorsorgegeldern wurde alsdann praktisch vollumfänglich in Aktien (Blue Chips) angelegt.

E. 4

Nachdem auf dem Wertschriftendepot bedeutende Verluste zu verzeichnen waren, löste die Klägerin am 16. August 2002 den Vermögensverwaltungsvertrag auf. In der Zeit bis zur Auflösung des Vermögensverwaltungsvertrages bezog die Klägerin aus dem Vermögen Fr. 390'000.00 (Urk. 312 S. 129 E. 4.4). Ferner fielen Honorare für den Beklagten 1 von Fr. 75'948.00 und für den Beklagten 2 von Fr. 18'169.00 an (Urk. 312 S. 129 E. 4.5). Anlässlich der Auflösung des Vermögensverwaltungsvertrages resultierte noch ein Schlussdepotwert von Fr. 1'086'006.00 (Urk. 312 S. 128 f. E. 4.3). Die Differenz zwischen dem Anfangsdepotwert (Fr. 3'911'520.00) abzüglich der Erbschaftssteuern (Fr. 1'282'716.00), der Privatbezüge (Fr. 390'000.00) und der Honorare (Fr. 75'948.00 und Fr. 18'169.00) sowie dem Schlussdepotwert von Fr. 1'086.006.00) betrug somit Fr. 1'058'681.00. Diese Zahlen sind in

- 6 - verschiedener Hinsicht umstritten, und es wird im Einzelnen darauf zurückzukommen sein.

E. 4.1

Überblick über die materiellen Fragen Zunächst sind die vertraglichen Beziehungen zwischen der Klägerin sowie den Beklagten 1 und 2 zu qualifizieren (nachfolgend Ziff. 4.2). Anschliessend ist zu prüfen, ob den Beklagten 1 und 2 eine Vertragspflichtverletzung vorzuwerfen ist (nachfolgend Ziff. 4.3). Schliesslich ist zu prüfen, ob der Klägerin durch eine allfällige Vertragspflichtverletzung schuldhaft ein Schaden verursacht wurde (nachfolgend Ziff. 4.4 und 4.5).

E. 4.2

Vertragsqualifikation; Vertragsparteien 1. Am 15. März 2000 schlossen die Klägerin und der Beklagte 1 einen schriftlichen Vermögensverwaltungsvertrag. In diesem Vermögensverwaltungsvertrag wurden die Anlageziele und die Anlagestrategie definiert (Urk. 5/1). Die eigentliche Vermögensverwaltung

- 11 - begann am 1. Mai 2000. Am 16. August 2002 kündigte die Klägerin den Vermögensverwaltungsvertrag (Urk. 312 S. 3). 2. Umstritten ist die Qualifikation des Vertragsverhältnisses zwischen der Klägerin und dem Beklagten 2. Die Klägerin geht davon aus, dass sie auch mit dem Beklagten 2 einen Vermögensverwaltungsvertrag abgeschlossen habe (Urk. 311 S. 18 ff. Rz. 129 ff.). Demgegenüber ist der Beklagte 2 der Ansicht, dass er nicht als Vermögensverwalter, sondern als anwaltlicher, administrativer und steuerlicher Berater für die Klägerin tätig gewesen sei (Urk. 320 S. 19 ff. Rz. 60 ff.; Urk. 324/311 S. 9 Rz. 13.1, S. 11 Rz. 14.3, S. 12 Rz. 15; Urk. 324/311 S. 14 Rz. 16.5 f.). a) Mit dem Vermögensverwaltungsvertrag verpflichtet sich der Vermögensverwalter, ein bestimmtes Vermögen gegen eine Gebühr im Rahmen einer mit dem Kunden definierten Anlagestrategie und zwecks Erreichens eines mit dem Kunden definierten Anlageziels selbständig zu verwalten. b) Die Natur des Vertragsverhältnisses zwischen der Klägerin und dem Beklagten 2 ist durch Auslegung zu ermitteln. Ziel der Vertragsauslegung ist in erster Linie das Feststellen eines übereinstimmenden wirklichen Parteiwillens (Art. 18 Abs. 1 OR). Steht ein tatsächlicher Konsens fest, bleibt für eine Auslegung nach dem Vertrauensgrundsatz kein Raum. Wenn eine tatsächliche Willensübereinstimmung nicht behauptet wird oder unbewiesen bleibt, sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten. Bei der objektivierten Vertragsauslegung nach

dem Vertrauensprinzip handelt es sich um eine Rechtsfrage. Massgebend für die Frage, ob ein rechtlicher Konsens vorliegt, ist der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses (BGE 135 III 410 E. 3.2 S. 412 f., 132 III 626 E. 3.1 S. 632, je mit Hinweisen).

- 12 - c) Wie erläutert ist die Klägerin dafür beweispflichtig, dass sich die Beteiligten tatsächlich darin einig waren, dass der Beklagte 2 - zusammen mit dem Beklagten 1 - für die Klägerin als Vermögensverwalter tätig werde (vgl. oben E. 3.4.a). Zu diesem Thema führte die Vorinstanz auf Anweisung im Rückweisungsbeschluss des Obergerichtes ein Beweisverfahren durch (Urk. 312 S. 29-60). – Im Wesentlichen führte die Vorinstanz aus, dass für die Zeit zwischen dem 1. September 1999 bis Ende Januar 2000 kein Vermögensverwaltungsvertrag nachgewiesen sei. Während dieser Übergangszeit nach dem Tod der Erblasserin bis zum Übergang des Vermögens auf die Klägerin habe sich der Beklagte 2 darauf beschränkt, das Depot und die Aktienkurse zu beobachten und zu überwachen, um notfalls absolut notwendige Handlungen zur Sicherung des Vermögens vorzunehmen. Diese "Überwachungsfunktion für eine Übergangszeit" sei rechtlich nicht als Vermögensverwaltungsvertrag, sondern als Auftrag zu qualifizieren (Urk. 312 S. 29 ff., insbes. S. 32). – Für die Zeit zwischen Februar 2000 und Ende April 2000 erwog die Vorinstanz im Wesentlichen, es sei nicht nachgewiesen, dass der Beklagte 2 die Klägerin anlässlich der Sitzung vom 15. März 2000 bei der Formulierung der Anlageziele und Entwicklung der Anlagestrategie beraten habe. Aus diesem Grund sei der - der Klägerin obliegende - Beweis gescheitert, dass der Beklagte 2 ihr am 15. März 2000 die 100 % Aktienstrategie empfohlen habe bzw. sie aktiv bezüglich der Strategie beraten habe (Urk. 311 S. 32 ff., insbes. S. 50/51). – Für die Zeit ab Mai 2000 bis August 2002 erwog die Vorinstanz im Wesentlichen, der Beizug des Beklagten 1 am 15. März 2000 als Fachperson spreche sehr stark für die Darstellung des Beklagten 2, dass er spätestens ab diesem Zeitpunkt nicht mehr Vermögensverwalter gewesen sei. Die Klägerin habe in der

- 13 - persönlichen Befragung denn auch eingeräumt, dass der Beklagte 2 ihr gesagt habe, er werde die Vermögensverwaltung nicht machen. Weiter habe sie auch eingeräumt, dass sie mit dem Beklagten nicht abgesprochen oder vereinbart habe, dass er die Vermögensverwaltung überwachen werde (Urk. 312 S. 53 ff., insbes. S. 59). d) Dagegen wendet die Klägerin im Wesentlichen ein, der Beklagte 2 habe mit dem Tod der Erblasserin die Vermögensverwaltung übernommen und bis Ende April 2000 selbständig besorgt. In dieser Zeit habe er zwar keine eigentliche Handelstätigkeit entwickelt, sei aber für die strategische Beratung der Klägerin verantwortlich gewesen (Urk. 311 S. 26 Rz. 191). Für die Zeit ab Mai 2000 sei davon auszugehen, dass der Beklagte 1 die Vermögensverwaltung im engeren Sinn (die eigentliche Handelstätigkeit) übernommen habe; dem Beklagten 2 sei ab diesem Zeitpunkt jedoch die Aufgabe zugekommen, die Anlagestrategie zu überwachen (Urk. 311 S. 26 Rz. 192). e) Entgegen der Auffassung der Vorinstanz ist aufgrund diverser Urkunden und Indizien rechtsgenügend nachgewiesen, dass nicht nur zwischen der Klägerin und dem Beklagten 1 ein Vermögensverwaltungsvertrag bestand, sondern dass auch der Beklagte 2 aufgrund eines übereinstimmenden tatsächlichen Willens der Beteiligten für die Klägerin als Vermögensverwalter tätig war. – Ausgangspunkt ist die Feststellung, dass die Klägerin im Sommer 1999 unverhofft Erbin eines namhaften Vermögens wurde. Es liegt auf der Hand, dass die Klägerin mit ihrem damaligen Erfahrungshintergrund auf fachkundige Unterstützung zur Verwaltung des Vermögens angewiesen war. – Aufgrund verschiedener Urkunden ist erstellt, dass sich die Parteien in Bezug auf ein Tätigwerden des Beklagten 2 als Vermögensverwalter der Klägerin

tatsächlich einig waren:

- 14 - – Zunächst ist zu berücksichtigen, dass sich der Beklagte 2 am 22. März 2000 von der Klägerin eine Vermögensverwaltungsvollmacht bei der Bank F._____ ausstellen liess und diese Vollmacht auch selbst unterschrieb (Urk. 153/22). Der Umstand, dass der Beklagte wenige Tage nach dem Abschluss des Vermögensverwaltungsvertrages vom

E. 4.3

Verletzung der Vertragspflichten aus dem Vermögensverwaltungsvertrag (Sorgfaltspflichtverletzung) 1. Der Vermögensverwaltungsvertrag untersteht nach der Rechtsprechung dem Auftragsrecht (zuletzt BGE 137 III 393 E. 2.1 S. 395 m.w.H.). Der Beauftragte hat grundsätzlich nicht für den Erfolg seiner Tätigkeit einzustehen, sondern er ist zur getreuen und sorgfältigen Ausführung der ihm übertragenen Geschäfte verpflichtet (Art. 398 Abs. 2 OR). Die gehörige Sorgfalt ist notwendiger Bestandteil der richtigen Auftragsbefolgung; d.h. die Verletzung der nötigen Sorgfalt stellt eine Vertragspflichtverletzung dar und ist nicht dem Verschulden zuzurechnen. Das Mass der Sorgfalt bestimmt sich nach objektiven Kriterien. Erforderlich ist die Sorgfalt, die ein gewissenhafter Beauftragter in der gleichen Lage bei der Besorgung der ihm übertragenen Geschäfte anzuwenden pflegt. Höhere Anforderungen sind an den Beauftragten zu stellen, der seine Tätigkeit berufsmässig gegen Entgelt ausübt (BGE 115 II 62 E. 3a S. 64 f. mit Hinweisen). Im vorliegenden Fall ist festzuhalten, dass der Beklagte 1 die Vermögensverwaltung professionell gegen Entgelt besorgte und dass entsprechend erhöhte Anforderungen an seine Sorgfalt zu stellen sind. Demgegenüber hielt schon das Obergericht im Rückweisungsbeschluss vom 4. Oktober 2007 fest, dass der Beklagte 2 kein professioneller Vermögensverwalter gewesen sei und deshalb nicht derselbe Sorgfaltsmassstab wie für professionelle Vermögensverwalter anzuwenden

- 22 - sei (Urk. 98 S. 10 f.); allerdings ändert dies nichts daran, dass auch der Beklagte 2 in die Vermögensverwaltung involviert war (Besorgung der Vermögensverwaltung bis am 30. April 2000, Mitwirkung bei der Ausarbeitung des Vermögensverwaltungsvertrages vom 15. März 2000 und Überwachung der Vermögensverwaltung von Mai 2000 bis 16. August 2002) und für eine unsorgfältige Beratung unter Berücksichtigung eines angemessenen Sorgfaltsmassstabes haftbar wird; darauf wird zurückzukommen sein. 2. Im Zusammenhang mit der von den Beklagten anzuwendenden Sorgfalt ist zunächst zu prüfen, ob die Beklagten von der Klägerin ein Kundenprofil erstellt haben. Die Erstellung eines Kundenprofils - vor oder gleichzeitig mit dem Vertragsabschluss - gehört zu den Sorgfaltspflichten des Vermögensverwalters (GUTZWILLER, Rechtsfragen, a.a.O., S. 111 f.). Der sorgfältige Vermögensverwalter hat das Risikoprofil seiner Kundschaft sowohl beim Abschluss des Vermögensverwaltungsauftrages als auch bei den Anlageentscheidungen zu berücksichtigen (Urteil 4C.158/2006 vom 10. November 2006, E. 3.3.1; Urteil 4C.68/2007 vom 13. Juni 2008, E. 7.1). Das Kundenprofil dient insbesondere dem Zweck, das Ausmass des Risikos zu bestimmen, das der Kunde bei der Anlage des Geldes eingehen will (subjektive Risikofähigkeit) und nach seinen Lebensumständen auch eingehen kann (objektive Risikofähigkeit). Allerdings dient das Kundenprofil der Vorbereitung des Vertragsabschlusses, und es kommt ihm hinsichtlich der Risikofrage keine selbständige Bedeutung zu, falls die tatsächlich getroffenen vertraglichen Abmachungen eindeutig sind. Wenn der Auftraggeber gemäss dem Wortlaut des Vermögensverwaltungsvertrages damit einverstanden ist, dass eine spekulative Anlagepolitik verfolgt wird, kann er sich nicht nachträglich darauf berufen, dass nicht erstellte Kundenprofile ergeben hätten, dass eine

konservative, primär auf Erhaltung und nicht auf Vermehrung des Vermögens ausgerichtete Anlagepolitik seinen persönlichen Verhältnissen angemessen gewesen wäre. Ein solches Verhalten wäre widersprüchlich und würde gemäss Art. 2 Abs. 2 ZGB keinen Rechtsschutz verdienen (Urteil 4A_140/2011 vom 27. Juni 2011, E. 2.1).

- 23 - a) Im vorliegenden Fall erwog die Vorinstanz, dass kein schriftliches Kundenprofil vorliege. Allerdings habe der Beklagte 1 gedanklich ein Kundenprofil vor Augen gehabt. Die Ausgangslage sei nicht komplex gewesen und die wichtigsten Eckdaten seien im schriftlichen Vermögensverwaltungsvertrag festgehalten gewesen, nämlich der Anlagebetrag, die gewünschten Bezüge, das Anlageziel, die Strategie und der Anlagehorizont (Urk. 312 S. 67 f. E. 2.4.2 a.E.). b) Dagegen wendet die Klägerin ein, dass die Beklagten vor oder beim Abschluss des Vermögensverwaltungsvertrages kein Kundenprofil erstellt (Urk. 311 S. 29 Rz. 207 ff.) und auch die Risikofähigkeit der Klägerin nicht abgeklärt hätten (Urk. 311 S. 43 Rz. 310 ff.). Demgegenüber macht der Beklagte 1 geltend, es sei ein Kundenprofil erstellt worden, "allerdings nur zum Teil schriftlich im Vermögensverwaltungsvertrag" (Urk. 319 S. 20 Rz. 68, Urk. 323/311 S. 3 f. Rz. 7); überdies hätte das Fehlen eines Kundenprofils ohnehin keine haftungsbegründende Bedeutung, wenn die Anlegerin wie im vorliegenden Fall mit der Anlagestrategie einverstanden gewesen sei (Urk. 319 S. 19 Rz. 62, S. 20 Rz. 67). Und der Beklagte 2 bringt vor, ein schriftliches Kundenprofil habe bei privaten Vermögensverwaltern - im Unterschied zum Massengeschäft der Banken - "keinen so hohen Stellenwert", weil der private Vermögensverwalter den Kunden besser kenne (Urk. 320 S. 27 Rz. 86). c) Entgegen der Meinung der Vorinstanz und der Beklagten ist in der Tat kein Kundenprofil ersichtlich, das über die subjektive und objektive Risikofähigkeit der Klägerin Auskunft geben würde; insbesondere ist auch im Vermögensverwaltungsvertrag vom 15. März 2000 kein Kundenprofil zu erblicken. Der Vermögensverwaltungsvertrag mag zwar die wichtigsten Eckpunkte der Vermögensverwaltung festhalten (Anlagebetrag [ca. CHF 2'840'000.00], gewünschte Bezüge [ca. CHF 100'000.00], Anlageziel [Gesamtpformance von über 10%], Anlagestrategie [weitgehend auf Aktien konzentriert] und

- 24 - Anlagehorizont [10 Jahre]). Über die subjektive und objektive Risikofähigkeit der Klägerin enthält der Vermögensverwaltungsvertrag jedoch keine Hinweise. Insbesondere wird nicht berücksichtigt, dass es sich um eine 54-jährige Anlegerin handelt, die ihr gesamtes Vermögen in die Vermögensverwaltung einbrachte und die weder über künftige Erwerbseinkünfte (wegen Frühpensionierung) noch über Anwartschaften aus der beruflichen Vorsorge (wegen Vorbezug) verfügte und deren Ansprüche aus AHV nicht in ersichtlicher Weise abgeklärt wurden (Urk. 311 S. 47 Rz. 347 ff.). Die Klägerin war daher existentiell auf die Erträge aus ihrem Vermögen angewiesen. Ihre Risikofähigkeit lag signifikant tiefer als diejenige eines erwerbstätigen Anlegers, der nur einen Teil seines Vermögens verwalten lässt und der über Anwartschaften auf AHV- und BVG-Leistungen verfügt. Dies hätte in einem Risikoprofil aufgezeigt werden müssen. Wie gesagt ist nicht ersichtlich, dass solche Überlegungen angestellt wurden; insbesondere gehen sie auch nicht aus dem Vermögensverwaltungsvertrag vom

E. 4.4

Schaden 1. Nachdem sich ergeben hat, dass die Beklagten 1 und 2 das Vermögen der Klägerin unsorgfältig verwalteten, ist im Folgenden der Schaden zu prüfen, welcher durch das pflichtwidrige Verhalten der Beklagten 1 und 2 verursacht wurde. 2. Der Schaden ist die ungewollte Verminderung des Reinvermögens. Der Schaden kann in einer Verminderung

der Aktiven oder einer Vermehrung der Passiven (damnum emergens) bzw. in entgangenem Gewinn (lucrum

- 43 - cessans) bestehen und entspricht nach allgemeiner Auffassung der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte (im allgemeinen: BGE 132 III 321 E. 2.2.1 S. 323 f. mit Hinweisen; für den Vermögensverwaltungsvertrag Urteil 4C.158/2006 vom 10. November 2006, E. 4.2). Dabei beruht die Schadensberechnung auf dem Erfüllungsinteresse (positives Vertragsinteresse). Das Erfüllungsinteresse umfasst einerseits die Vermögensverminderung (damnum emergens: beim Vermögensverwaltungsvertrag die Differenz zwischen dem Einstandswert und dem gegenwärtigen Kurswert der Anlage) und andererseits den entgangenen Gewinn (lucrum cessans: beim Vermögensverwaltungsvertrag der Gewinn, der bei korrekter Ausübung des Mandates mit Wahrscheinlichkeit hätte erwartet werden können). Es ist also jener Vermögensstand herzustellen, der sich bei richtiger Vertragserfüllung, d.h. bei Anwendung der pflichtgemässen Sorgfalt und Wahrung der Treupflicht ergeben würde (Gutzwiller, Rechtsfragen, a.a.O., S. 251 mit zahlreichen Hinweisen). Die Berechnung des Schadens nach dem Erfüllungsinteresse (positives Vertragsinteresse) führt zur Schwierigkeit, dass eine Hypothese über die pflichtgemässe Vermögensanlage zu treffen ist. Wenn wie im vorliegenden Fall eine pflichtwidrige Anlagestrategie für das Gesamtvermögen verfolgt - und nicht nur eine pflichtwidrige Einzelanlage getätigt - wurde, ist das gesamte tatsächliche Depot einem hypothetischen Portefeuille gegenüber zu stellen, welches den Sorgfaltspflichten eines Vermögensverwalters entsprechen würde. Aufgrund dieser Hypothese ist der Schaden zu schätzen (Art. 42 Abs. 2 OR). Konkret bedeutet dies, dass die Entwicklung des pflichtwidrig verwalteten Portfolios mit der Entwicklung eines hypothetischen Portfolios gleichen Umfangs und während des gleichen Zeitraums zu vergleichen ist, welches unter Beachtung der vertraglichen Sorgfaltspflichten verwaltet wurde (Urteil 4C.18/2004 vom 3. Dezember 2004, E. 2.1 [publ. in Pra 2005, Nr. 73, S. 566]; Urteil 4C.295/2006 vom 30. November 2006, E. 5.2.2; Gutzwiller, Rechtsfragen, a.a.O., S. 256 f.).

- 44 - 3. Die Vorinstanz ging gestützt auf die Darstellung der Klägerin von einem Anfangsdepotwert von Fr. 3'911'520.00 (bestehend aus dem Vermögen per 30. April 2000 von Fr. 3'536'520.00 und der Einzahlung des Vorsorgeguthabens der PK der G._____ per 14. Juli 2000 von Fr. 375'000.00) und einem Schlussdepotwert von Fr. 1'086'006.00 aus. Ausgehend vom Anfangsdepotwert (Fr. 3'911'520.00) zog die Vorinstanz die Erbschaftssteuer (Fr. 1'282'716.00), Privatbezüge (Fr. 390'000.00) sowie Honorare (Fr. 75'948.00 [für Beklagten 1] und Fr. 18'169.00 [für Beklagten 2]) ab und errechnete unter Berücksichtigung des Schlussdepotwertes von Fr. 1'086'006.00 einen rechnerischen Verlust von Fr. 1'058'679.00. a) Der Beklagte 2 bestreitet die Berechnung des Anfangsdepotwertes nicht (Urk. 320 S. 50 Rz. 145). Demgegenüber wendet der Beklagte 1 gegen die Berechnung des Anfangsdepotwertes ein, massgebender Zeitpunkt für die Berechnung des Vermögens zu Beginn der Vermögensverwaltung (ohne die PK-Guthaben) sei der Zeitpunkt des Abschlusses des Vermögensverwaltungsvertrages Mitte/Ende März 2000 - und nicht der 30. April 2000 - gewesen (Urk. 319 S. 44 f. Rz. 167 ff.). Dieser Einwand ist nicht überzeugend. Einerseits hielt die Vorinstanz zutreffend fest, dass die Parteien im Vermögensverwaltungsvertrag vereinbart hätten, das Grundhonorar berechne sich aufgrund des in Verwaltung befindlichen Vermögens per Stichtag 30. April 2000, was auf einen Beginn der Vermögensverwaltung am 30. April 2000 schliessen lässt (Urk. 312 S. 128).

Andrerseits gibt der Beklagte 1 mit seinem Hinweis, massgebend sei der Abschluss Mitte/Ende März 2000, nicht genau an, ob nun der 15. März 2000 (Unterschrift des Beklagten 1) oder der 23. März 2000 (Unterschrift der Klägerin) massgebender Stichtag sei. Aufgrund der vagen Vorbringen des Beklagten 1 bleibt es bei der wohlbegründeten Auffassung der Vorinstanz, dass für die Bewertung des Vermögens der Klägerin der 30. April 2000 massgebend ist. Dass sich das Vermögen der Klägerin am 30. April 2000 auf Fr. 3'536'520.00 belief und dass unter Einbezug der

- 45 - Einbuchung der PK-Guthabens von Fr. 375'000.00 am 14. Juli 2000 von einem Anfangsdepotwert von Fr. 3'911'520.00 auszugehen ist, ist unangefochten (Urk. 312 S. 128 mit Hinweis auf Urk. 153/42-44). b) Gegen die Berechnung des Schlussdepotwertes erhebt der Beklagte 2 keine Beanstandungen (Urk. 320 S. 50 Rz. 146). Demgegenüber wendet der Beklagte 1 ein, der Depotstand per 16. August 2000 sei nicht belegt, und es wäre der Klägerin ein Leichtes gewesen, bis am

E. 5

Mit der vorliegenden Klage fordert die Klägerin, von den Beklagten den Ersatz der erlittenen Verluste (Fr. 1'058'681.00), entgangenen Gewinn (angeblich Fr. 179'185.00) und die Rückerstattung der an die beiden Beklagten bezahlten Honorare (Fr. 75'984.00 und Fr. 18'169.00), insgesamt also Fr. 1'332'019.00. Die Beklagten bestreiten diese Forderung. 2. Prozessgeschichte 1. Am 20. Januar 2004 machte die Klägerin die Klage gegen den Beklagten 1 und 2 mit einer Teilklage anhängig (Urk. 1 und 2). Mit Beschluss vom 28. September 2006 wurde das Verfahren gegen den Beklagten 2 vom Prozess CG040016 abgetrennt. Mit Urteil vom gleichen Tag wurde die Klage unter der Prozessnummer CG060150 gegen den Beklagten 2 abgewiesen (Urk. 95). 2. Mit Beschluss vom 4. Oktober 2007 hob das Obergericht den Beschluss und das Urteil vom 28. September 2006 auf und wies die Sache zur Durchführung eines Beweisverfahrens und erneuten Entscheidung an das Bezirksgericht Zürich zurück (Urk. 98). 3. Nach der Rückweisung erhielt der Prozess CG060150 gegen den Beklagten 2 die neue Prozessnummer CG070234. Mit Beschluss vom 27. April 2009 wurde das Verfahren CG070234 mit dem Prozess Nr. CG040016 vereinigt und das Verfahren CG070234 als dadurch erledigt abgeschrieben (Urk. 132). 4. Nach Durchführung eines Beweisverfahrens fällte das Bezirksgericht am

E. 10

Juni 2011 das obgenannte Urteil (Urk. 312). Für Einzelheiten des erstinstanzlichen Verfahrens kann auf das angefochtene Urteil verwiesen werden (Urk. 312 S. 3-6).

- 7 - 5. Am 14. September 2011 fochten die Klägerin (Urk. 311 [Erst-Berufung]), der Beklagte 1 (Urk. 323/311 [Zweit-Berufung]) und der Beklagte 2 (Urk. 324/311 [Dritt-Berufung]) das Urteil der Vorinstanz mit je selbständigen Berufungen beim Obergericht an und stellten die obgenannten Anträge. Mit ihren Berufungsantworten vom 9. und 10. Januar 2012 beantragten die Beklagten 1 und 2 im Wesentlichen die Abweisung der Berufung der Klägerin (Urk. 319 S. 2 und Urk. 320 S. 2). Mit ihren Berufungsantworten vom 10. Januar 2012 beantragte die Klägerin im Wesentlichen die Abweisung der Berufungen der Beklagten 1 und 2 (Urk. 323/317 S. 2 und Urk. 324/318 S. 2). 6. Mit Beschluss vom 24. Februar 2012 wurden die Berufungsverfahren LB110061 und LB110062 mit dem vorliegenden Berufungsverfahren LB110052 vereinigt; mit dem Vereinigungsbeschluss wurde den Parteien die Berufungsantworten der Gegenparteien zur Kenntnis zugestellt (Urk. 326). 3. Prozessuale Vorbemerkungen 1. Für das

Berufungsverfahren kommt die am 1. Januar 2011 in Kraft getretene eidgenössische Zivilprozessordnung zur Anwendung (Art. 405 Abs. 1 ZPO). Das Verfahren vor Bezirksgericht unterstand demgegenüber noch der kantonalzürcherischen Zivilprozessordnung (ZPO/ZH). Soweit die Verletzung von Verfahrensvorschriften gerügt wird, ist somit im neurechtlichen Berufungsverfahren zu prüfen, ob die Bestimmungen der ZPO/ZH korrekt angewendet wurden. 2. Gemäss Art. 316 ZPO kann die Rechtsmittelinstanz eine Verhandlung durchführen oder aufgrund der Akten entscheiden (Abs. 1) bzw. einen zweiten Schriftenwechsel anordnen (Abs. 2). Es steht im Ermessen der Berufungsinstanz, ob das Berufungsverfahren mündlich oder schriftlich durchgeführt wird. Wenn die Sache spruchreif ist, kann bereits nach der Berufungsschrift und der Berufungsantwort - d.h. ohne zweiten Schriftenwechsel bzw. ohne mündliche Berufungsverhandlung - entschieden werden. Die Sache ist dann spruchreif und ein Aktenentscheid angezeigt,

- 8 - wenn die Berufungsschrift und die Berufungsantwort hinreichend aufschlussreich sind, so dass sich die Berufungsinstanz bereits nach dem ersten Schriftenwechsel eine abschliessende Meinung bilden kann (Reetz/Hilber, in:

Sutter-Somm/Hasen-böhler/Leuenberger [Hrsg.], ZPO Komm., 2. Aufl., Zürich 2013, Art. 316 N 34). Wie im Folgenden zu zeigen sein wird, ist die Sache spruchreif, so dass nach dem ersten Schriftenwechsel aufgrund der Akten zu entscheiden ist. 3. Nachdem das Bezirksgericht am 28. September 2006 die Klage gegen den Beklagten 2 abgewiesen hatte, hob das Obergericht diesen Entscheid mit Beschluss vom 4. Oktober 2007 auf und wies die Sache zur Neuentscheidung an die Vorinstanz zurück. Nach einer Mehrheit der Lehrmeinung ist die Berufungsinstanz, welche ein zweites Mal angerufen wird, an ihre im Rückweisungsentscheid niedergelegte Auffassung gebunden (vgl. dazu die Auflistung in Reetz/Hilber, a.a.O., Art. 318 N 46). Hinzu kommt, dass mit der im Zeitpunkt der Rückweisung noch in Kraft stehenden Bestimmung von § 104a Abs. 1 GVG/ZH ausdrücklich geregelt war, dass die rückweisende Instanz bei einer erneuten Befassung mit dem Fall an die Rechtsauffassung gebunden ist, welche dem Rückweisungsentscheid zu Grunde lag; vorbehalten blieb lediglich ein geänderter Sachverhalt, die Änderung von Gesetzen oder die Änderung der Rechtsprechung übergeordneter Gerichte (§ 104a Abs. 3 GVG/ZH). 4. Im Rahmen der prozessualen Vorbemerkungen drängen sich schliesslich einige beweisrechtliche Überlegungen auf. Die Klägerin behauptet Beweisschwierigkeiten, namentlich weil im Hinblick auf den Abschluss des Vermögensverwaltungsvertrages keine (aussagekräftige) Dokumentation erstellt worden sei (Urk. 311 S. 7 ff. Rz. 43 ff.). a) Gemäss Art. 8 ZGB hat, wo das Gesetz nichts anderes bestimmt, derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet. Aufgrund dieser allgemeinen Beweislastverteilung hat die Klägerin den Nachweis zu erbringen, dass der Beklagte 2 - zusammen mit dem Beklagten 1 - als

- 9 - Vermögensverwalter für sie tätig war; ferner ist die Klägerin dafür beweispflichtig, dass die Beklagten 1 und 2 - sofern Letzterer überhaupt als Vermögensverwalter gelten kann - den Vermögensverwaltungsvertrag unsorgfältig erfüllt haben. Nach Rechtsprechung und Lehre trägt grundsätzlich der Kunde die Beweislast für die behauptete Sorgfaltswidrigkeit, wenn er die Auftragsleistung des Beauftragten zunächst vorbehaltlos annimmt und erst im Nachhinein eine unsorgfältige Erfüllung des Vermögensverwaltungsauftrages behauptet (BGE 128 III 271 ff.; P. Christoph Gutzwiller, Rechtsfragen der Vermögensverwaltung [nachfolgend zitiert "Rechtsfragen"], Zürich 2008,

S. 130 ff.). b) Die beweissbelastete Partei kann sich aber in Beweisschwierigkeiten befinden. Namentlich eine Verletzung der Aufklärungspflichten durch den Vermögensverwalter, die grundsätzlich vom Kunden nachzuweisen ist, kann zu einem eigentlichen Beweisnotstand führen. Das hat erst recht zu gelten, wenn wie im vorliegenden Fall eine aussagekräftige Dokumentation fehlt. Trotz Beweisschwierigkeiten kommt jedoch entgegen der Meinung der Klägerin (so Urk. 311 S. 8 f. Rz. 54) eine Umkehr der Beweislast nicht in Frage (allgemein Hans Peter Walter, Berner Kommentar, Bern 2012, Art. 8 N 313; speziell in Bezug auf den Vermögensverwaltungsvertrag Gutzwiller, Rechtsfragen, a.a.O., S. 134). Allerdings kann den Beweisschwierigkeiten durch prozessuale Beweiserleichterungen wie die Anerkennung des Indizienbeweises begegnet werden (Walter, a.a.O., Art. 8 N 315); insbesondere wenn der Vermögensverwalter seine Dokumentationspflicht verletzt hat, kann sich der beweissbelastete Auftraggeber, der sich in Beweisschwierigkeiten befindet, auf den Indizienbeweis berufen (Gutzwiller, Rechtsfragen, a.a.O., S. 139 und 140). c) Insgesamt ist daher festzuhalten, dass die Klägerin grundsätzlich beweispflichtig ist. Sie trägt die Beweislast für ihre Behauptungen.

- 10 - Beim Vorliegen von Beweisschwierigkeiten ist der Indizienbeweis zuzulassen, insbesondere wenn der/die beauftragte/n Vermögensverwalter seine/ihre Aufklärungspflicht verletzt hat/haben. Eine Beweisaussage der Klägerin (so postuliert in Urk. 311 S. 13 ff. [Klägerin]; bestritten in Urk. 319 S. 16 Rz. 46 ff. [Beklagter 1], Urk. 320 S. 12 [Beklagter 2]) wäre zwar grundsätzlich denkbar; wie zu zeigen sein wird, ist sie im vorliegenden Fall jedoch entbehrlich. d) Nur der Vollständigkeit halber ist festzuhalten, dass der Beklagte 2 der Klägerin im Zusammenhang mit ihren Ausführungen zu Beweisschwierigkeiten zu Unrecht mutwilliges Prozessieren vorwirft und eine disziplinarische Ahndung nach Art. 128 ZPO verlangt (Urk. 320 S. 7 Rz. 28). Wie erläutert befindet sich die Klägerin effektiv in Beweisschwierigkeiten, die sie sich nicht selbst zuzuschreiben hat, weshalb eine disziplinarische Ahndung von vornherein ausser Betracht fällt. 4. Materielles

E. 15

März 2000 aufgesetzt wurde und dass an diesem Tag die erste Sitzung zwischen dem Beklagten 1 und der Klägerin stattfand (VI-Prot. S. 200, 246 [Beklagter 1], VI-Prot. S. 147, 152 [Beklagter 2]); die Formulierung einer Anlagestrategie mit der nötigen Risikoaufklärung einer ahnungslosen Kundin kann kaum sinnvoll an einer einzigen Sitzung erfolgen. Als zweites Indiz ist zu berücksichtigen, dass diese einzige gemeinsame Sitzung nur von relativ kurzer Dauer war; gemäss der Klägerin dauerte die Sitzung $\frac{3}{4}$ Stunden oder eine Stunde (VI-Prot. S. 113 und Urk. 312 S. 49 [Klägerin]) bzw. $1\frac{1}{2}$ bis 2 Stunden (Urk. 312 S. 49 [Beklagter 1]) bzw. "gegen zwei Stunden" (VI-Prot. S. 152 und Urk. 312 S. 49 [Beklagter 2]; vgl. auch der Zeitaufwand in Urk. 153/14 S. 17); in dieser kurzen Zeit von maximal zwei Stunden ist es ausgeschlossen, gemeinsam mit einer in Vermögensangelegenheiten unerfahrenen Person eine komplexe Anlagestrategie für ihr gesamtes Vermögen zu definieren und gleichzeitig die ahnungslose Anlegerin auch noch über die beträchtlichen Risiken der gewählten Strategie fundiert aufzuklären. Und als drittes Indiz fällt in Betracht, dass der Beklagte 1 in der persönlichen Befragung selbst einräumt - was zu seinen Lasten zu berücksichtigen ist (§ 149 Abs. 3 ZPO/ZH) -, dass er nicht wisse, ob die Klägerin seine Ausführungen zur Anlagestrategie verstanden habe; wörtlich führte er aus (VI-Prot. S. 206): "Ich muss so sagen: Wenn man jetzt fragt, ob ein feedback gekommen sei, dann muss ich sagen, dass die Klägerin nicht viel feedback gegeben hat." Wenn aber fraglich ist, ob die ahnungslose Klägerin die Anlagestrategie verstanden hat, ist

auch die Aussage des Beklagten 1 zu relativieren, er denke, die Klägerin habe die Risikolage verstanden (VI-Prot. S. 210). Auch die vom

- 31 - Beklagten 2 geschilderte Risikoaufklärung kann nicht als genügend eingestuft werden; so führte der Beklagte 2 in der persönlichen Befragung in Bezug auf die Risikoaufklärung aus (VI-Prot. S. 156): "Ich weiss einfach - und das habe ich mir nicht aus den Fingern gesogen - als wir am 23. oder 25. im Büro die Sachen unterzeichnet haben, als wir dann zu F._____ gingen - so habe ich es im Kopf - habe ich gesagt: 'Da können Sie 30 bis 50 Prozent verlieren.' Ich bin trainiert auf solche Sachen. Ich kann mich noch gut erinnern und der Beklagte 2 (recte: Beklagte 1) hat sich auch ähnlich geäussert." Selbst wenn der Beklagte 2 mündlich auf ein Verlustrisiko von 30 bis 50 Prozent hingewiesen haben sollte, wäre eine solche beiläufige Risikoaufklärung unmittelbar vor dem Besuch der Depotbank F._____ gemessen an der Tragweite der Anlagestrategie und der Ahnungslosigkeit der Klägerin nicht als ausreichend zu qualifizieren. c) In der Literatur wird denn auch zu Recht darauf hingewiesen, dass als Indiz für eine mangelhafte Risikoaufklärung zu werten ist, wenn ein Vermögensverwalter das Vermögen überwiegend in Aktien oder anderen risikoreichen Werten angelegt hat, obwohl er weiss, dass der Kunde das Einkommen aus dem verwalteten Vermögen für seinen Lebensunterhalt benötigt (Gutzwiller, Rechtsfragen, a.a.O., S. 137 f. mit Hinweis auf HG030277 [Handelsgericht Zürich]). Dies muss im vorliegenden Fall erst recht gelten, weil die Klägerin aufgrund ihres Wissensstandes als weitgehend ahnungslos zu gelten hat (vgl. oben lit. a) und weil die frühpensionierte Klägerin künftig voraussichtlich weder über Einkommen noch Anwartschaften aus beruflicher Vorsorge verfügen würde und das Vermögen überdies nicht nur "überwiegend", sondern praktisch zu 100% in Aktien angelegt wurde. Bei dieser Ausgangslage liegt keine hinreichende Risikoaufklärung vor, wenn anlässlich einer relativ kurzen Sitzung mit reich befrachtetem Programm am 15. März 2000 bzw. im Anschluss daran am 23. oder 25. März 2000 mündlich auf Verlustrisiken hingewiesen worden sein sollte, wie dies die Beklagten behaupten (vgl. oben lit. b). Den Beklagten ist

- 32 - daher auch eine sorgfaltswidrige Beratung und damit eine Vertragspflichtverletzung vorzuwerfen, weil sie die Klägerin nicht oder nicht genügend auf die Risiken der von ihnen entworfenen Anlagestrategie in Kenntnis setzten. 4. Weiter liegt auch eine unsorgfältige Beratung vor, weil die Festsetzung der Anlageziele und die Verfolgung der Anlagestrategie aus verschiedenen Gründen nicht sachgerecht war: a) 100%-Aktienstrategie ist an sich verfehlt – Zunächst macht die Klägerin geltend, eine ausschliesslich auf Aktien basierende Anlagestrategie entspreche nicht der Risikofähigkeit einer Anlegerin im Ruhestand (Urk. 311 S. 5 Rz. 22, S. 50 f. Rz. 372 ff., S. 61 f. Rz. 451 ff.). – Wie bereits mehrfach erläutert, ist vorliegend der Fall einer Anlegerin zu beurteilen, die sich mit 54 Jahren vorzeitig zur Ruhe setzte; ein künftiges Erwerbseinkommen war schon damals auszuschliessen. Weiter entfielen Ansprüche aus beruflicher Vorsorge, weil die Klägerin im Alter von 54 Jahren ihr gesamtes Pensionskassenguthaben in die Vermögensverwaltung einbrachte. Schliesslich wurden die künftigen AHV-Leistungen (in Funktion der Beitragsjahre und der Beitragshöhe) nicht abgeklärt (Urk. 311 S. 47 Rz. 347 ff. [Klägerin]; Urk. 319 S. 29 Rz. 106 [Beklagter 1]; Urk. 320 S. 36 Rz. 110 [Beklagter 2]). – Die Rechtsprechung geht davon aus, dass für einen 60-jährigen erfahrenen Anleger, der den Rückzug aus dem Erwerbsleben plane, eine riskante Anlagestrategie nicht geeignet sei, weil sich die Finanzplanung auf die Einkommenssicherung im dritten Lebensabschnitt ausrichten müsse (Urteil 4C.68/2007 vom 13. Juni 2008, E. 7.2 [nicht angefochtene Begründung der Vorinstanz]). Dies hat umso

mehr im vorliegenden Fall einer 54-

- 33 - jährigen Anlegerin zu gelten. Als Anlegerin ohne künftiges Erwerbseinkommen, ohne künftige Leistungen aus beruflicher Vorsorge und mit nicht abgeklärten Ansprüchen auf AHV- Leistungen ist eine einseitig auf Kapitalgewinn (Aktien/Risiko) ausgerichtete Anlagestrategie bezüglich ihres gesamten Vermögens nicht angebracht. Vielmehr wäre eine Alternativstrategie angezeigt gewesen, die nebst Kapitalgewinn (Aktien/Risiko) auch auf Einkommen (Obligationen/Sicherheit) ausgerichtet gewesen wäre. Wenn aber eine zu praktisch 100% auf Aktien basierende Anlagestrategie bei einer 54-jährigen Anlegerin, die weder über ein Erwerbseinkommen noch über Ansprüche auf berufliche Vorsorge verfügt und deren AHV- Ansprüche weitgehend ungeklärt blieben, empfohlen und umgesetzt wird, liegt auch darin eine unsorgfältige Führung des Vermögensverwaltungsmandates im Sinn von Art. 398 Abs. 2 OR vor. – Insbesondere ist auch die Meinung der Vorinstanz nicht überzeugend, nur für die BVG-Gelder (Fr. 375'000.00) - nicht aber für das übrige weitaus grössere geerbte Vermögen - sei eine reine Aktienstrategie zu riskant. Die 54-jährige Klägerin, die voraussichtlich kein Erwerbseinkommen mehr erzielen würde, war auf ein Einkommen aus ihrem Gesamtvermögen - und nicht nur auf ein Einkommen aus einem kleinen Bruchteil ihres Vermögens - angewiesen, weshalb bezogen auf das Gesamtvermögen - und nicht nur die BVG-Gelder - eine gemischte Strategie angezeigt gewesen wäre, die nicht ausschliesslich auf Kapitalgewinn (Aktien/Risiko), sondern auch auf Einkommen (Obligationen/Sicherheit) ausgerichtet gewesen wäre. Damit muss auch nicht weiter auf den Einwand des Beklagten 2 eingegangen werden, die Klägerin habe nie geltend gemacht, in Bezug auf die BVG-Gelder sei die Anlagestrategie zu riskant und damit pflichtwidrig gewesen (Urk. 324/311 S. 10 f.

- 34 - Rz. 14.1 ff.); wie der Beklagte 2 selbst zutreffend festhält, beanstandete die Klägerin, wie ihr Gesamtvermögen angelegt wurde (Urk. 324/311 S. 18 Rz. 18.2). – Soweit der Beklagte 1 geltend macht, das Vermögen sei schon vor seinem Beizug in Aktien angelegt gewesen (Urk. 319 S. 8 Rz. 14) und von der (damaligen) Vormundschaftsbehörde abgesegnet gewesen (Urk. 319 S. 31 Rz. 113, S. 36 Rz. 131), übersieht er, dass die Situation der 54-jährigen Klägerin nicht verglichen werden kann mit der einer betagten, kurz vor dem Ableben stehenden Erblasserin. Weiter übersieht der Beklagte 1, dass die Klägerin die Beklagten gerade zum Zweck beizog, um eine sachgerechte Strategie zu erarbeiten und umzusetzen; die Weiterführung der aktienlastigen Strategie und der aggressive Aufbau einer 100%-Aktienstrategie zu Beginn des Vermögensverwaltungsmandates ist genau das Gegenteil davon. Sodann kann sich der Beklagte 1 auch nicht mit dem Einwand entlasten, er habe sich gegen den Einbezug der BVG-Gelder in die allgemeine Vermögensverwaltung gewehrt (Urk. 319 S. 7 Rz. 11 S. 24 Rz. 84, S. 31 Rz. 113, S. 40 Rz. 148, S. 41 Rz. 153; Urk. 323 S. 4 ff. Rz. 9 ff.). Einerseits wäre zu berücksichtigen, dass allfällige Bedenken des Beklagten 1 gegenüber dem Beklagten 2 nicht als Vertreter der Klägerin (so Urk. 323/311 S. 9 f. Rz. 29 ff.), sondern als mitinvolvierten Vermögensverwalter geäussert worden wären; für den allenfalls anfänglich kontrovers diskutierte, dann aber gemeinsam beschlossenen Einbezug der Vorsorgegelder haften die beiden Vermögensverwalter auch gemeinsam. Andererseits wäre es dem Beklagten 1 auch frei gestanden, angesichts des Einbezugs der Vorsorgegelder - den er nach eigenem Bekunden abgelehnt haben will - eine risikoärmere Anlagestrategie zu wählen; schliesslich schien es ihm und dem Beklagten 2 dann aber doch angebracht, auch die

- 35 - Vorsorgegelder - genau gleich wie das gesamte übrige Vermögen - praktisch zu 100% in Aktien anzulegen. – Nicht überzeugend ist auch der Einwand beider Beklagten, die Klägerin sei mit einer 100%-Aktienstrategie einverstanden gewesen. Einerseits war die Klägerin in Vermögensverwaltungsangelegenheiten völlig unerfahren, weshalb ein allfälliges Einverständnis nicht zu ihren Lasten zu werten wäre. Und andererseits wurden die Beklagten als Vermögensverwalter gerade zum Zweck beigezogen und auch dafür entschädigt, die Klägerin sachgerecht zu beraten und der Klägerin anstelle von riskanten Spekulationen geeignete Anlagealternativen (vgl. sogleich nachfolgen lit. b) aufzuzeigen. – Insgesamt bleibt es dabei, dass eine 100%-Aktienstrategie bezüglich des gesamten Vermögens bei einer 54-jährigen Anlegerin ohne künftiges Erwerbseinkommen, ohne künftige Ansprüche aus beruflicher Vorsorge und ohne abgeklärte AHV-Ansprüche nicht vertretbar und damit unsorgfältig im Sinn von Art. 398 Abs. 2 OR ist. Der Beklagte 1 führt den auch selbst wörtlich aus, dass die Strategie "für die spekulativen Ziele der Klägerin ... durchaus geeignet" gewesen sei (Urk. 319 S. 32 Rz. 116); offenbar geht der Beklagte 1 heute selbst davon aus, dass er eine spekulative Strategie empfahl oder zumindest mittrug. In der konkreten Situation der Klägerin (keine künftigen Einkünfte, keine BVG-Leistungen, ungeklärte AHV-Ansprüche) wäre anstelle einer spekulativen 100%-Aktienstrategie eine auf Sicherheit angelegte Strategie angebracht gewesen. Die von den Beklagten empfohlene und umgesetzte spekulative Strategie erweist sich unter diesen Umständen als sorgfaltswidrig. Nur der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass die Frage, ob eine 100%-Aktienstrategie vor dem Hintergrund des konkreten Falles eine unsorgfältige Beratung und damit einen Verstoss gegen Art. 398 Abs. 2 OR darstellt, eine Rechtsfrage ist; über diese Frage hätte kein Beweis erhoben (Urk. 134

- 36 - Beweissatz 13) - und kein Gutachten eingeholt (Urk. 259) - werden müssen. b) Unnötig riskante Anlagestrategie zur Erreichung des Anlageziels – Die Klägerin wirft den Beklagten weiter vor, dass bei einem verfügbaren Anlagevermögen von Fr. 2'840'924.00 eine jährliche Performance von 3,51% erwirtschaftet werden müsse, um den jährlichen Bedarf gemäss Vermögensverwaltungsvertrag von Fr. 100'000.00 zu erreichen; eine Anlagestrategie, die praktisch zu 100% auf Aktien basiere und eine Rendite von 10% anstrebe, sei für die Bereitstellung von jährlich Fr. 100'000.00 unnötig riskant (Urk. 311 S. 56 Rz. 408 ff.). Dagegen wendet der Beklagte 1 im Wesentlichen ein, die Vorwürfe der Klägerin seien unbegründet, weil klar eine aktienlastige Strategie vereinbart worden sei (Urk. 319 S. 34 f. Rz. 123 ff.). Der Beklagte 2 macht geltend, diese Vorwürfe beträfen ihn nicht, weil er weder in die Wahl der Anlagestrategie involviert noch Vermögensverwalter der Klägerin gewesen sei (Urk. 320 S. 39 Rz. 119). – Im vorliegenden Fall kann bei einer Anlagezielvorstellung von Fr. 100'000.00 in der Tat keine Rede davon sein, dass bei einem Kapital von Fr. 2'840'000.00 eine Rendite von mehr als 10% - unter Inkaufnahme entsprechender Risiken - erzielt werden muss. Mit einer Rendite von 10% auf einem Kapital von Fr. 2'840'000.00 lässt sich ein Bruttoertrag von Fr. 284'000.00 erzielen, was den im Vermögensverwaltungsvertrag unterstellten Bedarf der Klägerin von Fr. 100'000.00 massiv übersteigt. Folglich wäre eine deutlich weniger riskante Strategie möglich gewesen, um die Anlagezielvorstellung von Fr. 100'000.00 zu erreichen. Das Bundesamt für Privatversicherungswesen geht für einen Zeitraum von 20 Jahren bei einem gemischten Portefeuille (10% Geldmarkt, 45% in- und ausländische Obligationen, 45% Aktien) von einer durchschnittlichen Nominalrendite von 7-8% aus, was teuerungsg- und kostenbereinigt

- 37 - einen Realertrag von wohl über 4% entspreche (BGE 125 III 312 E. 4b S. 316). Dies würde mit dem genannten gemischten Portefeuille bei einem Kapital von Fr. 2'840'000.00 jährliche Bezüge in der Höhe von Fr. 112'000.00 erlauben, und zwar unter Erhaltung des Kapitals, nach Abzug der Kosten und der Teuerung (so Urk. 311 S. 56 Rz. 408 ff.). Eine Anlagestrategie, die bei einem Kapital von Fr. 2'840'000.00 mit riskanten Anlagen auf eine Rendite von 10% abzielt, obwohl gemäss Vermögensverwaltungsvertrag nur ein Ertrag von Fr. 100'000.00 zu erwirtschaften war, muss als unsorgfältig im Sinn von Art. 398 Abs. 2 OR qualifiziert werden. – Die in diesem Zusammenhang vorgebrachten Einwände der Beklagten sind nicht überzeugend. – Grundsätzlich verfehlt ist der Einwand des Beklagten 2, die von der Klägerin erhobenen Vorwürfe betreffen ihn nicht, weil er nicht Vermögensverwalter und auch nicht in den Entscheid der Anlagestrategie involviert gewesen sei (Urk. 320 S. 39 Rz. 119 f.). Wie bereits wiederholt festgehalten, war der Beklagte 2 bei der Entwicklung der Anlagestrategie mitbeteiligt, weshalb er sich anrechnen lassen muss, dass mit dem vorhandenen Kapital eine unnötig riskante Anlagestrategie gewählt wurde (100% Aktien), um das angestrebte Anlageziel zu erreichen. – Vergeblich wendet der Beklagte 1 ein, mit der Klägerin sei eine aktienlastige Strategie vereinbart worden, weshalb sie sich nicht nachträglich darüber beschweren könne (Urk. 319 S. 34 Rz. 123). Richtig ist zwar, dass gemäss Wortlaut des Vermögensverwaltungsvertrages eine Strategie gewählt, die "weitgehend auf Aktien konzentriert" war (Urk. 5/1 S. 2). Entscheidend ist jedoch, dass die reine Aktienstrategie - obwohl vereinbart - für die persönliche Situation der Klägerin in hohem Mass unangepasst und überdies für das angestrebte Anlageziel unnötig war. Soweit der Beklagte 1 weiter geltend macht, dass

- 38 - das Anlageziel in der Erwirtschaftung des klägerischen Bedarfs von Fr. 100'000.00 und einer Rendite von 10% bestanden habe (Urk. 319 S. 34 Rz. 124), ist ihm entgegen zu halten, dass diese Ziele widersprüchlich sind. Bei einem Kapital von Fr. 2'840'000.00 führt eine Rendite von 10% zu einem (nicht angestrebten) Ertrag von Fr. 284'000.00; und zur Erreichung des angestrebten Ertrages von Fr. 100'000.00 ist bei einem Kapital von Fr. 2'840'000.00 "nur" eine Rendite von ca. 3.7% erforderlich, welche mit viel weniger Risiko erzielt werden kann. Der Vermögensverwaltungsvertrag leidet daher an einem groben inneren Widerspruch und ist unsorgfältig. – Vergeblich wendet der Beklagte 2 sodann ein, die Anlage in Obligationen hätte zwischen 1,5% und 2% gebracht und mit einer solchen Obligationenstrategie hätte der vom Beklagten 1 angestrebte Betrag von Fr. 100'000.00 pro Jahr nicht erreicht werden können (Urk. 320 S. 34 Rz. 106). Einerseits darf als bekannt vorausgesetzt werden, dass die Obligationenrenditen am massgebenden Stichtag (15. März 2000 [Abschluss des Vermögensverwaltungsvertrages]) - anders als in der aktuellen Tiefzinsphase - signifikant höher lagen, wobei eine genaue Bezifferung nicht möglich ist, weil dafür weiteren Annahmen wie Qualität des Schuldners, Laufzeit, Währung etc. zu treffen wären. Andererseits hätte als Anlagealternative anstatt einer reinen Aktienstrategie (Kapitalwachstum) oder einer reinen Obligationenstrategie (Kapitalerhalt) auch eine gemischte Strategie in Betracht gezogen werden können; wie erwähnt geht die Rechtsprechung davon aus, dass mit einem gemischten Portefeuille (10% Geldmarkt, 45% in- und ausländische Obligationen, 45% Aktien) in der damaligen Zeit ein Nominalertrag von 7-8% und ein Nettoertrag von 4% hätte erreicht werden können.

- 39 - – Ebenso vergeblich versuchen die Beklagten, sich mit dem Hinweis zu rechtfertigen, eine höhere Rendite sei erforderlich gewesen, weil die Klägerin anfänglich einen jährlichen Betrag von Fr. 100'000.00 verlangt, schon bald aber monatliche Bezüge von Fr. 10'000.00

resp. jährliche Bezüge von Fr. 120'000.00 getätigt habe (Urk. 320 S. 40 Rz. 125 [Beklagter 2]) und bis zum Ende des Vermögensverwaltungsvertrages insgesamt den Betrag von Fr. 390'000.00 bezogen habe (Urk. 319 S. 35 Rz. 125 [Beklagter 1]). Die Beklagten übersehen, dass für die Frage, ob ihre Beratung sorgfältig im Sinn von Art. 398 Abs. 2 OR und damit vertragskonform war, nur relevant ist, ob für das angestrebte Anlageziel (Bezüge von Fr. 100'000.00) unter Berücksichtigung des vorhandenen Vermögens (Fr. 2'840'000.00) eine vernünftige und risikobewusste Anlagestrategie (Rendite von 10%) gewählt wurde; dass dies nicht der Fall ist, wurde ausführlich dargetan. Der Umstand, dass die Klägerin offenbar weitaus höhere Bezüge tätigte (Fr. 390'000.00 während der Vertragslaufzeit) als vertraglich ursprünglich vorgesehen (Fr. 100'000.00 pro Jahr gemäss Vermögensverwaltungsvertrag), muss die Beklagten nicht kümmern und wird ihnen auch in keiner Art und Weise angelastet. Verantwortlich sind sie nur dafür, dass für das vertraglich angestrebte Anlageziel von Fr. 100'000.00 pro Jahr eine reine Aktienstrategie nicht angebracht (vgl. oben lit. a) und unter Berücksichtigung des vorhandenen Kapitals auch nicht notwendig war (vgl. oben lit. b). Den Beklagten ist nur die eigene Unsorgfalt zur Last zu legen, nicht jedoch angeblich überrissene Bezüge der Klägerin. – Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass gemessen an den Vorgaben im Vermögensverwaltungsvertrag (Ertrag von Fr. 100'000.00 bei einem Kapital von Fr. 2'840'000.00) eine reine Aktienstrategie mit einer angestrebten Rendite von 10% eine unnötig riskante Anlagestrategie war. Zur Erreichung des Anlageziels (Fr. 100'000.00)

- 40 - wäre beim vorgegebenen Kapital (Fr. 2'840'000.00) lediglich eine Rendite von 3,7% nötig gewesen, was eine entsprechend risikoärmere Strategie erlaubt hätte. Der Umstand, dass die Strategie nicht mit den Zielen zu vereinbaren ist, ist als Sorgfaltspflichtverletzung nach Art. 398 Abs. 2 OR zu qualifizieren. c) Irrelevant ist die Auffassung des Beklagten 2 in seiner selbständigen "Dritt-Berufung", dass die Klägerin zu keinem Zeitpunkt behauptet habe, dass die ausbezahlten Pensionskassengelder bei sorgfältiger Beratung im Umfang von 70% bzw. von Fr. 262'500.00 in konservativen Obligationen hätten angelegt werden müssen (Urk. 324/311 S. 8 Rz. 11.6). Aus den dargelegten Gründen hätte nicht nur für das vorbezogene Pensionskassenvermögen (Fr. 375'000.00), sondern für das gesamte Vermögen (Fr. 2'840'000.00) eine gemischte Anlagestrategie gewählt werden müssen. Da die Klägerin zu Recht geltend machte, das gesamte Anlagevermögen hätte risikoärmer angelegt werden müssen (Urk. 324/311 S. 8 Rz. 11.7), bestand kein Anlass, in Bezug auf das Pensionskassenvermögen spezielle Behauptungen aufzustellen. 5. Schliesslich ist auch festzuhalten, dass der Beklagte 1 die vertraglich übernommene Berichtserstattungspflicht nicht erfüllte. a) Der Vermögensverwaltungsvertrag vom 15. März 2000 enthält folgende Bestimmung (Urk. 5/1 S. 2): "Eine kommentierte Berichterstattung erfolgt zwei Mal pro Jahr zuhanden der Kontoinhaberin. Depotauszüge werden monatlich erstellt." b) Es ist unbestritten, dass der Beklagte 1 der Klägerin nur zu Beginn des Vermögensverwaltungsmandates am 4. Juli 2000 (Urk. 28/18) eine kommentierte Berichterstattung über die Depotentwicklung zustellte (Urk. 311 S. 71 [Klägerin], VI-Prot. S. 224 [Beklagter 1]). Bei den weiteren Schreiben vom 2. Oktober 2000 (Urk. 28/23), 1. November 2000 (Urk. 28/25), 5. Dezember 2000 (Urk. 28/27), 5. Januar 2001

- 41 - (Urk. 28/29) und 6. Februar 2001 (Urk. 28/30) handelt es sich nicht um "kommentierte" Berichterstattungen. Nicht überzeugend ist auch die Meinung des Beklagten 1, dass in den Schreiben auf sinkende Depotbestände hingewiesen worden sei; im Gegenteil hielt der Beklagte 1 im Schreiben vom 5. Januar 2001 fest, dass die

Performance in der Zeit vom 31. März 2000 bis 31. Dezember 2000 3.06% betrage, wobei nicht klar ist, ob bei der Performance- Berechnung für die genannte Zeit (9 Monate im Jahr 2000) berücksichtigt wurde, dass am 14. Juli 2000 die Pensionskassenguthaben der Klägerin von der G._____ im Betrag von Fr. 375'000.00 ins Depot eingebucht wurden. Seit Februar 2001 wurde die Berichterstattung - auch die unkommentierte Berichterstattung - schliesslich gänzlich eingestellt. Insgesamt ist festzuhalten, dass der Beklagte 1 entgegen der vertraglich übernommenen Pflicht nur eine einzige kommentierte Berichterstattung verfasste, anschliessend weitgehend nichtssagende unkommentierte Berichterstattungen zustellte und schliesslich ab Februar 2001 auch die unkommentierte Berichterstattung gänzlich einstellte. c) Nicht überzeugend ist der Hinweis der Vorinstanz, die Klägerin habe von der Bank F._____ jeweils sämtliche Kontounterlagen direkt erhalten und diese Unterlagen seien auch für einen Laien durchaus verständlich (Urk. 312 S. 114). Erstens betraute die Klägerin die Beklagten - und nicht die Bank F._____ - mit der Vermögensverwaltung, weshalb die Beklagten berichterstattungspflichtig waren. Zweitens verpflichtete sich der Beklagte 1, zwei Mal pro Jahr "kommentierte Berichterstattungen" zu verfassen und nicht Depotauszüge zuzustellen. Und drittens ist der Vorinstanz auch an dieser Stelle zu widersprechen, dass eine 54- jährige Krankenschwester ohne Erfahrung in der Vermögensverwaltung monatliche Bank-Depotauszüge über die Verwaltung eines Millionenvermögens verstehen kann und muss.

- 42 - d) Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Beklagte 1 die vertraglich übernommene Pflicht, zweimal jährlich kommentierte Berichterstattungen zuzustellen, verletzte. Dem Beklagten 2 kann in diesem Punkt kein Vorwurf gemacht werden, weil er keine explizite Verpflichtung einging, kommentierte Berichterstattungen zuzustellen. 6. Wenn die Beklagten 1 und 2 in ihrer Eigenschaft als Vermögensverwalter kein schriftliches Kundenprofil der Klägerin erstellten (vgl. oben Ziff. 2), wenn sie die Klägerin nicht bzw. nicht hinreichend über die namhaften Risiken der eingeschlagenen Strategie in Kenntnis setzten (vgl. oben Ziff. 3), wenn die eingeschlagene Anlagestrategie weder gemessen am Anlageziel noch an den Bedürfnissen der Klägerin als sachgerecht eingestuft werden kann (vgl. oben Ziff. 4), und wenn der Beklagte 1 überdies entgegen seiner explizit übernommenen vertraglichen Pflicht die Klägerin nicht über den höchst unerfreulichen Verlauf der Vermögensverwaltung orientierte (vgl. oben Ziff. 5), muss das Vorgehen der Beklagten 1 und 2 im Einzelnen und erst Recht im Gesamten als unsorgfältig im Sinn von Art. 398 Abs. 2 OR bezeichnet werden, weshalb beiden Beklagten eine Vertragspflichtverletzung anzulasten ist. Allfällige unterschiedliche Verschuldensanteile beim Wirken der beiden Beklagten ist nicht im Aussenverhältnis zwischen der Klägerin und den solidarisch haftenden Beklagten zu berücksichtigen, sondern spielt nur im Innenverhältnis zwischen den solidarisch haftenden Beklagten eine Rolle.

E. 20

August 2002 - d.h. während 4 Tagen - wesentliche Wertschwankungen zu verzeichnen gewesen seien (Urk. 312 S. 129 mit Hinweis auf Urk. 153/19). Da diese Begründung nicht beanstandet wird, bleibt es dabei, dass das Guthaben per 20. August 2002 dem Schlussdepotwert am 16. August 2002 entspricht und sich auf Fr. 1'086'006.00 belief. c) Im Zusammenhang mit den Privatbezügen von Fr. 390'000.00 macht der Beklagte 2 geltend, dass die direkten Überweisungen der Klägerin ab ihrem Konto für Mietzinse im Betrag von insgesamt Fr. 66'825.00 verschwiegen worden seien, weshalb von entsprechend höheren Privatbezügen auszugehen sei (Urk. 320 S. 50 f. Rz. 147 mit Hinweis auf Urk. 154 sowie

155/1 und 155/2; Urk. 324/311 S. 22 f. Rz. 22.3). Im Berufungsverfahren schliesst sich der Beklagte 1 dieser Darstellung an (Urk. 323/311 S. 15 Rz. 53). Im erstinstanzlichen Verfahren behauptete der Beklagte 2 zwar erst in der Beweisantretungsschrift - und damit nach Abschluss des Hauptverfahrens und insofern verspätet (§ 114 ZPO/ZH) -, die Privatbezüge der Klägerin beliefen sich ohne Mietkosten auf Fr. 390'000.00 und mit Mietkosten auf Fr. 456'825.00

- 46 - (Fr. 390'000.00 zuzüglich Fr. 66'825.00). Allerdings ist es naheliegend und ergibt sich ohne weiteres auch aus den Prozessakten, dass der Mietzins aus dem Vermögen der Klägerin bezahlt wurde (anstatt vieler z.B. Urk. 28/12 Blatt 3 [Mietzins von Fr. 2'947.00 mit dem Vermerk "ständiger Auftrag vom 3.5.2000"]), weshalb die an sich verspäteten Vorbringen noch zu berücksichtigen sind (§ 115 Ziff. 2 ZPO/ZH). Hinzu kommt, dass die Klägerin die Behauptung des Beklagten 2 nicht bestritt, woraus zu schliessen ist, dass sie die naheliegende Ansicht des Beklagten 2 teilt, dass der Mietzins aus ihrem Vermögen bezahlt wurde und sich ihr Vermögen entsprechend verringerte. Aus diesen Gründen sind zusätzlich zu den Privatbezügen von Fr. 390'000.00 auch die Mietkosten von Fr. 66'825.00 zu berücksichtigen, so dass sich Privatbezüge von insgesamt Fr. 456'825.00 ergeben. d) Weiter machen die Beklagten geltend, dass die Vorinstanz bei ihrer Berechnung zu Unrecht die von der Bank F._____ bezogenen Spesen nicht berücksichtigt habe (Urk. 323/311 S. 14 Rz. 50 f. [Beklagter 1]; Urk. 324/311 S. 21 f. Rz. 22.2 [Beklagter 2]). In diesem Zusammenhang hielt die Vorinstanz fest, angebliche Bankspesen von Fr. 100'000.00 seien nur ganz pauschal behauptet und nicht substantiiert ausgeführt worden (Urk. 312 S. 129 E. 4.5 Abs. 2). Effektiv äusserte sich der Beklagte 2 in der Klageantwort nicht zu angeblichen Bankspesen, sondern erwähnte nur, es kämen noch Bankspesen in unbekannter Höhe hinzu (Urk. 27 S. 23). Erst in der Duplik führte er Bankspesen an, die sich "erfahrungsgemäss" auf ca. Fr. 100'000.00 belaufen sollen (Urk. 68 S. 28 Rz. 138), was von der Klägerin in der Stellungnahme zur Duplik bestritten wurde (Urk. 87 S. 27 Rz. 172); der Beklagte 1 machte soweit ersichtlich im erstinstanzlichen Verfahren gar keine Bankspesen geltend. Entgegen der Auffassung des Beklagten 2 sind mit seinem Hinweis auf Urk. 28/12, Urk. 28/13 und Urk. 28/14 in der Klageantwort vom 30. April 2004 (Urk. 27 S. 12) angebliche Bankspesen nicht substantiiert behauptet worden. Einerseits bezog sich diese Stelle der Klageantwort

- 47 - gar nicht auf Bankspesen, und andererseits ist es nicht Sache des Gerichts, angebliche Bankspesen aus umfangreichen Bankakten selbst zusammen zu suchen. Der Beklagte 2 räumt im Berufungsverfahren denn auch ein, dass er Bankspesen in der Höhe von Fr. 100'000.00 nicht habe nachweisen können, macht aber gestützt auf neu eingereichte eigene Zusammenstellungen und unter Hinweis auf Urk. 28/12-14 geltend, die Bankspesen hätten sich auf Fr. 83'841.10 belaufen (Urk. 324/311 S. 22 Rz. 22.2 mit Hinweis auf Urk. 324/312/4 [Spesen im Jahr 2000], Urk. 324/312/5 [Spesen im Jahr 2001] und Urk. 324/312/6 [Spesen im Jahr 2002]), wobei sich der Beklagte 1 im Berufungsverfahren dieser Darstellung anschliesst (Urk. 323/311 S. 14 Rz. 51). Da neue Behauptungen und Beweismittel im Berufungsverfahren - von hier nicht zutreffenden Ausnahmen abgesehen - unzulässig sind (Art. 317 ZPO), sind die Beklagten mit ihren neuen Vorbringen nicht zu hören. Die Bezifferung erfolgte verspätet.

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