

ZH_OBERGERICHT LB120001 vom 18. Juni 2012

ZH Obergericht, 2012-06-18, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LB120001

FR: ZH_OBERGERICHT LB120001 du 18 juin 2012

IT: ZH_OBERGERICHT LB120001 del 18 giugno 2012

Erwägungen

E. 1

Am 18. November 2011 erliess das Bezirksgericht Meilen ein die Klage abweisendes Urteil. Gegen das am 22. November 2011 zugestellte Urteil erhob die Klägerin am 7. Januar 2012 - unter Berücksichtigung der Weihnachtsgerichtsferien rechtzeitig - begründet Berufung (Urk. 69) und leistete am 20. Januar 2012 den geforderten Prozesskostenvorschuss für das Berufungsverfahren mit einem Betrag von Fr. 11'957.-- (Urk. 72). Die Verfügung vom 1. Februar 2012 mit der Fristansetzung zur Berufungsantwort wurde dem in C._____ [Staat in Europa] niedergelassenen Vertreter des Beklagten am 29. März 2012 zugestellt (Urk. 76). Die Berufungsantwort ging am 30. April 2012 und damit - unter Berücksichtigung der Ostergerichtsferien - rechtzeitig bei der beschliessenden Instanz ein. Darin bezeichnete der Vertreter des Beklagten gleichzeitig ein Zustelldomizil bei Letzterem in der Schweiz (Urk. 75 B). Da die Berufungsantwort keine zulässigen Noven enthält, konnte der Schriftenwechsel im Berufungsverfahren mit Eingang der Berufungsantwort als geschlossen erklärt werden und Letztere wurde der Berufungsklägerin am 30. Mai 2012 nur noch formlos zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 78).

E. 2

Das angefochtene Urteil erging am 18. November 2011 und damit nach Inkrafttreten der Schweizerischen Zivilprozessordnung. Verfahrensrechtlich sind auf das Berufungsverfahren daher diese Bestimmungen anwendbar (Art. 405 Abs. 1 ZPO). Das vorinstanzliche Verfahren, in dessen Rahmen das angefochtene Urteil erlassen wurde, wurde am 29. Juni 2009 rechtshängig gemacht. Das vorinstanzliche Verfahren richtet sich daher noch nach der bis 31. Dezember 2010 gültigen Zürcherischen Zivilprozessordnung. Die Berufungsinstanz wendet bei der materiellen Überprüfung des angefochtenen Urteils ebenfalls noch die Best-

- 3 - immungen der Zürcherischen Zivilprozessordnung an. Das vorliegende Verfahren hat einen internationalen Bezug: Die Berufungsklägerin und Klägerin (nachfolgend nur noch Klägerin genannt) hat ihren Sitz in C._____, der Berufungsbeklagte und Beklagte (nachfolgend nur noch Beklagter genannt) wohnt im Bezirk D._____. Die Vorinstanz hat ihre örtliche Zuständigkeit stillschweigend bejaht; dies ist unbestritten geblieben und ergibt sich auch aus Art. 2 LugÜ. Die Klage stützt sich inhaltlich auf ein Bankkontokorrentverhältnis. Bei dessen Eingehung wohnte der Beklagte noch in C._____, Klägerin ist eine ... Bank [des Staates C._____] mit Sitz in F._____ [Stadt im Staat C._____]. Vorinstanz und Parteien gehen gestützt auf Art. 117 IPRG damit zurecht und unbestrittenermassen von der Anwendbarkeit des materiellen Rechtes ... [des Staates C._____] auf das Vertragsverhältnis aus.

E. 3

Der Beklagte eröffnete mit der Rechtsvorgängerin der Klägerin im Oktober 1997 eine Bankdepot-Beziehung, in deren Rahmen auch verschiedene kontokorrentmässig geführte Konti eröffnet wurden. Im Sommer 2006 schlossen die Parteien weiter einen Barkreditvertrag über EUR 20'000.- ab. Dieser hatte den Zweck, einen allfälligen Negativsaldo aus dem Total der diversen Kontosaldis bis zu diesem Betrag abzudecken. Ende Dezember 2008 betrug der Saldo aus dem kontokorrentmässig geführten Konto Nr. ... EUR 235'686.22 zugunsten der Klägerin, was vom Beklagten in der Folge nicht beanstandet wurde und damit als grundsätzlich anerkannt gilt. Im ersten Kalenderquartal 2009 wickelte der Beklagte teilweise grosse Wertschriftenkäufe über dieses Konto ab, wofür das Konto u.a. allein am 19. März 2009 mit insgesamt EUR 1'582'378.14 belastet wurde. Beim ordentlichen Quartalsabschluss dieses Kontokorrentkontos Ende März 2009 betrug der Saldo zugunsten der Klägerin bzw. die Kontokorrentschuld des Beklagten EUR 1'459'769.76. Am 9. April 2009 kündigte die Klägerin daher das Konto und forderte den Beklagten zur Bezahlung der Schuld auf. Der Saldo betrug bei der Kontoauflösung per 21. Mai 2009 schliesslich EUR 1'230'190.60. Mit der vorliegenden Klage fordert die Klägerin vom Beklagten im Sinne einer Teilklage EUR 150'000.- als Teilbetrag aus dem Kontoschlussaldo. Der Beklagte wendet gegen die geltend gemachte Schuld u.a. ein, er sei bei den Wertschriften-

- 4 - transaktionen im ersten Quartal 2009 und den damit eingegangenen Verpflichtungen geschäftsunfähig gewesen.

E. 4

Die Vorinstanz hat erkannt, beim vereinbarten Kontokorrentverhältnis der Parteien nach ... Recht [des Staates C. _____] seien Forderungen, die in ein Kontokorrentverhältnis eingestellt würden, grundsätzlich nicht separat einforderbar. Vielmehr erfolge in periodischen Abständen eine Verrechnung aller in das Konto eingestellten gegenseitigen Forderungen und nur der Saldo am Ende einer solchen Abrechnungsperiode könne geltend gemacht werden. Widerspreche der Bankkunde dem ihm mitgeteilten Saldo nicht, gelte dieser gemäss § 350 HGB in Verb. mit § 781 BGB als formlos anerkannt. Der anerkannte Saldo werde als abstrakte Schuldanerkennung in der Regel auf die nächste Abrechnungsperiode vorgetragen, in die Verrechnung mit den neuen Forderungen einbezogen und sei diesfalls nicht mehr einzeln einforderbar. Nach der Anerkennung eines Saldos und dessen Vortrag auf die neue Periode müsse die Bank nur noch die Richtigkeit der anschliessenden und bis zur nächsten Saldoziehung neu in das Kontokorrentverhältnis eingestellten Forderungen belegen. Die Vorinstanz hat die Klage abgewiesen mit der Begründung, es sei nicht klar, ob die Klägerin ihre Klage auf den Saldo per Ende Dezember 2008 oder auf den Saldo per 21. Mai 2009 stütze bzw. sie stütze sich bei ihrer Klage auf beide Saldis. Insoweit begründe die Klägerin ihre Klage mit zwei unterschiedlichen Lebenssachverhalten und überlasse dem Gericht die Auswahl des zutreffenden, was aber nicht zulässig sei. Je nachdem wäre das Verfahren unterschiedlich weiter zu führen. Mangels genügender Bestimmung des Klagefundamentes sei die Klage daher abzuweisen. Der Saldo per Ende Dezember 2008 sei sodann in der Kontokorrentrechnung für das erste Quartal 2009 aufgegangen und könnte ohnehin nicht mehr separat eingeklagt werden. Wenn die Klägerin mit ihrem Eventualbegehren Aufwendungsersatz aus Wertschriftenkäufen vom 19. März 2009 verlange, so übersehe sie, dass auch die Forderungen aus diesen Wertschriftengeschäften der Kontokorrentbindung und der späteren Saldoziehung unterlägen und nicht separat eingefordert werden könnten.

- 5 - Die Klägerin hält im Berufungsverfahren dafür, das tatsächliche Fundament ihrer Klage im Hauptstandpunkt - nämlich der Saldo per 21.5.2009 - ausreichend deutlich dargelegt zu haben, so dass diese hätte gutheissen werden müssen (Urk. 69). Der Beklagte bestreitet dies unter Berufung auf die Erwägungen der Vorinstanz. Soweit er neue tatsächliche Einwände und rechtliche Einreden gegen die Forderung der Klägerin vorbringt, ist er infolge des Novenverbots gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO im Berufungsverfahren damit nicht mehr zu hören (Urk. 75B, insbes. S. 11f Erw. C/II - VII). 5.1. In ihrer vorinstanzlichen Klagebegründung samt Beilagen (Urk. 1, Urk. 3/5+6) hat die Klägerin zunächst den Saldoverlauf auf dem Konto ... des Beklagten ab dem 31. Dezember 2008 (Schuldsaldo EUR 235'686.22) bis Ende März 2009 (Schuldsaldo EUR 1'459'769.76) nachgezeichnet, die darauf gestützte Kündigung der Kontobeziehung gerechtfertigt und den Schlussaldo per Datum der Kontoauflösung am 21. Mai 2009 mit EUR 1'230'190.60 beziffert (Urk. 1 S. 6f RZ 12- 15). Anschliessend führte die Klägerin in RZ 16 aus: "Aus dem bestehenden Schuldsaldo in Höhe von E 1.230.190,60 in der Hauptforderung, macht die Klägerin mit dieser Teilklage einen Betrag von E 150.000,00 erstrangig geltend." Damit hat die Klägerin klarerweise ihre Klageforderung ausschliesslich auf den Schlussaldo per 21. Mai 2009 gestützt. In ihrer vorinstanzlichen Replik (Urk. 25) verwies die Klägerin zunächst auf ihre Klagebegründung und deren Abstützung auf den Schuldsaldo von EUR 1'230'169.69 per 21.05.2009 (S. 3 RZ 4). Anschliessend setzte sie sich mit den Einwänden des Beklagten gegen die Klage auseinander, nämlich dass die Wertpapiergeschäfte vom März 2009 und die daraus resultierenden Belastungen wegen Geschäftsunfähigkeit nichtig seien. In diesem Zusammenhang führte sie aus, dass der Saldo per 31.12.2008 in der Höhe von EUR 235'686.22 im Rahmen des Kontokorrentverhältnisses als vom Beklagten anerkannt gelte, dass sie daher nur die zeitlich daran anschliessenden Posten darzulegen habe und sie das mit den Klagebeilagen bereits gemacht habe (S. 4f RZ 7 und 9). Als Schlussfolgerung daraus stellte die Klägerin schliesslich fest, "...können die vom Beklagten vorgebrachten Einwendungen nach Auffassung der Klägerin letztlich dahinstehen. Der zum 31.12.2008 anerkannte Schuldsaldo E 235.686,22 übersteigt bereits die hier erhobene Teilklage in Höhe von E 150.000,00." (S. 6 RZ 10). Damit äusserte sich die Klägerin jedoch

- 6 - nur zur Bestreitungs- und Beweislage, dass nämlich selbst bei einer Ausserachtlassung der angefochtenen Belastungen aus den Wertpapierkäufen im März 2009 allein schon durch den Übertrag des Dezembersaldos 2008 als Anfangssaldo 2009 eine anerkannte Schuld von EUR 235'686.22 belegt und in den Saldo per 21. Mai 2009 eingeflossen sei, und welche Schuld die auf den (die angefochtenen Wertpapierkäufe miteinschliessenden) Saldo per 21. Mai 2009 gestützte Klageforderung bereits übersteige. Diese Auffassung wiederholte die Klägerin nochmals auf Seite 11 RZ 19, wo sie ausführte, auf den Einwand des Beklagten zur Geschäftsfähigkeit für die Wertschriftengeschäfte im März 2009 komme es aus den vorgenannten Gründen nicht an, "...da sich die Klägerin im Rahmen der Kontokorrentklage auf den unstreitigen Rechnungsabschluss zum 31.12.2008 in die Klageforderung übersteigernder Höhe stützen kann". Im Sinne eines - prozessual noch zulässigen (§ 114 ZPO/ZH) - Novums begründete die Klägerin in der Replik "hilfsweise" ihre Forderung auch noch mit ihrem Anspruch auf Aufwendungsersatz aus einem der streitgegenständlichen Wertpapiergeschäfte gemäss Auftrag vom 17. März 2009 über EUR 163'634.38 (S. 8/9 RZ 17). Schliesslich hielt sie auf Seite 15 unter RZ 27 fest, "... dass im Hinblick auf den vorrangig geltend gemachten streitgegenständlichen Anspruch die Frage einer Geschäftsunfähigkeit am 17.03.2009 wohl dahinstehen mag, da sich die Klage vorrangig auf den Schuldsaldo zum 31.12.2008

stützt und zu diesem Zeitpunkt keine Geschäftsunfähigkeit behauptet wird." Da dieser letztzitierte Hinweis auf den Saldo per 31.12.2008 allenfalls auch dahin verstanden werden konnte, die Klägerin stütze sich grundsätzlich nunmehr direkt auf den Saldo vom 31.12.2008 und nicht (mehr) auf den Saldo vom 21.5.2009, hielt die Vorinstanz die Klägerin diesbezüglich in Anwendung von § 55 ZPO/ZH zu einer Substanziierung ihrer Behauptungen an, ebenso dazu, wie sich die Ansprüche aus Saldo und Aufwendungsersatz zu einander verhalten sollen (Urk. 43). Am 6. Dezember 2010 reichte die Klägerin die entsprechende Substanziierungseingabe ein (Urk. 46). Diese diene auf Verlangen des Gerichtes der Präzisierung der Vorbringen im Hauptverfahren und damit allenfalls zusammenhängende neue Vorbringen waren zulässig (§ 114 ZPO/ZH). In dieser Eingabe stellte die Klägerin einleitend unmissverständlich fest, dass sie "...den bestehenden Schuldsaldo in Höhe von Euro 1'230'169.69 per 21. Mai 2009 als Teilklage in der Hauptforderung Euro 150'000.- erst-rangig" geltend mache (S. 2 RZ 4). Zwar fügte sie sodann etwas missverständlich

- 7 - an "...Insoweit ergibt sich, da ein Schuldsaldo von Euro 235'686.22 zum Rechnungsabschluss per 31. Dezember 2008 unbestritten ist, der Anspruch der Klägerin aus § 488, Abs. 2 BGB." und verwies auf analoge Ausführungen in RZ 15 der Replik. Dieser letzterwähnte Satz bezieht sich aufgrund des Gesetzeszitates und der verwiesenen Replikstelle indes klar auf die gesetzliche Grundlage ihres Anspruchs (Darlehensvertrag) und bedeutet nicht, dass mit der Klage der Saldo per 31.12.2008 eingeklagt werden soll. Sodann stellte die Klägerin in dieser Eingabe klar, dass der Anspruch auf Aufwendungsersatz als Eventualbegehren zu verstehen sei, falls das Gericht ihren Hauptanspruch nicht bereits aufgrund "des per 31.12.2008 unstreitig bestehenden Schuldsaldos von EUR 238'686.22" schützen könne (S. 3 RZ 5). Damit erklärt die Klägerin primär das Verhältnis zwischen Haupt- und Eventualanspruch. In Verbindung mit den voranstehenden Ausführungen ergibt sich auch aus dieser Passage nicht, die Klägerin wolle unmittelbar den Saldo per 13.12.2008 einklagen, sondern lediglich, dass sie ihren Hauptanspruch bereits für erwiesen hält, weil eine anerkannte Schuld in mindestens diesem Umfang vorliege. Aus den vorzitierten Behauptungen und Äusserungen der Klägerin in ihren Rechtsschriften ergibt sich ihr Standpunkt - entgegen der Vorinstanz - mit ausreichender Klarheit: Sie stützt ihre Klage auf den Saldo per 21. Mai 2009 ab. So weit sie sich in ihren Ausführungen auf den Saldo per 31. Dezember 2008 bezieht, so tut sie dies nur im Rahmen ihres Standpunktes zum Nachweis einer Schuld des Beklagten von mindestens EUR 150'000.-- per 21. Mai 2009. Der Nachweis einer Schuld von EUR 150'000.-- sei bereits geleistet durch die unbestrittene Schuldanererkennung im Umfang des vorgetragenen Schuldsaldos per Ende Dezember 2008 über EUR 235'686.22, welcher anschliessend im 1. Quartal 2009 nicht mehr unterschritten worden sei. Und deshalb könne es dahin gestellt bleiben, ob sich diese Schuld im Verlaufe des weiteren Quartals und durch die umstrittenen Wertschriftentransaktionen im März 2009 weiter erhöht habe. Die Klägerin folgt mit diesen Ausführungen der rechtlichen Systematik des Kontokorrentverhältnisses, wonach sie bei erfolgter Anerkennung eines Quartalssaldos nur noch die Berechtigung der bis zur nächsten Saldoziehung erfolgten Belastungen nachzuweisen hat, nicht aber mehr den vorgetragenen Saldo des Vorquartals. Die Klägerin hält sich mit diesen Ausführungen aber auch an den Grundsatz, dass sie

- 8 - einen in die laufende Rechnung vorgetragenen Saldo nicht mehr separat einfordern kann. Entgegen der Annahme der Vorinstanz stützt die Klägerin ihre Klage nicht wahlweise

entweder auf den Saldo per 31. Dezember 2008 oder auf jenen per 21. Mai 2009 ab und überlässt es auch nicht dem Gericht, welchen dieser Saldi und welche dazwischen eingetretenen Lebenssachverhalte es prüfen und beurteilen soll. Sie hält lediglich im Rahmen des Saldos per 21. Mai 2009 eine Schuld in der Höhe des übertragenen Saldos vom 31. Dezember 2008 als bereits erwiesen. 5.2. Am 19. Mai 2011 reichte die Klägerin unaufgefordert nochmals eine Eingabe zum Klagefundament ein, offensichtlich als Reaktion auf die Stellungnahme des Beklagten zu ihrer Substanziierungseingabe (Urk. 57). Da in diesem Zeitpunkt der erweiterte ordentliche Schriftenwechsel abgeschlossen war, konnte die Klägerin damit keine neuen tatsächlichen Behauptungen und Anträge mehr vorbringen bzw. sind solche (unter Vorbehalt von § 115 ZPO/ZH) unbeachtlich. Sollte sich die Klägerin in dieser Eingabe allenfalls widersprüchlich hinsichtlich des für die Klage massgeblichen Saldos geäußert haben, wie die Vorinstanz meint (Urk. 70 S. 12), so ist darauf daher nicht mehr einzutreten. Immerhin erwähnte die Klägerin auch in dieser Eingabe einleitend und zusammenfassend, sie mache erstrangig und nichts anderes als den zum 21.05.2009 bestehenden Schuldsaldo in der Höhe von E 1.230.169,69 geltend und davon im Sinne einer Teilklage E 150.000,00 (S. 2 RZ 1). Bzw. es sei falsch, wenn der Beklagte behauptete, sie berufe sich auf zwei verschiedene Rechnungsabschlüsse (S. 4 RZ 5). Nach der ... Rechtslage [des Staates C._____] könne sie aber vom letzten anerkannten Schuldsaldo per 31.12.2008 ausgehen, und dann diejenigen Posten darlegen, die zeitlich danach in die laufende Rechnung eingestellt worden seien (S. 4 RZ 6). In RZ 2 auf Seite 2 erwähnt die Klägerin wohl, sie stütze ihre Klage auf zwei Lebenssachverhalte, nämlich den Schuldsaldo (zum 31.12.2008) und eventualiter den Aufwendungsersatzanspruch. Damit verweist sie auch an dieser Stelle nicht auf zwei Lebenssachverhalte in Form von zwei Saldi zu unterschiedlichen Zeitpunkten. Da dieser Abschnitt sodann unmittelbar auf die RZ 1 folgt, wo die Klägerin ihre Sicht des Verhältnisses zwischen den Saldi vom 31.12.2008 und 21.5.2009 einlässlich darlegt, lassen sich auch die Ausführungen

- 9 - unter RZ 2 mit dem Hinweis auf den Saldo per 31.12.2008 als Hinweis auf eine bereits anerkannte und erwiesene Anfangssaldoschuld im fortlaufenden Kontokorrentverhältnis verstehen. Jedenfalls kann der Klägerin aus einer nach Abschluss des Behauptungs- und Bestreitungsverfahrens verspätet erstatteten Eingabe kein Widerspruch zu den einzig massgeblichen früheren Eingaben angelastet werden.

E. 6

Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich, dass die Klägerin den massgeblichen Lebenssachverhalt, aus dem sie ihren Klageanspruch im Hauptstandpunkt ableitet, genügend umschrieben hat, nämlich als Schlusssaldo aus dem Kontokorrentverhältnis per 21. Mai 2009. Ein gerichtlicher Entscheid darüber kann res judicata-Wirkung entfalten. Von der Frage der ausreichenden Substanziierung des massgeblichen Lebenssachverhaltes zu unterscheiden ist die Frage der Teilklage. Nach der vorliegend anwendbaren Zürcherischen Prozessordnung ist es einer Partei aufgrund der Dispositionsmaxime ohne weiteres erlaubt, vorläufig nur einen nicht individualisierten Teilbetrag einer grösseren Gesamtforderung geltend zu machen und sich eine Nachklage ausdrücklich vorzubehalten (sog. echte Teilklage). Die materielle Rechtskraft des Urteils erstreckt sich allerdings nur auf den eingeklagten Teil (Frank/Sträuli/Messmer, N 17 zu § 54 ZPO/ZH; BGE 99 II 174). Voraussetzung ist, dass der Anspruch nach materiellem Recht teilbar ist (Guldener, Schweizerischen Zivilprozessrecht, Zürich 1979, S. 149; vgl. dazu auch Art. 86 ZPO/CH). Eine Aufteilung oder Staffelung in Haupt- und Hilfsanspruch wird nur bei Vorliegen

mehrerer selbständiger prozessualer Ansprüche aus einem Sachverhaltskomplex für notwendig gehalten (sog. unechte Teilklage). Diesfalls darf es der Kläger nicht dem Gericht überlassen, welchen Sachverhaltskomplex es als Grundlage für welchen selbständigen Forderungsbetrag heranziehen will (ZR 102 Nr. 45 und dortige Hinweise). Bei einer echten Teilklage hingegen geht die Substanziierungspflicht im Sinne einer Zuordnung einzelner Teilansprüche auf einzelne Lebenssachverhalte nicht so weit, dass die Klagesumme für den einheitlichen Ersatzanspruch auf die einzelnen Rechnungsposten aufgeteilt werden müsste. Im Kontokorrentverhältnis entsteht ein klagbarer Anspruch erst nach der Saldoziehung. Eine diesbezügliche Klage kann sich bereits von der Rechtsnatur des Verhältnisses her nicht direkt auf bestimmte Einzelbuchungen stützen. Diese bilden vielmehr in

- 10 - ihrer Gesamtheit die Grundlage der Saldoklage und sind vom Gericht notwendigerweise umfassend bzw. so weit zu prüfen, bis die Klageforderung ausgewiesen ist. Beschränkt sich die Klägerin im Rahmen der Dispositionsmaxime daher auf eine Teilforderung, so trägt sie das Risiko, dass der geltend gemachte Lebenssachverhalt (Saldo als Verrechnungsergebnis mehrerer Rechnungsposten) nicht umfassend geprüft wird und das Urteil über die Teilklage für eine allfällige Nachklage keine materielle Rechtskraftwirkung entfaltet (vgl. dazu zur analogen Situation nach neuer Zivilprozessordnung Bopp/Bessenich, in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., Art. 86 N 10). Auch unter dem Aspekt der Einreichung einer (echten) Teilklage ist die Hauptklageforderung demnach ausreichend substantiiert und zulässig. Aufgrund der vorstehenden Erwägungen ist die Klage im Hauptpunkt ausreichend substantiiert und damit materiell zu prüfen. Das vorinstanzliche Urteil vom 18. November 2011 ist in diesem Punkt daher aufzuheben.

E. 7

Im Eventualstandpunkt hat die Klägerin vor Vorinstanz eine Forderung von EUR 150'000.-- aus Aufwendungsersatz von insgesamt EUR 163'634.38 geltend gemacht für den auftragsgemässen Kauf von Wertpapieren mit der Kennnummer ... gemäss Order des Beklagten vom 17. März 2009 (Urk. 25 S. 8ff RZ 17). In Gutheissung der Einrede der Kontokorrentbindung hat die Vorinstanz das Eventualbegehren abgewiesen. Sie hat diesbezüglich zu Recht erkannt, dass die Auslagen für den Kauf dieser Wertpapiere als Einzelposten in die laufende Kontokorrentabrechnung eingestellt wurden und daher nicht unabhängig von der Saldoziehung separat als Einzelforderung geltend gemacht werden können. Die Klägerin ficht die Abweisung des Eventualbegehrens im Berufungsverfahren denn auch nicht an (Urk. 69). Hinsichtlich der Abweisung des Eventualbegehrens ist das vorinstanzliche Urteil daher in Rechtskraft erwachsen, was formell festzustellen ist.

E. 8

In der vorinstanzlichen Klageantwort hat der Beklagte u.a. eine Gegenforderung über EUR 451'000.-- zur Verrechnung gestellt. Diese resultiere aus entgangenem Gewinn, weil die Klägerin eigenmächtig Wertschriften aus seinem Depot zu einem ungünstigen Kurs verkauft habe (Urk. 17 S. 13). Dazu hat sich die Vorinstanz in ihrem Urteil nicht mehr geäußert, da sie aus anderen Gründen die

- 11 - Klage abgewiesen hat. Das vorliegende Verfahren erweist sich demnach noch nicht als liquid, selbst wenn man der Klägerin darin folgen würde, dass seit dem anerkannten Schuldsaldo von EUR 235'686.22 per 31. Dezember 2008 lückenlos bis 21.5.2009 stets ein

Schuldsaldo von mindestens EUR 150'000.- bestanden habe und die weiteren Kontobuchungen im 1. Quartal 2009 insoweit nicht von Belang seien, da sie den Schuldsaldo nur noch erhöht hätten. Das Verfahren ist daher im Sinne von Art. 318 Abs. 1 lit. c ZPO an die Vorinstanz zurückzuweisen zur neuen Entscheidung, nötigenfalls nach Durchführung eines Beweisverfahrens. In ihrer neuen Entscheidung wird sich die Vorinstanz allenfalls auch mit den Einwänden des Beklagten in seinen Eingaben vom 1. Februar 2011 und 6. Juli 2011 (Urk. 54 und 63) gegen die Klageforderung und mit der novenrechtlichen Zulässigkeit dieser Einwände gemäss § 114 und 115 ZPO/ZH zu befassen haben.

E. 9

Erfolgt eine Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils, sind damit auch die vorinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen aufzuheben. Für das Berufungsverfahren ist praxismässig nur die Entscheidunggebühr festzusetzen. Über deren Auferlegung und die Regelung der Parteienschädigungen für das Berufungsverfahren hat die Vorinstanz in ihrer neuen Entscheidung zu befinden. Der massgebliche Streitwert im Berufungsverfahren beträgt EUR 150'000.-- bzw. Fr. 180'000.- Der von der Klägerin im Berufungsverfahren geleistete Kostenvorschuss ist bei der Kostenregelung in der Endentscheidung zu berücksichtigen und bis dahin von der Gerichtskasse einzubehalten.

- 12 - Es wird beschlossen:

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