

# ZH\_OBERGERICHT LB140020 vom 28. Juli 2014

ZH Obergericht, 2014-07-28, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LB140020](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LB140020)

FR: ZH\_OBERGERICHT LB140020 du 28 juillet 2014

IT: ZH\_OBERGERICHT LB140020 del 28 luglio 2014

## Erwägungen

### E. 1

Sachverhalt

#### E. 1.1

Der im Jahre 1938 geborene Kläger ist italienischer Staatsangehöriger und lebt seit dem Jahre 1960 in der Schweiz. Er ist gelernter Elektriker und arbeitete zunächst von November 1960 bis Dezember 1962 bei der ... in ... und alsdann bis zum Jahre 2001 bei der M.\_\_\_\_\_ AG in ... im Bereiche der Printverarbeitung; zu- letzt übte der Kläger die Funktion eines Abteilungsleiters aus. Im Jahre 2001 trat der Kläger aus betrieblichen Gründen per 30. Juni 2001 in den vorzeitigen Ruhe- stand (Urk. 2 S. 6; Urk. 14 S. 2; vgl. Urk 4/5).

#### E. 1.2

Gemäss Abrechnung der Fürsorgestiftung der M.\_\_\_\_\_ AG vom 24. Au- gust 2001 wurde dem Kläger als "Altersleistung" ein Betrag von insgesamt Fr. 784'236.00 (Vorsorgeguthaben Fr. 683'245.00; Leistung aus "freien Stiftungs- mitteln" im Zusammenhang mit dem vorzeitigen Ruhestand: Fr. 100'991.00) aus- bezahlt (Urk. 2 S. 7; Urk. 14 S.2).

#### E. 1.3

Die Beklagte 1, die "A.\_\_\_\_\_ AG", wurde im Jahre 1997 gegründet und firmierte bis zum Oktober 2013 als "A1.\_\_\_\_\_ AG". Bis zum Oktober 2013 be- zweckte die Gesellschaft namentlich die "Betätigung in der Finanz- und Vermö-

- 7 - gensverwaltung", aber auch Vorsorgeberatung und "Finanzdienstleistungen im weitesten Sinne". Seit dem Oktober 2013 bezweckt die Gesellschaft dagegen im Wesentlichen die "Erbringung von Beratungen und Dienstleistungen" im Bereich Unternehmensberatung (Urk. 106). N.\_\_\_\_\_ ist praktisch seit der Gründung der erwähnten Handelsgesellschaft deren einziges Verwaltungsratsmitglied mit Einzelunterschrift (Urk. 106).

#### E. 1.4

Dem Kläger wurde seinerzeit von einem Freund, ..., der mit den Dienstleis- tungen der Beklagten 1 zufrieden war, empfohlen, seine Vorsorgegelder bei der Beklagten 1 anzulegen. Im Hinblick auf die bevorstehende vorzeitige Pensionie- rung des Klägers schlossen die Beklagte 1 einerseits und der Kläger andererseits am 2. November 2000 einen Vermögensverwaltungsvertrag (Urk. 4/6). Bezug ge- nommen wird in diesem Vertrag auf das Anlageprofil, welches "einen integrieren- den Bestandteil dieses Vertrages bildet". Die Beklagte wurde in diesem Sinne er- mächtigt, "in Übereinstimmung mit dem Anlageprofil" "Anlagen in sämtlichen Fi- nanzmarktinstrumenten" zu tätigen. Gemäss Ziff. 5 des Vertrages erfolgte der Vertragsschluss auf unbestimmte Zeit, wobei jede Partei den Vertrag

"auf Ende des nächstfolgenden Quartals mittels schriftlicher Mitteilung kündigen" kann. Das im Vertrag erwähnte "Anlageprofil" liegt überschrieben mit "Anlegerprofil" als Urk. 4/7 bei den Akten und wurde vom Kläger unterzeichnet. Angekreuzt wurden dort unter "Anlageziele" die vorgedruckten Rubriken "Kapital-/ Kauf- krafterhaltung" und "Einkommen Fr. 80'000.00 jährlich/approx. 9% p.a.". Und unter "Orientierung" wurde sodann die Rubrik "ausgewogen" angekreuzt, wogegen die Rubriken "konservativ" und "dynamisch" nicht angekreuzt wurden.

#### **E. 1.5**

Der Kläger stellt sich auf den Standpunkt, dass er der Beklagten 1 Vermögenswerte von "rund Fr. 900'000.00" habe zukommen lassen (Urk. 2 Rz 15), was die Beklagte 1 mit der Klageantwort ausdrücklich anerkannte (Urk. 14 Rz 100). Mit ihrer Duplik stellte sie sich allerdings auf den Standpunkt, es seien Vermögenswerte von lediglich Fr. 789'100.00 gewesen (Urk. 55 S. 3).

- 8 -

#### **E. 1.6**

Nach der Darstellung des Klägers beschränkte sich der Kontakt zwischen ihm und der Beklagten 1 "auf zwei bis drei Besprechungen jährlich" (Urk. 2 Rz16). Mitte 2009 stellte der Kläger nach seiner Sachdarstellung fest, dass "mehr als drei Viertel des ursprünglichen Anlagevermögens vernichtet" worden seien. In der Folge kam es jedenfalls zu verschiedenen Kontakten zwischen den Parteien (Urk. 2 Rz 21 ff.).

#### **E. 1.7**

Im Laufe des Jahres 2009 mandatierte der Kläger die Anwaltskanzlei ... AG mit seiner Interessenwahrung gegenüber der Beklagten 1. Die Anwälte des Klägers beschwerten sich am 3. März 2010 in seinem Auftrag beim Verein ... (...) über die Beklagte 1, welche Mitglied dieses Vereins ist (Urk. 4/13). Es wurde dabei auch in Aussicht gestellt, die FINMA über die Angelegenheit ins Bild zu setzen.

#### **E. 1.8**

Dennoch suchte der Kläger weiterhin den direkten Kontakt mit der Beklagten 1, worauf die Parteien am 27. April 2010 auf dem Briefpapier der Beklagten 1 die folgende Erklärung unterzeichneten (Urk. 4/14): "Bezugnehmend auf die Besprechung im Herbst 2009 und ohne Anerkennung einer Schuld, eines fehlerhaften oder unsorgfältigen Verhaltens durch A1.\_\_\_\_\_ [= Beklagte 1] resp. ihrer Angestellten wird erklärt, dass die A1.\_\_\_\_\_ B.\_\_\_\_\_, derzeit wohnhaft ... [Adresse], zu Lebzeiten eine monatliche Vergütung zwischen Fr. 3'000.00 und Fr. 8'000.00 auf ein Konto lautend auf seinen Namen überweist. Diese Zahlungen erfolgen so lange bis der Wert des Portfolios zusammen mit diesen Vergütungen inkl. € 5'000.00 einen Wert von Fr. 250'000.00 erreicht haben. Vollmachten auf den Bankkonten bleiben weiterhin bestehen. Aus dieser Erklärung erfolgt kein Rechtsanspruch, die Zahlungen sind persönlich und weder abtretbar noch vererbbar. B.\_\_\_\_\_ verpflichtet sich, von weiteren Nötigungen durch Anwälte oder durch andere Drittpersonen abzusehen und Stillschweigen & Vertraulichkeit zu garantieren, ansonsten diese Erklärung und die entsprechenden Zahlungen sofort hinfällig werden." Gestützt auf diese Vereinbarung überwies die Beklagte 1 dem Kläger mit Valuta vom 5. Mai 2010 einen Betrag von Fr. 5'000.00 und mit Valuta vom 1. Juni 2010 einen solchen von Fr. 4'000.00 (Urk. 2 Rz 210; Urk. 4/15 und 4/16). Weitere Zahlungen leistete die Beklagte 1 nicht. Mit Schreiben vom 6.

August 2010 be- klagte sich der Kläger bei der Beklagten 1 brieflich darüber, dass diese ihren Ver- pflichtungen aus der erwähnten Vereinbarung in den Monaten Juli und August - 9 - nicht nachgekommen sei und setzte eine Frist, damit die Monatsbetreffnisse Juli und August 2010 beglichen würden (Urk. 4/18). Die Beklagte 1 leistete indessen trotzdem keine weiteren Zahlungen.

### **E. 1.9**

Mit Schreiben vom 30. August 2010 liess der Kläger seine Guthaben bei der ... AG, welche von der Beklagten 1 verwaltet worden waren, saldieren, worauf ihm die Bank einen Betrag von Fr. 19'189.00 ausbezahlte (Urk. 2 Rz 38; Urk. 4/20 und 421/1-4). Darauf schrieb er der Beklagten 1 mit "im Oktober 2010" datiertem Brief, dass er sein Depot habe liquidieren müssen, weil die Beklagte 1 "die ver- sprochenen Zahlungen seit Juli eingestellt" habe (Urk. 4/22).

### **E. 1.10**

Mit Zahlungsbefehl Nr. ... des Betreibungsamtes Zürich 2 vom 19. Juli 2011 (Urk. 4/24) liess der Kläger die Beklagte 1 für einen Betrag von Fr. 750'000.00 betreiben. Die Forderung begründete er wie folgt: "Vermögensverwaltungsvertrag vom 2. November 2000. Schadenersatz aus vertragswidriger und spekulativer Vermögensanlage von Kundengeldern. Un- erlaubte Handlungen im vorgenannten Kontext."

## **E. 2**

Prozessgeschichte

### **E. 2.1**

Für den Verlauf des erstinstanzlichen Verfahrens sei auf die Darstellung im angefochtenen Urteil verwiesen (Urk. 86 S. 4 f.). Erstinstanzlich fasste der Kläger nicht nur die Beklagte 1, sondern auch N.\_\_\_\_\_, die Verwaltungsratspräsidentin der Beklagten 1, ins Recht (Beklagte 2).

### **E. 2.2**

Das vorinstanzliche Urteil wurde den beiden Beklagten am 4. Februar 2014 zugestellt (Urk. 82 und 83). Mit Eingabe vom 1. März 2014 erhob die Beklagte 1 rechtzeitig Berufung und stellte die eingangs vermerkten Anträge (Urk. 85). Nach der Leistung des Kostenvorschusses von Fr. 21'650.00 wurde der Kläger aufge- fordert, die Berufung zu beantworten. Das tat er mit Schriftsatz vom 23. Mai 2014 (Urk. 95). Gleichzeitig erhob er Anschlussberufung und stellte die Anträge, die ebenfalls eingangs vermerkt sind. Unterm 16. Juni 2014 reichte die Beklagte 1 ei- ne "Stellungnahme zur Berufungsantwort / Anschlussberufung" ein (Urk. 101), welche den Kläger zu einer kurzen Gegenbemerkung vom 26. Juni 2014 veran-

- 10 - lasste (Urk. 104). Diese wiederum wurde der Beklagten 1 mit Verfügung vom 27. Juni 2014 zugestellt (Urk. 105).

### **E. 2.3**

Mit Beschluss vom 3. Juni 2014 wurde dem Kläger für das Berufungsver- fahren die unentgeltliche Rechtspflege gewährt, und es wurde ihm in der Person von Rechtsanwalt Dr. Y.\_\_\_\_\_ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt. Die einverlangte Abtretung des Prozessgewinns im Umfange von Fr. 40'000.00 legte der Kläger innert Frist vor (Urk. 100).

### **E. 3**

#### Prozessuales

#### **E. 3.1**

Das angefochtene Urteil blieb insoweit unangefochten, als mit ihm die gegen die Beklagte 2 (N.\_\_\_\_\_) gerichtete Klage abgewiesen wurde (Dispositiv-Ziff. 3). Rechtskräftig geworden ist damit auch Dispositiv-Ziff. 8 des angefochtenen Urteils, womit der Beklagten 2 zu Lasten des Klägers eine Parteientschädigung zugesprochen wurde. Davon ist Vormerk zu nehmen.

#### **E. 3.2**

Gemäss Art. 315 Abs. 1 ZPO hemmt die Berufung die Rechtskraft und die Vollstreckbarkeit im Umfange der Anträge. Die Berufungsschrift muss daher gemäss Art. 311 ZPO nicht nur begründet sein, sondern hat auch Rechtsbegehren zu enthalten (BGE 137 III 617 E. 4.2.2). Die Berufungsanträge haben so bestimmt zu sein, dass sie im Falle der Gutheissung des Rechtsmittels unverändert zum Urteil erhoben werden könnten. Nur klare und – unter Vorbehalt von Art. 85 ZPO – im Falle von Geldforderungen bezifferte Anträge ermöglichen es der Gegenpartei, sich in der Berufungsantwort zu verteidigen (Art. 312 ZPO) und darüber zu entscheiden, ob sie – soweit dies möglich ist – Anschlussberufung erheben will (Art. 313 f. ZPO). Mit den Berufungsanträgen Ziff. 1 und 2 verlangt die Beklagte 1 die Feststellung von Verfahrensfehlern. Hierfür besteht kein rechtliches Interesse. Auf die Berufungsanträge Ziff. 1 und 2 ist nicht einzutreten. Dagegen ist der Berufungsantrag Ziff. 4 der Beklagten 1 materieller Art, indem mit ihm die Abweisung der Klage verlangt wird. In Verbindung mit diesem Antrag ist im Sinne des Gesagten - 11 - auch der Rückweisungsantrag gemäss Ziff. 3 der Berufungsanträge zulässig. Die Berufungsanträge Ziff.3 und 4 sind daher zu behandeln.

#### **E. 3.3**

Mit der Berufung kann sowohl die unrichtige Rechtsanwendung als auch die unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). In der schriftlichen Berufungsbegründung gemäss Art. 311 Abs. 1 ZPO ist aufzuzeigen, inwiefern der angefochtene Entscheid als fehlerhaft erachtet wird. Dieser Anforderung genügt der Berufungskläger nicht, wenn er lediglich auf die vor erster Instanz vorgetragenen Vorbringen verweist, sich mit Hinweisen auf frühere Prozesshandlungen zufriedengibt oder den angefochtenen Entscheid in allgemeiner Weise kritisiert. Die Begründung muss hinreichend genau und eindeutig sein, um von der Berufungsinstanz mühelos verstanden werden zu können. Dies setzt voraus, dass der Berufungskläger im Einzelnen die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnet, die er anfechtet, und die Aktenstücke nennt, auf denen seine Kritik beruht (BGE 138 III 374 E. 4.3.1 S. 375; Urteil 5A\_438/2012 vom 27. August 2012 E. 2.2, in: SZPZ 2013 S. 29 f.; BGER 5A\_141/2014 E. 2.4). Nicht Sache der Berufungsinstanz ist es, die Parteien des Berufungsverfahrens zur Verbesserung fehlerhafter Rechtsmittelschriften aufzufordern. Namentlich ist Art. 132 Abs. 2 ZPO nicht dazu bestimmt, eine inhaltlich ungenügende Begründung ergänzen oder nachbessern zu lassen (BGER 5A\_438/2012 E. 2.4).

#### **E. 3.4**

Die Beklagte 1 wirft der Vorinstanz vor, dass sie die Klage beurteilt habe, wiewohl dem Kläger ein Rechtsschutzinteresse abgehe (Urk. 85 S. 7 ff.). Sie knüpft dieses Argument an

ihre Rechtauffassung an, wonach zwischen den Parteien ein Vergleich zustande gekommen sei. Nach Auffassung der Beklagten 1 hätte das Bezirksgericht entweder auf Nichteintreten auf die Klage erkennen oder einen Entscheid fällen müssen, wonach der Vergleich nicht gültig sei (Urk. 85 S. 8). Die Auffassung der Beklagten 1 ist haltlos. Davon, dass dem Kläger ein schutzwürdiges Interesse an der Prozessführung im Sinne von Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO abgehe, kann keine Rede sein: Zwischen den Parteien ist in der Tat streitig, ob die Vereinbarung vom 27. April 2010 einen Vergleich im Rechtssinne darstellt oder nicht. Gerade diese Frage wird bei der Prüfung der Klage zu beantworten

- 12 - sein, weshalb ein Rechtsschutzinteresse des Klägers offensichtlich gegeben ist. Und wenn die Beklagte 1 meint, die Vorinstanz hätte zumindest sagen müssen, dass der Vergleich "nicht gültig" sei (Urk. 85 S. 8), dann rennt sie offene Türen ein. Die Vorinstanz hat mit dem angefochtenen Urteil klar zum Ausdruck gebracht, dass sie nicht von einem die Parteien bindenden Vergleich ausgeht.

### **E. 3.5**

Der Kläger hat mit der vorinstanzlichen Replik sein Klagebegehren geändert (vgl. die eingangs vermerkten Rechtsbegehren gemäss Urk. 2 S. 2 f. zur Klagebegründung bzw. gemäss Urk. 48 S. 2 f. zur Replik). Die Klageänderung betrifft das Rechtsbegehren Ziff. 1, dem neu ein Eventualbegehren Ziff. 2 hinzugefügt wurde. Die bisherigen Rechtsbegehren Ziff. 2 - 6 wurden neu zu Rechtsbegehren Ziff. 3 - 7. Das bisherige Hauptbegehren Ziff. 1, welches die Ansprüche des Klägers in vier verschiedenen Währungen aufteilte, wurde zum neuen Eventualbegehren Ziff. 2; demgegenüber hat das neue Hauptbegehren Ziff. 1 den gleichen Anspruch zum Gegenstand, allerdings in Landesmünze. Der Unterschied erschöpft sich in der Berechnung des geltend gemachten Betrages in verschiedenen Währungen. Unter diesen Umständen durfte die Vorinstanz die Zulässigkeit der Klageänderung ohne weiteres bejahen. Sie tat es mit richtiger Begründung, auf die zu verweisen ist (Urk. 86 S. 5 f.). Die Beklagte 1 beanstandet das zwar vor Obergericht (Urk. 85 S. 11 f.), setzt sich aber mit der richtigen Argumentation der Vorinstanz nicht auseinander. Der Vorinstanz ist daher ohne weiteres zu folgen.

### **E. 3.6**

Vor Vorinstanz stellte die Beklagte 1 den Antrag, es sei die vom Kläger gegen sie angehobene Betreibung zu löschen. Mit Ziff. 4 des angefochtenen Urteils trat die Vorinstanz auf dieses Begehren nicht ein (vgl. dazu Urk. 85 S. 29, E. 14.5.). Die Beklagte 1 ficht den vorinstanzlichen Entscheid mit ihrer Berufung in diesem Punkte nicht an und setzt sich daher mit der vorinstanzlichen Argumentation nicht auseinander. Das angefochtene Urteil ist daher insoweit in Rechtskraft erwachsen.

## **E. 4**

Bereinigung der Differenz zwischen den Parteien durch Vergleich?

### **E. 4.1**

Die Vorinstanz hat mit dem angefochtenen Urteil den Standpunkt der Beklagten verworfen, wonach der Streit zwischen den Parteien bereits durch die von

- 13 - ihnen am 27. April 2010 unterzeichnete Vereinbarung (Urk. 4/14; vgl. oben E. 1.8) aus der Welt geschafft worden sei (Urk. 86 S. 7 f.). Dieser vorinstanzlichen Auffassung wird von der Beklagten 1 mit ihrer Berufungsschrift über Seiten hinweg widersprochen (Urk. 85 S. 9 f., 13 - 17, 28, 32; vgl. auch Urk. 101 S. 6 ff., 17 ff.). Die Beklagte 1 meint, der

von den Parteien abgeschlossene Vermögensverwaltungsvertrag sei durch den fraglichen Vergleich untergegangen (Urk. 101 S. 8 f., 15). Der Kläger hält dagegen mit der Vorinstanz dafür, dass kein Vergleich zustande gekommen sei (Urk. 95 Rz 31 ff., Rz 77 - 90).

#### **E. 4.2**

Im erstinstanzlichen Verfahren äusserten sich die Parteien zur Vereinbarung vom 27. April 2010 (Urk. 4/14) wie folgt:

##### **E. 4.2.1**

Der Kläger legte mit der Klageschrift die erwähnte Vereinbarung ins Recht und wies darauf hin, dass Äusserungen der Beklagten 1 "im Vorfeld der gerichtlichen Auseinandersetzung" darauf hindeuteten, "dass die Beklagte 1 versucht sein könnte", die erwähnte Vereinbarung "als Vergleich darzustellen, mit welchem sich die Parteien über den Ausgleich der von ihrer Seite schuldhaft herbeigeführten Verluste verständigt" hätten (Urk. 2 Rz 185). Die fragliche Vereinbarung enthalte aber – so der Kläger – weder einen Hinweis darauf, "dass durch die von der Beklagten 1 angebotenen Zahlungen sämtliche Ansprüche des Klägers aus pflichtwidriger Vermögensverwaltung getilgt wären, noch verzichtet der Kläger damit in anderer Weise auf darüber hinausgehende Forderungen" (Urk. 2 Rz 187). Die Vereinbarung erfasse auch nicht sämtliche Verluste (Urk. 2 Rz 188). Die einzige Verpflichtung, die der Kläger "im Gegenzug zum Schuldversprechen der Beklagten 1" eingegangen sei, sei auf "Nötigungen" zu verzichten sowie Stillschweigen zu bewahren (Urk. 2 Rz 189). Selbst wenn man in diese Vereinbarung einen Forderungsverzicht hineininterpretieren wollte, sei dieser hinfällig, denn die Beklagte 1 habe die Zahlungen gemäss Vereinbarung einseitig eingestellt (Urk. 2 Rz 190). Schliesslich beruft sich der Kläger auf Willensmängel: Die fragliche Vereinbarung habe er nämlich "unter dem Eindruck massiver Drohung" unterzeichnet (Urk. 2 Rz 192): Die Beklagte 1 habe gewusst, dass der Kläger "neben dem restlichen Depotwert keine finanziellen Rücklagen mehr besass" und dass sich der Kläger der Beklagten 1 gegenüber als "machtlos erachtete". Diese Umstände habe die Be-

- 14 - klagte 1 ausgenutzt, um dem Kläger anzudrohen, "dass er sein Geld nie mehr sehen" werde und schauen müsse, "wo er bleibe", wenn er die Vereinbarung nicht unterschreibe (Urk. 2 Rz 193). Dieser psychische Druck sei erst dahingefallen, als im August 2010 das Depot aufgelöst und damit der Beklagten die Möglichkeit genommen worden sei, über die Depotwerte zu verfügen. Und unter Hinweis auf Urk. 4/18 führte er aus, dass er mit Schreiben vom 1. Juli 2011 (Urk. 4/23) und damit innert der Jahresfrist von Art. 31 OR zum Ausdruck gebracht habe, "dass er den Vertrag nicht genehmige" (Urk. 2 Rz 194).

##### **E. 4.2.2**

Anwaltlich vertreten, nahm die Beklagte 1 im vorinstanzlichen Verfahren mit ihrer Klageantwort auf die erwähnten Ausführungen des Klägers Bezug, die Beklagte 1 habe mit der fraglichen Vereinbarung "freiwillig und ohne Rechtsanspruch dem Kläger eine monatliche Vergütung bezahlen" wollen, und zwar nicht zuletzt "auch deshalb, weil der Kläger über schwere Depressionen klagte und Selbstmordabsichten äusserte" (Urk. 14 Rz 127). Ausdrücklich stimmte die Beklagte 1 mit ihrer Klageantwort der Rechtsauffassung des Klägers zu, wonach es sich bei der fraglichen Vereinbarung "nicht um eine Vergleichsvereinbarung" handle (Urk. 14 Rz 128). Weil der Kläger in der Folge die Wünsche der Beklagten 1 für den Erhalt einer monatlichen Geldleistung nicht respektiert habe, habe die Beklagte 1 denn auch beschlossen, "diese Zahlungen einzustellen". Und

weiter führte die Beklagte 1 aus (Urk. 14 Rz 129): "Hätte die Beklagte tatsächlich beabsichtigt, so wie es der Kläger darzustellen versucht, dem Kläger eine Vergleichsvereinbarung zu offerieren, dann hätte sie diese nicht einseitig zugunsten des Klägers verfasst. Auch hätte sie namentlich eine Saldoklausel eingebaut. Ein solcher Vergleich wurde von der Beklagten 1 zu keinem Zeitpunkt beabsichtigt, zumal sie den beim Kläger eingetretenen Verlust nicht zu verantworten hat." Schliesslich bestreitet die Beklagte 1, sich gegenüber dem Kläger in dem Sinne geäußert zu haben, dass er sein Geld nicht wieder sehen werde, wenn er die Vereinbarung nicht unterzeichne (Urk. 14 Rz 130). Wie aus dem Brief des Klägers vom 6. August 2010 (vgl. Urk. 4/18 S. 2) hervorgehe, habe er sich bei Vertragsschluss nämlich nicht bedroht gefühlt (Urk. 14 Rz 131).

#### **E. 4.2.3**

Mit seiner Replik bestritt der Kläger, depressiv gewesen zu sein und sich mit Selbstmordabsichten getragen zu haben. Im Übrigen bestätigte der Kläger in

- 15 - diesem Zusammenhang seine frühere Sachdarstellung, wonach ihn die Beklagte 1 im Sinne einer Drohung unter Druck gesetzt habe (Urk. 48 Rz 155-158).

#### **E. 4.2.4**

Mit ihrer Duplik – nun nicht mehr anwaltlich vertreten – nahm die Beklagte 1 eine Kehrtwende in ihrer Argumentation vor: Sie berief sich nun auf eine mündliche Vergleichsvereinbarung vom August 2009, die mit dem Papier vom April 2010 "schriftlich fixiert" worden sei (Urk. 55 S. 3 f.). Anders als noch mit der Klageantwort stellt sich die Beklagte 1 nun auf den Standpunkt, es sei mit der Vereinbarung vom 27. April 2010 ein Vergleichsvertrag zustande gekommen. Mit der Vereinbarung würden die Zahlungen der Beklagten 1 auf Fr. 250'000.00 beschränkt, "was einer Saldoklausel entspricht" (Urk. 55 S. 6 oben). Wenn der Kläger sich im Zusammenhang mit dem Vergleichsvertrag auf "Grundlagenirrtum" hätte berufen wollen, hätte er dies "mit einem Rechtsbegehren geltend machen müssen". Der vom Kläger geltend gemachte Schaden "sei durch die Vergleichsvereinbarung abgelöst" worden (Urk. 55 S. 6). Es sei unverständlich, weshalb der Kläger sich nicht an die Vergleichsvereinbarung halte, die den Vermögensverwaltungsvertrag abgelöst habe (Urk. 55 S. 7). An verschiedensten Stellen ihrer Duplik wirft die Beklagte 1 dem Kläger in dem hier interessierenden Zusammenhang Rechtsmissbrauch durch widersprüchliches Verhalten im Sinne eines "venire contra factum proprium" vor (Urk. 55 S. 5, 11, 45).

#### **E. 4.2.5**

Der Kläger erstattete vor der Vorinstanz eine "Stellungnahme zur Duplik" und wies dort zunächst darauf hin, dass die Ausführungen der Beklagten in der Duplik jenen in der Klageantwort widersprüchen (Urk. 62 Rz 4). Er bestritt dort namentlich, dass im August 2009 eine mündliche Vergleichsvereinbarung zustande gekommen sei (Urk. 62 Rz 6). Mit der Vereinbarung vom 27. April 2010 habe der Kläger sich einzig dazu verpflichtet, "von Nötigungen durch Anwälte und Dritte abzusehen" (Urk. 62 Rz 7). Die neuen Vorbringen der Beklagten 1 widersprüchen auch "den durch Urkunden belegten Fakten" (Urk. 62 Rz 11).

#### **E. 4.3**

Der Vergleich ist ein Vertrag, mit dem ein Streit oder eine Ungewissheit über ein Rechtsverhältnis mit gegenseitigen Zugeständnissen beigelegt wird. Dabei ersetzen die

Parteien ein bestehendes Rechtsverhältnis häufig im Sinne von Art. 116 OR durch ein neues. Das gilt namentlich dann, wenn sie sich bei einem

- 16 - komplexen Rechtsverhältnis auf eine Saldozahlung einigen, beide Parteien also auf weitere Ansprüche gegeneinander verzichten. Im Gegensatz zur blossen Vertragsänderung wird durch die Novation die Identität der Forderung aufgehoben, und Einreden und Schwächen, die den dadurch abgelösten Ansprüchen anhaften, gehen in der Regel unter. Auf den aussergerichtlichen Vergleich sind die Regeln über die Willensmängel anwendbar, sofern sie nicht seiner besonderen Natur widersprechen (BGE 130 III 49 E. 1.2, 121 III 397 E. 2c, 105 II 273 E. 3a mit Hinweisen).

#### **E. 4.3.1**

Mit der Vereinbarung vom 27. April 2010 erklärte sich die Beklagte 1 dazu bereit, dem Kläger monatliche Zahlungen zu leisten, die sich zwischen Fr. 3'000.00 und Fr. 8'000.00 bewegen sollten, bis auf diese Weise "der Wert des Portfolios zusammen mit diesen Vergütungen" Fr. 250'000.00 erreiche. Ausdrücklich wurde festgelegt, dass aus der Vereinbarung kein Rechtsanspruch abzuleiten sei und dass die Zahlungen "persönlich" sowie weder abtretbar noch vererbbar seien. Damit liessen sich die Zahlungen gemäss der interessierenden Vereinbarung nicht auf dem Klagewege durchsetzen. Umgekehrt hat der Kläger mit der fraglichen Vereinbarung auch nicht auf irgendwelche Ansprüche gegen die Beklagte 1 verzichtet. Typisch für Vergleichsverträge sind Saldoklauseln (BGE 105 II 273 E. 3). Eine solche fehlt hier aber. Namentlich werden weder der von den Parteien abgeschlossene Vermögensverwaltungsvertrag noch daraus resultierende Schadenersatzansprüche des Klägers erwähnt. Es kann daher nicht gesagt werden, dass solche Schadenersatzansprüche vom Kläger mit der Vereinbarung vom 27. April 2010 aufgegeben worden seien, damit die Regelungen des Vergleichsvertrages Platz greifen könnten. Diese Auslegung deckt sich im Übrigen auch mit dem, was die Beklagte 1 noch mit ihrer Klageantwort vorgetragen hat. So machte sie dort letztlich geltend, zu den im Ergebnis für sie freiwilligen Zahlungen gemäss der Vereinbarung habe sie sich einzig aus Kommiserationsgründen herbeigelassen (Urk. 14 Rz 127). Und weiter führte sie aus, dass sie in die Vereinbarung namentlich eine Saldoklausel eingebaut hätte, wenn sie eine Vergleichsvereinbarung hätte formulieren wollen,

- 17 - denn eine solche hätte sie "nicht einseitig zugunsten des Klägers verfasst" (Urk. 14 Rz 129). Dazu kommt Folgendes: Gemäss ihrem Wortlaut sollte die Vereinbarung "sofort hinfällig" werden, wenn der Kläger seiner mit der Vereinbarung eingegangenen Verpflichtung zuwiderhandeln sollte, auf "Nötigungen durch Anwälte oder andere Drittpersonen" zu verzichten. Mit ihrer Klageantwort bestätigte die Beklagte 1, dass sie ihre Zahlungen an den Kläger deshalb eingestellt habe, weil dieser ihre Wünsche für den Erhalt einer monatlichen Geldleistung nicht respektiert habe (Urk. 14 Rz 128 f.). Damit steht fest, dass die Beklagte 1 die Vereinbarung bereits nach wenigen Wochen als "hinfällig" erachtet. Wenn sie sich nun im Prozess auf den Standpunkt stellt, es liege ein beide Parteien bindender Vergleichsvertrag vor, so ist das widersprüchlich und damit rechtsmissbräuchlich. Der Beklagten 1 und nicht dem Kläger ist daher ein "venire contra factum proprium" vorzuwerfen. Offen bleiben kann damit, ob die Vereinbarung nicht wegen übermässiger Bindung im Sinne von Art. 27 Abs. 2 ZGB als nichtig anzusehen ist, wenn sie den Sinn haben sollte, dass der Kläger sich dazu verpflichtete, künftig in der Auseinandersetzung mit der Beklagten 1 auf die Unterstützung von Anwälten und anderen Drittpersonen zu verzichten.

#### **E. 4.3.2**

Keine der Parteien macht überdies geltend, der übereinstimmende Wille beider Parteien sei – in Abweichung des Auslegungsergebnisses – auf einen Vergleichsvertrag ausgerichtet gewesen. Die Beklagte 1 trug dazu vor Vorinstanz mit ihrer Klageantwort im Gegenteil vor, dass ein solcher Vergleich von ihr "zu keinem Zeitpunkt beabsichtigt" worden sei (Urk. 14 Rz 129). Diese Tatsachenbehauptung widerrief sie in der Folge mit ihrer Duplik nicht. Und für ihre mit der Duplik erstmals aufgestellte Behauptung, dass mit der schriftlichen Vereinbarung vom 27. April 2010 lediglich eine frühere mündliche Vereinbarung "schriftlich fixiert" worden sei (Urk. 55 S. 3 f.), nennt die Beklagte 1 weder Beweismittel noch ordnet sie solche einer Tatsachenbehauptung zu, wie das erforderlich wäre (vgl. Art. 221 Abs. 1 lit. e ZPO). Für ein Beweisverfahren bleibt daher von vornherein kein Raum.

- 18 -

#### **E. 4.3.3**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Vereinbarung der Parteien vom 27. April 2010 nicht als Vergleichsvertrag angesehen werden kann. Die Frage, ob die Vereinbarung im Sinne der Ausführungen des Klägers mit einem Willensmangel behaftet ist, kann daher offen bleiben.

### **E. 5**

Vermögensverwaltungsvertrag; Pflichten des Beauftragten

#### **E. 5.1**

Mit dem von den Parteien am 2. November 2000 (Urk. 4/6) unterzeichneten Vertrag ermächtigte der Kläger die Beklagte 1, für ihn selbständig Anlageentscheide zu treffen, und zwar "in Übereinstimmung mit dem Anlageprofil". Im Rahmen dieses Vertrages war die Beklagte 1 zu eigenständigem Handeln hinsichtlich der Vermögensanlagen befugt: Der Beklagten 1 wurde durch Bankvollmachten des Klägers die Verfügungsmacht über die Vermögenswerte des Klägers eingeräumt, und sie war frei, diese Vermögenswerte "in Übereinstimmung mit dem Anlageprofil" anzulegen, d.h. sie hatte vor Anlageentscheiden nicht die Zustimmung des Klägers einzuholen. Auszugehen ist damit von einem eigentlichen Vermögensverwaltungsvertrag (Gutzwiller, Rechtsfrage der Vermögensverwaltung, Zürich 2008, S. 27; vgl. auch unten E. 5.2.). Die Vermögensverwaltung durch die Beklagte 1 erfolgte entgeltlich: Vereinbart wurde eine jährliche "Verwaltungsgebühr" von 7% des angelegten Vermögens sowie unter bestimmten Vor-

#### **E. 5.2**

Auf den Vermögensverwaltungsvertrag sind die auftragsrechtlichen Regeln anwendbar (BGer 4A\_364/2013 vom 5. März 2014 mit Hinweis auf BGE 138 III 755 E. 4.2, 137 III 393 E. 2.1 S. 395 und 132 III 460 E. 4.1 S. 464). Der Beauftragte haftet dem Auftraggeber für getreue und sorgfältige Ausführung des ihm übertragenen Geschäfts (Art. 398 Abs. 2 OR). 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 (wie die Beklagte 1 es getan hat) seine Tätigkeit berufsmässig gegen Entgelt ausübt. Dabei ist nach der Art des Auftrags zu differenzieren und auch

- 19 - den besonderen Umständen des Einzelfalles Rechnung zu tragen. Bestehen für eine Berufsart oder ein bestimmtes Gewerbe allgemein zu befolgende Verhaltensregeln und

Usanzen, sind sie bei der Bestimmung des Sorgfaltsmasses heranzuziehen. Der Beauftragte hat grundsätzlich nicht für den Erfolg seiner Tätigkeit einzustehen. Haftungs begründend ist vielmehr eine unsorgfältige oder treuwidrige und den Auftraggeber schädigende Ausführung des Auftrags (BGE 115 II 62 E. 3a mit Hinweisen; vgl. auch BGE 133 III 121 E. 3.1 S. 124; 124 III 155 E. 3 S. 161). Für die börsenmässige Vermögensanlage stehen dem Kunden grundsätzlich drei Formen von Verträgen zur Verfügung: die blosses Konto-/Depotbeziehung, die Anlageberatung und die eigentliche Vermögensverwaltung. Am umfassendsten ist die Aufklärungs- und Beratungspflicht bei der Vermögensverwaltung, wie sie hier vorliegt. Die Beklagte 1 beschäftigte sich im Zeitpunkt des Vertragsschlusses berufsmässig mit der Vermögensverwaltung. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts unterstehen Personen und Unternehmen, die sich berufsmässig mit dem Anlagegeschäft befassen, bei der Anbahnung und Abwicklung von Verträgen über die Vermögensverwaltung einer besonderen Ab- und Aufklärungspflicht. Einen Anlageberater oder Anlagevermittler, der im Hinblick auf die Vermögensverwaltung oder in deren Rahmen tätig wird, treffen neben der erwähnten Aufklärungspflicht auch Überwachungs-, Beratungs- und Warnpflichten (vgl. BGer 4A\_364/2013 E. 6.2 mit Hinweisen), deren gemeinsame Wurzel in der auftragsrechtlichen Sorgfalts- und Treuepflicht (Art. 398 Abs. 2 OR) liegt. Der Kunde ist hinsichtlich der Risiken der beabsichtigten Investitionen aufzuklären, nach Bedarf in Bezug auf die einzelnen Anlagemöglichkeiten sachgerecht zu beraten und vor übereilten Entschlüssen zu warnen, wobei diese Pflichten inhaltlich durch den Wissensstand des Kunden einerseits und die Art des in Frage stehenden Anlagegeschäfts andererseits bestimmt werden. Dabei obliegt es dem Beauftragten, sich namentlich auch durch die Befragung des Kunden einlässlich über den Wissensstand und die Risikobereitschaft des Kunden zu informieren (BGer 4A\_364/2013 E. 6.3 mit Hinweisen auf BGE 124 III 155 E. 3a S. 162 f.).

- 20 -

### **E. 5.3**

Das vom Vermögensverwalter ganz zu Beginn der Geschäftsbeziehung in diesem Zusammenhang zu erstellende Kundenprofil dient insbesondere dem Zweck, das Ausmass des Risikos zu bestimmen: Zu ermitteln sind dabei die sogenannte subjektive sowie die sogenannte objektive Risikofähigkeit des Kunden. Mit andern Worten hat der Vermögensverwalter ganz zu Beginn der Geschäftsbeziehungen das Risiko, das der Kunde bei der Vermögensanlage eingehen will und nach seinen Lebensumständen auch eingehen kann, sorgfältig abzuklären (BGer 4A\_364/2013 E. 6.5.1). In diesem Sinne muss das Risikoprofil dem Anleger "auf den Leib geschneidert" sein. So soll es die objektive Risikofähigkeit des Anlegers umfassen, seine Lebensumstände und sein gesamtes Vermögen und Einkommen erfassen. Die subjektive Risikobereitschaft, die ebenfalls im Profil erfasst werden muss, hat sodann einen Bezug zur Persönlichkeit des Anlegers herzustellen (Schaller, Handbuch des Vermögensverwalters, Zürich 2013, Rz 41 ff.). Erst wenn das Risikoprofil erstellt ist, kann eine Anlagestrategie festgelegt werden, wobei dann entschieden werden muss, ob die Strategie auf Kapitalerhalt, auf eine ausgewogene Anlage oder auf Kapitalzuwachs ausgerichtet werden soll. Die Festsetzung der Anlagestrategie ist ein höchst anspruchsvoller Prozess, der von einer Fachperson in Absprache mit dem Kunden vorzunehmen ist. Dabei hat eine Abgleichung zwischen den einzelnen Aspekten des Risikoprofils und den in Frage kommenden Strategieelementen zu erfolgen (Schaller, a.a.O., Rz 55 ff. insbesondere Rz 59).

#### **E. 5.4**

Die ebenfalls aus der Sorgfaltspflicht fließende Aufklärungspflicht muss eine sach- und interessengerechte Vermögensanlage zum Ziel haben. Der Beauftragte hat sie von sich aus und unaufgefordert zu erfüllen. Die Verletzung dieser Pflicht führt zu Schadenersatz (Schaller, a.a.O., Rz 124 f.). Eingeschränkt ist die Aufklärungspflicht nur bei fachkundigen Anlegern. An die Fachkunde sind in diesem Zusammenhang hohe Anforderungen zu stellen: So darf selbst bei einem gut ausgebildeten und interessierten Laien nicht einmal die Kenntnis der verschiedenen Anlageklassen vorausgesetzt werden (Schaller, a.a.O., Rz 128, 132). Der Beauftragte hat bei einem länger andauernden Vertragsverhältnis seine Aufklärungspflicht stets wieder von neuem wahrzunehmen und dabei seine Hinweise der aktuellen Marktlage anzupassen; man spricht dann von Warnpflichten (Schal-

- 21 - ler, a.a.O., Rz 154). In diesem Sinne ist das Portefeuille vom Vermögensverwalter ständig zu überwachen und die Anlagestrategie ist gegebenenfalls in Absprache mit dem Kunden zu adjustieren (Schaller, a.a.O., Rz 321).

#### **E. 5.5**

Werden die Ab- oder Aufklärungspflichten nicht beachtet, so liegt seitens des Beauftragten eine Vertragsverletzung vor, die grundsätzlich im Sinne von Art. 8 ZGB vom Anleger zu beweisen ist. Indessen ist beim berufsmässigen Vermögensverwalter von einer Dokumentationspflicht auszugehen, indem er über die vorgenommenen Aufklärungen und Abmahnungen, namentlich auch über deren genauen Zeitpunkt und Inhalt, Aktennotizen zu erstellen hat, die in einem allfälligen Prozess vorgelegt werden können (vgl. Gutzwiller, a.a.O., S. 139).

#### **E. 5.6**

Ergänzend sei in diesem Zusammenhang auch auf die zutreffenden Darlegungen der Vorinstanz zur Abklärungs- und Aufklärungspflicht des Vermögensverwalters verwiesen (Urk. 86 S. 12 f. E. 7.2 und 7.3).

#### **E. 5.7**

Vertragsverletzungen

##### **E. 5.7.1**

Die von der Beklagten 1 im Hinblick auf den Vertragsschluss erstellten Papiere sind rudimentär. So ist der schriftliche Vermögensverwaltungsvertrag (Urk. 4/6) sehr knapp gehalten. Und erst recht knapp formuliert ist das sog. "Anlegerprofil" (Urk. 4/7), das gemäss dem Verwaltungsvertrag Vertragsbestandteil bildet. Dieses "Anlegerprofil" ist aber im Grunde genommen gar kein Anlegerprofil bzw. Risikoprofil, aus dem die sowohl subjektive als auch die objektive Risikofähigkeit des Klägers ersichtlich gewesen wäre (vgl. BGer 4A\_364/2013 E. 6.5.1 mit Hinweisen). Vielmehr stellt das fragliche Papier lediglich eine nur höchst summarische Umreissung der ins Auge gefassten Anlagestrategie dar. Die im "Anlegerprofil" festgehaltene Anlagestrategie wirft jedenfalls aus Laiensicht Fragen auf: Einerseits sollten Kapital- und Kaufkraft erhalten bleiben und andererseits sollte aus den Vermögensanlagen eine Rendite von 9% bzw. von Fr. 80'000.00 pro Jahr erzielt werden. Das ist ein Ziel, das wohl jeder Anleger erreichen möchte. Ob dieses Ziel realistisch war und mit welchen Risiken die äusserst summarisch skizzierte Anlagestrategie verbunden war, lässt das Papier offen. Solange nicht fest steht, dass der Kläger über die Risiken der ins Auge gefassten Anlagestrategie aufge-

- 22 - klärt worden ist, lässt sich auch nicht sagen, er habe dieser Strategie zugestimmt. Aus Urk. 4/7 lässt sich auf jeden Fall nicht ableiten, der Kläger sei mit einer risikanten oder gar spekulativen Anlagepolitik einverstanden gewesen. Ein Laie hätte aus Urk. 4/7 im Gegenteil ableiten können, dass sein Kapital erhalten bleibe und darüber hinaus eine Rendite von 9% erwirtschaftet werde. Mit Urk. 4/8 hat die Beklagte 1 per 2. November 2000 immerhin unter dem Titel "Ausgangslage" die Vermögenssituation des Klägers zusammengefasst, wobei man damals von einem Kapitalbezug aus der Pensionskasse im Jahre 2001 von Fr. 670'000.00 ausging. Insgesamt ging man von einem Anlagevermögen im Jahre 2001 von ca. Fr. 900'000.00, dem Betrag, der schliesslich der Beklagten 1 – allerdings in anderer Zusammensetzung – zur Anlage überlassen wurde (vgl. dazu unten E. 8.).

### **E. 5.7.2**

Ein Papier, das als Risikoprofil des Klägers angesprochen werden könnte, liegt nicht bei den Akten. Ein solches wäre aber nach dem Gesagten allerdings nötig gewesen dafür, damit überhaupt eine im Sinne des Vermögensverwaltungsvertrages taugliche Anlagestrategie hätte festgelegt werden können (vgl. BGer A\_364/2013 vom 5. März 2014, E. 6.4, 6.5.1)

### **E. 5.7.3**

Unbestritten ist, dass der Kläger Mitte 2001 frühpensioniert wurde und dass er in diesem Zusammenhang der Beklagten 1 seine sämtlichen Vorsorgegelder sowie weitere Bank- und Wertpapierguthaben zur Verwaltung übergab (Urk. 2 Rz 15, Urk. 14 S. 20). Unbestritten ist auch, dass der Kläger gelernter Elektriker ist und während Jahrzehnten bei der M.\_\_\_\_\_ in ... im Bereich Printverarbeitung als Abteilungsleiter tätig war (Urk. 2 Rz 8 und Urk. 14 S. 20). Der Kläger wirft der Beklagten die Verletzung ihrer vertraglichen Aufklärungs-, Warn- und Überwachungspflichten vor (Urk. 2 Rz 14, 112 -120). Die Beklagte 1 bestreitet zwar, diesen Pflichten nicht genügt zu haben, allerdings nur vordergründig (Urk. 14 Rz 76). Im Prozess legt sie nämlich dar, dass "eine detailliertere Abklärung der Bedürfnisse des Klägers nicht vonnöten" gewesen sei (Urk. 14 S. 20), denn sie habe davon ausgehen dürfen, dass der Kläger sich des mit einer ausgewogenen Anlagestrategie verbundenen Verlustrisikos bewusst gewesen sei, sei er doch mit der damit verbundenen Renditemöglichkeit einverstanden gewesen. Als ehemaliger Abteilungsleiter mit Kaderfunktion habe der

- 23 - Kläger wissen müssen, dass eine Rendite von 9% nicht nur anhand von Zinseinnahmen realisiert werden könne. Eine solche Kenntnis ergebe sich denn "auch aus der Parallelwelt in der Laiensphäre, in der jeder Person bekannt ist, dass der übliche Zinssatz zwischen 1% - 1,5% liegt" (Urk. 14 Rz 100). Die Beklagte 1 missversteht und übergeht damit die Aufklärungs- und Überwachungspflichten, die ihr während der ganzen Vertragsdauer obgelegen hätten, und übersieht, dass nur der ordnungsgemäss aufgeklärte Anleger gültig in eine bestimmte Anlagestrategie einwilligen kann. Aus ihren Vorbringen ergibt sich im Gegenteil, dass sie während des Vertragsverhältnisses weder die dem Kläger vorgeschlagene Anlagestrategie überwacht noch ihm in der Folge gegebenenfalls eine Adjustierung dieser Strategie vorgeschlagen hat. Und wenn die Beklagte 1 – in der Meinung, dass eine Aufklärung des Klägers gar nicht nötig gewesen sei – geltend macht, sie habe davon ausgehen dürfen, dass der Kläger "gewisse Grundkenntnisse im Anlagebereich" gehabt habe (Urk. 14 Rz 76), dann ist das angesichts des der Beklagten 1 bekannt gewordenen Hintergrundes des Klägers rechtsirrtümlich. Selbst solche Grundkenntnisse des

Klägers, wenn sie denn wirklich vorhanden gewesen sein sollten, hätten die Beklagte 1 von ihrer Aufklärungspflicht nämlich nicht entbunden. Entlarvend ist schliesslich der Hinweis der Beklagten 1 auf die in der "Parallelwelt in der Laiensphäre" bei "jeder Person" vorhandenen Kenntnisse, welche sie von jeder "Abmahnungspflicht" entbunden hätten (Urk. 14 Rz 100). Mit dieser Argumentation leugnet sie im Ergebnis jede Aufklärungs- und Überwachungs- pflicht. Im Sinne des Gesagten (vgl. ob E. 5.2 ff.) traf die Beklagte 1 während der Vertragsdauer, die bis zur Saldierung der Bankguthaben durch den Kläger dauerte (2. Juli 2001 bis 31. August 2010; vgl. Urk. 86 S. 20), dennoch eine Aufklärungs- und Überwachungspflicht. Die Beklagte 1 hätte daher während der ganzen Vertragsdauer sicherzustellen gehabt, dass die eingeschlagene Anlagestrategie angesichts der sich verändernden Gegebenheiten des Marktes den ihr bekannten Bedürfnissen des Klägers noch entsprach. Gegebenenfalls hätte die Beklagte 1 dem Kläger eine Änderung der Anlagestrategie vorschlagen müssen. Das ist aber offensichtlich nicht geschehen. Der Kläger wirft der Beklagten damit in diesem Zusammenhang zu Recht eine Sorgfaltspflichtverletzung vor (Urk. 2 S. 50-53, Urk. 48 S. 9).

- 24 -

#### **E. 5.7.4**

Der Kläger macht geltend, dass angesichts seines frühen Eintritts in den Ruhestand im Jahre 2001 und seiner angeschlagenen Gesundheit eine seriöse Abklärung eine risikoarme und auf Vermögenserhalt ausgerichtete Vermögensanlage ergeben hätte. Er beruft sich dazu namentlich auf ein Gutachten, aber auch auf seine eigene Parteibefragung (Urk. 2 Rz 130). Wie erörtert (vgl. oben E. 5.3.), ist die zu wählende Anlagestrategie eine komplexe Angelegenheit, über die ohne Fachkenntnisse nicht befunden werden kann. Das Gutachten ist daher einzuholen. Zum Beweisthema wird auch gehören, ob und wie die Anlagestrategie während der langen Vertragszeit (2. Juli 2001 bis 31. August 2010; vgl. Urk. 86 S. 20) hätte angepasst werden müssen. Vorgängig wird der Kläger über seine persönliche Situation zu Beginn und während des Vertragsverhältnisses im Rahmen der Parteibefragung auszusagen haben, denn die Parteibefragung gemäss Art. 191 ZPO ist ein vollwertiges Beweismittel. Wie erörtert, leitet sich aus dem Risikoprofil die Anlagestrategie ab, die im vorliegenden Fall im Papier "Anlegerprofil" (Urk. 4/7) festgehalten wurde. Der Kläger meint, dass seine Vermögenswerte angesichts seiner Umstände zu je 50 % in Obligationen und Aktien hätten angelegt werden sollen. Bei den Anlagen in Aktien hätte es sich neben einem gewissen Anteil Anlagen in ausländische Unternehmen vornehmlich um Anteilpapiere an Blue Chip-Unternehmen und inländischen KMU handeln müssen. Angesichts des Risikoprofils des Klägers seien namentlich Anlagen in Start-ups und in Venture Capital Investments vom Vermögensverwaltungsvertrag nicht abgedeckt (Urk. 2 Rz 134). Mit diesen Behauptungen wirft der Kläger der Beklagten 1 im Ergebnis unsorgfältige Geschäftsbesorgung im Sinne von Art. 398 Abs. 2 OR vor. Auch für diese Behauptungen beruft er sich bereits mit seinem ersten Parteivortrag auf ein Gutachten (Urk. 2 Rz 130 und 134). Da die Beklagte 1 die Behauptungen des Klägers bestreitet (Urk. 14 Rz 110 f.), wird auch darüber das Gutachten einzuholen sein. Der Gutachter wird die von der Beklagten 1 veranlasste Vermögensanlage zu prüfen und dann die Frage zu beantworten haben, ob sie angemessen war, d.h. ob die Beklagte 1 die ihr zustehende Bandbreite des Ermessens bei der Vermögensanlage eingehalten hat oder aber diese überschritten hat.

- 25 - 6. Schaden 6.1. Schaden ist eine unfreiwillige Vermögensverminderung, der in einer Verminderung der Aktiven, einer Vermehrung der Passiven oder im entgangenen Gewinn

bestehen kann. Er entspricht der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte. Für den Bereich der Vermögensverwaltung kommt es auf das im Rahmen des Vermögensverwaltungsvertrags übergebene Vermögen an. Zu differenzieren ist zwischen jenen Fällen, in denen im Prozess vom Anleger dem Vermögensverwalter eine Schädigung allgemein durch Verfolgung einer pflichtwidrigen Anlagestrategie (sorgfaltswidrige Verwaltung des gesamten Portfolios) vorgeworfen wird, und jenen Fällen, in denen ihm pflichtwidrige Einzelanlagen (sorgfaltswidriges Verhalten im Zusammenhang mit einzelnen Posten des Portfolios) vorgeworfen wird. Im ersten Fall ist auf das gesamte zur Verwaltung übergebene Vermögen abzustellen, im zweiten Fall dagegen bloss auf den Teil des Vermögens, der für die sorgfaltswidrigen Anlagen eingesetzt wurde. Bei einer Schädigung durch Schlechtleistung im Sinne von Art. 97 Abs. 1 OR ist grundsätzlich das Erfüllungsinteresse zu ersetzen. Grundlage der Schadensberechnung bildet der Vergleich zwischen dem tatsächlichen Stand des verwalteten Vermögens (effektives Portfolio) und dem Vermögensstand, der bestünde, wenn das Vermögen in der gleichen Periode unter Beachtung der vertraglichen Sorgfaltspflichten verwaltet worden wäre (hypothetisches Portfolio). Der Schaden bzw. das hypothetische Vergleichsportfolio kann nur geschätzt werden (Art. 42 Abs. 2 OR). Diese ermessensweise Schätzung beruht auf Tatbestandsermessen (BGer 4A\_364/2013 vom 5. März 2014 E. 7.1 mit Hinweisen). Allerdings setzt eine Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR voraus, dass ein strikter Beweis nach der Natur der Sache nicht möglich oder nicht zumutbar ist. Art. 42 Abs. 2 OR entbindet die beweispflichtige Partei nicht davon, alle Umstände, die für die Verwirklichung des behaupteten Sachverhalts sprechen, soweit möglich und zumutbar zu behaupten und zu beweisen. In diesem Sinne sind Sachverhaltselemente zu behaupten und zu beweisen, an welche bei der Schätzung nach Art. 42 Abs. 2 OR angeknüpft werden kann. Namentlich kommt Art. 42 Abs. 2 OR auch dann nicht schematisch zur Anwendung, wenn der Schaden gestützt auf Sachverhaltshypothesen festgesetzt wird. Die

- 26 - Beweiserleichterung greift nur, soweit ein strikter Beweis nach der Natur der Sache nicht möglich ist. Auch eine Hypothese stützt sich in der Regel auf tatsächliche Grundlagen. Soweit ein strikter Beweis möglich ist, kommt Art. 42 Abs. 2 OR jedenfalls nicht zum Tragen (BGE 128 III 271 E. 2b/aa S. 276 mit Hinweisen; BGer 4A\_23/2010 vom 12.4.2010 E. 2.3.3) 6.2. Unter Hinweis auf bei den Akten liegende Bankunterlagen zählt der Kläger in der Klageschrift Transaktionen bezüglich 46 verschiedener Titel auf, die er als "problematisch bezeichnet" (Urk. 2 Rz 42 - 89, vgl. insbesondere Titel vor Rz 42). Weitere zehn Positionen bezeichnet er als "nicht abschliessend beurteilbar", weil die Bankauszüge nur ein unvollständiges Bild ergäben und er daher auf die Aufklärung der Beklagten 1 angewiesen sei (Urk. 2 Rz 91 - 101). Bezüglich dieser zehn Positionen verlangte er vor Vorinstanz mit seinem modifizierten Rechtsbegehren Ziff. 5 lit. a - i von der Beklagten 1 Rechenschaftsablegung; es ist dies ein materiellrechtliches, nicht etwa ein prozessuales Auskunftsbegehren. Die Vorinstanz hat dieses Rechtsbegehren unbeurteilt gelassen, und zwar mit der Begründung, dass der Kläger mit seiner Replik dieses Begehren als blosses Eventualbegehren bezeichnet habe (Urk. 85 S. 24 E. 12.3.). Ob dies richtig ist, kann offen bleiben, weil der Kläger mit seiner Anschlussberufung das Rechtsbegehren Ziff. 5 gemäss seiner Replikenschrift nicht wieder aufnimmt (vgl. Anträge in Urk. 95 S. 2 f.). Es muss daher insoweit beim angefochtenen Urteil sein Bewenden haben. Die materiellrechtlichen Ansprüche gemäss modifiziertem Rechtsbegehren Ziff. 5 spielen daher

keine Rolle mehr. Vorbehalten bleiben allfällige Abklärungen im Rahmen des Beweisverfahrens (vgl. z.B. Art. 186 ZPO). 6.3. Obwohl der Kläger nach dem Gesagten über 50 konkrete Transaktionen beanstandet, berechnet er schliesslich seinen Schaden auf Grund des Gesamtportefeuilles und nicht auf Grund von problematischen Einzelanlagen. Das ist dann zulässig, wenn der überwiegende Teil des Portefeuilles pflichtwidrig angelegt wurde (Schaller, a.a.O., Rz 466 ff.). Beurteilen lässt sich dies indessen erst nach Vorliegen des Gutachtens. Je nach Ergebnis wird der Schaden auf Grund des Gesamtportefeuilles oder aber auf Grund der zu beanstandenden Einzelpositionen zu berechnen sein.

- 27 - 6.4. Unter Berufung auf ein gerichtliches Gutachten macht der Kläger geltend, dass eine pflichtgemässe Vermögensanlage zu Gewinnen geführt hätte und dabei wie folgt ausgesehen hätte: – 65% festverzinsliche Anlagen (Urk. 48 Rz 47). – 35% Aktien (Urk. 48 Rz 48) Die Beklagte 1 bezeichnete mit ihrer Duplik die vom Kläger als Basis seiner Berechnung genommene Anlagestrategie als "absurd und nicht fundiert" (Urk. 55 S. 23). Dennoch hält die Vorinstanz die vom Kläger vorgeschlagene Aufteilung der Vermögensanlage für "nachvollziehbar und angemessen" (Urk. 86 S. 20). Der von der Vorinstanz in diesem Zusammenhang gemachte Hinweis, die Beklagte 1 habe die Behauptung des Klägers ja nicht bestritten, wonach jeder sorgfältig agierende Vermögensverwalter vor dem fraglichen Hintergrund eine konservative Strategie empfohlen hätte, ist aktenwidrig (vgl. Urk. 48 Rz 22 und Urk. 55 S. 17 unten). Wenn die Vorinstanz unter diesem die vom Kläger postulierte Vermögensanlage als "nachvollziehbar und angemessen" deklariert, nimmt sie für sich Fachkenntnisse in Anspruch, die ihr nicht zukommen. Über diese Frage wird im Sinne des Beweisantrages des Klägers ein Gutachten einzuholen sein. 6.5. Weiter beruft sich der Kläger für die Schadensberechnung auf eine Reihe Vergleichsindizes, die für die Schadensberechnung herangezogen werden müssten (Urk. 2 Rz 198 f.). Er legte sodann entsprechende "Charts" (Urk. 4/41-49 und Urk. 49/1-7) ins Recht und beruft sich wiederum auf ein Gutachten (Urk. 2 Rz 199 - 202; Urk. 48 Rz 42 - 44). Die Beklagte bestreitet diese Berechnungsweise und beruft sich auf andere Vergleichsindizes (Urk. 14 Rz 83; Urk. 55 S. 22 und 24). Die Vorinstanz greift im angefochtenen Urteil gewisse Indizes heraus (Urk. 86 S. 20), bezog offenbar gewisse Informationen gar aus dem Internet ("www.finanzen.ch") und kommt schliesslich zum Schluss, dass bei richtiger Vermögensanlage das Kapital des Klägers erhalten worden wäre. Sie bemerkt dazu, dass sich "bei dieser Ausgangslage" ein Gutachten erübrige (Urk. 86 S. 21). Die Beklagte 1 beanstandet das mit der Berufung zu Recht (Urk. 85 S.30): So liegt weder auf der Hand, welche Indizes für eine solche Berechnung herangezogen werden müssen, noch steht die von der Vorinstanz vorgenommene Aufteilung des

- 28 - Portfolios auf gesicherten Grundlagen. Es wird darüber ein Beweisverfahren zu veranlassen sein, indem das vom Kläger verlangte Gutachten einzuholen sein wird. Die Beklagte 1 meint, dass die Kausalkette wegen der Finanzkrise ohnehin unterbrochen worden sei (Urk. 14 Rz 78 f.). Dem ist nicht so. Allerdings wird die Beklagte 1 nicht für solche Wertverluste verantwortlich gemacht werden können, die wegen der Finanzkrise auch bei sorgfältiger Vermögensanlage eingetreten wären. Die Beklagte 1 schuldete dem Kläger kein bestimmtes Ergebnis, sondern nur – aber immerhin – getreue und sorgfältige Ausführung des ihr übertragenen Geschäftes. 7. Kausalzusammenhang und Verschulden Führen bei einem Auftragsverhältnis Pflichtverletzungen zu einem Schaden, ist der erforderliche Kausalzusammenhang ohne weiteres gegeben. Ebenso ist in einem solchen

Falle das Verschulden gemäss gesetzlicher Vorschrift zu vermuten. Die Argumentation der Vorinstanz (Urk. 86 S. 21-23) vermag die Beklagte 1 mit ihrer Berufung (Urk. 85 S. 31) nicht zu entkräften.

## **E. 8**

Anschlussberufung: Anfangsvermögen

### **E. 8.1**

Der Kläger machte vor Vorinstanz geltend, dass der Beklagten 1 Vermögenswerte von Fr. 898'366.00 zur Verwaltung überlassen worden seien, wogegen die Beklagte 1 mit der Duplik geltend machte, dass diese Werte nur einen Betrag von Fr. 789'180.00 erreicht hätten. Die Vorinstanz folgte mit dem angefochtenen Urteil dem Standpunkt der Beklagten 1, hielt die vom Kläger mit der Stellungnahme zur Duplik eingereichten Beweismittel für unzulässig und kam so zum Schluss, dass lediglich ein Betrag von Fr. 789'180.00 der Vermögensverwaltung der Beklagten unterstanden habe (Urk. 85 S. 17-19, E. 8.1). Der Kläger ficht das mit der Anschlussberufung an (Urk. 95 Rz 116 - 138).

### **E. 8.2**

Mit der Klagebegründung machte der Kläger geltend, dass er der Beklagten 1 im Rahmen des Vermögensverwaltungsvertrages Vermögenswerte von "rund Fr. 900'000.00" habe zukommen lassen, wobei er Vorsorgegelder von

- 29 - Fr. 789'180.00 erwähnte sowie auf damals bereits vorhandene weitere Vermögenswerte von Fr. 114'113.00 hinwies (Urk. 2 Rz 15; vgl. auch Urk. 95 Rz 13). Mit der Klageantwort antwortete die Beklagte 1 dazu (Urk. 14 Rz 100): "Aktenmässig erstellt ist, dass die entsprechenden Vermögenswerte von insgesamt rund 900'000 CHF auf Konten des Klägers lagen." Alsdann präziserte der Kläger mit seinem zweiten Parteivortrag (Replik) seinen Standpunkt in dem Sinne, dass er "der Beklagten 1 gesamthaft Fr. 898'366.00" überwiesen habe, wovon er bis zum November 2008 Fr. 215'919.17 wieder bezogen habe (Urk. 48 Rz 50). "Der Einfachheit halber und zugunsten der Beklagten", so der Kläger in der Replik, könne "vorliegend von der Annahme ausgegangen werden, dass bereits von Anfang an nur Vermögenswerte im Umfange von Fr. 682'447.00 (Fr. 898'366.00 - Fr. 215'919.00) zur Verfügung standen" (Urk. 48 Rz 55). Mit ihrer Duplik trug die Beklagte 1 vor, ihrer Verwaltung habe nur der am 2. Juli 2001 von der Pensionskasse überwiesene Betrag von Fr. 789'180.00 unterstanden (Urk. 55 S.3). Den Umfang der Barbezüge des Klägers bestreitet die Beklagte 1 nicht (Urk. 55 S. 42). Allerdings ergänzte sie, dass die am 28. November 2000 eingebuchten "20 Aktien O.\_\_\_\_\_ ... bereits im Besitz des Klägers" gewesen seien (Urk. 55 S. 14).

### **E. 8.3**

Mit Verfügung der Vorinstanz vom 12. April 2013 wurden die Parteien angefragt, ob sie auf die Hauptverhandlung verzichteten. Ferner wurde festgehalten, dass es dem Kläger freistehe, im Sinne des ihm zustehenden rechtlichen Gehörs zur Duplik und den neuen Behauptungen Stellung zu nehmen, wobei eine allfällige Beweisverfügung nicht vor Ende Juni 2013 ergehen werde (Urk. 57 S. 2). Mit Eingabe vom 13. Mai 2013 reichte der Kläger eine Stellungnahme zur Duplik der Beklagten 1 ein (Urk. 62). Dort machte er geltend, dass der Beklagten neben der von ihr auch mit der Duplik anerkannten Überweisung Fr. 789'180.00 durch die Pensionskasse Depotwerte von Fr. 11'620.00 sowie sein Guthaben von Fr. 102'510.00 auf dem Privatkonto zur Verwaltung überlassen worden sei. Der Kläger

legte als Beweismittel das Depotverzeichnis der ZKB per 31. Dezember 2000 (Urk. 63/2) sowie einen an ihn gerichteten und "im Januar 2001" datierten

- 30 - Brief der Beklagten 1 vor, mit dem der Verwaltungsauftrag über das Portefeuille, umfassend das Privatkonto von Fr. 102'510.00, sowie den "Depotwert" von Fr. 11'620.00, nämlich 20 Namenaktien O.\_\_\_\_\_, bestätigt wurde (Urk. 63/1). Die Vorinstanz erachtete in der Folge die mit der Eingabe des Klägers vom

#### **E. 8.4**

Richtig ist, dass im ordentlichen Verfahren neue Behauptungen und neue Beweismittel genau zweimal vorgetragen werden können. Da die Vorinstanz einen zweiten Schriftenwechsel angeordnet hat, hätte der Kläger grundsätzlich mit seiner Replik zum letzten Mal neue Behauptungen vortragen und Beweismittel bezeichnen müssen (Christoph Leuenberger, in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, 2. A., N. 9 f. zu Art. 229 ZPO; Christoph Leuenberger, Das Recht, zweimal unbeschränkt Tatsachen und Beweise vorzutragen: Ein Grundsatz und seine Anwendung, SZP 2014, S. 81-88). Was den Depotwert anbelangt, nämlich die 20 Aktien "O.\_\_\_\_\_" gemäss (Urk. 63/2), so erwähnte die Beklagte 1 mit ihrer Duplik erstmals diese "20 Aktien O.\_\_\_\_\_", von denen sie geltend machte, dass sie bereits am 28. November 2000 "eingebucht" worden seien (Urk. 55 S. 14). Freilich bezifferte sie dort diesen Wert nicht. Das holte der Kläger mit seiner Eingabe vom 13. Mai 2013 (Urk. 62) nach. Anlass gab ihm die erwähnte Zugabe der Beklagten. Dazu kommt Folgendes: Mit der Klageantwort bestätigte die Beklagte 1 klipp und klar, "rund 900'000 CHF" zur Verwaltung übernommen zu haben. Der Kläger, der sich mit der Replik auf den Standpunkt stellte, der fragliche Betrag sei etwas tiefer, nämlich Fr. 898'366.00 gewesen (Urk. 48 Rz 50), brauchte unter diesen Umständen für den Umfang des Anfangsvermögens keine Beweismittel zu nennen, weil er von der Zugabe der Beklagten 1 ausgehen durfte. Er musste nicht damit rechnen, dass die Beklagte 1 – notabene ohne Nennung von Beweismitteln – mit ihrer Duplik ihre Zugabe teilweise wieder zurücknahm. Wenn er angesichts der klaren Zugabe der Beklagten 1 darauf verzichtete, mit seiner Replik Beweismittel dafür einzureichen, dass das Anfangsvermögen Fr. 898'366.00 betragen habe, dann kann ihm nicht vorgewor-

- 31 - fen werden, er habe nicht im Sinne von Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO die "zumutbare Sorgfalt" walten lassen, weil er mit der Replik kein entsprechendes Beweismittel vorlegte. Mit der mit der Duplik erfolgten Kehrtwende der Beklagten 1 hatte der Kläger nämlich schlicht nicht zu rechnen. Seine mit der Eingabe vom 13. Mai 2013 (Urk. 62) neu vorgelegten Beweismittel (Urk. 63/1-2) sind daher gemäss Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO entgegenzunehmen. Alles andere wäre mit dem Gebot von Treu und Glauben gemäss Art. 52 ZPO nicht vereinbar.

#### **E. 8.5**

Die Beklagte 1 meint, die vom Kläger vorgelegten Beweismittel Urk. 63/1-2 seien nicht stichhaltig. So datiere ihr Brief an den Kläger (Urk. 63/1) vom Januar 2001 und damit "von einem Zeitpunkt, an dem die Beklagte noch gar nicht tätig sein konnte, weil die PK erst Mitte Jahr ausbezahlt wurde" (Urk. 101 S. 29). Das ist unrichtig. Mit diesem von N.\_\_\_\_\_ für die Beklagte 1 "im Januar 2001" abgefassten Schreiben wird ausdrücklich ein am 2. November 2000 abgeschlossener Vermögensverwaltungsvertrag mit dem Kläger bestätigt, und zwar mit einer "Anlagepolitik" "ausgewogen, einkommensorientiert". Erwähnt werden im Brief N.\_\_\_\_\_s weiter ausdrücklich der Depotwert von Fr. 11'620.00 (d.h. die 20

Aktien "O.\_\_\_\_") sowie das Privatkonto mit einem Saldo von Fr. 102'510.00. Hinzuweisen ist auf den folgenden Satz, mit dem der erwähnte Brief der Beklagten 1 eingeleitet wurde: "Am 2. November 2000 erteilten Sie uns freundlicherweise einen Verwaltungsauftrag für Ihr Portefeuille. Dies insbesondere im Hinblick auf eine grössere Zahlung im Frühjahr 2001 (gestaffeltes Vorgehen)." Hingewiesen sei auch in diesem Zusammenhang auf das bei den Akten liegende und mit "Ausgangslage" überschriebene Papier (Urk. 4/8). Dieses Papier datiert vom 2. November 2000, dem Tag, an dem nach der Bestätigung der Beklagten 1 gemäss ihrem Brief "vom Januar 2001" (Urk. 63/1) ein Vermögensverwaltungsvertrag zwischen den Parteien zustande kam. Dort wird die damalige Vermögenslage des Klägers mit "approximativen" Zahlen zusammengestellt. Danach waren im Dezember Vermögenswerte von ca. Fr. 240'000.00 vorhanden, nämlich Fr. 80'000.00 bei der ZKB, Fr. 41'000.00 auf der CS und Fr. 119'000.00 als Aktien ("M.\_\_\_\_" und "O.\_\_\_\_"). Ferner wird der "Kapitalbezug" von Fr. 670'000.00 "ab April 2001" erwähnt. Aus dem Brief der Beklagten 1 vom Ja-

- 32 - nuar 2001 (Urk. 63/1) ergibt sich mit aller Deutlichkeit, dass der Kläger nach dem 2. November 2000 einen Teil seiner Vermögenswerte der Beklagten zur Verfügung stellte. Auf Grund der Sachdarstellung der Beklagten 1 in der Duplik ist davon auszugehen, dass diese Vermögenswerte am 28. November 2000 "eingebucht" wurden (Urk. 55 S. 14). Fest steht, dass der Kläger schliesslich per 30. Juni 2001 pensioniert wurde und die Pensionskasse in der Folge zwei Zahlungen leistete, nämlich Beträge von Fr. 683'245 und zusätzlich Fr. 100'991.00 ("aus freien Stiftungsmitteln"). Dazu kommen der Depotwert von Fr. 11'620.00 und das Privatkonto von Fr. 102'510.00 gemäss dem Schreiben der Beklagten 1 vom "Januar 2001" (Urk. 63/1). Das ergibt exakt den Betrag von Fr. 898'366.00, den der Kläger mit der Replik geltend machte (Urk. 48 Rz 50).

#### **E. 8.6**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die vom Kläger mit der Eingabe vom 13. Mai 2013 (Urk. 62) vorgelegten neuen Beweismittel (Urk. 63/1-2) entgegenezunehmen sind. Für ihre Behauptung, dass ihr lediglich Vermögenswerte von Fr. 789'180.00 anvertraut worden seien, legte die Beklagte 1 mit ihrer Duplik keine Beweismittel vor. Der vom Kläger geführte Urkundenbeweis ist dagegen evident. Im weiteren Verfahrensverlauf wird daher von einem Anfangsvermögen von Fr. 898'366.00 auszugehen sein. 9. Anschlussberufung: Erstattung von Retrozessionen und weiterer Vergütungen 9.1. Mit seinen modifizierten Rechtsbegehren Ziff. 3 und 4 gemäss Replik verlangt der Kläger die Rechenschaftsablegung über von der Beklagten 1 im Zusammenhang mit dem Mandat des Klägers vereinnahmte "Retrozessionen, Kickbacks oder unter sonstiger Bezeichnung zugeflossenen geldwerten Leistungen" sowie deren Erstattung (vgl. Urk. 2 S. Rz 178 -183). Demgegenüber bestreitet die Beklagte 1, je Retrozessionen oder andere Vergütungen kassiert zu haben (Urk.

#### **E. 13**

Mai 2013 vorgelegten Beweismittel als verspätet. Aus diesem Grunde meint sie, sei von dem von der Beklagten 1 anerkannten Anfangsvermögen von Fr. 789'100.00 auszugehen (vgl. oben E. 7.1.).

#### **E. 14**

Rz 126). 9.2. Die Vorinstanz hat die Rechtsbegehren Ziff. 3 und 4 nicht beurteilt mit der Begründung, dass der Hauptstandpunkt des Klägers gutzuheissen sei. Aus der Replik des

Klägers ergebe sich, dass er "auch die Begehren Ziff. 3 - 5 nur für den

- 33 - Eventualfall gestellt" habe (Urk. 85 S. 24 E. 12.3. mit Hinweis auf Urk. 48 Rz 58 ff.). Der Kläger beanstandet das mit seiner Anschlussberufung (Urk. 95 Rz 143 - 152); er wiederholt vor Obergericht die entsprechenden Anträge (Anschlussberufungsanträge Ziff. 3 und 4 gemäss Urk. 95 S. 2). 9.3. Der Kläger hält mit der Anschlussberufung fest, dass seine Rechtsbegehren Ziff. 3 und 4 unabhängig vom Hauptbegehren Ziff. 1 seien und daher von der Vorinstanz hätten beurteilt werden müssen (Urk. 95 Rz 150ff.). Das ist richtig. Die Rechtsbegehren Ziff. 3 und 4 (ursprünglich gemäss Klageschrift Ziff. 2 und 3) haben gegenüber dem Rechtsbegehren Ziff. 1 (bzw. Rechtsbegehren Ziff. 1 und 2 gemäss Replik) selbständige Bedeutung. Sie wurden keineswegs als blosse Eventualbegehren formuliert. Es trifft auch nicht zu, dass der Kläger diese Rechtsbegehren mit der Replik als blosse Eventualbegehren verstanden und in diesem Sinne zurückgestuft hätte. Mit den von der Vorinstanz erwähnten Darlegungen in der Replik begründete der Kläger sein neu formuliertes Eventualbegehren Ziff. 2; auf die neuen Rechtsbegehren Ziff. 3 und 4 (gemäss Klageschrift Ziff. 2 und 3) ging er nicht ein. Damit steht fest, dass die Rechtsbegehren Ziff. 3 und 4 nicht beurteilt worden sind, obwohl sie zu beurteilen gewesen wären. Das wird im weiteren Verfahrensverlauf nachzuholen sein. 9.4. Mit den Rechtsbegehren Ziff. 3 und 4 schlägt der Kläger den Weg der Stufenklage ein, indem er einen materiellrechtlichen Hilfsanspruch auf Auskunftserteilung mit einem nicht abschliessend bezifferten Hauptanspruch auf Geldleistung verbindet. Zunächst wird der Kläger allerdings aufzufordern sein, für seine Rechtsbegehren Ziff. 3 und 4 im Sinne von Art. 85 Abs. 1 Satz 2 ZPO einen Mindeststreitwert anzugeben. Alsdann wird über das Rechtsbegehren Ziff. 3 zu befinden sein. Schliesslich wird der Kläger gegebenenfalls aufzufordern sein das Rechtsbegehren Ziff. 4 zu beziffern, bevor auch darüber zu befinden sein wird. 10. Rückweisung an die Vorinstanz 10.1. Nach dem Gesagten wird über zentrale Punkte ein Beweisverfahren durchzuführen sein (vgl. oben E. 5 und 6). Im Sinne von Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff.

- 34 - 2 ZPO rechtfertigt es sich, die Sache daher zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen. 10.2. Ferner hat sich ergeben, dass die Vorinstanz die Rechtsbegehren Ziff. 3 und 4 (im Sinne der Nummerierung gemäss Replik) unbeurteilt gelassen hat. Insofern hat zwingend eine Rückweisung an die Vorinstanz zu erfolgen (Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 1 ZPO). 11. Kosten- und Entschädigungsfolgen des Berufungsverfahrens 11.1. Den Rechtsbegehren Ziff. 3 und 4 ist einstweilen ein Streitwert von Fr. 10'000.00 beizulegen. Die Berufung der Beklagten 1 weist einen Streitwert von Fr. 544'936.13 auf, während die Anschlussberufung des Klägers einen solchen von Fr. 109'186.17 (Rechtsbegehren Ziff. 2 der Anschlussberufung) zuzüglich Fr. 10'000.00 (Rechtsbegehren Ziff. 3 und 4 der Anschlussberufung) aufweist. Die Gebühr für das obergerichtliche Verfahren ist daher auf Grund eines Streitwertes von Fr. 664'122.30 festzusetzen. Angesichts des Umstandes, dass mit dem heutigen Entscheid die Sache nicht abgeschlossen, sondern an die Vorinstanz zurückzuweisen ist, ist die Gebühr angemessen zu reduzieren. 11.2. Es rechtfertigt sich, der Vorinstanz im Sinne von Art. 104 Abs. 4 ZPO die Verteilung der Prozesskosten dieses Berufungsverfahrens zu überlassen. Die Vorinstanz ist in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, dass die Beklagte 1 für das Berufungsverfahren einen Kostenvorschuss von Fr. 21'650.00 geleistet hat. Die Vorinstanz wird mit ihrem neuem Entscheid auch darüber zu befinden haben, inwieweit dieser Vorschuss gemäss Art. 111 Abs. 1 ZPO zu verrechnen sein wird und inwieweit der

Beklagten 1 gemäss Art. 111 Abs. 2 ZPO der Rückgriff auf den Kläger einzuräumen ist.

- 35 - Es wird beschlossen:

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