

ZH_OBERGERICHT LB170042 vom 9. Mai 2018

ZH Obergericht, 2018-05-09, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LB170042

FR: ZH_OBERGERICHT LB170042 du 9 mai 2018

IT: ZH_OBERGERICHT LB170042 del 9 maggio 2018

Erwägungen

E. 23

August 2017 wurde D._____, welche gemäss diesem Urteil richtig D1._____ heisst, wegen mehrfacher ungetreuer Geschäftsbesorgung etc. zu 30 Monaten Freiheitsstrafe verurteilt. Dieses Urteil ist noch nicht rechtskräftig. D._____ bzw. D1._____ hatte in der Untersuchung eingestanden, unautorisierte Transaktionen u.a. zulasten der klägerischen Vermögenswerte vorgenommen zu haben. Im vorliegenden Verfahren macht der Kläger von der Beklagten sein Guthaben per Ende 2013 bzw. Schadenersatz wegen Vertragsverletzung, zumindest aber die Rückerstattung der einbezahlten Gelder geltend. Die Vorinstanz wies die Klage ab. Sie sah in der Mitteilung des Vermögensstands per Ende Dezember 2013 keine Schuldanerkennung durch die Beklagte. Einen Schadenersatzanspruch verneinte die Vorinstanz wegen unterbliebener Substantiierung des Schadens. Überdies habe der Kläger keinen Anspruch darauf, so gestellt zu werden, wie wenn er bei der Beklagten keine Konto- und Depotbeziehung eröffnet hätte, zumal er selber auch Transaktionen vorgenommen habe. II. Die Klage wurde am 22. Mai 2015 bei der Vorinstanz anhängig gemacht (Urk. 1). Der Prozessverlauf vor Vorinstanz kann dem angefochtenen Urteil entnommen werden (Urk. 78 S. 5 ff.). Gegen den Entscheid vom 16. August 2017 hat der Kläger am 25. September 2017 fristgerecht Berufung erhoben (Urk. 77). Am

E. 28

September 2017 legte er das erwähnte Strafurteil als Novum ins Recht (Urk. 82 f.). Er leistete den ihm auferlegten Kostenvorschuss von Fr. 40'500.– am 19. Oktober 2017 und damit innert der ihm angesetzten Frist (Urk. 84 f.). Am 27. Oktober 2017 reichte der Kläger seine Berufungsschrift auf Wunsch des Gerichts in grösserer Schrift nochmals ein (Urk. 86); diese Fassung wird dem vorliegenden Entscheid zugrunde gelegt. Die Berufungsantwort datiert vom 7. Dezem-

- 5 - ber 2017 (Urk. 88). Die Stellungnahme der Beklagten zum Novum erfolgte am 11. Januar 2018 (Urk. 95). Mit Eingabe vom 29. Januar 2018 liess sich der Kläger zu dieser Stellungnahme wie auch zur Berufungsantwort vernehmen (Urk. 98). Diese Eingabe wurde der Beklagten zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 99). Weitere Eingaben der Parteien sind nicht erfolgt. III. 1. a) Mit der Berufung kann sowohl die unrichtige Rechtsanwendung als auch die unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). In der Berufungsschrift sind die Behauptungen bestimmt und vollständig aufzustellen. Zudem muss sie – im Gegensatz zur Klageschrift – nicht nur eine tatsächliche, sondern auch eine rechtliche Begründung enthalten (Reetz/Theiler, in: Sutter-Somm et al., ZPO Komm., Art. 311 N 36). Der Berufungskläger hat mittels klarer und sauberer Verweisungen auf die Ausführungen vor der Vorinstanz zu zeigen, wo er die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben hat. Die Parteien haben die von ihnen

kritisierten Erwägungen des angefochtenen Entscheids wie auch die Aktenstücke, auf die sie ihre Kritik stützen, genau zu bezeichnen (BGE 138 III 374 E. 4.3.1.; BGer 4A_580/2015 vom 11. April 2016, E. 2.2. [nicht publiziert in BGE 142 III 271]). Was nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden. Es ist nämlich nicht Sache der Rechtsmittelinstanz, die Akten und die Rechtsschriften der Vorinstanz zu durchforsten um festzustellen, was welche Partei wo ausgeführt hat. Damit ist gesagt, dass die Berufungsschrift weder eine pauschale Verweisung auf die bei der Vorinstanz eingereichten Rechtsschriften noch eine neuerliche Darstellung der Sach- oder Rechtslage enthalten darf, welche nicht darauf eingeht, was vor der Vorinstanz vorgebracht worden ist. Pauschale Verweisungen auf die vor der Vorinstanz eingebrachten Rechtsschriften sind namentlich dann unzulässig, wenn sich die Vorinstanz mit den Ausführungen des Berufungsklägers auseinandergesetzt hat. Stützt sich der angefochtene Entscheid auf mehrere selbständige Begründungen, muss sich der Berufungskläger

- 6 - in der Berufungsschrift mit allen Begründungen auseinandersetzen. Das Gleiche gilt im Falle von Haupt- und Eventualbegründung. Auch hier muss sich der Berufungskläger mit beiden Begründungen auseinandersetzen (Hungerbühler/Bucher, DIKE-Komm-ZPO, Art. 311 N 42 f.). Zwar prüft die Berufungsinstanz nicht nur die geltend gemachten Rügen (Rügeprinzip). Aber das Gericht muss den angefochtenen Entscheid nicht von sich aus auf Mängel untersuchen, es sei denn, der Sachverhalt sei geradezu willkürlich festgestellt worden oder das Recht sei geradezu willkürlich angewandt worden (Reetz/Theiler, a.a.O.). Aufgrund der umfassenden Überprüfungsbefugnis ist die Berufungsinstanz nicht an die mit den Rügen vorgebrachten Argumente oder an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden, sie kann die Rügen auch mit abweichenden Erwägungen gutheissen oder abweisen (vgl. Reetz/Theiler, a.a.O., Art. 310 N 6). Die Begründungsanforderungen gelten auch für die Berufungsantwort, wenn darin Erwägungen der Vorinstanz beanstandet werden, die sich für die im kantonalen Verfahren obsiegende Partei ungünstig auswirken können (BGer 4A_258/2015 vom 21. Oktober 2015, E. 2.4.2; BGer 4A_580/2015 vom 11. April 2016, E. 2.2; BGer 4A_496/2016 vom 8. Dezember 2016, E. 2.2.2; Reetz/Theiler, a.a.O., Art. 312 N 11). b) Diese Grundsätze missachtet der Kläger in seiner Berufungsschrift auf weiten Strecken; insoweit ist auf die Berufung nicht einzutreten. So macht er u.a. in den Randziffern 26-32 (Urk. 86 S. 10 ff.) Ausführungen zum Sachverhalt, ohne Bezug zum angefochtenen Urteil zu nehmen oder auf vor Vorinstanz gemachte Ausführungen zu verweisen. Unter der Überschrift „Kontoauszug / Schuldanererkennung“ folgen Erwägungen, die sich nicht mit den Erörterungen der Vorinstanz auseinandersetzen (Urk. 86 S. 13 f.). Das Gleiche gilt für die Ausführungen unter der Überschrift „Vornahme von nicht in Auftrag gegebenen Transaktionen“ (Urk. 86 S. 14 ff.). Bei den Darlegungen unter dem Titel „Strafverfahren gegen die Kundenberaterin und Geständnis“ zitiert der Kläger aus Einvernahmen, die im Strafverfahren gegen D._____ erhoben worden waren (Urk. 86 S. 16 ff.). Er nimmt dabei keinerlei Bezug auf seine vorinstanzlichen Vorbringen, ausser dass er auf seine Noveneingabe vom 23. August 2016 verweist (Urk. 42). Auf diese ist

- 7 - später einzugehen (Ziff. IV/2/f). In Rz 47 (Urk. 86 S. 22) referiert der Kläger zu einzelnen Positionen in Kontoauszügen. Auch hier fehlt jeglicher Hinweis darauf, dass er dies bereits vor Vorinstanz behauptet habe. Diese Beispiele liessen sich fast beliebig vermehren. Überdies legt der Kläger auch nicht dar, dass es sich um zulässige Noven im

Berufungsverfahren handelt (s. sogleich). 2. a) Wer sich auf neue Tatsachen beruft (Art. 317 Abs. 1 ZPO), hat zu substantiieren und zu beweisen, dass er die entsprechenden Noven unverzüglich nach ihrer Entdeckung vorgebracht hat und dass er sie trotz Anwendung zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz hat vorbringen können (Reetz/Hilber, in: Sutter-Somm et al., ZPO Komm., Art. 317 N 34). Neue Rechtsbegehren sind nur noch zulässig, wenn die Voraussetzungen nach Art. 227 Abs. 1 ZPO gegeben sind und die Klageänderung auf neuen Tatsachen und Beweismitteln beruht (Art. 317 Abs. 2 ZPO in der Fassung vom 19. Dezember 2008; Reetz/Hilber, a.a.O., Art. 317 N 71 f.). b) aa) Das klägerische Rechtsbegehren lautete vor Vorinstanz auf Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von USD 2'305'698.87 bzw. USD 2'019'817.47; Klageänderung aufgrund des definitiven Beweisergebnisses vorbehalten (Urk. 2 S. 2; Urk. 31 S. 2). Im Berufungsverfahren verlangt der Kläger nur noch, die Beklagte sei zur Zahlung von USD 2'019'817.47 (nebst Zins) zu verurteilen. Neuhauptet der Kläger, er habe eine Stufenklage eingereicht (Urk. 86 S. 23, 29 ff., 39). Die Vorinstanz habe übersehen, dass ihm als notwendige Voraussetzung zur Durchsetzung seines Anspruchs zunächst ein Recht auf Herausgabe und Kenntnis seines lückenlosen und vollständigen Dossiers bei der Beklagten zustehe. Er habe bereits aus dem materiellen Recht nach Art. 400 Abs. 1 OR einen Anspruch auf sämtliche Unterlagen seines Bankdossiers. Zudem habe er nach Art. 8 DSG ein materiell-rechtliches Auskunftsrecht auf persönliche Daten. Da sich die Beklagte weigere, sämtliche sachrelevanten Dokumente sowie die bankinternen Untersuchungsergebnisse ihm herauszugeben, sei erstellt, dass er ein gerechtfertigtes Interesse an der Herausgabe der in Ziffer II.2 der Beweisanträge genannten Daten besitze. Er habe sich die Bezifferung nach Vorliegen des Beweisergebnisses, mithin des vollständigen Dossiers, in der Klage und in der Replik ausdrück-

- 8 - lich im Sinne einer Stufenklage vorbehalten. Wenn die Vorinstanz für die vorgängige Bezifferung des Schadens bzw. für das Editionsbegehren eine substantiierte Darlegung aller für den konkreten Anspruch sprechenden Umstände verlange, verletze sie Bundesrecht (Urk. 86 S. 30 f.). Dazu verwies der Kläger auf seine Ausführungen in der Klagebegründung, [Urk. 2] S. 13 Ziff. 8, und in der Replik, [Urk. 31] S. 5, 6 und 21 (Urk. 86 S. 32 Rz 73). bb) Die Beklagte bestreitet, dass der Kläger im Rahmen des vorinstanzlichen Verfahrens eine Stufenklage erhoben habe. Eine solche hätte als materiell-rechtlicher Anspruch im Rechtsbegehren erhoben werden müssen, was nicht erfolgt sei. Vielmehr verweise der Kläger in seiner Berufungsschrift wiederholt auf sein Ansinnen im vorinstanzlichen Verfahren, die Herausgabe seines Dossiers im Rahmen von Beweisanträgen und Editionsbegehren zu verlangen. Eine Stufenklage wäre aber ohnehin nicht zulässig gewesen, weil die Beklagte die auftragsrechtliche Rechenschaftsablage vollumfänglich erfüllt habe und der Kläger in der Lage gewesen wäre, den Schaden substantiiert zu behaupten und zu beziffern (Urk. 88 S. 21 f.). cc) Die Stufenklage ist dadurch charakterisiert, dass ein materiell-rechtlicher Hilfsanspruch auf Rechnungslegung mit einer unbezifferten Forderungsklage verbunden wird (BGE 140 III 409, E. 4.3). Die Stufenklage dient der vereinfachten Durchsetzung eines dem Kläger nach Bestand und Umfang unbekanntes Anspruchs, wenn die Unkenntnis auf Tatsachen beruht, die in der Sphäre des Beklagten liegen (BGE 123 III 140, E. 2b). Bei der in Art. 85 ZPO geregelten Stufenklage handelt es sich um eine Ausnahme vom Grundsatz, dass Rechtsbegehren bei der Klageanhebung bestimmt sein müssen (BK ZPO-Markus, Art. 85 N 1). Es ist darauf abzustellen, ob es der Partei unzumutbar oder unmöglich ist, das Begehren vor Durchführung des Hilfsverfahrens auf Auskunftserteilung oder Rechnungslegung genau

zu beziffern. Bei der Stufenklage tritt neben das Hauptbegehren auf Verurteilung in Geld ein selbständiges Hilfsbegehren, das auf vorgängige Auskunftserteilung oder Rechnungslegung durch die beklagte Partei geht, wobei das Hauptbegehren erst aufgrund des Ergebnisses des Hilfsbegehrens beziffert wird. Lässt sich die Forderungsklage im Verlauf des Beweisverfahrens über den

- 9 - Hauptanspruch dennoch beziffern, entfällt das schutzwürdige Interesse und damit eine Prozessvoraussetzung betreffend den Hilfsanspruch (BK ZPO-Markus, Art. 85 N 15 ff.; BGE 116 II 351, E. 3c). Hat die beklagte Partei den Informationsanspruch der klagenden Partei erfüllt, muss die klagende Partei ihren Forderungsanspruch beziffern (BSK ZPO-Dorschner, Art. 85 N 25). Vorliegend hat der Kläger ein beziffertes Rechtsbegehren gestellt. In der Klagebegründung führte er aus, es würden Vermutungen aufgrund der von der Beklagten ausgehändigten Unterlagen angestellt. Selbstverständlich müsse er nach Edition des vollständigen Dossiers durch die Beklagte noch einmal Stellung nehmen können. Unter dem Vorbehalt, dass das Beweisergebnis nicht einen weit höheren Schaden als den eingeklagten Betrag ergebe, erfolge selbstverständlich eine Klagereduktion, worauf im Rechtsbegehren hingewiesen werde (Urk. 2 S. 13). In der Replik wiederholte der Kläger unter der Überschrift „Beweisanträge und Editionsbegehren“ seinen Antrag auf Edition des vollständigen Dossiers und spezifizierte dies. Dazu führte er aus, selbstverständlich könne sich erst aus dem vollständigen Dossier definitiv die Arbeitsweise der Beklagten ergeben, und es sei zu erwarten, dass sich „darin weitere anspruchsberechtigte Tatsachen [ergeben].“ Dass Editionsbegehren ins Rechtsbegehren aufzunehmen seien, lasse sich der Zivilprozessordnung nicht entnehmen. Selbstverständlich könne sein Anspruch nicht abschliessend quantifiziert werden, wenn ihm dazu notwendige Unterlagen vorenthalten würden. Selbstverständlich könne ein ausgewiesener Bankexperte bei der Beantwortung der Frage, inwieweit das Verhalten der Beklagten branchenüblich und den allgemeinen Vorschriften entsprechend gewesen sei, entscheidende Hinweise geben. Es gehe dabei nicht um die Hilfe bei der Quantifizierung des Anspruchs, sondern um die Frage, ob die vorliegenden Unterlagen die Position der Beklagten, wonach sie bzw. ihre Mitarbeiterin freie Hand gehabt habe, um in höchst spekulative Geschäfte zu investieren, stützten, und vor allem, ob die Kontrollmechanismen der Bank funktioniert hätten (Urk. 31 S. 5 f.). Weder aus dem Rechtsbegehren noch aus diesen Ausführungen ergibt sich, dass der Kläger vor Vorinstanz einen materiell-rechtlichen Anspruch auf Auskunftserteilung oder Rechnungslegung gestützt auf Art. 400 Abs. 1 OR im Sinne

- 10 - einer Stufenklage erhoben hätte. Vielmehr stellte er blosser Beweisanträge und behielt sich vor, den Klagebetrag abzuändern, sollte das Ergebnis des Beweisverfahrens dazu Anlass geben (Vgl. auch Urk. 31 S. 7 oben: „Was weitere Beweisanträge anbelangt, stellt der Kläger den Antrag, ...“). Er lehnte es ab, ein Editionsbegehren ins Rechtsbegehren aufzunehmen. Wenn der Kläger nun neu eine Stufenklage erheben will, handelt es sich mit der Beklagten um eine unzulässige Klageänderung im Berufungsverfahren (Urk. 88 S. 22). Da der Kläger über die vollständigen Kontoauszüge und Einzeltransaktionsbelege verfügte (Urk. 78 S. 13; Urk. 5-7), wäre es ihm aber ohnehin möglich gewesen, sein Rechtsbegehren zu beziffern, soweit er mit seinem Standpunkt betreffend Schuldanererkennung nicht durchdringen sollte (vgl. hinten Ziff. IV/2/f). Des Weiteren ruft der Kläger vergeblich das Datenschutzgesetz an. Dieses ist gemäss Art. 2 Abs. 2 lit. c DSG auf hängige Zivilprozesse nicht anwendbar (vgl. BGE 138 III 425 E. 4.3; Wiget/Schoch, Das Auskunftsrecht nach DSG – eine unkonventionelle Art der Beschaffung von

Beweismitteln, AJP 2010 S. 1006 f.; BSK DSG-Maurer-Lambrou/Kunz, Art. 2 N 26). 3. Die Vorinstanz hat das Verfahren mit Beschluss vom 16. August 2017 im Umfang von USD 285'881.40 als durch Rückzug erledigt abgeschlossen (Urk. 78 S. 28). Sie begründete dies damit, dass der Kläger in der Replik nur noch USD 2'019'817.47 geltend gemacht habe. Dies bedeute gegenüber der Klage eine Reduktion um USD 285'881.40 (Urk. 78 S. 8 f.). Mit seiner Berufung verlangt der Kläger (auch) die Aufhebung dieses Beschlusses, hält aber am Forderungsbetrag gemäss Replik fest. Weshalb der Beschluss aufzuheben sei, begründet der Kläger nicht. Gegen den Abschreibungsbeschluss ist die Berufung nicht zulässig; vielmehr wäre Revision bei der Vorinstanz einzulegen (Art. 328 Abs. 1 lit. c ZPO; BGE 139 III 133). Bezüglich des Antrags, der Beschluss der Vorinstanz vom 16. August 2017 sei aufzuheben, ist daher auf die Berufung nicht einzutreten.

- 11 - IV. 1. a) Der Kläger stützt seinen Anspruch zunächst auf das ihm übermittelte Statement of assets per 31. Dezember 2013, das ein Guthaben von USD 2'305'698.87 auswies und nach Auffassung des Klägers eine Schuldanerkennung durch die Beklagte darstellt (Urk. 4/3; Urk. 2 S. 2, 5 und 13). Die Vorinstanz verwarf diesen Standpunkt. Es sei unbestritten, dass das Dokument von D._____ manuell erstellt worden sei und nicht den tatsächlichen Stand der Vermögenswerte des Klägers in jenem Zeitpunkt wiedergebe. Vielmehr ergebe sich aus dem Konto in Verbindung mit dem Depotauszug per 31. Dezember 2013, dass die Kontokorrentguthaben des Klägers umgerechnet USD 576'637.– betragen und die Vermögenswerte zusammen mit den im Depot befindlichen Positionen sich auf insgesamt USD 723'834.– belaufen hätten. Im Statement of assets seien als Kontokorrentguthaben USD 66'173.75 (4'994.43 + 61'016.16 + 163.16) aufgeführt, wobei die in EUR und TRY geführten Konten in USD umgerechnet worden seien. Bei den weiteren Positionen handle es sich um Depotwerte, bestehend aus kurzfristigen Anlagen („Short-Term Investments“) und Obligationen („Bonds“). Würde davon ausgegangen, das Dokument verpflichte die Beklagte, so hätte der Kläger am 31. Dezember 2013 Anspruch auf Auszahlung von USD 66'173.75 sowie auf Übertragung der Depotwerte gehabt. Ein Anspruch auf USD 2'305'698.87 ginge aus dem Dokument nicht hervor. Dies sei auch bei der klageweisen Geltendmachung der Fall, wobei der Kläger dann zusätzlich hätte aufzeigen müssen, welchen Veränderungen die Positionen bis zur Einleitung der Klage unterworfen gewesen seien. Dies habe er unterlassen. Insbesondere gebe der Kläger nicht an, welche Anweisungen er zwischenzeitlich in Bezug auf das Konto gegeben habe. Dass er zumindest vereinzelte Anweisungen gegeben habe, gehe aus seinem Vorbringen hervor, wonach er auf seine Anfrage, ob eine gewünschte Transaktion über ca. USD 400'000.– ausgeführt worden sei, von seiner Kundenberaterin keine Antwort erhalten habe. Aus dem hierzu als Beweismittel angerufenen Schreiben des Klägers an die Beklagte vom 30. Januar 2014 ergebe sich sodann genauer, dass er nach der Überweisung von USD 400'000.– seiner Kundenberaterin per E-Mail vom 22. Januar 2014 die Anweisung gegeben

- 12 - habe, "200.000 Nom E._____ bond and 187.000 Nom 15/08/2018 F._____ bond" zu kaufen. Mangels genügender Angaben zu den Anweisungen bzw. Transaktionen seit dem 1. Januar 2014 wäre ein allfälliger Anspruch des Klägers zu verneinen bzw. liesse sich ein solcher nicht berechnen. Zu beachten gelte es weiter, dass unbestrittenermassen nach dem Saldierungsauftrag des Klägers Mitte April 2015 die sich damals im klägerischen Depot befindlichen Obligationen sowie USD 207'553.39 in bar auf das Konto bzw. Depot des Klägers bei der G._____ transferiert worden seien. Der Kläger lege nicht dar, welche Obligationen auf sein Depot bei der G._____ transferiert worden seien und welchem

Gegenwert diese entsprochen hätten. Diese Angaben hätte der Kläger aber machen müssen, denn die von der Beklagten an ihn transferierten Vermögenswerte wären vom eingeklagten Betrag unstreitig abzuziehen gewesen. Ohne diese Angaben liesse sich ein allfälliger Anspruch des Klägers nicht beziffern. Hinzu komme, dass der Kläger die Beklagte angewiesen habe, seine Kontounterlagen ab Juni 2012 für ihn bank- lagernd bei sich zu behalten. Damit habe der Kläger gewusst, dass seine Konto- und Depotauszüge bei der Beklagten für ihn aufbewahrt worden seien und ihn seine Kundenberaterin lediglich mit Vermögensübersichten bedient habe. In der Tat handle es sich bei dem vom Kläger eingereichten Dokument bestenfalls um eine summarische Vermögensübersicht. Zudem sei aufgrund der rudimentären graphischen Darstellung erkennbar, dass es sich um ein manuell angefertigtes Dokument handle und kein Systemausdruck der Bank vorliege. Der Kläger mache denn auch nicht geltend, er sei davon ausgegangen, das Dokument sei der systemgenerierte Depotauszug der Beklagten. Das Dokument stelle auch keinen Kontoabschluss dar, da hinsichtlich der drei Konten kein Abschlussaldo als Gesamtdifferenz zwischen Soll- und Habenpositionen ermittelt werde. Somit liege auch keine Offerte auf Abschluss einer Schuldanererkennungsvereinbarung vor, bei welcher sich die Beklagte behaften lassen müsste. Eine Verpflichtung der Beklagten aus dem Dokument sei demnach zu verneinen (Urk. 78 S. 23 ff.). b) Der Kläger macht in seiner Berufungsschrift geltend, sowohl bei den kurz- fristigen Anlagen als auch bei den Obligationen werde der jeweilige Gegenwert per 31. Dezember 2013 aufgeführt, „weshalb aus dem Dokument ein Anspruch auf USD 2‘305‘698.87 bzw. auf Auszahlung von USD 66‘173.75 und Übertragung

- 13 - der Depotwerte oder Auszahlung der Depot in der Höhe der ausgewiesenen Gegenwerte [bestehe].“ (Urk. 86 S. 41). Warum das Dokument dem Kläger einen Anspruch auf Auszahlung des Depotgegenwerts begründen sollte, legt er nicht dar und ist auch nicht einsichtig. Im Depotauszug werden die Vermögenswerte zum Tageskurs bewertet (Emch/Renz/Arpagaus, Das Schweizerische Bankgeschäft, 7. A., Zürich/Basel/Genf 2011, Rz 783). Diese Bewertung dient der Vermögensübersicht, bedeutet aber nicht, dass der Kläger gegenüber der Beklagten eine Forderung auf Geldzahlung in entsprechender Höhe hätte. Ebenso wenig äussert sich der Kläger zum Wert der bei Auflösung des Depots noch vorhandenen, zur G._____ transferierten Obligationen. Beim EUR- und beim TRY-Konto ist nicht ersichtlich, weshalb der Kläger einen Anspruch in USD haben sollte, bloss weil in der Aufstellung eine Umrechnung in USD erfolgte. Der Kläger trägt vor, er habe die angebliche Fälschung des Kontoauszugs nicht erkennen können. Die Beklagte habe „die Fälschung nicht widerrufen“, als sie durch den Kläger Kenntnis des gefälschten Dokuments erhalten habe, sondern einfach geschwiegen, was eine nachträgliche Zustimmung zur Schuldanererkennung des falsus procurator darstelle (Urk. 86 S. 41 f.). Der Kläger legt nicht dar, dass er diesen Sachverhalt bereits vor Vorinstanz geltend gemacht hätte, weshalb darauf nicht weiter einzugehen ist. Der Kläger bestreitet nicht, dass es sich beim Statement of assets nicht um einen systemgenerierten Konto- und Depotauszug der Beklagten handelt. Mit dem Argument der Vorinstanz, hinsichtlich der drei Konten werde kein Abschlussaldo als Gesamtdifferenz zwischen Soll- und Habenpositionen ermittelt, weshalb das Dokument keinen Kontoabschluss darstelle, setzt sich der Kläger nicht auseinander. Es genügt nicht zu behaupten, der vorliegende Fall sei analog der Regelung nach Art. 117 Abs. 2 OR betreffend Eintritt der Neuerung bei Saldoziehung zu behandeln, weshalb eine Schuldanererkennung durch die Beklagte zu bejahen sei (Urk. 86 S. 42). Eine Saldoziehung geht aus Urk. 4/3 gerade nicht hervor. Un- erheblich ist im Zusammenhang mit der Frage

der Schuldanerkennung, ob die Beklagte ihren Überwachungspflichten gegenüber D. _____ nachgekommen ist oder nicht.

- 14 - Richtig ist zwar, dass allfällige vom Kläger veranlasste Transaktionen nach dem 31. Dezember 2013 seinen Anspruch vermindert hätten. Läge eine Schuldanerkennung vor, wäre es aber an der Beklagten, diese anspruchsmindernden Transaktionen zu behaupten und zu beweisen (Urk. 86 S. 42). Dies ändert indes letztlich nichts daran, dass sich aus dem Statement of assets per 31. Dezember 2013 weder ein Anspruch des Klägers auf USD 66'173.75 noch auf die in USD aufgeführten Depotwerte ergibt, wie dies bereits die Vorinstanz zutreffend dargelegt hat. 2. a) Neben der angeblichen Schuldanerkennung als Forderungsgrund hat der Kläger vor Vorinstanz geltend gemacht, er habe der Beklagten einen Auftrag erteilt. Wenn diese es schaffe, das ihr anvertraute Vermögen auf 10 % der ursprünglichen Höhe herunterzuwirtschaften, dürfe wohl von einer Schlechterfüllung gesprochen werden. Der Vertrag und die Vertragsverletzung seien gegeben, der Schaden offensichtlich. Den Exkulpationsbeweis werde die Beklagte kaum erbringen können (Urk. 2 S. 14). Ein Vermögensverwaltungsvertrag oder ein Anlageberatungsvertrag sei nie abgeschlossen worden. Die Schlechterfüllung des Vertrags sei darin zu sehen, dass ohne Vereinbarung spekuliert und dabei Verluste eingefahren worden seien. Die Vertragsverletzung bestehe in der Missachtung des vereinbarten Risikoprofils und der mangelnden Risikoaufklärung. Dass die Beklagte aus den Optionsgeschäften im Jahre 2013 einen Verlust von USD 1'750'600.– und im ersten Quartal 2014 von (USD) 417'373.– erwirtschaftet habe, ergebe sich aus den eigenen Unterlagen der Beklagten. Selbst wenn man die vorherigen Gewinne berücksichtige, verbleibe ein Verlust von rund USD 1,5 Mio. Es sei offensichtlich, dass die Beklagte folgende Sorgfaltpflichtverletzungen kumulativ verletzt habe: Auswahl der Bankmitarbeiter; Instruktion und Weisungen an die Mitarbeiter; Beaufsichtigung, Kontrolle und Überwachung; Organisation des Betriebs (Urk. 31 S. 2, 10, 15, 16, 18). Nach Darstellung der Beklagten kümmerte sich D. _____ mit dem Einverständnis des Klägers aktiv um dessen Portfolio. Dieser habe die anfänglich der Bank eingeräumten Befugnisse rasch auf andere Investitionsarten ausgeweitet. Anders als die Tochter des Klägers, welche gelegentlich spezifische Transaktio-

- 15 - nen gewünscht habe, habe dieser von der Erteilung derartiger Instruktionen grundsätzlich abgesehen. Dass D. _____ deshalb für ihn keine über die Generalermächtigung hinausgehenden Investitionen hätte tätigen sollen, behaupte er zu Recht nicht. Dies bedeute, dass D. _____ auch ohne spezifische Anweisung Transaktionen über das Konto des Klägers habe durchführen dürfen. Die Geschäftsbeziehung zwischen den Parteien sei damit als de facto Vermögensverwaltungsvertrag oder allenfalls als Anlageberatungsvertrag sui generis zu qualifizieren (Urk. 20 S. 18 f. und 25). b) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts wird hinsichtlich der vertragsrechtlichen Sorgfalts- und Treuepflicht der Bank bei der Abwicklung von Börsengeschäften für die Kundschaft zwischen drei verschiedenen Vertragsbeziehungen differenziert: die Vermögensverwaltung, die Anlageberatung und die bloße Konto-/Depot-Beziehung (BGE 133 III 97, E. 7.1). Bei einem Vermögensverwaltungsauftrag verwaltet die Bank ein bestimmtes Portfolio (Depot, Guthaben usw.) gegen eine Gebühr selbständig und ohne besondere Weisungen im Einzelfall, jedoch im Rahmen von Richtlinien des Kunden zum Zweck der Erreichung eines mit dem Kunden vereinbarten Anlageziels (Emch/Renz/Arpagaus, a.a.O., Rz 1678). Unter Anlageberatung versteht man die sorgfältige und adressatengerechte Beratung von Kunden in Fragen der Geld- und

Kapitalanlage, insbesondere die Abgabe von Anlageempfehlungen. Im Gegensatz zur Vermögensverwaltung fällt der Kunde den Kaufs- oder Verkaufsentscheid aber selbst (Emch/Renz/Arpagaus, a.a.O., Rz 175; Gross, Fehlerhafte Vermögensverwaltung – Klage des Anlegers auf Schadenersatz, AJP 2006, S. 162). Auch der Anlageberatungsvertrag unterliegt den auftragsrechtlichen Bestimmungen nach Art. 394 ff. OR (Pachmann/von der Crone, SZW 2005, S. 148; Gutzwiller, Rechtsfragen der Vermögensverwaltung, Zürich/Basel/Genf 2008, S. 52; BGE 124 III 155 E. 2b). Von blosser Konto- bzw. Depotführung ist auszugehen, wenn betreffend Vermögensverwaltung oder Anlageberatung keine Dienstleistungen der Bank beansprucht werden (Gross, a.a.O.). Auf den Depotvertrag kommt – je nachdem, ob es sich um Einzel- oder Sammelverwahrung handelt – Auftrags- oder Hinterlegungsvertragsrecht (Art. 472 ff. OR) zur Anwendung (Pachmann/von der Crone, a.a.O.).

- 16 - c) Unbestritten ist, dass der Kläger bei der Eröffnung der Konto-/Depot- beziehung u.a. folgende Dokumente unterzeichnet hat (Urk. 78 S. 2 f.): - "General pledge agreement and declaration of assignment" (Allgemeiner Pfandvertrag; Urk. 21/24) - "Conditions for trading in Derivatives and Forward Contracts" (Rahmenvertrag betreffend Handel mit derivativen Finanzinstrumenten und Financial Futures; Urk. 21/25) - "INSTRUCTION TO INVEST IN TIME DEPOSITS PLACED WITH TURKISH BANKS AND/OR WITHIN THE C._____ NETWORK" (Urk. 21/12) - "Reinvestment Mandate" (Wiederanlageauftrag für Vermögenserträge etc.; Urk. 21/13) - "Credit Agreement" (Lombardkreditvertrag; Urk. 21/7) Der Kläger anerkannte vor Vorinstanz, dass er mit dem Reinvestment Man- date der Beklagten bzw. ihrer Rechtsvorgängerin einen Wiederanlageauftrag für Kontoguthaben und Fälligkeiten in Treuhandgelder von C._____, Geldmarktfonds, Obligationenfonds sowie Obligationen und mittelfristige Notes mit einem Mini- mum-Rating von AA- und AAS [recte: AA3] erteilt hatte (Urk. 2 S. 7; Urk. 20 S. 18 und 44; Urk. 21/13). Es handelte sich dabei um ein eingeschränktes Vermögens- verwaltungsmandat (vgl. Emch/Renz/Arpagaus, a.a.O., Rz 1744 ff.). Weiter hatte der Kläger der Bank den Auftrag erteilt, einzeln oder wiederholt in Treuhandfest- gelder innerhalb des C._____-Netzwerks sowie bei einer Anzahl türkischer Ban- ken zu investieren (Urk. 2 S. 7; Urk. 21/12). Ob es darüber hinaus zwischen den Parteien zu einem de facto Vermögensverwaltungsvertrag kam, kann aus den nachfolgenden Gründen dahingestellt bleiben. d) Die Vorinstanz wies einen Schadenersatzanspruch des Klägers infolge Vertragsverletzung mit der Begründung ab, er habe es unterlassen, einen Scha- den rechtsgenügend zu behaupten. Er wäre gehalten gewesen, die Differenz zwi- schen dem Vermögensstand im Zeitpunkt der Klageeinleitung und dem hypotheti- schen Stand, den sein Vermögen ohne die beanstandeten Transaktionen gehabt hätte, aufzuzeigen. Dies unterlasse er. Er mache zwar geltend, er hätte grund-

- 17 - sätzlich jede Transaktion vorgängig bewilligen müssen. Er zeige jedoch die ein- zeln unbewilligten Transaktionen nicht auf und lege die dadurch entstandenen Vermögensveränderungen nicht dar. Er hätte beziffern müssen, wieviel sein Ver- mögen ohne die von ihm pauschal beanstandeten DOCU's und "Dual Currency Deposits" sowie Fremdwährungsoptionsgeschäfte betragen würde. Dazu hätte er – wie er selbst eingestehe – sowohl die dadurch erzielten Gewinne als auch die verursachten Verluste in einer Differenzrechnung darzustellen gehabt. Der Kläger bringe vor, dass die Beklagte Transaktionen vorgenommen habe, die er so nicht gewollt habe. Auf seine Anfrage, ob eine gewünschte Transaktion über ca. USD 400'000.– ausgeführt worden sei, habe er von seiner Kundenberaterin keine Antwort erhalten. Weiter führe er an, von einer Bewilligung

ausgenommen gewesen seien effektive Wiederanlagen im Rahmen des Auftrages, und die Staatsanleihen F._____ hätten von ihm noch "geschluckt" werden können. Aus diesen Ausführungen ergebe sich, so die Vorinstanz, dass der Kläger gewisse Transaktionen in Auftrag gegeben habe, anerkenne oder genehmige. Umso mehr hätte er – unter Darstellung der einzelnen Vermögensveränderungen – die nicht in Auftrag gegebenen, nicht anerkannten oder nicht genehmigten Transaktionen aufzuzeigen gehabt. Ohne diese Behauptungen lasse sich kein Vermögensschaden belegen (Urk. 78 S. 25 f.). e) Im Berufungsverfahren bringt der Kläger vor, er behaupte nicht, wie die Vorinstanz fälschlicherweise annehme, die Beklagte habe sein Vermögen schlecht verwaltet oder die Einzelaufträge mangelhaft ausgeführt. Er mache vielmehr geltend, die Beklagte habe ohne seine Zustimmung Transaktionen über sein Depot abgewickelt, d.h. sie habe keine Berechtigung gehabt, über das Depot zu verfügen. Wer eine Berechtigung behaupte, habe die der Berechtigung zugrundeliegenden Tatsachen zu beweisen. Die Beklagte müsse daher ihre Befugnis beweisen, Transaktionen über das Depot abwickeln zu dürfen (Urk. 86 S. 9 f., 19, 23). Die Beklagte trage die Beweislast dafür, dass die durch sie vorgenommenen Transaktionen auf Instruktion des Kunden erfolgt seien. Es sei daher nicht primär der Kläger, der nachweisen müsse, welche Transaktionen er in Auftrag gegeben habe. Aufgrund der Ablehnung des Editionsbegehrens und des Antrags auf eine Gerichtsexpertise sei er nicht in der Lage gewesen, seine Forderung auf eine an-

- 18 - dere Weise darzulegen bzw. zu beziffern als aufgrund des Dokuments über den Kontostand per 31. Dezember 2013. Der Schaden könne aufgrund der strafbaren Handlungen durch die Kundenberaterin, der unsicheren und unvollständigen Aktenlage und der Komplexität der Materie nicht ohne einen Sachverständigen abgeklärt werden. Dieser habe die durch die Beklagte getätigten Geldflüsse, Buchungen, Gutschriften sowie Geldein- und Geldausgänge (Transaktionen) auf ihre Konformität mit den zwischen den Parteien geschlossenen Verträgen und konkreten Instruktionen zu überprüfen und die Höhe des dem Kläger durch vertragswidrige und/oder deliktische Transaktionen beigefügten Schadens sowohl nach der Differenzmethode als auch dem Vergleich mit den Referenzwerten eines hypothetischen, sorgfaltsgemässen Vergleichsportfolios zu ermitteln (Urk. 86 S. 33 ff.). Der Experte habe sich auch zur bankinternen Kontrolle betreffend D._____ und zur Frage zu äussern, ob ein Kreditvertrag, der in einem Nebenpunkt von Optionen und anderen Derivativen spreche, genüge, um ohne Wissen des Kunden und entgegen dem Risikoprofil „balances“ derart grosse Risiken einzugehen, wie es die Beklagte zulasten des Klägers getan habe. Für die Schadensberechnung sei er auf die Edition sämtlicher Unterlagen betreffend sein Dossier bei der Beklagten angewiesen. Er habe die Tatsachen so detailliert vorgetragen, wie es ihm aufgrund der ihm zur Verfügung stehenden Unterlagen überhaupt möglich gewesen sei. Die Vorinstanz habe die Anforderungen an die Substantiierung des Schadens überhöht (Urk. 86 S. 38 f.). f) Nach dem allgemeinen Schadensbegriff, wie er in der Praxis des Bundesgerichts verwendet wird, ist der Schaden 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 (BGE 142 III 23 E. 4.1; 139 V 176 E. 8.1; 132 III 186 E. 8.1; 132 III 359 E. 4 S. 366; 129 III 331 E. 2.1 S. 332; 127 III 73 E. 4a S. 75 f., je mit Hinweisen). Zu beachten ist indessen, dass der so definierte allgemeine Schadensbegriff im Einzelfall konkretisiert werden muss, damit er brauchbare Kriterien für die Schadensberechnung liefern kann. So ist für den Bereich der Ver-

mögensverwaltung zum einen nicht das Gesamtvermögen der geschädigten Per-

- 19 - son massgebend, sondern das im Rahmen des Vermögensverwaltungsvertrags übergebene Vermögen, und zum andern ist zwischen den Fällen zu differenzieren, in denen im Prozess von der geschädigten Person dem Vermögensverwalter eine Schädigung allgemein durch Verfolgung einer pflichtwidrigen Anlagestrategie (sorgfaltswidrige Verwaltung des gesamten Portfolios) oder durch 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 (BGer 4A_364/2013 vom 5. März 2014, E. 7.1; BGer 4A_586/2017 vom 16. April 2018, E. 2.2). Gemäss Art. 8 ZGB trägt der allenfalls geschädigte Anleger die Beweislast des Schadens (Rosat, Der Anlageschaden – Schadensberechnung beim Vermögensverwaltungsvertrag, Diss. Bern 2009, S. 66 mit Verweis auf BGer 4C.295/2006 vom 30. November 2006, E. 5.2.1; Gross, a.a.O., S. 166; Emch/ Renz/Arpagaus, a.a.O., Rz 1634). Der Kläger hat die einzelnen Elemente des Schadens zu behaupten und zu beweisen (Art. 99 Abs. 3 OR i.V.m. Art. 42 Abs. 1 OR). Vorliegend steht fest, dass die Beklagte in einem beschränkten Rahmen Anlageentscheidungen fällen und einzelne Transaktionen ohne expliziten Auftrag des Klägers durchführen durfte. Entgegen seiner Auffassung hatte nicht die Beklagte die Obliegenheit, diese Transaktionen im Einzelnen zu bezeichnen und die (jeweilige) vertragliche Grundlage darzulegen. Weil der Kläger für den Nachweis des Schadens beweisbelastet ist, hätte er diejenigen Transaktionen bezeichnen müssen, deren Rechtmässigkeit er bestreitet und aus denen ihm angeblich ein Schaden entstanden ist (vgl. Gross, a.a.O., S. 167; Urk. 88 S. 12 und 15; BGer 4A_90/2011 vom 22. Juni 2011, E. 2.2.5). Weshalb er dies nicht anhand der Kontoauszüge und Einzeltransaktionsbelege (Urk. 5-7) hätte tun können, ist nicht ersichtlich und hat er auch nicht schlüssig dargelegt. Insbesondere genügt es nicht, pauschal zu behaupten, Transaktionen seien nicht in den Kontoauszügen enthalten, und ebenso pauschal auf die vorinstanzlichen Eingaben zu verweisen

- 20 - (Urk. 86 S. 37 f. Rz 88). Auch die Noveneingaben vom 23. August 2016 und 25. Oktober 2016 enthalten keinerlei Substantiierungen, weshalb mit der Vorinstanz offenbleiben kann, ob sie überhaupt zulässig waren (Urk. 42; Urk. 78 S. 13, Urk. 86 S. 24 f., 28). Neu und daher unzulässig ist die Behauptung im Berufungsverfahren, D. _____ habe gesagt, auf den Listen der Transaktionen seien nicht nur die Transaktionen ersichtlich, welche sie getätigt habe (Urk. 86 S. 21; vgl. Urk. 42), wobei D. _____ ohnehin nur zum Ausdruck bringen wollte, dass bestimmte Positionen geschlossen worden seien, nachdem sie die Bank bereits verlassen hatte (Urk. 43/2 S. 25). Da der Kläger seiner Substantiierungsobliegenheit nicht nachgekommen ist, kann nicht beurteilt werden, ob es ohne entsprechendes Fachwissen nicht möglich gewesen wäre, den aus den einzelnen beanstandeten Transaktionen resultierenden Schaden zu beziffern. Erst wenn der Kläger seiner Substantiierungsobliegenheit rechtsgenügend nachgekommen wäre, hätte die Vorinstanz ihm Gelegenheit geben müssen, das Behauptete zu beweisen. Der Kläger hätte die behauptete Überschreitung des Auftrags als Vertragsverletzung beweisen müssen (Gutzwiller, a.a.O., S. 157 ff.). Im Rahmen des Beweisverfahrens hätte allenfalls die Edition von Urkunden aus der Geschäftsbeziehung (Korrespondenz, interne Notizen etc.; vgl. Urk. 31 S. 5) angeordnet werden können. Der Beklagten wäre der Gegenbeweis offen gestanden (mündliche bzw. konkludente Erweiterung des

Beratungs-/Vermögensverwaltungsmandats, Einzelaufträge, nachträgliche Genehmigung etc.). Erst jetzt wäre allenfalls ein Gutachten zur Schadensberechnung einzuholen gewesen (vgl. Gutzwiller, a.a.O., S. 258). Dagegen ist es von vornherein nicht Aufgabe eines Gutachters, einzelne Transaktionen auf ihre Vertragskonformität zu überprüfen. Dies ist eine Frage der Rechtsanwendung, welche dem Gericht vorbehalten bleibt. Lediglich wenn dem Gericht, nachdem es den Umfang des Mandats festgestellt hat, die nötigen Sachkenntnisse fehlen, um zu entscheiden, ob bestimmte Anlagekategorien von der vereinbarten Anlagestrategie gedeckt sind, wäre dazu ein Gutachten einzuholen. Die Vorinstanz ist daher zu Recht zum Schluss gelangt, der Kläger habe seinen angeblich erlittenen Schaden zufolge Vertragsverletzung nicht rechtsgenügend dargelegt.

- 21 - g) Als Minimalanspruch hat der Kläger die Erstattung der von ihm einbezahlten Beträge (USD 1'559'117.52 und EUR 22'127.–) nebst Zinsen verlangt. Die Vorinstanz erwoh dazu, beim Ersatz des sog. negativen Interesses (Vertrauensschadens) sei der Gläubiger so zu stellen, wie wenn der Vertrag nie in Betracht gezogen und eingegangen worden wäre. Das negative Interesse spiele im Rahmen von Art. 97 OR keine Rolle (Urk. 78 S. 22). Der Kläger habe keinen Anspruch auf das negative Interesse. Er hätte das Erfüllungs- und nicht das Vertrauensinteresse behaupten und dartun müssen, auch wenn er dafür neben dem tatsächlichen einen hypothetischen Vermögensstand darzulegen gehabt hätte. Der Kläger habe unbestrittenermassen gewisse Transaktionen in Auftrag gegeben, anerkannt oder genehmigt, weshalb es sich nicht rechtfertige, ihn so zu stellen, als hätte mit der Beklagten nie ein mehrjähriges Vertragsverhältnis bestanden. Ein Anspruch des Klägers auf Rückerstattung der auf seine Konten bei der Beklagten überwiesenen Beträge sei zu verneinen (Urk. 78 S. 26 f.). Der Kläger macht im Berufungsverfahren unter Berufung auf Wiegand (BSK OR I, N 39a zu Art. 97) geltend, die vermögensrechtlichen Folgen einer fehlerhaften Anlageberatung durch die Bank könnten mit den Berechnungsmethoden des positiven Interesses nicht angemessen erfasst werden. Hier sei es häufig sachgerechter, einen Anspruch auf das negative Interesse zu gewähren. Dieser Vertrauensschaden sei dem Gläubiger jedenfalls in allen Fällen der Verletzung einer Verhaltenspflicht zu gewähren. Das Bundesgericht habe in einer vergleichbaren Entscheidung (BGE 124 III 155 ff., 166) festgehalten, der Kunde sei so zu stellen, als ob er sich nicht auf die Optionsgeschäfte mit dem Beklagten eingelassen hätte, weshalb er Anspruch auf das negative Interesse habe (Urk. 86 S. 45). Die Kritik des Klägers überzeugt nicht: Vorliegend geht es gerade nicht um fehlerhafte Anlageberatung, sondern um angeblich unautorisierte Transaktionen, welche die Beklagte durchgeführt haben soll. Es wäre daher der Vermögensstand zu ermitteln, wenn diese unautorisierten Transaktionen nicht durchgeführt bzw. lediglich erlaubte Anlagen getätigt worden wären (vgl. Gross, a.a.O., S. 165; BGer 4C.158/2006 vom 10. November 2006, E. 4.3 und 4.4.2). In BGE 124 III 155 lag kein Verwaltungsauftrag oder Beratungsvertrag vor, sondern der Auftrag bezog

- 22 - sich ausschliesslich auf die Empfehlung und Vermittlung von erfahrungsgemäss hochspekulativen und risikobehafteten Terminoptionsgeschäften. Es ist nicht ersichtlich, wie der Schaden überhaupt nach dem Erfüllungsinteresse hätte berechnet werden können. Hätte nämlich das Optionshandelsunternehmen den Kunden gehörig über die hochriskanten Geschäfte aufgeklärt, so wäre es voraussichtlich gar nicht zum Vertragsschluss gekommen (Gutzwiller, a.a.O., S. 253). Auf das zutreffende Argument der Vorinstanz, der Kläger habe selber Transaktionen in Auftrag gegeben (vgl. auch Urk. 86 S. 42), weshalb er keinen Anspruch darauf habe, so gestellt zu werden, wie wenn er kein Vertragsverhältnis

mit der Beklagten eingegangen wäre, geht der Kläger nicht ein. Ein (Minimal-)Anspruch auf Erstattung der eingebrachten Mittel besteht daher nicht. h) aa) Der Kläger hat im Berufungsverfahren als neue Urkunde das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 23. August 2017 eingereicht, mit dem D1._____ [alias D._____] wegen ungetreuer Geschäftsbesorgung etc. zu einer Freiheitsstrafe verurteilt wurde (Urk. 80/2, Urk. 83). In diesem Urteil wird D._____ gemäss ihrer Anerkennung verpflichtet, dem Kläger TRY 4'099'650.– zu bezahlen (Urk. 83 S. 219). Er macht geltend, aus dem Strafurteil gingen die Vertragsverletzung und der Schaden ebenfalls hervor und seien mittels Anerkennung belegt. Daher sei ihm eventualiter mindestens ein Betrag von TRY 4'099'650.– zuzusprechen (Urk. 86 S. 34). Die Beklagte hält das Strafurteil für unbeachtlich, da es nicht in Rechtskraft erwachsen sei, das Zivilgericht gemäss Art. 53 OR nicht an das Erkenntnis des Strafrichters gebunden sei, der Beklagten im Strafverfahren keine Parteistellung zugekommen sei und das Strafgericht keine Berechnung des Schadens vorgenommen, sondern den Kläger vielmehr zur Geltendmachung seines Schadens auf den Zivilweg verwiesen habe. Überdies habe der Kläger keine Forderung in türkischer Lira eingeklagt und keine Klageänderung vorgenommen (Urk. 88 S. 35 f.). bb) Die Geltendmachung von TRY 4'099'650.– als Eventualbegehren stellt ein neues Rechtsbegehren dar. Gemäss Art. 317 Abs. 2 ZPO ist eine Klageänderung nur noch unter den Voraussetzungen von Art. 227 Abs. 1 ZPO zulässig, und überdies muss sie auf neuen Tatsachen und Beweismitteln beruhen. Bereits mit

- 23 - Eingabe vom 23. August 2016 hatte der Kläger der Vorinstanz mitgeteilt, dass die Staatsanwaltschaft den Schaden des Klägers auf mindestens TRY 4'099'650.– festsetze (Urk. 42). Es ist daher fraglich, ob ein dahingehendes neues Rechtsbegehren überhaupt noch zulässig wäre. Indessen hat der Kläger zu Beginn seiner Berufungsschrift ausdrücklich (einzig) das Rechtsbegehren gestellt, die Beklagte sei zur Zahlung von USD 2'019'817.47 zu verurteilen. Dies deckt eine Verurteilung zur Zahlung von TRY 4'099'650 nicht ab. Wie die Beklagte zu Recht festhält, stellt der TRY-Betrag nicht bloss eine Reduktion des eingeklagten USD-Betrags dar, sondern ein aliud (Urk. 88 S. 34). Auf das eventualiter gestellte Begehren ist daher nicht einzutreten. Im Übrigen stellt die Schuldanerkennung durch D._____ keinen schlüssigen Beweis dar, dass der Kläger durch Vertragsverletzungen tatsächlich einen Schaden in dieser Höhe erlitten hat. Das Schuldbekennnis oder auch die Schuldanerkennung im Sinne von Art. 17 OR besteht in einer Erklärung des Schuldners gegenüber dem Gläubiger, dass eine bestimmte Schuld bestehe (BSK OR I-Schwenzer, Art. 17 N 2). Gegenstand der Schuldanerkennung ist stets eine Schuld, welche ihren wirklichen oder vermeintlichen Entstehungsgrund ausserhalb der Schuldanerkennung hat (Krauskopf, Der Begriff, die Erscheinungsformen und die Bedeutung der Schuldanerkennung im Obligationenrecht, in: recht 2005 S. 169). Dabei wird zwischen bestätigender und bereinigender Schuldanerkennung unterschieden. Die bestätigende Schuldanerkennung bezieht sich auf eine Schuld, die nach der übereinstimmenden Vorstellung beider Parteien zumindest im Umfang der Anerkennung besteht. Durch die Anerkennung einer solchen Schuld bringt der Anerkennende zum Ausdruck, dass die gemeinsame Vorstellung vom Bestand der anerkannten Schuld auch nach seiner Auffassung zutrifft. Die bereinigende Schuldanerkennung bezieht sich auf eine Schuld, über deren Bestehen (überhaupt oder umfangmässig) zwischen den Parteien Streit oder Unsicherheit herrscht. Mit dieser Schuldanerkennung beabsichtigt der Anerkennende die Beilegung des Streites oder die Beseitigung der Unsicherheit zumindest im Umfang der Anerkennung. Diese Bereinigungsabsicht bildet das zentrale Merkmal der bereinigenden

Schuldanererkennung, die damit Verwandtschaft mit dem Vergleich aufweist (Krauskopf, a.a.O., S. 173 f.). Welche Art von Schuldanererkennung

- 24 - auch vorliegt, die blosser Willenserklärung von D._____, dem Kläger einen bestimmten Betrag in türkischer Lira zu schulden, beweist nicht, dass sie in ihrer Funktion als Kundenbetreuerin dem Kläger auch einen Schaden in dieser Höhe zugefügt hat. Der Kläger schreibt, die Beklagte habe sich das Verhalten ihrer angestellten Kundenberaterin zweifelsohne anzurechnen (Urk. 86 S. 28). Jedenfalls für die Schuldanererkennung gilt das nicht: Es ist nicht ersichtlich, dass D._____ nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses zur Beklagten per anfangs 2014 für diese noch Verpflichtungen eingehen konnte (vgl. Urk. 88 S. 34; Urk. 83 S. 200 und 209). cc) Dem Strafurteil vom 23. August 2017 entnimmt der Kläger, dass die Beklagte selber, soweit es ihn betreffe, einen Schaden in der Höhe von USD 1'803'435.– aufgrund von Fremdwährungsoptionen beziffert habe. Dadurch sei sein Schaden mehr als substantiiert. Die Beklagte mache somit im Strafverfahren einen Schaden des Klägers geltend und im Zivilverfahren stelle sie sich auf den Standpunkt, es bestehe kein Schaden des Klägers. Dieses widersprüchliche Verhalten der Beklagten sei mehr als nur fragwürdig und verdiene keinen Rechtsschutz (Urk. 82 S. 2). Neben den bereits erwähnten Einwänden (oben Ziff. IV/2/h/aa a.E.) stellt die Beklagte in Abrede, dass sie den angeblichen Schaden des Klägers anerkennt, geschweige denn diesen auf USD 1'803'435.– beziffert habe. Die anderslautenden Suggestionen im Strafurteil seien falsch und ergäben sich auch nicht aus den Akten. Hätte der Kläger die entsprechenden, seit Jahren bei den Strafakten liegenden Tabellen studiert, wäre ihm dieser Fehler ebenfalls aufgefallen. Dagegen treffe es zu, dass der erwähnte Betrag einer von der H._____ erstellten Tabelle zu entnehmen sei. Der Kläger habe jedoch weder diese Tabelle in das vorliegende Verfahren eingeführt noch deren Inhalt anhand von Belegen verifiziert bzw. untermuert. Sämtliche in dieser Tabelle enthaltenen Zahlen und verwendeten Wechselkurse würden von ihr vollumfänglich bestritten. Der Betrag würde aber ohnehin keine Schadenssubstantiierung darstellen. Vielmehr wäre er lediglich die Summe von angeblichen, in USD umgerechneten Verlustbeträgen aus den über das klägerische Konto geführten Optionsgeschäften. Ein Vergleich des aktuellen

- 25 - Vermögensstands mit dem hypothetischen Vermögensstand ohne schädigendes Ereignis fehle. Zudem erfasse die Tabelle der H._____ lediglich die über das klägerische Konto durchgeführten Fremdwährungsoptionsgeschäfte, nicht aber die übrigen vom Kläger ebenfalls als unautorisiert beanstandeten Transaktionen. Aus den Optionsgeschäften hätte von vornherein nur ein Schaden in TRY und nicht in USD entstehen können. Aus all diesen Gründen habe „das Strafgericht den Betrag von USD 1'803'435.00 zu Recht nicht als Schaden des Klägers betrachtet, sondern diesen zwecks Quantifizierung seines angeblichen Schadenersatzanspruchs auf den Zivilweg verwiesen.“ Schliesslich habe sich die von der H._____ erstellte Tabelle wie alle übrigen einschlägigen Unterlagen seit Jahren bei den Akten der Staatsanwaltschaft befunden, in welche der Kläger unbestrittenermassen Einsicht genommen habe. Das Vorbringen des Klägers sei daher verspätet (Urk. 95 S. 3 ff.). Aus dem Strafurteil ergibt sich, dass die Beklagte den durch D._____ mittels Fremdwährungsoptionen verursachten Schaden betreffend den Kläger auf USD 1'803'435.– beziffert hat (Urk. 83 S. 134 lit. d). Es ist zu prüfen, ob sich die Beklagte bei dieser Feststellung behaften lassen muss. Vorab kommt den Erwägungen zum Schaden in einem Strafurteil keine Verbindlichkeit für das Zivilverfahren zu (BSK StPO-Dolge, Art. 126 N 47). Das Zivilgericht hat Beweiserkenntnisse des Strafurteils frei zu würdigen (BSK

OR I-Kessler, Art. 53 N 3; Fischer OFK-OR, Ausgabe 2016, Art. 53 N 4). Bestreitet die Beklagte, eine entsprechende Erklärung im Strafverfahren abgegeben zu haben, wäre es am Kläger, weitere Beweismittel zu bezeichnen. Er hat indessen keine weiteren Ausführungen dazu gemacht, wie das Strafgericht zu seiner Feststellung kam, und dazu keine weiteren Beweismittel genannt. Es handelt sich daher bestenfalls um ein Indiz, dass D._____ dem Kläger durch Fremdwährungsoptionen einen Schaden in der Höhe von USD 1'803'435.– beigefügt hat. Eine rechtsgenügende Substantiierung des Schadens vermag dies nicht zu ersetzen. Eine Schuldanerkennung liegt selbstredend nicht vor, auch wenn die Beklagte im Strafverfahren den Schaden in besagter Höhe beziffert hätte. Denn alleine damit hätte sie gegenüber dem Kläger nicht anerkannt, ihm diesen Betrag zu schulden. Unter diesen Umständen kann offen-

- 26 - bleiben, ob das Vorbringen des Klägers rechtzeitig war oder nicht (Art. 317 Abs. 1 ZPO). 3. Im Berufungsverfahren stützt der Kläger den geltend gemachten Schadenersatzanspruch auch auf Art. 41 OR und Art. 55 OR (unerlaubte Handlung, Geschäftsherrenhaftung) ab (Urk. 86 S. 48 ff.). Bezüglich des Schadens verweist er auf seine bisherigen Ausführungen. Auch auf diesen Anspruchsgrundlagen muss die Klage mangels gehöriger Substantiierung des Schadens abgewiesen werden. 4. Aus all diesen Erwägungen folgt, dass die Berufung des Klägers abgewiesen werden muss, soweit auf sie eingetreten werden kann. V. Ausgangsgemäss ist die erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsregelung zu bestätigen. Der Kläger wird auch für das Berufungsverfahren kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Es wird erkannt: 1. Die Berufung wird abgewiesen, soweit auf sie eingetreten wird, und das Urteil sowie der Beschluss des Bezirksgerichts Zürich, 1. Abteilung, vom 16. August 2017 werden bestätigt. 2. Die zweitinstanzliche Entscheidungsgebühr wird auf Fr. 40'500.– festgesetzt. 3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Kläger auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss verrechnet. 4. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 20'000.– zu bezahlen. 5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

- 27 - Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück. 6. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert

E. 30

Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 1'972'000. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG. Zürich, 9. Mai 2018 Obergericht des Kantons Zürich I. Zivilkammer Die Vorsitzende: Der Gerichtsschreiber: Dr. L. Hunziker Schnider lic. iur. M. Kirchheimer versandt am: mc

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