

ZH_OBERGERICHT LB230045 vom 22. April 2024

ZH Obergericht, 2024-04-22, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LB230045

FR: ZH_OBERGERICHT LB230045 du 22 avril 2024

IT: ZH_OBERGERICHT LB230045 del 22 aprile 2024

Erwägungen

E. 1

Im Jahr 2016 schlossen die Klägerin, Berufungsbeklagte und Anschlussberufungsklägerin (Klägerin) sowie die ihr gehörende C._____ AG (C._____ -AG) mündliche Vermögensverwaltungsverträge mit der in Zürich domizilierten D._____ AG (D._____, ehemals Beklagte 1), welche die Vermögensverwaltung, Anlageberatung sowie das Anbieten von Finanzdienstleistung bezweckte. Der Beklagte, Berufungskläger und Anschlussberufungsbeklagte (nachfolgend Beklagter) war Teilnehmer und Kundenbetreuer der D._____. Für die Vermögensverwaltung eröffneten die Klägerin und die C._____ -AG bei den Brokern E._____ Ltd. (E._____) und F._____ (F._____) in London je zwei Konten. Die Klägerin erteilte gegenüber den Brokern Handlungsvollmachten zugunsten der D._____ (Money Manager, sog. LPOAs), welche der D._____ erlaubten, über die Online-Handelsplattformen der Broker direkt Transaktionen über die Konten der Klägerin und der C._____ -AG abzuwickeln (act. 196 S. 5 f. und 8 ff.).

E. 2

Am 5. September 2016 überwies die Klägerin je GBP 1 Mio. auf die Konten bei den Brokern und die D._____ startete die Vermögensverwaltung. Nach eingetretene Verlust der Vermögenswerte überwies die C._____ -AG am 8. November 2016 je GBP 1 Mio. (act. 5/23 f. und 41). Nachdem auch diese Anlage hohe Verluste eingefahren hatte, erfolgte per 10. Februar 2017 eine weitere Überweisung durch die C._____ -AG in der Höhe von je GBP 500'000.-. Wiederum resultierte innert kurzer Zeit ein Totalverlust (act. 5/50).

E. 2.1

Mit der Berufung können sowohl die unrichtige Rechtsanwendung als auch die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO); zu Letzterer zählt ebenso die unrichtige Anwendung des pflichtgemässen Ermessens. Die Berufung erhebende Partei trifft eine Begründungslast. Sie hat substantiiert vorzutragen, aus welchen Gründen der angefochtene Entscheid unrichtig ist und wie er geändert werden muss (BGer 4A_418/2017 vom 8. Januar 2018 E. 2.3 und 5A_111/2016 vom 6. September 2016 E. 5.3). Blosser Verweise auf die Vorakten oder Wiederholungen des bereits vor der ersten Instanz Vorgetragenen genügen den gesetzlichen Anforderungen an eine hinreichende Begründung ebenso wenig wie allgemeine Kritik am angefochtenen Entscheid bzw. an den erstinstanzlichen Erwägungen (BSK ZPO-SPÜHLER, 3. A., Art. 312 N 15; ZK ZPO-REETZ/THEILER, 3. A., Art. 311 N 36 f.; BGE 138 III 374 ff. E. 4 = Pra 102 [2013] Nr. 4).

E. 2.2

Die Berufungsinstanz prüft sämtliche hinreichend substantiierten Mängel in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht frei und uneingeschränkt (BGE 138 III 374 ff. E. 4.3.1 = Pra 102

[2013] Nr. 4). Sie ist dabei weder an die Argumente der Parteien noch an die Begründung des vorinstanzlichen Entscheids gebunden, sondern wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO; vgl. BGE 133 II 249 E. 1.4.1). Die volle Kognition der Berufungsinstanz bedeutet allerdings nicht, dass diese alle sich stellenden Fragen zu untersuchen hat, wenn die Berufung erhebende Partei diese vor der Berufungsinstanz nicht (mehr) vorträgt. Vielmehr hat sich die Berufungsinstanz – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – auf die Beurteilung der in der schriftlichen Berufungsbegründung erhobenen Beanstandungen zu beschränken (vgl. BGE 142 III 413 ff. E. 2.2.4; BGer 4A_629/2017 vom 17. Juli 2018 E. 4.1.4; 4A_418/2017 vom 8. Januar 2018 E. 2.3). Für die Rechtskontrolle gilt das Rügeprinzip insoweit nicht als die Rechtsmittelinstanz das Recht von Amtes wegen anzuwenden hat, wenn die der richterlichen Entscheidung zugrundeliegenden Tat-

- 9 - sachen hinreichend vorgebracht wurden. Eine zutreffende rechtliche Subsumtion ist von der Berufung erhebenden Partei nicht verlangt.

E. 2.3

Die klagende Partei hat im Rahmen der Verhandlungsmaxime die Tatsachen, auf die sie ihre Begehren stützt, darzulegen und die Beweismittel anzugeben. Grundsätzlich sind alle Tatsachen und Beweismittel in erster Instanz vorzubringen und der Prozess ist vor dem erstinstanzlichen Gericht abschliessend zu führen. Das Berufungsverfahren dient insbesondere nicht der Fortsetzung oder der Vervollständigung des vorinstanzlichen Verfahrens, sondern der Überprüfung und Korrektur des erstinstanzlichen Entscheids im Lichte konkret dagegen vorgebrachter Beanstandungen (BGE 142 III 413 E. 2.2.2). Neue Tatsachen und Beweismittel werden im Berufungsverfahren nur unter den Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 2 ZPO berücksichtigt. 3.

E. 3

Im Sommer 2019 wurde ein Strafverfahren gegen den Beklagten eröffnet (vgl. act. 5/6). Dieses ist noch pendent. Am 15. Mai 2019 trat die C'._____ International AG, Rechtsnachfolgerin der C._____-AG, ihre Forderungen gegenüber der D._____ und dem Beklagten an die Klägerin ab (act. 5/13).

- 6 -

E. 3.1

In formeller Hinsicht rügt der Beklagte eine Verletzung von Art. 69 Abs. 1 ZPO. Er sei offensichtlich nicht in der Lage gewesen, vor Vorinstanz seine Interessen gegen die anwaltlich vertretene Klägerin zu wahren und sich rechtsgenügend bzw. substantiiert gegen die Behauptungen in der umfassenden Klageschrift zur Wehr zu setzen. Spätestens nach Eingang seiner einseitigen handschriftlichen "Stellungnahme" hätte die Vorinstanz ihm eine Rechtsvertretung bestellen müssen. Auch die richterliche Befragung könne den Mangel der ungenügenden Vertretung in diesem komplexen Zivilverfahren nicht heilen. Die Befragung sei ungeeignet gewesen und habe offenbart, dass der Beklagte nicht gewusst habe, wie er substantiiert zu bestreiten und für seine Behauptungen Beweise zu offerieren habe. Die Vorinstanz sei nach aufgehobener Sistierung des Verfahrens zu Unrecht und ohne nähere Abklärungen davon ausgegangen, die ihm vormals attestierte Prozessunfähigkeit sei nun behoben. Er sei nachweislich vom 1. Januar 2020 bis Ende September 2022 zu 100% invalid gewesen, was zur Folge habe, dass seine damaligen Prozesshandlungen (gemeint wohl seine Ausführungen anlässlich der richterlichen Befragung) nichtig gewesen seien.

Das Verfahren sei deshalb zur Ergänzung an die Vorinstanz zurückzuweisen (act. 193 S. 4 ff. Rz 10 ff.).

- 10 -

E. 3.2

Gemäss Klägerin liege keine relevante Verletzung des rechtlichen Gehörs des Beklagten durch die erste Instanz vor (act. 205 S. 9 f. Rz 17 ff.).

E. 3.3

Das rechtliche Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV dient insbesondere dem Recht des Betroffenen, sich vor Erlass eines Entscheids zur Sache zu äussern, erhebliche Beweise beizubringen, Einsicht in die Akten zu nehmen, mit erheblichen Beweisanträgen gehört zu werden, an der Erhebung wesentlicher Beweise entgegen mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern, wenn dieses geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen. Der Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst als Mitwirkungsrecht alle Befugnisse, die einer Partei einzuräumen sind, damit sie in einem Verfahren ihren Standpunkt wirksam zur Geltung bringen kann (BGE 135 II 286 E. 5.1 S. 293 mit Hinweisen) und schliesst auch das Recht ein, sich im Zivilprozess vertreten und verbeiständen zu lassen (BGer 5A_545/2017 vom 13. April 2018 E. 5.1 und BGer 5A_10/2007 vom 23. März 2007 E. 3.2.2). Art. 69 Abs. 1 ZPO ist Ausfluss des Anspruchs auf rechtliches Gehör. Wie die Klägerin zutreffend einwirft (act. 205 S. 9 f. Rz 17 ff.), genügt es indes nicht, eine Verletzung des rechtlichen Gehörs zu rügen, ohne im Rechtsmittel anzugeben, was die betroffene Partei vor Vorinstanz nicht vorbringen konnte und wie sich die neuen Behauptungen auf den Entscheid ausgewirkt hätten (BGer 4A_453/2016 vom 16. Februar 2017 E. 4.2.3 mit zahlreichen Hinweisen; vgl. weiter auch etwa BGer 5A_85/2021 vom 26. März 2021 E. 6.2). Der anwaltlich vertretene Beklagte konnte sich in der Duplik uneingeschränkt zu den Vorbringen in der Klageschrift sowie der Replik äussern und erhielt anschliessend Gelegenheit, zu den weiteren Eingaben der Klägerin Stellung zu nehmen (act. 166 und 181 f.). Er legt in der Berufung nicht dar, welche für den Entscheid relevanten Vorbringen er in diesen Rechtschriften nicht vortragen konnte und wie sich diese auf das Urteil ausgewirkt hätten. Die Kammer verfügt im Berufungsverfahren über volle Kognition. Eine allfällige Verletzung des rechtlichen Gehörs vor Vorinstanz kann im Rechtsmittelverfahren geheilt werden. Würde das Verfahren an die Vorinstanz zurückgewiesen, käme dies aus heutiger Sicht einem formalistischen Leerlauf gleich und würde zu einer unnötigen Verfahrensverzögerung führen. Der Einwand des rechtlichen Gehörs verfängt somit nicht.

- 11 -

E. 3.4

Zur behaupteten Dauer der Arbeits- bzw. Prozessunfähigkeit des Beklagten in der Berufungsschrift ist festzuhalten, dass diese gestützt auf die vorinstanzlichen Akten für den Zeitraum vom 10. Januar bis 29. Februar 2020 belegt ist (act. 12 und 13), und alsdann bis am 30. September 2020 (act. 18). In diesen Zeitraum fiel die Sistierung des Verfahrens zufolge Konkurs der D._____ und der Beklagte wurde aufgefordert bis Ende Mai 2020 einen Vertreter zu bezeichnen (act. 22). Am 17. Mai 2020 teilte der Beklagte der Vorinstanz mit, dass er mit einem Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege noch zuwarten wolle und er noch nicht beurteilen könne, ob er sich überhaupt anwaltlich vertreten lassen wolle (act.

25). Für den Zeitpunkt der Wiederaufnahme des Verfahrens, am 9. Dezember 2020, war eine Arbeits- oder Prozessunfähigkeit des Beklagten nicht mehr ausgewiesen, weshalb dem Beklagten eine neue Frist zur Erstattung der Klageantwort angesetzt werden konnte, ohne ihn erneut zur Bestellung eines Rechtsvertreters aufzufordern (act. 44). Eine Rechtsverletzung ist nicht ersichtlich. Mit Beschluss vom 5. Januar 2021 setzte die Vorinstanz dem Beklagten wiederum Frist an zur Erstattung der Klageantwort; dies, nachdem eine Sistierung zufolge des laufenden Strafverfahrens abgewiesen worden war (act. 50). Daraufhin reichte der Beklagte zufolge eines erlittenen Unfalls ein neuerliches Arzzeugnis ein, das eine Arbeitsunfähigkeit vom 31. Dezember 2020 bis am 22. Januar 2021 auswies (act. 53 und 54) und weiter vom 16. Februar 2021 bis 15. März 2021 (act. 61). In Berücksichtigung dieser neuerlichen Arbeitsunfähigkeit gewährte die Vorinstanz eine allerletzte Fristerstreckung, worauf der Beklagte mit Eingabe vom 24. März 2021 innert Frist Stellung nahm (act. 63). Dem Beklagten ist zuzustimmen, dass seine eine Seite umfassende Eingabe vom 24. März 2021 zu der 68 Seite umfassenden Klageschrift der Klägerin mit rund 80 Beilagen in einem komplexen Zivilverfahren den Anforderungen an eine Klageantwort im Sinne von Art. 222 ZPO in keiner Weise genügte. Der Beklagte stellte im Wesentlichen ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege. Des Weiteren verlangte er die Abweisung der Klage und bestritt die klägerische Forderung nur sehr pauschal. Er führte aus, die Klägerin sei genügend qualifiziert und selbst schuld, wenn sie fünf Mal einbezahlt habe. Schliesslich beantragte er (erneut) die Sistierung des Verfahrens, weil das Strafverfahren abzuwarten sei (act. 63). Die Vorinstanz setzte dem Beklagten dann mit Verfügung vom 9. April 2024 eine einmalig erstreckbare

- 12 - Frist an, um sein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege im Sinne ihrer ausführlichen Erwägungen zu begründen (act. 68). Der Beklagte holte die Verfügung nicht ab, weshalb die Vorinstanz androhungsgemäss das Gesuch abwies (act. 72) und den Beklagten als nächstes zu einer Verhandlung auf den 1. Juni 2021 vorlud, an welcher der Beklagte gestützt auf Art. 56 ZPO zur Vervollständigung der Klageantwort und zur Nennung seiner Beweismittel angehalten wurde (act. 71 Prot. Vi S. 12 ff.). Bei mangelhafter Klagebegründung oder Klageantwort hat das Gericht im Rahmen seiner Fragepflicht zum Beispiel an einer Instruktionsverhandlung auf unklare, unbestimmte oder unvollständige Vorbringen hinzuweisen (BK-ZPO-KI-LIAS, Art. 221 N 26 und Art. 222 N 22; ZK-ZPO-LEUENBERGER, 3.A., Art. 222 N 19; DIKE-Komali-ZPO-PAHUD, 2.A., Art. 222 N 16 i.V.m. Art. 220 N 8). Im Bereich des Verhandlungsgrundsatzes sind der gerichtlichen Fragepflicht jedoch Grenzen gesetzt, weil es Sache der Parteien ist, ihre Sachdarstellung mindestens rudimentär von sich aus vorzubringen (BK-ZPO-KILIAS, Art. 221 N 26). Ob die Befragung im zu beurteilenden komplexen, im ordentlichen Verfahrens geführten Forderungsstreit das adäquate Vorgehen war, kann vorliegend allerdings offen bleiben, weil der Beklagte - wie eingangs dargelegt - keinen Rechtsnachteil daraus ableitet. Weiterungen erübrigen sich. 4.

E. 4.1

Die Klägerin wendet in prozessrechtlicher Hinsicht ein, die Berufungsschrift genüge den formellen Anforderungen nicht. Darin werde nicht auf die Ausführungen vor Vorinstanz genügend Bezug genommen und der Beklagte setze sich nicht mit allen Aspekten der Begründung auseinander (act. 205 S. 8 Rz 14 f.).

E. 4.2

Die Berufung kann sich auf einzelne Aspekte und Rügen beschränken und muss sich nicht mit allen Erwägungen des angefochtenen Entscheids befassen. Die Klägerin erläutert nicht, welche konkreten Rügen in der Berufungsschrift nur pauschal erhoben wurden. Sie reichte immerhin auf die 19-seitige Berufungsschrift eine 38 Seiten umfassende Berufungsantwort ein, was darauf schliessen lässt, dass für sie erkennbar war, in welchen Punkten der Beklagte das vorinstanzliche Urteil anfechten wollte. Der Vorwurf ist unberechtigt.

- 13 -

E. 5

Nachfolgend ist materiell auf die Berufung einzugehen.

E. 5.1

Die Klägerin warf der D._____ bzw. dem Beklagten vor Vorinstanz zusammengefasst vor, er habe sich als faktisches Organ der D._____ der unerlaubten Handlungen, insbesondere der ungetreuen Geschäftsbesorgung im Sinne von Art. 158 StGB, schuldig gemacht. Er habe seine Treuepflichten verletzt, indem er eine nicht funktionierende Anlagestrategie vorgeschlagen, diverse vertragliche Pflichten bei der Vermögensanlage verletzt und Weisungen nicht befolgt habe. Der Beklagte habe reines Churning betrieben und einzig beabsichtigt, durch unzählige Transaktionen möglichst hohe Kommissionen für die D._____ zu generieren. Er habe die zugesicherte Einlagesicherheit von 35% (Stop-Loss) nicht eingehalten und die vereinbarte Long-Short-Strategie nicht umgesetzt, so dass allfällige Verluste aus dem vereinbarten Devisenhandel nicht hätten minimiert werden können. Es sei bei den ersten beiden Überweisungen von insgesamt GBP 4 Mio. eine Zielrendite von 7-12% und bei der dritten Überweisung eine solche von 6-8% abgemacht worden. Der Beklagte sei vom vereinbarten Devisenhandel abgewichen und habe unter anderem mit Edelmetallen und Öl gehandelt, welche Transaktionen zu grossen Verlusten geführt hätten. Was die 3. Überweisung von GBP 1 Mio. betreffe, habe der Beklagte gegen die ausdrückliche Weisung verstossen, keinen Handel zu betreiben, bevor die angedachten Verträge von der Klägerin unterzeichnet gewesen seien. Schliesslich habe er die Klägerin an den Kommissionen aus den Transaktionen nicht wie vereinbart hälftig beteiligt. Ihr sei durch die Geschäftstätigkeit ein Schaden von insgesamt GBP 4'996'063.33 entstanden, wovon sie einstweilen unter dem Vorbehalt der Nachklage GBP 75'000.– einfordere. Der Verlust sei zu 95% durch die Kosten der unzähligen Transaktionen und nur zu 5% durch Handelsverluste entstanden (act. 2, 116, 157 und 177).

E. 5.2

Der Beklagte bestritt vor Vorinstanz die Vorwürfe und setzte diesen zusammengefasst entgegen, die fachlich beratene Klägerin, selber eine geschäftserfahrene Privatperson, habe sich bewusst für eine Anlage mit Hochrisikostategie entschieden und habe um das Risiko des Totalverlustes gewusst. Der Beklagte sei in der Anlagestrategie weitestgehend frei gewesen, die Klägerin bzw. ihr Vertreter G._____ hätten keine Beschränkungen oder Weisungen erteilt. Die Klägerin sei täglich über die erzielten Gewinne und Verluste informiert worden und das Vergü-

- 14 -
tungsmodell sowie die Höhe der Kommissionen seien ihr bei Vertragsabschluss bekannt gewesen. Sie habe einen beachtlichen Anteil der Kommissionen von GBP 1'656'296.10 zurückerhalten. Sie habe sämtliche Handelsaktivitäten durch ihr Nichteinschreiten und die Überweisungen weiterer Tranchen genehmigt und zuerkannt,

dass die Vermögensverwaltung vertragskonform gewesen sei. Sie hätte jederzeit die Möglichkeit gehabt, den Handel umgehend zu stoppen, zumal sie täglich per E-Mail über die erfolgten Transaktionen ins Bild gesetzt worden sei und bei Eröffnung der Handelskonten von beiden Brokern die Login-Daten zum Online-Back-Office erhalten habe. In den von ihr unterzeichneten Vollmachten an die Broker sei sie über die auszahlenden Kommissionen und die Risiken informiert worden. Bei den von der D._____ bezogenen Kommissionen habe es sich um das Honorar für die Handelstätigkeit gehandelt, welches direkt aus dem Vermögen der Klägerin bezogen worden sei. Der Beklagte habe nicht Churning, sondern Scalping betrieben, bei welcher Strategie mit täglichem Handeln kleine Kursschwankungen maximal d.h. mit Einsatz von Fremdmitteln (Hebel) ausgenützt würden. Der Totalverlust sei durch die Kursverluste eingetreten, die Handelstätigkeit sei zu 80% erfolgreich gewesen. Die Klägerin habe auf hohe Gewinne gehofft. Die Risiken des hochriskanten Devisen und Rohstoffhandels hätten sich jedoch zufolge der Marktentwicklung (u.a. beeinflusst durch politische Ereignisse) realisiert. Auch was den Handel betreffend die dritte Tranche betreffe, sei die Klägerin gegen die Weiterführung des Handels nicht eingeschritten und habe dadurch diese Transaktionen genehmigt (act. 138, 166, 182 f.).

E. 5.3

Nach Eingang der Berufung zog die Kammer die Akten der Vorinstanz (act. 1- 191) bei. Mit Präsidialverfügung vom 4. Dezember 2023 setzte sie dem Beklagten Frist zur Leistung eines Vorschusses und der Klägerin Frist zur Begründung ihres Antrags auf Sicherstellung der Parteientschädigung an (act. 198), welche am 18. Dezember 2023 eintraf (act. 201, Poststempel 15. Dezember 2023). Der Vorschuss ging bei der Kasse des Obergerichts am 11. Dezember 2023 ein (act. 200). Mit Beschluss vom 3. Januar 2024 wies die Kammer das Gesuch der Klägerin um Sicherstellung der Parteientschädigung ab und räumte ihr Frist zur Berufungsantwort ein (act. 203). Die Klägerin erstattete die Berufungsantwort rechtzeitig am

E. 5.4

Weiterungen sind nicht notwendig, weil sich die Sache als spruchreif erweist. Dem Beklagten ist mit dem heutigen Entscheid die Berufungsantwort, einschliesslich der Anschlussberufung zur Kenntnisnahme zuzustellen. II. 1. Gegen den angefochtenen Entscheid ist die Berufung zulässig (Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO). Der Beklagte reichte die mit Anträgen sowie einer Begründung versehene Berufungsschrift beim Obergericht des Kantons Zürich innert 30-tägiger Berufungsfrist ein (act. 190 und 193, Art. 311 ZPO). Der Streitwert im Berufungsverfahren übersteigt die erforderliche Streitwertgrenze von CHF 10'000.- (Art. 308 Abs. 2 ZPO) und der Kostenvorschuss wurde rechtzeitig bezahlt (act. 200). Da der

- 8 - Beklagte vor Vorinstanz unterlag, ist er beschwert und zur Beschwerde legitimiert. Dem Eintreten auf die Berufung steht insoweit nichts entgegen. 2.

E. 6

Die Vorinstanz prüfte die Voraussetzungen der Haftung aus unerlaubter Handlung gemäss Art. 41 OR. Im Rahmen der Widerrechtlichkeit untersuchte sie, ob sich der Beklagte als Geschäftsführer der D._____ der ungetreuen Geschäftsbearbeitung im Sinne von Art. 158 StGB schuldig gemacht habe. Dazu erwog sie zusammengefasst, die von den Parteien vereinbarte Strategie habe im Wesentlichen dem in der Firmenbroschüre der D._____ als

"Interbankenhandel ..." beschriebenen Handel entsprechen, wobei eine Long-Short-Strategie mit zwei Konten bei zwei verschiedenen Brokern hätte verfolgt werden sollen. Die Parteien seien sich einig gewesen, dass mit dem Handel insbesondere Kommissionen hätten generiert werden sollen und der Gewinn nicht primär aus dem Handel, sondern

- 15 - ebenso aus den Kommissionen resultieren sollte. Gestützt auf Aussagen des Beklagten im Strafverfahren sei anzunehmen, die Parteien hätten für die ersten beiden Überweisungen mit einer Zielrendite von 7-12% eine mässig spekulative Anlage und für die dritte Überweisung mit einer Zielrendite von 6-8% eine Anlage mit kleinem Risiko vereinbart. Aufgrund von Aussagen des Beklagten an der richterlichen Befragung sowie der Angaben in der Firmenbroschüre sah es die Vorinstanz als erwiesen, dass die Parteien eine Einlagensicherheit von 35% vereinbart hätten (act. 196 S. 22 ff. E. II/C.5.2.3.1 ff.). Bezüglich der letzten Überweisung von GBP 1 Mio. ergebe sich aus dem E-Mailverkehr der Parteien, dass der Beklagte erst nach der Unterzeichnung der schriftlichen Verträge durch die Klägerin hätte handeln dürfen (act. 196 S. 32 ff. E. 5.3.4). Der Beklagte habe gegen die vereinbarte Anlagestrategie verstossen, indem er unrechtmässig hochriskante Anlagen getätigt, die Depots ohne wirtschaftlichen Grund überproportional häufig umgeschichtet, und mit der exzessiven Handelstätigkeit und den bezogenen Kommissionen beinahe das gesamte Anlagevermögen der Klägerin innert sehr kurzer Zeit vernichtet habe. Es sei ihm ausschliesslich darum gegangen, Kommissionen zu generieren, weshalb er Churning betrieben habe (act. 196 S. 35 ff. E. II/C.5.4.1). Mit der letzten Überweisung von GBP 1 Mio. habe der Beklagte zusätzlich gegen Weisungen verstossen. Eine nachträgliche Genehmigung des Churning durch die Klägerin sei nicht gegeben. Der Beklagte könne sich namentlich nicht dadurch entlasten, die Klägerin habe elektronischen Zugriff auf ihre Handelskonten gehabt und sei täglich von den Brokern über die Handelstätigkeit informiert worden. Mit seinem Vorgehen habe der Beklagte den Tatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung erfüllt (act. 196 S. 37 f. E. 5.4.2). Die Vorinstanz bejahte überdies den Schaden in der Höhe der eingereichten Teilklage (act. 196 S. 39 E. II/D), den Kausalzusammenhang zwischen eingetretene Schaden und dem pflichtwidrigen Verhalten des Beklagten sowie dessen Verschulden (act. 196 S. 40 E. II/E + F).

E. 7.1

Der Beklagte rügt zunächst, die Annahme der Vorinstanz, die Parteien hätten für die ersten zwei Überweisungen eine Zielrendite von 7-12% und für die dritte

- 16 - Überweisung eine solche von 6-8% vereinbart, sei unhaltbar und widerspreche der Beweislage. Er hält daran fest, er sei in der Anlagestrategie weitestgehend frei gewesen und er habe keinerlei Einschränkungen erhalten. Die Vorinstanz stütze ihr Urteil auf seine hier nicht verwertbaren Aussagen im Strafverfahren und verkenne, dass er im Zivilverfahren seinen Standpunkt ändern könne. Die Vorinstanz habe seinen Einwand, dass keine Vereinbarung über eine Zielrendite getroffen worden sei, nicht gewürdigt. Die behauptete Zielrendite wäre mit dem von der Klägerin gewollten hochspekulativen Handel nicht vereinbar gewesen (act. 193 S. 9 f. Rz 52 ff. und S. 12 Rz 75 f.). Ausserdem sei die Annahme der Vorinstanz nicht haltbar, die Parteien hätten eine Einlagensicherheit von 35% vereinbart. Die Vorinstanz habe wiederum seinen Bestreitungen keine Beachtung geschenkt und sich zu Unrecht allein auf die Firmenbroschüre abgestützt (act. 193 S. 11 Rz 69 und 72 ff.).

E. 7.2

Die Klägerin schliesst sich der Auffassung der Vorinstanz an und hält an ihrer Darstellung im vorinstanzlichen Verfahren fest, der Beklagte habe die vereinbarte Anlagestrategie mit mässiger Risikobereitschaft, einer Einlagensicherheit von 35% und einer Long-Short-Strategie missachtet (act. 205 S. 12 ff. Rz 28 ff. und S. 18 f. Rz 41 ff.).

E. 7.3.1

Einleitend ist festzuhalten, dass die Parteien die Definition des Churning durch die Vorinstanz grundsätzlich nicht beanstanden (vgl. act. 196 S. 17 f. E. II./C.5.1.2). Die Definition ist allerdings entsprechend der bundesgerichtlichen Rechtsprechung insoweit zu konkretisieren, als sich die Übermässigkeit des Handels, welches ein Merkmal des Churning darstellt, an den Anlagezielen des Kunden messe, namentlich an seiner Bereitschaft zu Risikogeschäften. Churning liege jedenfalls dann vor, wenn das Anlageverhalten des Vermögensverwalters oder Brokers nicht mehr mit der Anlagestrategie und den Zielen des Anlegers übereinstimme bzw. von diesen nicht mehr gedeckt sei (BGer 6B_1216/2015 E. 6.3). Ob der Beklagte Churning betrieb, misst sich daher in erster Linie daran, welche Anlagestrategie die Parteien vereinbarten und inwieweit die Vermögensverwaltung des Beklagten davon abwich. Zu prüfen ist daher primär, ob die Vorinstanz die Verein-

- 17 - barung der Parteien über die Anlagestrategie zutreffend analysierte, was vom Beklagten bestritten wird.

E. 7.3.2

Die Parteien sind sich insoweit einig, dass die Klägerin und die D._____ bezüglich der ersten beiden Überweisungen von je GBP 2 Mio. mündliche Vermögensverwaltungsverträge abschlossen.

E. 7.3.3

Mit dem Vermögensverwaltungsvertrag beauftragt der Kunde die Bank bzw. den Vermögensverwalter, die Verwaltung eines bestimmten Vermögens gegen Honorar selbständig im Rahmen der vereinbarten Anlagestrategie und zwecks Erreichens des persönlichen Anlageziels des Kunden zu besorgen (vgl. BGer 4A_54/2017 vom 29. Januar 2018 E. 1.2; 4A_436/2016 vom 7. Februar 2017 E. 3.1; 4A_593/2015 vom 13. Dezember 2016 E. 7.1.2). Im Gegensatz zum "only-execution"-Vertrag oder Anlagevertrag bestimmt der Vermögensverwalter die auszuführenden Transaktionen im Rahmen der Sorgfalts- und Treuepflicht sowie der vereinbarten Anlagestrategie selbst (BGE 144 III 155 E. 2.1.1). Die Vermögensverwaltung untersteht grundsätzlich den auftragsrechtlichen Regeln gemäss Art. 394 ff. OR (BGE 124 III 155 E. 2b). Schriftlichkeit des Vertrags ist nicht erforderlich. Hat der Auftraggeber für die Besorgung des übertragenen Geschäftes eine Vorschrift gegeben, so darf der Beauftragte nur insofern davon abweichen, als nach den Umständen die Einholung einer Erlaubnis nicht tunlich und überdies anzunehmen ist, der Auftraggeber würde sie bei Kenntnis der Sachlage erteilt haben (Art. 397 Abs. 1 OR). Der Vermögensverwalter haftet grundsätzlich nicht für den Erfolg oder Misserfolg seiner Tätigkeit. Haftungsbegründend ist allerdings eine unsorgfältige oder treuwidrige und den Auftraggeber schädigende Ausführung des Auftrages. Das Mass der Sorgfalt bestimmt sich nach objektiven Kriterien. Erforderlich ist die Sorgfalt, die ein gewissenhafter Beauftragter in der gleichen Lage bei der Besorgung der ihm übertragenen Geschäfte anzuwenden pflegt. Höhere Anforderungen sind an den Beauftragten zu stellen, der seine

Tätigkeit berufsmässig, gegen Entgelt ausübt (zum Ganzen BGE 115 II 62 E. 3a mit Hinweisen; vgl. auch BGE 133 III 121 E. 3.1 S. 124; BSK OR I-WEBER, Art. 398 N 27; BGer 4A_449/2018 und BGE 144 III 155 E. 5.2.3).

- 18 -

E. 7.3.4

Der Beklagte ist der Auffassung, er habe die Vermögensverwaltung im Rahmen der vertraglichen Abmachungen als Scalping betrieben und er sei befugt gewesen, mit Devisen sowie Rohstoffen zu handeln. Die Klägerin wirft ihm vor, mit dem exzessiven Handeln von der vereinbarten Long-Short-Anlagestrategie, der vereinbarten Einlagensicherheit und den festgelegten Renditezielen abgewichen zu sein, einzig mit dem Ziel, für die D._____ hohe Kommissionen zu generieren.

E. 7.3.5

Es obliegt gemäss Art. 55 ZPO und Art. 8 ZGB derjenigen Partei, welche Ansprüche geltend macht, die Tatsachen, auf die sie ihre Begehren stützt darzulegen und die Beweismittel anzugeben und zu beweisen. Die klagende Partei hat den von ihr behaupteten Vertragsinhalt zunächst in einer den Gewohnheiten des Lebens entsprechenden Weise in den wesentlichen Zügen oder Umrissen zu behaupten. Werden die Behauptungen bestritten, hat sie ihre Vorbringen in Einzeltatsachen zergliedert so umfassend und klar darzulegen, dass darüber Beweis abgenommen werden und der Gegenbeweis angetreten werden kann (vgl. BGE 136 III 322 E. 3.4.2 und BGE 144 III 519 E. 5.2.1.1). Zum Abschluss eines Vertrags ist die übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung der Parteien erforderlich. Sie kann eine ausdrückliche oder stillschweigende sein (Art. 1 OR). Sind die Willensäusserungen nachgewiesen, jedoch umstritten, was die Parteien damit meinten und ob eine Einigung zustande kam, sind die Erklärungen der Parteien subjektiv auszulegen. Lässt sich kein tatsächlicher, übereinstimmender Vertragsinhalt nachweisen, sind die Erklärungen nach dem Grundsatz von Treu und Glauben (objektiviert) auszulegen (Bestimmung des rechtlichen Konsenses; vgl. dazu BGE 144 III 93 E. 5.2.2 = Pra 108 [2019] Nr. 40).

E. 7.3.6

Die Klägerin hatte gestützt auf diese Erwägungen vor Vorinstanz den Abschluss und den Inhalt des von ihr behaupteten Vermögensverwaltungsvertrags zu behaupten und gestützt auf Art. 8 ZGB zu beweisen. Es oblag ihr aufgrund der Bestreitungen des Beklagten, möglichst detailliert zu behaupten, welche Äusserungen die Parteien diesbezüglich abgaben bzw. was die Parteien bezüglich der Anlagestrategie konkret besprachen. Da unbestritten ist, dass bezüglich der ersten beiden Überweisungen kein schriftlicher Vertrag abgeschlossen wurde, hatte die Klägerin die mündlichen Willensäusserungen der Parteien schlüssig darzustellen,

- 19 - zumal der Beklagte entgegnet hatte, er sei in der Anlagestrategie frei gewesen und die Klägerin habe mit hohem Risiko auf hohen Gewinn gehofft. Ob die Klägerin die Anforderungen an eine hinreichende Substantiierung des Zustandekommens des von ihr behaupteten Vertrags erfüllte, kann aus den Erwägungen des angefochtenen Entscheids nicht nachvollzogen werden. Es wird darin nicht aufgeführt, welche (mündlichen) Erklärungen die Parteien äusserten und welche Beweismittel (ev. Gesprächsprotokolle oder E-Mails) die Parteien für ihren Standpunkt offerierten. Auch ist nicht zu erkennen, ob

und wie die Vorinstanz die angebotenen Beweise und Aussagen im Einzelnen würdigte und weshalb sie auf die Abnahme von Beweisen verzichtete. Ist strittig, welche Erklärungen die Vertragsparteien bei Vertragsabschluss abgaben, wäre darüber Beweis zu führen und dem Beklagten die Möglichkeit einzuräumen gewesen, im Rahmen des Gegenbeweises den von ihm behaupteten Vertragsinhalt nachzuweisen. Aus dem angefochtenen Urteil ist jedoch zu schliessen, dass die Vorinstanz kein Beweisverfahren zu den Willenserklärungen der Parteien durchführte. Die Vorinstanz nahm (entgegen den Bestreitungen des Beklagten) an, die Parteien seien sich einig, die vereinbarte Strategie habe im Wesentlichen dem entsprochen, was in der Firmenbroschüre der D. _____ als "Interbankenhandel ..." beschrieben sei. Daraus folgerte sie unmittelbar, die Parteien hätten eine Long-Short-Strategie sowie eine Einlagesicherheit von 35% vereinbart und es liege ein Konsens darüber vor, die Klägerin habe bei den ersten beiden Überweisungen eine Zielrendite von 7-12%, was einer mässig riskanten Anlagestrategie entspreche, und bei der dritten Überweisung eine Zielrendite von 6-8%, demnach eine Anlage mit geringem Risiko, verfolgen wollen (act. 196 S. 18 E. II./C.5.2 ff.). Die Vorinstanz stützte sich neben der Firmenbroschüre auf Aussagen des noch nicht anwaltlich vertretenen Beklagten an der richterlichen Befragung (vgl. Prot. VI S. 12 ff.) sowie dessen Aussagen im Strafverfahren. Damit übergang die Vorinstanz ohne nähere Begründung die vom Beklagten in der Duplik erhobenen deutlichen Bestreitungen zum Inhalt und zur Anlagestrategie des von der Klägerin geschilderten Vermögensverwaltungsvertrags. Die Firmenbroschüre ist, solange ihn die Parteien nicht nachweislich zum Vertragsinhalt erhoben haben, nicht Bestandteil

- 20 - Vereinbarung. Es bleibt den Parteien im Rahmen der Vertragsfreiheit unbenommen, eigene, von der Broschüre abweichende Abmachungen zu treffen. Mit ihrem Vorgehen, aufgrund der Broschüre sowie gewissen Aussagen des Beklagten unmittelbar auf den Vertragsinhalt zu schliessen, missachtete die Vorinstanz die Verhandlungsmaxime sowie das Recht auf Beweis und zog voreilig den Schluss, der Vertragsinhalt entspreche dem von der Klägerin behaupteten Inhalt. Sie hätte zum Abschluss und Inhalt des Vertrags ein Beweisverfahren durchführen sollen. Wäre es keiner Partei gelungen, den von ihr behaupteten Inhalt zu beweisen, wäre nach dem Vertrauensgrundsatz insbesondere auf der Grundlage der von der D. _____ tatsächlich vorgenommenen Handelstätigkeit ein objektiver Vertragskonsens zu prüfen gewesen.

E. 7.3.7

Die Ausführungen der Vorinstanz zum Inhalt des Vermögensverwaltungsvertrags überzeugen insgesamt nicht. Die vom Beklagten bestrittene Einlagesicherheit, die Zielrendite sowie grundsätzlich auch die Long-Short-Strategie können zumindest anhand der bisherigen Überlegungen der Vorinstanz nicht als erwiesene Vertragsbestandteile betrachtet werden. Bezüglich der Long-Short-Strategie fällt weiter auf, dass die Vorinstanz nicht darlegte, was diese konkret vorsah und mit welchen Handelsgeschäften der Beklagte dagegen versties. Das Verfehlen einer Zielrendite allein stellte im Übrigen keine Pflichtverletzung dar, weil sich der Beauftragte bei der Vermögensverwaltung nicht zu einem Erfolg verpflichtet. Dass der Vertrag entgegen der Richtlinien der Schweizer Vermögensverwalter nur mündlich abgeschlossen wurde, führt weder zur Widerrechtlichkeit der Handelstätigkeit noch zur Umkehr der Beweislast bezüglich des Vertragsinhalts. Der Vermögensvertrag erfordert zur Gültigkeit keine Schriftlichkeit. Der Klägerin, Inhaberin eines Unternehmens und eines eigenen Family-Office, sowie ihrem

geschäftserfahrenen Vertreter G._____ mussten die Beweisschwierigkeiten in einer allfälligen späteren gerichtlichen Auseinandersetzung bei einem mündlichen Vertrag bewusst gewesen sein. Es wäre jeder Partei unbenommen gewesen, bezüglich der Verwaltung aller überwiesenen Geldbeträge auf einem schriftlichen Vertrag zu beharren.

E. 7.3.8

Als Zwischenfazit ist, was die Verwaltung der ersten beiden Überweisungen von insgesamt GBP 4 Mio. betrifft, festzuhalten, dass eine Pflichtwidrigkeit des Be-

- 21 - klagten als Geschäftsführer der D._____, welche insbesondere als ungetreue Geschäftsbesorgung interpretiert werden könnte, zufolge Nichteinhaltens der vereinbarten Strategie und Zielrendite aufgrund der bisherigen Begründung der Vorinstanz nicht dargetan ist.

E. 8.1

Der Beklagte wirft der Vorinstanz vor, sie habe zu Unrecht die Vermögensverwaltung als Churning qualifiziert und auf die Darstellung der Klägerin sowie des von ihr eingereichten Gutachtens abgestellt. Die Vorinstanz habe nicht dargelegt, weshalb der Beklagte exzessiv gehandelt habe. Insbesondere hätte sie aufzeigen sollen, dass er sachwidrig oft gehandelt habe. Hätte sich die Vorinstanz mit der praktizierten Anlagemethode auseinandergesetzt, hätte sie erkannt, dass die Klägerin die hohe Frequenz der Geschäfte gewollt und es sich bei der verfolgten Strategie um Scalping gehandelt habe. Die Vorinstanz räume selber ein, die Parteien seien sich darüber einig gewesen, den Gewinn primär aus den Kommissionen zu erzielen, und es seien viele Deals zu machen. Es sei gemäss Urteil unklar, wie und wann der Beklagte die Schwelle zum Churning überschritten habe. Die Vorinstanz habe auch nicht begründet, weshalb es ihm einzig darum gegangen sei, Kommissionen zu generieren. Es sei legal, dass der Vermögensverwalter von der Vermögensverwaltung profitiere. Das Commission-Sharing sei gelebt und der Klägerin seien erhebliche Kommissionen zurückerstattet worden. Es sei ebenfalls notorisch, dass mit den der Klientin gutgeschriebenen Kommissionen weitergehandelt werde. Die Vorinstanz übergehe schliesslich, dass mit den Transaktionen auch Gewinne erzielt worden seien, was die grundsätzliche Tauglichkeit des Anlagemodells belege (act. 193 S. 12 f. Rz 77 ff.).

E. 8.2

Die Klägerin stimmt der Auffassung der Vorinstanz zu, wonach der Beklagte exzessiven Handel im Sinne des Churning betrieben habe. Er habe den von der Vorinstanz erwähnten 51'623 Transaktionen und den rund 5'000 Umwälzungen des Anlagevermögens innert kurzer Zeit nichts entgegengesetzt (act. 205 S. 20 Rz 50). Es stehe fest, dass aufgrund der Häufigkeit der Transaktionen und der dadurch erhobenen Kommissionen beinahe das gesamte Anlagevermögen der Klägerin innert sehr kurzer Zeit aufgezehrt worden sei und es dem Beklagten von Anfang an

- 22 - nur darum gegangen sei, Kommissionen zu generieren. Das Commission-Sharing sei nicht gelebt worden; der Beklagte habe die Klägerin nie über die von der D._____ bezogenen Kommissionen informiert. Die von der D._____ vereinnahmten Kommissionen lägen noch höher als von der Vorinstanz angenommen; tatsächlich habe die D._____ GBP 6'243'818.91 Kommissionen generiert (act. 205 S. 5 f. Rz 7 ff. und S. 20 ff. Rz 49 ff.).

E. 8.3.1

Die Vorinstanz führte anschaulich aus, was unter Churning und was unter Scalping zu verstehen ist. Danach liegt Churning vor, wenn das betreute Vermögen unter Ausnutzung einer erteilten Vollmacht in sachwidriger Häufigkeit und Frequenz zu dem Zwecke umgeschichtet werde, den variablen handelsumsatzabhängigen Vergütungsanteil (Kommissionen) zu erhöhen, wodurch in der Regel innerhalb kurzer Zeit ein erheblicher Teil des eingesetzten Kapitals aufgezehrt (leer getradet) und dem Anleger durch die Steigerung der Umschlaghäufigkeit die Chance entzogen werde, einen Gewinn zu erzielen (act. 196 S. 17 E. II./C.5.1.2, mit Verweis auf BGE 6B_1216/2015 E. 6.3). Beim Scalp-Trading würde der Händler eine Position innerhalb weniger Minuten oder sogar nur Sekunden öffnen und wieder schliessen. Das Ziel liege dabei darin, kleine Gewinne zu erzielen und mögliche Verluste zu begrenzen. Da beim Scalping nur sehr kleine Gewinne realisiert werden könnten, sei der Handel mit einer grossen Position beziehungsweise mit einem entsprechenden Hebel nötig. Allerdings könnten genauso gut auch Verluste entstehen. Geringsste gegenläufige Bewegungen führten bereits zu Verlusten. Der Gewinn von vielen Trades könne so durch eine herbe Verlustposition wieder zunichte gemacht werden. Deshalb sei es für den Händler wichtig, sich zum einen auf sekundenaktuelle Kurse und auf der anderen Seite auf umgehende Orderausführungen verlassen zu können. Dies werde durch CFD-Plattformen (Contract for Difference, Differenzkontrakt) gewährleistet, die auf dem Direct Market Access (DMA) beruhten und dem Händler direkten Marktzugang ermöglichten, ohne dass der CFD-Anbieter als alleiniger Gegenpart fungiere. Somit sei ein faires Handeln zu besten Kursen gewährleistet. Da Scalper oft sehr viele und sehr kurzfristige Positionen handelten, eigne

- 23 - sich die Strategie lediglich für erfahrene Händler. Eine intensive Beschäftigung mit CFDs und der Strategie sei unbedingt notwendig (act. 196 S. 16 E. II./C.5.1.1).

E. 8.3.2

Die beiden Definitionen wurden im Berufungsverfahren von keiner Partei in Frage gestellt. Sie zeigen, dass sich sowohl Churning als auch Scalping äusserlich durch unzählige kurzfristige Transaktionen auszeichnen, was bei beiden Strategien zwangsläufig zu erheblichen Kommissionen führt. Churning setzt als vorwerfbares Verhalten den Willen des Verwalters voraus, die Handelstätigkeit einzig mit dem Ziel zu betreiben, möglichst hohe Kommissionen zu generieren. Dabei handelt es sich um eine innere Tatsache, die anhand äusserer Umstände zu beweisen ist. Die Vorinstanz sah es aufgrund der äusseren Umstände, nämlich der Anzahl getätigter Transaktionen von total 46'851, dem umgeschichteten Handelsvolumen von insgesamt USD 28,6 Mia. sowie der Höhe der generierten Kommissionen von GBP 4,6 Mio., wobei auf die Handelskonten der Klägerin unbestritten GBP 1'656'300.– zurückgeflossen seien, als erwiesen an, dass der Beklagte Churning betrieben habe (act. 196 S. 29 ff. E. II./C.5.3.1 ff.). Diese Begründung allein gestützt auf objektive Umstände, welche beiden Handelsstrategien immanent sind, überzeugt nicht. Eine nachvollziehbare Erklärung, weshalb es sich bei den vorgenommenen Geschäften nicht um das vom Beklagten behauptete Scalping handeln kann, sondern Churning sein muss, kann aufgrund der eher knappen Begründung im angefochtenen Urteil nicht nachvollzogen werden.

E. 8.3.3

Der Beklagte wirft zu Recht ein, es wäre anhand einer Analyse der vorgenommenen Geschäfte zu prüfen gewesen, ob "wilder" oder sachlich gerechtfertigter Handel betrieben

worden sei. Es oblag wiederum der Klägerin gemäss Art. 8 ZGB, anhand der getätigten Geschäfte aufzuzeigen, dass die Handelstätigkeit ohne sachliche Strategie einzig auf die Generierung von Kommissionen abzielte. Ob sich die Klägerin zu den getätigten Geschäften erstinstanzlich substantiiert äusserte, ist aus den vorinstanzlichen Erwägungen nicht erkennbar. Die Klägerin reichte zur Analyse der Geschäftstätigkeit des Beklagten ein Privatgutachten (act. 5/70) sowie ein Ergänzungsgutachten (act. 118/2) ein. Allerdings ist der Substantiierungslast grundsätzlich in den Rechtsschriften nachzukommen und kann nur für Einzelheiten auf eine Beilage verwiesen werden (zur Verweisung: BGer

- 24 - 4A_401/2021 vom 11. Februar 2022 E. 4.3.2). Da die Vorinstanz weder die in den Rechtsschriften enthaltenen Behauptungen der Klägerin zu den getätigten Transaktionen darstellte noch sich mit dem Gutachten näher befasste, muss offen gelassen werden, ob die Klägerin den Vorwurf des Churning hinreichend konzis behauptete, rechtmässig auf das Gutachten verwies und der Beklagte in der Duplik die Vorbringen der Klägerin unzureichend bestritt. Aufgrund der Argumentation der Vorinstanz kann jedenfalls nicht ausgeschlossen werden, dass der Beklagte glücklich die Strategie des Scalping im risikoreichen Devisen- und Rohstoffhandel verfolgte. Dies gilt umso mehr, als die Annahme der Vorinstanz, die Klägerin sei mit einer Vielzahl von Geschäften einverstanden und die Parteien seien sich einig gewesen, dass der Gewinn nicht primär aus dem Handel, sondern aus den Kommissionen der Broker resultieren sollte (act. 196 S. 23 f. E. II./C.5.2.3.2), auch den Standpunkt des Beklagten stützt.

E. 8.3.4

Zusammenfassend sind die erhobenen Einwände des Beklagten berechtigt, aufgrund der Überlegungen der Vorinstanz könne nicht als erstellt gelten, dass er mit dem Vermögen Churning betrieben und dadurch seine Treuepflichten als Geschäftsführer verletzt habe.

E. 9.1

Was die letzte Überweisung der C.____-AG von je GBP 500'000.– an die beiden Broker betrifft, wirft die Vorinstanz dem Beklagten neben dem Churning vor, die Weisung der Klägerin missachtet zu haben, mit dem Geld nicht zu handeln, bevor sie die vom Beklagten ausgearbeiteten Verträge unterzeichnet habe (act. 196 S. 33 ff. E. II./C.5.3.4).

E. 9.2

Der Beklagte rügt, die Vorinstanz habe seine Behauptungen, die Klägerin habe jederzeit elektronischen Zugriff auf die Handelskonten bei den Brokern gehabt und sie sei von den Brokern täglich über die Handelstätigkeit informiert worden, falsch gewürdigt. Trotz Kenntnis der Handelstätigkeit sei die Klägerin dagegen nicht eingeschritten und habe insbesondere die Vollmachten an die D.____ nicht widerrufen. Der Beklagte zieht aus dieser Unterlassung den rechtlichen Schluss, die Klägerin habe mit ihrem Nichteinschreiten die Transaktionen stillschweigend genehmigt.

- 25 - Er bestreitet zudem, dass die E-Mails von G.____ vom 2. und 23. Februar 2017 die Weisung enthielten, mit den am 10. Februar 2017 vorbehaltlos und ohne Instruktionen überwiesenen GBP 1 Mio. bis zur Unterzeichnung der Verträge keinen Handel zu treiben. Schliesslich habe die Klägerin den Schaden nur unzureichend substantiiert (act. 193 S. 16 f. Rz 96 ff.).

E. 9.3

Die Klägerin schliesst sich den Ausführungen der Vorinstanz an, wonach der Beklagte gegen die klare Weisung ihres Vertreters G._____ über ein (einstweiliges) Handelsverbot verstossen habe. Die Einwände des Beklagten würden nicht überzeugen und seien leere Schutzbehauptungen. Die Klägerin habe die ihr zugestellten Verträge unbestritten nie unterzeichnet (act. 205 S. 27 ff. Rz 68 ff.). Die Behauptungen des Beklagten, sie habe sich über einen Online-Zugang jederzeit informieren können und ihr seien tägliche Reports zugesandt worden, seien unsubstantiiert, falsch und unbewiesen. Sie bestreitet, sich jemals eingeloggt zu haben, was der Beklagte gewusst habe. Die Vorinstanz habe zu Recht erwogen, der Beklagte habe weisungswidrig gehandelt und dadurch einen (Teil-)Schaden von GBP 75'000.– verursacht (act. 205 S. 32 ff. Rz 75 ff.).

E. 9.4.1

Die Vorinstanz hat die E-Mail-Korrespondenz zwischen G._____ und dem Beklagten bzw. H._____, Mitarbeiter und Stellvertreter des Beklagten bei der D._____, detailliert dargestellt (act. 196 S. 33 f. E. II./C.5.3.4.b). Diese Ausführungen beanstanden die Parteien nicht, soweit sie die äusseren Abläufe und den Wortlaut der Nachrichten betreffen. Die Würdigung der Vorinstanz, die Erklärungen von G._____ in den E-Mails vom 1. Februar 2017 (act. 5/45) sowie vom 23. Februar 2017 (act. 5/46) seien als Weisungen auszulegen, vor der Unterzeichnung der Verträge durch die Klägerin dürfe kein Handel mit den ca. Mitte Februar 2017 überwiesenen Geldern betrieben werden, ist schlüssig und nachvollziehbar. Der Beklagte vermag die stichhaltige und überzeugende Auslegung mit seinen pauschalen Bestreitungen nicht ernsthaft in Zweifel zu ziehen. Der Auffassung der Vorinstanz sowie der Klägerin, der Beklagte habe mit der letzten GBP 1 Mio. vor der Vertragsunterzeichnung nicht handeln dürfen, ist deshalb zu folgen. Wäre sich der Beklagte über den Inhalt der E-Mails unsicher gewesen, hätte er sich aufgrund der ihm tref-

- 26 - fenden Treue- und Sorgfaltspflichten vor der Wiederaufnahme der Handelstätigkeit bei der Klägerin rückversichern müssen, ob die zugesandten Verträge unterzeichnet worden seien und er die Handelstätigkeit fortführen könne. Nach den erlittenen Verlusten von beinahe GBP 4 Mio. und den E-Mails von G._____ war für den Beklagten erkennbar, dass die Klägerin die Handelsbeziehung nur unter strengen Vorgaben (Abschluss schriftlicher Verträge, Bürgschaft des Beklagten, strikte Ausbancierung von Long- und Short-Positionen etc.) weiterführen wollte, ansonsten der Beklagte auch kaum die Bürgschaft errichtet und die Verträge ausgearbeitet hätte (vgl. act. 118/134).

E. 9.4.2

Unbestritten ist, dass trotz des Verbots mit dem Geld der dritten Tranche gehandelt und nochmals innert weniger Wochen und Monate ein grosser Verlust eingefahren wurde. Zu prüfen bleibt der Einwand des Beklagten, die Klägerin habe die Handelstätigkeit stillschweigend genehmigt.

E. 9.4.3

Der Beklagte hatte in der Duplik behauptet, die Klägerin habe täglich von beiden Brokern Auszüge über sämtliche Transaktionen erhalten. Er reichte zum Beweis eine Bestätigung des Brokers E._____ ein und offerierte schriftliche Auskünfte beider Broker (act. 138 S. 7 Rz 37 f.). Die Klägerin hatte die Behauptungen, sie sei täglich informiert worden, in der Stellungnahme zur Duplik bestritten, nicht aber, dass sie jederzeit online Zugang zu den Handelsportalen gehabt habe (act. 157 S. 37 Rz 97). Die Vorinstanz vertrat die

Rechtsauffassung, durch das tägliche Zusenden der Reporte und die Möglichkeit, den Kontostand online abzurufen, erfolge keine Genehmigung der rechtswidrigen Geschäfte durch die Klägerin (act. 196 S. 37 f. E. II./C.5.4.2).

E. 9.4.4

Vorab ist festzuhalten, dass entgegen der Annahme der Vorinstanz (act. 196 S. 26 E. II./C.5.2.3.5) durch die Eröffnung der Handelskonten mit Zugang zu Online-Handelsplattformen vertragliche Beziehungen zwischen der Klägerin und den beiden Brokern E._____ und F._____ entstanden. Die Klägerin unterzeichnete zuhanden beider Broker wiederholt Vollmachten, in welchen sie ihnen zusicherte, dass die D._____ als Money-Manager über die bei den Brokern eröffneten Konten Handel betreiben durfte (u.a. act. 5/19 f., 5/32 f.). Die Vollmachten enthielten auch Regeln zum Verhältnis zwischen der Klägerin und den Brokern. Ausserdem war die

- 27 - Klägerin berechtigt, ihre Vollmacht jederzeit zu widerrufen, was zur Folge gehabt hätte, dass die D._____ nicht mehr über die Plattformen bei den Brokern mit dem Vermögen hätte handeln können. Zudem wurde die Klägerin in den Vollmachten auf das hohe Risiko des Handels, insbesondere das Risiko eines Totalverlustes, hingewiesen. Es bestand daher, wie der Beklagte zu Recht ausführte, ein Dreiecksverhältnis zwischen den Parteien und dem jeweiligen Broker. Aufgrund der vertraglichen Beziehungen erhielt die Klägerin von den Brokern die Zugangsdaten zu den Online-Plattformen, welche sie an die D._____ weiterleitete (u.a. act. 5/36 f.) und mit welchen sie jederzeit Zugriff auf ihre Konten bzw. zum Back-Office der Broker hatte. Die Broker sandten ihr als Vertragspartei und Inhaberin der Konten auch die Jahresabschlüsse zu (u.a. 5/25 und 5/43).

E. 9.4.5

Die AGB von Banken enthalten oft Genehmigungsfiktionen, die der Schaffung klarer Verhältnisse zwischen Bank und Kunde dienen. Gemäss diesen Klauseln hat der Kunde, der mit der Ausführung eines Auftrags nicht einverstanden ist, nach Treu und Glauben umgehend zu reklamieren, ansonsten die Transaktion als genehmigt gilt. Dabei handelt es sich um eine besondere Form der stillschweigenden Annahme im Sinne von Art. 6 OR und eine Konkretisierung der Schadenminderungspflicht (vgl. BGer 4A_42/2015 vom 9. November 2015, E. 5.2). Keine Partei hat vorliegend vorgebracht, die D._____ oder die Broker hätten mit der Klägerin eine Klausel über eine Genehmigungsfiktion abgeschlossen. Eine solche war auch nicht Thema im angefochtenen Entscheid. Das Stillschweigen auf zugesendete Kontoauszüge und Abrechnungen stellt grundsätzlich keine Genehmigung derselben dar (vgl. schon BGE 112 II 500 E. 3b). Der Erwägung der Vorinstanz, das Stillschweigen auf die täglich elektronisch zugestellten Transaktionsübersichten oder die Möglichkeit, den Kontostand elektronisch abzurufen, genügen für die konkludente Genehmigung der einzelnen Geschäfte nicht (act. 196 S. 37 f. E. II./C.5.4.2), ist im Grundsatz zu folgen, wenngleich sich das von ihr zitierte Bundesgerichtsurteil auf die Genehmigung von Geschäften im Rahmen des hier nicht nachgewiesenen unzulässigen Churning bezog. Das Stillschweigen der Klägerin bedeutete demnach, selbst wenn sie täglich über die Handelstätigkeit der D._____ informiert worden wäre oder sich selber online informiert hätte, keine stillschweigende nachträgliche Genehmigung der konkret vorgenommenen Transaktionen.

- 28 -

E. 9.4.6

Die Weisung der Klägerin, keinen Handel zu betreiben, bevor sie schriftliche Verträge unterzeichnet habe, bezog sich allerdings nicht auf die einzelnen Transaktionen, sondern die Handelstätigkeit der D. _____ an sich. Zu fragen ist daher, ob die tägliche Information der Klägerin durch die Broker über die Handelstätigkeit und das Tolerieren der Klägerin bzw. deren Nichteinschreiten aus Sicht des Beklagten nach Treu und Glauben als Genehmigung des Handels verstanden werden durfte (Art. 6 OR). Dabei fällt in Betracht, dass die Klägerin rund 10 Tage nach dem erteilten Handelsverbot insgesamt GBP 1 Mio. auf ihre Konten bei den Brokern überwies und der D. _____ die Zugangsdaten übergab. Damit schuf sie selber die Voraussetzungen, damit die D. _____ bzw. der Beklagte erneut für die Klägerin Handel treiben konnte. Wäre die Klägerin überdies täglich elektronisch von den Brokern über die abgewickelten Geschäfte und damit die Fortsetzung des Handels informiert worden, hätte der Beklagte nach Treu und Glauben davon ausgehen dürfen, die Klägerin sei mit dem Handeln einverstanden, solange sie nicht dagegen einschritt. Eine ausdrückliche Einwilligung wäre bei einer täglichen Information nicht zu erwarten gewesen, zumal es der Klägerin jederzeit ohne weiteres möglich und zumutbar gewesen wäre, den Handel zu monieren oder zu stoppen, indem sie die Vollmacht an den Beklagten bei den Brokern widerrief. Das Tolerieren des Handels über Wochen und Monate wäre unter diesen Umständen als stillschweigende Genehmigung des Handelns durch die Klägerin zu beurteilen, welche das ursprüngliche Handelsverbot übersteuerte.

E. 9.4.7

Die tägliche Information wäre ausserdem bei der Schadensbemessung (vgl. act. 196 S. 39 E. II/D) von Bedeutung. Nach Art. 44 Abs. 1 OR kann das Gericht die Ersatzpflicht ermässigen oder gänzlich von ihr entbinden, wenn Umstände, für die die geschädigte Person eintreten muss, auf die Entstehung oder Verschlimmerung des Schadens eingewirkt haben. Das ist insbesondere der Fall, wenn die Geschädigte nicht alle nach den Umständen gebotenen Massnahmen ergriffen hat, um den Schaden gering zu halten. Grenze der Obliegenheit zur Schadenminderung bildet die Zumutbarkeit. Die Geschädigte hat nur jene Massnahmen zu ergreifen, die ihr billigerweise zugemutet werden dürfen (BGer. 4C.83/2006 vom 26. Juni 2006 E. 4). Als Massstab gilt das Verhalten eines vernünftigen Menschen in der gleichen Lage, der keinerlei Schadenersatz zu erwarten hätte. Welche Anstrengun-

- 29 - gen von der Geschädigten verlangt werden können, ist in Würdigung sämtlicher Umstände zu beurteilen (BGer 4C.177/2006 vom 22. September 2006 E. 2.2.1 f.).

E. 9.4.8

Wäre der Klägerin täglich ein Kontoauszug zugestellt worden, erschiene es treuwidrig, wenn sie trotz Kenntnis des wiederaufgenommenen Handels über Wochen und Monate dagegen nicht einschritt, obwohl ihr dies ohne weiteres möglich und zumutbar gewesen wäre. Mit ihrer Unterlassung hätte die Klägerin zum Schaden beigetragen und gegen ihre Obliegenheit zur Schadenminderung verstossen. Aufgrund der vom Beklagten deutlich vorgebrachten Tatsachenbehauptungen (insbesondere: die Klägerin sei jeden Tag über den Handel informiert worden und sei dagegen nicht eingeschritten, obwohl es ihr jederzeit möglich gewesen wäre) war die Rechtsnorm von Art. 44 OR gestützt auf Art. 57 ZPO auch dann zu berücksichtigen, wenn der Beklagte diese in seinen Rechtsschriften nicht ausdrücklich nannte.

E. 9.4.9

Die Behauptung des Beklagten, die Broker hätten die Klägerin jeden Tag per E-Mail über den Handel informiert, betrifft damit eine wesentliche Sachverhaltsfrage. Danach entscheidet sich, ob eine Genehmigung des Handels anzunehmen ist und die Klägerin ein Selbstverschulden trifft. Die Beweislast betreffend die tägliche Information obliegt dem Beklagten, zumal er sich mit diesen Behauptungen auf eine rechtsaufhebende Tatsache beruft. Die Vorinstanz hat zu diesem Sachverhaltspunkt kein Beweisverfahren durchgeführt und insbesondere die vom Beklagten offerierten und geeignet scheinenden Beweise (schriftliche Auskünfte der Broker E._____ und F._____) nicht abgenommen. Das als Beleg eingereichte E-Mail des Brokers E._____ an den Beklagten vom 27. Mai 2022 genügt zum vollen Beweis noch nicht. Darin teilt I._____ von der E._____ dem Beklagten mit, "soweit ich mich entsinnen kann, haben alle Kunden, die ein Konto bei der E._____ geführt haben, einen täglichen Kontoauszug ("daily statement") via Email erhalten. Die E._____ (UK) müsste dies bestätigen können.." (act. 140/1). Aufgrund der vagen und wenig überzeugenden Formulierung im E-Mail ist die Abnahme der offerierten Beweise für den Entscheid unentbehrlich. Misslingt dem Beklagten der Beweis, wird die (Teil-)Klage gutzuheissen sein, weil der Beklagte bezüglich der 3. Überweisung von GBP 1 Mio. weisungswidrig handelte. Gelingt dem Beklagten hingegen der Beweis, wird die Vorinstanz in einem weiteren Schritt zu prüfen haben, ob

- 30 - der geltend gemachte Schadenersatzanspruch der Klägerin aus Churning besteht. In diesem Zusammenhang wäre im Sinne der vorstehenden Erwägungen auch zu prüfen, ob die Klägerin den Abschluss der von ihr behaupteten mündlichen Vereinbarung hinreichend substantiierte und beweisen kann, woraus sie das im Sinne von Art. 41 OR rechtswidrige Verhalten des Beklagten ableitet.

E. 10

In Gutheissung des Eventualantrags der Berufung ist das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 5. Oktober 2023 gestützt auf Art. 318 Abs. 1 lit. c ZPO aufzuheben und das Verfahren ist an die Vorinstanz zur Durchführung eines Beweisverfahrens gemäss vorstehender Erwägung 9.4.9 zurückzuweisen.

E. 11

Die Anschlussberufung der Klägerin betrifft die Frage, in welcher Währung der Schadenersatz zuzusprechen ist (act. 205 S. 3). Die Vorinstanz hat den Beklagten verpflichtet, den Schaden in Schweizer Franken zu ersetzen. Der Antrag der Anschlussberufung deckt sich mit der Rüge des Beklagten, die Vorinstanz hätte den Schadenersatz in GBP zusprechen müssen (act. 193 S. 7 Rz 33 ff.). Da zufolge der Rückweisung des Verfahrens an die Vorinstanz über die Verpflichtung zur Bezahlung von Schadensersatz im Berufungsverfahren nicht zu befinden ist, ist auch über den Antrag der Anschlussberufung, der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin Schadensersatz von GBP 75'000.– zu bezahlen, nicht zu entscheiden. Auf die Anschlussberufung ist folglich nicht einzutreten. Der Vollständigkeit halber ist zu bemerken, dass unbestritten blieb, dass die Klägerin dem Beklagten das zu verwaltende Vermögen in GBP überwies, der Schaden in dieser Währung eintrat und die Klägerin die Forderung gemäss Hauptantrag in GBP geltend machte. Entsprechend wäre der Schadenersatz in GBP zuzusprechen.

E. 12

Es handelt sich vorliegend um eine vermögensrechtliche Streitigkeit mit einem Streitwert der Berufung von CHF 75'000.– und der Anschlussberufung von GBP 75'000.– (total CHF

164'810.–). Die abzuklärenden Fragen gestalteten sich recht komplex und die Kammer hatte einen Zwischenentscheid über die Leistung einer Sicherheit für die Parteientschädigung der Klägerin zu fällen (act. 203). Gestützt auf §§ 4 und 12 GebV OG ist die Gerichtsgebühr in Anbetracht des Zeitaufwandes, der Schwierigkeit sowie der auf dem Spiel stehenden Vermögensinteressen auf CHF 10'000.– festzusetzen. Die Parteientschädigung für das Beru-

- 31 - fungsverfahren ist auf CHF 8'000.– zuzüglich Mehrwertsteuer (gemäss massgeblichem Mehrwertsteuersatz) festzusetzen (§ 4 Abs. 1 und § 12 AnwGebV). Da der Ausgang des vorinstanzlichen Verfahrens offen ist, ist der Entscheid über die Kosten und die Entschädigung des Berufungsverfahrens dem Endentscheid der Vorinstanz vorzubehalten, unter Einbezug des vom Beklagten geleisteten Vorschusses in der Höhe von CHF 8'000.–. Es wird beschlossen: 1. Auf die Anschlussberufung wird nicht eingetreten. 2. Mitteilung und Rechtsmittel mit nachfolgendem Urteil. Es wird erkannt: 1. In Gutheissung des Eventualantrags der Berufung wird das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 5. Oktober 2023 aufgehoben und das Verfahren wird zur Durchführung eines Beweisverfahrens und zu neuem Entscheid im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen. 2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf CHF 10'000.– festgesetzt. Die Verteilung der Kosten des Berufungsverfahrens werden dem Endentscheid der Vorinstanz vorbehalten, unter Einbezug des vom Beklagten geleisteten Vorschusses von CHF 8'000.–. 3. Die Parteientschädigung für das Berufungsverfahren wird auf CHF 8'000.– festgesetzt. Die Zusprechung der Parteientschädigung bleibt dem Endentscheid der Vorinstanz vorbehalten. 4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Berufungskläger unter Beilage eines Doppels von der Berufungsantwort und Anschlussberufung samt Beilagenverzeichnis (act. 205), sowie an das Bezirksgericht Zürich, je gegen Empfangsschein.

- 32 - Nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück. 5. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt rund CHF 89'000.–. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Obergericht des Kantons Zürich II. Zivilkammer Die Vorsitzende: Die Gerichtsschreiberin: lic. iur. E. Lichti Aschwanden MLaw T. Rumpel

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