

ZH_OBERGERICHT LB250014 vom 29. August 2025

ZH Obergericht, 2025-08-29, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LB250014

FR: ZH_OBERGERICHT LB250014 du 29 août 2025

IT: ZH_OBERGERICHT LB250014 del 29 agosto 2025

Erwägungen

E. 1

Die Klägerin und Berufungsklägerin (fortan: Klägerin) war die Klientin des als Rechtsanwalt tätigen Beklagten und Berufungsbeklagten (fortan: Beklagter). Der Beklagte vertrat die Klägerin in einer Forderungsstreitigkeit (Anlageschadensprozess) gegen eine Bank. Das Handelsgericht des Kantons Zürich wies die Klage und das Bundesgericht wies die in der Folge erhobene Beschwerde der Klägerin ab. Mit der vorliegenden Klage verlangt die Klägerin vom Beklagten Schadenersatz wegen Verletzung der anwaltlichen Sorgfaltspflicht.

E. 2

Am 20. Juni 2022 reichte die Klägerin beim Bezirksgericht Zürich (Vorinstanz) die Klagebewilligung und die Klage mit eingangs wiedergegebenem Rechtsbegehren ein (act. 6/1 und 6/2). Der Verlauf des erstinstanzlichen Verfahrens ist im angefochtenen Urteil der Vorinstanz vom 7. Januar 2025 (act. 6/66 = act. 3/1 = act. 5 [Aktenexemplar]) dargestellt (act. 5 S. 3 ff.). Hierauf kann verwiesen werden. Das Dispositiv des vorinstanzlichen Urteils ist vorne wiedergegeben.

E. 2.1

Die Vorinstanz behandelte vorab den von der Klägerin in der Klageschrift erhobenen Vorwurf an den Beklagten, er habe im Erstprozess fälschlicherweise einen Schadenersatzanspruch statt einen Erfüllungsanspruch geltend gemacht. Diesen Vorwurf, so hielt die Vorinstanz fest, habe die Klägerin in der Replik insofern angepasst, als sie dem Beklagten vorgehalten habe, "in Missachtung der damaligen Rechtsprechung und Lehre" nur auf Schadenersatz und nicht auch auf Erfüllung geklagt zu haben. Die Vorinstanz stellte alsdann die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Haftung der Bank gegenüber ihren Kunden dar, insbesondere BGE 149 III 105, mit welchem diese präzisiert worden sei, und hielt fest, dass ein Bankkunde entgegen der klägerischen Darstellung nur in zwei Fällen über eine Erfüllungsklage verfüge, nämlich wenn die Bank die fehlende Vollmacht der auftraggebenden Person oder das Vorliegen einer Fälschung nicht erkannt habe. Es könne vor diesem Hintergrund kaum ernsthaft behauptet werden, der Prozess zwischen der Klägerin und der E. _____ hätte mit überwiegender Wahrscheinlichkeit siegreich geendet, wenn (zusätzlich) auf Erfüllung geklagt worden wäre (act. 5 E. 4 f.).

E. 2.2

Die Klägerin erachtet die vorinstanzlichen Ausführungen zu ihrem Standpunkt, wonach der Beklagte im Erstprozess vor Handelsgericht primär hätte auf Erfüllung klagen müssen, mit Blick auf BGE 149 III 105 für nicht (mehr) entscheidungsrelevant. Sie (die Klägerin) habe im vorinstanzlichen Verfahren "konsequent geltend gemacht", dass der Beklagte auch einen Eventualananspruch auf Schadenersatz hätte geltend machen müssen. Die

Ausführungen der Vorinstanz seien

- 11 - aber auch unzutreffend, zumal angesichts der Rechtsprechung im Zeitpunkt der Einleitung des Erstprozesses vor dem Handelsgericht Zürich primär ein Erfüllungsanspruch und lediglich eventualiter ein Schadenersatzanspruch hätte geltend gemacht werden müssen (act. 2 Rz. 27). Es sei konstante Praxis des Bundesgerichts und der kantonalen Gerichte sowie die Ansicht der Lehre gewesen, dass ein Kunde seine Klage gegen die Bank bei unautorisierten Transaktionen primär auf Erfüllung des Vertrags und nicht auf Schadenersatz zu richten habe (act. 2 Rz. 29 ff. m.H.). Bei BGE 149 III 105 handle es sich entgegen den Erwägungen der Vorinstanz nicht um eine blosser Präzisierung der Rechtsprechung, sondern um eine Änderung, die in der Lehre auf einhellige Ablehnung gestossen sei (act. 2 Rz. 33 ff. m.H.).

E. 2.3

Der Klägerin kann nicht zugestimmt werden.

E. 2.3.1

Zunächst ist es nicht richtig, dass sie "konsequent geltend gemacht" habe, der Beklagte hätte auch einen Eventualananspruch auf Schadenersatz erheben sollen. In der Klage vertrat sie vielmehr den Standpunkt, der Beklagte habe "fälschlicherweise auf Schadenersatz anstatt auf Erfüllung" geklagt (act. 6/2 Rz. 4), "[g]emäss langjähriger, gefestigter Praxis steh[e] dem Bankkunden kein Schadenersatzanspruch zu, sondern er [habe] auf Erfüllung des Vertrags zu klagen" (act. 6/2 Rz. 50, 82), und ein "kurzer Blick in die Literatur oder Rechtsprechung hätte genügt, um festzustellen, dass eine Schadenersatzklage nicht möglich" gewesen sei (act. 6/2 Rz. 85). Hiervon ausgehend hat die Klägerin in der Klage nicht verlangt, dass der Beklagte im Erstprozess einen Eventualananspruch auf Schadenersatz hätte erheben sollen. Sie hat nur ihrerseits für den Fall, dass man eine Schadenersatzklage "entgegen der erwähnten Rechtsprechung zulassen [wollte]" (act. 6/2 Rz. 53), eventualiter Ausführungen zur Substanziierung "des angeblich erlittenen Schaden[s] der Klägerin" (act. 6/2 Rz. 55) gemacht (vgl. act. 6/2 Rz. 46 ff.). Erst nachdem BGE 149 III 105 publiziert worden war, sah sich die Klägerin gezwungen, in der Replik neu vorzutragen, die anwaltliche Sorgfalt gebiete es, "im Zweifel mehrere Ansprüche eventualiter zueinander geltend zu machen", wobei es in Bankprozessen "üblich [sei], aus Sorgfalt einen Erfüllungsanspruch und eventuell einen Schadenersatzanspruch geltend zu machen" (act. 6/49 Rz. 14).

- 12 -

E. 2.3.2

In BGE 149 III 105 stellte das Bundesgericht klar, dass der Kunde (bei einem Anlageberatungsvertrag oder einem "execution-only"-Vertrag) im Falle der Veruntreuung von Kundenguthaben durch einen Bankangestellten über eine Haftungsklage gegen die Bank gemäss Art. 398 Abs. 2, Art. 97 und Art. 101 OR verfügt (E. 4.2) und ihm nur in zwei Fällen eine Erfüllungsklage zur Verfügung steht, nämlich wenn die Bank die fehlende Vollmacht des Auftraggebers oder die Existenz einer Fälschung nicht erkannt hat (E. 4.3). Letzteres gründet darauf, dass Legitimationsmängel oder nicht entdeckte Fälschungen gleich wie die Insolvenz des Kunden zu den Risiken gehören, die dem Bankgeschäft inhärent sind (E. 4.3 m.H.a. BGE 146 III 387 E. 3.2, BGE 146 III 121 E. 3.1.2 und BGer 4A_616/2019 vom 17. April 2020 E. 3.1.2). Da das Risiko bei der Bank liegt, ist es in

diesen bei- den Fällen die Bank, die den Schaden erleidet und somit dem Risiko ausgesetzt ist, den Betrag ein zweites Mal an den Kunden – der eine Erfüllungsklage erhe- ben kann – zahlen zu müssen (E. 4.3 m.H.a. BGE 146 III 387 E. 5.1 und BGE 146 III 121 E. 4.1). Bereits in der früheren Rechtsprechung differenzierte das Bundes- gericht klar zwischen diesen Fällen fehlender Vollmacht sowie nicht erkannter Fäl- schung (Erfüllungsklage) auf der einen Seite und Verletzungen der Sorgfaltspflicht im Sinne von Art. 398 Abs. 1 OR (Haftungsklage) auf der anderen Seite. Dies gilt nicht nur für die zitierten Entscheide aus Band 146 der amtlichen Sammlung (vgl. insbesondere BGE 146 III 387 E. 3.2), sondern auch für ältere Entscheide wie BGer 4A_379/2016 vom 15. Juni 2017 E. 3.2.2, BGE 132 III 449 E. 2, BGE 112 II 450 E. 3a oder BGer 4A_438/2007 vom 29. Januar 2008 E. 5.1 (s. im Übrigen auch die weiteren von der Klägerin in act. 2 Rz. 29 angeführten Entscheide, denen eine fehlende Vollmacht oder nicht erkannte Fälschung zugrunde lag: BGE 127 III 553; BGE 111 II 263; BGer 4A_540/2019 vom 15. Juni 2020; 4A_616/2019 vom 17. April 2020; 4A_596/2013 vom 18. März 2014; 9C_675/2011 vom 28. März 2012; 4A_536/2008 vom 10. Februar 2009; 4C.383/2001 vom 11. April 2002). Die Möglichkeit einer Erfüllungsklage wurde nur in den beiden genannten Konstellationen (Legimitationsmängel oder nicht entdeckte Fälschung) bejaht. Dies verkennt die Klägerin, wenn sie glaubt, aus dem blossen Umstand, dass das Bundesgericht in den von ihr zitierten Entscheiden von einem Erfüllungsanspruch ausging, etwas für ihren Standpunkt ableiten zu können (vgl. act. 2 Rz. 29).

- 13 -

E. 2.3.3

Vor diesem Hintergrund ist mit der Vorinstanz festzuhalten, dass der Be- klagte im Erstprozess nicht sorgfaltswidrig gehandelt hat, indem er nicht (auch) ei- nen Erfüllungsanspruch geltend gemacht hat. Darüber hinaus zeigt der Umstand, dass die heutigen Rechtsvertreter der Klägerin in der Klage mit Nachdruck die un- zutreffende Ansicht vertreten hatten, es bestehe eine langjährige, gefestigte Pra- xis, wonach dem Bankkunden in der vorliegenden Konstellation ein Erfüllungsan- spruch zustehe und eine Schadenersatzklage nicht möglich sei (vorne E. 2.3.1), dass bei Anlageschadensprozessen bereits die Wahl der richtigen Anspruchs- grundlage Schwierigkeiten bereiten kann. 3.

E. 3

Der Beklagte wies die Vorwürfe der Klägerin zurück. Er stellte sich im We- sentlichen auf den Standpunkt, dass er nicht den falschen Anspruch eingeklagt habe, dass die Klägerin die Forderung in der falschen Währung geltend gemacht habe und eine Klage gegen die E._____ in der richtigen Währung nach wie vor möglich sei, dass ihm (dem Beklagten) bei der Führung des Erstprozesses keine Sorgfaltspflichtverletzung vorzuwerfen sei und die Klägerin nicht aufzeige, dass eine (bestrittene) Sorgfaltspflichtverletzung bei ihr zu einem adäquat kausalen Schaden geführt hätte (act. 6/29 S. 9 ff.). Dazu komme, dass die gerichtliche Durchsetzung von Ansprüchen aus Anlageschäden allgemein äusserst schwierig sei und auch alle anderen durch die Machenschaften von G._____ ausgelösten Prozesse für die Kläger mit Niederlagen geendet hätten (vgl. act. 6/29 S. 20 ff., 24 ff.).

E. 3.1

Die Vorinstanz setzte sich weiter mit dem klägerischen Standpunkt, wonach der Beklagte im Erstprozess den Schaden ungenügend substanziiert habe, sowie mit den Ausführungen der Klägerin zum richtigen (sorgfältigen) Vorgehen beim Schadensnachweis auseinander:

Die Vorinstanz verwies vorab auf den allgemeinen Schadensbegriff und erwog unter Berufung auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung, bei vertragswidrigen Einzelanlagen sei dieser zu konkretisieren und die Differenz zwischen dem tatsächlichen Wert der einzelnen pflichtwidrigen Anlagen und dem hypothetischen Wert, den das konkret pflichtwidrig investierte Kapital bei vertragskonformer Anlage hätte, zu ermitteln. Nur für die pflichtwidrig getätigten Anlagen bestehe eine Ersatzpflicht. Die haftpflichtige Person sei nicht befugt, Gewinne auf pflichtgemäss getätigten Anlagen mit Verlusten aus sorgfaltswidrig getätigten zu verrechnen. Ferner sei zu vermeiden, dass allfällige Verluste auf dem Teil des vertragskonform angelegten Vermögens die Ersatzpflicht erhöhten. Als Vergleichsmassstab kämen hier passende Alternativanlagen in Betracht, die der vertraglichen Anlagestrategie entsprächen und pflichtgemäss vom Vertragspartner oder einem durchschnittlich erfolgreichen Vermögensverwalter bzw. Anlageberater getätigt worden wären (act. 5 S. 12). Ausnahmsweise könne dennoch die sogenannte Passivhypothese zum Tragen kommen, wenn die geschädigte Person nachweise, dass sie mit überwiegender Wahrscheinlichkeit keine anderen Anlagen getätigt hätte (act. 5 S. 12). Die Vorinstanz wies sodann auf die Besonderheiten bei Inves-

- 14 - titionen in Call-Optionen in Bezug auf das investierte Vermögen hin und fasste die Funktionsweise aus Sicht der anlegenden Person zusammen (act. 5 S. 12 f.; s.a. hinten E. 3.2.1.2). Im vorliegenden Prozess, so die Vorinstanz weiter, habe die Klägerin die Auffassung vertreten, dass der Schaden sehr einfach hätte dargelegt werden können: Er bestehe aus der Summe aller Gewinne und Verluste, welche die unautorisierten Optionsgeschäfte erzeugt hätten. Da alle unautorisierten Optionsgeschäfte über ihr TRY-Konto abgewickelt worden seien, hätten bloss die dadurch veranlassten Belastungen und Gutschriften auf dem TRY-Konto zusammengezählt werden müssen. Die Klägerin habe auf ihre tabellarische Zusammenstellung zum vermeintlichen Erfüllungsanspruch verwiesen, aus welcher sich gesamthaft ein Verlust von TRY 10'498'700 ergebe. Der Beklagte hätte gemäss Klägerin lediglich die unautorisierten Optionsgeschäfte aufführen und die daraus resultierenden Gewinne und Verluste addieren müssen. Weiter wäre darzulegen gewesen, dass schliesslich der Schaden mit unautorisierten Belastungen und Überweisungen "in andere Währungen umgewandelt" worden sei. Zur pflichtgemässen Anlage habe die Klägerin ausgeführt, bei Nichtvornahme der unautorisierten Optionsgeschäfte hätte sie gar keine Anlagen (gemeint: auf dem TRY-Konto) vorgenommen (act. 5 S. 14 f.). Diese Darstellung der Klägerin greife zu kurz. Soweit im vorliegenden Fall ohne Kenntnis und ohne Zustimmung der Klägerin Devisenoptionskontrakte verkauft/geschrieben und dadurch (aufgrund der während der Laufzeit zu hinterlegenden Sicherheiten) Teile ihres bei der Bank liegenden Vermögens gebunden worden seien, hätte die Klägerin zur Schadenssubstanziierung darlegen müssen, wie sich ihr Vermögen bei pflichtgemässer Anlage des entsprechenden Kapitals entwickelt hätte, und dies mit dem Vermögensstand im Zeitpunkt der Ausübung der Kontrakte durch die Käuferschaft vergleichen müssen. Die Klägerin habe den Schaden jedoch mit dem (Netto-)Verlust gleichgesetzt und es versäumt, die hypothetische Entwicklung ihres Vermögens bei pflichtgemässer Anlage darzulegen. Es sei bereits unklar geblieben, welchen Teil ihres Vermögens sie als pflichtwidrig investiert betrachte. Sie habe immer wieder darauf verwiesen, dass lediglich die unautorisierten Transaktionen zu beachten gewesen wären. Von einem konkreten Kapitaleinsatz scheine die Klägerin nicht auszugehen. Am ehesten dürfte sie das

- 15 - den pflichtwidrigen Transaktionen zugrunde liegende Vermögen in ihrem TRY-Guthaben sehen, da – wie sie ausführe – alle unautorisierten Optionsgeschäfte über das TRY-Konto abgewickelt worden seien. An anderer Stelle zähle sie neben dem TRY-Konto auch die USD-, EUR- und GBP-Konten zum massgebenden Vermögen, wobei sie sogleich einschränkend hinzufüge, dass die Gegenüberstellung von Anfangs- und Endstand ihres Vermögens vorliegend beschränkt aussagekräftig sei, da sie von den USD-, EUR- und GBP-Konten fortwährend Anlagen getätigt habe. Gemäss Klägerin hätte zur Vervollständigung im ursprünglichen Prozess auch die Entwicklung ihres Depots angegeben werden können, wobei dies aber nicht erforderlich erscheine, da alle relevanten Transaktionen über die Fremdwährungskonten erfolgt seien und die unautorisierten Optionsgeschäfte gar ausschliesslich über das TRY-Konto vorgenommen worden seien, so dass es sich rechtfertige, lediglich diesen Vermögensteil darzustellen und zu vergleichen (act. 2 Rz. 59 f.). Allerdings bestehe, so die Vorinstanz, beim Verkauf von Optionen sehr wohl ein eingesetztes Kapital, das während der Laufzeit gebunden werde und entsprechend nicht (oder nur beschränkt) für alternative Anlagen zur Verfügung stehe. Die effektive Höhe dieser Sicherheit (Margin/Marge) werde vom Effekthändler, also der Bank, festgelegt. Dabei würden nicht alle Wertpapiere und Anlageinstrumente als Sicherheit akzeptiert. Ob die "fiduciary time deposits" bei ausländischen Banken, in die das TRY-Guthaben der Klägerin investiert gewesen sei, aufgrund ihrer eingeschränkten Verfügbarkeit und der Komplexität der Struktur überhaupt als Sicherheit bzw. Marge getaugt hätten, sei fraglich. Auch der Handel mit hinterlegten Wertpapieren könne Einschränkungen unterliegen. Die spezifischen Bedingungen und Regeln variierten. Die Klägerin habe sich mit keinem Wort dazu geäussert, inwieweit der unautorisierte Optionshandel ihr übriges Portfolio beeinflusst habe (act. 5 S. 14 f.). Zur Passivhypothese habe sodann bereits das Handelsgericht im Erstprozess festgehalten, dass eine entsprechende Behauptung der Klägerin (wonach anstelle der Optionsgeschäfte gar keine Investitionen hätten getätigt werden sollen) vorliegend nicht plausibel wäre. Die Klägerin habe nämlich selbst ausgeführt, dass ihr wirtschaftlich Berechtigter hauptsächlich daran interessiert gewesen sei, Investitionen (ohne Risiken in GBP, EUR und USD) zu haben bzw. dass sie von allem Anfang an bekannt gegeben habe, dass

- 16 - sie ihr Geld (in wenig riskante Finanzprodukte) investieren wolle. Eine Investitionstätigkeit bzw. -willigkeit gehe denn auch aus den von der Klägerin im Rahmen ihrer Klage aufgeführten Telefongesprächen zwischen G._____ und dem wirtschaftlich Berechtigten in den Jahren 2011, 2013 und 2014 hervor. Somit wäre vorliegend selbst bei entsprechenden klägerischen Behauptungen nicht ohne Weiteres davon auszugehen, dass der den streitgegenständlichen Optionsgeschäften zugrundeliegende Betrag bei instruktionsgemäsem Handeln der Bank einfach auf den klägerischen Konten geruht hätte (act. 5 S. 15 m.H.a. act. 3/21 E. 3.4.3c). Mit den entsprechenden Erwägungen des Handelsgerichts habe sich die Klägerin im vorliegenden Prozess nicht auseinander gesetzt. Sie habe sich mit der Behauptung begnügt, sie habe ihre Geschäfte und Anlagen von den USD-, EUR- und GBP-Konten aus getätigt. Das TRY-Konto habe sie – abgesehen von minimalen Investitionen in "fiduciary time deposits" – nicht für ihre Geschäfte und Anlagen genutzt. Auf diesem Konto habe sie nur einen vergleichsweise geringen Betrag von ursprünglich um die TRY 450'000.– gehalten. Dieser Betrag dürfte mit zunehmender Exponierung kaum (mehr) als Marge ausgereicht haben, um das Risiko der Bank bei Kursrückgängen zu begrenzen. Das durch den Verkauf der Optionen eingesetzte Kapital dürfte sich somit bei weitem nicht auf das TRY-Konto beschränkt haben. Die Behauptung,

das TRY-Konto sei nicht zur Anlage verwendet worden, hätte daher gerade nicht ausgereicht. Die Klägerin hätte ent- weder nachvollziehbar dartun müssen, mit welchen weiteren Behauptungen und Beweismitteln der Beklagte das Handelsgericht davon hätte überzeugen können, dass sie mit überwiegender Wahrscheinlichkeit mit dem durch die Marge blockier- ten Kapital keine andere Anlagen anstelle der pflichtwidrigen Optionen getätigt hätte, oder aber sie hätte dartun müssen, welche konkreten Behauptungen zu ei- ner alternative Anlage und deren Verlauf aufzustellen gewesen wären. Beides habe sie nicht getan (act. 5 S. 15 f.). Hinzu komme Folgendes: Die aus dem Ver- kauf der Call-Optionen resultierenden Prämienzahlungen seien gemäss Klägerin – wie das übrige TRY-Guthaben – in "fiduciary time deposits" investiert worden. Die Verzinsung habe zwischen 5.8 % und 9.55 % betragen. Die entsprechenden Zinserträge auf den Optionsprämien weise die Klägerin nicht aus und blende da- mit einen Teil der im Wege der Vorteilsanrechnung zu berücksichtigenden Ge-

- 17 - winne aus. Darüber hinaus seien nach der Klägerin aus den Prämienzahlungen Überweisungen auf andere Fremdwährungskonten erfolgt, um dort eine kleine Performance vorzutauschen, wobei diese kleineren Beträge vergleichsweise be- scheiden geblieben seien und keinen Einfluss auf ihre Geschäfts- und Anlageent- scheidung gehabt hätten (act. 6/49 Rz. 51). Wie die Klägerin selbst vorgerechnet habe, hätten sich die "kleineren Beträge" immerhin auf USD 249'353.05, EUR 33'390.15 und GBP 23'279.34 summiert. Dass diese Beträge nicht investiert worden wären, behaupte die Klägerin selbst nicht. Dies wäre auch nicht plausibel. Damit blende sie auch hier einen Teil der zu berücksichtigenden Gewinne bzw. Verluste aus (act. 5 S. 16).

E. 3.2

Die Klägerin rügt, die vorinstanzlichen Erwägungen träfen nicht zu und be- ruhten auf einem falschen Rechtsverständnis (act. 2 Rz. 87 ff.). 3.2.1.1 Die Vorinstanz werfe ihr zu Unrecht vor, sich nicht zum Umstand geäus- sert zu haben, dass Banken für Optionsgeschäfte jeweils eine Sicherheit verlang- ten, so dass bestimmte Vermögenswerte gebunden seien, während die Options- geschäfte liefen (act. 2 Rz. 90 ff.). Zunächst verletze sie die Dispositionsmaxime von Art. 58 ZPO, indem sie einen Sachverhalt annehme, der von keiner der Par- teien behauptet worden sei (act. 2 Rz. 92). Die von der Vorinstanz vorgenom- mene Sachverhaltsergänzung sei zudem falsch, sei durch die unautorisierten Op- tionsgeschäfte doch kein sonst verfügbares Kapital der Klägerin gebunden wor- den. Ob Banken im Allgemeinen bei autorisierten Optionsgeschäften eine solche Sicherheit verlangten, könne offen bleiben. Vorliegend seien die Optionsgeschäfte unautorisiert ausgeführt worden und sei kein Kapital zur Sicherheit ausgeschie- den worden (act. 2 Rz. 93). 3.2.1.2 Entgegen der Klägerin handelt es sich bei den Ausführungen der Vor- instanz zur Bindung von Kapital beim Verkauf von Optionen nicht um eine Sach- verhaltsergänzung in Verletzung der Dispositionsmaxime. Vielmehr geht es um die Funktionsweise der strittigen Anlagen, wie sie sich aus der Fachliteratur ergibt und die Gegenstand verschiedener Entscheide insbesondere des Handelsge- richts des Kantons Zürich und des Bundesgerichts bildete. Das Handelsgericht hat im Erstprozess erwogen, was folgt (act. 6/3/21 S. 20 f.):

- 18 - "Beim Verkauf einer Option sind aber während der gesamten Laufzeit entweder die ent- sprechende Anzahl Basiswerte oder andere Sicherheiten zu hinterlegen (vgl. Schweizeri- sche Bankiervereinigung, Besondere Risiken im Effektenhandel, 2008, S. 7 Rz. 35, on- line abrufbar unter: www.swissbanking.org), welche zur Schadensberechnung als

der pflichtwidrigen Anlage zugrundeliegendes Vermögen herangezogen werden könnten. Dies ist auch aus der Überlegung heraus richtig, dass im Ausübungsfall der Basiswert der Option entrichtet bzw. zunächst beschafft und dann entrichtet werden muss. Da dieses Geschäft indessen dem Verkaufsvorgang nachgelagert ist, kann für das massgebliche Vermögen nicht direkt darauf abgestellt werden. Die damit korrespondierende Sicherheit erscheint dabei aber als geeigneter Wert und ist im Zeitpunkt der relevanten Transaktion blockiert. Die effektive Höhe dieser Sicherheit, sog. Marge, wird vom Effekthändler, mithin der Bank, festgelegt (Schweizerische Bankiervereinigung, a.a.O., S. 7 Rz. 35), wobei sie sich allerdings auf interne Grundsätze stützt [...]" Das Bundesgericht hat (in einem ebenfalls gegen die E._____ geführten und im Zusammenhang mit der Kundenberaterin G._____ stehenden Verfahren) die Besonderheiten beim Verkauf von Optionen dargestellt (BGer 4A_202/2019 vom 11. Dezember 2019 E. 6.3.1 f. m.H.) und darauf hingewiesen, dass auch beim Verkauf von Optionen – bei dem es kein eigentliches investiertes Vermögen gebe, die Verkäuferschaft aber während der gesamten Laufzeit Sicherheiten hinterlegen müsse (Marge) – im Umfang der Marge ein aufgrund der Durchführung der Optionsstrategie eingesetztes Kapital bestehe, das während der Laufzeit gebunden werde und entsprechend nicht für alternative Anlagen zur Verfügung stehe. Das zeige sich bereits daran, dass der Investor ohne Hinterlegung hinreichender Sicherheiten grundsätzlich keine Optionen verkaufen könne (ebd., E. 6.3.2 m.H.). Wenn der Kunde (im Anlageschadensprozess) nicht in der Lage sei, die für die Marge gebundenen Mittel sowie deren Höhe darzustellen, müsse er einen entsprechenden Beweisantrag oder im Rahmen einer Stufenklage ein Auskunftsbegehren gegenüber der Bank stellen (ebd., E. 6.4).

3.2.1.3 Die Klägerin hat nichts dergleichen getan bzw. dargelegt. Sie hat sich, wie die Vorinstanz richtig festgehalten hat, mit keinem Wort dazu geäußert, inwieweit der unautorisierte Verkauf von Optionen ihr übriges Portfolio beeinflusst hat, und sie hat auch weder ein Auskunftsbegehren noch einen Beweisantrag gestellt. Un-

- 19 - genügend und nicht überzeugend ist es nach dem Ausgeführten, wenn sich die Klägerin im Berufungsverfahren einfach pauschal auf den Standpunkt stellt, durch die Optionsgeschäfte sei – weil sie unautorisiert gewesen seien – kein sonst verfügbares Kapital zur Sicherheit ausgeschieden worden (act. 2 Rz. 93). Im Übrigen weist der Beklagte zu Recht darauf hin, dass im Erstprozess wie gesehen das Erfordernis der Margendeckung für die unautorisiert erfolgten Transaktionen thematisiert wurde (act. 25 Rz. 191 ff. m.H.a. act. 6/3/28). Es ist vor diesem Hintergrund davon auszugehen, dass der Prozess vor dem Handelsgericht (auch) mangels hinreichender Auseinandersetzung der Klägerin mit dem massgeblichen Vermögen gescheitert wäre.

3.2.2.1 Die Klägerin moniert weiter, die Vorinstanz werfe ihr zu Unrecht unzureichende Ausführungen zum hypothetischen Alternativverhalten vor. Entgegen der Vorinstanz habe sie (die Klägerin) sich in der Replik eingehend mit dem hypothetischen Alternativverhalten auseinandergesetzt und ausgiebig erörtert, weshalb dieses darin bestanden hätte, dass sie anstelle der unautorisierten Transaktionen keine anderen Anlagen getätigt hätte (act. 2 Rz. 98). Hinzu komme, dass sie in der Replik dargelegt habe, dass Frau G._____ einerseits dafür gesorgt habe, dass auf dem TRY-Konto die bestehende Anlagestrategie in Bezug auf die "fiduciary time deposits" unverändert habe beibehalten werden können, und andererseits die unautorisierten Optionsgeschäfte keine zusätzlich verfügbaren Mittel beansprucht hätten. Vielmehr seien Letztere "zulasten eines laufend wieder kassierten Negativsaldos" gegangen, von dem sie (die Klägerin) nichts gewusst habe. Im Unwissen über diese Optionsgeschäfte habe sie sich in Bezug auf ihr sonstiges Anlageverhalten genau so verhalten, wie sie es auch gewollt habe

(act. 2 Rz. 99). 3.2.2.2 Wie gesehen geht es nicht an, wie die Klägerin einfach als gegeben anzu- nehmen, dass für die unautorisierten Verkäufe von Optionen keine Mittel gebun- den worden seien. Die Klägerin wäre daher gehalten gewesen in nachvollziehba- rer Weise darzutun, dass sie entweder mit dem gebundenen Kapital keine Anla- gen getätigt hätte oder aber welche alternativen Anlagen erfolgt wären. Die Vor- instanz hat dies zu Recht festgehalten. Sie weist auch richtig auf die Erwägungen

- 20 - des Handelsgerichts im Erstprozess hin, wonach nicht angenommen werden könne, dass der den streitgegenständlichen Optionsgeschäften zugrunde lie- gende Betrag bei instruktionsgemäsem Handeln der Bank einfach auf den kläge- rischen Konten geruht hätte (act. 6/3/21 S. 30). Wie sie ihren gegenteiligen Stand- punkt beweisen wollte, tut die Klägerin in der Berufungsschrift nicht dar (vgl. act. 2 Rz. 98 ff.; s. dazu auch act. 25 Rz. 188). 3.2.3.1 Unzutreffend sei gemäss Klägerin sodann der Einwand der Vorinstanz, wonach sie nicht berücksichtigt habe, dass die aus dem Verkauf der unautorisier- ten Call-Optionen resultierenden Prämien in "fiduciary time deposits" investiert und dabei Zinsen erwirtschaftet worden seien. Keine der Parteien habe behaup- tet, dass irgendwelche Prämien in zusätzliche "fiduciary time deposits" investiert worden seien. Diese von der Vorinstanz erfundene Sachverhaltsannahme sei falsch. Die Prämien seien nämlich, sofern sie nicht zum Ausgleich von Verlusten aus früheren Optionsgeschäften verwendet worden seien, auf andere Fremdwäh- rungskonten übertragen worden. Womöglich verwechsle die Vorinstanz die Ver- wendung von Prämien aus den unautorisierten Optionsgeschäften mit der Ver- wendung von Zinsen aus den "fiduciary time deposits". Letztere seien bisweilen zur Reinvestition in "fiduciary time deposits" verwendet worden. Dabei handle es sich jedoch erstens um sehr kleine Beträge, die zweitens mit den unautorisierten Optionsgeschäften nichts zu tun hätten (act. 2 Rz. 101). Schliesslich sei auch der Einwand der Vorinstanz unzutreffend, wonach sie (die Klägerin) Gewinne aus der Überweisung von Prämien aus den Optionsgeschäften auf andere Fremdwäh- rungskonten ausgeblendet habe. Vielmehr habe sie diese Übertragungen scha- densmindernd vom erlittenen Schaden abgezogen. Dass die entsprechenden überwiesenen Prämien überdies in weitere Anlagen investiert worden seien, sei im vorinstanzlichen Verfahren von keiner Partei behauptet worden. Zu beachten sei dabei, dass es sich nicht um hypothetisches Alternativverhalten handle, son- dern um tatsächliches Geschehen, seien diese Prämien doch effektiv angefallen und auf andere Fremdwährungskonten überwiesen, aber nicht weiter investiert worden. Beim hypothetischen Alternativverhalten gehe es sodann darum aufzu- zeigen, wie Kapital auf andere Weise verwendet worden wäre, wenn es verfügbar gewesen wäre. Hier verhalte es sich aber so, dass die betreffenden Prämien nicht

- 21 - in weitere Anlagen investiert, sondern lediglich auf andere Konten überwiesen worden seien. Auch handle es sich um im Vergleich zum Gesamtschaden um ge- ringe Beträge. Es sei nicht plausibel, dass sie einen Einfluss auf das Anlagever- halten gehabt haben sollen (act. 2 Rz. 102 ff.). 3.2.3.2 Der Klägerin kann nicht gefolgt werden. Im vorinstanzlichen Verfahren führte sie aus, auf dem TRY-Konto einen vergleichsweise geringen Betrag von ur- sprünglich um die TRY 450'000.– gehalten zu haben. Der genannte Restbetrag in TRY sei jeweils gestützt auf ihre darauf beschränkte Verwaltungsvollmacht ge- samthaft für eine bestimmte Dauer in zinstragende "fiduciary time deposits" bei ausländischen Banken angelegt worden (act. 6/2 Rz. 23). Im Weiteren seien sämtliche unautorisierten Transaktionen von diesem TRY-Konto ausgegangen (act. 6/2 Rz. 24), auf welchem auch die Gewinne und Verluste belastet worden seien (act. 6/2 Rz. 15, 32 ff.), und

habe G. _____ beim Verkauf einer unautorisierten Call-Option dafür gesorgt, dass die Prämienzahlung nicht nur den Verlustbetrag des vorausgegangenen Optionsgeschäfts wieder eingebracht, sondern darüber hinaus ausgereicht habe, um wieder eine Position "fiduciary time deposits" hinzuzukaufen (act. 6/49 Rz. 48). Die Prämien aus dem Verkauf von Call-Optionen hatten damit durchaus einen gewissen Einfluss auf die "fiduciary time deposits" (vgl. dazu act. 25 Rz. 200 ff., wo der Beklagte aufzeigt, dass einzelne Anlagen in "fiduciary time deposits" ohne die Prämien aus dem Verkauf von Call-Optionen nicht möglich gewesen wären). Vor allem aber führte die Klägerin aus, einerseits von den drei Fremdwährungskonten (USD, EUR, GBP) aus fortwährend Anlagen getätigt zu haben (act. 6/2 Rz. 60, 66; act. 6/49 Rz. 51). Andererseits seien vom TRY-Konto USD 249'353.05, EUR 33'390.15 und GBP 23'279.34 auf diese Konten überwiesen worden (act. 6/2 Rz. 36 ff.). Es liegt nahe, dass diese Beträge investiert wurden. Die Klägerin konnte vor diesem Hintergrund die drei Fremdwährungskonten bei der Schadensberechnung nicht einfach beiseite lassen. Sie wäre gehalten gewesen, die von diesen Konten aus getätigten Investitionen und deren Entwicklung aufzuzeigen und sie der hypothetischen Entwicklung (ohne die überwiesenen USD 249'353.05, EUR 33'390.15 und GBP 23'279.34) gegenüberzustellen. Dies hat sie nicht getan. Wie bereits das Handelsgericht im Erstprozess - 22 - moniert hatte (vgl. act. 6/3/21 S. 24), machte sie zum der Bank übergebenen Vermögen auf den Fremdwährungskonten überhaupt keine detaillierten Angaben.

E. 3.2.4

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Vorinstanz die klägerischen Ausführungen zur Schadensberechnung zu Recht als unzureichend qualifiziert hat. Die Klägerin hat nicht dargetan, wie im Erstprozess hätte vorgegangen werden müssen, um zu obsiegen.

E. 3.3

Die Schadensberechnung im vorliegenden Fall birgt noch weitere Schwierigkeiten.

E. 3.3.1

Die E. _____ machte im Erstprozess geltend, da sämtliche Prämien aus dem Verkauf der beanstandeten Optionen in TRY gutgeschrieben und die aus den Optionsgeschäften entstandenen Verluste ebenfalls ausschliesslich in TRY verbucht worden seien, hätte die Klägerin den aus diesen Transaktionen angeblich resultierenden Schadenersatzanspruch nur in TRY erheben dürfen (act. 6/55/32 Rz. 55; s. dazu act. 25 Rz. 73). Das Handelsgericht liess die Währungsproblematik offen (act. 6/3/21 S. 35). Der Beklagte schloss sich im vorliegenden Verfahren der Ansicht der E. _____ im Erstprozess an (vgl. act. 25 Rz. 73 ff., 80, 155; act. 6/54 Rz. 50 ff.).

E. 3.3.2

Gemäss Art. 84 Abs. 1 OR sind Geldschulden in gesetzlichen Zahlungsmitteln der geschuldeten Währung zu bezahlen. Die Bestimmung ist auf alle Geldschulden, unabhängig von ihrem Grund, anwendbar, insbesondere auch auf vertragliche oder ausservertragliche Schadenersatzforderungen (vgl. BGE 137 III 158 E. 3.1 [= Pra 2011 Nr. 95]). Bei vertraglichen Geldschulden ergibt sich die geschuldete Währung aus dem Vertrag. Der Gläubiger kann die Erfüllung nur in der vertragsgemässen Währung verlangen. Lautet die Klage auf Zahlung in einer anderen, nicht geschuldeten Währung, ist sie abzuweisen (BGE 149 III 54 E. 5 m.H. [= Pra 2023 Nr. 52]; BGer 4A_455/2022 vom 26. Januar 2023 E. 3.2; BGer 4A_200/2019 vom 17. Juni 2019 E. 4 [nicht geschuldete

Schweizer Währung]; OGer ZH LB170043 vom 20. April 2018 E. 3.1.2 [nicht geschuldete Fremdwährung]).

- 23 -

E. 3.3.3

Die Klägerin macht geltend, die unautorisierten Optionsgeschäfte seien alle- samt über das Konto in türkischer Lira (TRY-Konto) getätigt worden (act. 6/2 Rz. 24 ff.). Das Total aller unautorisierten Belastungen (Verluste aus den Options- geschäften) abzüglich aller unautorisierten Gutschriften (Prämienzahlungen) habe TRY 10'498'700.– betragen (act. 6/2 Rz. 35; act. 2 Rz. 48 ff., 53). Auf diesen Be- trag habe sich der Schaden ursprünglich belaufen (act. 2 Rz. 53). Zudem sei es zu unautorisierten Überweisungen vom TRY-Konto auf die Fremdwährungskonten (USD, EUR, GBP) im Umfang von TRY 654'400.– gekommen. Da den Fremdwährungskonten USD 249'353'05, EUR 33'390.15 und GBP 23'279.34 gutgeschrie- ben worden sei, seien diese Überweisungen schadensneutral (act. 2 Rz. 57 f.). Sodann habe die E._____ bei der Aufarbeitung der unautorisierten Transaktionen von G._____ die noch laufenden Call-Optionen glattgestellt, woraus auf dem TRY-Konto ein Negativsaldo von insgesamt TRY 11'220'409.38 resultiert habe. Hierbei handle es sich um den Verlust, der mit den unautorisierten Optionsge- schäften verursacht worden sei, da das TRY-Konto zu Beginn einen Saldo von beinahe Null aufgewiesen habe. Abzuziehen seien die auf die Fremdwährungs- konten überwiesenen TRY 654'400.–. Daraus resultiere (bei einer marginalen Dif- ferenz von TRY 67'309 aufgrund von Gebühren und Wechselkursschwankungen) der Schaden von TRY 10'498'700.– (act. 2 Rz. 59 f.; vgl. act. 6/2 Rz. 44, 47). Schliesslich habe die E._____ entgegen ihrem Willen den Negativsaldo auf dem TRY-Konto ausgeglichen, indem sie vom USD-Konto USD 3'222'535.–, vom EUR-Konto EUR 678'641.33 und vom GBP-Konto GBP 486'993.– berwiesen habe. Da es sich um Verschiebungen innerhalb ihrer eigenen Konten gehandelt habe, sei ihr dadurch kein zusätzlicher Schaden entstanden. Diese berweisun- gen seien in Bezug auf die Schadenshöhe schadensneutral, wirkten sich aller- dings auf die Währung des Schadens aus (act. 2 Rz. 61 m.H.a. act. 6/2 Rz. 46, wo der Halbsatz betreffend Währung fehlt).

E. 3.3.4

Wie die Klägerin selbst festgehalten hat, trat die Vermögensverminderung aufgrund der unautorisierten Optionsgeschäfte in türkischer Lira (TRY) ein. Für die Schadenersatzforderung ist damit grundsätzlich auf diese Währung abzustel- len (BGer 4A_455/2022 vom 26. Januar 2023 E. 3.1; s.a. BGer 4C.191/2004 vom

E. 3.3.5

Festzuhalten ist nach dem Ausgeführten, dass die Klägerin ihren Schaden- ersatzanspruch gegen die Klägerin (auch) im Rahmen des vorliegenden Schat- tenprozesses in der falschen Währung geltend gemacht hat. Offen gelassen wer- den kann dabei, ob sie – wie der Beklagte vorbringt (act. 25 Rz. 69 ff.) – die Mg- lichkeit hätte, den Schaden in türkischer Lira auch noch gegenüber der E._____ einzuklagen, ohne dass dem die Einrede der abgeurteilten Sache entgegen stnde (vgl. dazu BGE 149 III 54 E. 5.2; 147 III 166 E. 3.3.3 [= Pra 2021 Nr. 88]; 144 III 452 E. 2.3.2; 142 III 210 E. 2.1).

E. 3.4.1

Gegen die Schadensberechnung der Klägerin wendet der Beklagte sodann ein, sie stütze diese einzig auf die Auflistung der Staatsanwaltschaft III des Kan- tons Zürich. Dies genüge

nicht, um den eingeklagten Schaden zu substantiieren. Entsprechend habe auch das Handelsgericht im Urteil zum Erstprozess erwogen, dass die eingereichten Tabellen der KPMG und der Staatsanwaltschaft für die Berechnung des Schadens nicht taugten (act. 25 Rz. 86 und act. 6/54 Rz. 95 m.H.a. act 6/3/21 S. 23). Bei der Tabelle der Staatsanwaltschaft handle es sich lediglich um eine Gewinn- und Verlustaufstellung, welche zudem nicht durch unterliegende Beweismittel gestützt werde. Insbesondere fehlten Angaben, woraus sich die in der Tabelle aufgelisteten Zahlen ergäben. Hierauf habe bereits die E._____ im Erstprozess hingewiesen (act. 25 Rz. 143; act. 6/54 Rz. 87). Auch der Tabelle in der Klageschrift (act. 6/2 Rz. 33) lasse sich nicht entnehmen, woraus die Klägerin die Zahlen ableite. Im Nachgang zur Tabelle werde als Beweis pauschal auf den neunseitigen Anhang zur Anklage der Staatsanwaltschaft vom 26. September 2016 (act. 6/3/25) sowie auf die Kontoauszüge mit dem Endsaldo (act. 6/3/26) verwiesen. Ein solcher pauschaler Verweis sei ungenügend (act. 25 Rz. 144 ff.; act. 6/54 Rz. 88 ff.). Darüber hinaus sei zu beachten, dass die klägerische Tabelle einen Zeitraum vom 21. Februar 2012 bis 21. Januar 2014 umfasse, während die Kontoauszüge nur die Kontobewegungen im Zeitraum 1. Januar 2014 bis

- 26 - 31. März 2014 wiedergäben und offensichtlich keinen tauglichen Beweis für die Zahlen in der Tabelle darstellten (act. 6/54 Rz. 91; act. 25 Rz. 147).

E. 3.4.2

Die Klägerin erwiderte auf diesen Vorhalt hin, G._____ habe im Strafverfahren eingestanden, dass sie die in der fraglichen Tabelle aufgeführten Optionsgeschäfte allesamt unautorisiert vorgenommen habe (act. 6/64 Rz. 16). Auch sei es widersprüchlich und unbeachtlich, wenn der Beklagte den Beweiswert dieser Tabelle bestreite, nachdem er sie im Prozess, den er für die Klägerin geführt habe, selbst als Beweismittel eingereicht und geltend gemacht habe, daraus lasse sich der Schaden ableiten (ebd.). Die Transaktionen ergäben sich im Übrigen auch aus den als act. 6/3/27 eingereichten Kontoauszügen und mit act. 6/3/26 habe sie auch den gesamten Verlust aus den unautorisierten Transaktionen mit Urkunden belegt (act. 6/64 Rz. 17).

E. 3.4.3

Das Zivilgericht ist an eine Entscheidung der Strafbehörden zur Höhe des Schadens nicht gebunden (vgl. Art. 53 Abs. 2 OR) und das Geständnis von G._____ im gegen sie geführten Strafprozess vermag im Verfahren gegen die E._____ bzw. im vorliegenden "Schattenprozess" gegen den Beklagten keinen Beweis für die Richtigkeit der im Anhang zur Anklageschrift aufgelisteten Zahlen zu erbringen (vgl. a. OGer ZH LB170042 vom 9. Mai 2018 E. IV.2hbb). Entgegen der Ansicht der Klägerin muss sich der Beklagte auch nicht auf seine Behauptungen behaften lassen, die er als Vertreter der Klägerin im Erstprozess in deren Namen aufgestellt hat. Massgeblich ist, ob eine Behauptung schlüssig ist und (so weit sie von der Gegenseite bestritten wurde) bewiesen werden kann. Es oblag damit der Klägerin, den Schaden darzutun und die Richtigkeit der von ihr angeführten Zahlen zu beweisen. In diesem Zusammenhang verwies der Beklagte zu Recht auf den Grundsatz der Beweisverbindung. Die Beweisofferten müssen eindeutig der zu beweisenden Tatsachenbehauptung zugeordnet werden. Nicht ausreichend ist es, einen ganzen Sachverhaltskomplex zu schildern und sich zum Beweis am Ende dieser Behauptungen auf ein umfangreiches Dokument zu berufen. Es kann nicht dem Gericht oder der Gegenpartei überlassen werden, die Beweisverbindung selbst vorzunehmen oder

aus einem mehrseitigen Dokument die (allenfalls) relevanten Stellen zu ermitteln (DIKE-Komm. ZPO-Pahud, Art. 221 N

- 27 - 17 m.H.). Vorliegend beschränkte sich die Klägerin indessen auf pauschale Verweise auf act. 6/3/26 und act. 6/3/27, und zwar auch nachdem der Beklagte die Rügen fehlender Beweise und mangelnder Beweisverbindung vorgebracht hatte. Dies genügt nicht. Vielmehr besteht vor diesem Hintergrund eine erhebliche Wahrscheinlichkeit, dass das Handelsgericht und das Bundesgericht die Richtigkeit der von der Klägerin behaupteten Zahlen als nicht bewiesen erachtet hätten. 4.

E. 4

Die Vorinstanz erwog, entgegen der Ansicht der Klägerin habe zu keinem Zeitpunkt eine klare Rechtsprechung bestanden, wonach der Kundin im Falle der Veruntreuung von Kundengeldern durch eine Bankangestellte ein Erfüllungsanspruch gegen die Bank zustehe (act. 5 S. 7 ff., 11). Sodann würden sich die klägerischen Ausführungen zur Schadensberechnung in mehrfacher Hinsicht als unzureichend erweisen, so dass ihr der Nachweis nicht gelungen sei, dass der ursprüngliche Prozess gegen die E._____ bei sorgfältiger Prozessführung zu einem für sie günstigeren Ergebnis geführt hätte (act. 5 S. 11 ff.). Die Klage sei entsprechend abzuweisen.

E. 4.1

Da die Klage im Erstprozess bereits am Schadensnachweis scheiterte, liess das Handelsgericht die Frage der Vertragswidrigkeit – d.h. insbesondere, ob die Transaktionen unautorisiert waren bzw. ob sie gegebenenfalls als genehmigt zu betrachten wären – offen. Der Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, dass die Klägerin mangels fristgerechter Beanstandung die streitgegenständlichen Transaktionen genehmigt habe, und verweist auf den entsprechenden Einwand der E._____ im Erstprozess (act. 6/54 Rz. 135 und act. 25 Rz. 292 m.H.a. act. 6/3/30 Rz. 61). Der Klägerin sei es bis zur Einstellung der entsprechenden Dienstleistung per Ende Mai 2012 jederzeit möglich gewesen, mit wenigen Mausclicks auf ihre Depot- und Kontoauszüge zuzugreifen und gegen die darin aufgeführten Positionen gegebenenfalls zu remonstrieren. Dies habe dem Willen der Klägerin entsprochen, welche anlässlich der Kontoeröffnung angegeben habe, dass sie keine Zusendung von physischen Konto- und Depotunterlagen wünsche, sondern ihr diese auf elektronischem Weg zugestellt werden sollten. Dass die streitgegenständlichen Konto- und Depotunterlagen der Klägerin auf diese Weise nicht (elektronisch) zugestellt worden wären, behaupte diese zu Recht nicht. Sei indessen eine Zustellung erfolgt, so sei die Klägerin nach Treu und Glauben verpflichtet gewesen, die zugestellten Unterlagen sorgfältig in Bezug auf allfällige Unregelmässigkeiten hin zu prüfen und gegebenenfalls innert Beanstandungsfrist zu beanstanden. Unterlasse sie dies, so müsse sie sich die Genehmigungsfiktion entgegenhalten lassen. Die banklagernde Korrespondenz habe die Klägerin sodann nach eigenen Angaben in der streitgegenständlichen Zeitperiode (vom 21. Februar 2012 bis am 3. Februar 2014), d.h. während über zwei Jahren, nie eingesehen. Es wäre ihr jedoch ohne Weiteres möglich und zumutbar gewesen, diese Korre-

- 28 - spondenz zu kontrollieren und innert Frist gemäss den anwendbaren AGB die aus ihrer Sicht unautorisierten Transaktionen zu beanstanden. Hierzu hätte sie umso mehr Anlass gehabt, als sie in dieser Zeit unstrittig auch selbst diverse Investments in Auftrag gegeben habe. Sie könne sich entsprechend nicht darauf berufen, sie habe mit keinerlei Transaktionen rechnen müssen (act. 6/54 Rz. 136; act. 25 Rz. 293).

E. 4.2

Die Klägerin hält demgegenüber dafür, dass sich eine Bank nicht auf die Zustell- und Genehmigungsfiktion berufen könne, wenn sie um die effektive Nichtgenehmigung der fraglichen Transaktionen wisse (act. 6/64 Rz. 26; s.a. act. 6/49 Rz. 112).

E. 4.3

Bankverträge sehen regelmässig "Banklagernd-Vereinbarungen" und "Reklamationsklauseln" vor, die von der Rechtsprechung grundsätzlich als zulässig und gültig erachtet werden. Wird eine Transaktion vom Kunden innerhalb der festgelegten Frist nach Erhalt der Mitteilung über die Ausführung des Auftrags oder des Konto- oder Depotauszugs nicht beanstandet, gilt die Transaktion oder der Auszug als vom Kunden akzeptiert (BGer 4A_161/2020 vom 6. Juli 2020 E. 5.2.1; 4A_119/2018 vom 7. Januar 2019 E. 6.1.2; 4A_471/2017 vom 3. September 2018 E. 4.2.2; 4A_262/2008 vom 23. September 2008 E. 2.2). Die Mitteilungen der Bank dienen nicht nur der Information des Kunden, sondern auch der rechtzeitigen Aufdeckung und Korrektur von Fehlbuchungen oder gar irregulären Transaktionen zu einem Zeitpunkt, in dem die finanziellen Folgen vielleicht noch nicht unumkehrbar sind. Die Regeln von Treu und Glauben auferlegen dem Kunden eine Sorgfaltspflicht in Bezug auf die Prüfung der von der Bank erhaltenen Mitteilungen und die Anfechtung von Buchungen, die ihm irregulär oder unbegründet erscheinen. Mangels Bestreitung muss sich der Kunde, auch wenn er die Geschäfte durch sein Verhalten nicht bewusst genehmigen wollte, die Genehmigungsfiktion entgegenhalten lassen (BGer 4A_161/2020 vom 6. Juli 2020 E. 5.2.2). Indessen kann das Gericht gemäss der bundesgerichtlichen Praxis zu Fällen, in denen banklagernde Zustellung vereinbart worden war, unter dem Aspekt des Rechtsmissbrauchsverbots (Art. 2 Abs. 2 ZGB) auf Unverbindlichkeit der Genehmigungsfiktion erkennen, wenn diese nach den Umständen des Falles zu einem unbilligen,

- 29 - das Rechtsempfinden verletzenden Ergebnis führt. So darf sich die Bank nicht auf die Genehmigungsfiktion berufen, wenn sie diese benutzt, um den Bankkunden absichtlich zu schädigen. Sodann setzt die Genehmigungsfiktion voraus, dass dem Kunden die Reklamation objektiv möglich und zumutbar sein muss; sie kann durch den Nachweis umgestossen werden, dass die Bank um die tatsächliche Nichtgenehmigung wusste (BGer 4A_42/2015 vom 9. November 2015 E. 5.2; 4A_548/2013 und 4A_550/2013 vom 31. März 2014 E. 3.6; 4A_262/2008 vom 23. September 2008 E. 2.3; 4C.378/2004 vom 30. Mai 2005 E. 2.2; 4C.81/2002 vom 1. Juli 2002 E. 4.3; 4C.278/1996 vom 25. Februar 1998 E. 3b). Massgebend sind die konkret gegebenen Umstände (BGer 4A_42/2015 vom 9. November 2015 E. 5.3). Die Genehmigungsfiktion kann auch dann zur Anwendung kommen, wenn sich der Kundenberater der Bank nicht an seine Weisungen gehalten hat (BGer 4A_161/2020 vom 6. Juli 2020 E. 5.2.1). Alleine vom Umstand, dass der Kundenberater eine Transaktion bewusst ohne entsprechenden Auftrag des Kunden ausführt, kann nicht ohne Weiteres auf eine – den Rechtsmissbrauch begründende – Schädigungsabsicht oder positives Wissen der Bank um die Nichtgenehmigung geschlossen werden (BGer 4A_614/2016 vom 3. Juli 2017 E. 6.3.1). Auch wenn ein Angestellter deliktisch gehandelt hat, ist die Berufung der Bank auf die Genehmigungsfiktion nicht bereits für sich genommen rechtsmissbräuchlich; insbesondere liegt kein widersprüchliches Verfahren vor (BGer 4A_70/2021 vom 15. Juli 2021 E. 8). Wenn die Klägerin bei dieser Rechtslage bloss abstrakt dafür hält, eine Bank könne sich nicht auf die Zustell- und Genehmigungsfiktion berufen, wenn sie um die effektive Nichtgenehmigung der fraglichen Transaktionen wisse –

ohne Aus- führungen dazu, inwiefern das Wissen der Kundenberaterin der E._____ selbst anzurechnen sei –, so reicht dies nicht aus, um den Einwand der E._____ bzw. des Beklagten, wonach die Genehmigungsfiktion greife, zu entkräften. Vielmehr ist es wahrscheinlich, dass die Klage gegen die E._____ vor Handelsgericht und Bundesgericht auch an der Genehmigungsfiktion gescheitert wäre. 5. Der Beklagte macht schliesslich (mit Blick auf die Kausalität) geltend, Anla- geschadensklagen seien grundsätzlich hochkomplex und nur sehr selten erfolg-

- 30 - reich (act. 25 Rz. 17 ff.). Aus den verfügbaren Präjudizien zu Anlageschadensfäl- len ergebe sich, dass der ganz überwiegende Teil solcher Klage abgewiesen werde und keine der Klagen vollständig gutheissen worden sei (act. 25 Rz. 18). Hierauf braucht nicht mehr eingegangen zu werden. Immerhin zeigt auch der vor- liegende "Schattenprozess", dass bei der gerichtlichen Geltendmachung von An- lageschäden namentlich hinsichtlich des Schadensnachweises erhebliche Risiken auszumachen sind und der Nachweis, dass ein Prozess ohne die gerügten an- waltlichen Sorgfaltspflichtverletzungen siegreich geendet hätte, schwierig zu er- bringen ist. 6. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Vorinstanz zu Recht zum Er- gebnis gekommen ist, die Klägerin habe nicht darzutun vermocht, dass der ur- sprüngliche Prozess gegen die E._____ bei sorgfältiger Prozessführung zu einem für sie günstigeren Ergebnis geführt hätte (vgl. act. 5 E. II.7e). Die Berufung ist abzuweisen und der Entscheid der Vorinstanz ist zu bestätigen. VI. Bei diesem Verfahrensausgang sind die Kosten des Berufungsverfahrens der Klä- gerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Ausgehend vom Streitwert von rund Fr. 4 Mio. (vgl. 2 Rz. 13; act. 5 S. 17; act. 9 E. 2) ist die Gerichtsgebühr auf Fr. 60'000.– (vgl. § 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 4 Abs. 1 GebV OG) festzusetzen. Die von der Klägerin an den Beklagten zu bezahlende Parteienschädigung ist auf Fr. 41'000.– zuzüglich 8.1% Mehrwertsteuer, insgesamt mithin auf Fr. 44'321.– festzusetzen (§ 13 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 4 Abs. 1 und § 11 Abs. 1, 2 und 3 Anw- GebV; näher dazu act. 20 E. 3). Es wird erkannt: 1. Die Berufung wird abgewiesen. Das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom

E. 5

Die Klägerin rügt mit Berufung, dass der Beklagte entgegen der Vorinstanz im Erstprozess vor Handelsgericht primär auf Erfüllung (und lediglich sekundär auf Schadenersatz) hätte klagen müssen (act. 2 Rz. 28 ff.) und sie den Schadens- nachweis, den der Beklagte im Erstprozess hätte erbringen müssen, dargetan habe (act. 2 Rz. 39 ff.). Die Vorinstanz habe sich mit diversen Aspekten des rele- vanten Sachverhalts nicht auseinandergesetzt. Richtigerweise sei davon auszu- gehen, dass der Beklagte bei der Prozessführung im Erstprozess jegliche Sorgfalt

- 9 - habe vermissen lassen (act. 2 Rz. 129 ff.), den Prozess aber bei richtiger Pro- zessführung hätte gewinnen können und müssen (act. 2 Rz. 153 ff.).

E. 6

Der Beklagte hält an seinem Standpunkt fest und schliesst auf Abweisung der Berufung (act. 25). IV. 1. Die Vorinstanz gibt die rechtlichen Grundsätze der Anwaltshaftung korrekt wieder (act. 5 E. II.1). Darauf kann verwiesen werden. Nochmals hervorzuheben ist zusammenfassend Folgendes: Der Anwalt haftet als Beauftragter dem Auftraggeber für getreue und sorgfältige Besorgung des ihm übertragenen Geschäfts (Art. 398 Abs. 2 OR). Er hat jedoch nicht für den Erfolg seiner Tätigkeit Gewähr zu leisten, sondern für ein Tätigwer- den nach den Regeln der Berufskunst (BGE 127 III 357 E. 1b). Dabei trägt der

Anwalt nicht die Verantwortung für die spezifischen Risiken, die mit der Bildung und Durchsetzung einer Rechtsauffassung an sich verbunden sind. Er übt insofern eine risikogeneigte Tätigkeit aus, der auch haftpflichtrechtlich Rechnung zu tragen ist. Namentlich gilt zu berücksichtigen, dass er nicht für jede Massnahme oder Unterlassung einzustehen hat, welche aus nachträglicher Betrachtung den Schaden bewirkt oder vermieden hätte. Nach wie vor haben die Parteien das Prozessrisiko zu tragen, das sie nicht über die Verantwortlichkeit des Anwalts verlagern können (BGE 134 III 534 E. 3.2.2; 127 III 357 E. 1b; BGer 4A_561/2023, 4A_565/2023 vom 19. März 2024 E. 3.2). Der anwendbare Sorgfaltsmassstab bestimmt sich nach objektiven Kriterien. Ob eine Verletzung der anwaltlichen Sorgfaltspflichten vorliegt, ist stets anhand des konkreten Falls zu prüfen. Dabei liegt der Wertungsgrat zwischen vertretbarem und unvertretbarem Vorgehen im Spannungsfeld zwischen der gefahrgeneigten Tätigkeit des Anwalts und seiner obrigkeitlich bekräftigten Fachkunde (BGE 134 III 534 E. 3.2.2; 127 III 357 E. 1c). Eine anwaltliche Pflichtverletzung im Rahmen der Prozessführung ist dann von Bedeutung, wenn der Ausgang des Verfahrens bei pflichtgemäsem Vorgehen aus Sicht des Auftraggebers besser ausgefallen wäre. Im Prozess zwischen Auftraggeber und Anwalt ist zu prüfen, wie der ursprüngliche Prozess ohne anwaltliche Sorg-

- 10 - faltspflichtverletzung ausgegangen wäre. Der Auftraggeber führt somit eine Art Schattenprozess, in dem die eigentlichen prozessualen Vorbringen darauf abzielen, den Nachweis dafür zu erbringen, dass der ursprüngliche Prozess bei sorgfältiger Prozessführung ein für ihn günstigeres Ergebnis gebracht hätte. Grundsätzlich hat der Auftraggeber zu beweisen, dass der Prozess siegreich geendet hätte, wenn der Anwalt seine Sorgfaltspflichten nicht verletzt hätte (BGer 4A_561/2023, 4A_565/2023 vom 19. März 2024 E. 3.2; 4A_187/2021 vom 22. September 2021 E. 3.1.2; 4A_659/2018 vom 15. Juli 2019 E. 3.1.3). 2.

E. 7

Januar 2025 wird bestätigt. 2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 60'000.– festgesetzt, der Berufungsklägerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Vorschuss verrechnet.

- 31 - 3. Die Berufungsklägerin wird verpflichtet, dem Berufungsbeklagten für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 44'321.– zu zahlen. Diese ist dem Berufungsbeklagten von der Obergerichtskasse aus der von der Berufungsklägerin geleisteten Sicherheit zu entrichten. 4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Berufungsbeklagten unter Beilage eines Doppels von act. 29, sowie an das Bezirksgericht Zürich, je gegen Empfangsschein. 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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt rund Fr. 4 Mio. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Obergericht des Kantons Zürich II. Zivilkammer Die Vorsitzende: Der Gerichtsschreiber: lic. iur. E. Lichti Aschwanden MLaw A. Clinard versandt am:

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