

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB160027-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende;
Oberrichter Dr. H.A. Müller, Referent, Oberrichter Dr. M. Kriech
sowie Gerichtsschreiber lic. iur. L. Casciaro

Beschluss vom 26. August 2016

in Sachen

A. _____,

Kläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt PD Dr. iur. X. _____

gegen

B. _____ AG,

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 1. Abteilung, vom
13. April 2016 (CG120009-L)**

Rechtsbegehren des Klägers:

(Klageschrift, Urk. 2 S. 2):

- " Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger CHF 507'803.– mit-
samt Zinse zu 5% ab 31. August 2010 zzgl. Kosten des Schlich-
tungsverfahrens von CHF 950.– zu bezahlen,
unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

Rechtsbegehren des Klägers:

(Replik, Urk. 31 S. 2)

- " 1. a) Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger CHF 718'018.–
samt Zins zu 5% seit dem 31. August 2010 zu bezahlen.
b) Eventualiter sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger einen
Betrag nach richterlichem Ermessen samt Zins zu 5 % seit dem
31. August 2010, zu bezahlen.
c) Sub-eventualiter sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger
einen Betrag unter Berücksichtigung der Zahlen (Performance-
Werte) gemäss Schlussbericht der Beklagten per 31. August
2010 zu bezahlen, samt Zins zu 5% seit dem 31. August 2010.
2. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger einen Schlussbericht
betreffend das Depot Nr. ... per 31. August 2010 zuzustellen, ins-
besondere enthaltend die Performance-Zahlen der Jahre 2004
(ab 6. Juli), 2005, 2006, 2007, 2008, 2009 und 2010 (bis 31. Au-
gust) sowie die kumulierte Gesamtpformance (in %) für die
Zeitperioden a) 30. Juni 2007 bis 31. August 2010 und b) 6. Juli
2004 bis 31. August 2010.
Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten."

Urteil des Bezirksgerichts Zürich (1. Abteilung) vom 13. April 2016 (Urk. 79):

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Entscheidgebür wird auf Fr. 30'500.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten werden der klagenden Partei auferlegt und mit dem geleisteten Vorschuss verrechnet. Der Fehlbetrag wird von der klagenden Partei nachgefordert.
4. Die klagende Partei wird verpflichtet, der beklagten Partei eine Partei-entschädigung von Fr. 36'200.– (inkl. MwSt.) zu bezahlen. Diese wird der beklagten Partei aus der von der klagenden Partei geleisteten Si-cherheit ausbezahlt.

5. [Mitteilungen]
6. [Rechtsmittel]

Berufungsanträge:

des Klägers und Berufungsklägers (Urk. 78 S. 2):

- "1. In Gutheissung der Berufung und Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger CHF 718'018.00, eventualiter einen Betrag nach richterlichem Ermessen, jeweils samt Zins zu 5 % seit dem 31. August 2010 zu bezahlen.
2. Subeventualiter sei das vorinstanzliche Urteil in Gutheissung der Berufung aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen, insbesondere zur vorgängigen Durchführung eines ordnungsgemässen Beweisverfahrens.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten."

der Beklagten und Berufungsbeklagten (Urk. 85 S. 2):

"Es sei die Berufung abzuweisen unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Klägers."

Inhaltsverzeichnis:

1. Sachverhalt	4
2. Prozessverlauf	8
3. Prozessuales	9
4. Vermögensverwaltungsvertrag: Anlagestrategie	12
5. Schaden.....	22
6. Rückweisung; Kosten- und Entschädigungsfolgen	22

Erwägungen:

1. Sachverhalt

1.1. Der im Jahre 1955 geborene Kläger beschreibt seine Situation so: Er sei ausgebildeter Rechenmaschinen-Mechaniker. Nach Abschluss der Hotelfachschule sei er Verkaufsleiter Schweiz der ...-Hotelgruppe geworden und dort für die Akquisition von Kunden zuständig gewesen. Später sei er bei der C._____ AG für Immobilienverkäufe zuständig gewesen, bevor er sich als Immobilienvermittler selbstständig gemacht habe (Urk. 2 Rz 244). Die Parteien stimmen darin überein, dass der Kläger im Jahre 1998 bei einem damaligen Vermögensstand von ca. Fr. 5 Mio. in "Frühpension" ging (Urk. 21 Rz 24, Urk. 31 Rz 252). Nach seiner Darstellung hat sich der Kläger im Jahre 1998 in der Schweiz abgemeldet und ist nun ein sog. "Perpetual Traveller" (Urk. 31 Rz 252). Einen neuen Wohnsitz soll er "im Gegensatz zu einem neuen Wohnort" seither nicht mehr begründet haben, und zwar weder in der Schweiz noch im Ausland. In diesem Sinne wohnt er nach seiner Darstellung seither in Bangkok (Thailand), tritt aber nach wie vor in der Schweiz "sporadisch als Immobilienvermittler / -treuhänder" auf (Urk. 31 Rz 252 f.).

1.2. Die Beklagte wurde im Jahre 1992 gegründet und ist als Aktiengesellschaft im Handelsregister des Kantons Zürich mit einem Aktienkapital von Fr. 100'000.00 eingetragen; sie bezweckt unter anderem "Finanzdienstleistungen aller Art" und betätigt sich im Vermögensverwaltungsgeschäft. In diesem Bereich nahm der Kläger die Dienstleistungen der Beklagten in Anspruch, wobei er hauptsächlich von D._____, dem Geschäftsführer und Verwaltungsrat der Beklagten, betreut wurde (Urk. 21 Rz 55; Urk. 31 Rz 329). Die Parteien schlossen auf dem Briefpapier der Beklagten im Rahmen ihrer geschäftlichen Beziehungen drei Vermögensverwaltungsverträge, welche drei getrennte Vermögensmassen des Klägers betreffen:

1.2.1. Am 15. Februar 2001 beauftragte der Kläger die Beklagte mit der Verwaltung eines "Fondskonto/-depots" bei der Bank E._____ AG (Urk. 2 Rz 23, 21 Rz 40, Urk. 31 Rz 304 f.; Urk. 23/12 und Urk. 33/4). Auf dem Vertragsformular

wurde vom Kläger die *Strategie "Ausgewogen"* angekreuzt, die dort wie folgt definiert wird:

"Im Vordergrund steht das moderate, langfristig reale Kapitalwachstum. Das Portfolio ist global diversifiziert und legt in erstklassige Anlagefonds an. Der Aktienanteil liegt bei durchschnittlich 40% und bewegt sich in einer Bandbreite von 25 bis maximal 55%. Als Referenzwährung dient der Schweizer Franken (CHF); der Anteil CHF und Euro liegt zusammen in der Regel nicht unter 60%.

Ein minimaler Anlagehorizont von 5 Jahren ist empfehlenswert."

Zur Verfügung gestanden hätten gemäss Vertragsformular auch die zurückhaltendste Strategie "Defensiv" oder aber auch die aggressiveren Strategien "Dynamisch", "Aktien" und "Megatrends".

1.2.2. Mit einem von beiden Parteien am 2. März 2001 unterzeichneten Verwaltungsauftrag (Urk. 3/5) beauftragte der Kläger die Beklagte sodann "mit der selbständigen Verwaltung der Guthaben und Vermögenswerte", die er "derzeit und in Zukunft" bei der "F._____ Bank (Schweiz) AG" unter der Stammnummer ... "unterhält" (Ziff. 1). Die Beklagte wurde dabei zu sämtlichen Transaktionen für "übliche Anlagen" ermächtigt (Ziff. 2). Auch in diesem Zusammenhang wurde die *Strategie "Ausgewogen"* festgelegt, die in Ziff. 3 des Vertrages exakt gleich definiert wurde wie bereits im oben erwähnten Vertrag vom 15. Februar 2001 (vgl. E. 1.2.1.).

1.2.3. Am 6. Juli 2004 unterzeichneten die Parteien einen weiteren Verwaltungsauftrag (Urk. 3/4), mit dem die Beklagte "mit der selbständigen Verwaltung der Guthaben und Vermögenswerte" betraut wurde, die der Kläger "derzeit und in Zukunft" bei der "G._____" (im Folgenden "G._____") unter der Stammnummer ... "unterhält" (Ziff. 1). Die Beklagte wurde dabei zu sämtlichen Transaktionen für "übliche Anlagen" ermächtigt (Ziff. 2). Bezüglich der "Devisentermingeschäfte und Währungsoptionen" wurde vermerkt, dass sie "*ausschliesslich zu Absicherungszwecken bestehender Fremdwährungsanlagen*" gemacht werden dürften. Und bezüglich Derivate wurde bestimmt, dass ausschliesslich "*Indexzertifikate oder strukturierte Bankprodukte, welche die entsprechenden Marktrisiken dämpfen oder ganz absichern*" in Frage kämen. Bezüglich der Anlagestrategie wurde in Ziff. 3 des Vertrages Folgendes festgelegt:

"Die Anlagezielsetzung ist der mittelfristige Kapitalerhalt (Zeitraum 4 - 5 Jahre) in Schweizer Franken. Hierzu sollen vorwiegend handelbare Anlagefonds und Absicherungsprodukte eingesetzt werden. Die B._____ AG richtet sich bei der Wahl der Produkte auf die formulierte Anlagezielsetzung aus, kann aber keine Garantie für einen Kapitalerhalt abgeben."

Als Entschädigung der Beklagten wurde bei Vermögenswerten von bis Fr. 1 Mio. eine Vergütung von 1% der verwalteten Vermögenswerte pro Jahr vereinbart und für Vermögenswerte, die über dieser Grenze liegen, eine Vergütung von 0,7% der verwalteten Vermögenswerte pro Jahr.

Die Differenz der Parteien betrifft einzig diesen dritten Verwaltungsauftrag.

1.3. Bezüglich des hier einzig interessierenden und die Vermögenswerte bei der "G._____" betreffenden Vermögensverwaltungsauftrages vom 6. Juli 2004 liegen Rechenschaftsberichte der Beklagten bei den Akten. Hinzuweisen ist auf folgende Rechenschaftsberichte der Beklagten:

- Rechenschaftsbericht für die Periode vom 1. Januar 2005 bis 30. Juni 2005 (Urk. 23/28). Total der Vermögenswerte per 30.6.2005 Fr. 714'028.00. Aktien 8%. Der Bericht enthält keine "depotspezifische Bemerkungen".
- Rechenschaftsbericht per 31. Dezember 2005 (Urk. 23/29, Urk. 3/12). Total der Vermögenswerte per 31.12.2005 Fr. 814'817.00. Aktien 8%. Dieser Rechenschaftsbericht enthält die folgenden "depotspezifischen Bemerkungen":

"2005 hat auch bei Ihrem *sehr defensiv ausgerichteten Portfolio* zu einem ansehnlichen Kursanstieg geführt und das Anlageziel, die Inflation zu schlagen, konnte problemlos erreicht werden. Aufgrund des Kursanstiegs mussten aus Risikoüberlegungen die Mehrzahl der Wandelobligationen bereits wieder verkauft werden. Wir haben sie durch gleiche Produkte mit wieder tieferem Kursrisiko ersetzt."
- Rechenschaftsbericht per 30. Juni 2006 (Urk. 23/30). Total der Vermögenswerte per 30.6.2006 Fr. 1'122'777.00. Aktien 6%. Dieser Rechenschaftsbericht enthält die folgenden "depotspezifischen Bemerkungen":

"Da sich durch die Einzahlung von Anfang Juni der *Investitionsgrad stark reduziert* hat, mussten wir in dieser Börsenkorrektur keine Verkäufe vornehmen. Gegen Ende Monat erschien uns der Zeitpunkt gekommen, einen ersten Teil der liquiden Mittel zu investieren. Wir kauften diverse strukturierte Produkte (Yield Note und Indexzertifikate) sowie Wandelobligationen."
- Rechenschaftsbericht per 31. Dezember 2006 (Urk. 23/31, 33/7). Total der Vermögenswerte per 31.12.2006 Fr. 1'189'955.00. Aktien 24%. Dieser Rechenschaftsbericht enthält die folgenden "depotspezifischen Bemerkungen":

"Die steigenden Aktienkurse haben auch im Bereich der Wandelanleihen und strukturierten Produkte zu steigenden Kursen geführt. So *'mussten'* wir im 4. Quartal bei der Wandelanleihe von H._____ die *Gewinne realisieren*, da sie die Kursschwelle von 120% überschritten hat und somit bezüglich *Kursrisiken ein zu grosses Kursrückschlagpotential* bekommen hat. Weil es im Bereich der Wandelanleihen fast kein neues Material auf dem Markt gibt und die bestehenden Anleihen hohe Kurse aufweisen, haben wir den Verkaufserlös vorerst in ein *Absolut-Return-Produkt* investiert. Gute Renditen liessen sich 2006 auch *mit kapitalgeschützten Return Notes* erzielen. Die im November fällig gewordene Anlage konnten wir wieder in gleichartige Produkte investieren."

- Rechenschaftsbericht per 30. Juni 2007 (Urk. 3/24). Total der Vermögenswerte per 30.6.2007: Fr. 1'253'743.00. Aktien 32%. Dieser Rechenschaftsbericht enthält die folgenden "depotspezifischen Bemerkungen":

"Wir haben auch im 2. Quartal unsere *eher vorsichtige Haltung beibehalten* und blieben *defensiv positioniert*. Im April und Mai wurden zwei strukturierte Produkte frühzeitig gekündigt. Wir haben sie mit ähnlichen Produkten ersetzt und dabei darauf geachtet, dass die darin *integrierten Kapital-schutzkomponenten eine ausreichende Schutzwirkung* aufweisen."

- Rechenschaftsbericht per 31. Dezember 2007 (Urk. 3/34). Total der Vermögenswerte per 31.12.2007: Fr. 1'201'011.00. Aktien 31%. Dieser Rechenschaftsbericht enthält die folgenden "depotspezifischen Bemerkungen":

"Das auf *Werterhalt ausgerichtete Vermögen* hat die Turbulenzen an den Märkten relativ gut überstanden.

Die aktuelle Kursschwäche an den Börsen nutzten wir zum Aufbau einer kleineren Position in einer Wandelanleihe mit Bezug auf I._____. Die Anleihe hat einen nahezu reinen Obligationencharakter, könnte aber zusätzlich von einem Kursanstieg von I._____ profitieren."

- Rechenschaftsbericht per 30. Juni 2008 (Urk. 3/26). Total der Vermögenswerte per 30.6.2008: Fr. 1'078'908.00. Aktien 35%. Dieser Rechenschaftsbericht enthält die folgenden "depotspezifischen Bemerkungen":

"Obwohl die Aktienmärkte sehr tief bewertet sind, haben wir mit strategischen Zukäufen noch zugewartet. Sollten die Märkte weiter nachgeben, werden wir aus *Sicherheitsgründen einen weiteren Teil der Aktienquote in Kapitalschutzprodukte* wechseln, welche zwar temporär auch schwanken, aber auf den Verfalltermin, ähnlich wie eine Obligation, den Wert auch teilweise oder sogar ganz schützen können."

- Rechenschaftsbericht per 31. Dezember 2008 (Urk. 3/35). Total der Vermögenswerte Fr. 1'002'564.00. Aktien 35%. Dieser Rechenschaftsbericht erschöpft sich in einer Aufstellung.

1.4. Der Kläger trägt vor, dass ihm im Jahre 2008 erstmals der Verdacht gekommen sei, dass die Beklagte sich nicht an die vereinbarte Anlagestrategie halte. Im März 2009 sei es daher zu einer Aussprache mit der Beklagten gekommen,

zu der er J._____ beigezogen habe (Urk. 78 Rz 53 mit Hinweis auf Urk. 2 Rz 263 ff.). Am 9. April 2009 liess J._____ namens des Klägers der Beklagten eine E-Mail zukommen, mit der er um Terminvorschläge für eine weitere Besprechung ersuchte, bei der es "um die Regulierung des entstandenen Schadens gehen soll" (Urk. 3/79). Die Diskussionen zwischen den Parteien zogen sich in der Folge dahin, ohne dass eine Einigung gefunden worden wäre.

1.5. Mit Schreiben vom 30. August 2010, bei der Beklagten tags darauf eingegangen, teilte der Kläger der Beklagten mit, dass er den Verwaltungsauftrag für das Depot ... bei der G._____ mit sofortiger Wirkung widerrufe (Urk. 3/6).

2. Prozessverlauf

2.1. Am 5. Oktober 2011 richtete der Kläger an die zuständige Schlichtungsbehörde ein Schlichtungsgesuch. Die Schlichtungsbehörde stellte am 31. Oktober 2011 die Klagebewilligung aus (Urk. 1), worauf der Kläger die Klage mit Klageschrift vom 23. Januar 2012 (Urk. 2) beim Bezirksgericht Zürich einreichte. Nach der Durchführung eines doppelten Schriftenwechsels wies das Bezirksgericht die Klage mit Urteil vom 13. April 2016 ab (Urk. 79).

2.2. Gegen das am 25. April 2016 zugestellte (Urk. 75) bezirksgerichtliche Urteil erhob der Kläger mit Berufungsschrift vom 17. Mai 2016 rechtzeitig Berufung (Urk. 78). Die Beklagte beantwortete die Berufung mit Schriftsatz vom 8. Juli 2016 (Urk. 85). Mit Verfügung vom 11. Juli 2016 teilte das Gericht den Parteien mit, dass der Prozess in die Phase der Urteilsberatung gehe (Urk. 86, Dispositiv-Ziff. 3). In der Folge ging am 15. Juli 2016 eine unverlangte sog. "Replikschrift" des Klägers vom 14. Juli 2016 ein (Urk. 88). Diese wurde der Beklagten mit dem Hinweis übermittelt, dass die Berufung frühestens am 26. August 2016 beurteilt werde.

2.3. Mit Eingabe vom 14. Juni 2016 ersuchte die Beklagte darum, es sei im Sinne von Art. 99 ZPO der Kläger zu verpflichten, eine allfällige Parteientschädigung des Klägers für das Berufungsverfahren zugunsten der Beklagten im Umfange von Fr. 27'170.00 sicherzustellen (Urk. 83). In der Folge wurde mit Verfü-

gung vom 11. Juli 2016 dem Kläger Frist angesetzt, um im Umfange von Fr. 18'500.00 die Parteientschädigung der Beklagten für das Berufungsverfahren sicherzustellen. Mit Valuta vom 14. Juli 2016 überwies der Kläger der Obergerichtskasse als Sicherheit einen Betrag von Fr. 18'500.00 (Urk. 87).

3. Prozessuales

3.1. Allgemeines. Das Berufungsverfahren ist ein eigenständiges Verfahren (BGer 4A_619/2015 vom 25.5.2016, E. 2.2.1., zur Publikation bestimmt). Die Berufung ist gemäss Art. 311 ZPO zu begründen. Begründen im Sinne dieser Vorschrift bedeutet aufzeigen, inwiefern der angefochtene Entscheid als fehlerhaft erachtet wird. Dies setzt voraus, dass der Berufungskläger im Einzelnen die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnet, die er anführt, sich mit diesen argumentativ auseinandersetzt und die Aktenstücke nennt, auf denen seine Kritik beruht. Das vorinstanzliche Verfahren wird nicht einfach fortgeführt oder gar wiederholt, sondern es geht um die Überprüfung des vom Erstgericht getroffenen Entscheids aufgrund von erhobenen Beanstandungen. Unzulässig sind Verweisungen auf die erstinstanzlichen Rechtsschriften (BGE 138 III 374 E. 4.3.1 S. 375; BGer 4A_580/2015 vom 11. April 2016, zur Publikation bestimmt, E. 2.2; BGer 4A_263/2015 vom 29.9.2015, E. 5.2.2 mit Hinweisen und BGer 4A_382/2015 vom 4.1.2016, E. 11.3.1.). Was für die Begründung der Berufungsbegründung gilt, gilt auch für die Berufungsantwort (BGer 4A_580/2015 vom 11.4.2016, zur Publikation bestimmt, E. 2.2).

3.2. Angebliche Begründungsmängel des angefochtenen Urteils. Der Kläger trägt vor, das angefochtene Urteil weise verschiedene Begründungsmängel auf. So verwende es unzutreffende Textbausteine und enthalte zahlreiche "Begriffsverstärkungen". Ferner fehle an verschiedenen Stellen ein roter Faden, und das Urteil weise Bruchstellen auf sowie enthalte falsche Verweisungen. Ein derartiges Urteil sei geeignet, "das Ansehen in die (erstinstanzliche) Justiz und das Vertrauen in die Gerichtsbehörden zu gefährden" (Urk. 78 Rz 4 f.). Was der Kläger mit diesen schulmeisterlichen Hinweisen bezweckt, bleibt sein Geheimnis. Jedenfalls verbindet er mit ihnen keine bestimmte Anträge. Es ist daher darauf nicht weiter einzugehen.

3.3. "Verletzung des Beschleunigungsgebotes / Rechtsverzögerung". Der Kläger weist auf den von ihm im sog. Annex zur Berufungsschrift dargestellten erstinstanzlichen Verfahrensverlauf hin und rügt Rechtsverzögerung und Verletzung des Beschleunigungsgebots durch die Vorinstanz. Die Berufungsinstanz möge auch diesem Aspekt "die gebührende Beachtung zukommen lassen", insbesondere wenn die Sache an die Vorinstanz zurückgewiesen werden sollte (Urk. 78 Rz 10 f. mit Hinweis auf Urk. 78 S. 35). Einen konkreten Antrag verbindet der Kläger aber auch in diesem Zusammenhang mit seinen Ausführungen nicht. Wegen Rechtsverzögerung hätte der Kläger indessen während des ganzen erstinstanzlichen Verfahrens jederzeit eine Beschwerde einreichen können (Art. 319 lit. c und Art. 321 Abs. 4 ZPO). Das hat er aber nie getan. Mit dem angefochtenen Urteil wurde das erstinstanzliche Verfahren abgeschlossen, so dass die vom Kläger in diesem Zusammenhang vorgetragenen Rügen ohne weiteres gegenstandslos sind.

3.4. "Richterliche Prozessführung wider Treu und Glauben". Mit Verfügung der Referentin vom 8. März 2016 (Urk. 71) setzte die Vorinstanz den Parteien Frist, um zu erklären, "ob sie auf die Durchführung der mündlichen Parteivorträge (erster Teil der Hauptverhandlung) – davon ausgenommen eine allfällige Beweisverfügung, Beweisabnahme und allfällige Schlussvorträge – verzichten." In den Erwägungen der Verfügung setzte die Vorinstanz den Parteien auseinander, dass der Verzicht auf die mündlichen Parteivorträge keinen Verzicht auf eine *allfällige* Beweisverfügung, eine *allfällige* Beweisabnahme und auf *allfällige* Schlussvorträge bedeute. Ohne damit einen Antrag zu verbinden, sieht der Kläger in diesem Vorgehen eine "richterliche Prozessführung wider Treu und Glauben" und damit eine Verletzung von Art. 52 ZPO. Der Kläger weist mit der Berufung darauf hin, dass er zwar mit seiner Eingabe an die Vorinstanz vom 16. März 2016 (Urk. 73) auf den ersten Teil der Hauptverhandlung verzichtet habe, gleichzeitig aber "seine Erwartungshaltung zum Ausdruck" gebracht habe, dass ein Beweisverfahren eröffnet werde (Urk. 78 Rz 18-20). In der Tat ersuchte der Kläger mit seiner erwähnten Eingabe vom 16. März 2016 die vorinstanzliche Referentin, "das Beweisverfahren zu eröffnen".

Auf die Verfügung vom 8. März 2016 hin verzichteten die Parteien – der Kläger ausdrücklich und die Beklagte stillschweigend – auf die Durchführung der Hauptverhandlung. Durch die vorinstanzliche Verfügung wurde klargestellt, dass ein solcher Verzicht lediglich die ersten Parteivorträge gemäss Art. 228 ZPO erfasst, nicht aber das Beweisverfahren, das unter Vorbehalt von Art. 226 Abs. 3 ZPO grundsätzlich ebenfalls im Rahmen der Hauptverhandlung stattzufinden hätte (vgl. Art. 231 f. ZPO). Damit wurde den Parteien angezeigt, dass bei einem Verzicht der Parteien auf die Vorträge gemäss Art. 228 ZPO die Sache in die Phase der Urteilsberatung übergehe. Das Gericht hatte daher nach dem Verzicht der Parteien auf die Parteivorträge gemäss Art. 228 ZPO das Urteil sorgfältig zu beraten und alsdann auf Grund der Akten zügig sein Urteil auszufällen (vgl. für die analoge Situation im Berufungsverfahren: BGer 4A_619/2015 vom 25.5.2016, E. 2.2.5, zur Publikation bestimmt). Die Frage, ob ein Beweisverfahren stattzufinden hat oder nicht, hängt von der Würdigung von Rechts- und Tatfragen ab, welche vom Gericht im Rahmen der Urteilsberatung vorzunehmen ist. Wäre die Vorinstanz im Rahmen ihrer Urteilsberatung zum Schluss gekommen, dass ein Beweisverfahren durchzuführen ist, dann hätte sie eine Beweisverfügung gemäss Art. 154 ZPO erlassen müssen. Das angefochtene Urteil zeigt aber, dass die Vorinstanz die Rechts- und Sachlage anders beurteilte. Vor der Urteilsberatung durfte sich die vorinstanzliche Referentin indessen nicht in der einen oder andern Richtung endgültig festlegen, was sie mit ihrer Verfügung vom 8. März 2016 denn auch zu Recht nicht getan hat, hat sie doch dort den weiteren Verfahrensgang ausdrücklich offen gelassen. Von einer "richterlichen Prozessführung wider Treu und Glauben" kann keine Rede sein.

3.5. Aktenschluss. Die folgenden Parteivorträge des vorinstanzlichen Verfahrens sind bezüglich der von den Parteien aufgestellten Behauptungen und der gestellten Beweisanträge (vgl. Art. 221 Abs. 1 lit. d und lit. e und Art. 222 Abs. 2 ZPO) von Belang:

- Klageschrift des Klägers vom 23. Januar 2012 (Urk. 2);
- Klageantwortschrift der Beklagten vom 14. Mai 2012 (Urk. 21);
- Replikschrift gemäss Art. 225 ZPO des Klägers vom 28. September 2012 (Urk. 31);

- Dupliktschrift gemäss Art. 225 ZPO der Beklagten vom 27. Mai 2013 (Urk. 51).

Vorliegend ist der Aktenschluss mit dem Abschluss des zweiten Schriftenwechsels eingetreten. Neue Tatsachen und Beweisanträge konnten nach diesem Zeitpunkt im erstinstanzlichen Verfahren nur noch unter den Voraussetzungen des Art. 229 Abs. 1 ZPO in den Prozess eingebracht werden (BGE 140 III 312), wobei diejenige Partei, die sich auf Noven beruft, darzutun hat, dass die Voraussetzungen dazu gegeben sind. Einzig in diesem Sinne sind die Eingaben des Klägers vom 16. September 2013 (Urk. 60) bzw. der Beklagten vom 20. Februar 2014 (Urk. 64) gegebenenfalls von Belang.

4. Vermögensverwaltungsvertrag: Anlagestrategie

4.1. Allgemeines. Durch den Vertrag vom 6. Juli 2004 (Urk. 3/4) überliess der Kläger es der Beklagten, selbständig nach Massgabe des Vertrages und unter Beobachtung der Sorgfalts- und Treuepflicht für den Kläger die geeigneten Anlageentscheide zu treffen und auszuführen. In diesem Sinne räumte der Kläger mit Ziff. 2 des Vertrages der Beklagten die Verfügungsmacht über sein Depot ... bei der G. _____ ein. Damit liegt ein eigentlicher Vermögensverwaltungsvertrag vor (Gutzwiller, Rechtsfragen der Vermögensverwaltung, Zürich 2008, S. 23 und 27). Auf den Vermögensverwaltungsvertrag sind die auftragsrechtlichen Regeln anwendbar (BGE 138 III 755 E. 4.2, 137 III 393 E. 2.1 S. 395 und 132 III 460 E. 4.1 S. 464). Der Beauftragte haftet dem Auftraggeber für getreue und sorgfältige Ausführung des ihm übertragenen Geschäfts (Art. 398 Abs. 2 OR). Das Mass der Sorgfalt bestimmt sich nach objektiven Kriterien. Erforderlich ist die Sorgfalt, die ein gewissenhafter Beauftragter in der gleichen Lage bei der Besorgung der ihm übertragenen Geschäfte anzuwenden pflegt. Höhere Anforderungen sind an den Beauftragten zu stellen, der, wie die Beklagte es tut, seine Tätigkeit berufsmässig gegen Entgelt ausübt. Dabei ist nach der Art des Auftrags zu differenzieren und auch den besonderen Umständen des Einzelfalles Rechnung zu tragen: Bestehen für eine Berufsart oder ein bestimmtes Gewerbe allgemein zu befolgende Verhaltensregeln und Usancen, sind sie bei der Bestimmung des Sorgfaltsmasses heranzuziehen. Der Beauftragte hat grundsätzlich nicht für den Erfolg seiner Tätigkeit

einzustehen. Haftungsbegründend ist vielmehr eine unsorgfältige oder treuwidrige und den Auftraggeber schädigende Ausführung des Auftrags (BGE 115 II 62 E. 3a mit Hinweisen; vgl. auch BGE 133 III 121 E. 3.1 S. 124; 124 III 155 E. 3 S. 161). In diesem Sinne als unsorgfältig muss namentlich auch eine Geschäftsbesorgung gelten, die sich nicht an die vertraglich vereinbarten Richtlinien hält.

4.2. Anlagestrategie gemäss Vertrag. Gemeinhin unterscheidet man zwischen den Anlagestrategien "Kapitalerhalt" als konservative Anlagevariante, "Ausgewogen" mit mittlerem Risiko und "Kapitalwachstum" mit höherem Risiko (vgl. Emch/Renz/ Arpagaus, Das Schweizerische Bankgeschäft, 7.A., Rz 1703 ff.; Schaller, Handbuch des Vermögensverwaltungsrechts, Rz 55). Im vorliegenden Fall legten sich die Parteien durch ihren Vertrag auf eine Anlagezielsetzung mit "*mittelfristigem Kapitalerhalt*" fest, indem "*vorwiegend*" in "*handelbare Anlagefonds*" sowie in "*Absicherungsprodukte*" investiert werden sollte (Ziff. 3). Devisentermingeschäfte sollten sodann ausschliesslich zu "*Absicherungszwecken*" getätigt werden (Ziff.2). Ebenso sollten Derivate nur zur *Dämpfung und Absicherung von Marktrisiken* eingesetzt werden (Ziff. 2). Die erwähnten Vertragsbestimmungen bilden Richtschnur für den Entscheid, ob die Beklagte vertragsgemäss gehandelt hat oder nicht. Da sich die Parteien damit auf eine konservative Vermögensverwaltung festgelegt haben, kann die Frage, ob im Falle des Klägers angesichts seiner Vermögensverhältnisse nicht auch eine etwas aggressivere Vermögensanlage angemessen gewesen wäre, keine Rolle spielen.

Im Sinne von Art. 400 OR hat die Beklagte dem Kläger regelmässig Rechenschaft über ihre Tätigkeit abgelegt. Von Belang ist, dass die Klägerin praktisch in jedem ihrer Rechenschaftsberichte bestätigte, dass sie eine konservative Anlagestrategie verfolge (vgl. oben E. 1.3). So ist in den Rechenschaftsberichten zu lesen:

- Per 31.12.2005: Das Portfolio sei sehr defensiv ausgerichtet.
- Per 30.6.2006: Der Investitionsgrad habe sich stark reduziert.
- Per 31.12.2006: Gewinne seien realisiert worden, um ein "Kursrückschlagpotential" zu vermeiden. Man habe in ein "Absolut-Return-Produkt" und in kapitalgeschützte Notes investiert.

- Per 30.6.2007: Die eher vorsichtige Haltung und die defensive Positionierung seien beibehalten worden. Ferner habe man in Produkte investiert mit "Kapitalschutzkomponenten".
- Per 31.12.2007: Das Vermögen sei auf "Werterhalt" ausgerichtet.
- Per 30. Juni 2008: Aus Sicherheitsgründen werde ein "weiterer Teil der Aktienquote" in "Kapitalschutzprodukte" gewechselt.

Angesichts dieser Rechenschaftsberichte durfte der Kläger ohne weiteres davon ausgehen, die Beklagte werde die Vermögensanlagen vertragsgemäss tätigen, ohne dass er gehalten gewesen wäre, die tatsächlichen Vermögensanlagen der Beklagten einer genaueren Prüfung zu unterziehen. Bei dieser Ausgangslage spielt daher die Frage, ob der Kläger fachkundig ist oder nicht, grundsätzlich keine Rolle.

4.3. Vertragswidrige Anlagestrategie: "Ausgewogen". Der Kläger wirft der Beklagten nun vor, sie habe entgegen den vertraglichen Abreden keine defensive, sondern eine "ausgewogene" Anlagestrategie verfolgt, namentlich ab dem 30. Juni 2007 (Urk. 2 Rz 24, 53 ff., Urk. 31 Rz 19 ff.). Die Beklagte anerkennt, in der Tat eine ausgewogene Anlagestrategie verfolgt zu haben (Urk. 21 Rz 14). Sie verweist auf zahlreiche Besprechungen mit dem Kläger, anlässlich welcher dieser ihrem Vorgehen zugestimmt haben soll (Urk. 21 Rz 58 ff.; Urk. 51 Rz 158 ff.).

Ausgangspunkt ist indessen der Vertrag der Parteien, der die Anlageziele konkret umschreibt. Diese Anlageziele wurden von der Beklagten in ihren Rechenschaftsberichten jedenfalls mit Worten immer wieder bestätigt. Wenn sie sich in der Folge im Ergebnis darauf beruft, dass die Parteien sich in mündlichen Abreden auf eine andere Anlagestrategie geeinigt hätten als schriftlich vereinbart, dann muss sie sich als professionelle Vermögensverwalterin doch die Frage gefallen lassen, warum sie denn nicht auf eine Anpassung des Vertrages gedrängt und warum sie die Änderung der Anlagestrategie in den Rechenschaftsberichten nicht in diesem Sinne mit Worten festgehalten hat: Verträge werden schriftlich geschlossen, damit über die getroffenen Abreden Klarheit herrscht. Wenn sich die Beklagte auf Parteiabreden beruft, die vom schriftlichen Vertrag abweichen, trifft sie jedenfalls für ihre Behauptungen die Beweislast (Art. 8 ZGB). Nur dann wären die von der Beklagten getroffenen Vermögensanlagen abweichend vom Vertrag

zu beurteilen, wenn von der Beklagten im Ergebnis zumindest eine der folgenden Tatsachen nachgewiesen werden könnte:

- Die Parteien haben durch *übereinstimmende Willenseinigung* die Anlagestrategie gemäss schriftlichem Vertrag aufgegeben und sich auf eine Strategie "Ausgewogen" geeinigt.
- Der Kläger hat *konkrete* Vermögensanlagen *bewusst* – sei es ausdrücklich oder konkludent – genehmigt.
- Der Kläger hat *bewusst* die vertragswidrigen Vermögensanlagen *hingegenommen*, um dereinst auf die Beklagte greifen zu können, wenn die Kursentwicklung für ihn ungünstig sein sollte.

In den ersten beiden Fällen lägen bewusste Willensäusserungen vor, und im letzten Fall müsste das Verhalten des Klägers als rechtsmissbräuchlich beurteilt werden. Indessen kann die Frage, ob der Kläger angesichts seiner Fachkenntnisse die vertragswidrige Vermögensanlage hätte erkennen müssen (vgl. dazu namentlich die Ausführungen der Vorinstanz im angefochtenen Urteil ab S. 22 mit Hinweisen auf die Argumentation der Beklagten), keine Rolle spielen. Als Auftraggeber war der Kläger nicht gehalten, die Leistungen der Beklagten im Einzelnen zu prüfen, wie das z.B. auf den Besteller im Werkvertragsrecht zutrifft (vgl. Art. 367 Abs. 1 OR). Eine gleichsam fahrlässige Genehmigung der Vermögensanlagen durch den Kläger muss daher ausscheiden, wäre es doch Sache der Beklagten gewesen, als professionelle Vermögensverwalterin den Kläger gegebenenfalls ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass die gemeinsam festgelegte Anlagestrategie verlassen werde. Stattdessen hat sie mit ihren Rechenschaftsberichten – jedenfalls mit ihren dortigen Kommentaren – das Gegenteil gemacht, indem sie dort die früher vereinbarte konservative Strategie immer wieder ausdrücklich bekräftigte.

4.4. Die Frage der übereinstimmenden Willenseinigung.

4.4.1. Das angefochtene Urteil fasst die Argumentation der Beklagten zusammen (Urk. 79 S. 9 f.): Die Beklagte stelle sich, so die Vorinstanz, auf den Standpunkt, der Kläger habe ihr hinsichtlich des Depots Nr. ... bei der G. _____ ein sogenanntes "Individualmandat" erteilt. Der Verwaltungsvertrag enthalte kein Risikoprofil; beide Parteien seien aber aufgrund ihrer Besprechungen bezüglich

des Verwaltungsvertrages von einer "ausgewogenen" Strategie ausgegangen. In diesem Sinne seien in der Folge denn auch die Anlagen getätigt worden (act. 21 S. Rz 58 ff., act. 51 Rz 158 ff.). In der Tat führte die Beklagte unter Bezeichnung von Beweismitteln mit ihrer Klageantwort aus, dass der Kläger anlässlich einer Besprechung vom 26. Mai 2004 eine "ausgewogene" Risikostruktur verlangt habe (Urk. 21 Rz 59). Schliesslich habe D._____ den Kläger anlässlich eines Gesprächs vom 17. Juni 2004 davon überzeugt, "dass eine Kombination von strukturierten Produkten mit traditionellen Anlagefonds (Aktien, Obligationen), Wandelanleihen, Hedge Fonds und Rohstoffanlagen zu einer besseren Diversifikation führt und damit das Risiko-/Ertragsverhältnis verbessert werden" könne (Urk. 21 Rz 64, Urk. 51 Rz 162). Der Kläger verweist demgegenüber auf seine E-Mail vom 16. Juni 2004 (Urk. 23/23), wo er darauf hinwies, dass er auf Kapitalsicherung bzw. Garantie Wert lege (Urk. 31 Rz 51 und Rz 345). Ferner beantragte der Kläger seine eigene Parteibefragung.

4.4.2. Im Ergebnis stellt sich die Beklagte auf den Standpunkt, die Parteien hätten bei Vertragsschluss einen vom Vertragswortlaut abweichenden übereinstimmenden Willen gehabt. Zu dem von der Beklagten behaupteten sog. "Individualmandat" ist zu sagen, dass der von den Parteien schliesslich am 6. Juli 2004 abgeschlossene Vertrag (Urk. 3/4) klarerweise nicht von einer "ausgewogenen" Anlagestrategie ausging, indem die Strategie auf den "mittelfristigen Kapitalerhalt" ausgerichtet werden sollte und die zu wählende Strategie auf Absicherung auszurichten war. Das steht z.B. in klarem und nachvollziehbarem Gegensatz zu dem von den Parteien am 2. März 2001 bezüglich einer andern Vermögensmasse des Klägers abgeschlossenen Verwaltungsvertrag, wo ausdrücklich eine "ausgewogene" Strategie festgelegt wurde, und zwar mit dem Ziel eines "moderaten langfristigen realen Kapitalwachstums" (Urk. 3/5). Vor Obergericht anerkennt die Beklagte bezüglich des Vertrages vom 6. Juli 2004 denn auch ausdrücklich, dass dieser auf eine konservative Vermögensanlage ausgerichtet ist, ja sie macht gar geltend, die Anlagezielsetzung "Kapitalerhalt" bezwecke an und für sich eine "sehr konservative Anlagestrategie" (Urk. 85 Rz 26, 31). Damit möchte sie wohl auf die Diskrepanz zwischen dem Vertragstext und dem Verhalten der Parteien nach Vertragsschluss hinweisen (Urk. 85 Rz 34). In diesem Verhalten könnte

zwar eine konkludente Abänderung eines einmal geschlossenen Vertrages liegen. Angesichts des Umstandes, dass die Parteien sich für einen Vertragswortlaut entschieden haben, der selbst nach der Ansicht der Beklagten eine "sehr konservative" Vermögensanlage fixiert hat, kann aber eine konkludente Vertragsänderung nicht leichthin angenommen werden.

4.4.3. Die Sachdarstellung der Parteien differiert in einem wichtigen Punkte. Während der Kläger sich auf den Wortlaut des von den Parteien abgeschlossenen Vertrages stützt, behauptet die Beklagte, es sei eine vom Vertragswortlaut abweichende Abrede im Sinne eines "Individualmandates" getroffen worden. Sie verweist vor Obergericht auf ihre Vorbringen im erstinstanzlichen Verfahren (Urk. 85 Rz 33 mit Hinweis auf Urk. 21 Rz 58 ff. und Urk. 51 Rz 158 ff.). So verweist die Beklagte in der Klageantwort zunächst auf die Phase vor Vertragsschluss und macht unter Nennung von Beweismitteln geltend, dass im Rahmen der Vertragsverhandlungen in den Monaten Februar bis Juni 2004 stets von einer ausgewogenen Strategie die Rede gewesen sei (vgl. Urk. 21 Rz 58 ff.). Das wiederum stellt der Kläger unter Nennung von Beweismitteln in Abrede (Urk. 31 Rz 331 ff.; vgl. dazu auch oben E. 4.4.1.). Unter diesen Umständen ist zum tatsächlichen Konsens der Parteien auf Grund der von ihnen vor Aktenschluss bezeichneten Beweismittel ein Beweisverfahren durchzuführen, wozu zunächst eine Beweisverfügung gemäss Art. 154 ZPO zu erlassen sein wird. Das ändert aber nichts daran, dass sich die Parteien schliesslich unter Verwendung des Geschäftspapiers der fachkundigen Beklagten auf einen Vertragstext einigten, der in eine ganz andere Richtung ging, nämlich in Richtung einer konservativen – ja gemäss der Beklagten (vgl. Urk. 85 Rz 26) gar in Richtung einer sehr konservativen – Vermögensanlage. Es ist dies ein Umstand, der bei der Beweiswürdigung auf jeden Fall gebührend zu berücksichtigen sein wird.

4.4.4. Die Beklagte kritisiert sodann das vorinstanzliche Urteil auch deshalb, weil es das Verhalten der Parteien nach Vertragsschluss nicht gebührend berücksichtigt habe (Urk. 85 Rz 34-36). Sie nennt in diesem Zusammenhang aber namentlich keine von ihr vor Aktenschluss gestellte und von der Vorinstanz übergangene Beweisanträge. Keine Rolle spielen allerdings jene Vermögensverwaltungsverträ-

ge, bezüglich welcher sich die Parteien ausdrücklich auf eine andere – vom Vertrag vom 6. Juli 2004 abweichende – Anlagestrategie geeinigt haben. Interessieren kann hier nämlich einzig die Vermögensmasse des Klägers, die vom Vertrag vom 6. Juli 2004 erfasst wurde. Im Übrigen mag das nachvertragliche Verhalten der Parteien bei der Beurteilung der noch zu prüfenden Frage eine gewisse Rolle spielen, ob der Kläger gewisse Vorgänge genehmigt habe.

4.5. Genehmigung konkreter Vermögensanlagen durch den Kläger.

4.5.1. Die Vorinstanz behandelt mit dem angefochtenen Urteil sodann das Argument der Beklagten, wonach der Kläger die von Anfang an effektiv gelebte "ausgewogene" Strategie nicht nur stillschweigend, sondern ausdrücklich und informiert genehmigt habe. Im Wesentlichen mache die Beklagte geltend, es handle sich beim Kläger um einen erfahrenen Privatinvestor, der durch die lückenlos und regelmässig per 30. Juni und per 31. Dezember erstellten detaillierten Vermögensaufstellungen der G._____, ergänzt durch die Rechenschaftsberichte der Beklagten, umfassend dokumentiert gewesen sei. Die Gesamtschau der Besprechungsnotizen und E-Mails während der Laufzeit des Vertrages belege, dass der Kläger gewusst und verstanden habe, wie die Beklagte das Mandat geführt habe und welche Risiken damit verbunden gewesen seien. Trotzdem habe er nach Einsicht in den Rechenschaftsbericht vom 30. Juni 2008, welcher Verluste in Höhe von 10% bzw. rund CHF 120'000.00 ausgewiesen habe, zusätzliche Barmittel zu Investitionszwecken auf das Konto fliessen lassen und damit ausdrücklich sein Einverständnis zu der (effektiv) gelebten Anlagestruktur gegeben (Urk. 79 S. 15 ff. mit Hinweis auf die Vorbringen der Beklagten). Die Vorinstanz folgt in dieser Hinsicht im Wesentlichen der Argumentation der Beklagten, indem sie sich zusammengefasst auf den Standpunkt stellt, der Kläger hätte erkennen müssen, dass die Depotstruktur mit einer konservativen Vermögensanlage nicht vereinbar gewesen sei (Urk. 79 S. 24 ff.). Ferner hielt sie gestützt auf die von der Beklagten erstellten und im Prozess vorgelegten Gesprächsnotizen fest, dass der Kläger die "effektiv gelebte Strategie" gutgeheissen und "informiert" genehmigt habe (Urk. 79 S. 29 ff.). Der Kläger habe gewusst, dass von der Beklagten keine konservative Vermögensanlage betrieben worden sei. Insgesamt sei "komplett unglaubhaft"

(Urk. 79 S. 31), wenn der Kläger geltend mache, er habe tatsächlich darauf vertraut, dass das Depot konservativ geführt werde (Urk. 79 S. 29 ff.).

4.5.2. Der Kläger rügt mit seiner Berufung diese Sichtweise der Vorinstanz. Namentlich macht er eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend und die Verletzung seines Rechts auf Beweis (Urk. 78 Rz 49, 57-61). Demgegenüber hält die Beklagte vor Obergericht daran fest, dass der Beklagte die Vermögensanlagen nachträglich genehmigt habe (Urk. 85 Rz 37 ff.).

4.5.3. Die Frage, ob der Kläger hätte *wissen müssen*, dass die Beklagte die Vermögensanlagen nicht vertragsgemäss tätigte, ist eine Rechtsfrage und unter dem Gesichtspunkt von Art. 3 Abs. 2 ZGB zu beantworten. Wie bereits erörtert (oben E. 4.2.), durfte der Kläger angesichts der Rechenschaftsberichte der Beklagten ohne weiteres davon ausgehen, die Anlagen würden so getätigt, wie das schriftlich vereinbart war. Zu Recht hebt denn auch die Vorinstanz mit dem angefochtenen Urteil hervor, dass diese Rechenschaftsberichte "durchaus irreführend" seien (Urk. 79 S. 25). Ihre Rechenschaftsberichte muss sich die Beklagte aber als professionelle Vermögensverwalterin, die vom Kläger in dieser Eigenschaft mandatiert wurde, entgegenhalten lassen. Der Kläger durfte sich ohne weiteres auf die "depotspezifischen Bemerkungen" der Beklagten in ihren Rechenschaftsberichten verlassen, ohne dass er gehalten gewesen wäre, die Arbeit der Beklagten im Einzelnen zu überprüfen, selbst wenn er dazu imstande gewesen wäre.

Nicht zielführend ist sodann das Argument der Vorinstanz, dass der Kläger am Vertragsverhältnis festgehalten habe, obwohl per Mitte 2008 ein Verlust resultiert habe (Urk. 79 S. 30): Solange das Vertragsverhältnis bestand, war jede Partei zu vertragskonformem Verhalten verpflichtet. Gemäss Art. 404 Abs. 1 OR hätte zwar das Auftragsverhältnis "von jedem Teile jederzeit widerrufen" werden können. Im blossen Verzicht auf den Widerruf kann jedenfalls noch keine Genehmigung vertragswidrigen Verhaltens liegen. Es kann daher aus dem Umstand allein, dass der Kläger gegen die vertragswidrige Vermögensanlage der Beklagten nicht einschritt, nicht auf eine "Billigung der effektiv gelebten Strategie" geschlossen werden, wie das die Vorinstanz tut (Urk. 79 S. 30). Dies gilt um so mehr, als die Beklagte dem Kläger laufend irreführende Rechenschaftsberichte

erstattete. Es wäre im Übrigen auch der Beklagten freigestanden, sich ihrerseits schon vor dem 30. August 2010 vom Vertragsverhältnis mit dem Kläger loszusagen. Immerhin liess der Kläger der Beklagten bereits im Frühjahr 2009 durch einen beigezogenen Fachmann mitteilen, dass es ihm "um die Regulierung des entstandenen Schadens" gehe (Urk. 2 Rz 264 mit Hinweis auf Urk. 3/79; Urk. 21 Rz 121 mit Hinweis auf Urk. 23/45). Damit war die Beklagte zumindest gewarnt.

4.5.4. Anders verhielte es sich freilich, wenn erstellt wäre, dass der Kläger die vertragswidrige Vermögensanlage durch die Beklagte erkannte und mit ihr auch einverstanden war. Es ist dies eine Tatfrage, für welche die Beweislast der Beklagten zukommt. In dieser Hinsicht verweist die Vorinstanz auf eine Reihe von Aktennotizen D.____s (Urk. 23/33-39) und kommt gestützt darauf beweismässig zum Schluss, dass diese Besprechungsprotokolle zeigten, "wie genau und umfassend der Kläger über die Anlage und Produkte im streitgegenständlichen Portfolio informiert war". Ferner ergebe sich aus ihnen, "dass der Kläger über die effektive Risikostruktur seines Depots aufgeklärt war und selbige billigte" (Urk. 79 S. 29-31). In der Tat stellte sich die Beklagte bereits mit der Klageantwort auf den Standpunkt, dass die Vermögensanlagen vom Kläger nicht einfach "stillschweigend", sondern vielmehr "ausdrücklich und informiert" genehmigt worden seien (Urk. 21 Rz 284).

4.5.4.1. Mit seiner Berufung wirft der Kläger der Vorinstanz vor, sie verletze sein Recht auf Beweis (Urk. 78 Rz 56-61 mit Hinweis auf Urk. 78 Rz 14 bzw. Rz 84). Namentlich weist er auf seine erstinstanzlichen Replikvorbringen hin (Urk. 78 Rz 14 mit Hinweis auf Urk. 31 Rz 476-496). Dort setzte sich der Kläger detailliert mit den Behauptungen der Beklagten betreffend den Inhalt der einzelnen Besprechungen auseinander und berief sich auf seine eigene Parteibefragung, so wie sich auch die Beklagte in diesem Zusammenhang mit ihrer Klageantwort auf die Parteibefragung ihres Verwaltungsrates D.____ berufen hatte (vgl. Urk. 21 Rz 108 ff.). Auf die tatsächlichen Bestreitungen des Klägers ging die Vorinstanz mit dem angefochtenen Urteil nicht ein. Ohne ein Beweisverfahren durchzuführen, traf sie stattdessen ihre tatsächlichen Feststellungen gestützt auf die von der Be-

klagen erstellten und ins Recht gelegten Gesprächsnotizen. Damit hat sie in der Tat das Recht der Parteien auf Beweis verletzt (vgl. Art 152 ZPO).

4.5.4.2. Die Beklagte verteidigt das Vorgehen der Vorinstanz im Ergebnis damit, dass sich diese in vorweggenommener Beweiswürdigung einzig auf die von der Beklagten erstellten Gesprächsnotizen habe stützen dürfen. Das Gericht könne nämlich von der Abnahme weiterer Beweismittel absehen, wenn es seine Meinung gestützt auf die vorhandenen Akten habe bilden können und überzeugt sei, dass seine Meinung auch durch die Abnahme weiterer Beweismittel nicht mehr erschüttert werden könne (Urk. 85 Rz 15 ff.). Diese Argumentation ist hier schon deshalb nicht haltbar, weil die Vorinstanz als Sachgericht derartige Überlegungen zur Beweiswürdigung gar nicht angestellt hat. Im Übrigen kann in der gegebenen Konstellation eine vorweggenommene Beweiswürdigung nicht in Frage kommen. Es geht darum, ob der Kläger anlässlich verschiedener Besprechungen mit den Organen der Beklagten sein Einverständnis mit den von ihm als vertragswidrig erkannten Vermögensanlagen erklärt hat oder nicht. Die Parteibefragung der Beteiligten ist in dieser Situation das Beweismittel der ersten Wahl. Jedenfalls kann es angesichts der gestellten Beweisangebote nicht angehen, die massgeblichen tatsächlichen Feststellungen einzig auf Grund der von der Beklagten erstellten Gesprächsnotizen zu treffen.

4.5.4.3. Zusammenfassend ergibt sich, dass über die Frage, ob der Kläger mit den vertragswidrigen Vermögensanlagen durch die Beklagte einverstanden war, ein Beweisverfahren stattzufinden hat. Dieses wird mit einer Beweisverfügung gemäss Art. 154 ZPO zu eröffnen sein. Zu berücksichtigen sein werden grundsätzlich alle von den Parteien zu den rechtserheblichen streitigen Tatsachen vor Aktenschluss gestellten Beweisangebote.

4.6. Die Frage des rechtsmissbräuchlichen Verhaltens des Klägers. Mit dem angefochtenen Urteil wirft die Vorinstanz dem Kläger eher beiläufig rechtsmissbräuchliches Verhalten im Sinne eines "venire contra factum proprium" vor (Urk. 79 S. 31). Der Kläger beanstandet das mit seiner Berufung (Urk. 78 Rz 92). Tatsächliche Grundlagen für eine derartige Annahme ergeben sich aus dem angefochtenen Urteil indessen nicht. Demgegenüber stützt sich die Beklagte in die-

sem Zusammenhang auf – jedenfalls zur Zeit – unbewiesene Behauptungen (Urk. 85 Rz 123).

4.7. Willensmangel. Die Vorinstanz weist darauf hin, dass der Kläger im Eventualstandpunkt einwende, dass eine allfällige konkludente Genehmigung des Klägers zeitgleich mit der erfolgten Kündigung des Vermögensverwaltungsvertrages vom 30. August 2010 wegen Willensmangels fristgerecht angefochten worden sei (Urk. 79 S. 32 f.). In der Tat hat der Kläger mit seinem Schreiben an die Beklagte vom 30. August 2010 (Urk. 3/6) unter Hinweis auf Art. 31 OR "jegliche allfällige Genehmigung der pflichtwidrigen Verwaltungstätigkeit aufgrund eines Willensmangels" als "unverbindlich" erklärt. Die Vorinstanz weist diese Anfechtung zurück, indem sie in diesem Zusammenhang tatsächliche Annahmen trifft, die im Sinne des bereits Ausgeführten prozessual unzulässig sind (vgl. Urk. 79 S. 32 f.). Die Anfechtung kann erst beurteilt werden, wenn auf Grund des Ergebnisses des Beweisverfahrens feststeht, ob, wie und inwieweit der Kläger die Verwaltungstätigkeit der Beklagten genehmigt hat. Das wird gegebenenfalls nachzuholen sein.

5. Schaden

Für den Fall, dass der Beklagten vertragswidriges Handeln anzulasten ist, stellt sich die Frage des Schadenersatzes. Die Parteien haben sich dazu vor Vorinstanz einlässlich geäußert (vgl. Urk. 2 Rz 291-335, Urk. 21 Rz 324-377; Urk. 33 Rz 141-226; Urk. 51 Rz 380-437). Weil die Vorinstanz aus grundsätzlichen Erwägungen zum Schlusse kam, dass kein Schadenersatz geschuldet ist, hat sie sich mit diesen Vorbringen folgerichtig nicht befasst. Sollte das Sachgericht im weiteren Verfahrensverlauf aber zu einem andern Schlusse kommen, hätte es sich indessen mit der Höhe des Schadens im Einzelnen auseinanderzusetzen.

6. Rückweisung; Kosten- und Entschädigungsfolgen

6.1. Nach dem Gesagten wird im weiteren Verfahrensverlauf ein Beweisverfahren von Grund auf durchzuführen sein. In Anwendung von Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 2 ZPO ist das angefochtene Urteil aufzuheben, und die Sache ist zur Ergän-

zung des Verfahrens im Sinne der Erwägungen und zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen.

6.2. Gestützt auf Art. 104 Abs.4 ZPO rechtfertigt es sich, die Verteilung der Prozesskosten (Gerichtskosten und Parteientschädigung) dem neuen Entscheid der Vorinstanz zu überlassen. Vorzumerken ist, dass der Kläger im Sinne von Art. 92 ZPO einen Vorschuss für die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens sowie eine Sicherstellung der Parteientschädigung der Gegenpartei für das Berufungsverfahren geleistet hat.

Es wird beschlossen:

1. Die Berufung wird dahin gutgeheissen, dass das Urteil des Bezirksgerichts Zürich (1. Abteilung) vom 13. April 2016 aufgehoben und die Sache zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückgewiesen wird.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 25'000.00 festgesetzt.
3. Die Verteilung der Prozesskosten des Berufungsverfahrens wird der Vorinstanz überlassen.
4. Es wird vorgemerkt, dass der Kläger bei der Obergerichtskasse die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens mit Fr. 25'100.00 und die Parteientschädigung der Beklagten für das Berufungsverfahren mit Fr. 18'500.00 sichergestellt hat.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erst- und zweitinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

6. 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 Fr. 718'018.00.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 26. August 2016

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

Dr. L. Hunziker Schnider

lic. iur. L. Casciaro

versandt am:
gs