

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: NP170036-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende,
Oberrichter lic. iur. M. Spahn und Oberrichterin Dr. S. Janssen
sowie Gerichtsschreiber lic. iur. F. Rieke

Urteil vom 21. Dezember 2017

in Sachen

A._____, Dr.med.dent.,
Kläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

B.____ AG,
Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur., LL.M. Y._____,

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am
Bezirksgericht Zürich, 10. Abteilung, vom 13. Oktober 2017 (FV170040-L)**

Rechtsbegehren:

- "1. Die Beklagte sei unter Vorbehalt des Nachklagerechts zu verpflichten, dem Kläger CHF 24'575.07 nebst Zins zu 5% seit 1. Januar 2014 zu bezahlen gegen Rücknahme folgender Wertschriften aus seinem Depot Nr. ... bei der Beklagten:

<i>Anzahl</i>	<i>Valor</i>	<i>Titel</i>
300'000	...	Aktien C. _____
25'000	...	Namen-Aktien D. _____

2. Eventualiter sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger Schadenersatz aus dem Wertschriftenverlust im Betrage von CHF 23'266.94 nebst Zins zu 5% seit 1. Januar 2014 zu bezahlen.
3. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger die Kosten des Schlichtungsverfahrens im Betrage von CHF 950.– zu ersetzen.
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWSt) zu lasten der Beklagten."

Urteil des Bezirksgerichtes Zürich vom 13. Oktober 2017:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr wird auf CHF 3'516.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten werden der klagenden Partei auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
4. Die klagende Partei wird verpflichtet, der beklagten Partei eine Parteientschädigung von CHF 4'403.– zu bezahlen.
5. [Schriftliche Mitteilung]
6. [Rechtsmittelbelehrung: Berufung, Frist 30 Tage]

Berufungsanträge:

- "1. Das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 10. Abteilung, Einzelgericht vom 13. Oktober 2017 (Geschäfts-Nr. FV170040-L/U) sei aufzuheben und die Klage des Appellanten und Klägers (nachfolgend nur 'Kläger') vom 24. Februar 2017 sei gutzuheissen.
2. Eventualiter sei das Verfahren an die Vorinstanz zur Ergänzung des Sachverhaltes und Neuurteilung im Sinne der Erwägungen zurückzuweisen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zzgl. MwSt.) zu lasten der Appellatin und Beklagten (nachfolgend nur 'Beklagte')."

Erwägungen:

1. a) Am 24. Februar 2017 reichte der Kläger beim Bezirksgericht Zürich (Vorinstanz) eine Klage mit dem eingangs aufgeführten Rechtsbegehren ein (Urk. 2; samt Klagebewilligung vom 8. Dezember 2016, Urk. 1). Nach einfachem Schriftenwechsel und Durchführung der Hauptverhandlung am 20. Juni 2017 wies die Vorinstanz mit Urteil vom 13. Oktober 2017 die Klage ab (Urk. 31 = Urk. 36; Entscheiddispositiv eingangs wiedergegeben).

b) Hiergegen hat der Kläger am 4. Dezember 2017 fristgerecht (Urk. 32) Berufung erhoben und die eingangs aufgeführten Berufungsanträge gestellt (Urk. 35 S. 2).

c) Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen. Da sich die Berufung sogleich als unbegründet erweist, kann auf prozessuale Weiterungen verzichtet werden (Art. 312 Abs. 1 ZPO).

2. a) Die Vorinstanz legte als unbestrittenen Sachverhalt zusammengefasst dar, der Kläger habe mit der Beklagten (bzw. deren Rechtsvorgängerin) am 22. Januar 1992 einen Konto-/Depoteröffnungsvertrag geschlossen. Die Parteien hätten vereinbart, dass die Korrespondenz banklagernd erfolgen solle. Zudem habe der Kläger die Beklagte ermächtigt, Börsenaufträge sowie Überweisungen mündlich bzw. telefonisch anzunehmen. Ein schriftlicher Vermögensverwaltungsvertrag sei nicht abgeschlossen worden. In den ab 1. Dezember 2005 geltenden AGB der Beklagten sei festgehalten, dass banklagernd zu haltende Post als an dem Datum zugestellt gelte, das sie trage, und dass Beanstandungen von Auszügen innert eines Monats ab Versand zu erfolgen hätten, ansonsten sie als genehmigt gelten würden. Von 1992 bis 2008 sei die Bankbeziehung für den Kläger zufriedenstellend verlaufen; im Jahr 2008 hätten sich dagegen aufgrund der getätigten Börsentransaktionen beträchtliche Verluste ergeben. Die streitgegenständlichen 300'000 Aktien der C._____ seien am 20. Juni 2007 für HKD 120'000.-- und die 50'000 der D._____ am 25. November 2011 für CAD 6'000.-- gekauft worden (Urk. 36 S. 4 f.).

Als Parteivorbringen legte die Vorinstanz zusammengefasst dar, der Kläger verlange, dass die Beklagte ihn so zu stellen habe, wie wenn die Käufe der streitgegenständlichen Aktien nicht stattgefunden hätten, da sie diese Aktien ohne Auftrag gekauft habe; zwar sei kein schriftlicher Verwaltungsvertrag geschlossen worden, doch das Depot sei durch E. _____ von der Beklagten verwaltet worden, auf den er sich als unerfahrener Anleger voll verlassen habe. Der Kläger mache sodann geltend, die Konto- und Depotauszüge trotz Bestätigung des Empfangs nie gesehen zu haben. Die Beklagte ihrerseits bestreite das Vorliegen eines Vermögensverwaltungsvertrags und mache geltend, der Kläger sei ein hoch spekulativer Anleger gewesen; (auch) die streitgegenständlichen Aktienkäufe seien instruiert gewesen, der Kauf 2007 vom Kläger selbst (telefonisch), der Kauf 2011 durch eine vom Kläger bevollmächtigte externe Vermögensverwalterin. Dazu mache die Beklagte geltend, die Transaktionen seien vom Kläger genehmigt worden, indem dieser die Transaktionen über Jahre hinweg nie beanstandet habe, obwohl er diese auch anlässlich der Prüfung der banklagernden Post am 22. Juli 2008, 18. März 2009, 26. Mai 2010, 2. Dezember 2010, 13. Dezember 2011 und in den Jahren 2014 und 2015 zur Kenntnis genommen habe (Urk. 36 S. 5-7).

Die Vorinstanz erwog sodann im Wesentlichen, als vertragliche Grundlage werde zwischen drei verschiedenen Konstruktionen differenziert, der einfachen Konto-/Depotbeziehung mit Kundenauftrag ("execution only"-Beziehung), der Anlageberatung und der Vermögensverwaltung. Vorliegend könne die Qualifikation offen gelassen werden, weil der Kläger die fraglichen Transaktionen in jedem Fall genehmigt habe. Unautorisierte Transaktionen seien in allen drei Konstellationen vertragswidrig, könnten aber u.U. nachträglich genehmigt werden. Die Vereinbarung einer entsprechenden Genehmigungsklausel sei grundsätzlich zulässig und deren Anwendung werde vorliegend auch durch das Rechtsmissbrauchsverbot nicht ausgeschlossen. Hinsichtlich der am 28. Juni 2007 und 25. November 2011 getätigten Käufe sei somit die Beanstandungsfrist Ende Juli 2007 bzw. Ende Dezember 2011 abgelaufen; die erste schriftliche Beanstandung datiere jedoch erst vom 25. Juni 2015 und sei damit Jahre verspätet erfolgt. Dies gelte selbst dann, wenn man nicht auf das Datum der entsprechenden Belege, sondern auf jenes der tatsächlichen Kenntnisnahme durch den Kläger durch Übergabe der bankla-

gernden Post Anfang Juli 2007 bzw. 13. Dezember 2011 abstellen würde. Unbeachtlich sei der Einwand des Klägers, dass er die banklagernde Post zwar quittiert, jedoch nicht tatsächlich gesehen habe, denn die Folgen eines solchen Versäumnisses hätte er selbst zu tragen. Zuzufolge Verpassens der Beanstandungsfristen würden damit die fraglichen Transaktionen als genehmigt gelten und der Kläger habe daher keine Ansprüche gegen die Beklagte (Urk. 36 S. 7-10).

b) Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufung ist begründet einzureichen (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Dazu gehört, dass in der Berufungsschrift dargelegt werden muss, weshalb der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten unrichtig sein soll; sie muss sich dementsprechend mit den Entscheidungsgründen der Vorinstanz im Einzelnen auseinandersetzen. Das Obergericht hat sodann die geltend gemachten Punkte frei und unbeschränkt zu überprüfen; es muss dagegen den angefochtenen Entscheid nicht von sich aus auf weitere Mängel untersuchen, es sei denn, der Sachverhalt oder das Recht seien geradezu willkürlich festgestellt bzw. angewandt worden und diese Fehlerhaftigkeiten würden klar zutage treten (Reetz/Theiler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., Art. 311 N 36).

c) Der Kläger macht in seiner Berufung vorab geltend, dass er als über 80-jähriger Zahnarzt nichts von Wertschriften verstehe und deshalb die Anlageentscheide seinem Bankberater überlassen habe. Damit liege ein faktischer Vermögensverwaltungsvertrag vor und die Bank habe die Anlageentscheide zu verantworten. Bei einem Vermögensverwaltungsauftrag sei es weder praktisch möglich noch vertraglich vorgesehen, dass der Kunde einzelne Anlageentscheide der Bank prüfe; der Kunde habe in der Regel gar keine Kenntnis von den einzelnen Anlageentscheiden und auch nicht das nötige Fachwissen. Dem Kläger sei es objektiv unmöglich und auch nicht zumutbar gewesen, mit einer Beanstandung die Genehmigungsfiktion zu verhindern. Er habe ein Fehlverhalten der Beklagten erst infolge des massiven Wertverlusts feststellen können. Damit greife die Genehmigungsfiktion nicht (Urk. 35 S. 4-6).

Sodann macht der Kläger geltend, Bei einer "execution only"-Vertragsbeziehung müsse der Kunde nicht damit rechnen, dass die Bank ohne sein Wissen Wertschriften kaufe. Darauf müsse er sich verlassen können, auch wenn er nicht jeden Auszug unverzüglich prüfe und reklamiere. Die Anwendung einer Genehmigungsfiktion sei nur zulässig, soweit der Kunde mit Handlungen der Bank rechnen müsse; ansonsten müsse er diese nicht kontrollieren, da die Handlung der Bank ausserhalb des erwarteten Handlungsspektrums liege (Urk. 35 S. 6-8).

d) Die Vorbringen des Klägers sind nicht widerspruchsfrei. Seine Klage mit dem Hauptstandpunkt der Rücknahme der Aktien gegen Ersatz des Kaufpreises basiert darauf, dass er für die fraglichen zwei Aktienkäufe keinen Auftrag erteilt habe (Urk. 2 S. 4, Urk. 24 S. 7 f.); bei Vorliegen eines Vermögensverwaltungsmandats (wie in der Berufung primär geltend gemacht) wären solche Einzelaufträge jedoch gerade nicht vorgesehen, denn diesfalls trifft (auch nach Auffassung des Klägers) die Bank die einzelnen Anlageentscheide. In einem (vorprozessualen) Schreiben vom 20. Januar 2016 an die Beklagte hatte der Kläger vortragen lassen, dass kein Verwaltungsmandat bestehe (Urk. 4/8 S. 1); gemäss der Berufung soll nun doch ein solches vorliegen. Vor allem aber hatte der Kläger in besagtem Schreiben einräumen lassen, dass er eine Vereinbarung über "Private Placements von Aktien" vom 22. Juli 2008 unterzeichnet hatte, und dazu geltend gemacht, dass damit jedoch nur eine grundsätzliche Zustimmung vorliege für "solche Spezialanlagen, da diese nicht börsenüblich" seien, und den Einzelauftrag des Klägers keinesfalls ersetze (Urk. 4/8 S. 1; worauf sich auch die Beklagte berufen hatte, Vi-Prot. S. 15); letzteres setzt jedoch offensichtlich voraus, dass der Kläger entsprechende Kenntnisse dieser Anlageprodukte hat, womit seine behauptete Ahnungslosigkeit in Wertschriftenfragen widerlegt ist. Damit ist ein Vorbringen, dass ihm mangels Kenntnissen eine Prüfung der ihm übergebenen Bankdokumente nicht möglich und zumutbar gewesen sei, zu verwerfen. Dem Berufungsvorbringen, dass der Kläger bei einer "execution only"-Beziehung keinen Anlass für eine Prüfung der Bankdokumente gehabt habe, weil er ja keinen Auftrag zum Wertschriftenkauf erteilt habe, ist ebenfalls nicht zu folgen. Der (vom Kläger eingereichte) Depotauszug per 31. Dezember 2007 enthält 17 verschiedene Positionen "Aktien / ähnliche Anlagen" und 9 Positionen "Derivate" (Urk. 4/5).

Damit ist klar, dass – unabhängig davon, für wie viele Positionen der Kläger keinen Auftrag erteilt haben will – auch bei einer "execution only"-Beziehung der Parteien Anlass für eine sorgfältige Prüfung bestanden hat. Ob der Kläger die ihm übergebenen Dokumente dann auch tatsächlich geprüft hat, war ihm überlassen und ist vorliegend ohne Relevanz; es reicht die Feststellung, dass er sie prüfen konnte. Demnach bleibt es dabei, dass die fraglichen Transaktionen zumindest – ohne dass geprüft zu werden braucht, ob sie vom Kläger veranlasst worden waren – zufolge nicht rechtzeitiger Beanstandung genehmigt worden sind.

e) Nach dem Gesagten erweist sich die Berufung – welche sich gegen die vorinstanzliche Schlussfolgerung der Genehmigung der fraglichen Transaktionen richtet – als unbegründet. Sie ist demgemäss abzuweisen und das angefochtene Urteil ist zu bestätigen (Art. 318 Abs. 1 lit. a ZPO).

3. a) Für das Berufungsverfahren beträgt der Streitwert Fr. 24'575.07. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 12 GebV OG auf Fr. 2'400.-- festzusetzen.

b) Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens sind ausgangsgemäss dem Kläger aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

c) Für das Berufungsverfahren sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen, dem Kläger zufolge seines Unterliegens, der Beklagten mangels relevanter Umtriebe (Art. 95 Abs. 3, Art. 106 Abs. 1 ZPO).

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 10. Abteilung, vom 13. Oktober 2017 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'400.-- festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens werden dem Kläger auferlegt.

4. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte unter Beilage des Doppels von Urk. 35, und an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Die vorinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist 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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 24'575.07.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 21. Dezember 2017

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

Dr. L. Hunziker Schnider

lic. iur. F. Rieke

versandt am:
bz