

# Bezirksgericht Zürich

1. Abteilung



---

Geschäfts-Nr.: CG220045-L/U

Mitwirkend: Vizepräsident lic. iur. H. Dubach, Vorsitzender, Bezirksrichter  
Dr. iur. R. Pfeiffer und Bezirksrichterin lic. iur. O. Canal sowie  
Gerichtsschreiberin MLaw K. Lüscher

## Urteil vom 7. Januar 2025

in Sachen

**A. \_\_\_\_\_ Ltd.,**

Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X1. \_\_\_\_\_ und/oder Rechtsanwalt Prof. Dr.  
iur., LL.M. X2. \_\_\_\_\_

gegen

**B. \_\_\_\_\_, Dr. iur.,**

Beklagter

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur., LL.M., ArbP Y1. \_\_\_\_\_ und/oder  
Rechtsanwalt MLaw Y2. \_\_\_\_\_

betreffend **Forderung**

**Rechtsbegehren:**

(act. 2 S. 2)

- " 1. Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin die folgenden Beträge zu bezahlen:
  - USD 2'973'181.95 nebst Zins zu 5% seit dem 1. Februar 2014,
  - EUR 645'251.18 nebst Zins zu 5% seit dem 1. Februar 2014 und
  - GBP 463'713.66 nebst Zins zu 5% seit dem 1. Februar 2014.
2. Eventuell sei der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin CHF 4'000'598.13 nebst Zins zu 5% seit dem 1. Februar 2014 zu bezahlen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beklagten."

**Erwägungen:**

I.

1. a) Die Klägerin ist eine nach dem Recht des Commonwealth of Dominica inkorporierte Gesellschaft. Ihr wirtschaftlich Berechtigter ist der türkische Staatsangehörige C.\_\_\_\_\_. Die Klägerin eröffnete am 20. Juli 2010 eine Geschäftsbeziehung bei der D.\_\_\_\_\_ (Switzerland) AG, welche Ende 2011 von der E.\_\_\_\_\_ SA mit Sitz in F.\_\_\_\_\_ (nachfolgend: Bank) übernommen wurde. Diese verfügt über mehrere Zweigniederlassungen, unter anderem in Zürich. Die Bank führte die Geschäftsbeziehung mit der Klägerin weiter.

b) G.\_\_\_\_\_ war die Kundenbetreuerin bei der Zweigniederlassung der Bank in Zürich. Sie wurde mit Urteil DG160301-L der 9. Abteilung des Bezirksgerichts Zürich vom 23. August 2017 wegen mehrfacher ungetreuer Geschäftsbesorgung (Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 StGB), mehrfacher Urkundenfälschung (Art. 251 Ziff.1 StGB) und mehrfacher qualifizierter Veruntreuung (Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 138 Ziff. 2 StGB) unter anderem zu Lasten der Klägerin zu einer Freiheitsstrafe von 30 Monaten verurteilt. In einem Punkt wurde sie von der Anklage der mehrfachen ungetreuen Geschäftsbesorgung freigesprochen. Auf Berufung der

Verurteilten und Anschlussberufung der Staatsanwaltschaft sprach die II. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich G.\_\_\_\_\_ am 4. Juni 2019 in fünf weiteren Punkten von der Anklage der mehrfachen ungetreuen Geschäftsbesorgung frei. Im Übrigen bestätigte sie das erstinstanzliche Urteil im Schuldspruch und erhöhte die ausgesprochene Freiheitsstrafe auf 33 Monate (SB170415-O). Mit Urteil 6B\_936/2019 vom 20. Mai 2020 wies das Bundesgericht eine von G.\_\_\_\_\_ dagegen erhobene Beschwerde ab, soweit es darauf eintrat (act. 3/20).

c) Die Klägerin tätigte ab dem Jahre 2012 verschiedene Optionsgeschäfte (Call-Optionen auf türkische Lira [TRY]), von denen Ende Januar 2014 noch sechs Geschäfte offen waren. Diese wurden mit Valuta 27. Januar 2014 glattgestellt. Am Valutadatum ergab sich auf dem TRY-Konto der Klägerin ein Negativsaldo von TRY 11'220'409.38. Am 30. Januar 2014 wurden das EUR-Konto der Klägerin mit EUR 678'641.33, das GBP-Konto mit GBP 486'993.– und das USD-Konto mit USD 3'222'535.– belastet.

d) Mit Klage vom 22. Dezember 2015 (act. 3/15) beantragte die Klägerin dem Handelsgericht des Kantons Zürich, die Bank sei zu verurteilen, ihr USD 3'222'535.– zusätzlich 5 % Zins seit dem 1. Februar 2014 sowie EUR 678'641.33 zusätzlich 5 % Zins seit dem 1. Februar 2013 sowie GBP 486'993.– zusätzlich 5 % Zins seit dem 1. Februar 2014 sowie CHF 25'949.– zusätzlich Verzugszins ab 22. Dezember 2015 zu bezahlen. Sie verlangte damit Schadenersatz wegen Verletzung des zwischen ihr und der Bank bestehenden Anlageberatungsvertrages durch unautorisierte bzw. rechtswidrige Investitionen in Call-Optionen auf TRY. Die Klägerin wurde in diesem Prozess vom Beklagten anwaltlich vertreten.

e) Das Handelsgericht des Kantons Zürich wies die Klage mit Urteil HG150283-O vom 16. Mai 2018 ab (act. 3/21). Eine dagegen erhobene bundesgerichtliche Beschwerde blieb erfolglos (BGer 4A\_374/2018 vom 12. September 2018). Die Klägerin führt diesen für sie ungünstigen Prozessausgang auf die behauptetermassen schuldhaft mangelhafte Prozessführung des Beklagten zurück.

2. Am 8. Dezember 2021 reichte die Klägerin in der vorliegenden Sache beim Friedensrichteramt der Stadt Zürich, Kreise 1 und 2, das Schlichtungsgesuch ein.

Die Klagebewilligung datiert vom 3. März 2022 (act. 1). Mit Eingabe vom 20. Juni 2022 machte die Klägerin die Klage mit vorstehendem Rechtsbegehren beim hiesigen Gericht anhängig. Sie fordert Schadenersatz in der Höhe von umgerechnet rund CHF 4 Mio. (act. 2). Nach Leistung des Kostenvorschusses durch die Klägerin wurde dem Beklagten Frist zur schriftlichen Klageantwort angesetzt (act. 13). In der Folge ersuchte der Beklagte um Verpflichtung der Klägerin zur Leistung einer Sicherheit zwecks Sicherstellung seiner Parteientschädigung (act. 15). Mit Verfügung vom 17. August 2022 wurde der Antrag auf Sicherheitsleistung für die Parteientschädigung abgewiesen (act. 16), was vom Obergericht des Kantons Zürich mit Urteil RB220019-O vom 3. November 2022 bestätigt wurde (act. 17B). Mit Urteil 4A\_541/2022 vom 6. Januar 2023 (act. 17G, 18) hiess das Bundesgericht die Beschwerde des Beklagten gegen die Abweisung seines Sicherstellungsantrags gut und wies dies Sache zu neuem Entscheid an das Obergericht zurück (act. 18). Dieses verpflichtete die Klägerin mit Urteil RB230007-O vom 19. Juni 2023, eine Sicherheit für die Parteientschädigung in Höhe von CHF 75'000.– zu bezahlen (act. 19). Nach Leistung der Sicherheit wurde dem Beklagten erneut Frist zur schriftlichen Klageantwort angesetzt (act. 23). Die Klageantwort datiert vom 13. November 2023 (act. 29). Am 12. März 2024 fand eine Instruktionsverhandlung (Vergleichsverhandlung) statt (Prot. S. 13 f.). Mit Verfügung vom 22. Januar 2024 wurde die Klägerin verpflichtet, eine zusätzliche Sicherheit für die Parteientschädigung in Höhe von CHF 5'775.– (entsprechend dem Mehrwertsteuerzuschlag) zu bezahlen (act. 42). Nach Leistung der zusätzlichen Sicherheit wurde ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet (act. 47). Die Replik datiert vom 28. Mai 2024 (act. 49), die Duplik vom 4. September 2024 (act. 54). Mit Eingabe vom 11. November 2024 nahm die Klägerin Stellung zu den Dupliknoven (act. 64). Auf die Durchführung der Hauptverhandlung haben die Parteien verzichtet (act. 58; act. 64 S. 4).

## II.

1. Als Beauftragter schuldet der Anwalt Sorgfalt und Treue und wird daher seiner Auftraggeberin ersatzpflichtig, wenn er sie durch unsorgfältige oder treuwidrige Besorgung des Auftrags schädigt (BGE 119 II 456 E. 2, 249 E. 3b). Er hat

jedoch nicht für den Erfolg seiner Tätigkeit Gewähr zu leisten, sondern für das kunstgerechte Tätigwerden (BGE 127 III 357 E. 1b; 117 II 563 E. 2a). 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). Art. 398 Abs. 1 OR verweist für das Mass der Sorgfalt des Beauftragten auf dasjenige des Arbeitnehmers im Arbeitsverhältnis (Art. 321e Abs. 2 OR), wobei diese Verweisung dahingehend zu verstehen ist, dass der Beauftragte zwar nicht für die gleiche – weniger strikte – Sorgfalt wie der Arbeitnehmer, jedoch nach der gleichen Regel haftet. Der Sorgfaltsmassstab richtet sich daher nach den Fähigkeiten, Fachkenntnissen und Eigenschaften des Beauftragten, die die Auftraggeberin gekannt hat oder hätte kennen müssen. 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 pflichtgemäßem Vorgehen aus Sicht der Auftraggeberin besser ausgefallen wäre. Im Prozess zwischen Auftraggeberin und Anwalt ist zu prüfen, wie der ursprüngliche Prozess ohne anwaltliche Sorgfaltspflichtverletzung ausgegangen wäre. Die Auftraggeberin 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 sie günstigeres Ergebnis gebracht hätte. Grundsätzlich hat die Auftraggeberin zu beweisen, dass der Prozess siegreich geendet hätte, wenn der Anwalt seine Sorgfaltspflichten nicht verletzt hätte (vgl. zum Ganzen: BGer 4A\_659/2018 vom 15. Juli 2019 E. 3.1 mit weiteren Hinweisen).

2. Das Handelsgericht wies die Erstklage mit Urteil vom 16. Mai 2018 ab. Es bejahte seine Zuständigkeit, erklärte schweizerisches Recht für anwendbar und prüfte den Schaden als erste Voraussetzung. Es gelangte zum Schluss, dass die vom Beklagten vertretene Klägerin keine schlüssigen Behauptungen zu Schaden und Pflichtverletzung aufgestellt habe. Im Rahmen einer Eventualbegründung fügte es an, dass selbst dann, wenn die Klägerin im Einzelnen dargelegt hätte, welchen Schaden sie aus welcher Vertragsverletzung geltend mache, die Grundlagen für einen Schadenersatzanspruch fehlen würden. Namentlich bleibe in Bezug auf einen allfälligen Schaden aus pflichtwidrigen Investitionen in Call-Optionen unklar, welche Art von Investitionen (Kauf oder Verkauf) Klagegrundlage bildeten. Bei der Annahme von Verkäufen hätte die Klägerin das massgebliche Vermögen nicht rechtsgenügend dargelegt, die klägerischen Behauptungen wären auch in Bezug auf die massgebliche Zeitperiode ungenügend, und es würde an Behauptungen zu alternativen Anlagen mangeln. Unter der Annahme, die Klägerin wolle Schadenersatz aus unautorisierter Belastung ihrer Fremdwährungskonten geltend machen, würden die materiellen Voraussetzungen fehlen. Sodann lasse sich ihren Vorbringen nicht entnehmen, ob die Klägerin die Glattstellung der Call-Optionen auf TRY per 27. Januar 2014 überhaupt als Pflichtverletzung erachte. Schliesslich würden die Vorbringen der Klägerin zum Aufwändersatz für eine Beurteilung nicht ausreichen (act. 3/21).

3. a) Die Klägerin warf dem Beklagten im vorliegenden Prozess zunächst vor, im Erstprozess vor Handelsgericht fälschlicherweise einen Schadenersatzanspruch statt einen Erfüllungsanspruch geltend gemacht zu haben. Dabei ging sie davon aus, dass es "denkbar einfach" gewesen wäre, den Erfüllungsanspruch zu substantiieren. Der Beklagte hätte hierzu substantiiert behaupten müssen, welche Optionsgeschäfte unautorisiert vorgenommen worden seien. Der Erfüllungsanspruch gegenüber der Bank hätte darin bestanden, den Kläger (recte: die Klägerin) so zu stellen, wie wenn diese Transaktionen nicht erfolgt wären. Der Beklagte hätte somit sämtliche unautorisierten Transaktionen aufzeigen und ihre Rückgängigmachung verlangen müssen (act. 2 Rz. 83). Weiter machte die Klägerin geltend, der Beklagte habe den angeblichen Schaden unzureichend substantiiert, den falschen Betrag für den angeblichen Schaden angegeben und nicht angegeben, aus welcher

Pflichtverletzung ein Anspruch abzuleiten gewesen wäre. Dabei blieb zunächst unklar, was die Klägerin aus der behauptetermassen unzureichenden Schadenssubstantiierung ableiten wollte, stellte sie sich doch in der Klage noch auf den Standpunkt, ihr sei "kein eigentlicher Schaden" entstanden (vgl. act. 2 Rz. 46). Es war nicht nachvollziehbar, was die Klägerin meinte, wenn sie einerseits ausführte, der Beklagte habe den falschen Anspruch eingeklagt, was bereits für sich genommen die Abweisung der Klage nach sich gezogen habe, und andererseits behauptete, der Beklagte habe sich dadurch in die Situation gebracht, zusätzliche Voraussetzungen nachweisen zu müssen, was ihm nicht im Ansatz gelungen sei (vgl. act. 2 Rz. 54). Wäre die Klage bei Geltendmachung eines Schadenersatzanspruchs ohnehin mangels Schadens abgewiesen worden, hätte auch der Nachweis der entsprechenden Anspruchsvoraussetzungen am Prozessausgang nichts zu ändern vermocht. Wo kein Schaden entstanden ist, kann ein solcher naturgemäss auch nicht substantiiert werden. Die Ausführungen in der Klage erwiesen sich insofern als mangelhaft.

b) In der Replik hielt die Klägerin zwar daran fest, dass es einfach gewesen wäre, den Prozess gegen die Bank zu gewinnen. Sie rückte aber von ihren Ausführungen in der Klage insofern ab, als sie dem Beklagten nur noch vorwarf, "in Missachtung der damaligen Rechtsprechung und Lehre" nur auf Schadenersatz und nicht auch auf Erfüllung geklagt zu haben (act. 49 Rz. 3). Es ist daher zunächst zu prüfen, ob es in der vorliegenden Konstellation eine anwaltliche Pflichtverletzung darstellt, (nur) Schadenersatz zu verlangen, anstatt auf Erfüllung (und eventuell auf Schadenersatz) zu klagen.

4. a) Die Klägerin beruft sich auf die Rechtsprechung, wonach die Inhaberin bzw. der Inhaber eines Kontos mit Abschluss des Kontovertrags einen Anspruch gegen die Bank auf Rückzahlung des Saldos nach Massgabe der Kontobedingungen erwirbt. Soweit die Bank Weisungen einer nicht berechtigten Drittperson oder einer bevollmächtigten Person, die den Umfang der ihr erteilten Vollmacht überschreitet, ausführt, wird sie grundsätzlich von ihrer Leistungspflicht nicht befreit, und die Inhaberin bzw. der Inhaber des Kontos kann auf der ordnungsgemässen Erfüllung des Kontosaldo beharren. Ein Schadenersatzanspruch, der an die Vor-

aussetzung einer Sorgfaltspflichtverletzung der Bank geknüpft wäre (Art. 398 Abs. 2 OR), besteht in diesem Fall nicht. Vielmehr kann die Erfüllung des Vertrages verlangt werden, da sich die Bank nicht wirksam von ihrer Leistungspflicht befreit hat (BGE 132 III 449 E. 2; 112 II 450 E. 3a; 111 II 263 E. 1a und b).

b) Diese Rechtsprechung wurde in BGE 146 III 121 und 146 III 387 aufgenommen und insbesondere in BGE 149 III 105 präzisiert: Hintergrund war eine "execution only"-Beziehung, die ein Bankkunde mit einer Genfer Bank eingegangen war. Es wurde mithin weder ein Vermögensverwaltungs- noch ein Anlageberatungsmandat erteilt. Der Bankangestellte führte ohne Zustimmung des Bankkunden zahlreiche Transaktionen auf dessen Konto aus. Bei den beanstandeten Transaktionen handelte es sich um Überweisungen an Drittpersonen ohne Gegenleistung, Überweisungen mit Gegenleistung in Aktien, Aktienkäufe und Devisengeschäfte. Mit einer Ausnahme führten diese Transaktionen zu Verlusten für den Kunden. Die interne Untersuchung deckte illegale Aktivitäten und Betrug auf, darunter die Verwendung von Kundengeldern für persönliche Zwecke des Bankmitarbeiters.

c) In der Folge erhob der Bankkunde vor den Genfer Gerichten Klage gegen die Bank. In erster Linie verlangte er die Erfüllung des Vertrags und die Rückgabe seiner Guthaben. In zweiter Linie machte er eine Haftung wegen Nichterfüllung des Vertrags geltend und verlangte Schadenersatz. Die Genfer Gerichte hiessen die Klage teilweise gut, allerdings mit unterschiedlicher Begründung: Während das erstinstanzliche Gericht den Fall nach den Regeln der Haftung der Bank prüfte, da ein Verschulden des Bankangestellten vorliege, beurteilte die Berufungsinstanz den Fall als Klage auf Vertragserfüllung, d.h. auf Rückgabe der vom Bankkunden bei der Bank deponierten Vermögenswerte, da es keinen Grund sah, Transaktionen, die von einer bei der Bank angestellten Person ohne Weisung ausgeführt wurden, anders zu behandeln als Transaktionen, die von einer unbefugten Drittperson ohne Weisung ausgeführt wurden.

d) Das Bundesgericht erinnerte an die Rechtsprechung, wonach die Bank, sofern kein Vermögensverwaltungsvertrag vorliegt, Kundentransaktionen nur auf Weisung oder mit Zustimmung der Kundschaft vornehmen darf. Mit anderen Worten: Besteht zwischen den Parteien ein Anlageberatungs- oder ein "execution-

only"-Vertrag, darf die Bank nur auf Weisung oder mit Zustimmung der Kundschaft handeln. Führt die Bank Bankgeschäfte ohne Weisung oder Zustimmung der Kundschaft aus, ist sie dieser gegenüber schadenersatzpflichtig. Dies ergibt sich aus den Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 419 ff. OR). Die Nicht- oder Schlechterfüllung von Kundenaufträgen zum Kauf oder Verkauf von Wertpapieren unterliegt den Regeln des Kommissionsvertrags (Art. 425 ff. OR sowie, durch Verweis in Art. 425 Abs. 2 OR, Art. 398 Abs. 2 und Art. 97 ff. OR). Die Bestimmungen von Art. 425 ff. OR sind analog anwendbar, sofern sich der Kauf- oder Verkaufsauftrag nicht auf Wertpapiere, sondern auf andere Finanzinstrumente wie z.B. Optionen bezieht (E. 4.2).

e) Sodann erwog das Bundesgericht, dass bei einer Veruntreuung von Kundengeldern durch eine bei der Bank angestellte Person der Schaden bei der Kundschaft eintrete und die Bank dafür nach Art. 398 Abs. 2 und Art. 97 ff. OR hafte. In einem solchen Fall könnten weder die Regeln über die (echte oder unechte) Geschäftsführung ohne Auftrag noch diejenigen über den Kommissionsvertrag direkt angewendet werden. Vielmehr handle es sich um eine unerlaubte Handlung im Sinne von Art. 41 OR, die von der bei der Bank angestellten Person begangen worden sei. Während die Kundschaft vom Zusammentreffen der deliktischen und vertraglichen Ansprüche profitiere, hafte die Bank vertraglich nach Art. 101 OR für die Handlungen ihrer Hilfsperson. Sie hafte, so das Bundesgericht weiter, selbst dann, wenn die Handlungen widerrechtlich seien, denn für eine Handlung der Hilfsperson in Ausübung ihrer Verrichtungen im Sinne von Art. 101 Abs. 1 OR genüge es, dass sie aufgrund eines funktionellen Zusammenhangs in den allgemeinen Aufgabenkreis der Hilfsperson falle. Obwohl die Begehung einer unerlaubten Handlung nie zu den eigentlichen Aufgaben einer arbeitnehmenden Person gehöre, bestehe ein funktionaler Zusammenhang, sobald die begangene Handlung in den allgemeinen Rahmen ihrer Tätigkeiten falle (E. 4.2).

f) Von diesen die vertragliche Haftung der Bank auslösenden Fällen der unerlaubten Handlung seien die Fälle klar zu unterscheiden, in denen die Bank Auszahlungen oder Überweisungen vom Kundenkonto an eine Drittperson vornehme, weil sie die fehlende Legitimation der auftraggebenden Person oder das Vorliegen einer

Fälschung nicht erkenne. Da es sich dabei um geschäftsimmanente Risiken handle, verfüge die Kundschaft insoweit – vorbehaltlich einer vertraglichen Risikotransferklausel – über einen Erfüllungsanspruch gegenüber der Bank (Art. 107 Abs. 1 OR). Dies stelle eine Ausnahme von der allgemeinen Regelung der vertraglichen Haftung in Art. 398 Abs. 2 und Art. 97 ff. OR dar (E. 4.3).

g) Zusammenfassend ist es so, dass Transaktionen, die von einer bei der Bank angestellten Person ohne Weisung ausgeführt werden, anders zu behandeln sind als Transaktionen, die von einer unbefugten Drittperson ausgelöst werden. Im Falle der Veruntreuung von Kundengeldern durch eine bei der Bank angestellte Person verfügt die Kundschaft über eine Haftungsklage gegen die Bank gemäss den Art. 398 Abs. 2, Art. 97 und Art. 101 OR. Nur in zwei Fällen, nämlich wenn die Bank die fehlende Vollmacht der auftraggebenden Person oder das Vorliegen einer Fälschung nicht erkannt hat, verfügt die Kundschaft über eine Erfüllungsklage.

5. a) Im vorliegenden Fall soll die Kundenbetreuerin G.\_\_\_\_\_ entgegen dem abgeschlossenen Bankvertrag ohne Weisung und ohne Zustimmung der Klägerin hochriskante Optionsgeschäfte getätigt haben, die insgesamt zu erheblichen Verlusten führten. G.\_\_\_\_\_ wurde in der Folge wegen mehrfacher ungetreuer Geschäftsbesorgung (Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 StGB), mehrfacher Urkundenfälschung (Art. 251 Ziff.1 StGB) und mehrfacher qualifizierter Veruntreuung (Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 138 Ziff. 2 StGB) verurteilt. Es handelte sich also nicht um Auszahlungen oder Überweisungen, welche die Bank in Unkenntnis der fehlenden Vollmacht der auftraggebenden Person oder des Vorliegens einer Fälschung tätigte, sondern um eine Verletzung der Sorgfalts- und Treuepflicht der Bank durch eine ihrer Hilfspersonen, nämlich die Kundenbetreuerin. Die Klägerin verfügte somit nicht über eine Leistungsklage gegen die Bank, sondern über eine Haftungsklage im Sinne von Art. 398 Abs. 2 OR in Verbindung mit Art. 101 OR.

b) Das scheint nun in der Replik auch die Klägerin so zu sehen. Sie macht jedoch geltend, das Bundesgericht habe erst mehrere Jahre nach Abschluss des Verfahrens gegen die Bank seine bisherige Rechtsprechung geändert und unautorisierte Transaktionen von dieser ausgenommen, wenn sie von einem oder einer Mitarbeitenden der Bank in krimineller Absicht getätigt worden seien. Der Beklagte

habe es im ursprünglichen Prozess unterlassen, auch auf Erfüllung zu klagen, ob schon die damals konstante Rechtsprechung des Bundesgerichts besagt habe, dass bei unautorisierten Transaktionen weiterhin ein Erfüllungsanspruch des Kunden bestehe. Indem der Beklagte einen Erfüllungsanspruch nicht einmal in Betracht gezogen habe, habe er die erforderliche Sorgfalt missen lassen. Ausserdem gebiete die anwaltliche Sorgfalt, im Zweifel mehrere Ansprüche eventualiter zueinander geltend zu machen. Das gelte im Falle von Bankprozessen in ausgeprägtem Masse. In solchen Prozessen sei es üblich, aus Sorgfalt einen Erfüllungsanspruch und eventuell einen Schadenersatzanspruch geltend zu machen (act. 49 Rz. 13 f.).

c) Dem ist insoweit zu widersprechen, als mit BGE 149 III 105 keine Änderung der Rechtsprechung, sondern lediglich eine Präzisierung erfolgte. Entgegen der Klägerin bestand zu keinem Zeitpunkt eine klare Rechtsprechung, wonach der Kundin im Falle der Veruntreuung von Kundengeldern durch eine Bankangestellte ein Erfüllungsanspruch gegen die Bank zusteht. Aus Gründen der anwaltlichen Sorgfalt mag es sinnvoll sein, im Zweifel Eventualbegehren zu stellen. Vor dem Hintergrund von BGE 149 III 105 kann aber kaum ernsthaft behauptet werden, dass der einige Jahre zuvor geführte Prozess zwischen der Klägerin und der Bank mit überwiegender Wahrscheinlichkeit siegreich geendet hätte, wenn (zusätzlich) auf Erfüllung geklagt worden wäre. Insoweit erweist sich die vorliegende Klage als unbegründet.

6. a) Was bleibt, ist die angeblich ungenügende Substantiierung des Schadens im Erstprozess. Nach dem allgemeinen Schadensbegriff, wie er in der Praxis des Bundesgerichts verwendet wird, ist der Schaden eine unfreiwillige Vermögensverminderung, der in einer Verminderung der Aktiven, einer Vermehrung der Passiven oder im entgangenen Gewinn bestehen kann. Er entspricht der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte (BGE 142 III 23 E. 4.1; 139 V 176 E. 8.1; je mit Hinweisen). Zu beachten ist indessen, dass der so definierte allgemeine Schadensbegriff im Einzelfall konkretisiert werden muss, damit er brauchbare Kriterien für die Schadensberechnung liefern kann. Bei vertragswidrigen Einzelanlagen ist 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 besteht eine Ersatzpflicht. Die haftpflichtige Person ist nicht befugt, Gewinne auf pflichtgemäss getätigten Anlagen mit Verlusten aus sorgfaltswidrig getätigten zu verrechnen. Ferner ist zu vermeiden, dass allfällige Verluste auf dem Teil des vertragskonform angelegten Vermögens die Ersatzpflicht erhöhen. Als Vergleichsmassstab kommen hier passende Alternativenanlagen in Betracht, die der vertraglichen Anlagestrategie entsprechen und pflichtgemäss vom Vertragspartner oder einem durchschnittlich erfolgreichen Vermögensverwalter bzw. Anlageberater getätigt worden wären (BGE 144 III 155 E. 2.2.2 mit Hinweisen). Ausnahmsweise kann dennoch die sogenannte Passivhypothese zum Tragen kommen, wenn die geschädigte Person nachweist, dass sie mit überwiegender Wahrscheinlichkeit keine anderen Anlagen getätigt hätte (BGer 4A\_421/2021 vom 30. März 2023 E. 4.2; 4A\_556/2019 vom 29. September 2020 E. 4.3.2; 4A\_297/2019 vom 29. Mai 2020 E. 6.4.2.1).

b) Bei Investitionen in Call-Optionen bestehen sodann gewisse Besonderheiten in Bezug auf das investierte Vermögen. Aus Sicht der anlegenden Person lässt sich die Funktionsweise einer Call-Option wie folgt zusammenfassen: Die Verkäuferschaft verpflichtet sich gegen Bezahlung einer Prämie, am oder bis zum Verfalltag die entsprechende Anzahl des Basiswertes zum vereinbarten Ausübungspreis zu verkaufen, wenn die Käuferschaft die Call-Option ausübt. Dazu muss die Verkäuferschaft während der gesamten Laufzeit Sicherheiten hinterlegen (Margin/Marge). Die Marge dient in erster Linie dazu, das Risiko der Bank bei Kursrückgängen zu begrenzen. Die Bank bestimmt deren Höhe nach internen Grundsätzen und es gibt keine allgemein gültigen Regeln zu deren Berechnung. Sie ist regelmässigen Änderungen aufgrund der Marktentwicklung unterworfen. Verfügt die Verkäuferschaft bei Ausübung der Option durch die Käuferschaft nicht über die erforderliche Anzahl Basiswerte, muss sie diese zuerst zum Marktpreis beschaffen. Da der Marktpreis zum Voraus nicht bekannt ist, lässt sich das Verlustrisiko nicht bestimmen, sondern lediglich durch den Umfang der abgeschlossenen Optionskontrakte, deren Laufzeit bzw. den Verfalltag und den Ausübungspreis begrenzen. Beim Verkauf einer Option gibt es kein *eigentliches* investiertes Vermögen. Die *Käuferschaft* kann entscheiden, ob das Geschäft erfüllt werden soll oder nicht. Dies

wird sie davon abhängig machen, ob die Erfüllung des Vertrages für sie einen positiven Wert hat oder nicht. Aus diesem Grund und zum Ausgleich ihres Risikos erhält die *Verkäufer* eine Prämie bei Vertragsschluss. Somit muss die anlegende Person beim *Verkauf* (Schreiben) von Optionen im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nichts investieren; mit anderen Worten keinen "Kaufpreis" bezahlen, sondern erhält vielmehr eine Optionsprämie. Demgegenüber besteht beim *Kauf* von Optionen ein investiertes Vermögen, nämlich die von der Käuferschaft zu entrichtende Optionsprämie. Aber auch beim *Verkauf* von Optionen besteht im Umfang der Marge ein aufgrund der Durchführung der Optionsstrategie eingesetztes Kapital, das während der Laufzeit gebunden wird und entsprechend nicht (oder nur beschränkt) für alternative Anlagen zur Verfügung steht. Das zeigt sich bereits daran, dass die investierende Person ohne Hinterlegung hinreichender Sicherheiten grundsätzlich keine Optionen verkaufen kann (BGer 4A\_202/2019 vom 11. Dezember 2019 E. 6.3.1 und 6.3.2 mit Hinweisen).

7. a) Nach Ansicht der Klägerin hätte der Schaden sehr einfach 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. Sie verwies auf ihre tabellarische Zusammenstellung zum vermeintlichen Erfüllungsanspruch (act. 2 Rz. 33 f.), aus welcher sich gesamthaft ein Verlust von TRY 10'498'700 ergebe. Der Beklagte hätte – so die Klägerin – lediglich die unautorisierten Optionsgeschäfte aufführen und die daraus resultierenden Gewinne und Verluste addieren müssen (act. 2 Rz. 47 f.). Weiter wäre darzulegen gewesen, dass schliesslich der Schaden mit unautorisierten Belastungen und Überweisungen "in andere Währungen umgewandelt" worden sei (act. 49 Rz. 69). Zur pflichtgemässen Anlage führte sie aus, bei Nichtvornahme der unautorisierten Optionsgeschäfte hätte sie gar keine Anlagen (gemeint: auf dem TRY-Konto) vorgenommen (act. 2 Rz. 66).

b) Diese Darstellung greift zu kurz. Soweit im vorliegenden Fall ohne Kenntnis und ohne Zustimmung der Klägerin Devisenoptionskontrakte verkauft/geschrieben

und dadurch Teile ihres bei der Bank liegenden Vermögens gebunden wurden, hätte die Klägerin zur Schadenssubstantiierung 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 setzte den Schaden jedoch mit dem (Netto-)Verlust gleich (vgl. act. 2 Rz. 67) und versäumte es, die hypothetische Entwicklung ihres Vermögens bei pflichtgemässer Anlage darzulegen. Es blieb bereits unklar, welchen Teil ihres Vermögens sie als pflichtwidrig investiert betrachtet. Sie verwies immer wieder darauf, dass lediglich die unautorisierten Transaktionen zu beachten gewesen wären (vgl. act. 2 Rz. 62, act. 49 Rz. 35). Von einem konkreten Kapitaleinsatz scheint die Klägerin nicht auszugehen. Am ehesten dürfte sie das den pflichtwidrigen Transaktionen zugrunde liegende Vermögen in ihrem TRY-Guthaben sehen, da – wie sie ausführt – alle unautorisierten Optionsgeschäfte über das TRY-Konto abgewickelt worden seien (act. 2 Rz. 47). An anderer Stelle zählt sie neben dem TRY-Konto auch die USD-, EUR- und GBP-Konten zum massgebenden Vermögen, wobei sie sogleich einschränkend hinzufügt, 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. Zur Vervollständigung hätte im ursprünglichen Prozess auch die Entwicklung ihres Depots angegeben werden können. Allerdings erscheine dies nicht erforderlich, 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.). Wie gesehen besteht aber beim Verkauf von Optionen sehr wohl ein eingesetztes Kapital, das während der Laufzeit gebunden wird und entsprechend nicht (oder nur beschränkt) für alternative Anlagen zur Verfügung steht. Die effektive Höhe dieser Sicherheit (Margin/Marge) wird vom Effektenhändler, also der Bank, festgelegt. Dabei werden nicht alle Wertpapiere und Anlageinstrumente als Sicherheit akzeptiert. Ob die "fiduciary time deposits" bei ausländischen Banken, in die das TRY-Guthaben der Klägerin investiert war, aufgrund ihrer eingeschränkten Verfügbarkeit und der Komplexität der Struktur überhaupt als Sicherheit bzw. Marge getaugt haben, ist frag-

lich. Auch der Handel mit hinterlegten Wertpapieren kann Einschränkungen unterliegen. Die spezifischen Bedingungen und Regeln variieren. Die Klägerin äusserte sich mit keinem Wort dazu, inwieweit der unautorisierte Optionshandel ihr übriges Portfolio beeinflusste.

c) Zur Passivhypothese hielt sodann bereits das Handelsgericht im Erstprozess HG150283-O fest, dass eine entsprechende Behauptung der Klägerin (wonach anstelle der Optionsgeschäfte gar keine Investitionen hätten getätigt werden sollen) vorliegend nicht plausibel wäre. Die Klägerin habe 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 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 instruktionsgemäßem Handeln der Bank einfach auf den klägerischen Konten geruht hätte (act. 3/21 E. 3.4.3c). Mit den entsprechenden Erwägungen des Handelsgerichts setzte sich die Klägerin im vorliegenden Prozess nicht auseinander. Sie begnügte sich mit der Behauptung, 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 (act. 2 Rz. 66). Auf diesem Konto habe sie nur einen vergleichsweise geringen Betrag von ursprünglich um die TRY 450'000 gehalten (act. 2 Rz. 23). Dieser Betrag dürfte mit zunehmender Exponierung (vgl. act. 2 Rz. 35) 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 entweder nachvollziehbar dartun müssen, mit welchen weiteren Behauptungen und Beweismitteln der Beklagte das Handelsgericht davon hätte über-

zeugen können, dass sie mit überwiegender Wahrscheinlichkeit mit dem durch die Marge blockierten Kapital keine andere Anlagen anstelle der pflichtwidrigen Optionen getätigt hätte, oder aber sie hätte dartun müssen, welche konkreten Behauptungen zu einer alternative Anlage und deren Verlauf aufzustellen gewesen wären. Beides hat sie nicht getan.

d) Hinzu kommt Folgendes: Die aus dem Verkauf der Call-Optionen resultierenden Prämienzahlungen wurden – wie das übrige TRY-Guthaben – in "fiduciary time deposits" investiert. Die Verzinsung habe zwischen 5.8 % und 9.55 % betragen (act. 49 Rz. 43). Die entsprechenden Zinserträge auf den Optionsprämien weist die Klägerin nicht aus und blendet damit einen Teil der im Wege der Vorteilsanrechnung zu berücksichtigenden Gewinne aus. Darüber hinaus erfolgten aus den Prämienzahlungen Überweisungen auf andere Fremdwährungskonten der Klägerin, um dort eine kleine Performance vorzutäuschen. Diese kleineren Beträge seien vergleichsweise bescheiden geblieben und hätten keinen Einfluss auf ihre Geschäfts- und Anlageentscheide gehabt (act. 49 Rz. 51). Wie die Klägerin selbst vorrechnete summierten sich die "kleineren Beträge" immerhin auf USD 249'353.05, EUR 33'390.15 und GBP 23'279.34 (act. 2 Rz. 38). Dass diese Beträge nicht investiert worden wären, behauptet die Klägerin selbst nicht. Dies wäre auch nicht plausibel. Damit blendet sie auch hier einen Teil der zu berücksichtigenden Gewinne bzw. Verluste aus.

e) Nach dem Gesagten erweisen sich die klägerischen Ausführungen zur Schadensberechnung in mehrfacher Hinsicht als unzureichend. Es war eben nicht so "denkbar einfach", wie die Klägerin meint. Vielmehr wäre insbesondere darzulegen gewesen, inwieweit sich der unautorisierte Optionshandel auf das übrige Portfolio der Klägerin auswirkte. Es hätten Behauptungen zur Höhe und zur Zusammensetzung der hinterlegten Sicherheiten aufgestellt werden müssen. Darüber hinaus hätte entweder nachvollziehbar dargelegt werden müssen, dass mit überwiegender Wahrscheinlichkeit mit dem durch die Marge blockierten Kapital keine anderen Anlagen anstelle der pflichtwidrigen Optionen getätigt worden wären, oder aber es hätten konkrete Behauptungen zu einer Alternativanlage und deren Verlauf aufgestellt werden müssen. All dies hat die Klägerin nicht getan. Damit ist ihr der

Nachweis nicht gelungen, dass der ursprüngliche Prozess gegen die Bank bei sorgfältiger Prozessführung zu einem für sie günstigeren Ergebnis geführt hätte. Auch im Eventualstandpunkt erweist sich die Klage somit als unbegründet, weshalb sie insgesamt abzuweisen ist.

### III.

1. Ausgangsgemäss wird die Klägerin kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

2. a) Im Kanton Zürich richtet sich die Entscheidgebühr der Zivilgerichte nach der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG; vgl. § 1 lit. b GebV OG). Sie ist pauschalisiert, bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten primär vom Streitwert abhängig und im Einzelfall je nach dem Zeitaufwand des Gerichts und der Schwierigkeit des Falls nach oben oder unten anzupassen (§ 2 und § 4 GebV OG).

b) Ausgehend vom Streitwert von umgerechnet rund CHF 4 Mio. beläuft sich die Grundgebühr nach § 4 Abs. 1 GebV OG auf (gerundet) CHF 61'000.–. Der Zeitaufwandes des Gerichts und die Schwierigkeit des Falls waren nicht unerheblich. Das Gericht war allein im vorliegenden Prozess mit insgesamt über 350 Seiten Rechtsschriften konfrontiert und musste überdies die Prozessführung des Beklagten im Erstprozess vor Handelsgericht um einen Anlageschaden aus Optionsgeschäften beurteilen. Die streitwertabhängige Grundgebühr bedarf vor diesem Hintergrund keiner Anpassung, weder nach oben noch nach unten.

3. a) Die Vergütungen für die Parteivertretung durch Anwältinnen und Anwälte vor den Zivilgerichten richtet sich nach der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 (AnwGebV; vgl. § 1 Abs. 1 AnwGebV). Die Vergütung setzt sich aus der Gebühr und den notwendigen Auslagen zusammen (§ 1 Abs. 2 AnwGebV). Die Gebühr ist pauschalisiert, bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten primär vom Streitwert abhängig und im Einzelfall je nach der Verantwortung oder dem notwendigen Zeitaufwand der Anwältin oder des Anwalts oder der Schwierigkeit des Falls nach oben oder unten anzupassen (§ 2 und § 4 AnwGebV).

b) Die Grundgebühr für die Parteientschädigung nach § 4 Abs. 1 AnwGebV beträgt vorliegend CHF 61'400.–. Weder die Verantwortung oder der notwendige Zeitaufwand der beklagischen Anwälte noch die Schwierigkeit des Falls erfordern eine Erhöhung oder Ermässigung der streitwertabhängigen Grundgebühr. Für die schriftliche Duplik ist ein Zuschlag nach § 11 Abs. 2 AnwGebV von CHF 13'549.68 zu gewähren (entsprechend rund 22 %). Hinzu kommt ein Mehrwertsteuerzuschlag von 7.7 % bzw. CHF 4'727.80 auf die Grundgebühr (Aufwendungen bis zum 31. Dezember 2023) sowie von 8.1 % bzw. CHF 1'097.52 auf den Zuschlag für die zweite Rechtsschrift vom 4. September 2024. Insgesamt ist die Parteientschädigung des Beklagten inkl. Mehrwertsteuer auf CHF 80'775.– festzusetzen.

**Es wird erkannt:**

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Entscheidunggebühr wird auf CHF 61'000.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten werden der Klägerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Vorschuss verrechnet.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 80'775.– zu bezahlen.
5. Die von der Klägerin für die Parteientschädigung des Beklagten bei der Gerichtskasse hinterlegten Sicherheiten von CHF 80'775.– werden dem Beklagten zahlungshalber an seine Parteientschädigung ausbezahlt.
6. Schriftliche Mitteilung an
  - die Parteien, an den Beklagten unter Beilage eines Papierausdrucks von act. 64,sowie nach Eintritt der Rechtskraft an
  - die Bezirksgerichtskasse.

7. Eine **Berufung** gegen diesen Entscheid kann innert **30 Tagen** von der Zustellung an im Doppel und unter Beilage dieses Entscheids beim Obergericht des Kantons Zürich, Zivilkammer, Postfach, 8021 Zürich, erklärt werden. In der Berufungsschrift sind die Anträge zu stellen und zu begründen. Allfällige Urkunden sind mit zweifachem Verzeichnis beizulegen.

Zürich, 7. Januar 2025

BEZIRKSGERICHT ZÜRICH  
1. Abteilung

Der Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. H. Dubach

MLaw K. Lüscher