

# Handelsgericht des Kantons Zürich



---

Geschäfts-Nr. HG090121-O/U/dz

Mitwirkend: die Oberrichter Thomas Seeger, Präsident, und Dr. George Daetwyler, die Handelsrichter Thomas Steinebrunner, Peter Erb und die Handelsrichterin Ursula Suter sowie die Gerichtsschreiberin Helene Lampel

## Urteil vom 19. Mai 2011

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,  
Kläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. \_\_\_\_\_

gegen

**B.** \_\_\_\_\_,  
Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Z. \_\_\_\_\_

betreffend **Forderung**

Rechtsbegehren gemäss Klageschrift:  
(act. 1 S. 2)

"Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger USD 677'930.14 zzgl. Zins in der Höhe von 5 % seit dem 4. November 2008, USD 1'000'000 zzgl. Zins in der Höhe von 5 % seit dem 9. Januar 2009 und EUR 145'921 zzgl. Zins in der Höhe von 5 % seit dem 13. November 2008 zu bezahlen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inkl. MwSt) zulasten der Beklagten."

Geändertes Rechtsbegehren gemäss Replik:  
(act. 18 S. 2)

"1. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger USD 686'877.45 zzgl. Zins in der Höhe von 5 % seit dem 4. November 2008, USD 1'000'000 zzgl. Zins in der Höhe von 5 % seit dem 9. Januar 2009 und EUR 160'125 zzgl. Zins in der Höhe von 5 % seit dem 13. November 2008 zu bezahlen.

2. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger über alle Einnahmen, welche sie infolge der in dessen Konto gebuchten Equity Yield Notes erlangt hatte, Auskunft zu geben und darüber Rechenschaft abzulegen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inkl. MwSt) zulasten der Beklagten."

**Das Gericht zieht in Erwägung:**

**I. Einleitung**

**1. Parteien**

Der Kläger ist eine natürliche Person mit Wohnsitz in der Türkei. Er ist Inhaber der Schiffsmakler- und Schiffscharterunternehmung namens C.\_\_\_\_\_ LTD., welche Schiffe und Transportkapazitäten vermittelt, sowie weiterer Unternehmen derselben Branche. Die Beklagte mit Sitz in L.\_\_\_\_\_ (Stadt in der Schweiz) ist eine Ak-

tiengesellschaft, die eine Bank betreibt (Kläger: act. 1 Rz. 11-12, act. 18 Rz. 16, Rz. 161, Rz. 195; Beklagte: act. 7 Rz. 160).

## **2. Sachverhaltsübersicht**

### **2.1. Unbestrittener Sachverhalt**

2.1.1. Der Kläger eröffnete am 31. Mai 2007 bei der Filiale der Beklagten in K.\_\_\_\_\_ (Stadt in der Schweiz) ein Kontokorrent und ein Depot. Als Kontokorrentkonto wurde ein Nummernkonto mit der Bezeichnung "D.\_\_\_\_\_" eröffnet. Dieses bestand aus zwei Unterkonti, wobei das eine in USD (Nr. ....) und das andere in EUR (Nr.....) geführt wurde. In Bezug auf Korrespondenz und Belege wurde deren banklagernde Aufbewahrung vereinbart. Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten wurden Vertragsbestandteil. Anlässlich der Kontoeröffnung waren seitens der Beklagten neben E.\_\_\_\_\_ der Kundenberater F.\_\_\_\_\_ anwesend, mit welchem der Kläger im Verlauf der Kontobeziehung mehrheitlich in Kontakt stand (Kläger: act. 1 Rz. 20 und Rz. 78, act. 18 Rz. 46 und Rz. 51-52; Beklagte: act. 7 Rz. 12-13, Rz. 16-17, Rz. 20; act. 22 Rz. 136; Vertrag vom 31.05.2007: act. 3/2; AGB [General Conditions], datiert 31.05.2007: act. 8/5).

2.1.2. Zwischen Dezember 2007 und Juli 2008 transferierte der Kläger in mehreren Tranchen insgesamt rund EUR 500'000 und USD 1'500'000 auf die beiden Konti (Kläger: act. 1 Rz. 28; Beklagte: act. 7 Rz. 164; Kontoauszüge vom 05.11.2008: act. 3/5-6).

Zwischen Januar und November 2008 wurden über die Konti des Klägers folgende Investitionen in Equity Yield Notes (nachfolgend EYN) getätigt (Kläger: act. 1 Rz. 35-54, Rz. 62, Rz. 66; act. 18 Rz. 121; Beklagte: act. 7 Rz. 45-91, Rz. 94; act. 22 Rz. 6):

| Investitions-<br>zeitraum | Bezeichnung                          | Investition  | Rückzahlung | Zinsen    | Abrech-<br>nungen          |
|---------------------------|--------------------------------------|--------------|-------------|-----------|----------------------------|
| 18.01. - 18.04.08         | EYN 2 % EUR<br>B._____               | 298'000.00   | 298'000.00  | 5'960.00  | act. 8/11-13               |
| 25.04. - 25.07.08         | EYN 2.625% EUR<br>G._____            | 500'000.00   | 500'000.00  | 13'125.00 | act. 8/14-16               |
| 04.08. - 04.11.08         | EYN 1.5 % USD<br>H._____             | 1'500'000.00 | 805'740.00  | 22'500.00 | act. 8/17,<br>act. 8/23-24 |
| 04.08. - 29.09.08         | EYN 2.1 % EUR<br>H._____             | 500'000.00   | 483'200.00  | 6'416.67  | act. 8/18,<br>act. 8/21    |
| 29.09. - 13.11.08         | EYN 2.1 % EUR<br>G._____<br>(Switch) | 490'366.67   | 335'692.50  | 10'500.00 | act. 8/22,<br>act. 8/25-26 |

Am 22. September 2008 rief der Kläger F.\_\_\_\_\_ an und verlangte die Überweisung von USD 500'000. Da in jenem Zeitpunkt ein Grossteil der klägerischen Guthaben in EYN angelegt war, deren sofortiger Verkauf zu einem Verlust von 4.5 % des investierten Kapitals ohne Zinsgewinn geführt hätte, informierte F.\_\_\_\_\_ den Kläger als Alternative über die Aufnahme eines Lombardkredites. Der Kläger stimmte dieser Vorgehensweise zu und retournierte den von ihm unterzeichneten Lombardkreditvertrag am 23. September 2008 an die Beklagte. Der Betrag von USD 500'000 wurde dem Konto des Klägers am 25. September 2008 gutgeschrieben und gleichentags an ihn überwiesen. Die Rückzahlung des Lombardkredits erfolgte am 5. November 2008 (Kläger: act. 1 Rz. 47-52 und act. 18 Rz. 100-106; Beklagte: act. 7 Rz. 67-74 und Rz. 86, act. 22 Rz. 44, Rz. 70, Rz. 148, Rz. 152; Lombardkreditvertrag vom 22.(recte: 23.)/24.09.08: act. 3/15; Gut-schriftsanzeige vom 25.09.08: act. 8/20; Kontoauszug per 05.11.08: act. 3/6 S. 3).

2.1.3. Am 4. November 2008 informierte F.\_\_\_\_\_ den Kläger zunächst telefo-nisch und am 5. November 2008 auch per E-Mail über die eingetretenen Verluste im Zusammenhang mit den Investitionen in EYN. Darauf protestierte der Kläger mit E-Mail vom 6. November 2008. Am 14. November 2008 beauftragte der Klä-ger F.\_\_\_\_\_ per Telefax, das gesamte Kontoguthaben auf sein Konto bei einer Bank in N.\_\_\_\_\_ zu überweisen. In der Folge wurden die Beträge von USD 325'879.17 und EUR 358'696.28 gemäss den Instruktionen des Klägers

überwiesen (Kläger: act. 1 Rz. 56-61 und act. 18 Rz. 115-119; Beklagte: act. 7 Rz. 84-92; E-Mail der Beklagten an den Kläger vom 05.11.08: act. 3/18; E-Mail des Klägers an die Beklagte vom 06.11.08: act. 3/17; Telefax des Klägers an die Beklagte vom 14.11.08 und Antwort der Beklagten per E-Mail vom selben Tag: act. 3/20-21; Überweisungsbelege vom 18./19.11.08: act. 8/27-28).

## 2.2. Überblick über die wesentlichen Parteistandpunkte

### 2.2.1. Standpunkt des Klägers

Der Kläger führt aus, er sei ein äusserst konservativer, auf Sicherheit und Werterhaltung bedachter Bankkunde, der über keinerlei Anlageerfahrung mit Wertschriften verfüge, worauf er die Beklagte wiederholt hingewiesen habe. Es sei ihm darum gegangen, sein privates Finanzvermögen diskret und sicher bei der Beklagten aufzubewahren und jederzeit für geschäftliche Investitionen zur Verfügung zu haben, insbesondere für einen von ihm geplanten Schiffskauf. Gleichzeitig habe er beabsichtigt, Kreditlimiten für seine Schiffsgesellschaften zu erhalten, um das zusätzliche Schiff kaufen zu können, wobei sein Privatvermögen der Beklagten quasi indirekt als Sicherheit hätte dienen sollen. All dies habe die Beklagte gewusst. Der Kläger habe der Beklagten denn auch keinen Vermögensverwaltungsauftrag erteilt, sondern diese nur zur Tätigkeit von Festgeldanlagen ermächtigt. Wertschriftenhandel sei von ihm ausdrücklich ausgenommen worden (act. 1 Rz. 21-22, Rz. 80 und act. 18 Rz. 12-18, Rz. 36, Rz. 68, Rz. 88, Rz. 100, Rz. 150, Rz. 166-168, Rz. 201).

Der Kläger bestreitet, die Aufträge für die Investitionen in EYN erteilt zu haben. Die Beklagte habe ohne seine Kenntnis und ohne seine Zustimmung sein Vermögen in diese derivaten Produkte investiert (act. 1 Rz. 3, Rz. 8, Rz. 121; act. 18 Rz. 37, Rz. 114, Rz. 200). Der Kläger sei weder in Bezug auf die EYN noch den Lombardkredit ordnungsgemäss aufgeklärt worden. Die Investitionen in EYN seien überdies entgegen dem Risikoprofil des Klägers erfolgt. Auch sei dadurch gegen den Diversifikationsgrundsatz verstossen worden (act. 1 Rz. 8, Rz. 36, Rz. 95-101, Rz. 107-109, Rz. 114-115, Rz. 122; act. 18 Rz. 6, Rz. 31, Rz. 111, Rz. 114,

Rz. 123, Rz. 143, Rz. 156). Zudem sei der Kläger über die getätigten Investitionen auch nicht ordnungsgemäss informiert worden. Er habe die Beklagte bereits bei der Kontoeröffnung ausdrücklich instruiert, ihm E-Mails nur an seine private Adresse "i.\_\_\_\_@....." zu senden. Stattdessen habe die Beklagte die E-Mails an seine Geschäftsadresse "j.\_\_\_\_@....." gesandt. Zwar hätten seine Mitarbeiter die E-Mails erhalten, nicht aber er selber, da er die zahlreichen E-Mails an die Geschäftsadresse nur sporadisch lese (act. 1 Rz. 5, Rz. 23-26, Rz. 114; act. 18 Rz. 158, Rz. 198). Eine nachträgliche Genehmigung der Investitionen sei nicht erfolgt. Da keine ordnungsgemässe Aufklärung des Klägers über die EYN erfolgt sei und die Investitionen nicht seinem Risikoprofil entsprochen hätten, wäre eine nachträgliche Genehmigung aber auch gar nicht möglich gewesen. Die Genehmigungsfiktion greife vorliegend ebenfalls nicht, da die vereinbarte Anlagestrategie von der Beklagten in krasser Weise missachtet worden sei (act. 1 Rz. 114-115; act. 18 Rz. 37-39, Rz. 42, Rz. 99, Rz. 114, Rz. 121-124, Rz. 130-132, Rz. 188, Rz. 200).

Infolge des sorgfalts- und treuwidrigen Handelns der Beklagten sei dem Kläger ein Schaden entstanden, welchen die Beklagte gestützt auf Art. 97 i.V.m. Art. 394 ff. OR zu ersetzen habe. Dieser Schaden setze sich einerseits aus den im Zusammenhang mit den EYN erlittenen Verlusten (inklusive der Kosten für die Investitionen und den Lombardkredit und abzüglich der erwirtschafteten Zinsen) von insgesamt USD 677'930.14 und EUR 145'921.00 zusammen. Zudem habe die Beklagte dem Kläger den entgangenen Gewinn von EUR 14'204.00 und USD 8'947.30 zu ersetzen, welche Beträge bei vertragsgemässer Investition in Festgeldanlagen erzielt worden wären. Andererseits sei dem Kläger infolge der erlittenen Verluste sein Privatvermögen im November 2008 nicht wie geplant für den unmittelbar bevorstehenden Schiffskauf zur Verfügung gestanden, worauf der Schiffsverkäufer vom Vertrag zurückgetreten sei und die geleistete Anzahlung von USD 1'000'000 gemäss vertraglicher Vereinbarung einbehalten habe, so dass der Kläger einen Schaden in dieser Höhe erlitten habe (act. 1 Rz. 62-76, Rz. 116, Rz. 124; act. 18 Rz. 34-35, Rz. 202).

### 2.2.2. Standpunkt der Beklagten

Die Beklagte beantragt die Abweisung der Klage (act. 7 S. 2 und act. 22 S. 2).

Im Gespräch zwischen dem Kläger und den Kundenberatern F.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ bei Aufnahme der Kontobeziehung am 31. Mai 2007 seien neben Investitionen in Festgeldanlagen auch solche in Wertschriften thematisiert worden. Dem Kläger sei zur Aufklärung die Broschüre der Schweizerischen Bankiervereinigung "Besondere Risiken im Effektenhandel" ausgehändigt worden. Hingegen habe die Beklagte weder vom geplanten Schiffkauf gewusst noch sei die Gewährung von Kreditlimiten besprochen oder gar vereinbart worden (act. 7 Rz. 15, Rz. 20; act. 22 Rz. 13, Rz. 56, Rz. 111). Im Anschluss an das Gespräch habe der Kundenberater F.\_\_\_\_\_ ein Kunden- und ein Risikoprofil erstellt (vgl. act. 8/7-9, act. 15/2-4). Das Risikoprofil, die Risikofähigkeit sowie -bereitschaft des Klägers seien als "moderat" eingestuft worden. Demnach habe die vom Kläger gewählte Anlagestrategie nicht nur Festgeldanlagen, sondern auch den Kauf von Wertschriften umfasst. Gemäss dem Risikoprofil habe der Kläger über Erfahrung mit Finanzprodukten, insbesondere mit strukturierten Produkten, verfügt und eine renditeorientierte Anlagestrategie verfolgt. Die in Rede stehenden EYN würden ein moderates Risiko beinhalten. Auch handle es sich im Vergleich zur Investition in Aktien um diversifizierte Anlagen (act. 7 Rz. 20-25, Rz. 142-146; act. 22 Rz. 121).

Zwischen den Parteien sei weder ein Anlageberatungs- noch ein Vermögensverwaltungsvertrag geschlossen worden, sondern es habe ein blosses Konto- und Depotverhältnis bestanden. In Bezug auf Festgeldanlagen sei die Beklagte vom Kläger ermächtigt worden, diese jeweils ohne Einholen seiner Zustimmung zu tätigen. Im Übrigen sei die Beklagte lediglich verpflichtet gewesen, allfällige Aufträge des Klägers auszuführen ("execution only"). Aus diesem Grund sei die Beklagte auch nicht zur umfassenden Interessenwahrung verpflichtet gewesen, sondern die Verantwortung für die einzelnen Anlageentscheide habe beim Kläger gelegen. Ausserhalb eines Vermögensverwaltungsmandates treffe die Bank auch keine Pflicht zur Diversifikation (act. 7 Rz. 6, Rz. 14, Rz. 26, Rz. 144; act. 22 Rz. 111, Rz. 120, Rz. 178).

Der Kläger habe die Beklagte am 7. Januar 2008, 17. April 2008, 24. Juli 2008 und 23. September 2008 telefonisch beauftragt, die EYN für die kurze Laufzeit von jeweils drei Monaten zu kaufen. Auch habe er am 22. September 2008 den telefonischen Auftrag zur Aufnahme des Lombardkredites erteilt. Sämtliche Aufträge seien im Kontaktprotokoll "....." (vgl. act. 8/6, act. 15/1) festgehalten worden. Dabei handle es sich um einen nicht überschreibbaren elektronischen Datenträger, weshalb eine nachträgliche Änderung nicht möglich sei (act. 7 Rz. 6-8, Rz. 34; act. 22 Rz. 6, Rz. 29-46). Da weder ein Anlageberatungs- noch ein Vermögensverwaltungsvertrag abgeschlossen worden sei und aufgrund des Wissensstandes und der Erfahrung des Klägers - ein vermögender, erfolgreicher und mit risikobehafteten Anlagen erfahrener Unternehmer - sei die Beklagte nicht zu seiner Aufklärung verpflichtet gewesen. Dennoch sei der Kläger über die Eigenschaften und Risiken der Notes rechtzeitig, umfassend, wahrheitsgemäss und sachgerecht aufgeklärt worden. Auch sei dem Kläger die Möglichkeit und Bedeutung der Aufnahme eines Lombardkredites zunächst telefonisch und hernach auch noch schriftlich erklärt worden (act. 7 Rz. 8, Rz. 125-140; act. 22 Rz. 6, Rz. 9, Rz. 64-75, Rz. 153).

Über jede Transaktion sei der Kläger sodann schriftlich informiert worden. Der Kläger habe sich damit einverstanden erklärt, dass die Beklagte ihn über die geschäftliche E-Mail-Adresse "j.\_\_\_\_@....." kontaktieren könne. Die entsprechenden E-Mails würden als dem Kläger rechtsgültig zugestellt gelten, selbst wenn er diese nicht gelesen habe (act. 7 Rz. 8, Rz. 27-33, Rz. 148-149; act. 22 Rz. 17-28, Rz. 130, Rz. 165). In Ziff. 4 des Kontoeröffnungsformulars habe der Kläger die Beklagte instruiert, ihm sämtliche Korrespondenz und Belege bezüglich der Bankbeziehung banklagernd zuzustellen und habe ausdrücklich anerkannt, dass diese Zustellungsart wie die Zustellung an seine Wohnsitzadresse zu betrachten sei. Gemäss Art. 7 der vom Kläger akzeptierten Allgemeinen Geschäftsbedingungen habe er weiter ausdrücklich anerkannt, allfällige Fehler bei der Ausführung von Aufträgen unverzüglich, d.h. spätestens innert Monatsfrist, zu beanstanden, ansonsten die getätigten Bankbewegungen als genehmigt gälten. Selbst wenn der Kläger die streitgegenständlichen Investitionen nicht in Auftrag gegeben hätte, seien die Investitionen zumindest nachträglich genehmigt worden, da die Trans-

aktionen vom Kläger trotz Information per Telefon, per E-Mail und Banklagerung der Wertschriftenabrechnungen nicht innert Monatsfrist beanstandet worden seien. Zumindest nach den mündlichen und schriftlichen Informationen vom 22. September 2008 hätte der Kläger gegen die Investitionen in Notes remonstrieren müssen, weshalb spätestens in diesem Zeitpunkt von deren nachträglicher Genehmigung auszugehen sei (act. 7 Rz. 8, Rz. 16-18; act. 22 Rz. 51-63).

Die Beklagte bestreitet die vom Kläger vorgenommene Schadensberechnung und dass dem Kläger ein Schaden entstanden sei (act. 22 Rz. 89-100).

Schliesslich hält die Beklagte fest, dass dem Kläger zwar das gesamte Kontoguthaben instruktionsgemäss überwiesen worden sei, das Konto jedoch bis heute nicht saldiert worden sei, weshalb für jedes Quartal Konto-, Depot-, Postlagernd- und Grundlagengebühren sowie die kantonale Stempelsteuern anfielen. Die Beklagte macht die bisher aufgelaufenen Kosten im Betrag von USD 3'018.07 und EUR 17.25 verrechnungsweise geltend (act. 7 Rz. 92-93; act. 22 Rz. 161).

## **II. Prozessuales**

### **1. Prozessverlauf**

Am 26. Mai 2009 (Datum Poststempel) reichte der Kläger die Klageschrift ein (act. 1). Die Klageantwortschrift wurde am 28. September 2009 erstattet (act. 7). Am 2. Februar 2010 fand eine Referentenaudienz und Vergleichsverhandlung statt, welche zu keiner Einigung der Parteien führte (Prot. S. 4). Mit Schreiben vom 19. Februar 2010 (act. 11) teilte der Kläger mit, dass die anschliessenden aussergerichtlichen Vergleichsgespräche gescheitert seien und stellte prozessuale Anträge in Bezug auf die teilweise Vervollständigung und Übersetzung der Klageantwortbeilagen 8/6-9 (Kontaktprotokoll, Kunden- und Risikoprofil). Mit Verfügung des Instruktionsrichters vom 23. Februar 2010 wurde einerseits dem Kläger Frist zur Replik angesetzt und andererseits die Beklagte verpflichtet, die Seiten 1 und 2 von Klageantwortbeilage 8/6 (Kontaktprotokoll) nachzureichen sowie die Klageantwortbeilagen 8/6-9 in deutscher Übersetzung einzureichen (Prot. S. 5).

Mit Eingabe vom 10. März 2010 reichte die Beklagte die Übersetzungen von act. 8/6-9 ein, bestritt aber die Editionsspflicht in Bezug auf die ersten beiden Seiten der Klageantwortbeilagen act. 8/6 (act. 14). Die Replik datiert vom 26. April 2010 und die Duplik vom 30. August 2010 (act. 18 und act. 22). Ein Doppel der Duplik wurde dem Kläger zugestellt und das Hauptverfahren damit als geschlossen erklärt (Prot. S. 9). Der Prozess erweist sich als spruchreif (§ 188 Abs. 1 ZPO/ZH).

## **2. Anwendbares Verfahrensrecht**

Am 1. Januar 2011 ist die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) vom 19. Dezember 2008 (SR 272) in Kraft getreten, welche die bis anhin gültigen kantonalen Prozessordnungen ablöst. Bei Verfahren, die - wie das vorliegende - bei Inkrafttreten des neuen Gesetzes rechtshängig sind, gilt das bisherige Verfahrensrecht und damit die Zivilprozessordnung des Kantons Zürich (ZPO/ZH) sowie das Gerichtsverfassungsgesetz (GVG) weiterhin bzw. bis zum Abschluss vor der betroffenen Instanz (Art. 404 Abs. 1 ZPO).

Nach Art. 404 Abs. 2 ZPO bestimmt sich die örtliche Zuständigkeit dagegen nach neuem Recht, wobei eine bestehende Zuständigkeit nach altem Recht erhalten bleibt. Damit im Einklang steht auch Art. 63 Ziffer 1 des revidierten, ebenfalls per 1. Januar 2011 in Kraft gesetzten und in Zivil- und Handelssachen anzuwendenden Lugano-Übereinkommens (LugÜ) vom 30. Oktober 2007 (SR 0.275.11), wonach für zeitlich früher angehobene Klagen das bisherige Lugano-Übereinkommen vom 16. September 1988 (aLugÜ) gilt.

### **3. Zuständigkeit**

3.1. Der Kläger hat seinen Wohnsitz in der Türkei. Die Beklagte ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in L.\_\_\_\_\_. Es liegt somit ein internationaler Sachverhalt vor, wobei das aLugÜ anwendbar ist (Art. 1 Abs. 2 IPRG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 aLugÜ).

3.2. Haben die Parteien, von denen mindestens eine ihren Wohnsitz im Hoheitsgebiet eines Vertragsstaats hat, in schriftlicher Form vereinbart, dass die Gerichte eines Vertragsstaats über eine künftige aus einem bestimmten Rechtsverhältnis entspringende Rechtsstreitigkeit entscheiden sollen, so sind die Gerichte dieses Staates ausschliesslich zuständig (Art. 17 Abs.1 lit. a LugÜ). Der Sitz von Gesellschaften und juristischen Personen steht für die Anwendung des aLugÜ dem Wohnsitz gleich (Art. 53 Abs. 1 aLugÜ).

Die Beklagte hat ihren Sitz in der Schweiz, die Vertragsstaat des aLugÜ ist. In dem am 31. Mai 2007 zwischen den Parteien abgeschlossenen Vertrag ist in erster Linie L.\_\_\_\_\_ als Gerichtsstand vorgesehen (act. 3/2 S. 8). Damit haben die Parteien für einen künftigen Rechtsstreit aus dem abgeschlossenen Vertrag in schriftlicher Form vereinbart, dass die Gerichte in L.\_\_\_\_\_ zuständig sein sollen. Demnach liegt eine zulässige Gerichtsstandsvereinbarung nach Art. 17 aLugÜ vor und ist die örtliche Zuständigkeit in L.\_\_\_\_\_ zu bejahen.

3.3. Zivilverfahren, die am 01. Januar 2011 erstinstanzlich rechtshängig sind, werden vom bisher sachlich zuständigen Gericht fortgeführt (§ 206 GOG). Gemäss § 62 GVG entscheidet das Handelsgericht des Kantons Zürich alle Zivilprozesse zwischen Parteien, die als Firmen im Handelsregister eingetragen sind, sofern sich der Streit auf das von einer Partei betriebene Gewerbe oder auf Handelsverhältnisse überhaupt bezieht und wenn der Streitwert für die Berufung an das Bundesgericht, nämlich CHF 30'000.00, erreicht wird. Falls der Streitgegenstand im Übrigen den Anforderungen von § 62 GVG entspricht, so kann der Kläger gemäss § 63 Ziffer 1 GVG zwischen dem Bezirksgericht und dem Handelsgericht wählen, wenn die Beklagte im Handelsregister als Firma eingetragen ist.

Der Kläger hat mit der vorliegenden Klage von diesem Wahlrecht Gebrauch gemacht (act. 1 Rz. 16). Die Beklagte ist im Handelsregister eingetragen, der Streit bezieht sich auf das von ihr betriebene Bankgewerbe und der Streitwert übersteigt CHF 30'000.00.

3.4. Die örtliche und sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons Zürich ist somit gegeben und blieb auch unbestritten (Kläger: act. 1 Rz. 15-16; Beklagte: act. 7 Rz. 160).

#### **4. Klageänderung**

4.1. Gemäss § 61 Abs. 1 ZPO/ZH kann der Kläger in einem rechtshängigen Prozess im Rahmen der Zuständigkeit des angerufenen Gerichts einen andern oder weiteren Anspruch erheben, sofern der neue Anspruch mit dem bisher geltend gemachten in engem Zusammenhang steht. Das Gericht kann die Zulassung der Klageänderung ablehnen, wenn durch sie die Rechtsstellung des Beklagten wesentlich beeinträchtigt oder das Verfahren ungebührlich verzögert wird.

4.2. Der Kläger ändert in der Replik seine Klage und macht als zusätzliche Schadenspositionen den Gewinn geltend, der ihm entgangen sei, weil die Beklagte die einbezahlten Geldbeträge vertragswidrig nicht so investiert habe, wie es die Parteien vereinbart hätten. Er beziffert den entgangenen Gewinn auf EUR 14'204 und USD 8'947.30 (act. 18 Rz. 34). Zudem verlangt der Kläger im Sinne einer Klageergänzung von der Beklagten Auskunft und Rechenschaftsablage über alle Einnahmen, welche sie infolge der in dessen Konto gebuchten EYN erlangt hatte (act. 18 S. 2 und Rz. 187).

4.3. Die neu geltend gemachten Schadenersatzansprüche stehen ohne Weiteres in engem Zusammenhang mit den bisher geltend gemachten Forderungen, geht es doch erneut um die Investitionen der auf das Konto des Klägers bei der Beklagten einbezahlten Vermögenswerte. Dasselbe gilt für das Begehren um Auskunft und Rechenschaftsablage. Die bisher sowie die neu geltend gemachten Ansprüche beruhen somit allesamt auf dem gleichen Sachverhalt (vgl. Frank /

Sträuli / Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A. 1997, § 61 N 3 f.).

Eine wesentliche Beeinträchtigung der Rechtsstellung der Beklagten oder eine ungebührliche Verzögerung des Verfahrens wird von der Beklagten nicht geltend gemacht und ist auch nicht ersichtlich. Die Klageänderung ist daher zuzulassen.

### **III. Materielles**

#### **1. Anwendbares Recht**

Da der Kläger seinen Wohnsitz in der Türkei und die Beklagte ihren Sitz in der Schweiz hat, bestimmt sich das anwendbare Recht unter Vorbehalt allfälliger völkerrechtlicher Verträge nach dem IPRG (Art. 1 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 IPRG). Das nationale, kollisionsrechtlich berufene Recht hinsichtlich des Verhältnisses zwischen den Streitparteien bestimmt sich, da vertragliche Ansprüche geltend gemacht werden, nach dem auf Verträge anwendbaren Recht (Art. 116 ff. IPRG). Gemäss Art. 116 Abs. 1 IPRG untersteht der Vertrag dem von den Parteien gewählten Recht. Im Kontoeröffnungsvertrag vom 31. Mai 2007 wurde folgendes festgelegt: "All legal relations between the client and the Bank are governed by Swiss law." (act. 3/2 S. 8). Entsprechend der Übereinkunft zwischen den Parteien gelangt schweizerisches Recht zur Anwendung, was unbestritten ist (Kläger: act. 1 Rz. 77; Beklagte: act. 7 Rz. 183).

#### **2. Bestand und Qualifikation des Vertragsverhältnisses**

##### **2.1. Schriftlicher Vertrag zwischen den Parteien**

2.1.1. Vorliegend ist unbestritten, dass der Kläger einerseits und zwei Vertreter der Beklagten andererseits anlässlich der Kontoeröffnung vom 31. Mai 2007 die Kontoeröffnungsdokumente mit dem Titel "Summary Bank Relationship" auf S. 8 unterzeichneten und zwischen den Parteien ein gültiger Vertrag abgeschlossen wurde (Kläger: act. 1 Rz. 78 und act. 18 Rz. 19; Beklagte: act. 7 Rz. 12; Vertrag

vom 31.05.2007 um 12:36 Uhr: act. 3/2). Weiter hat der Kläger anerkannt, dass die Allgemeinen Geschäftsbedingungen (nachfolgend AGB) der Beklagten, auf welche auf S. 8 des Vertragsdokumentes verwiesen wird, anlässlich des Vertragsabschlusses am 31. Mai 2007 von ihm übernommen und Vertragsbestandteil wurden (Kläger: act. 18 Rz. 51-52; Beklagte: act. 7 Rz 17 und act. 22 Rz. 136; AGB [General Conditions], datiert 31.05.2007 um 12:36 Uhr: act. 8/5).

2.1.2. Der Kläger macht indessen geltend, anlässlich der Kontoeröffnung seien ihm die noch nicht ausgefüllten Dokumente zur Unterschrift vorgelegt worden, welche er blanko unterschrieben und bei der Beklagten zurückgelassen habe. Seine Privatadresse und seine Kontaktdaten inkl. E-Mailadresse habe der Kläger der Beklagten einfach auf einen Zettel aufgeschrieben, damit die Beklagte diese nachher in die Kontoeröffnungsdokumente habe eintragen können. Anschliessend sei man zusammen Mittagessen gegangen. Die Kontaktdaten des Klägers und auch das Datum seien erst im Nachhinein von F.\_\_\_\_\_ in die Kontoeröffnungsdokumente eingefügt worden. In Bezug auf die AGB der Beklagten könne nicht die Rede von einer tatsächlichen Kenntnisnahme des Inhalts sein (act. 1 Rz. 26; act. 18 Rz. 19, Rz. 48, Rz. 53, Rz. 64). Die Beklagte bestreitet die klägerische Darstellung. Die Unterlagen seien von F.\_\_\_\_\_ auf Grund der Angaben des Klägers ausgefüllt und von diesem beim anschliessenden Mittagessen unterzeichnet worden. Mit Unterzeichnung des Kontoeröffnungsformulars habe der Kläger erklärt, die AGB erhalten zu haben und mit deren Inhalt einverstanden zu sein (act. 22 Rz. 21, Rz. 114, Rz. 136).

Die auf den Kontoeröffnungsdokumenten sowie den AGB aufgeführte Zeitangabe, nämlich 31.05.2007 um 12:36 Uhr, spricht für die Darstellung der Beklagten. Indessen kann vorliegend offen bleiben, ob die Darstellung des Klägers zutrifft oder nicht. Selbst wenn er seine Kontaktdaten auf einen separaten Zettel schrieb, die Kontoeröffnungsdokumente blanko unterschrieb und bei der Beklagten zurückliess, kann er daraus nichts zu seinen Gunsten ableiten. Es stand ihm jederzeit frei, ein Exemplar der unterzeichneten Kontoeröffnungsdokumente vom 31. Mai 2007 von der Beklagten anzufordern und die Richtigkeit der darin aufgeführten Angaben nachzuprüfen, was er spätestens im Hinblick auf die vorliegende Klage

offenbar auch tat. Nichts anderes gilt für die von ihm übernommenen AGB. Wer einen Vertragstext unterzeichnet, der auf Allgemeine Geschäftsbedingungen verweist, ist in gleicher Weise gebunden wie derjenige, der seine Unterschrift unter den Text der allgemeinen Bedingungen selbst setzt. Es kommt deshalb nicht darauf an, ob die betreffende Partei die Allgemeinen Geschäftsbedingungen tatsächlich zur Kenntnis genommen hat (BGE 108 II 416 E. 1b; BGE 109 II 452 E. 4; Urteil des Bundesgerichts 4C\_427/2005 vom 4. Mai 2006 E. 2.1).

2.1.3. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass zwischen den Parteien am 31. Mai 2007 ein gültiger Vertrag abgeschlossen wurde, dessen Inhalt sich einerseits aus den Kontoeröffnungsdokumenten (act. 3/2) und andererseits aus den AGB der Beklagten (act. 8/5) ergibt.

## 2.2. Qualifikation bezüglich der Investitionen in EYN

### 2.2.1. Parteibehauptungen

Der Kläger führt aus, er habe bei der Kontoeröffnung klargestellt, dass er sein Geld keinem Risiko aussetzen und nur bei der Beklagten deponieren wolle. Die Parteien hätten daher keine Vereinbarung abgeschlossen, wonach die Beklagte für den Kunden seine Gelder bewirtschaftete, ohne vorgängig seine Einwilligung einzuholen. Ein besonderer Vermögensverwaltungsvertrag sei somit nicht abgeschlossen worden. Der Kläger habe die Beklagte nur zur Tätigkeit von Festgeldanlagen (fiduciary deposits) ermächtigt (act. 1 Rz. 22, Rz. 80; act. 18 Rz. 14). In der Folge sei aber die Beklagte auch noch als Beraterin aufgetreten und habe den Kläger zum Kauf von EYN zu überreden und ihn vom Abschluss eines Lombardkredits zu überzeugen versucht. Diese zusätzliche Tätigkeit der Beklagten sei als Anlageberatungsvertrag zu qualifizieren, den die Parteien konkludent abgeschlossen hätten (act. 1 Rz. 81; act. 18 Rz. 47, Rz. 136-141). Aus dem Anlageberatungsvertrag habe die Beklagte daher die Pflicht gehabt, den Kläger über die Risiken aufzuklären und seine Anlagestrategie sorgfältig und getreu umzusetzen. Darüber hinaus habe die Beklagte die anerkannten Verhaltensregeln zu berücksichtigen, welche die Schweizerische Bankiervereinigung in ihren Richtlinien für Vermögensverwaltungsaufträge festgesetzt habe. Diese liessen sich sinngemäss

ohne Weiteres auch auf die Beratungstätigkeit des Anlageberaters anwenden. Eine weitere elementare Sorgfaltspflicht sei die Diversifikation auf verschiedene Anlageinstrumente (act. 1 Rz. 89-92; act. 18 Rz. 151, Rz. 153). Die Anspruchsgrundlagen für den Ersatz des Schadens, welchen der Kläger durch das sorgfalts- und treuwidrige Handeln der Beklagten erlitten habe, seien die Art. 97 OR i.V.m. Art. 394 ff. OR und der Art. 106 OR (act. 1 Rz. 86 und Rz. 116-117).

Die Beklagte bringt in dieser Hinsicht vor, zwischen den Parteien habe ein blosses Konto- und Depotverhältnis bestanden. Sie hätten weder einen Anlageberatungs- noch einen Vermögensverwaltungsvertrag abgeschlossen. Ausserhalb eines Vermögensverwaltungsmandats treffe die Bank keine Diversifikations- oder allgemeine Interessenwahrungspflicht. Die Beklagte sei lediglich verpflichtet gewesen, allfällige Aufträge des Klägers auszuführen ("execution only"). Es habe in der Verantwortung des Klägers gelegen, für sich eine Anlagestrategie zu definieren. Er habe die Anlageentscheide auch selber getroffen. Obschon die Beklagte aufgrund des Wissensstandes und der Erfahrung des Klägers nicht dazu verpflichtet gewesen wäre, habe sie ihn umfassend, wahrheitsgemäss und sachgerecht über die Eigenschaften und Risiken der Notes aufgeklärt (act 7 Rz. 6, Rz. 14, Rz. 26 und Rz. 125; act. 22 Rz. 9, Rz. 64 ff., Rz. 103, Rz. 120, Rz. 127, Rz. 178).

## 2.2.2. Abgrenzung der verschiedenen Verträge

### 2.2.2.1. Vermögensverwaltung

Vermögensverwaltung bedeutet die selbstständige Betreuung von Anlagen durch einen mit dieser Aufgabe betrauten Verwalter (in der Regel Banken). Der Vermögensverwalter übernimmt die umfassende Fürsorge für das anvertraute Vermögen, trifft selbstständig Anlageentscheide für den Kunden und ist verpflichtet, dessen Vermögen dauernd zu überwachen. Bei der Vermögensverwaltung schuldet die Bank dem Kunden eine umfassende Aufklärung und Beratung, wobei es, da die Bank den Entscheid über Kauf und Verkauf der einzelnen Anlagen trifft, in erster Linie um die für den Kunden konkreten Vor- und Nachteile sowie Risiken der vereinbarten Anlagestrategie und deren Umsetzung geht (THOMAS GROSS, Feh-

lerhafte Vermögensverwaltung - Klage des Anlegers auf Schadenersatz, in: AJP 2006, S. 162; SANDRO ABEGGLEN/BERTRAND G. SCHOTT, Einsatz alternativer Anlagen in der Vermögensverwaltung, in: GesKR 2010, S. 488).

#### 2.2.2.2. Anlageberatung

Der Anlageberater wirkt zwar ebenfalls aktiv bei der Planung einer Investition oder der Umdisposition von Vermögenswerten mit. Der wesentliche Unterschied zur Vermögensverwaltung besteht aber darin, dass der Anlageberater lediglich Anlagevorschläge macht und der Kunde den definitiven Anlageentscheid selbst trifft. Zweck der Anlageberatung ist es zwar, Informationen und Anlagevorschläge zu liefern. Die Bank hat bei einer punktuellen Anlageberatung aber keine Pflicht zu aktivem Handeln, d.h. sie übernimmt keine Fürsorge für das ihr anvertraute Vermögen. Die erteilten Auskünfte und Empfehlungen gelten im Zeitpunkt, in welchem diese erteilt werden. Nach Abschluss des Gesprächs ist die Bank aus ihrer Verantwortung entlassen. Der Anlageberater ist nicht zur Richtigstellung verpflichtet, wenn sich seit dem Gespräch die Verhältnisse geändert haben. In diesem Fall besteht somit keine Überwachungspflicht der Bank (THOMAS GROSS, a.a.O., S. 162; URS BERTSCHINGER, Sorgfaltspflichten der Bank bei Anlageberatung und Verwaltungsaufträgen, Diss. Zürich 1991, S. 2 ff.; CHRISTIAN THALMANN, Die Sorgfaltspflicht der Bank im Privatrecht, in: ZSR NF 113 [1994] II, S. 185 ff.; P. CHRISTOPH GUTZWILLER, Rechtsfragen der Vermögensverwaltung, 2008, S. 49; Urteil des Bundesgerichts 4A\_168/2008 vom 11. Juni 2008 E. 2.1.; ZR 106 [2007] Nr. 1 S. 2). Von einem konkludenten Beratungsvertrag ist dagegen auszugehen, wenn sich wegen einer andauernden Geschäftsbeziehung über einen längeren Zeitraum zwischen der Bank und dem Kunden ein besonderes Vertrauensverhältnis entwickelt hat, aus welchem der Kunde nach Treu und Glauben auch unaufgefordert Beratung und Abmahnung erwarten darf. Eine formelle Grundlage in Form eines ausdrücklich geschlossenen Anlageberatungsvertrages ist auch in diesem Fall entbehrlich (BGE 133 III 97 E. 7.2; P. CHRISTOPH GUTZWILLER, a.a.O., S. 30, S. 53 und S. 62). Eine umfassende Anlageberatung verlangt die Erstellung einer Investment Policy, d.h. eines Kundenprofils und eines Investmentprofils, welche

aufeinander abzustimmen sind (HANS RAINER KÜNZLE, in: Festschrift für Heinz Rey, Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts, 2003, S. 454).

### 2.2.2.3. Konto- und Depotführung

Werden keine Dienstleistungen der Bank betreffend Vermögensverwaltung oder Anlageberatung in Anspruch genommen, beschränkt sich die Kundenbeziehung auf die bloße Konto- bzw. Depotführung. Der "execution only" Kunde verlangt weder eine Auskunft noch ersucht er die Bank um Rat; er erteilt der Bank kommentarlos einen Anlageauftrag. Die Bank hat keine weitere Verpflichtung, als diesen auszuführen. Die Bank hat in diesem Fall keine Pflicht, die Depotwerte zu überwachen. Nur in Ausnahmefällen, z.B. wenn der auftraggebende Kunde von den Risiken eines Geschäfts keine Ahnung hat, kann die Bank eine Informationspflicht gegenüber dem Kunden treffen (THOMAS GROSS, a.a.O., S. 162; P. CHRISTOPH GUTZWILLER, a.a.O., S. 73 f.; THOMAS STEININGER/HANS CASPAR VON DER CRONE, Beratungsauftrag und Aufklärungspflichten, in: SZW 2009, S. 144 f.).

### 2.2.3. Anwendbare Gesetzesbestimmungen

Die Tätigkeit des Vermögensverwalters und insbesondere seine Sorgfalts- und Treuepflichten unterstehen den Regeln über den einfachen Auftrag im Sinne von Art. 394 ff. OR. 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 (Urteil des Bundesgerichts 4C\_158/2006 vom 10. November 2006 E. 3.1; vgl. auch BGE 124 III 155 E. 2b; Urteil des Bundesgerichts 4C\_18/2004 vom 3. Dezember 2004 E. 1.1; Urteil des Bundesgerichts 4C\_68/2007 vom 13. Juni 2008 E. 7.1).

Auf den schriftlich oder mündlich ("konkludent") abgeschlossenen Beratungsvertrag im Sinne einer kontinuierlichen Beratung in Fragen der Vermögensanlage ist ebenfalls Auftragsrecht anwendbar. Die auftragstypische Haftung für die gehörige Sorgfalt und nicht für den Erfolg, die Rechtsfolgen der Treuepflicht, nämlich die Aufklärungspflicht, die Geheimhaltungspflicht, die Vermeidung von Interessenkollisionen und die Herausgabepflicht, sind Merkmale, die nicht nur für den Verwal-

tungsauftrag, sondern auch den Beratungsvertrag als adäquat gelten können. Die Qualifikation des Beratungsvertrags als einfacher Auftrag ist unabhängig davon, ob die Beratung unentgeltlich oder gegen Entgelt erfolgt. Demzufolge kommen sowohl für die Anlageberatung an sich als auch für die gestützt auf diese Anlageberatung in Auftrag gegebenen einzelnen Transaktionen die Sorgfalts- und Treuepflichten im Sinne von Art. 398 Abs. 1 und 2 OR zur Anwendung (P. CHRISTOPH GUTZWILLER, a.a.O., S. 34; ZR 106 [2007] Nr. 1 S. 2; vgl. auch BGE 115 II 62 E. 3a; Urteil des Bundesgerichts 4A\_168/2008 vom 11. Juni 2008 E. 2.3 f.).

#### 2.2.4. Würdigung

Vorliegend ist unbestritten, dass zwischen den Parteien kein Vermögensverwaltungsvertrag geschlossen wurde. Die Qualifikation des Vertragsverhältnisses als Vermögensverwaltungsvertrag fällt im Übrigen schon deshalb ausser Betracht, weil sich die Parteien darin einig sind, dass für die einzelnen Transaktionen eine Zustimmung des Klägers erforderlich war bzw. gewesen wäre. Strittig ist in diesem Zusammenhang, ob ein vorgängiger Auftrag bzw. eine nachträgliche Genehmigung zu den Investitionen im Einzelfall vorgelegen hat.

Unbestritten ist weiter, dass zunächst ein blosses Konto- und Depotverhältnis zwischen den Parteien bestand. Relevant ist indessen die weitere Entwicklung im Verlauf des Vertragsverhältnisses. Obgleich der Kläger der Beklagten kein Anlageberatungsmandat erteilte, ging es entgegen der Ansicht der Beklagten bezüglich der Investitionen in EYN nicht um eine reine Auftragsausführung im Sinne von "execution only". Die Beklagte legt selber dar, bereits anlässlich der Kontoeröffnung ein Kunden- und Risikoprofil sowie eine Übersicht der Anlageerfahrung des Klägers erstellt und überdies dem Kläger im Dezember 2007 ein erstes Mal Investitionen in EYN vorgeschlagen zu haben (act. 7 Rz. 20-24, Rz. 38-39, Rz. 199; act. 8/7-9). Auch in Bezug auf die weiteren Investitionen war es gemäss Darstellung der Beklagten keineswegs so, dass diese lediglich die Aufträge des Klägers ausführte, sondern sie legt dar, den Kläger jeweils vorgängig über die EYN informiert und aufgeklärt zu haben (vgl. etwa act. 7 Rz. 131). Eine formelle Grundlage in Form eines ausdrücklich geschlossenen Anlageberatungsvertrages ist für die

entsprechende Qualifikation nicht erforderlich. Auch schliesst die Tatsache, dass keine separate Entschädigung für eine Beratung seitens der Beklagten vereinbart wurde (act. 7 Rz. 125), die Qualifikation als Anlageberatungsvertrag keineswegs aus. Die wenigen, auf eine einzige Art von Produkt bezogenen Gespräche sprechen eher für die Annahme einer punktuellen Anlageberatung und gegen einen konkludent abgeschlossenen, umfassenden Anlageberatungsvertrag. Bei dieser Konstellation als irrelevant erweisen sich die Fragen, ob die Investitionen entgegen dem Risikoprofil des Klägers erfolgt seien und die Beklagte dabei gegen den Diversifikationsgrundsatz verstossen habe. In dieser Hinsicht geht die Argumentation des Klägers ins Leere.

Wie nachfolgend zu zeigen sein wird, ist eine genaue Einordnung des vorliegenden Vertragsverhältnisses ohnehin entbehrlich. Festzuhalten ist, dass das Vertragsverhältnis zwischen den Parteien zumindest Elemente des Anlageberatungsvertrages enthielt. Ob sogar von einem konkludent abgeschlossenen Anlageberatungsvertrag auszugehen ist, kann offen bleiben. In jedem Fall kommen in Bezug auf die zur Diskussion stehenden Transaktionen die auftragsrechtlichen Sorgfalts- und Treuepflichten im Sinne von Art. 398 Abs. 1 und 2 OR zur Anwendung.

### 2.3. Rechtsfolgen einer Genehmigung

2.3.1. Der Beauftragte hat den Auftrag weisungsgemäss auszuführen. Weicht er ohne Zustimmung des Auftraggebers von den Weisungen ab, begeht er eine Vertragsverletzung (Art. 397 Abs. 1 OR). Im Gegensatz zum Vermögensverwalter, der ohne Zustimmung des Kunden im Einzelfall alle Verfügungen über die deponierten Werte vorzunehmen hat, die zur bestmöglichen Wahrung der finanziellen Interessen des Kunden nötig sind, hat der Anlageberater für jede Transaktion vorgängig oder nachträglich eine Genehmigung des Kunden einzuholen (ZR 106 [2007] Nr. 1 S. 2).

Ist davon auszugehen, dass ein Kunde einem Anlageentscheid der Bank ausdrücklich oder stillschweigend zugestimmt hat, wird eine allfällige Sorgfaltspflichtverletzung der Bank geheilt. Die Genehmigung hat zur Folge, dass Schadener-

satzansprüche des Kunden gegenüber der Bank verwirken (SANDRO ABEGGLEN / BERTRAND G. SCHOTT, a.a.O., S. 488 f.; P. CHRISTOPH GUTZWILLER, a.a.O., S. 60 f.; Urteil des Bundesgerichts 4C\_342/2003 vom 8. April 2005 E. 2.4; Urteil des Bundesgerichts 4C\_194/2005 vom 28. September 2005 E. 3.2.4).

2.3.2. Liegt eine Genehmigung der zur Diskussion stehenden Transaktionen vor, können die Fragen nach dem anwendbaren Sorgfaltsmassstab, dem Umfang der Sorgfaltspflichten, einer allfälligen Verletzung derselben sowie dem Vorliegen der weiteren Haftungsvoraussetzungen offen bleiben. Vorliegend ist daher in erster Linie zu klären, ob bezüglich der einzelnen relevanten Transaktionen von einer vorgängigen oder nachträglichen Genehmigung des Klägers auszugehen ist.

### **3. Informationsfluss bezüglich der einzelnen relevanten Transaktionen**

#### **3.1. EYN 2 % EUR B. \_\_\_\_\_ (18.01.-18.04.08)**

Am 18. bzw. 19. Dezember 2007 überwies der Kläger insgesamt EUR 300'000 auf sein EUR-Konto. Daraufhin sandte F. \_\_\_\_\_ am 21. Dezember 2007 dem Kläger an dessen Geschäftsadresse "j. \_\_\_\_\_@....." ein E-Mail mit Informationen über aktuelle Investitionsmöglichkeiten in Festgeldanlagen und EYN. Insbesondere befand sich im Anhang zu diesem E-Mail ein Produktbeschrieb (Factsheet) mit ausführlichen Informationen zu den EYN 2 % EUR B. \_\_\_\_\_ (Kläger: act. 1 Rz. 29-31 und act. 18 Rz. 23, Rz. 77, Rz. 82-83; Beklagte: act. 7 Rz. 38-42 und act. 22 Rz. 66; Kontoauszug vom 05.11.08: act. 3/5 S. 1; E-Mail vom 21.12.07 und Factsheet: act. 3/7-8). Unbestritten ist weiter, dass der Kläger und F. \_\_\_\_\_ im Telefongespräch vom 7. Januar 2008 über die Investition in diese EYN sprachen. Gemäss Darstellung der Beklagten erteilte der Kläger im Rahmen dieses Telefongesprächs den Auftrag, die genannten EYN im Gesamtbetrag von EUR 298'000 für eine Laufzeit von drei Monaten zu erwerben. Dieser Auftrag sei im Kontaktprotokoll "....." dokumentiert worden, welches im Nachhinein nicht abänderbar sei (act. 7 Rz. 43, Rz. 94 und act. 22 Rz. 6, Rz. 32, Rz. 35-37; Kontaktprotokoll: act. 8/6 S. 4 und Übersetzung des Kontaktprotokolls: act. 15/1 S. 3). Der Kläger macht hingegen geltend, F. \_\_\_\_\_ habe ihn anlässlich dieses Telefongesprächs zu über-

zeugen versucht, sein gesamtes Finanzvermögen statt in Festgeldanlagen in EYN zu investieren, worauf der Kläger betont habe, dass es ihm gar nicht darum gehe, eine möglichst hohe Rendite zu erzielen, sondern dass er bei der Beklagten nur seine Gelder sicher aufbewahren wolle, weshalb ihn Spekulationen auf dem Finanzmarkt nicht interessieren würden. Die unrichtigen Einträge im Kontaktprotokoll seien erst im Nachhinein erstellt worden (act. 1 Rz. 34 und act. 18 Rz. 23, Rz. 55, Rz. 84). Unbestritten ist hingegen, dass die EYN am 17. Januar 2008 gekauft und in das Depot des Klägers gebucht wurden. Die entsprechende Wertchriftenabrechnung wurde banklagernd aufbewahrt. Nach Ablauf der Laufzeit der Notes wurde der investierte Betrag von EUR 298'000 sowie der Zins von EUR 5'960 dem Konto des Klägers gutgeschrieben, was aus den banklagernd aufbewahrten Abrechnungen vom 18. und 21. April 2008 ersichtlich ist (Kläger: act. 1 Rz. 35 und act. 18 Rz. 85; Beklagte: act. 7 Rz. 45-48 und act. 22 Rz. 38, Rz. 52; Abrechnungen: act. 8/11-13).

3.2. EYN 2.625 % EUR G. (25.04.-25.07.08)

Am 25. März 2008 überwies der Kläger weitere EUR 200'020 auf sein Konto. Mit E-Mail an die Geschäftsadresse des Klägers vom 31. März 2008 informierte die Beklagte über die Auflage neuer EYN. Am 17. April 2008 besprachen der Kläger und F.\_\_\_\_\_ diese Investitionsmöglichkeit (Kläger: act. 1 Rz. 37 und act. 18 Rz. 88-89; Beklagte: act. 7 Rz. 49-50 und act. 22 Rz. 32; Kontoauszug vom 05.11.08: act. 3/5 S. 1; E-Mail vom 31.03.08: act. 3/9). Die Beklagte legt dar, dass der Kläger anlässlich dieses Telefongesprächs den Auftrag zur Investition von EUR 500'000 für eine Laufzeit von drei Monaten in die EYN 2.625 % EUR G.\_\_\_\_\_ erteilt habe, was im Kontaktprotokoll festgehalten worden sei (act. 7 Rz. 50 und Rz. 94; act. 22 Rz. 6, Rz. 32, Rz. 39, Rz. 67; Kontaktprotokoll: act. 8/6 S. 4 sowie act. 15/1 S. 3). Der Kläger bestreitet die Auftragserteilung. Er habe anlässlich dieses Telefonats einmal mehr darauf hingewiesen, dass er keinerlei Risiko mit diesen Anlagen wolle, weil er das Geld für den Schiffskauf benötigen werde (act. 18 Rz. 89). Unbestritten ist hingegen, dass F.\_\_\_\_\_ die EYN im Betrag von EUR 500'000 im April 2008 kaufte und das investierte Kapital sowie der Zins von EUR 13'125 dem Konto des Klägers am 25. Juli 2008 gutgeschrieben wurden

(Kläger: act. 1 Rz. 39 und act. 18 Rz. 89; Beklagte: act. 7 Rz. 51-54 und act. 22 Rz. 40-41, Rz. 52). Die Transaktionen sind den Wertschriftenabrechnungen vom 24. April 2008 sowie vom 25. Juli 2008 zu entnehmen (act. 8/14-16).

3.3. EYN 1.5 % USD H. \_\_\_\_\_ (04.08.-04.11.08) sowie  
EYN 2.1 % EUR H. \_\_\_\_\_ (04.08.-29.09.08)

Im Telefongespräch vom 20. Juni 2008 kündigte der Kläger seinem Kundenberater F. \_\_\_\_\_ gemäss der übereinstimmenden Darstellung beider Parteien eine Überweisung von USD 1 Mio. an (Kläger: act. 18 Rz. 94; Beklagte: act. 7 Rz. 55). Die Beklagte bringt vor, der Kläger habe gemäss Eintrag im Kontaktprotokoll überdies den Auftrag zur Investition dieses Betrages in EYN mit einer Laufzeit von drei Monaten erteilt, während der Kläger die Auftragserteilung bestreitet (Kläger: act. 18 Rz. 94; Beklagte: act. 7 Rz. 55 und act. 22 Rz. 42; Kontaktprotokoll: act. 8/6 S. 4 sowie act. 15/1 S. 3). Unbestritten ist, dass der Kläger den Betrag von USD 1 Mio. am 20. und am 23. Juni 2008 in zwei Tranchen auf sein USD-Konto einzahlte (Kläger: act. 1 Rz. 40 und act. 18 Rz. 93-94; Beklagte: act. 7 Rz. 56 und act. 22 Rz. 43; Kontoauszug: act. 3/6 S. 2). Die Beklagte führt aus, es habe am 24. Juli 2008 wieder ein Telefongespräch zwischen F. \_\_\_\_\_ und dem Kläger stattgefunden, in welchem dieser eine weitere Überweisung von USD 500'000 angekündigt und F. \_\_\_\_\_ beauftragt habe, dieses Geld ebenfalls in EYN mit einer Laufzeit von drei Monaten zu investieren. Ausserdem habe der Kläger erklärt, mit der Zeichnung von EYN mit einer Laufzeit von drei Monaten weiterfahren zu wollen, weshalb vereinbart worden sei, dass der Kundenberater bei Ablauf der Laufzeit der EYN 2.625 % EUR der G. \_\_\_\_\_ das zurückbezahlte Kapital von EUR 500'000 erneut in EYN mit einer Laufzeit von drei Monaten investieren solle. All dies habe F. \_\_\_\_\_ im Kontaktprotokoll vermerkt (act. 7 Rz. 57-58 und act. 22 Rz. 42; Kontaktprotokoll: act. 8/6 S. 4 sowie act. 15/1 S. 3). Unbestritten ist einzig die Überweisung in der Höhe von USD 500'000 auf das USD-Konto des Klägers am 25. Juli 2008 (Kläger: act. 1 Rz. 40; Beklagte: act. 7 Rz. 60; Kontoauszug: act. 3/6 S. 2). Die Beklagte macht geltend, sie habe den Kläger in einem weiteren Telefongespräch vom 29. Juli 2008 über die Eigenschaften und die Funktionsweise der H. \_\_\_\_\_ EUR- und USD-Notes aufgeklärt und dies wiederum im Kontaktpro-

tokoll festgehalten (act. 7 Rz. 64 und act. 22 Rz. 32, Rz. 68; Kontaktprotokoll: act. 8/6 S. 3 f. sowie act. 15/1 S. 2 f.). Der Kläger anerkennt, dass er von der Beklagten kontaktiert worden sei, nachdem er für den Schiffskauf zusätzliches Geld überwiesen habe, bestreitet aber die Auftragserteilung zum Kauf von EYN (act. 18 Rz. 25, Rz. 93-99). Unbestritten ist schliesslich, dass F.\_\_\_\_\_ am 29. Juli 2008 EYN 1.5 % USD H.\_\_\_\_\_ im Betrag von USD 1.5 Mio. und EYN 2.1 % EUR H.\_\_\_\_\_ im Betrag von EUR 500'000 für eine Laufzeit von je drei Monaten kaufte, was den banklagernd aufbewahrten Wertschriftenabrechnungen vom 30. und 31. Juli 2008 zu entnehmen ist (Kläger: act. 1 Rz. 40 und act. 18 Rz. 25, Rz. 95; Beklagte: act. 7 Rz. 66, Rz. 94 sowie act. 22 Rz. 6, Rz. 52; Abrechnungen: act. 8/17-18). Mit E-Mail vom 20. August 2008 an die Geschäftsadresse des Klägers informierte F.\_\_\_\_\_ über die beiden getätigten Investitionen in EYN. Im Anhang zum E-Mail wurden überdies die Factsheets zu diesen EYN zugesandt (Kläger: act. 1 Rz. 42-44; Beklagte: act. 7 Rz. 65 und act. 22 Rz. 69; E-Mail vom 20. August 2008 und Anhänge: act. 3/10-12).

3.4. Lombardkredit sowie Switch zu EYN 2.1 % EUR G. \_\_\_\_\_  
(29.09.-13.11.08)

Unbestritten ist, dass der Kläger am 22. September 2008 F.\_\_\_\_\_ anrief und die Überweisung von USD 500'000 verlangte, um damit einen Schiffskauf zu finanzieren (Kläger: act. 1 Rz. 47-48, act. 18 Rz. 26; Beklagte: act. 7 Rz. 67 und Rz. 118, act. 22 Rz. 60 und Rz. 151). Der Kläger macht in diesem Zusammenhang geltend, er habe überrascht feststellen müssen, dass sein Geld momentan nicht verfügbar gewesen sei. Die Beklagte habe ihm mitgeteilt, dass das Geld sicher angelegt sei, aber erst im November 2008 wieder vollumfänglich verfügbar sei. Wenn er das Geld jetzt direkt abzöge, würde er Geld verlieren. Die Beklagte habe ihn überzeugt, statt die EYN zu verkaufen, einen Lombardkredit bei der Beklagten aufzunehmen. So könne der Kläger bei Ablauf der EYN einen sicheren Gewinn erzielen und das Geld danach vollumfänglich für seine geschäftlichen Zwecke verwenden. Der Kläger sei davon ausgegangen, dass die Beklagte - wie vertraglich vereinbart - sein Geld in einer risikolosen Geldanlage angelegt habe und er dieses einfach im Moment ohne Zinsverlust nicht zurückerhalten könne. Er habe

explizit nachgefragt, ob er sein Geld im November wieder vollständig zur Verfügung haben werde, was ihm von der Beklagten versichert worden sei. Die Beklagte habe ihm ein sicheres Geschäft garantiert, an dessen Ende er sein gesamtes Vermögen mit einem Zinsvorteil zurückerhalten werde (act. 1 Rz. 6, Rz. 48; act. 18 Rz. 26, Rz. 101, Rz. 103, Rz. 123). Gemäss Darstellung der Beklagten habe F.\_\_\_\_\_ den Kläger anlässlich dieses Telefongesprächs darauf hingewiesen, dass sein Geld gemäss seinen Instruktionen in Notes investiert worden sei und dass die Laufzeit der Notes erst im November 2008 ablaufe. In diesem Zusammenhang sei dem Kläger auch erklärt worden, dass er die Notes zwar bereits vorher verkaufen könne, was aber aufgrund der sinkenden Aktienkurse mit einem Verlust von 4.5 % des investierten Kapitals ohne Zinsgewinn verbunden wäre. Da der Kläger den Betrag von USD 500'000 sofort benötigt habe, sei er als Alternative zum Verkauf der Notes über die Aufnahme eines Lombardkredites informiert worden. F.\_\_\_\_\_ habe dem Kläger erklärt, dass mit der Gewährung eines solchen Kredites die Bank den Wert der im Depot gehaltenen Wertschriften bzw. eines Teiles davon bevorschussen würde. Diese Wertschriften würden zugleich zur Sicherung des Kredites verpfändet. Da der Kreditzins 5.3 % betrage und der Kläger mit den H.\_\_\_\_\_ USD Notes einen Zins von 6 % erzielen würde, resultiere für ihn immer noch eine positive Zinsdifferenz von 0.7 %. Die Beklagte bestreitet, dem Kläger zugesichert zu haben, er werde im November 2008 sein ganzes Geld mit einem garantierten Gewinn zurückerhalten. Der Kläger sei lediglich auf den Zinsgewinn von 0.7 % hingewiesen worden, jedoch sei ihm nicht zugesichert worden, sein in die EYN investiertes Vermögen werde ihm vollständig zurückbezahlt (act. 7 Rz. 68-69, Rz. 73, Rz. 175; act. 22 Rz. 60-62, Rz. 148-153; Kontaktprotokoll: act. 8/6 S. 3 und act. 15/1 S. 2). Unbestritten ist, dass F.\_\_\_\_\_ am selben Tag an die Geschäftsadresse des Klägers ein E-Mail sandte, in welchem er die beiden Möglichkeiten zum weiteren Vorgehen kurz zusammenfasste, nämlich der Verkauf eines Teils der EYN mit einem Verlust von 4.5 % oder die Aufnahme eines befristeten Lombardkredits mit einem Zinsgewinn von 0.7 %. Im Anhang zu diesem E-Mail wurde überdies ein Vermögensverzeichnis per 19. September 2008 gesandt, aus welchem hervorgeht, dass in diesem Zeitpunkt die EYN H.\_\_\_\_\_ EUR und USD im Depot des Klägers gebucht waren und aktuell einen Verlust von

4.28 % bzw. 4.42 % aufwiesen (Kläger: act. 1 Rz. 49, act. 18 Rz. 102; Beklagte: act. 7 Rz. 70-71, act. 22 Rz. 62-63, Rz. 153; E-Mail vom 22.09.08: act. 3/14; Vermögensverzeichnis per 19. September 2008: act. 8/19 S. 2).

Unbestritten ist auch, dass der Kläger anlässlich eines weiteren Telefongesprächs mit E.\_\_\_\_\_ am 23. September 2008 den Auftrag zur Aufnahme des Lombardkredites in der Höhe von EUR 500'000 erteilte, den ihm zugestellten Lombardkreditvertrag unterzeichnete und per TNT an die Beklagte retournierte (Kläger: act. 1 Rz. 50-52, act. 18 Rz. 103, Rz. 111; Beklagte: act. 7 Rz. 72, Rz. 79-80, Rz. 119; Lombardkreditvertrag vom 22.(recte: 23.)/24. September 2008: act. 3/15). Die Beklagte macht geltend, in diesem Telefongespräch sei überdies die Krise auf den Finanzmärkten besprochen worden. Um das Emittentenrisiko zu reduzieren, habe der Kläger gemäss Eintrag im Kontaktprotokoll den Auftrag zum Switch, d.h. zum Verkauf der EYN 2.1 % EUR H.\_\_\_\_\_ und zum Kauf der EYN 2.1 % EUR G.\_\_\_\_\_ erteilt, nachdem er auf die entsprechenden Risiken hingewiesen worden sei (act. 7 Rz. 75-78, Rz. 94-95, Rz. 108; act. 22 Rz. 6, Rz. 45, Rz. 71, Rz. 159; Kontaktprotokoll: act. 8/6 S. 3 und act. 15/1 S. 1 f.). Die Auftragserteilung zum Switch wird vom Kläger bestritten. In Anbetracht des bevorstehenden Schiffskaufs habe der Kläger kein Risiko eingehen wollen und sich mehrmals über die mit dem Geschäft verbundenen Risiken erkundigt. Er habe von der Beklagten verlangt, dass ihm das Geld für seine Investition im November zur Verfügung stehen müsse. Die Beklagte habe ihm versichert, dass er durch die Aufnahme des Lombardkredits kein Risiko laufen und einen sicheren Gewinn erzielen würde. Das Geld würde ihm im November vollumfänglich zur Verfügung stehen. Das erhebliche Verlustrisiko im Zusammenhang mit den EYN sei von der Beklagten nicht thematisiert worden. Der Kläger sei davon ausgegangen, dass sein Geld risikolos angelegt worden sei (act. 1 Rz. 51; act. 18 Rz. 103, Rz. 110-113, Rz. 124, Rz. 188). Der Kläger anerkennt hingegen, dass die Beklagte im E-Mail vom 24. September 2008 an die Geschäftsadresse des Klägers zusammenfasste, was aus ihrer Sicht am Vortag telefonisch besprochen worden war, nämlich die Aufträge des Klägers zum Switch der EYN sowie zur Aufnahme des Lombardkredites von USD 500'000 (Kläger: act. 1 Rz. 53-54 und act. 18 Rz. 135; Beklagte: act. 7 Rz. 80-81, act. 22 Rz. 59; E-Mail vom 24.09.08: act. 3/16).

Am 24. September 2008 nahm die Beklagte den Verkauf sowie den Kauf der EYN (Switch) mit Valuta am 29. September 2008 vor. Am 25. September 2008 wurde der Kredit im Betrag von USD 500'000 dem USD-Konto des Klägers gutgeschrieben. Alle drei Transaktionen sind den banklagernd aufbewahrten Auszügen zu entnehmen (Kläger: act. 1 Rz. 53; Beklagte: act. 7 Rz. 74, Rz. 82; Abrechnungen vom 24. und 25.09.08: act. 8/20-22).

#### **4. Banklagernde Korrespondenz**

##### **4.1. Zustellungsfiktion**

4.1.1. Ziff. 4 des Kontoeröffnungsformulars vom 31. Mai 2007 lautet wie folgt (act. 3/2 S. 3):

##### **4. Correspondence**

All correspondence and statements pertaining to the account and/or safekeeping account are

to be mailed regularly

to be retained by the Bank on behalf of the depositor

Regularly mailed correspondence shall be deemed to have been duly delivered when mailed. Correspondence retained by the Bank in accordance with the above instructions shall be deemed – irrespective of whether it is sent or handed over at a later date – to have been delivered as soon as it is filed either electronically or physically. The depositor therefore assumes full responsibility for any consequences and possible damages that might result from the retaining of the correspondence. The Bank is under no obligation whatsoever to undertake any corporate actions unless the depositor has given specific instructions to this effect. Correspondence not collected by the depositor will be destroyed by the Bank three years after its date of issue. An annual fee shall be charged for the safekeeping.

The depositor takes note that no copies can be made of certain original documents collected (in particular credit cards, PIN and other correspondence).

Es ist unbestritten, dass der Kläger die Beklagte instruierte, ihm sämtliche Korrespondenz und Belege bezüglich der Bankbeziehung banklagernd zuzustellen (Kläger: act. 18 Rz. 52; Beklagte: 7 Rz. 16). In dieser Hinsicht wurde gemäss Ziff. 4 des Kontoeröffnungsformulars im Wesentlichen vereinbart, dass banklagernd gehaltene Korrespondenz als zugestellt gilt, sobald diese bei der Bank ent-

weder elektronisch oder physisch abgelegt worden ist, selbst wenn diese später zusätzlich dem Bankkunden zugesandt oder übergeben wird. Weiter wird darin festgehalten, dass der Bankkunde die Verantwortung für allfällige Folgen und möglichen Schaden im Zusammenhang mit der banklagernden Zustellung der Korrespondenz übernimmt.

4.1.2. Es gibt eine Reihe von Bestimmungen, die in der einen oder anderen Form bei den meisten Banken in der Schweiz in ihren AGB anzutreffen sind. Dazu gehört die Bestimmung, dass banklagernd zu haltende Post am Tag des Datums zugestellt gilt, das sie trägt (EMCH/RENZ/ARPAGAU, Das Schweizerische Bankgeschäft, 6. A. 2004, N 171 und N 576). Eine derartige Klausel hat durchaus ihre Berechtigung, dient eine Banklagernderklärung doch in überwiegender Weise dem Interesse des Kunden. Sie hat ihren Ursprung im besonderen Diskretionsbedürfnis zahlreicher, namentlich ausländischer Kunden von Banken und Finanzgesellschaften. Von daher muss es der Bank möglich sein, durch entsprechende vertragliche Vereinbarungen verbindlich festzulegen, dass sie nicht gewillt sei, wegen dieser Erbringung einer besonderen Dienstleistung schlechter gestellt zu werden, als wenn die Zustellung auf dem üblichen (Post-)Weg erfolgt wäre (ZR 88 [1989] Nr. 48 S. 158 f.; ZR 106 [2007] Nr. 1 S. 10). Wählt der Kunde die Möglichkeit, die Korrespondenz banklagernd aufzubewahren, so muss er die zurückbehaltenen Mitteilungen der Bank so gegen sich gelten lassen, wie wenn sie ihm zugestellt worden wären, und zwar an jenem Tag, dessen Datum die Korrespondenz trägt. Während der vereinbarten Aufbewahrungsfrist steht die Korrespondenz dem Kunden jederzeit bei der Bank zur Einsichtnahme oder zur Mitnahme zur Verfügung (EMCH/RENZ/ARPAGAU, a.a.O., N 582; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 4A\_262/2008 vom 23. September 2008 E. 2.3.). Somit ist dem Bankkunden, selbst wenn dieser von einer Mitteilung der Bank keine Kenntnis besitzt, weil er die Korrespondenz bei der Bank aufbewahren lässt und diese nicht abholt, der Zugang als Folge seines selbstbestimmten Einflussbereiches zuzurechnen (Urteil des Bundesgerichts 4C\_378/2004 vom 30. Mai 2005 E. 2.2.; BGE 104 II 190 E. 2a; ZR 88 [1989] Nr. 48 S. 159; GUGGENHEIM, Die Verträge der schweizerischen Bankpraxis, 3. A. 1986, S. 229 f.).

4.1.3. Wie den Ausführungen unter 3. zu entnehmen ist, wurden bezüglich der über die Konti des Klägers bei der Beklagten abgewickelten, vorliegend zur Diskussion stehenden Transaktionen unverzüglich Abrechnungen erstellt, welche dem Kläger als am Abrechnungsdatum zugestellt gelten.

#### 4.2. Genehmigungsfiktion

4.2.1. Art. 7 der AGB der Beklagten (act. 8/5 S. 1) hat folgenden Wortlaut:

##### **Art. 7 Complaints**

Complaints by a client relating to the execution of instructions as well as to other communications must be lodged immediately upon receipt of the communication concerned and at the latest within the particular period specified by the Bank. If the Bank fails to send a communication which the client expects, the client must nevertheless lodge his complaint as if he had received the communication by ordinary mail. Any damage arising from delay in making a complaint is to be borne by the client.

Objections concerning account or safekeeping account statements must be submitted within one month of receipt. Upon expiry of this period the statement is deemed to have been approved.

Gemäss dieser Bestimmung hat der Bankkunde Mitteilungen der Bank nach deren Erhalt unverzüglich, spätestens innert der von der Bank festgesetzten Frist, zu beanstanden. Kontoauszüge sind innert eines Monats nach Erhalt zu beanstanden, ansonsten die betreffenden Bankbewegungen als genehmigt gelten.

4.2.2. Grundsätzlich gilt Schweigen des Auftraggebers nicht als Genehmigung einer Abrechnung des Beauftragten. Die AGB der Banken enthalten jedoch zumeist eine Bestimmung, der zufolge Beanstandungen über die Ausführung oder Nichtausführung von Einzelaufträgen umgehend, jedenfalls aber innert einer bestimmten Frist, angebracht werden müssen, ansonsten die Dispositionen der Bank als stillschweigend genehmigt gelten. Die vorliegend in Ziff. 7 der AGB statuierte Reklamationspflicht trägt den Besonderheiten des Bank- und dabei insbesondere des Anlagegeschäfts Rechnung. Sie dient nebst der Rationalisierung und

Spezialisierung auch der Schaffung klarer Verhältnisse zwischen Bank und Kunde. Börsenaufträge werden oft nur mündlich und nach mehr oder weniger umfassendem Gespräch zwischen Kunde und Anlageberater getätigt. Es liegt daher im berechtigten Interesse der Bank, eine klare Regelung der gegenseitigen Beziehungen zwischen ihr und dem Kunden zu schaffen. Dieser Klarheit dient unter anderem, dass der Kunde, wenn er mit der Ausführung eines Auftrages nicht einverstanden ist, nach Treu und Glauben sofort zu reklamieren hat (P. CHRISTOPH GUTZWILLER, a.a.O., S. 194 f.; ZR 97 [1998] Nr. 90 S. 221 f.; ZR 106 [2007] Nr. 1 S. 10). Die in den AGB der Banken regelmässig vereinbarte Genehmigungsfiktion ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts grundsätzlich zulässig und für beide Seiten verbindlich (BGE 127 III 147 E. 2c; Urteil des Bundesgerichts 4C\_81/2002 vom 1. Juli 2002 E. 4.3; Urteil des Bundesgerichts 4C\_342/2003 vom 8. April 2005 E. 2.3; Urteil des Bundesgerichts 4A\_262/2008 vom 23. September 2008 E. 2.2.). Bei ausländischen Bankkunden, die aus bekannten Gründen ausdrücklich keine Zustellung von Unterlagen wie Konto- und Depotauszüge ins Ausland wollen, entfalten solche AGB-Klauseln über die Willensfiktion - gestützt auf das Vertrauensprinzip - die volle Wirksamkeit. Es ginge bei objektiver Betrachtung nicht an, die Vorteile solcher Vertraulichkeit des Schweizer Bankgeschäfts zu beanspruchen und die vereinbarte Willensfiktion im Einzelfall zu bestreiten (ALEXANDER BRUNNER, Allgemeine Geschäftsbedingungen, in: KRAMER (HRSG.), Konsumentenschutz im Privatrecht, SPR Band X, Basel 2008, S. 143 FN 150).

#### 4.3. Ausnahmen

Die Annahme einer Zustellungsfiktion in Verbindung mit einer Genehmigungsfiktion ist jedoch dann unzulässig, wenn sie als rechtsmissbräuchlich erscheint. Es ist davon auszugehen, dass der Kunde mit einer Banklagernderklärung und einer damit verbundenen Genehmigungsfiktion nur das Risiko eingeht, mit dem er vernünftigerweise rechnen muss. Die Bank darf sich daher nicht auf die Genehmigungsfiktion berufen, wenn sie diese benützt, um den Kunden absichtlich zu schädigen, wobei der Schädigungsabsicht eine damit vergleichbare Nachlässigkeit gleichgestellt wird. Weiter kann die rechtsgestaltende Wirkung des Schweigens durch den Nachweis umgestossen werden, dass die Bank um die Nichtge-

nehmung wusste. Schliesslich soll die Bestimmung unbeachtlich sein, wenn die Bank nach mehrjähriger Verwaltung des Kontos entsprechend den mündlichen Anweisungen des Kunden von diesen ohne vorhersehbaren Grund absichtlich abweicht. Der Kunde muss in guten Treuen nicht damit rechnen, dass eine vereinbarte Anlagestrategie in krasser Weise missachtet wird bzw. dass ohne Erteilung eines entsprechenden Auftrages bisher nicht im Portfolio enthaltene Anlagepositionen erworben werden. Die Genehmigungsfiktion gilt nur, wenn die ausführende Bank von der Richtigkeit der Ausführung eines Auftrages ausgehen darf. Da die Bank in den vorstehend genannten Fällen nicht in gutem Glauben vom Genehmigungswillen des Kunden ausgehen darf, kann sie sich auch nicht auf die in den AGB vorgesehene Genehmigungsfiktion berufen (Urteil des Bundesgerichts 4C\_81/2002 vom 1. Juli 2002 E. 4.3 m.w.H.; Urteil des Bundesgerichts 4C\_378/2004 vom 30. Mai 2005 E. 2.2; Urteil des Bundesgerichts 4A\_262/2008 vom 23. September 2008 E. 2.3.; ZR 88 [1989] Nr. 48 S. 159; ZR 97 [1998] Nr. 90 S. 222; ZR 106 [2007] Nr. 1 S. 10; ERIC SIBBERN / HANS CASPAR VON DER CRONE, Genehmigungsfiktion und Nebenpflichten der Bankkunden, in: SZW 2006 S. 74 ff.).

#### 4.4. Würdigung

Aufgrund der Zustellungsfiktion gelten die Auszüge bezüglich sämtlicher vorliegend relevanter Transaktionen als dem Kläger unverzüglich zugestellt. Innert der ihm zur Verfügung stehenden Monatsfrist gemäss Art. 7 der AGB erfolgte gegen die einzelnen Transaktionen jeweils keine Remonstration des Klägers. Ob sich die Annahme der Genehmigungsfiktion vorliegend als rechtsmissbräuchlich erweist, ist aufgrund der gesamten Umstände zu beurteilen. Auf diese Frage ist später unter 6. einzugehen.

## **5. E-Mails und Telefongespräche**

### 5.1. Rechtliches

#### 5.1.1. Zustimmung durch Stillschweigen

Vertragsbezogene Willenserklärungen sind - wenn kein übereinstimmender tatsächlicher Parteiwille festgestellt werden kann - nach dem Vertrauensgrundsatz so auszulegen, wie sie vom Empfänger nach Treu und Glauben verstanden werden durften und mussten. Dies beurteilt sich nicht nur nach ihrem Wortlaut und dem gesamten Zusammenhang, in dem sie stehen, sondern auch nach den Umständen, die ihnen vorausgegangen und unter denen sie abgegeben worden sind (Urteil des Bundesgerichts 4C\_437/2006 vom 13. März 2007 E. 2.3.; BGE 131 III 280 E. 3.1. und BGE 132 III 24 E. 4). Stillschweigen ist in der Regel nicht als Einverständnis zu verstehen. Namentlich bei einer bestehenden Geschäftsverbindung gilt Schweigen nach dem Vertrauensprinzip jedoch dann als Zustimmung, wenn Redlichkeit oder praktische Vernunft einen Widerspruch gefordert hätten, falls das scheinbare Einverständnis in Wirklichkeit nicht bestand. Abzustellen ist dabei nicht auf die subjektiven Vorstellungen der Parteien, sondern die Umstände sind nach einem objektivierenden Massstab zu deuten (BGE 30 II 298 E. 3; Urteil des Bundesgerichts 4C\_303/2001 vom 4. März 2002 E. 2b; Urteil des Bundesgerichts 4C\_437/2006 vom 13. März 2007 E. 2.3.1.; vgl. auch EUGEN BUCHER, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 4. Aufl. 2007, Art. 1 N 17 und Art. 6 N 4 ff.).

#### 5.1.2. Kaufmännisches Bestätigungsschreiben

Ein Schreiben, in welchem gegenüber einem Geschäftspartner eine bereits getroffene mündliche Vereinbarung bestätigt wird, dient grundsätzlich nur dem Beweis dieses bereits zustande gekommenen Vertrags. Bleibt es unwidersprochen, hat es die Vermutung der Richtigkeit für sich. Der Empfänger muss sich der Bedeutung eines solchen Schreibens als Beweismittel für den Fall künftiger Streitigkeiten bewusst sein. Schweigt er, so trägt er die Beweislast dafür, dass der Inhalt

der schriftlichen Bestätigung der tatsächlich getroffenen Vereinbarung nicht entspricht. Dem Empfänger gegenüber spricht somit eine natürliche Vermutung für die Richtigkeit des Bestätigungsschreibens, wenn er geschwiegen hat, obwohl es ihm zumutbar gewesen wäre, eine jetzt behauptete Unrichtigkeit durch Widerspruch zu korrigieren (Urteil des Bundesgerichts 4C\_303/2001 vom 4. März 2002 E. 2b; GAUCH / SCHLUEP / SCHMID, Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 9. Aufl. 2008, N 1161). Derartige durch das Bestätigungsschreiben begründete Vermutungen können grundsätzlich durch einen Gegenbeweis entkräftet werden, d.h. durch den Nachweis, dass gar kein Vertrag geschlossen wurde oder aber dieser einen anderen Inhalt hatte (BUCHER, a.a.O., BSK I Art. 6 N 22a).

Der Gegenbeweis findet dann seine Schranken, wenn dem Bestätigungsschreiben materielle rechtsgestaltende Kraft zukommt. Vertragswirkungen können dann zur Beweisfunktion hinzutreten, wenn im Bestätigungsschreiben Abweichungen oder Ergänzungen zu dem mündlich Vereinbarten angebracht wurden. Als Ausfluss von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr muss der Kontrahent das Bestätigungsschreiben auf Übereinstimmung mit dem mündlich Vereinbarten hin prüfen und im Falle des Abweichens widersprechen. Vorausgesetzt ist, dass vom Empfänger des Bestätigungsschreibens bei fehlendem Einverständnis angesichts der konkreten Umstände Widerspruch hätte erwartet werden dürfen, was sich nach Massgabe des Vertrauensprinzips beurteilt. Entscheidend ist, ob der Schreibende nach dem Stillschweigen des Adressaten in guten Treuen annehmen durfte, dass dieser seine Modifikationen anzunehmen bereit sei. Ist dies zu bejahen, entfaltet das Bestätigungsschreiben, dem nicht innerhalb angemessener Frist widersprochen wird, rechtserzeugende Kraft mit konstitutiver Wirkung, weshalb der Vertrag mit dem bestätigten Inhalt gilt. Je geringfügiger die Ergänzungen und Abweichungen sind, um so eher besteht eine Pflicht zur Remonstration, insbesondere dann, wenn die Abweichungen aus Sicht des Schreibenden für den Partner keine Belastung darstellen. Eine Ausnahme ist dann anzunehmen, wenn das Bestätigungsschreiben vom Verhandlungsergebnis derart abweicht, dass nach Treu und Glauben nicht mehr mit dem Einverständnis des Empfängers gerechnet werden darf, was sich nach einem objektiven Massstab beurteilt (BUCHER, a.a.O., BSK I Art. 6 N 23; CLAIRE HUGUENIN (HRSG.), Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2008

N 233; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, a.a.O., N 1163 f.; BGE 114 II 250 E. 2a; BGE 123 III 35 E. 2c; Urteil des Bundesgerichts 4C\_382/2001 vom 12. März 2002 E. 3b).

## 5.2. E-Mails der Beklagten an die Adresse "j.\_\_\_\_@....."

5.2.1. Vorliegend ist unbestritten, dass die Beklagte die vorstehend (vgl. 3.) aufgeführten E-Mails an die Adresse "j.\_\_\_\_@....." sandte, welches die auf der Homepage der C.\_\_\_\_ LTD. genannte allgemeine Adresse der Unternehmung ist. Weiter hat der Kläger anerkannt, dass diese E-Mails samt Anhängen (Factsheets zu den EYN, Vermögensauszug per 19.09.08) dort auch eingingen. Sodann ist unbestritten, dass der Kläger als Inhaber dieser Unternehmung jederzeit Zugriff auf den betreffenden Mailaccount hatte (Kläger: act. 1 Rz. 5, Rz. 60, Rz. 111, Rz. 114 und act. 18 Rz. 65, Rz. 102, Rz. 146, Rz. 198; Beklagte: act. 22 Rz. 23-24, Rz. 27, Rz. 142; Auszug aus der Homepage www.C.\_\_\_\_.com: act. 19/12).

Der Kläger legt dar, er habe die Beklagte bereits bei der Kontoeröffnung ausdrücklich instruiert, ihn nur telefonisch oder über seine private E-Mail-Adresse "i.\_\_\_\_@....." zu kontaktieren. Er habe die Beklagte in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass diese private E-Mail-Adresse so konfiguriert sei, dass als Absender stets die E-Mail-Adresse "j.\_\_\_\_@....." erscheine. Dabei handle es sich um die allgemeine E-Mail-Adresse der Firma, welche von sämtlichen Mitarbeitern für ein- und ausgehende E-Mails benutzt werde. Die Beklagte dürfe ihn deshalb unter keinen Umständen auf seiner geschäftlichen E-Mail-Adresse kontaktieren, weil alle E-Mails, die auf diese geschäftliche E-Mail-Adresse gesandt würden, unmittelbar an alle seine Mitarbeiter gehen und von diesen eingesehen werden könnten. Die Beklagte dürfe daher zur Beantwortung der E-Mails nie einfach auf "Reply" drücken. Er selber lese die an die geschäftliche E-Mail-Adresse gesandten E-Mails nur ab und zu (act. 1 Rz. 23-25, act. 18 Rz. 71). Weiter führt der Kläger aus, er habe anlässlich der Kontoeröffnung seine Privatadresse und seine Kontaktdaten inkl. E-Mailadresse der Beklagten einfach auf einen weissen Zettel bzw. ein Blatt Papier aufgeschrieben, damit die Beklagte diese im Nachhinein in die Konteröffnungsdokumente habe eintragen können. Die Kontoeröff-

nungsdokumente habe er blanko unterschrieben und bei der Beklagten zurückgelassen (act. 1 Rz. 26 und act. 18 Rz. 19, Rz. 63-64, Rz. 158). Diese Darstellung wird von der Beklagten bestritten (act. 7 Rz. 27, Rz. 33, Rz. 148, Rz. 162-163; act. 22 Rz. 18-24, Rz. 141). Wie nachfolgend zu zeigen sein wird, können diese strittigen Fragen offen bleiben.

5.2.2. Entgegen der klägerischen Darstellung (act. 1 Rz. 26) wird seine private E-Mail-Adresse in den Kontoeröffnungsdokumenten nirgends erwähnt (vgl. act. 3/2). Wie bereits ausgeführt wurde, kann der Kläger nichts zu seinen Gunsten daraus ableiten, dass er gemäss seiner Darstellung die Kontoeröffnungsformulare blanko unterschrieben und in den Räumlichkeiten der Beklagten zurückgelassen habe. Selbst wenn dies zutrifft, hätte er jederzeit die Möglichkeit gehabt, die Kontoeröffnungsformulare von der Beklagten anzufordern und darauf zu überprüfen, ob alle Angaben gemäss seinen Vorgaben übertragen worden waren. Hinzu kommt, dass der Kläger den Vertretern der Beklagten gemäss übereinstimmender Darstellung beider Parteien anlässlich der Kontoeröffnung eine Visitenkarte übergeben hatte, auf welcher seine E-Mail-Adresse "i.\_\_\_\_@....." nicht aufgeführt ist (Kläger: act. 18 Rz. 15 und Rz. 63; Beklagte: act. 7 Rz. 27, act. 22 Rz. 18-19 und Rz. 141). Im oberen Teil der Visitenkarte ist der Name des Klägers sowie seine Berufsbezeichnung und Funktion "Naval Architect/General Manager" aufgeführt, im unteren Teil finden sich Angaben zu seiner Unternehmung C.\_\_\_\_ LTD. Ltd. mit der E-Mail-Adresse "j.\_\_\_\_@....." (act. 8/10). Sodann ist festzuhalten, dass die beiden E-Mail-Adressen weitgehend übereinstimmen, beginnen doch beide mit "....." und enthalten dieselbe Maildomain. Nachdem der Kläger gemäss seiner Darstellung grossen Wert darauf legte, dass die Beklagte E-Mails ausschliesslich an die auf einem Zettel notierte E-Mail-Adresse "i.\_\_\_\_@....." und keinesfalls an die auf der Visitenkarte aufgeführte, fast gleichlautende E-Mail-Adresse sandte, hätte es sich für den Kläger unter diesen Umständen umso mehr aufgedrängt, die Kontoeröffnungsdokumente auf ihre Übereinstimmung mit seinen geltend gemachten Vorgaben zu überprüfen.

5.2.3. Im E-Mail des Klägers an die Beklagte vom 1. Juni 2007, welches gemäss Absenderzeile von der Adresse "j.\_\_\_\_@....." gesandt wurde, teilt der Kläger der

Beklagten u.a. folgendes mit: "Further to our meeting and telcon of today please kindly advise IBAN number and other remittance details to my private e-mail: i.\_\_\_\_@..... For o.\_\_\_\_ companies also you may contact with O.\_\_\_\_ following contact details [...]" (act. 3/3). In einem weiteren E-Mail vom 25. Oktober 2007 weist der Kläger am Ende nach der Grussformel auf seine persönliche E-Mail-Adresse hin: "Best Regards A.\_\_\_\_ (My personal E-Mail: i.\_\_\_\_@.....). Die Absenderzeile dieses E-Mails lautet wie folgt: "A.\_\_\_\_ [j.\_\_\_\_@.....]" (act. 3/4). Der Kläger folgert aus diesen beiden E-Mails, dass er der Beklagten darin nochmals explizit mitgeteilt habe, dass alle Mitteilungen betreffend sein privates Konto an seine private E-Mailadresse "i.\_\_\_\_@....." gesandt werden sollten (act. 18 Rz. 67 und Rz. 72).

Es trifft zu, dass die E-Mail-Adresse "i.\_\_\_\_@....." in beiden E-Mails erwähnt wird. Im E-Mail vom 1. Juni 2007 ersuchte der Kläger um Mitteilung der IBAN Nummer und weiterer Überweisungsdetails an diese E-Mail-Adresse, während er in Bezug auf die o.\_\_\_\_ Gesellschaften neben weiteren Angaben eine andere E-Mail-Adresse bekannt gibt, nämlich "m.\_\_\_\_@....." (act. 3/3). Im E-Mail vom 25. Oktober 2007 wird die E-Mail-Adresse "i.\_\_\_\_@....." am Ende der Nachricht neben dem Namen des Klägers in Klammern erwähnt. Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang aber, dass in der Absenderzeile der beiden Nachrichten jeweils die E-Mail-Adresse "j.\_\_\_\_@....." erscheint und im zweiten E-Mail überdies der Name des Klägers. Eine Anweisung des Klägers, dass nur die Adresse "i.\_\_\_\_@....." für Mitteilungen an ihn verwendet werden dürfe, ist den beiden Nachrichten jedenfalls nicht zu entnehmen.

5.2.4. Im Zusammenhang mit der Kontoeröffnung für zwei vom Kläger beherrschte o.\_\_\_\_ Gesellschaften sandte er der Beklagten am 12. September 2007 eine Nachricht. Die Absenderzeile lautet wie folgt: "A.\_\_\_\_ (mailto: j.\_\_\_\_@.....). Darauf antwortete die Beklagte mit E-Mail vom 13. September 2007 um 11:03 Uhr an "j.\_\_\_\_@.....". Diese Nachricht wurde vom Kläger bereits um 11:08 Uhr, d.h. nur fünf Minuten später, beantwortet (act. 3/4). Es ist unbestritten, dass der Kläger in diesem Zusammenhang bei der Beklagten nicht gegen die Verwendung der E-Mail-Adresse "j.\_\_\_\_@....." remonstrierte (Kläger: act. 18 Rz.

69; Beklagte act. 7 Rz. 30-31 und act. 22 Rz. 142). Dies hätte sich indessen zwingend aufgedrängt, wenn der Kläger gemäss seiner Darstellung grossen Wert darauf legte, dass die Beklagte ausschliesslich die E-Mail-Adresse "i.\_\_\_\_@....." benutzte. Stattdessen beantwortete er das E-Mail der Beklagten unverzüglich, weshalb die Beklagte davon ausgehen durfte, dass der Kläger sich mit ihrer Vorgehensweise einverstanden erklärte. Daran vermag auch der Einwand des Klägers, wonach es in diesem spezifischen E-Mail lediglich um die geschäftlichen Bankbeziehungen des Klägers gegangen sei (act. 18 Rz. 69), nichts zu ändern. Bereits das E-Mail des Klägers vom 1. Juni 2007 zeigt, dass er die private und die geschäftliche Bankbeziehung nicht zu trennen pflegte (act. 3/3). Nichts anderes offenbart seine Argumentation im vorliegenden Verfahren, wonach er sein privates Vermögen in erster Linie für geschäftliche Investitionen bei der Beklagten habe deponieren wollen bzw. um dafür Kreditlimiten zu erhalten (act. 1 Rz. 21, act. 18 Rz. 14-18 und Rz. 201). Das Stillschweigen des Klägers unter den konkreten Umständen ist daher als konkludente Zustimmung zur Verwendung der geschäftlichen E-Mail-Adresse zu werten.

5.2.5. In den E-Mails zwischen den Parteien erscheint in der Absender- oder Adressatenzeile jeweils entweder der Name des Klägers, die E-Mail-Adresse "j.\_\_\_\_@....." oder beides zusammen, während die E-Mail-Adresse "i.\_\_\_\_@....." in keiner der Absender- oder Adressatenzeilen ersichtlich ist (vgl. act. 3/3-4, act. 3/7, act. 3/9-10, act. 3/14, act. 3/16-19). Der Kläger bringt in dieser Hinsicht vor, dass seine private E-Mail-Adresse so konfiguriert sei, dass als Absender stets die E-Mail-Adresse "j.\_\_\_\_@....." erscheine. Der Beklagten sei anlässlich der Kontoeröffnung mitgeteilt worden, dass sie zur Beantwortung der E-Mails nie einfach auf "Reply" drücken dürfe (act. 1 Rz. 24-25; act. 18 Rz. 71 und Rz. 118).

Der Kläger hat nicht bestritten, die unverzügliche Antwort auf das E-Mail der Beklagten vom 13. September 2007 von der geschäftlichen E-Mail-Adresse aus gesandt zu haben. Die Absenderzeile beinhaltet den Namen des Klägers (act. 3/4). In den beiden E-Mails des Klägers vom 6. November 2008, in welchen er sich bei der Beklagten beschwerte, erscheint in der Absenderzeile neben dem Namen des

Klägers die geschäftliche E-Mail-Adresse (act. 3/17 und act. 3/19). Zudem werden die beiden E-Mails vom 6. November 2008 u.a. an die private E-Mail-Adresse "i.\_\_\_\_@....." gesandt, was aus der Zeile mit der Bezeichnung "Cc" ersichtlich ist. Dies spricht dafür, dass der Kläger am 6. November 2008 ebenfalls von der geschäftlichen und nicht etwa von der persönlichen E-Mail-Adresse aus kommunizierte, hätte es sich doch ansonsten erübrigt, die E-Mails zusätzlich an "i.\_\_\_\_@....." zu senden. Dies lässt darauf schliessen, dass im relevanten Zeitraum bei E-Mails von der Adresse "j.\_\_\_\_@....." aus in der Absenderzeile der Name des Klägers und nicht etwa derjenige seiner Unternehmung generiert wurde.

Ob gemäss klägerischer Darstellung auch bei E-Mails von der persönlichen Adresse "i.\_\_\_\_@....." aufgrund einer besonderen Konfiguration dieselbe Absenderzeile generiert wurde, ist nicht von Bedeutung und kann offen bleiben. Relevant ist hingegen, dass die genannte Absenderzeile keineswegs den Eindruck vermittelt, eine E-Mail-Adresse vor sich zu haben, auf deren Mailaccount sämtliche Mitarbeiter einer Unternehmung Zugriff haben, wie dies bei der E-Mail-Adresse "info@....." mit oder ohne den Namen der klägerischen Unternehmung als Zusatz der Fall gewesen wäre. Entgegen des klägerischen Standpunktes hätte die Beklagte auch nicht die Homepage der C.\_\_\_\_ LTD konsultieren und damit rechnen müssen, dass die E-Mails an "j.\_\_\_\_@....." von vielen Personen gelesen würden, und deswegen explizit beim Kläger nachfragen (act. 18 Rz. 65-66). Die Tatsache, dass eine E-Mail-Adresse auf einer Homepage als Kontaktadresse eines Unternehmens publiziert ist, bedeutet nicht, dass eine Vielzahl von Personen auf den betreffenden Mailaccount Zugriff haben.

Mit der Beantwortung von E-Mails an die Adresse "j.\_\_\_\_@....." mittels "Reply"-Taste hatte sich der Kläger bereits konkludent einverstanden erklärt, indem er das E-Mail der Beklagten vom 13. September 2007 an diese Adresse nur wenige Minuten später beantwortete, ohne gegen die Verwendung der geschäftlichen E-Mail-Adresse durch die Beklagte zu remonstrieren.

5.2.6. Nur der Vollständigkeit halber ist Folgendes festzuhalten: Es stand dem Kläger frei, der Beklagten eine private E-Mail-Adresse bekannt zu geben, welche

weder aufgrund ihrer weitgehenden Ähnlichkeit mit seiner persönlichen leicht verwechselt werden konnte noch aufgrund einer allfälligen Konfiguration des Absenders mit der Adresse "j.\_\_\_\_@....." verknüpft war. Selbst wenn die vom Kläger geltend gemachten Umstände sich als zutreffend erwiesen, könnte er im Ergebnis daraus nichts zu seinen Gunsten ableiten, zumal er diese Umstände selber zu vertreten hätte. In diesem Fall müsste die Schlussfolgerung gezogen werden, dass aufgrund verschiedener vom Kläger verursachter Unklarheiten eine Situation eingetreten war, in welcher er nicht einfach passiv bleiben und darauf vertrauen durfte, dass die Beklagte gemäss seinen Vorstellungen agieren würde.

5.2.7. Daraus, dass der Kläger die E-Mails an die Adresse "j.\_\_\_\_@....." gemäss seiner Darstellung nur sporadisch lese und seine Mitarbeiter erst die Nachricht vom 5. November 2008 für wichtig genug befunden hätten, um den Kläger als ihren Vorgesetzten darüber zu informieren (act. 1 Rz. 25, Rz. 58 und Rz. 114; act. 18 Rz. 191), kann er ebenfalls nichts zu seinen Gunsten ableiten. Unbestritten ist in diesem Zusammenhang, dass der Kläger der Beklagten erlaubt hatte, ihm Nachrichten per E-Mail zu senden. Der Posteingang des E-Mails liegt wie ein Briefkasten für gewöhnliche Post im Macht- und Risikobereich des Klägers. Es lag daher in seiner Verantwortung dafür zu sorgen, dass ihm die Nachrichten der Beklagten von seinen Mitarbeitern weitergeleitet wurden. Die Nachteile infolge einer allfälligen mangelhaften Organisation seiner Unternehmung oder einer ungenügenden Instruktion seiner Mitarbeiter hat er demzufolge selber zu tragen. Es kann daher offen bleiben, ob die Mitarbeiter die Weiterleitung mehrerer E-Mails unterliessen und wenn ja, aus welchen Gründen dies der Fall war. Weiter kann offen bleiben, ob der Kläger die E-Mails der Beklagten effektiv zur Kenntnis genommen hatte oder nicht.

5.2.8. Zusammenfassend wäre der Kläger vorliegend unter Berücksichtigung der gesamten Umstände spätestens nach Erhalt des E-Mails vom 13. September 2007 gehalten gewesen, bei der Beklagten zu remonstrieren und die Zustellung der E-Mails ausschliesslich an die Adresse "i.\_\_\_\_@....." zu verlangen. Da in Anwendung des Vertrauensgrundsatzes von seinem konkludenten Einverständnis zur Verwendung der E-Mail-Adresse "j.\_\_\_\_@....." durch die Beklagte auszuge-

hen ist, sind auch die von der Beklagten an diese Adresse gesandten Nachrichten als ihm zugestellt zu betrachten.

### 5.3. Ereignisse vom 22. bis 25. September 2008

5.3.1. Nachfolgend ist eine Würdigung der Ereignisse in der Zeit vom 22. bis zum 25. September 2008 vorzunehmen, welche vorstehend unter 3.3. und 3.4. im Einzelnen dargestellt wurden.

#### 5.3.2. Telefongespräch vom 22. September 2008

Der Kläger anerkennt, im Telefongespräch vom 22. September 2008 von F. \_\_\_\_\_ erfahren zu haben, dass sein Geld zur Zeit investiert und aktuell nur mit einem Verlust abgezogen werden könne (act. 18 Rz. 26). Die Beklagte legt im Wesentlichen dar, den Kläger über die beiden Möglichkeiten - Verkauf der EYN mit Verlust oder Aufnahme eines Lombardkredites - korrekt und eingehend informiert zu haben. Der Kläger macht geltend, die Beklagte habe ihm für den Fall der Aufnahme eines Lombardkredites zugesichert, dass er ohne jegliches Risiko im November sein Geld zur Verfügung haben und überdies einen sicheren Gewinn erzielen werde, weshalb er davon ausgegangen sei, dass sein Geld in einer risikolosen Geldanlage angelegt sei und er dieses einfach im Moment ohne Zinsverlust nicht zurückerhalten könne.

Was anlässlich dieses Telefongesprächs im Einzelnen besprochen wurde, kann offen bleiben. Ebenso kann offen bleiben, welches die Vorstellungen des Klägers in Bezug auf die Investitionen waren. Wesentlich ist, dass der Kläger wusste, dass bezüglich der Investitionen aktuell ein Verlust zu verzeichnen war. Sodann musste dem Kläger als erfahrener Unternehmer und Geschäftsmann bewusst sein, dass keine risikolosen Anlagen mit einem sicheren Gewinn existieren, sondern nur Anlagen mit kleinerem oder grösserem Verlustrisiko und unterschiedlichen Möglichkeiten zur Erzielung eines Ertrages. In diesem Zusammenhang anerkennt der Kläger, dass bei jedem Darlehen wie Treuhand- oder Festgeldanlagen ein Gegenpartearisiko existiert (act. 18 Rz. 124; vgl. dazu BERTSCHINGER, a.a.O., S. 106). Selbst wenn der Kläger gemäss seiner Darstellung davon ausge-

gangen war, dass die Beklagte "sein Geld so sicher wie fiduciary deposits angelegt hatte" (act. 18 Rz. 101), musste er als Unternehmer und Geschäftsmann wissen, dass selbst diesen Anlagen ein Verlustrisiko immanent war.

Hinzu kommt, dass der Kläger darlegt, die Beklagte habe ihn - als er im Herbst 2008 Geld benötigt habe - überzeugt, statt die EYN zu verkaufen, einen Lombardkredit bei ihr aufzunehmen, so dass der Kläger bei Ablauf der EYN einen sicheren Gewinn erzielen könne (act. 1 Rz. 6). Damit anerkennt der Kläger, gewusst zu haben, dass es sich bei den im Telefongespräch vom 22. September 2008 zur Diskussion stehenden Investitionen um EYN handelte. Der Kläger legt zudem dar, er habe anlässlich des Telefongesprächs Anfang 2008, als die Beklagte ihn von der Investition in EYN zu überzeugen versucht habe, u.a. gesagt, er wolle seine Ersparnisse nicht riskieren, interessiere sich nicht für Aktien und kenne sich bei Finanzinstrumenten nicht aus und dass ihn Spekulationen auf dem Finanzmarkt nicht interessieren würden (act. 1 Rz. 34). Auch im Telefongespräch Ende März 2008 oder Anfang April 2008, als die Beklagte ihn kontaktiert habe, habe er einmal mehr darauf hingewiesen, dass er keinerlei Risiko mit diesen Anlagen wolle (act. 18 Rz. 89). Auch die Kontaktaufnahme durch die Beklagte im Juli 2008 im Zusammenhang mit Investitionen in EYN wird vom Kläger anerkannt (act. 18 Rz. 93). Im Wesentlichen anerkennt der Kläger damit, bereits anlässlich dieser früheren Telefongespräche gewusst zu haben, dass es sich bei EYN um risikobehaftete Anlagen handelte.

Somit erweist sich der Einwand des Klägers, er sei aufgrund des Telefongesprächs vom 22. September 2008 von einer risikolosen Anlage ausgegangen, als unbehelflich. Daraus, dass der Kläger es gemäss seiner Darstellung unterliess, sich über die Art der Investitionen und den aktuellen Stand derselben weiter zu informieren, kann er ebenfalls nichts zu seinen Gunsten ableiten.

### 5.3.3. E-Mail vom 22. September 2008

Das E-Mail mit dem aktuellen Vermögensverzeichnis im Anhang, welches die Beklagte im Anschluss an die telefonische Besprechung an die geschäftliche Adresse des Klägers sandte, enthält alle relevanten Informationen in Bezug auf die bei-

den Möglichkeiten, welche dem Kläger in jenem Zeitpunkt zur Verfügung standen (act. 3/14 und act. 8/19). Dass die beiden Möglichkeiten bereits im vorangehenden Telefongespräch thematisiert wurden, ist unbestritten. Wie bereits ausgeführt wurde, gilt dieses E-Mail samt Anhang als dem Kläger zugestellt. Dem Vermögensverzeichnis ist insbesondere zu entnehmen, dass in diesem Zeitpunkt die EYN H.\_\_\_\_\_ EUR und USD im Depot des Klägers gebucht waren und aktuell einen Verlust von 4.28 % bzw. 4.42 % aufwiesen. In Zahlen ausgedrückt bedeutet dies, dass der Marktwert der EYN H.\_\_\_\_\_ EUR in jenem Zeitpunkt gegenüber der Investitionssumme von EUR 500'000 um EUR 21'400 gesunken war. In Bezug auf die EYN H.\_\_\_\_\_ USD betrug die Differenz zwischen der Investitionssumme von 1.5 Mio. USD und dem aktuellen Marktwert USD 66'300. Bereits aufgrund dieser leicht zu ermittelnden Zahlen musste dem Kläger klar sein, dass selbst im Falle eines sofortigen Verkaufs der EYN bereits ein nicht unerheblicher Verlust resultiert hätte. Infolge der hohen Investitionssummen von EUR 500'000 und USD 1.5 Mio. führte schon eine Änderung des Marktwertes der Investitionen um 1 % in absoluten Zahlen ausgedrückt zu einer Veränderung um EUR 5'000 bzw. USD 15'000. Dem Kläger als Unternehmer und erfahrenem Geschäftsmann musste daher auch die Möglichkeit bewusst sein, dass bis im November 2008 der Marktwert nicht zwingend bis zum Ausgangswert oder darüber ansteigen musste, sondern auch ein noch wesentlich grösserer Verlust resultieren konnte.

#### 5.3.4. Telefongespräch vom 23. September 2008

Es ist unbestritten, dass der Kläger im Telefongespräch vom 23. September 2008 mit E.\_\_\_\_\_ den Auftrag zur Aufnahme des Lombardkredites in der Höhe von EUR 500'000 erteilte. Während die Beklagte vorbringt, der Kläger habe in diesem Telefongespräch überdies den Auftrag zum Switch der EYN in EUR erteilt, macht dieser im Wesentlichen geltend, es sei ihm im Zusammenhang mit der Aufnahme des Lombardkredites ein sicherer Gewinn ohne jegliches Risiko versprochen, der Switch bezüglich der Investitionen in EYN aber überhaupt nicht thematisiert worden.

### 5.3.5. Weitere Ereignisse

Angesichts der nachfolgenden Ereignisse kann offen bleiben, was anlässlich dieses Telefongespräches in Bezug auf die Investitionen in EYN effektiv besprochen wurde. Noch am selben Tag unterzeichnete der Kläger nämlich den ihm zugestellten Lombardkreditvertrag und retournierte diesen an die Beklagte. Die Beklagte fasste im E-Mail vom 24. September 2008 an die Geschäftsadresse des Klägers zusammen, was aus ihrer Sicht am Vortag telefonisch besprochen worden war. Dem E-Mail ist klar und unmissverständlich zu entnehmen, dass die Beklagte davon ausging, der Kläger habe die entsprechenden Aufträge zum Switch der EYN sowie zur Aufnahme des Lombardkredites von USD 500'000 erteilt. Der Switch wurde noch gleichentags vorgenommen, der Lombardkredit am 25. September 2008 an den Kläger ausbezahlt. Mit E-Mail vom 6. November 2008 protestierte der Kläger ein erstes Mal wegen der in der Zwischenzeit realisierten Verluste.

Beim E-Mail vom 24. September 2008 handelt es sich um ein kaufmännisches Betätigungsschreiben, hielt die Beklagte darin doch fest, was ihrer Ansicht nach im Telefongespräch vom Vortag besprochen worden war. Auch diese Nachricht gilt als dem Kläger zugestellt. Wenn er mit dem Inhalt des E-Mails nicht einverstanden gewesen wäre, wäre ihm eine Remonstration ohne Weiteres zumutbar gewesen. Aufgrund des Verhaltens des Klägers im Zusammenhang mit der Aufnahme des Lombardkredites ist ohnehin davon auszugehen, dass er den getätigten Investitionen in EYN zustimmte. Nachdem bereits vorgängig Investitionen in EYN getätigt worden waren, brachte der Switch von EYN EUR H.\_\_\_\_\_ zu EYN EUR G.\_\_\_\_\_ mit praktisch demselben Investitionsbetrag auch keine wesentlichen Änderungen mit sich. Dass der Switch der EYN zu einer Reduktion des Emittentenrisikos führte und sich damit zugunsten des Klägers auswirkte, ist unbestritten (Kläger: 18 Rz. 113; Beklagte: act. 7 Rz. 76). Selbst wenn man mit dem Kläger davon ausgehen wollte, der Switch der EYN sei anlässlich des Telefongespräches vom Vortag nicht thematisiert worden, erweist sich der Switch im vorliegenden Kontext als geringfügige Änderung des bereits vorher Vereinbarten, welche für den Kläger keine Belastung darstellte. Unter diesen Umständen durfte die Beklagte nach dem Stillschweigen des Klägers in guten Treuen davon ausgehen,

der Kläger sei mit dieser Änderung einverstanden. Der Widerspruch des Klägers rund eineinhalb Monate nach der letzten Transaktion im Zusammenhang mit den Investitionen in EYN erweist sich als verspätet.

#### 5.3.6. Zusammenfassung

Der Kläger war bereits am 22. September 2008 sowohl telefonisch als auch per E-Mail über die ihm aktuell zur Verfügung stehenden Möglichkeiten informiert worden. Der Kläger entschied sich in der Folge für die Variante, einen Lombardkredit aufzunehmen und die bereits getätigten Investitionen zu belassen. Mit anderen Worten stimmte er diesen Investitionen in EYN zu.

Sodann reagierte er nicht auf das E-Mail vom 24. September 2008, in welchem die Beklagte die aus ihrer Sicht vom Kläger erteilten Aufträge zusammenfasste, namentlich den Auftrag zum Switch eines Teils der EYN. Dieses Schreiben blieb unwidersprochen, obgleich dem Kläger ein Widerspruch zumutbar war. Angesichts der konkreten Umstände ist aufgrund seines Schweigens davon auszugehen, dass er der Vorgehensweise der Beklagten zustimmte, und zwar unabhängig davon, ob der Switch anlässlich des vorgängigen Telefongesprächs zwischen dem Kläger und E.\_\_\_\_\_ thematisiert worden war oder nicht. Die Beklagte hatte vorliegend keinen Anlass, das Stillschweigen des Klägers nicht als Genehmigung zu verstehen.

## **6. Ausnahmen von der Genehmigungsfiktion**

### **6.1. Parteibehauptungen**

#### **6.1.1. Aufklärungspflicht der Beklagten**

Der Kläger bringt zusammengefasst vor, die Beklagte sei mit Aufnahme der Verkaufsversuche aufklärungspflichtig geworden. Sie hätte den in Angelegenheiten der Vermögensverwaltung und mit Wertschriften vollkommen unerfahrenen Kläger über die extremen Risiken, die mit einer Investition des gesamten Finanzvermögens in EYN verbunden seien, in Kenntnis setzen müssen. Der Kläger sei aber weder über die Funktionsweise und Risiken der EYN aufgeklärt noch entsprechend seinem Risikoprofil beraten worden. Telefonisch wäre eine ordnungsgemäße Aufklärung und Beratung aufgrund der Sprachbarrieren für einen in Finanzangelegenheiten unerfahrenen Sparer gar nicht möglich gewesen. Die E-Mails samt Anhängen hätten zwar seine Mitarbeiter, nicht aber den Kläger erreicht. Doch selbst wenn er diese gesehen hätte, hätte er die Informationen nicht verstehen können. Auch mit den banklagernd aufbewahrten Kontoauszügen hätte er - als ein in der Vermögensverwaltung vollkommen unerfahrener Investor - rein gar nichts anfangen können (act. 1 Rz. 36, Rz. 96-101, Rz. 114-115; act. 18 Rz. 121-124, Rz. 129, Rz. 142-147).

Die Beklagte macht geltend, es habe vorliegend aufgrund des Wissensstandes und der Erfahrung des Klägers keine Aufklärungspflicht bestanden. Beim Kläger handle es sich um einen vermögenden, erfolgreichen und in finanziellen Angelegenheiten erfahrenen Unternehmer, welcher aufgrund anderer Investitionen mit der Wirkungsweise und den Risiken von EYN bereits vertraut gewesen sei (act. 7 Rz. 8, Rz. 140; act. 22 Rz. 9, Rz. 74). Dennoch sei der Kläger vor der Auftragserteilung mündlich und schriftlich über die Funktionsweise, Eigenschaften und Risiken der Notes umfassend, wahrheitsgemäss und sachgerecht aufgeklärt worden. Aufgrund des Abschlusses des Lombardkredites habe keine erhöhte Aufklärungspflicht bestanden. Die Beklagte habe eine allfällige Aufklärungspflicht vollumfänglich erfüllt (act. 7 Rz. 8; act. 22 Rz. 9, Rz. 64-77, Rz. 175-176).

### 6.1.2. Genehmigungsfiktion

Die Beklagte macht in dieser Hinsicht im Wesentlichen geltend, selbst wenn der Kläger die streitgegenständlichen Investitionen nicht in Auftrag gegeben hätte, seien diese zumindest nachträglich genehmigt worden, da diese vom Kläger nicht innert Monatsfrist beanstandet worden seien (act. 7 Rz. 8; act. 22 Rz. 51-54 und Rz. 57-63).

Der Kläger wendet ein, er habe die Investitionen in EYN nicht im Nachhinein genehmigen können, da er nicht gewusst habe, um was es sich bei den EYN handle und dass deren Risikoprofil nicht der vereinbarten risikolosen Anlagestrategie entsprochen habe. Die Genehmigungsfiktion bezüglich der banklagernd aufbewahrten Belege greife nicht, wenn eine Investition wie vorliegend klar ausserhalb des Rahmens sei, in welchem die Bank zu handeln ermächtigt sei und die Berufung darauf daher als rechtsmissbräuchlich erscheine (act. 18 Rz. 38-39, Rz. 99, Rz. 114, Rz. 131-132, Rz. 188, Rz. 200).

## 6.2. Rechtliches

### 6.2.1. Aufklärungspflicht

Aus der Treuepflicht gemäss Art. 398 Abs. 2 OR folgt, dass der Beauftragte den Auftraggeber von sich aus und vor Beginn der Ausführung des Auftrages gestützt auf sein Fachwissen nach den Umständen des Falles über Chancen und Risiken der Auftragsausführung aufzuklären hat. Das Ausmass der Aufklärungspflicht richtet sich bei der Vermögensverwaltung und Anlageberatung in erster Linie nach den Kenntnissen und dem Stand der Erfahrung des Kunden. Kennt dieser die Risiken der Spekulationstätigkeit, braucht er keine Aufklärung. Wenn hingegen ohne Weiteres ersichtlich ist, dass der Kunde von den Risiken keine Ahnung hat, muss ihn die Bank darauf hinweisen (Urteil des Bundesgerichts 4C\_265/2001 vom 15. Januar 2002 E. 2a sowie BGE 119 II 333 E. 5a; vgl. auch BGE 133 III 97 E. 7.1.1; Urteil des Bundesgerichts 4A\_168/2008 vom 11. Juni 2008 E. 2.4; THOMAS STEININGER/HANS CASPAR VON DER CRONE, Beratungsauftrag und Aufklärungspflichten, in: SZW 2009, S. 146 f.). Empfiehlt die Bank dem Kunden von sich

aus bestimmte Wertpapiere, treffen sie gesteigerte Sorgfaltspflichten, die sich vor allem in erhöhten Aufklärungs- und Nachforschungspflichten manifestieren (BERTSCHINGER, a.a.O., S. 53; Urteil des Bundesgerichts 4C\_20/2005 vom 21. Februar 2006 E. 4.2.3). Die Anforderungen an die Aufklärungspflicht der Bank sind auch dann höher, wenn der Kunde nicht nur mit seinem Vermögen, sondern auch noch mit von der Bank gewährten Krediten spekuliert (BGE 133 III 97 E. 7.1.1 m.w.H.; Urteil des Bundesgerichts 4C\_68/2007 vom 13. Juni 2008 E. 7.1). Die Aufklärungspflicht hängt somit einerseits vom Inhalt der Vertragsbeziehungen - Vermögensverwaltung oder Anlageberatung - und andererseits von der Art des in Frage stehenden Rechtsgeschäfts sowie vom Wissensstand des Bankkunden ab (Urteil des Bundesgerichts 4C\_265/2001 vom 15. Januar 2002 E. 2b/aa).

#### 6.2.2. Grenzen der Aufklärungspflicht

Führt die Bank nur punktuell Börsengeschäfte für einen Kunden aus, ist sie nicht zu einer generellen Interessenwahrung verpflichtet und muss diesen deshalb in der Regel nur auf Verlangen aufklären (BGE 133 III 97 E. 7.1.1). Da beispielsweise der Handel mit Devisen allein von der Entscheidung und der Risikobereitschaft des sie veranlassenden Auftraggebers abhängt, besteht keine generelle Pflicht der Bank, dem aufgeklärten Kunden von solchen Geschäften abzuraten. Wünscht dieser Rat, muss ihn die Bank im Rahmen ihrer Treuepflicht sorgfältig beraten, freilich ohne ihm damit die Verantwortung für seine Entscheidung abzunehmen. Sie haftet für einen objektiv falschen Rat unter Umständen nur, wenn dieser im Zeitpunkt seiner Erteilung offensichtlich unvernünftig war. Denn auch der Spekulant muss wissen, dass auf einen Rat, der ein zukünftiges und ungewisses Ereignis zur Grundlage hat, kein sicherer Verlass sein kann; er hat somit das Risiko grundsätzlich auch dann selber zu tragen, wenn er dem Rat der Bank gefolgt ist (BGE 119 II 333 E. 7a m.w.H.). Weicht ein Anlageratschlag für den Kunden erkennbar von den vereinbarten Anlagezielen ab, indem etwa die empfohlene Anlage ein höheres Risiko als in den Anlagegrundsätzen vereinbart aufweist und der Kunde den Rat befolgt bzw. zu den entsprechenden Dispositionen seine Einwilligung erteilt, trägt er allein die Verantwortung für allfällige Verluste, die allenfalls

aus der Befolgung des Ratschlags entstanden sind. Die Situation ist grundsätzlich die gleiche, wie wenn der Kunde von sich aus dem Berater ausdrücklich Weisung zu einer Transaktion erteilt, die für ihn offensichtlich ausserhalb der vereinbarten und bisher verfolgten Anlagepolitik liegt. In beiden Fällen nimmt der Kunde das Risiko bewusst in Kauf und hat deshalb auch die Konsequenzen allein zu tragen (P. CHRISTOPH GUTZWILLER, a.a.O., S. 60 f.). Selbst bei einem Vermögensverwaltungsvertrag können gewagte Transaktionen durchaus vom Vertrag gedeckt sein - sei diese in Form vorheriger Zustimmung oder nachträglicher, allenfalls sogar stillschweigender Genehmigung nach Kenntnisnahme der getätigten Transaktionen -, wenn sich der Auftraggeber im Bank-, insbesondere aber im Anlagegeschäft gut auskennt, sei es aufgrund eigenen Vorwissens oder durch Aufklärung seitens des Beauftragten (ZR 91/92 [1992/1993] Nr. 84 S. 301 f.).

#### 6.2.3. Ausnahmen von der Genehmigungsfiktion

Von einer stillschweigenden Genehmigung der Handlungsweise der Bank kann nur dann ausgegangen werden, wenn der Kunde die Leistung der Bank in Kenntnis des zu genehmigenden Sachverhalts vorbehaltlos angenommen hat (Urteil des Bundesgerichts 4C\_18/2004 vom 3. Dezember 2004 E. 1.8). Vorauszusetzen ist zudem, dass der Kunde zeitlich und faktisch die Möglichkeit hatte, Einwände gegen die Tätigkeit der Bank vorzubringen, die Reklamation für den Kunden zumutbar gewesen ist und kein rechtsmissbräuchliches Verhalten der Bank vorliegt, indem die Bank weiss oder nach den Umständen wissen muss, dass dem Bankkunden der Genehmigungswille fehlt (Urteil des Bundesgerichts 4C\_175/2006 vom 4. August 2006 E. 2).

#### 6.3. Würdigung

6.3.1. Beim Kläger handelt es sich um einen international tätigen Unternehmer. Er ist gemäss eigenen Angaben sowohl Inhaber der Unternehmung C.\_\_\_\_\_ Ltd., welche Schiffe und Transportkapazitäten vermittelt, als auch von weiteren, in verschiedenen Ländern domizilierten Unternehmen derselben Branche (act. 1 Rz. 12; act. 18 Rz. 13-18, Rz. 161). Gemäss klägerischen Angaben ist seine Ge-

schäftstätigkeit erfolgreich und beschäftigt er in seinen Gesellschaften knapp hundert Mitarbeiter (act. 18 Rz. 10, Rz. 43, Rz. 195). Unter diesen Umständen erscheint die Darstellung des Klägers, wonach er ein risikoaverser Sparer ohne jegliche Erfahrung in Finanzangelegenheiten sei, als lebensfremd. Schon allein aufgrund seiner internationalen unternehmerischen Tätigkeit als Inhaber mehrerer Schiffsgesellschaften ist nach der allgemeinen Lebenserfahrung davon auszugehen, dass ihm die Risiken im Zusammenhang mit Investitionen in Finanzprodukten - auch strukturierten - zumindest in den Grundzügen bekannt waren, selbst wenn er zuvor noch nie in solche investiert hatte. Er musste daher wissen, dass mit derartigen Investitionen sehr schnell grosse Gewinne, sehr schnell aber auch entsprechende Verluste eintreten können. Daher war es vorliegend auf jeden Fall ausreichend, den Kläger über die Funktionsweise und die Risiken im Zusammenhang mit den Investitionen in EYN in Form von standardisierten Produktinformationen aufzuklären (vgl. dazu BGE 133 III 97 E. 6). Im Übrigen enthält der vom Kläger unterzeichnete Lombardkreditvertrag (act. 3/15) alle relevanten Informationen. Die Informationen in Bezug auf die EYN und den Lombardkredit, welche die Beklagte dem Kläger zukommen liess, waren klar und unmissverständlich und gingen insgesamt über das im konkreten Fall erforderliche Mass hinaus. Ob der Kläger sogar als versierter Anleger zu qualifizieren ist, dessen Aufklärung vollkommen hätte unterbleiben können, kann namentlich angesichts der Ereignisse im September 2008 offen bleiben.

6.3.2. Selbst wenn man davon ausginge, dass der Kläger die Funktionsweise sowie die Risiken im Zusammenhang mit den Investitionen in EYN zunächst nicht verstanden hätte und die Beklagte ihrer Aufklärungspflicht bis im September 2008 nicht in ausreichendem Masse nachgekommen wäre, wäre dieser Mangel durch die nachfolgenden Ereignisse geheilt worden. Als der Kläger am 22. September 2008 zur Kenntnis nahm, dass die getätigten Investitionen in jenem Zeitpunkt einen Verlust aufwiesen, entschied er sich in der Folge bewusst dafür, diese Investitionen beizubehalten. An dieser Beurteilung würde sich auch nichts ändern, wenn die Parteien gemäss klägerischer Darstellung ursprünglich eine andere Anlagestrategie vereinbart hätten und die Investitionen in EYN nicht seinem Risikoprofil entsprochen hätten. Selbst in diesem Fall wäre es dem Kläger unbenom-

men gewesen, zu einem späteren Zeitpunkt Investitionen, welche ausserhalb dieser Strategie lagen, in Auftrag zu geben oder zu genehmigen. Aufgrund der von ihm unterzeichneten Kontoeröffnungsunterlagen und der von ihm übernommenen AGB der Beklagten ist davon auszugehen, dass der Kläger wusste, dass banklagernd gehaltene Belege als ihm unverzüglich zugestellt galten und er innert Monatsfrist dagegen zu remonstrieren hatte, sofern er mit Transaktionen nicht einverstanden war, ansonsten diese als genehmigt galten. Selbst wenn der Kläger gemäss seiner Darstellung lediglich per Telefon von den getätigten Investitionen, welche aktuell einen Verlust aufwiesen, erfahren hätte, weil er die E-Mails vom 22. und vom 24. September 2008 nicht zur Kenntnis nahm, wäre es ihm in der konkreten Situation möglich und zumutbar gewesen, sich durch Einsicht in die banklagernd gehaltenen Belege über die aktuellen Investitionen zu informieren. Die Beklagte durfte aufgrund der Information des Klägers per Telefon und per E-Mail in guten Treuen davon ausgehen, der Kläger sei mit den Investitionen in EYN einverstanden. Sie musste daher nicht damit rechnen, dass der Kläger die Investitionen nicht genehmigen würde. Ob beim Kläger im relevanten Zeitraum sprachliche Barrieren vorhanden waren, aufgrund welcher sich eine telefonische Aufklärung als ausgeschlossen erwies, kann offen bleiben. Angesichts seiner Tätigkeit als erfolgreicher Unternehmer ist entgegen der Darstellung des Klägers davon auszugehen, dass er in der Lage gewesen wäre, die Informationen zu erfassen und verstehen, welche ihm per E-Mail zugestellt wurden und den banklagernd aufbewahrten Belegen zu entnehmen sind. Im Übrigen anerkennt der Kläger, dass durch die E-Mails an seine Geschäftsadresse die Mitarbeiter über die EYN informiert worden seien (act. 1 Rz. 96, act. 18 Rz. 42). Da die E-Mails samt Anhängen als ihm zugestellt gelten, ist somit auch der Kläger als informiert zu betrachten. Mit den dem Kläger - zusätzlich zur telefonischen Information über den aktuellen Verlust - per E-Mail und banklagernd zugestellten Informationen kam die Beklagte ihrer Aufklärungspflicht, soweit eine solche überhaupt bestand, in ausreichendem Masse nach.

Aufgrund der Aufklärung des Klägers durch die Beklagte und seines nachfolgenden Verhaltens im September 2008 kann daher auch offen bleiben, welche Informationen die Parteien anlässlich des Vertragsabschlusses vom 31. Mai 2007 aus-

tauschten und ob die Informationen des Klägers bei der Erstellung des Kunden- und Risikoprofils sowie der Übersicht über die Anlageerfahrung des Klägers von der Beklagten korrekt erfasst wurden. Dies würde sich selbst bei der Annahme eines Vermögensverwaltungsvertrages zwischen den Parteien nicht ändern, da der aufgeklärte Kunde sich auch in diesem Fall bewusst für eine Investition entscheiden könnte, welche ausserhalb der vertraglich vereinbarten Anlagestrategie liegt, ohne für diese Abweichung in der Folge die Bank zur Verantwortung ziehen zu können. Die vertraglich vereinbarte Anlagestrategie ist auch dann nur insoweit von Bedeutung, als der Vermögensverwalter selbstständig Investitionsentscheidungen trifft, nicht aber, wenn der aufgeklärte Kunde selber entscheidet oder den Investitionsentscheidungen der Bank nachträglich genehmigt.

In dieser konkreten Situation erweist sich die Annahme der Zustellungs- in Verbindung mit der Genehmigungsfiktion in Bezug auf die banklagernd aufbewahrten Belege daher als nicht rechtsmissbräuchlich. Dasselbe gilt analog für die E-Mails an die Geschäftsadresse des Klägers.

6.3.3. Zusammengefasst sind keine Gründe ersichtlich, welche eine Ausnahme von der Genehmigungsfiktion rechtfertigen würden.

## **7. Fazit: Genehmigung der Investitionen in EYN**

- 7.1. EYN 2 % EUR B. (18.01.-18.04.08) und  
EYN 2.625 % EUR G. (25.04.-25.07.08)

Strittig ist vorliegend, ob der Kläger den Auftrag zum Erwerb der genannten EYN erteilt (vgl. im Einzelnen 3.1. und 3.2.). Unbestritten ist hingegen, dass Wertschriftenabrechnungen bezüglich des Kaufs dieser EYN sowie der nach Ablauf der Laufzeit erfolgten Gutschriften auf dem Konto des Klägers erstellt und banklagernd aufbewahrt wurden. Diese Abrechnungen gelten dem Kläger als am Erstellungsdatum zugestellt. Mangels Remonstration innert Monatsfrist gelten die gemäss Abrechnungen vorgenommenen Transaktionen überdies als genehmigt.

Es kann daher offen bleiben, ob der Kläger für diese Investitionen in EYN vorgängig jeweils einen Auftrag erteilte.

7.2. EYN 1.5 % USD H. (04.08.-04.11.08) sowie  
EYN 2.1 % EUR H. (04.08.-29.09.08)

Die Auftragserteilung zum Kauf dieser EYN wird vom Kläger bestritten (vgl. im Einzelnen 3.3.). Unbestritten ist hingegen, dass die Investitionen in diese EYN den banklagernd aufbewahrten Wertschriftenabrechnungen zu entnehmen ist. Diese gelten dem Kläger als am Erstellungsdatum zugestellt. Unbestritten ist, dass die Beklagte mit E-Mail vom 20. August 2008 an die Geschäftsadresse des Klägers über die beiden getätigten Investitionen informierte, wobei im Anhang Factsheets zu diesen EYN zugesandt wurden. Dieses E-Mail gilt samt Anhängen als dem Kläger zugestellt. In der Folge wurde dem Kläger anlässlich des Telefongesprächs vom 22. September 2008 mitgeteilt, dass ein umgehender Verkauf der Investitionen zu einem Verlust führen würde. Als Alternative wurde er über die Aufnahme eines befristeten Lombardkredites informiert. Über die beiden Möglichkeiten wurde noch gleichentags mit E-Mail an die Geschäftsadresse des Klägers mit einem aktuellen Vermögensverzeichnis im Anhang informiert. Auch dieses E-Mail gilt samt Anhang als dem Kläger zugestellt. In der Folge entschied sich der Kläger zur Aufnahme eines Lombardkredites und zur Beibehaltung der Investitionen.

Bezüglich dieser beiden Investitionen in EYN ist daher gleich aus mehreren Gründen von einer nachträglichen Genehmigung durch den Kläger auszugehen: Es sind dies die banklagernd aufbewahrten Wertschriftenabrechnungen, die E-Mails vom 20. August sowie vom 22. September 2008, die telefonische Besprechung zwischen den Parteien vom 22. September 2008 und gestützt darauf der Entscheid zur Aufnahme des Lombardkredites bei gleichzeitiger Beibehaltung der Investitionen.

Somit kann auch in dieser Hinsicht offen bleiben, ob der Kläger für diese beiden Investitionen in EYN einen Auftrag erteilt hatte.

7.3. Switch von EYN 2.1 % EUR H. (04.08.-29.09.08)

zu EYN 2.1 % EUR G. (29.09.-13.11.08)

Schliesslich ist dem E-Mail der Beklagten vom 24. September 2008 zu entnehmen, dass sie von einem Auftrag des Klägers zum Switch ausging. Auch dieses E-Mail hat als dem Kläger zugestellt zu gelten. Dieses E-Mail blieb vom Kläger unwidersprochen. Aufgrund der gesamten Umstände ist im Stillschweigen des Klägers die Zustimmung zum Switch und damit die Genehmigung zu diesen Transaktionen zu erblicken. Dies gilt selbst dann, wenn anlässlich des Telefongesprächs vom Vortag der Switch nicht thematisiert worden wäre, zumal sich dieser zugunsten des Klägers auswirkte und lediglich eine geringfügige Änderung des bisher Vereinbarten mit sich brachte. Die strittige Frage der mündlichen Auftragserteilung anlässlich des Telefongesprächs vom Vortag kann daher offen bleiben.

7.4. Zusammenfassung

7.4.1. Selbst wenn der Kläger - wie von ihm geltend gemacht - vorgängig keine Aufträge zu den Investitionen in EYN erteilt hätte, wäre von seiner nachträglichen Genehmigung dieser Investitionen auszugehen. Es liegen keine Gründe vor, welche eine Ausnahme von der Genehmigungsfiktion rechtfertigen würden. Die Frage der Auftragserteilung zu den Investitionen in EYN kann offen bleiben. Infolge der Genehmigung der Transaktionen verwirkte der Kläger allfällige Schadenersatzansprüche gegen die Beklagte.

7.4.2. Es erübrigt sich daher, auf die weiteren Ausführungen des Klägers zum Schaden, zu den Sorgfaltspflichtverletzungen, zum adäquaten Kausalzusammenhang und zum Verschulden der Beklagten einzugehen. Ebenfalls erübrigen sich die Editionsbegehren beider Parteien (Kläger: act. 18 Rz. 23, Rz. 25-26, Rz. 78, Rz. 93; Beklagte: act. 7 Rz. 25 und act. 22 Rz. 110) sowie die Verrechnungsforde- rung der Beklagten (act. 7 Rz. 93 und act. 22 Rz. 161).

## 8. **Auskunfts- und Rechenschaftsbegehren**

### 8.1 Parteibehauptungen

Mit seinem erst in der Replik gestellten Rechtsbegehren 2 verlangt der Kläger von der Beklagten Auskunft und Rechenschaftsablage über alle Einnahmen, welche sie infolge der in dessen Konto gebuchten Equity Yield Notes erlangt hatte.

Schon in der Klagebegründung hatte der Kläger ausgeführt, die Beklagte hätte es ihm offenzulegen, wenn sie aus dem Verkauf der strukturierten Produkte an den Kläger Gelder von der Herausgeberin der Produkte oder einer mit dieser verbundenen Gesellschaft (Kick-backs, Retros u. dgl.) erhalten haben sollte (act. 1 Rz. 46). Die Beklagte erwiderte darauf, es sei ökonomisch offensichtlich, dass sie für die mit dem Vertrieb von Produkten anderer Finanzinstitute verbundenen Aufwendungen entschädigt werden müsse; darüber sei sie nicht rechenschaftspflichtig (act. 7 Rz. 172 - 173).

In der Replik lehnte der Kläger die Auffassung der Beklagten ab und nannte die von der Beklagten als Vertriebsentschädigungen bezeichneten Zahlungen Retrozessionen, worüber die Beklagte Rechenschaft abzulegen habe (act. 18 Rz. 187). Die Beklagte äusserte sich dazu nicht mehr (act. 22 Rz. 182).

### 8.2. Würdigung

Nach Art. 400 Abs. 1 OR ist der Beauftragte schuldig, auf Verlangen jederzeit über seine Geschäftsführung Rechenschaft abzulegen. Die Pflicht zur Rechenschaftsablegung begründet zunächst eine Informationspflicht. Die Information hat vollständig und wahrheitsgetreu zu sein und über alles zu erfolgen, was für den Auftraggeber von Bedeutung sein kann. Art, Inhalt und Umfang der Information ergeben sich somit aus dem konkreten Auftrag. Die Auskunft muss alle *wesentlichen* Vorgänge im Zusammenhang mit dem Auftrag umfassen und durch Urkunden bzw. sachgerechte Belege dokumentiert werden (BSK OR I-WEBER, Art. 400 N 3 ff.;vgl. auch ZK-BECKER, Art. 400 N 1, insb. letzter Satz).

Es ist wie gesehen unbestritten, dass die Beklagte für den Vertrieb der EYN (von der H.\_\_\_\_\_) Entschädigungen erhalten hat, und die Beklagte hat insbesondere nicht behauptet, dies sei für die entsprechenden Anlagen des Klägers nicht der Fall gewesen. Über diese Einnahmen hat die Beklagte im angeführten Sinne Auskunft zu erteilen und Rechenschaft abzulegen. Wie diese Einnahmen begrifflich erfasst werden (als Retrozessionen oder Vertriebsentschädigungen) oder wie sie rechtlich zu qualifizieren sind oder ob sie schliesslich insbesondere der Ablieferungspflicht unterliegen werden, ist dabei nicht entscheidend. Es geht gerade darum, dass der Kläger soll beurteilen können, ob gegenüber der Beklagten und, wenn ja, in welchem Umfang Herausgabeansprüche bestehen. Insofern hat der Beauftragte insbesondere darüber zu informieren, was Bestandteil der ebenfalls in Art. 400 Abs. 1 OR enthaltenen Ablieferungspflicht sein kann, d.h. über Vermögenswerte, die dem Beauftragten infolge der Auftragsausführung von Dritten zukommen und die in einem *inneren Zusammenhang* mit der Auftragsausführung stehen. Dabei spielt es keine Rolle, ob die Zuwendung nach dem Willen des Dritten ausschliesslich dem Beauftragten zugute kommen soll oder nicht (BGer 4C.125/2002 vom 27. September 2002, E. 3.1).

Das Rechtsbegehren 2 ist somit gutzuheissen.

## **9. Zusammenfassung**

Zusammenfassend ist die Klage mit Ausnahme des Auskunfts- und Rechenschaftsbegehrens abzuweisen.

## **IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen / Streitwert**

### **1. Kosten- und Entschädigungsfolgen**

1.1. Gemäss § 23 der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 bleibt die Verordnung des Obergerichts über die Gerichtskosten vom 4. April 2007 (aGebV) anwendbar, da für das Verfahren insgesamt

die Bestimmungen des kantonalen Prozessrechts anwendbar bleiben (vgl. Art. 404 Abs. 1 ZPO).

Ebenso gilt die bisherige Verordnung des Obergerichts über die Anwaltsgebühren (aAnwGebV) vom 21. Juni 2006 (§ 25 der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010).

1.2. Die Gerichtskosten werden in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt. Obsiegt keine Partei vollständig, werden die Kosten verhältnismässig verteilt (§ 64 Abs. 2 ZPO/ZH). Jede Partei hat in der Regel die Gegenpartei im gleichen Verhältnis für aussergerichtliche Kosten und Umtriebe, einschliesslich Weisungskosten, zu entschädigen, wie ihr Kosten auferlegt werden (§ 68 Abs. 1 Satz 1 ZPO/ZH).

1.3. Was die Höhe der Gerichtsgebühr betrifft, so ist diese zu erhöhen. Die Erhöhung um 1/3 gemäss § 4 Abs. 2 aGebV ist aufgrund der Durchführung der Referentenaudienz und Vergleichsverhandlung sowie der im Hinblick auf den vorliegenden Entscheid erforderlichen Analyse, Prüfung und Abhandlung des umfangreichen Prozessstoffs und der komplexen Fragestellungen gerechtfertigt.

1.4. In Anwendung von § 2 i.V.m. § 6 aAnwGebV sind bei der Festsetzung der Prozessentschädigung die entsprechenden Zuschläge zur Grundgebühr zu berücksichtigen.

1.5. Bei der Gutheissung des Auskunfts- und Rechenschaftsbegehrens handelt es sich um einen zu vernachlässigenden Nebenpunkt, welcher keinen Einfluss auf die Auflage der Kosten und Entschädigungen hat. Da der Kläger abgesehen davon im vorliegenden Prozess unterliegt, wird er vollumfänglich kosten- und entschädigungspflichtig.

## **2. Streitwert**

Der Streitwert beträgt CHF 2'077'986.80 (act. 18 S. 2; Umrechnung per Datum des Eingangs der Klage; Art. 112 Abs. 1 lit. d und Art. 51 Abs. 1 lit. a BGG).

**Demgemäss erkennt das Gericht:**

1. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger über alle Einnahmen, welche sie infolge der in dessen Konto gebuchten Equity Yield Notes erlangt hatte, Auskunft zu geben und darüber Rechenschaft abzulegen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 55'000.00.
3. Die Kosten werden dem Kläger auferlegt.
4. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten eine Prozessentschädigung von CHF 59'000.00 zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien je gegen Empfangsschein.
6. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen von dessen Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, nach Massgabe von Art. 72 ff. sowie Art. 90 ff. des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) Beschwerde, allenfalls nach Massgabe von Art. 113 ff. BGG subsidiäre Verfassungsbeschwerde erhoben werden.

---

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter lic. iur. Thomas Seeger

lic. iur. Helene Lampel