



Mitwirkend: Oberrichter Dr. George Daetwyler, Vizepräsident, und Oberrichterin Dr. Franziska Grob, die Handelsrichter Thomas Steinebrunner, Prof. Dr. Othmar Strasser und Martin Fischer sowie die Gerichtsschreiberin Isabelle Monferrini

Beschluss und Urteil vom 20. November 2014

in Sachen

1. **A._____ Corporation,**
2. **B._____ Corporation,**

Klägerinnen

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X1. _____

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X2. _____

gegen

C._____ AG,

Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____

betreffend **Forderung**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2 ff.)

- "1. Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin 1 den Betrag von USD 2'033'711.50 zuzüglich 5 % Zins seit 9. November 2007 zu bezahlen;
2. es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin 1 die zwischen dem 31. August 2010 und dem Zeitpunkt der Bezahlung des gemäss Rechtsbegehren 1 eingeklagten Betrages anfallenden Schuldzinsen von 4 % von USD 1'469'382.54 zu bezahlen;
3. es sei der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. 1 des Betreibungsamtes Zürich 1 (Zahlungsbefehl vom 1. November 2001) vollumfänglich, eventualiter zumindest im Umfang der Gutheissung der Rechtsbegehren 1 und 2 aufzuheben;
4. es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin 2 den Betrag von USD 1'442'748.50 zuzüglich 5 % Zins seit 13. August 2008 zu bezahlen;
5. es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin 2 die zwischen dem 31. August 2010 und dem Zeitpunkt der Bezahlung des gemäss Rechtsbegehren 4 eingeklagten Betrages anfallenden Schuldzinsen von 4 % von USD 1'284'900.53 und von 4 % von CHF 92.55 zu bezahlen;
6. es sei der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. 2 des Betreibungsamtes Zürich 1 (Zahlungsbefehl vom 1. November 2001) vollumfänglich, eventualiter zumindest im Umfang der Gutheissung der Rechtsbegehren 4 und 5 aufzuheben;
7. es sei die Beklagte unter Strafandrohung von Art. 292 StGB im Unterlassungsfall zu verpflichten, sämtliche Unterlagen betreffend die Kundenbeziehungen der Klägerinnen seit deren Bestehen und insbesondere aber nicht abschliessend folgende Unterlagen zu edieren:
 - den von ihrem ehemaligen Mitarbeiter D._____ im Herbst 2008 erstellten Bericht zu seiner Tätigkeit im Zusammenhang mit der Betreuung der Klägerinnen als Kundinnen der Beklagten;
 - den Bericht der in den E-Mails der Mitarbeiter der Beklagten vom 26. und 27. November 2008 erwähnten, bankinternen Expertengruppe über die Kundenbeziehungen der Klägerinnen;
 - sämtliche weiteren bankinternen Akten und Notizen betreffend die Kundenbeziehung der Klägerinnen zur Beklagten, einschliesslich Besprechungsnotizen der Kundenberater der Klägerinnen;
 - sämtliche schriftlichen Transaktionsaufträge oder Notizen telefonisch erteilter Aufträge der Klägerinnen sowie die entspre-

chenden internen Einträge über die Entgegennahme der einzelnen Aufträge;

- sämtliche Transaktions- und Kontoübertragungsbelege, insbesondere aber nicht abschliessend die Transaktionsbelege für die zulasten der Klägerinnen getätigten Optionsgeschäfte sowie die zulasten der Klägerin 1 getätigten Investitionen in den "... Fund", den "... Fund ..." und den "... Fund ...";
 - sämtliche Vermögensverzeichnisse der Klägerinnen;
 - eine detaillierte Auflistung der den Klägerinnen belasteten Kosten und Gebühren;
 - eine detaillierte Auflistung sämtlicher Retrozessionen, welche die Beklagte für die zulasten der Klägerinnen getätigten Investitionen bezogen hat; sowie
 - einen ausführlichen Bericht zum Risikomanagement betreffend die Kundenbeziehungen der Klägerinnen, insbesondere unter Offenlegung der konkreten Margenerfordernisse für Optionsgeschäfte und der entsprechenden Berechnungsgrundlagen;
- alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich Mehrwertsteuer) zulasten der Beklagten."

Geändertes Rechtsbegehren:

(act. 41 S. 2 f.)

- "1. Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin 1 den Betrag von USD 2'033'711.50 zuzüglich 5 % Zins seit 9. November 2007 zu bezahlen;
2. es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin 1 einen nach Beendigung der Kontobeziehung zu quantifizierenden Betrag, mindestens aber USD 250'000, für bezahlte Schuldzinsen und Kreditkommissionen zu bezahlen;
3. es sei der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. 1 des Betreibungsamtes Zürich 1 (Zahlungsbefehl vom 1. November 2010) vollumfänglich, zumindest im Umfang der Gutheissung der Rechtsbegehren 1 und 2, aufzuheben;
4. es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin 2 den Betrag von USD 1'442'748.50 zuzüglich 5 % Zins seit 13. August 2008 zu bezahlen;
5. es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin 2 den Betrag von USD 254'293.87 für die von ihr zwischen dem 1. Oktober 2008 und dem 8. August 2012 erhobenen Schuldzinsen und Kreditkommissionen zu bezahlen;
6. es sei der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. 2 des Betreibungsamtes Zürich 1 (Zahlungsbefehl vom 1. November 2010)

vollumfänglich, zumindest im Umfang der Gutheissung der
Rechtsbegehren 4 und 5, aufzuheben;
alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten."

Inhaltsverzeichnis

| | | |
|-----------|---|-----------|
| A. | Sachverhaltsübersicht..... | 6 |
| a. | Parteien und ihre Stellung..... | 6 |
| b. | Prozessgegenstand | 6 |
| B. | Prozessverlauf | 8 |
| a. | Klageeinleitung | 8 |
| b. | Weitere Verfahrensschritte | 8 |
| 1. | Formelles | 9 |
| 1.1. | Anwendbares Prozessrecht..... | 9 |
| 1.2. | Zuständigkeit..... | 9 |
| 1.2.1. | Örtliche Zuständigkeit..... | 9 |
| 1.2.2. | Sachliche Zuständigkeit | 10 |
| 1.3. | Zu den Rechtsbegehren 2, 5 und 7 | 10 |
| 1.4. | Anwendbares materielles Recht | 12 |
| 2. | Aktivlegitimation der Klägerin 1 | 12 |
| 3. | Qualifikation des Vertragsverhältnisses | 14 |
| 3.1. | Unbestrittener Sachverhalt | 15 |
| 3.1.1. | Grundlagen; schriftliche Dokumentation..... | 15 |
| 3.1.2. | Relevante Konti- und Depotverbindungen | 16 |
| 3.1.3. | Zusammensetzung und Höhe der Depots zu Beginn der vertraglichen Beziehung und Ende Jahr 2007..... | 17 |
| 3.1.4. | Käufe und Verkäufe im Zeitraum von November 2007 bis Oktober 2008 | 17 |
| 3.2. | Streitpunkte | 18 |
| 3.2.1. | Klägerische Vorbringen | 18 |
| 3.2.2. | Beklagtische Vorbringen | 21 |
| 3.3. | Rechtliches | 24 |
| 3.4. | Würdigung | 27 |
| 3.5. | Fazit..... | 34 |
| 4. | Genehmigung | 34 |
| 4.1. | Vorbemerkung | 34 |
| 4.2. | Unbestrittener Sachverhalt | 35 |
| 4.3. | Parteivorbringen | 36 |
| 4.3.1. | Klägerische Vorbringen | 36 |
| 4.3.2. | Beklagtische Vorbringen | 38 |
| 4.4. | Rechtliches | 39 |
| 4.5. | Würdigung | 41 |
| 4.5.1. | Zur Zustellung | 41 |
| 4.5.2. | Zur Genehmigung in Bezug auf die Klägerin 1 im Speziellen..... | 42 |
| 4.5.3. | Zur Genehmigung in Bezug auf die Klägerin 2 im Speziellen..... | 45 |
| 4.6. | Fazit..... | 49 |
| 5. | Zusammenfassung | 49 |
| 6. | Kosten- und Entschädigungsfolgen | 49 |

Sachverhalt und Verfahren

A. Sachverhaltsübersicht

a. Parteien und ihre Stellung

Die Klägerin 1 ist eine auf den britischen Jungferninseln domizilierte Gesellschaft, deren Gesellschaftszweck die Gründung und Verwaltung von Trusts beinhaltet. Sie ist Trustee des E._____ Trusts. F._____ ist Settlor des E._____ Trusts und deren Begünstigter.

Die Klägerin 2 ist eine ebenfalls auf den britischen Jungferninseln inkorporierte Gesellschaft, deren Zweck das Halten von Vermögen umfasst (act. 1 Rz. 15). Einziger wirtschaftlicher Berechtigter am Gesellschaftsvermögen der Klägerin 2 ist F._____ (vgl. act. 3/11). Die Klägerin 2 gehört zur weltweit operierenden G._____ -Gruppe (act. 9 Rz. 115).

Bei der Beklagten handelte es sich ursprünglich um die H._____ AG, eine Aktiengesellschaft mit Sitz in I._____, deren Zweck der Betrieb einer Bank war, insbesondere für das Private Banking im In- und Ausland (act. 1 S. 13 Rz. 18; act. 3/5; act. 9 S. 10 Rz. 25). Aufgrund der Fusion der H._____ AG mit der C._____ AG wurde erstere vollständig in die Organisation der C._____ AG integriert. Deshalb ist nun die C._____ AG die Beklagte in diesem Verfahren. Bei ihr handelt es sich um eine Aktiengesellschaft mit Sitz in I._____, deren Zweck der Betrieb einer Bank ist.

b. Prozessgegenstand

Beide Klägerinnen sind Kundinnen bei der Beklagten und verfügen bei ihr über Konti und Wertschriftendepots (vgl. act. 3/6 und 3/7). Im Jahre 2008 erlitten die Klägerinnen aufgrund der getätigten Börsentransaktionen, insbesondere aufgrund von Optionsgeschäften, beträchtliche Verluste. Diese Verluste machen die Klägerinnen als Schaden gegenüber der Beklagten geltend. Sie behaupten, dass sie mit der Beklagten einen Vermögensverwaltungsvertrag eingegangen seien und

diese den Vertrag aufgrund der risikoreichen Transaktionen verletzt hätte; sie hätten lediglich eine konservative Anlagestrategie verfolgen und namentlich lediglich einen Grossteil des Vermögens in Festgeld oder in einen Geldmarktfonds investieren wollen. D._____, der für sie zuständige Kundenberater, habe selbständig und ohne Ermächtigung riskante Börsengeschäfte getätigt. Eventualiter stützen die Klägerinnen ihren Schadenersatzanspruch auf einen Anlageberatungsvertrag.

Die Beklagte beantragt Abweisung der Klage. Sie macht geltend, dass zwischen ihr und den Klägerinnen schriftlich vereinbart worden sei, dass sie lediglich Transaktionen im Auftrag der Klägerinnen ausführe. Demnach würden zwischen den Parteien einfache Konto- und Depotverträge, mithin betreffend die fraglichen Transaktionen ein sogenanntes "*execution only*"-Verhältnis, vorliegen. Vermögensverwaltungsverträge seien jedoch ausgeschlossen. Die Transaktionen seien von den Klägerinnen beziehungsweise deren Vertreter F._____ in Auftrag gegeben worden und von diesen gewollt gewesen. Zusätzlich habe die Beklagte die Klägerinnen beziehungsweise F._____ korrekt – sofern sie überhaupt eine diesbezügliche Pflicht treffe – über die Risiken im Effektenhandel aufgeklärt. Schliesslich hätten die Klägerinnen während längerer Zeit nicht gegen die angeblich weisungswidrigen Transaktionen opponiert, obwohl ihnen monatlich die Konto- und Depotauszüge zugestellt worden seien. Selbst wenn das Vertragsverhältnis als Anlageberatungsvertrag oder gar als Vermögensverwaltungsvertrag qualifiziert werden sollte, würde keine Pflichtverletzung durch die Beklagte vorliegen (act. 9 S. 48 ff., act. 46 Rz. 93 ff.). Schliesslich wären nicht von den Klägerinnen in Auftrag gegebene Transaktionen – sollte die Beklagte solche vorgenommen haben – ohnehin nachträglich durch diese genehmigt worden (act. 9 S. 51 ff.; act. 46 Rz. 8 ff.). Im Übrigen seien die geltend gemachten Ansprüche verjährt (act. 9 S. 7 f. und S. 43 ff.; act. 46 Rz. 115 ff.).

B. Prozessverlauf

a. Klageeinleitung

Mit Eingabe vom 9. Dezember 2010 (Datum Poststempel) machten die Klägerinnen die Klage anhängig (act. 1).

b. Weitere Verfahrensschritte

Die mit Verfügung vom 13. Dezember 2010 (Prot. S. 2 f.) in Anwendung von § 73 Ziff. 1 ZPO/ZH verlangten Prozesskautionen für die Gerichtskosten und die Prozessentschädigung leisteten die Klägerinnen fristgerecht (act. 6). In der Folge wurde mit Verfügung vom 21. Januar 2011 (Prot. S. 4 f.) das als prozessualen Antrag formulierte Editionsbegehren (act. 1 S. 4) der Klägerinnen abgewiesen und der Beklagten Frist zur Klageantwort angesetzt. Diese ging mit Eingabe vom 15. April 2011 ein (act. 9). Am 25. Mai 2011 wurden die Parteien zur Referentenaudienz und Vergleichsverhandlung am 16. September 2011 vorgeladen (act. 11), welche auf Antrag der Klägerinnen auf den 13. Dezember 2011 verschoben wurde (act. 13/1). Anlässlich derselben konnten die Parteien keine Einigung finden, kamen jedoch überein, aussergerichtliche Vergleichsgespräche zu führen (Prot. S. 7 ff.), welche indes ebenfalls scheiterten (Prot. S. 10).

Mit Verfügung vom 25. Januar 2012 (Prot. S. 11) wurde die schriftliche Fortsetzung des Verfahrens angeordnet und den Klägerinnen Frist zur Replik angesetzt. Mit Eingabe vom 15. Februar 2012 (act. 16; act. 17 S. 2 ff.) stellten die Klägerinnen ein Begehren betreffend Edition und Zeugeneinvernahme vor dem zweiten Schriftenwechsel und beantragten die Abnahme der Frist zur Einreichung der Replik bis zum betreffenden Entscheid. Mit Verfügung vom 17. Februar 2012 (Prot. S. 12) wurde den Klägerinnen die Frist zur Erstattung der Replik einstweilen abgenommen und der Beklagten Frist zu Stellungnahme zu den klägerischen Anträgen angesetzt. Diese erfolgte mit Eingabe vom 2. April 2012 (act. 21). Mit Eingabe vom 18. April 2012 (act. 23) erfolgte eine unaufgeforderte Stellungnahme der Klägerinnen, mit welcher sie ihre Begehren präzisierten. Die Beklagte nahm hierzu mit Eingabe vom 16. Mai 2012 (act. 27) ebenfalls unaufgefordert Stellung.

Die Klägerinnen reagierten wiederum unaufgefordert mit Eingabe vom 5. Juni 2012 (act. 29). Alle Eingaben wurden der jeweiligen Gegenseite zugestellt (Prot. S. 13 ff.). Mit Beschluss vom 27. Juli 2012 wurden die Anträge der Klägerinnen betreffend Edition und Zeugeneinvernahme abgewiesen (act. 31). Gegen diesen Beschluss haben die Klägerinnen am 12. September 2012 Beschwerde am Bundesgericht eingereicht (act. 33). Das Bundesgericht trat mit Urteil vom 7. Februar 2013 auf die Beschwerde nicht ein (act. 37).

Die den Klägerinnen mit Verfügung vom 17. Februar 2012 abgenommene Frist zur Einreichung der Replik wurde sodann mit Verfügung vom 12. März 2013 wieder aufgenommen und letztmals bis 7. Mai 2013 erstreckt (act. 39). Nach rechtzeitigem Eingang der Replik wurde schliesslich der Beklagten mit Verfügung vom 13. Mai 2013 Frist bis 5. Juni 2013 zur Erstattung der Duplik angesetzt. Nach mehrmals erstreckter Frist (Prot. S. 20) reichte die Beklagte die Duplik fristgerecht am 16. September 2013 (Poststempel) dem hiesigen Gericht ein (act. 46). Diese wurde den Klägerinnen mitsamt Beilagen zugestellt (act. 48). Den Parteien wurde die heutige Beratung mit Schreiben vom 10. September 2014 (act. 51) angezeigt.

Erwägungen

1. Formelles

1.1. Anwendbares Prozessrecht

Die Klage wurde am 9. Dezember 2010 (Poststempel) eingereicht, mithin vor Inkrafttreten der Schweizerischen Zivilprozessordnung. Nach Art. 404 Abs. 1 ZPO gelten für das vorliegende Verfahren somit die früheren Verfahrensbestimmungen des Kantons Zürich (ZPO/ZH und GVG/ZH).

1.2. Zuständigkeit

1.2.1. Örtliche Zuständigkeit

Nach Art. 404 Abs. 2 ZPO bestimmt sich die örtliche Zuständigkeit nach dem neuen Recht (ZPO), wobei jedoch eine bereits bestehende Zuständigkeit nach al-

tem Recht erhalten bleibt. Das revidierte Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (LugÜ, SR 0.275.12) trat per 1. Januar 2011 in Kraft. Gemäss Art. 63 Ziff. 1 LugÜ gilt für vor dem Inkrafttreten des revidierten LugÜ angehobene Klagen das bisherige LugÜ (aLugÜ).

Die örtliche Zuständigkeit stützt sich auf die in den die Bankbeziehung begründenden Unterlagen enthaltenen Gerichtsstandsklauseln (act. 3/6 Ziff. 8 und 3/7 Ziff. 14), mittels derer Zürich als Gerichtsstand prorogiert wurde (für die Klägerin 1: "*Zurich 2 is the place of execution and collection (...) and represents the exclusive place of jurisdiction for all proceedings.*"; für die Klägerin 2: "*The exclusive venue for any kind of legal proceedings is Zurich. (...).*"). Gegenstand der Klage sind Schadenersatzansprüche aus Vertragsverletzung. Dabei handelt es sich um eine Zivilsache im Sinne von Art. 1 aLugÜ.

Auch wenn das Vereinigte Königreich einen Vorbehalt in Bezug auf die britischen Jungferninseln angebracht hat, ist vorliegend das LugÜ anwendbar. So genügt es für die Anwendbarkeit von Art. 17 LugÜ, wenn nur die Beklagte ihren Sitz in einem Vertragsstaat hat (BSK-BERGER, Art. 23 LugÜ N 10). Die vereinbarten Gerichtsstandsklauseln genügen den Anforderungen von Art. 17 aLugÜ, wonach in örtlicher Hinsicht die Zuständigkeit der Zürcher Gerichte begründet wird.

1.2.2. Sachliche Zuständigkeit

Die Beklagte ist im Handelsregister eingetragen. Der vorliegende Streit bezieht sich auf das von der Beklagten betriebene Gewerbe. Der Streitwert beträgt mehr als CHF 30'000.--. Somit ist das Handelsgericht auch sachlich zuständig (§ 63 Abs. 1 i.V.m. § 62 GVG/ZH).

1.3. Zu den Rechtsbegehren 2, 5 und 7

Gemäss § 107 Abs. 1 ZPO/ZH besteht eine Folge der Rechtshängigkeit darin, dass eine Klageänderung nur noch gemäss § 61 ZPO/ZH sowie zur Verdeutlichung des Rechtsbegehrens, zum Nachbringen von Nebenpunkten und zur Berichtigung von Rechnungsirrtümern zulässig ist. Die Beschränkung des Rechts-

begehrens kommt einem teilweisen Klagerückzug gleich und ist jederzeit zulässig (RICHARD FRANK/HANS STRÄULI/GEORG MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997, § 107 N 7 m.w.H.). Ein weiterer Anspruch oder aber auch eine höhere Klagesumme als zunächst eingeklagt können geltend gemacht werden, sofern der Anspruch dem gleichen Rechtsverhältnis entstammt (RICHARD FRANK/HANS STRÄULI/GEORG MESSMER, a.a.O., § 61 N 5 f.).

a) Die Klägerin 1 verlangt zunächst mit ihrer Klageschrift in ihrem Rechtsbegehren 2 einen Betrag, welcher abhängig ist vom Urteilszeitpunkt. In ihrer Replik sodann fordert sie einen Betrag, welcher vom Zeitpunkt der Beendigung der (wohl heute auch) noch offenen Kontobeziehung abhängt bzw. einen Mindestbetrag. Dieser Mindestbetrag würde etwa demjenigen Betrag entsprechen, welcher bei einer Beendigung der Kontobeziehung per August 2005 anfallen würde. Dieses geänderte Rechtsbegehren ist zu unbestimmt und müsste grundsätzlich von der Klägerin 1 noch spezifiziert werden. Doch angesichts der Klageabweisung kann davon abgesehen werden. Bei heutigem Urteilszeitpunkt erweist sich das geänderte Rechtsbegehren (Mindestbetrag) als höher als das ursprüngliche, womit eine Klageänderung vorliegt.

b) Mit dem Rechtsbegehren 5 verlangt die Klägerin 2 in ihrer Klageschrift wie die Klägerin 1 einen vom Urteilszeitpunkt abhängigen Betrag. In ihrer Replik macht sie sodann aber einen genau bezifferten Betrag geltend. Mit heutigem Urteil würde der ursprünglich geltend gemachte Betrag kleiner ausfallen als der mit dem geänderten Rechtsbegehren 5 geforderte Betrag. Mit anderen Worten: Beim geänderten Rechtsbegehren handelt es sich um eine Klageänderung; die eingeklagte Klagesumme wurde erhöht.

c) In der Klageschrift stellten die Klägerinnen in ihrem Rechtsbegehren 7 zahlreiche Editionsbegehren, welche sie in act. 23 S. 2 ff. präzisierten. Mit Eingabe vom 15. Februar 2012 (act. 17) stellten die Klägerinnen alsdann ein weiteres Begehren betreffend Edition und Zeugeneinvernahme vor dem zweiten Schriftenwechsel. Mit Beschluss vom 27. Juli 2012 wurden ihre Anträge - soweit gestützt auf § 183 Abs. 1 ZPO/ZH - abgewiesen (act. 31). In E. 4.2 dieses Beschlusses wurde sodann ausgeführt, dass der Entscheid über den materiell-rechtlichen An-

spruch auf Auskunfts- und Herausgabepflicht gemäss Art. 400 Abs. 1 OR nach zweifachem Schriftenwechsel sowie allenfalls nach einem daran anschliessenden Beweisverfahren ergehen würde.

Da die Klägerinnen nun aber mit der Replik diese Editionsbegehren nicht mehr stellen, ziehen sie ihren ursprünglich noch geltend gemachten materiellen Anspruch auf Auskunfts- und Herausgabepflicht zurück. Es handelt sich dabei um einen Klagerückzug.

1.4. Anwendbares materielles Recht

Die zu Beginn der jeweiligen Bankbeziehung von den Parteien unterzeichneten Unterlagen zur Eröffnung der verschiedenen Konti und Wertschriftendepots enthalten je eine Rechtswahl zu Gunsten des Schweizer Rechts:

Für die Klägerin 1: *"All legal relations between the Client and the Bank are governed by Swiss law."* (act. 3/6 Ziff. 8)

Für die Klägerin 2: *"(...) All legal relations between the Client and the Bank are governed by Swiss law. (...)"* (act. 3/7 Ziff. 14)

Dies stellt eine gültige Rechtswahl im Sinne von Art. 116 Abs. 1 IPRG dar, weshalb auf die vorliegende Streitigkeit grundsätzlich Schweizer Recht anzuwenden ist.

2. Aktivlegitimation der Klägerin 1

a) Die Sachlegitimation (Aktiv- und Passivlegitimation) stellt keine Prozessvoraussetzung dar. Sie ist vielmehr eine Frage des materiellen Rechts. Aktiv- und Passivlegitimation als materielle Voraussetzungen des eingeklagten Anspruchs sind spätestens am Ende des Prozesses von Amtes wegen zu prüfen. Fehlt es an der Sachlegitimation, ist die Klage schon alleine aus diesem Grund abzuweisen, auch wenn die Sachlegitimation von keiner Seite bestritten wird (ZR 86/1987 Nr. 68; FRANK RICHARD/STRÄULI HANS/MESSMER GEORG, a.a.O., § 27/28 N 65 ff.). Die Aktivlegitimation ist die Berechtigung der klagenden Partei, das eingeklagte

Recht oder Rechtsverhältnis geltend zu machen. Diese fehlt, wenn der Anspruch der klagenden Partei nicht zusteht (KARL SPÜHLER/ANNETTE DOLGE/MYRIAM GEHRI, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 9. Aufl., Bern 2010, S. 108).

b) Die Klägerin 1 begründet ihre Legitimation zur Anhebung der Klage damit, dass sich die Klage auf den von ihr verwalteten E._____ Trust bezieht und dass entsprechend Art. 2 lit. b des Haager Übereinkommens über das auf Trusts anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung [HTÜ, SR 0.221.371] die Rechte in Bezug auf das Vermögen des Trusts auf den Namen des Trustee oder auf den Namen einer anderen Person in Vertretung des Trusts lauten. Die Klägerin 1 sei Trustee des E._____ Trusts (act. 1 S. 89; act. 41 Rz. 7 f.). Der Trustee sei Eigentümer des Trustvermögens, weshalb beispielsweise zum Trust gehörende Namenaktien oder Grundstücke auf den Namen des Trustees registriert würden. Als Trustee sei die Klägerin aktivlegitimiert (act. 41 Rz. 9). Entgegen der Ansicht der Beklagten könne diese mit befreiender Wirkung an die Klägerin 1 leisten. So beschlage die interne Zuordnung der Leistungen zum Sondervermögens des E._____ Trusts nur das interne Verhältnis sowie die Verantwortlichkeit des Trustees (act. 41 Rz. 10).

c) Die Beklagte bestreitet die Aktivlegitimation der Klägerin 1. Zur Begründung bringt sie im Wesentlichen vor, dass das Vermögen des Trusts ein vom Vermögen des Trustees getrenntes Sondervermögen darstelle und dass, wenn die Klägerin 1 Ansprüche des E._____ Trusts vor Gericht in ihrer Funktion als Trustee geltend mache, sie als solcher auftreten müsse, zumal die Prozessführungskompetenz des Trustees nicht an die Person, sondern an die Funktion als Trustee geknüpft sei. Gerade da die Klägerin 1 mutmasslich Trustee zahlloser Trusts sei, müsse sie Ansprüche für einen bestimmten von ihr verwalteten Trust in ihrer Funktion als Trustee genau dieses Trusts wahrnehmen. Der Klägerin 1 selbst stünden die Ansprüche des Trusts nicht zu, weshalb im Falle des Obsiegens der Klägerin 1 keine Gutsprache an diese erfolgen könne, sondern nur an den durch sie repräsentierten Trust (act. 9 S. 5 ff.).

d) Die Parteien sind sich zu Recht darüber einig, dass auf Trusts in internationalen Sachverhalten gemäss Art. 149c IPRG das Haager Übereinkommen über

das auf Trusts anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung [HTÜ, SR 0.221.371] anwendbar ist. Art. 2 Abs. 2 HTÜ hält fest, dass das Vermögen des Trusts ein vom Vermögen des Trustees getrenntes Sondervermögen darstellt (lit. a) und die Rechte in Bezug auf das Vermögen des Trusts auf den Namen des Trustees oder auf den Namen einer anderen Person in Vertretung des Trustees lauten (lit. b). In Art. 11 Abs. 2 HTÜ heisst es ferner, dass der Trustee in seiner Eigenschaft als Trustee klagen oder verklagt werden kann. Angesichts des Umstandes, dass es sich beim Vermögen des Trusts um ein vom Vermögen des Trustees strikte getrenntes Sondervermögen handelt, erscheint es naheliegend, dass die Prozessführungskompetenz des Trustees nicht an die Person, sondern lediglich an die Funktion anknüpft. Demgemäss enthält Art. 11 Abs. 3 HTÜ auch diverse Bestimmungen, die darauf ausgerichtet sind, das Vermögen des Trusts gegenüber dem Trustee klar abzugrenzen und zu schützen. Somit kann die Klägerin 1 (im Aussenverhältnis) in eigenem Namen klagen und entsprechend Prozesse führen (vgl. dazu auch PETER MAX GUTZWILLER, Schweizerisches Internationales Trustrecht, Kommentar, Basel 2007, N 11-16 f.). Da dies jedoch funktionsmässig als Trustee des E._____ Trusts geschieht, ist die Klägerin 1 (im Innenverhältnis) aber selbstverständlich verpflichtet, allfällige Zahlungen aus diesem Verfahren dem Trust zukommen zu lassen und (unter Beachtung von Art. 11 Abs. 3 lit. d HTÜ) Vermischungen (zwischen ihrem eigenen Vermögen und demjenigen des Trusts) vollständig zu verhindern.

Zusammenfassend ist vorliegend die Aktivlegitimation der Klägerin 1 zu bejahen, und zwar unabhängig davon, ob die Klägerin 1 auch noch bezüglich weiterer Trusts Trustee ist.

3. Qualifikation des Vertragsverhältnisses

Die Klägerinnen machen Schadenersatz aus Vertragsverletzung geltend. Zunächst ist zu prüfen, wie das Vertragsverhältnis zwischen den Parteien rechtlich zu qualifizieren ist. Die Parteien sind sich diesbezüglich uneinig. Während sich die Klägerinnen auf den Standpunkt stellen, dass ein Vermögensverwaltungsvertrag, eventualiter ein Anlageberatungsvertrag, vorliege (act. 1 Rz. 282 ff., 289), argu-

mentiert die Beklagte, dass es sich um eine reine Konto-/Depotbeziehung (*execution-only*) handle (act. 9 Rz. 156 ff.).

3.1. Unbestrittener Sachverhalt

3.1.1. Grundlagen; schriftliche Dokumentation

Die Klägerin 1 als Trustee des E._____ Trusts eröffnete bei der Beklagten im Februar 2006 ein Konto sowie ein Wertschriftendepot in der Referenzwährung USD. Die G._____ SA in K._____ ("G._____") wurde als Zustelladresse bezeichnet; die Zustellung der Konto- und Depotauszüge wurde auf jedes Monatsende vereinbart (act. 3/6 Ziff. 1.4.1; act. 3/16 S. 2). Ein schriftlicher Vermögensverwaltungsauftrag wurde nicht abgeschlossen. Die von der Beklagten zu erbringende Leistung wurde mit "*Custody & Execution Services*" bezeichnet (act. 3/17 S. 1), bei der Anlagestrategie "*no strategy*" angekreuzt (act. 3/17 S. 1) und die voraussichtliche Anlageaktivität mit "mittel" eingestuft (act. 3/17 S. 4). Am 12. April 2007 wurde für die Klägerin 1 ein weiteres Wertschriftendepot eingerichtet ("Subportfolio", act. 10/2). Auch bezüglich dieses Depots wurde als Zustelladresse für die Bankkorrespondenz die G._____ und die monatliche Zustellung der Konto- und Wertschriftenauszüge vereinbart (act. 10/2 S. 2).

Die Klägerin 2 begann ihre Bankbeziehung mit der Beklagten im Mai 2008 (act. 3/7). Die Parteien vereinbarten, dass die Korrespondenz banklagernd erfolgen sollte (act. 3/7 Ziff. 7.2). Ein schriftlicher Vermögensverwaltungsauftrag wurde ebenfalls nicht abgeschlossen (act. 1 Rz. 40).

Sodann ermächtigten die beiden Klägerinnen die Beklagte, per Telefon oder Telefax erteilte Aufträge anzunehmen (act. 3/16; act. 3/22). Als Bevollmächtigter für die Klägerin 1 wurde F._____ eingesetzt (act. 3/18) und dieser wurde dadurch berechtigt, für die Klägerin 1 selbständig Anlageentscheide zu treffen. Gewisse Handlungen waren jedoch von dieser Vollmacht nicht gedeckt, wie z.B. Geschäfte mit Optionen oder Futures (act. 3/18 S. 2). F._____ wurde mit einer Generalvollmacht der Klägerin 2 (act. 3/21) als einzelzeichnungsberechtigter Vertreter der

Klägerin 2 eingesetzt. Er war berechtigt, über die Anlagestrategie der Klägerin 2 zu entscheiden.

Mit einer weiteren Vollmacht erteilten die Klägerinnen jeweils F._____ die Berechtigung, per Internet Zugang zu ihren Konti und Depots zu haben (act. 3/19; act. 3/23). Zudem unterzeichneten die Klägerinnen und die Beklagte je ein "*Agreement Regarding Option and Forward Transactions*", wonach sich die Beklagte unter anderem verpflichtete, den Klägerinnen jede Transaktion schriftlich anzuzeigen (act. 3/20 Ziff. 3; act. 3/25). Mit der Unterzeichnung dieses Agreements bestätigten die Klägerinnen, dass sie über die Mechanismen und Risiken in Bezug auf Options- und Forward-Geschäfte Bescheid wüssten und dass sie eine Kopie der Broschüre "*Special Risks in Securities Trading*" erhalten hätten und deren Inhalt akzeptierten.

Am 25. September 2008 schliesslich unterzeichneten die Klägerin 2 und F._____ jeweils eine Verpfändungserklärung für die Verbindlichkeiten der Klägerin 1 gegenüber der Beklagten (*General deed of pledge*) (act. 3/141 und 142).

Der auf Seite der Beklagten für die Betreuung der klägerischen Bankbeziehungen zuständige Kundenbetreuer war bis 2008 D._____. Dieser war seitens der Beklagten zuständig, die Börsentransaktionen auf Rechnung der Klägerinnen zu veranlassen.

Ab Januar 2008 ergaben sich aufgrund der getätigten Börsentransaktionen beträchtliche Verluste auf den Konti und Depots der Klägerinnen.

3.1.2. Relevante Konti- und Depotverbindungen

Für das vorliegende Verfahren sind zwei Konti und zwei Depots der Klägerin 1 relevant: Depot Nr. 3 ("Hauptportfolio"), verknüpft mit Konto-Nr. 4 (USD-Konto; "Hauptkonto") und Depot-Nr. 5 ("Subportfolio"), verknüpft mit Konto-Nr. 6 (USD-Konto; "Subkonto").

In Bezug auf die Klägerin 2 sind fünf Konti und ein Depot für das vorliegende Verfahren relevant: Konto-Nr. 7 und Nr. 8 (je CHF-Konto); Konto-Nr. 9 (EUR-Konto); Konto-Nr. 10 und Nr. 11 (beide USD-Konti) sowie Depot-Nr. 12.

3.1.3. Zusammensetzung und Höhe der Depots zu Beginn der vertraglichen Beziehung und Ende Jahr 2007

Am 31. Oktober 2007 waren die Vermögenswerte (USD 1'180'650.--) im Hauptportfolio der Klägerin 1 zu 57.2% in Festgeld, zu 33.04% in alternative Anlagen und zu 9.76% in Aktien investiert (act. 3/29). Dieses Depot setzte sich per 31. Dezember 2007 aus 53.72% Festgeld, 37.19% alternativen Anlagen, 9.02% Aktien und aus 0.07% liquiden Mitteln zusammen (act. 3/30). Die Höhe des Depots betrug zu diesem Zeitpunkt USD 1'057'330.--.

Im Subportfolio befanden sich per 31. Oktober 2007 Vermögenswerte in Höhe von USD 186'446.-- (89.31% Aktien, 5.51% Festgeld, 4.64% Optionen und 0.54% liquide Mittel) (act. 3/31). Per 31. Dezember 2007 setzte sich das Depot aus 36.48% Aktien, 34.71% Optionen, 29.27% Festgeld und 1.06% liquiden Mitteln zusammen (act. 3/32). Die Höhe des Depots betrug zu diesem Zeitpunkt USD 229'889.--.

Die Vermögenswerte der Klägerin 2 waren per 23. Juli 2008 fast ausschliesslich in Festgeld investiert und betrugen USD 2'477'487.-- (act. 3/33).

3.1.4. Käufe und Verkäufe im Zeitraum von November 2007 bis Oktober 2008

Die Klägerinnen listen in ihrer Klageschrift Transaktionen auf, die im Zeitraum von November 2007 bis Oktober 2008 auf ihren Konti und Depots getätigt wurden (act. 1 Rz. 92-239). Die Beklagte bestreitet diese Transaktionen (Höhe, Daten etc.) als solche nicht, macht aber geltend, dass die Transaktionen auf Anweisung der Klägerinnen bzw. deren Vertreter vorgenommen worden seien (act. 9 Rz. 51).

3.2. Streitpunkte

3.2.1. Klägerische Vorbringen

Die Klägerinnen bringen zur Begründung ihres behaupteten Schadenersatzanspruchs im Wesentlichen vor, dass sie mit der Beklagten zwar keinen schriftlichen Vermögensverwaltungsvertrag abgeschlossen hätten, sich jedoch aus der Tätigkeit von D._____ ergäbe, dass zwischen den Parteien Vermögensverwaltungsverträge vorliegen würden. Sie machen einerseits geltend, dass zwischen F._____ und D._____ eine Vertrauensbeziehung bestanden habe (act. 1 Rz. 62). Andererseits behaupten sie, dass es gelegentliche Treffen und sporadische Kontakte per Telefon zwischen F._____ und D._____ gegeben habe (act. 1 Rz. 19, 63, 282). Bei diesen Gelegenheiten habe man lediglich über die Anlagestrategie und die Gesamtentwicklung der Portfolios gesprochen. Konkrete Anlagemöglichkeiten seien bei diesen Kontakten genauso wenig diskutiert wie konkrete Anlageaufträge erteilt worden. Vielmehr habe D._____ die Depots selbständig verwaltet und die Transaktionen nach eigenem Gutdünken ohne vorgängige Rücksprache mit den Klägerinnen oder nachträgliche Genehmigung durch diese getätigt, mit Ausnahme des Subportfolios der Klägerin 1 (act. 1 Rz. 282).

Die Klägerinnen machen weiter geltend, dass mündlich eine konservative Anlagestrategie vereinbart worden sei. Zu einer solchen Anlagestrategie würden nur sichere Anlagen wie Festgeld, Geldmarktfonds oder Obligationen gehören. In Aktien, strukturierte Produkte oder Derivate hätte nur im Subportfolio der Klägerin 1 investiert werden dürfen, doch nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen: a) gesamthaft max. USD 400'000.-- ohne vorgängige Zustimmung von F._____ investieren; b) max. USD 50'000.-- in dieselbe Anlage investieren und c) Genehmigung durch F._____ innerhalb von 48 Stunden seit Durchführung (act. 1 Rz. 56 ff.). In diesem Umfang hätte D._____ selbständig investieren dürfen. Somit hätten für die Klägerin 1 gestützt auf den Vermögensstand Ende Oktober 2007 USD 400'000.-- in riskantere Anlagen und USD 800'000.-- in konservative Anlagen investiert werden dürfen (act. 41 Rz. 280). Das Vermögen der Klägerin 2 sei per 23. Juli 2008 zu fast 90% in Festgeld investiert gewesen. Auch dieses Vermögen hätte nur konservativ verwaltet werden dürfen (act. 1 Rz. 324).

In Bezug auf Hedge-Funds und Funds of Funds behaupten die Klägerinnen, dass diese im damaligen Zeitpunkt (Ende Oktober 2007) relativ sichere alternative Anlagen gewesen seien (act. 1 Rz. 50). Auf eine aggressive Anlagestrategie könne nicht geschlossen werden, nur weil die von der Klägerin 1 gehaltenen L._____-Anlagen bzw. L._____-nahe-Anlagen heute wertlos bzw. fast wertlos seien. Maßgebend für die Beurteilung der Anlagequalität seien die Markterwartungen im Zeitpunkt der Investition und nicht die rückblickende Entwicklung (act. 41 Rz. 281).

Die Klägerinnen behaupten zudem, dass D._____- im Jahre 2008 begonnen habe, entgegen den Vereinbarungen und ohne ihre Zustimmung Transaktionen mit erheblichem Risikopotential vorzunehmen, mithin sei die Vermögensverwaltung in unsorgfältiger und weisungswidriger Weise ausgeführt worden. Insbesondere habe D._____- Optionsgeschäfte, Investitionen in strukturierte Produkte und andere nicht bankübliche Anlageinstrumente getätigt. Durch dieses weisungswidrige, eigenmächtige Handeln seien den Klägerinnen massive Verluste entstanden, für welche die Beklagte einzustehen habe (act. 1 S. 13 ff., S. 27 ff. und S. 91 ff.). Selbst wenn nur von einem Anlageberatungsvertrag ausgegangen würde, hätte die Beklagte mit ihrem Handeln ihre Kompetenzen und Sorgfaltspflichten verletzt, weswegen sie zu Schadenersatz verpflichtet wäre (act. 1 S. 98).

Weiter bringen die Klägerinnen vor, dass D._____- nicht nur für sie, sondern auch für andere geschädigte Kunden, und zwar zeitgleich und identisch, eigenmächtig bzw. jeweils ohne entsprechenden Auftrag gehandelt habe (act. 41 Rz. 15 ff., 23). Die Klägerinnen führen in ihrer Replik zahlreiche angeblich identische Transaktionen auf, die D._____- am gleichen Tag für mehrere Kunden der Beklagten veranlasst haben soll (act. 41 Rz. 33 ff.). Dies zeige, dass ein Vermögensverwaltungsvertrag vorliege (act. 41 Rz. 23).

Die Klägerinnen bestreiten, dass sie über Mechanismen und Risiken betreffend Optionsgeschäfte Bescheid wüssten bzw. durch die Beklagte aufgeklärt worden seien, auch wenn sie die entsprechende Erklärung unterzeichnet hätten (act. 1 Rz. 62, act. 3/20 und 3/25). Im Allgemeinen machen sie in Bezug auf die Abklärung ihrer Risikofähigkeit und Risikobereitschaft geltend, dass F._____- als Vertre-

ter der Klägerinnen die ihm vorgelegten Unterlagen (so etwa *Agreement Regarding Option and Forward Transactions* und *General Deed of Pledge*) lediglich unterzeichnet, aber nicht gelesen habe; erläutert worden seien sie ihm auch nicht (act. 1 Rz. 62, 228, act. 41 Rz. 368). Es entspreche der allgemeinen Lebenserfahrung, dass jemand die ihm von einer Vertrauensperson (wie vorliegend D._____ dies für F._____ gewesen sei) vorgelegten, standardisierten Bankdokumente unbesehen unterzeichne (act. 41 Rz. 368).

Weiter bestreiten die Klägerinnen in der Replik, dass sie die Transaktionen für die zahlreichen Optionsgeschäfte in Auftrag gegeben haben sollen (act. 41 Rz. 47, 53, 77, 98, 112, 128, 163, 176, 188, 234). Auch bestreiten sie den Inhalt und die Authentizität der von der Beklagten vorgelegten internen E-Mails und Dokumente im Zusammenhang mit der internen Verarbeitung der von D._____ angeblich erteilten Transaktionsaufträge (act. 41 Rz. 220 ff.).

Ausserdem führen die Klägerinnen aus, dass D._____ die Transaktionskosten für die einzelnen Börsengeschäfte nach eigenem Ermessen festgelegt habe. Er habe entweder einen Pauschal-, einen Stückpreis oder einen bestimmten Prozentsatz der Transaktionssumme für einzelne Transaktionen oder auch gar keine Kosten berechnet (act. 41 Rz. 213). Dies, insbesondere die Pauschalpreise (*flat fees*), würde belegen, dass sie in den Genuss von Sonderkonditionen gekommen seien, was typisch sei für das Vorliegen eines Vermögensverwaltungsmandats (act. 41 Rz. 215, 254, 273). Die Klägerinnen und F._____ hätten zudem Depotgebühren in Höhe von USD 18'967.15 allein auf den USD-Konten zwischen dem 1. Oktober 2007 und dem 31. Dezember 2008 bezahlt, wobei die Bezeichnung dieser Kosten in den eingereichten Unterlagen mit "*custodian and execution service*" das Vorliegen eines Vermögensverwaltungsvertrags nicht ausschliessen würde (act. 41 Rz. 267). Sie rechtfertigen den Einbezug der Depotgebühren von F._____ in ihre Rechnung damit, dass D._____ die gemeinsame Verwaltung der Anlagen von F._____ und den Klägerinnen übernommen habe (act. 41 Rz. 268). Ihre eigenen Depotgebühren für den relevanten Zeitraum beziffern sie auf insgesamt USD 13'482.04 (act. 41 Rz. 267).

In Bezug auf das Schreiben ihres früheren Rechtsvertreters, RA X3._____, an die Beklagte machen die Klägerinnen geltend, dass die Beklagte daraus nichts zu ihren Gunsten ableiten könne. RA X3._____ habe lediglich nach Zustellung und Einsicht in die Bankunterlagen festgestellt, dass kein [schriftlicher] Vermögensverwaltungsvertrag erteilt worden sei. Eine falsche rechtliche Würdigung könne nicht als Sachverhaltsanerkennung ausgelegt werden (act. 41 Rz. 258).

Die Klägerinnen behaupten schliesslich, dass D._____ weit umfassendere Befugnisse gehabt habe, als die Beklagte bereit sei zuzugeben (Veranlassung von Börsenaufträgen, Festlegung von Transaktionsgebühren, persönlicher Zugriff auf Konti und Depots der Klägerin 2) (act. 41 Rz. 261). Es habe eine Anscheinsvollmacht vorgelegen; eine Duldungsvollmacht ohnehin (act. 41 Rz. 263). Die Klägerinnen hätten davon ausgehen dürfen, dass D._____ zum Abschluss eines Vermögensverwaltungsvertrags ermächtigt gewesen wäre (act. 41 Rz. 264).

Eventualiter behaupten die Klägerinnen, dass ein Anlageberatungsvertrag abgeschlossen worden sei (act. 1 Rz. 289 und 308 ff.).

3.2.2. Beklagtische Vorbringen

Die Beklagte bestreitet, dass ein (konkludenter) Vermögensverwaltungsvertrag abgeschlossen worden sei (act. 9 Rz. 62 ff., 304, 307). Aus den schriftlichen Unterlagen ergebe sich, dass die Parteien ein "*execution only*"-Verhältnis vereinbart hätten (act. 9 Rz. 156). Auch gehe jedem Vermögensverwaltungsvertrag bekanntlich eine sorgfältige und umfassende Prüfung und Profilerfassung durch spezialisierte Abteilungen der Bank voraus. Aus diesem Grund würden in der Praxis Vermögensverwaltungsverträge stets schriftlich abgeschlossen. Doch dies alles sei vorliegend nicht erfolgt (act. 9 Rz. 179; act. 46 Rz. 65 f.).

Nur wenn F._____ einen entsprechenden Auftrag erteilt habe, habe die Beklagte für die Klägerinnen eine Transaktion vorgenommen (act. 9 Rz. 50 f., 157). D._____ habe nur mit Zustimmung der Klägerinnen Transaktionen tätigen dürfen (act. 9 Rz. 57). Auch wenn D._____ das Portfolio mit F._____ besprochen und ihn

bei der Entscheidungsfindung unterstützt haben sollte, würde dies nichts an der rechtlichen Qualifikation des Vertrages ändern (act. 9 Rz. 157).

Auch wenn es drei Kunden der Beklagten geben würde, die zum Teil identische oder ähnliche Transaktionen wie die Klägerin 1 vorgenommen haben sollten, bedeute dies nicht, dass ein Vermögensverwaltungsvertrag vorliege (act. 46 Rz. 34). Es würde aber auch nicht erstaunen, wenn andere Kunden teilweise identische oder ähnliche Transaktionen vorgenommen hätten. So sei es bei *execution only*-Kunden im klassischen Private Banking üblich, dass ein Kundenberater mit den Kunden in regelmässigem Kontakt stehe und dieser seinen Kunden dieselben Anlagemöglichkeiten aufzeige (act. 46 Rz. 36). So fänden gewisse Kunden Anlagemöglichkeiten attraktiv und würden Aufträge erteilen, andere nicht. Dies erkläre auch, weshalb zwischen den Transaktionen der Klägerin 1 und den drei anderen angeblichen Bankkunden kein Muster auszumachen sei (act. 46 Rz. 38).

Die Beklagte macht weiter geltend, dass die Klägerinnen selbst der Auffassung gewesen seien, dass nur eine *execution only*-Beziehung vorgelegen und kein Vermögensverwaltungsvertrag bestanden habe (act. 9 Rz. 55 ff.). Diesbezüglich zitiert sie den früheren Vertreter der Klägerinnen, RA X3._____, welcher schreiben würde, dass "ein Vermögensverwaltungsauftrag hingegen ganz bewusst nicht erteilt" worden wäre (act. 9 Rz. 56, 160; act. 10/4; act. 46 Rz. 55).

Weiter widerspricht die Beklagte den Klägerinnen insofern, als sie keinen Vertrauenstatbestand geschaffen habe, gestützt auf den diese hätten annehmen dürfen, D.____ sei zum Abschluss von Vermögensverwaltungsverträgen bevollmächtigt. D.____ sei nicht im Handelsregister eingetragen gewesen und habe somit für die Beklagte nicht rechtsgültig unterzeichnen können. Verträge mit den Klägerinnen seien zudem immer seitens der Beklagten von zwei Personen unterschrieben worden (act. 9 Rz. 62 f.; act. 46 Rz. 58). Auch intern sei D.____ nicht bevollmächtigt gewesen, Vermögensverwaltungsverträge für die Beklagte abzuschliessen (act. 9 Rz. 66). Zudem macht sie sinngemäss geltend, dass trotz regelmässigen Telefongesprächen kein besonderes Vertrauensverhältnis bestanden habe (act. 9 Rz. 314). Keine Bank gehe leichthin einen Vermögensverwaltungsvertrag ein (act. 46 Rz. 59). Dies entspreche der allgemeinen Lebenserfah-

zung. Gestützt auf den Titel von D._____ könne nicht geschlossen werden, dass dieser einzelzeichnungsberechtigt gewesen sei. Die Klägerin 1 wisse bestens, dass der Titel "*Senior Vice President*" oder "*Director*" keinesfalls berechtigten würde, alleine einen Vermögensverwaltungsvertrag abzuschliessen (act. 46 Rz. 60). Auch ein von F._____ gegenüber D._____ eingeräumter persönlicher Inter- netzugriff auf das Konto und Wertschriftendepot der Klägerin 2 bedeute nicht, dass D._____ einzelzeichnungsberechtigt sei (act. 46 Rz. 62). Eine Anscheins- und/oder Duldungsvollmacht habe nicht vorgelegen. Die Klägerinnen könnten auf kein einziges Verhalten der Beklagten verweisen, dass das Bestehen einer sol- chen Vollmacht beweisen könne (act. 46 Rz. 63 f.).

Zudem bringt die Beklagte vor, dass die Klägerinnen riskante Geschäfte hätten tä- tigen und nicht eine konservative Anlagestrategie verfolgen wollen. So hätten die Klägerin 2 und F._____ auch die Verpfändungserklärung unterzeichnet. Dies be- weise, dass die Klägerin 2 und F._____ ermöglichen wollten, dass die Klägerin 1 weiterhin Optionsgeschäfte habe tätigen können (act. 9 Rz. 61).

Schliesslich liege auch kein Vermögensverwaltungsvertrag vor, weil keine Ver- mögensverwaltungsgebühren erhoben worden seien. Unentgeltliche Vermögens- verwaltungsverträge würde es nicht geben (act. 9 Rz. 71; act. 46 Rz. 73). Die De- potgebühren der Klägerinnen seien im relevanten Zeitraum viel zu tief gewesen, als dass diese ein Argument für das Vorliegen eines Vermögensverwaltungsver- trages sein könnten. So hätten denn die Klägerinnen auch noch zu ihren Depot- gebühren diejenigen von F._____ hinzugezählt, um die Zahlung etwas aufzupolie- ren (act. 46 Rz. 69 f.). Die Klägerin 1 habe für Q4 2007 bis Q4 2008 USD 8'376.30 an *execution and custodian* Gebühren, inkl. Courtagen, bezahlt (act. 46 Rz. 71, act. 3/37 und 38) und die Klägerin 2 USD 5'105.74 für die Zeit- spanne von Q3 bis Q4 2008 (act. 46 Rz. 71; act. 3/27). Wenn man nun von einer üblichen Gebühr für Vermögensverwaltungsverträge von 1-2% des verwalteten Vermögens ausgehe - wobei zu dieser Gebühr noch die Depotgebühren und die Courtagen hinzukommen würden -, und vom Vermögen der Klägerin 1, dann wäre eine Vermögensverwaltungsgebühr von USD 10'000.-- bis 20'000.-- üblich gewe- sen, zuzüglich Depotgebühren und Courtagen. Doch die Klägerin 1 habe lediglich

USD 8'517.79 bezahlen müssen. Dies zeige, dass kein Vermögensverwaltungsvertrag vorliege (act. 46 Rz. 72 f.).

Den Eventualstandpunkt der Klägerinnen, dass ein Anlageberatungsvertrag vorliege, bestreitet die Beklagte. So sei nicht einmal behauptet worden, dass die Beklagte verpflichtet gewesen sei, auf regelmässiger Basis Anlageempfehlungen zu unterbreiten. Eine solche Pflicht habe denn auch nicht bestanden (act. 9 Rz. 174). Auch sei D. _____ intern nicht ermächtigt gewesen, alleine einen Anlageberatungsvertrag abzuschliessen. Zudem hätten die Klägerinnen nicht annehmen dürfen, dass für einen Anlageberatungsvertrag keine Gebühr verlangt werden dürfe (act. 9 Rz. 174).

3.3. Rechtliches

a) Wer bei einer Bank ein Konto eröffnet, Gelder darauf überträgt und Anlagen sowie Investitionen tätigt, knüpft mit dieser Bank eine komplexe vertragliche Beziehung, in der Regel bestehend aus den charakteristischen Elementen eines Kontokorrents, eines irregulären Depots, eines Auftrags und einer Kommission (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4C.387/2000 vom 15. März 2001 E. 2a; Urteil des Bundesgerichts 4A_90/2011 vom 22. Juni 2011 E. 2.2.1; P. CHRISTOPH GUTZWILLER, Rechtsfragen der Vermögensverwaltung, Zürich 2008, S. 11). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung wird im Hinblick auf Vermögensanlagen grundsätzlich zwischen drei verschiedenen juristischen Konstruktionen differenziert: die einfache Konto-/Depotbeziehung mit Kundenauftrag (sog. "*execution only*"-Beziehung), die Anlageberatung und die Vermögensverwaltung (BGE 133 III 97 E. 7.1; siehe auch THOMAS GROSS, Fehlerhafte Vermögensverwaltung - Klage des Anlegers auf Schadenersatz, in: AJP 2006 S. 162). Entsprechend unterschiedlich sind die jeweils daraus resultierenden Pflichten.

aa) Vermögensverwaltung bedeutet die Einräumung von Verfügungsmacht über Vermögenswerte an eine Person oder Gesellschaft (Bank, Vermögensverwalter etc.), deren besondere Kenntnisse und Ressourcen der Eigentümer nutzen will, um damit bestimmte persönliche Anlageziele zu erreichen. Die Bank muss

sodann das Vermögen dauernd überwachen und trifft die geeignet erscheinenden Anlageentscheide und führt diese aus (GUTZWILLER, a.a.O., S. 23, 27).

Zum Kerngehalt eines Vermögensverwaltungsauftrags gehört insbesondere auch die Festlegung des Anlegerprofils, der Anlagestrategie und der Anlageziele, die erreicht werden sollen (URS EMCH/HUGO RENZ/RETO ARPAGAU, Das Schweizerische Bankgeschäft, 7. Aufl., Zürich 2011, N 1683). Für ihre Dienstleistung verlangt die Bank ein Entgelt. In der Regel wird dieses auf dem Volumen des verwalteten Vermögens berechnet; zudem sind auch die Depotgebühren und grundsätzlich ebenfalls die Courtagen geschuldet (EMCH/RENTZ/ARPAGAU, a.a.O., N 1685 f.).

bb) Bei der Anlageberatung wirkt die Bank ebenfalls bei der Planung einer Investition oder der Umdisposition von Vermögenswerten mit, jedoch unterbreitet die Bank als Anlageberaterin dem Kunden lediglich Anlagevorschläge, während der Anlageentscheid letztlich durch den Kunden selbst erfolgt. Die Nicht-Delegation der Entscheidungsbefugnis an die Bank ist denn auch ein wesentliches Abgrenzungsmerkmal zur Vermögensverwaltung (Urteil des Handelsgerichts HG110039 vom 14. April 2014 E. 3; Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 27. Juni 2006 E. 2 [ZR 2007 Nr. 1]; GUTZWILLER, a.a.O., S. 27). Zudem fehlt bei der Anlageberatung grundsätzlich eine umfassende Überwachungspflicht über die Vermögenswerte des Kunden. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung liegt ein konkludenter Anlageberatungsvertrag dann vor, "wenn sich wegen einer andauernden Geschäftsbeziehung 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" (BGE 133 III 97 E. 7.2. S. 103). Ein Beratungsverhältnis kann nach dem Willen der Parteien auf Dauer angelegt sein oder es kann auf punktueller Beratung beruhen. Weiter ist zu unterscheiden, ob die Beratung nur auf Anfrage des Kunden erfolgt oder ob der Berater verpflichtet ist, von sich aus Ratschläge zu erteilen (GUTZWILLER, a.a.O., S. 28). Neben der Abgabe von Anlageempfehlungen an den Kunden umfasst die Anlageberatung unter anderem auch die Abklärung

der Vermögensverhältnisse, der Risikofähigkeit sowie der Zielsetzungen des Kunden.

cc) Sofern vom Kunden keine Dienstleistungen seitens der Bank betreffend Vermögensverwaltung oder Anlageberatung in Anspruch genommen werden, beschränkt sich die Kundenbeziehung auf die blosse Konto- bzw. Depotführung. In gleicher Weise wie bei der Anlageberatung werden die Anlageentscheide auch beim Vorliegen dieser Vertragsbeziehung vom Kunden getroffen, jedoch erfolgt keine Beratungsdienstleistung seitens der Bank, sondern dieser wird lediglich ein Anlageauftrag erteilt ("*execution only*") (GROSS, a.a.O., S. 162).

c)aa) Der Inhalt eines Vertrags bestimmt sich in erster Linie nach dem übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien (sog. subjektive oder empirische Auslegung). Kann eine tatsächliche Willensübereinstimmung nicht festgestellt werden, ist auf den durch objektivierte Auslegung ermittelten mutmasslichen Parteiwillen abzustellen. Als Vertragswille ist hierbei anzusehen, was vernünftig und redlich handelnde Parteien unter den gegebenen Umständen durch die Verwendung der auszulegenden Worte oder ihr sonstiges Verhalten ausgedrückt und folglich gewollt haben würden. Die Parteierklärungen sind so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie nach den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten (PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID/SUSAN EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht, 9. Aufl., Zürich 2008, N 1200 f.). Behauptet eine Partei das Vorliegen eines vom objektiven Auslegungsergebnis abweichenden tatsächlichen Vertragswillens, trägt sie hierfür die Beweislast (BGE 121 III 118 E. 4.b.aa.; ZK-JÄGGI/GAUCH, Art. 18 OR N 33 und 42).

Vorliegend hätten demnach die Klägerinnen das Vorliegen eines von ihnen behaupteten Vermögensverwaltungsvertrages zu beweisen, sofern die objektive Auslegung zu einem anderen Ergebnis führen sollte (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4C.18/2001 vom 25. Oktober 2001 E. 2).

bb) Das primäre Auslegungsmittel bildet der Wortlaut der von den Parteien abgegebenen Erklärungen beziehungsweise des Vertragstextes. Eine eigentliche

Hierarchie der Auslegungsmittel besteht zwar nicht, jedoch kommt dem Wortlaut im Verhältnis zu den übrigen Auslegungsmitteln ein Vorrang zu, wenn letztere keinen sicheren Schluss auf einen anderen Sinn erlauben (PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID/SUSAN EMMENEGGER, a.a.O., N 1220; ZK-JÄGGI/GAUCH, Art. 18 OR N 369; BSK OR IWIEGAND, Art. 18 N 18). Insoweit wird also vermutet, dass der Wortlaut einer Vertragsurkunde den Willen der Parteien richtig wiedergibt (BK-KRAMER, Art. 18 OR N 13 und 102).

d) Unbestritten ist, dass zwischen den Klägerinnen 1 und 2 und der Beklagten keine schriftlichen Vermögensverwaltungsverträge bestehen (act. 1 Rz. 34, 40 und act. 9 Rz. 68 ff.). Ein Vermögensverwaltungsauftrag kann grundsätzlich auch mündlich erteilt werden, da das Gesetz hierfür keine besondere Form vorschreibt (Art. 11 Abs. 1 OR). Angesichts der Wichtigkeit solcher Vereinbarungen werden jedoch solche Verträge in der Praxis regelmässig schriftlich abgefasst (GUTZWILLER, a.a.O., S. 77; MATTHIAS KUSTER, Zum Schriftformerfordernis des Vermögensverwaltungsvertrages, in: AJP 2010, S. 900). Es entspricht denn auch der Usanz im Bankgeschäft und wird seit jeher in den einschlägigen Richtlinien für Vermögensverwaltungsaufträge der Schweizerischen Bankiervereinigung vorgeschrieben, dass der Vermögensverwaltungsauftrag in schriftlicher Form nach dem von der Bank festgelegten Text erteilt und vom Kunden unterzeichnet wird (Ziffer 2 SwissBanking, Richtlinien für Vermögensverwaltungsaufträge, 2010; Artikel 2 SwissBanking, Richtlinien für Vermögensverwaltungsaufträge, 2013).

In der Literatur wird daher davon ausgegangen, dass es sich um eine faktische, jedoch widerlegbare Vermutung handle, dass ein Verwaltungsauftrag nur dann gewollt sei, wenn ein schriftlicher Vertrag unterzeichnet worden sei (vgl. z.B. GUTZWILLER, a.a.O., S. 77).

3.4. Würdigung

a) Aus den im Recht liegenden Kontounterlagen ist klar zu entnehmen, dass zwischen der Klägerin 1 und der Beklagten als Bankdienstleistung lediglich Aufbewahrungs- und Ausführungsleistungen ("*custody & execution services*") vereinbart wurden (act. 3/17). Ebenfalls aus act. 3/17 geht sodann hervor, dass betref-

fend Anlagestrategie ("*investment strategy*") explizit das Feld keine Strategie ("*no strategy*") angekreuzt wurde (act. 3/17 S. 1). Schliesslich ist aus diesem Dokument ebenfalls ersichtlich, dass keinerlei Vermögensverwaltungs- ("*Portfolio Management*") Dienstleistungen vereinbart wurden und die Dokumente von der hierfür zuständigen Abteilung bei der Beklagten entsprechend nicht signiert wurden (act. 3/17 S. 5). Mit Bezug auf die Bankbeziehung der Klägerin 2 finden sich in den Eröffnungsdokumenten weder eine explizite Vereinbarung zu einer bestimmten Anlagedienstleistung noch Angaben zu einer vereinbarten Anlagestrategie (act. 3/7). Es ist daher vorab einmal festzuhalten, dass die Parteien zumindest im Zeitpunkt des Beginns der jeweiligen Bankbeziehungen lediglich ein *execution only*-Verhältnis eingegangen sind. Davon gehen auch die Klägerinnen aus. Sie machen jedoch sinngemäss geltend, dass diese *execution only*-Verhältnisse in der Folge (konkulent) in Vermögensverwaltungsverträge umgewandelt worden seien. Dies ist zu prüfen.

b) Die Klägerinnen behaupten, dass F._____ mit D._____ für die klägerischen Anlagen mündlich eine konservative Anlagestrategie vereinbart habe (act. 1 Rz. 47, act. 41 Rz. 250) bzw. dass F._____ lediglich die Anlagestrategie für die Anlagen der Klägerinnen vorgegeben habe (act. 1 Rz. 54) bzw. dass sich die Klägerinnen und die Beklagte auf eine konservative Anlagestrategie geeinigt hätten (act. 1 Rz. 60). Damit wollen sie hinreichend behaupten, dass die mündlichen Vermögensverwaltungsverträge abgeschlossen worden seien. Mit diesen unspezifischen und nicht konkreten Behauptungen legen sie aber insbesondere nicht dar, wann sie eine konservative Anlagestrategie welchen exakten Inhalts vereinbart und damit eine Änderung der *execution only*-Verhältnisse in Vermögensverwaltungsmandate tatsächlich vorgenommen haben. Die Klägerinnen behaupten zwar, dass sie eine "konservative Anlagestrategie" vereinbart hätten und nur für die Klägerin 1 im Subportfolio strukturierte Produkte oder Derivate, und dies auch nur unter bestimmten Voraussetzungen, hätten gekauft werden dürfen. Entsprechend dieser vereinbarten Anlagestrategie sei daher das Vermögen der Klägerin 1 im Hauptportfolio vorwiegend in Festgeld und in einen Geldmarktfonds der Beklagten (act. 1 Rz. 47, 54 ff., 95) und das Vermögen der Klägerin 2 zu 90% in Festgeld investiert gewesen (act. 1 Rz. 47, 53). Weitere Angaben, insbesondere

spezifische Angaben z.B. zu Währungen, Laufzeit der Festgelder, Zeithorizont der geplanten Anlagen, Einschränkungen bezüglich Herkunftsländern der Titel etc. machen sie nicht. Mit anderen Worten: Die Klägerinnen substantiierten trotz des Vorliegens schriftlicher Verträge über *execution only*-Verhältnisse und trotz der beklagischen Bestreitung des Abschlusses von konkludenten Vermögensverwaltungsverträgen in keiner Weise, wann und unter welchen Umständen die Parteien welche spezifische und grundlegende Neuregelung ihrer Geschäftsbeziehungen getroffen haben. Die lapidare Behauptung, dass anlässlich der gelegentlichen Treffen und Kontakte zwischen F._____ und D._____ die Anlagestrategie besprochen worden sei (act. 41 Rz. 250), kann den Klägerinnen unter diesen Umständen nicht weiterhelfen. Denn sie führen nicht aus, wann diese Treffen bzw. Kontakte stattgefunden haben und was die Beteiligten konkret besprochen haben. Die Klägerinnen genügen ihrer Substantiierungsobliegenheit mit ihren Ausführungen daher insgesamt nicht. Bereits aus diesem Grund muss das Vorliegen je eines Vermögensverwaltungsvertrages zwischen der Klägerin 1 und der Beklagten sowie zwischen der Klägerin 2 und der Beklagten verneint werden.

Zudem sprechen folgende Gründe ebenfalls gegen das Vorliegen eines gültigen Vermögensverwaltungsvertrages:

c) D._____ war unbestrittenermassen nicht im Handelsregister eingetragen. Vor allem aber hatte er die im Recht liegenden Vereinbarungen zwischen den Klägerinnen und der Beklagten nicht unterzeichnet; seitens der Beklagten unterschrieben jeweils zwei andere Personen (act. 3/7, 3/10, 3/20 und 3/25). Auch wenn die Klägerinnen geltend machen, dass D._____ für die Beklagte mit ihnen einen Vermögensverwaltungsvertrag abgeschlossen habe, überzeugt dies angesichts dieser Vorgeschichte nicht. Sie konnten nicht leichthin davon ausgehen, dass D._____ nun allein dazu ermächtigt gewesen sein soll, mit ihnen mündliche Verträge abzuschliessen. Daran ändert der von D._____ geführte Titel "*Senior Vice President*" bzw. "*Director*" nichts. Auch ist damit eine angebliche Bevollmächtigung nicht geklärt. Dies hätten die Klägerinnen jedoch, insbesondere die Klägerin 1, die zu einer weltweit operierenden Bankengruppe gehört, bzw. auch der Vertreter der beiden Klägerinnen, F._____, ein versierter Geschäftsmann,

wissen müssen. Auch liegen keine hinreichend konkreten Behauptungen seitens der Klägerinnen vor, inwiefern eine Anscheins- und/oder eine Duldungsvollmacht vorliegen sollte. Die Tatsache, dass D._____ unbestrittenermassen selber Aufträge ausführen konnte und einen gewissen Ermessensspielraum bei der Festlegung der Gebühren hatte (act. 46 Rz. 61), bedeutet noch nicht, dass er für die Beklagte Vermögensverwaltungsverträge abschliessen durfte. Auch eine Vollmacht, ausgestellt auf D._____, für einen persönlichen Zugriff auf Konti/Depots eines Kunden genügt nicht, dass die Klägerinnen davon ausgehen konnten, dass D._____ ermächtigt war, Vermögensverwaltungsverträge abzuschliessen. Mehr bringen die Klägerinnen in diesem Zusammenhang nicht vor. Da D._____ also nicht über die für den Abschluss eines Vermögensverwaltungsvertrages nötige Vertretungsmacht verfügt hat und eine nachträgliche Genehmigung des Vertragschlusses nicht einmal behauptet wird, kamen keine Vermögensverwaltungsverträge zwischen den Klägerinnen und der Beklagten zustande.

d) Auch die klägerischen Argumente in Bezug auf die Gebühren (vgl. oben E. 3.2.a) helfen nicht weiter. Unbestrittenermassen mussten die Klägerinnen für den relevanten Zeitraum, d.h. von Q4 2007 bis Ende Q4 2008, USD 13'482.04 Gebühren für "*custodian and execution service*" bezahlen, wovon USD 8'376.30 auf die Klägerin 1 und USD 5'105.74 auf die Klägerin 2 entfielen. F._____ ist nicht Partei dieses Verfahrens. Aus diesem Grund können die ihm verrechneten Gebühren nicht miteinbezogen werden, wie dies von den Klägerinnen geltend gemacht wird.

Unbestritten blieb, dass die Gebühr für die Vermögensverwaltung üblicherweise zwischen 1-2% des verwalteten Vermögens beträgt und somit für die Klägerin 1 für das Jahr USD 10'000.-- bis UDS 20'000.-- geschuldet gewesen wären (act. 46 Rz. 72). Der Klägerin 1 wurde aber - auch dies blieb unbestritten - wesentlich weniger für mehr als ein Jahr verrechnet (USD 8'376.30). Dies spricht wiederum nicht für einen Vermögensverwaltungsvertrag, bei welchem sowohl eine Vermögensverwaltungsgebühr als auch Depotgebühren sowie (unter Umständen) Courtagen geschuldet sind (vgl. oben E. 3.3.a)aa).

Die Klägerinnen machen geltend, dass die Bezeichnung der von der Beklagten verrechneten Kosten als "*custodian and execution service*" das Vorliegen eines Vermögensverwaltungsvertrages nicht ausschliessen würde (act. 41 Rz. 168). Aus act. 3/17 Ziff. 1.2 geht aber klar hervor, dass mit "*custody and execution services*" ein Depotverhältnis gemeint ist (act. 9 Rz. 37). Damit steht "*custodian and execution service*" (zumindest) für Depotgebühren und nicht für Vermögensverwaltungsgebühren, wie die Klägerinnen argumentieren. Eine Vermögensverwaltungsgebühr wurde folglich nie verrechnet, was gegen das Vorliegen eines Vermögensverwaltungsvertrages spricht.

e) Wenn für mehrere Bankkunden identische Transaktionen gleichzeitig durchgeführt werden, bedeutet dies nicht automatisch, dass sämtliche Kunden mit der Bank einen Vermögensverwaltungsauftrag abgeschlossen haben. Denn identische Transaktionen sagen nichts über den Rechtsgrund dieser Geschäfte aus. Wie die Beklagte zurecht geltend macht und von den Klägerinnen unbestritten blieb, ist kein Muster zwischen den Transaktionen der Klägerinnen und den drei anderen angeblichen Bankkunden auszumachen. Einmal tätigte nur die Klägerin 1 eine Transaktion, dann ein anderes Mal nur die Klägerin 1 und ein weiterer Kunde oder dann die Klägerin 1 und die drei anderen erwähnten Bankkunden (act. 46 Rz. 38). Dies spricht für die unbestritten gebliebene Argumentation der Beklagten, dass es im Private Banking üblich sei, verschiedenen Kunden dieselben Anlagemöglichkeiten aufzuzeigen. Somit hilft den Klägerinnen auch das Argument, dass für andere Kunden gleiche Aufträge abgeschlossen wurden, nicht weiter.

f) Sodann geht aus einem Schreiben des ehemaligen Rechtsvertreters der Klägerinnen, Rechtsanwalt X3._____, vom 9. März 2009 (act. 10/4) hervor, dass die Klägerinnen selbst der Ansicht waren, dass kein Vermögensverwaltungsauftrag erteilt worden sei. Wie die Beklagte richtig feststellt, kann die schriftliche Erklärung von Rechtsanwalt X3._____ kaum als eine falsche rechtliche Würdigung aufgefasst werden (act. 46 Rz. 57; act. 41 Rz. 258). Wenn die Klägerinnen damals selbst der Ansicht waren, dass bewusst kein Vermögensauftrag erteilt worden ist, und ihren Rechtsvertreter entsprechend instruiert haben, ist der damalige

Wille der Klägerinnen offensichtlich: Sie wollten keinen Vermögensverwaltungsauftrag erteilen. Somit spricht auch dieses Argument gegen das Vorliegen eines Vermögensverwaltungsauftrages.

g) Nicht einsichtig erscheint im Weiteren die Argumentation der Klägerinnen, dass D._____ bzw. die Beklagte zwar Entscheidungsbefugnis über das Vermögen der Klägerinnen gehabt hätten, beim Subportfolio der Klägerin 1 aber eine Genehmigung innert 48 Stunden habe eingeholt werden müssen (act. 1 Rz. 56). Bei einem Vermögensverwaltungsvertrag wird die Bank eigenständig tätig und muss sich die Transaktionen nicht durch den Kunden genehmigen lassen. Insofern überzeugt es nicht, dass ein Vermögensverwaltungsvertrag - zumindest auch für das Subportfolio - vorliegen sollte.

h) Schliesslich hat die Klägerin 2 erst im Mai 2008 eine vertragliche Beziehung mit der Beklagten begonnen. Die Klägerinnen behaupten, dass bereits zu Vertragsbeginn ohne ihre Zustimmung in Optionen investiert worden sei. Wenn nun zu Vertragsbeginn im Mai 2008 lediglich eine Konto-/Depotvereinbarung unterzeichnet wurde (act. 3/7), die Parteien aber sodann einen Vermögensverwaltungsvertrag "gelebt" haben sollen, macht dies keinen Sinn, denn die ersten Optionsgeschäfte wurden für die Klägerin 2 bereits kurze Zeit nach Vertragsbeginn, im August 2008 (act. 1 Rz. 216 f.), getätigt. Wenn ein Vermögensverwaltungsvertrag gewollt gewesen wäre, hätte ein solcher ja bereits drei Monate früher, im Mai 2008, schriftlich abgeschlossen werden können. Dies geschah aber unbestrittenmassen nicht, was nicht nachvollziehbar ist bei der klägerischen Behauptung, es liege ein Vermögensverwaltungsvertrag vor.

i) Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass es unstrittig und durch Urkunden belegt ist, dass die Klägerinnen jeweils mit der Beklagten - zumindest zu Beginn ihrer vertraglichen Beziehungen - lediglich ein gewöhnliches Konto-/Depotverhältnis und keinen Vermögensverwaltungsvertrag vereinbart haben.

Es gelingt den Klägerinnen mit den von ihnen nur sehr lückenhaft vorgetragenen Sachverhaltselementen somit nicht, die faktische Vermutung, dass ein Vermögensverwaltungsvertrag nur gewollt ist, wenn ein schriftlicher Vertrag unterzeich-

net ist, zu widerlegen. Die Klägerinnen können nicht rechtsgenügend darlegen, unter welchen Umständen und wann die jeweiligen *execution only*-Verhältnisse auf eine völlig neue rechtliche Grundlage, auf einen Vermögensverwaltungsvertrag, gestellt worden sind. Im Gegenteil; die verschiedenen - von den Parteien vorgebrachten Argumente - und auch die Urkunden sprechen gegen Vermögensverwaltungsverträge. Daher ist davon auszugehen, dass die Beklagte weder mit der Klägerin 1 noch mit der Klägerin 2 einen Vermögensverwaltungsvertrag abgeschlossen hat.

j) Sodann ist zu prüfen, ob das Vertragsverhältnis zwischen den Parteien als Anlageberatungsvertrag zu qualifizieren ist.

Die Klägerinnen machen sinngemäss geltend, dass D._____ bzw. die Bank für sie Transaktionen getätigt haben soll, die sie nicht in Auftrag gegeben hätten. Sie behaupten somit gerade nicht, dass sie überhaupt bzw. falsch beraten worden seien. Weiter führen die Klägerinnen aus, dass sie nur gelegentliche Kontakte mit D._____ gehabt hätten. Die von der Beklagten behaupteten Telefonate zwischen F._____ und D._____ bestreiten sie. Anlässlich der gelegentlichen Treffen und bei sporadischen Kontakten per Telefon oder E-Mail sei vorwiegend über die Gesamtentwicklung der klägerischen Portfolios gesprochen worden (act. 1 Rz. 63).

Die Klägerinnen behaupten zwar, dass ein Anlageberatungsvertrag vorliegen würde, sofern das Gericht wider Erwarten einen Vermögensverwaltungsvertrag verneine. Doch auch für das Vorliegen eines Anlageberatungsvertrages müssten sie dessen tatsächliche Voraussetzungen rechtsgenügend behaupten und beweisen (BSK OR-SCHMID, Art. 8 N 42 ff.). Zunächst gilt das im Zusammenhang mit dem konkludenten Abschluss eines Vermögensverwaltungsvertrages zur Substantiierung Gesagte auch hier. Die Klägerinnen unterlassen es, konkrete Handlungen in einem gewissen Zeitpunkt im Hinblick auf die Umgestaltung der Geschäftsbeziehung darzutun. Wann und wie welche konkrete Anlagestrategie vereinbart worden sein soll, bleibt im Dunkeln. Die Dokumente belegen aber wie gezeigt nur ein *execution only*-Verhältnis. Dass D._____ bzw. die Beklagte zu irgend einem Zeitpunkt eine aktive Beratungstätigkeit ausgeübt hätte, behaupten sie ebenfalls nicht. Auch aus den Akten ergibt sich diesbezüglich nichts. Ebenso le-

gen sie nicht hinreichend dar, inwiefern sich ein besonderes Vertrauensverhältnis zwischen ihnen und D. _____ bzw. der Beklagten entwickelt haben soll. Nach ihrer Darstellung gab es nur gelegentliche Treffen und sporadische Kontakte per Telefon oder E-Mail. Die ins Recht gelegten E-Mails (act. 3/104, 3/118, 3/125, 3/133) und der "Tonfall" in diesen E-Mails genügen mit Bestimmtheit nicht, um ein Vertrauensverhältnis darzulegen und zu beweisen, aufgrund dessen sodann auf einen (konkludenten) Anlageberatungsvertrag geschlossen werden könnte. Eine mehrjährige Geschäftsbeziehung lag im streitgegenständlichen Zeitraum - zumindest zwischen der Klägerin 2 und der Beklagten - ebenfalls noch nicht vor. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das nur sehr lückenhaft geschilderte Vertragsverhältnis nicht als Anlageberatungsvertrag qualifiziert werden kann.

3.5. Fazit

Die obige Vertragsauslegung ergibt, dass das Vertragsverhältnis zwischen der Klägerin 1 und der Beklagten bzw. der Klägerin 2 und der Beklagten als ein gewöhnliches Konto-/Depotverhältnis (*execution only*-Verhältnis) zu qualifizieren ist. Die von der Beklagten getätigten Transaktionen sind somit nicht im Rahmen eines Vermögensverwaltungs- oder eines Anlageberatungsvertrages erfolgt.

4. Genehmigung

4.1. Vorbemerkung

Auch in einem *execution only*-Verhältnis sind unautorisierte Transaktionen selbstverständlich vertragswidrig. Vertragswidrige Transaktionen können aber gegebenenfalls nachträglich genehmigt werden. Vorgängig zur Prüfung, ob die Klägerinnen die Transaktionsaufträge tatsächlich erteilt haben, ist daher zu untersuchen, ob sie die angeblich weisungswidrigen Transaktionen nachträglich genehmigt haben.

4.2. Unbestrittener Sachverhalt

Art. 7 AGB lautet wie folgt (act. 3/173):

"(...) 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. (...)

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."

Ein Kunde muss sich gemäss dieser Bestimmung beschweren, wie wenn er die Korrespondenz per Post erhalten hätte, auch wenn die Bank die Zustellung der Korrespondenz unterlassen hat, welche der Kunde erwartet hat. Weiter muss der Kunde innerhalb eines Monats seit Erhalt der Bankauszüge allfällige Beanstandungen anbringen, ansonsten sie als genehmigt betrachtet werden.

Ebenfalls ist unbestritten, dass jeweils auf der letzten Seite auf den von der Beklagten ausgestellten Vermögensausweisen ein Hinweis angebracht ist, dass der Kunde seine Beanstandungen innerhalb von vier Wochen seit Zustellung des Bankauszugs mitzuteilen hat (act. 3/39 S. 6).

Unbestritten blieb, dass die Klägerinnen die AGB erhielten und zur Kenntnis nahmen.

In Bezug auf die banklagernde Korrespondenz für die Klägerin 2 wurde im *Agreement for the Opening of a Client Relationship* vom 9. Mai 2008 in Ziff. 7.3 Folgendes vereinbart (act. 3/3, S. 4):

"Correspondence retained on instructions of the Client is deemed to have been received once it has been filed electronically or physically, regardless of whether it is dispatched or collected at a later date. The Client therefore accepts liability for all consequences and any loss that may arise from the retention of the correspondence."

Danach gilt banklagernde Korrespondenz als zugestellt, sobald sie elektronisch oder physisch abgelegt wurde. Es spielt dabei keine Rolle, ob sie zu einem späte-

ren Zeitpunkt zugeschickt oder abgeholt wird. Der Kunde trägt diesbezüglich für sämtliche Folgen und Verluste, die aus der Zurückbehaltung der Korrespondenz entstehen können, die Verantwortung.

4.3. Parteivorbringen

4.3.1. Klägerische Vorbringen

Die Klägerinnen anerkennen grundsätzlich die Zulässigkeit der in den AGB vorgesehenen Zustell- und Genehmigungsfiktionen; sie stellen sich jedoch auf den Standpunkt, dass diese Fiktionen im vorliegenden Fall nicht anwendbar seien. Zum einen habe ausschliesslich F._____ über die Anlagestrategie entschieden, weshalb die Klägerinnen nicht hätten wissen können, welche Anlagen F._____ habe tätigen wollen. Sie hätten demnach die aus den ihnen zugestellten Konto- und Depotauszügen ersichtlichen Transaktionen gar nicht genehmigen können (act. 1 Rz. 339 ff.). Für die Klägerin 1 seien ohnehin nur die Zustellungen an F._____ massgebend, da dieser stets die einzige Ansprechperson im Hinblick auf die streitgegenständlichen Anlagen gewesen sei (act. 1 Rz. 252 ff., 339). Der Klägerin 2 seien aufgrund der Abrede betreffend banklagernde Korrespondenz nie irgendwelche Bankauszüge zugestellt worden (act. 1 Rz. 255). Zum anderen seien die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit der Genehmigungsfiktion nicht gegeben. Hierzu führen die Klägerinnen aus, dass die F._____ nur teilweise zugestellten Dokumente über die zu genehmigenden Transaktionen lediglich ungenügend Aufschluss geben würden (d.h. es sei nur eine Bestandsaufnahme, aber es seien nicht sämtliche Transaktionen ersichtlich, act. 1 Rz. 258 ff.), weshalb diese gar keine Genehmigung zulassen würden. Zudem habe F._____ nicht damit rechnen müssen, dass die Beklagte in krasser Weise gegen die vereinbarte Anlagestrategie und die entsprechend erteilten Weisungen verstossen würde. Schliesslich sei die Berufung auf die Zustellungs- und Genehmigungsfiktion aber auch deshalb nicht statthaft, weil die Beklagte spätestens beim Rückkauf der noch ausstehenden Put-Optionen [vom 8. Oktober 2008, act. 1 Rz. 344 und 232] gewusst habe, dass diese sowie die früheren Transaktionen ohne die Zustimmung der ahnungslosen Klägerinnen erfolgt seien (act. 1 Rz. 343 f.).

Sollte wider Erwarten davon ausgegangen werden, dass nicht die Zustellung an F._____, sondern an die G._____-Adresse entscheidend sei, bestreiten die Klägerinnen in Bezug auf Klägerin 1 die Vollständigkeit der zugestellten Bankunterlagen, namentlich per 31. März 2008 und per 30. April 2008 sowie betreffend das Hauptportfolio per 30. November 2008. Die Belege betreffend Optionsgeschäfte seien zudem erst für die Transaktionen ab Mai 2008 zugestellt worden (act. 1 Rz. 254).

Die Klägerinnen machen sodann weiter geltend, dass sich F._____ nach Erhalt der Vermögensausweise der Klägerinnen per 25. Juni 2008 bzw. per 27. Juni 2008 umgehend telefonisch bei D._____ beschwert habe. Er habe D._____ weitere Optionsgeschäfte untersagt (act. 1 Rz. 179). Mit Faxschreiben vom 4. Dezember 2008 habe sich sodann F._____ in eigenem Namen wie auch namens der Klägerinnen an die Beklagte gewandt und ihr mitgeteilt, dass er "die hochriskanten, spekulativen Transaktionen, die in meinem Namen, mit meinen Mitteln vorgenommen wurden, weder je autorisiert noch Kenntnis davon [gehabt habe]" (act. 1 Rz. 251, act. 3/160).

Weiter sei gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung die Genehmigungsfiktion ganz allgemein bei einem ungetreuen Bankmitarbeiter unwirksam, weil dessen Wissen der Bank zugerechnet werde. Vorliegend habe D._____ nach eigenem Gutdünken und ohne Instruktion von F._____ gehandelt; das Wissen von D._____ sei der Beklagten zuzurechnen (act. 41 Rz. 299 ff.).

Schliesslich behaupten die Klägerinnen, dass D._____ und die Beklagte um die behauptete Nichtgenehmigung der Transaktionen gewusst hätten (act. 41 Rz. 300). Auch habe die Beklagte vermutlich ab September 2008, spätestens aber im Oktober 2008, von den angeblichen Machenschaften von D._____ gewusst, F._____ jedoch erst im Dezember 2008 darüber informiert (act. 1 Rz. 238 f., 344; act. 41 Rz. 301). Sie begründen dies damit, dass D._____ F._____ noch am 25. September 2008 eine Verpfändungsvereinbarung zur Unterzeichnung untergeschoben habe. Zudem machen sie geltend, dass die Beklagte in ihrer Eingabe vom 16. Mai 2012 (act. 27) die Nichtgenehmigung der eigenmächtigen Transaktionen von D._____ anerkannt habe. Dies zeige sich auch dadurch, dass die Be-

klagte diesen Sachverhalt bankintern aufgearbeitet habe (act. 41 Rz. 303). Wenn etwas aufgearbeitet werde, bedeute dies, dass etwas vorgefallen sei, was es aufzuarbeiten gäbe (act. 41 Rz. 304).

4.3.2. Beklagtische Vorbringen

Die Beklagte entgegnet, dass die Transaktionen nachträglich genehmigt worden seien (act. 9 Rz. 182 ff.). Die Genehmigungsfiktionen in Ziff. 7 der AGB, gemäss Hinweis auf den jeweils zugestellten Vermögensausweisen und in Ziff. 7.3 des *Agreements for the Opening of a Client Relationship* seien zulässig (act. 9 Rz. 194 ff.).

Sie führt im Zusammenhang mit der Zustellung und Genehmigung aus, dass sie der Klägerin 1 sämtliche Kontoauszüge und Vermögensausweise monatlich zugestellt habe. Auch die Transaktionsbelege habe sie ihr bereits vor Mai 2008 zeitnah zugestellt (act. 9 Rz. 83). Sie habe die Vermögensausweise jeweils maximal drei Arbeitstage nach dem Erstelldatum der Klägerin 1 zugestellt (act. 9 Rz. 84 ff.). Die Klägerin 1 habe zu keinem Zeitpunkt moniert, dass die Dokumente nicht termingerecht eingetroffen seien (act. 9 Rz. 93). Gemäss den AGB und auch dem *Agreement Regarding Option and Forward Transactions* hätte die Klägerin 1 die Beklagte darüber informieren müssen, dass sie die Unterlagen nicht erhalten habe. Mangels entsprechender Information müsse die Klägerin 1 für die Versäumnisse einstehen (act. 9 Rz. 99 ff.). Es sei dermassen absurd, dass die Beklagte ein ganzes Jahr lang weisungswidrige Transaktionen vorgenommen haben solle und die Klägerin 1, ein professioneller Trustee, und deren Vertreter F._____, Gründer und späterer CEO einer der grössten Werbeagenturen ...s [Staat], davon nichts bemerkt hätten (act. 9 Rz. 103).

In Bezug auf die angebliche telefonische Beschwerde antwortet die Beklagte, dass es eine solche nicht gegeben habe; die Optionstransaktionen seien auf Auftrag der Klägerinnen hin erfolgt. F._____ als erfahrener Geschäftsmann hätte sich nicht mit einer telefonische Rüge begnügen, sondern hätte auch schriftlich reklamieren sollen. Zudem sei auf dem Vermögensausweis betreffend das Subportfolio der Klägerin 1 ersichtlich, dass die Klägerin 1 per 23. Juli 2008 in bedeutend

grösserem Umfang als noch vor einem Monat in Optionen investiert gehabt habe. Doch nun habe die Klägerin 1 nicht reklamiert, sondern F._____ habe gemäss den klägerischen Vorbringen D._____ lediglich wegen der Vermögensausweise angerufen, um sich diese erklären zu lassen. Dies zeige ebenfalls, dass keine telefonische Reklamation betreffend Vermögensausweise per Juni 2008 erfolgt sei. Auch der betont freundliche Tonfall späterer Emails an D._____ zeige, dass F._____ die Optionsgeschäfte gewollt und dagegen nie reklamiert habe (act. 9 Rz. 104 ff., 212).

Zudem macht die Beklagte geltend, dass aufgrund der Lebenserfahrung angenommen werden könne, dass F._____ zumindest den Jahresendauszug studiert habe, weil dies ja zu Steuerzwecken erforderlich sei (act. 9 Rz. 142).

Weiter behauptet die Beklagte in Bezug auf die Klägerin 2, dass nur ausnahmsweise keine Genehmigung bejaht werden könnte, und zwar wenn eine Genehmigungsfiktion Treu und Glauben verletzen würde (act. 9 Rz. 204 ff.). Sinngemäss macht die Beklagte aber geltend, dass dies vorliegend nicht der Fall sei.

Schliesslich bestreitet die Beklagte die Behauptungen der Klägerinnen in Bezug auf das angebliche Wissen um die Nichtgenehmigung und die "Machenschaften" von D._____; sie bezeichnet diese Behauptungen als "absurde Verschwörungstheorie" (act. 9 Rz. 207 ff. und 403).

4.4. Rechtliches

Art. 7 AGB und Ziff. 7.3 des *Agreements for the Opening of a Client Relationship* enthalten jeweils eine Zustellungs- und Genehmigungsfiktion. Diese beiden Bestimmungen sind jeweils Vertragsbestandteil. Solche Bestimmungen tragen den Besonderheiten des Bankgeschäfts Rechnung. Sie dienen nebst der Rationalisierung und Spezialisierung auch der Schaffung klarer Verhältnisse zwischen Bank und Kunde. Es liegt im berechtigten Interesse einer 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 bzw. innert

vereinbarter Frist zu reklamieren hat. Damit wird keine Regelung über die Haftungsbeschränkung getroffen, sondern es handelt sich vielmehr um eine Konkretisierung und einen Anwendungsfall der Schadenminderungspflicht (Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 27. Juni 2006 [ZR 2007 Nr. 1]). Bleibt eine Reklamation aus, gilt die entsprechende Transaktion als genehmigt.

Bei einer Banklagernderklärung soll die banklagernd zugestellte Korrespondenz als dem Kunden zugestellt gelten und entsprechend fristauslösend wirken. Auch hier muss der Kunde sofort bzw. innert der vereinbarten Frist reklamieren, ansonsten die Transaktion als genehmigt gilt. Banklagernderklärungen dienen in überwiegender Weise den Interessen des Kunden. Der Bank muss es daher möglich sein, durch entsprechende vertragliche Vereinbarungen verbindlich festzulegen, dass sie nicht gewillt ist, wegen dieser unentgeltlichen Erbringung einer besonderen Dienstleistung schlechter gestellt zu werden, als wenn die Zustellung auf dem üblichen (Post-)Weg erfolgt wäre (Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 27. Juni 2006 [ZR 2007 Nr. 1]).

Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gilt jedoch bei banklagernder Korrespondenz die Zustellungs- und Genehmigungsfiktion ausnahmsweise nicht, wenn sie nach den Umständen des Falles zu einem unbilligen Ergebnis führt bzw. als rechtsmissbräuchlich erscheint. Als rechtsmissbräuchlich werden grundsätzlich drei Tatbestände angesehen: a) bei absichtlicher (oder grob fahrlässiger) Schädigung des Kunden; b) wenn die Bank um die Nichtgenehmigung wusste oder c) wenn nach mehrjähriger Verwaltung entsprechend den mündlich erteilten Weisungen des Kunden hiervon ohne vorhersehbaren Grund abgewichen wird (Urteil des Bundesgerichts 4C.387/2004 vom 30. Mai 2005 E. 2.2 m.w.H.; vgl. dazu auch ERIC SIBBERN/HANS CASPAR VON DER CRONE, Genehmigungsfiktion und Nebenpflichten der Bankkunden, in: SZW 1/2006, S. 74).

Wenn sich ein Kunde zwar mehrmals telefonisch bei seinem Kundenberater über getätigte Transaktionen beschwert, sich aber erst zweieinhalb Monate nach Erhalt des dritten Quartalsauszugs schriftlich an den Vorgesetzten des Kundenberaters wendet, in diesem Schreiben aber die beanstandeten Geschäfte nicht bezeichnet, dann erfolgt seine Reklamation nicht in "tunlicher Weise", wie eine vom Bundes-

gericht zu beurteilende AGB-Klausel vorschrieb. Daraus folgte das Bundesgericht, dass der Kunde die getätigten Transaktionen nicht "tunlich" im Sinne der vereinbarten AGB-Klausel vor Eintritt der Genehmigungsfiktion gerügt hat. Es wies daher die Klage ab. Das Bundesgericht wirft in dieser Entscheidung noch die Frage auf, ob der Kunde nicht gegen Treu und Glauben verstossen hat, weil er erst dann an die Direktion der Beklagten gelangt ist, nachdem die Verluste aus den beanstandeten Geschäften feststanden, und hält dazu fest, dass auch die Vorinstanz zutreffend festgehalten habe, dass das Unterlassen weiterer Schritte, nach der Feststellung, dass ersten Reklamationen nicht nachgekommen worden sei, insbesondere bei Optionsgeschäften, bei denen es naturgemäss um Spekulation gehe, darauf schliessen lassen könne, dass der Kunde die - eventuell günstige - Entwicklung abwarten wolle, bevor er auf der Rückabwicklung der Geschäfte beharre (Urteil des Bundesgerichts 4C.194/2005 vom 28. September 2005, E. 3.2.3; vgl. auch dazu ERIC SIBBERN/HANS CASPAR VON DER CRONE, a.a.O., S. 70 ff.). Dem ist zuzustimmen: Ein Kunde verhält sich gegen Treu und Glauben, wenn er darauf spekuliert, ob Gewinne oder Verluste eintreten und sich je nach dem beschwert oder nicht. Er muss die vertragswidrig getätigten Transaktionen umgehend monieren, auch wenn noch keine Verluste entstanden sind. Ansonsten verstösst er regelmässig gegen den Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 2 ZGB).

4.5. Würdigung

4.5.1. Zur Zustellung

Zur Zustellung der Vermögensausweise ist zunächst festzuhalten, dass die Parteien abgemacht haben, dass die Korrespondenz für die Klägerin 1 der G._____ in K._____ (vgl. vorne E. 3.1.a; act. 3/6 Ziff. 1.4.1.) zugestellt wird. In Bezug auf die Klägerin 2 wurde die banklagernde Korrespondenz vereinbart (vgl. vorne E. 3.1.b; act. 3/7 Ziff. 7.2). F._____ ist jeweils nicht Vertragspartei (vgl. act. 3/6 und 3/7). Daran kann auch die Stellung von F._____ als Begünstigter bzw. als wirtschaftlich Berechtigter an den Vermögenswerten der Klägerinnen nichts ändern. Dementsprechend gehen die Vorbringen der Klägerinnen, dass die Zustellungen der Bankdokumente an F._____ massgeblich sein sollen und dieser nicht in ge-

nügendem Masse informiert worden sei, von vornherein fehl. Zu keinem anderen Ergebnis gelangt man unter Berücksichtigung der Stellung von F._____ als Bevollmächtigter bzw. Vertreter der Klägerinnen (act. 3/18 und 3/21). Die Klägerinnen können auch nicht erfolgreich geltend machen, nicht gewusst zu haben, was F._____ in ihrem Namen unternommen habe. Sollten die Klägerinnen tatsächlich nicht gewusst haben, was ihr Bevollmächtigter bzw. Vertreter (act. 3/18 und 3/21) durchführen oder veranlassen liess, ist dies eine hier nicht relevante Frage, weil sie sich auf das Innenverhältnis, d.h. zwischen Klägerinnen und ihrem Vertreter, bezieht. Vorliegend massgebend sind lediglich die Zustellungen an die Klägerinnen selbst bzw. an die von ihnen bezeichneten Zustelladressen. Dabei handelt es sich um die G._____ in K._____ für die Klägerin 1 und die banklagernde Zustellung für die Klägerin 2.

Da von den Klägerinnen nicht bestritten wird, dass eine banklagernde Zustellung betreffend die Klägerin 2 erfolgte, ist die Zustellung an die Klägerin 2 als erstellt zu betrachten.

Die Klägerin 1 und die Beklagte haben in Bezug auf die Zustellung in Art. 7 AGB vereinbart, dass die Klägerin 1 reklamieren müsste, wenn sie eine Korrespondenz erwartet, diese aber nicht erhält. Die Klägerin 1 hat nur behauptet, dass sie teilweise die Vermögensausweise, Kontoauszüge und Belege betreffend Optionsgeschäfte nicht erhalten habe, nicht aber, dass sie während der vorliegend betreffenden Periode irgendeinmal bei der Beklagten reklamiert hätte, dass sie die erwarteten Unterlagen nicht erhalten habe. Die Unterlagen gelten damit als zugestellt.

Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass die Bankunterlagen sowohl gegenüber der Klägerin 1 als auch der Klägerin 2 als monatlich zugestellt gelten.

4.5.2. Zur Genehmigung in Bezug auf die Klägerin 1 im Speziellen

a) Da der Klägerin 1 die Korrespondenz jeweils per Post an die G._____ in K._____ zugestellt wurde (vgl. dazu vorne E. 3.1.a), gilt hier grundsätzlich die Genehmigungsfiktion.

Die Klägerinnen bringen jedoch vor, dass sich F._____ nach Erhalt der Vermögensausweise für die Klägerinnen per 25. Juni 2008 (Klägerin 1) bzw. per 27. Juni 2008 (Klägerin 2), welche D._____ F._____ mit E-Mail vom 30. Juni 2008 geschickt habe, "umgehend" telefonisch bei D._____ beschwert habe. Sie substantiieren jedoch nicht weiter, wann genau und worüber er sich beschwert haben soll. In der Folge, aber auch früher, haben die Klägerinnen nie reklamiert, dass Transaktionen getätigt wurden, die sie gemäss ihren Behauptungen nicht in Auftrag gegeben hätten. Auch wenn es diese telefonische Beschwerde irgendwann am oder nach dem 30. Juni 2008 tatsächlich gegeben haben sollte, haben es die Klägerinnen unterlassen, nach Erhalt der per Ende Juli 2008 ausgestellten Kontounterlagen zu reklamieren, aber auch nach Erhalt der per Ende August, September und Oktober 2008 ausgestellten Kontounterlagen. Überhaupt haben sie gemäss ihrer eigenen Darstellung (sonst) nie reklamiert. So legten die Klägerinnen lediglich einen E-Mail-Austausch vom 13. August 2008 mit früheren E-Mails ins Recht (act. 3/125), aus denen hervorgeht, dass F._____ einmal nach einem "vereinbarten Auszug" nachgefragt und sich einmal "überrascht" gezeigt hatte von der "ereigneten negativen Abweichung" im Hauptportfolio der Klägerin 1. Eine Reklamation war dies aber unbestrittenermassen nicht. Insbesondere nach Zustellung des Vermögensweises per Juli 2008 erfolgte keine Reklamation, auch wenn daraus ersichtlich ist, dass im Subportfolio der Klägerin 1 in bedeutend grösserem Umfang als noch vor einem Monat in Optionen investiert wurde (act. 10/37). Eine Rückabwicklung der Transaktionen forderten sie unbestrittenermassen ebenfalls nicht (act. 46 Rz. 22 ff.). Dies hätte sie aber verlangen müssen, um sich nicht widersprüchlich bzw. treuwidrig zu verhalten.

Obwohl ja aus den Bankunterlagen hervorgeht (act. 1 Rz. 97 ff.), dass bereits ab Herbst 2007 Optionsgeschäfte getätigt wurden, reklamierten die Klägerinnen (bzw. die Klägerin 1) angeblich erst nach Erhalt der Vermögensausweise per Ende Juni 2008 und dies bestenfalls einmal, telefonisch und mit unklarem Inhalt. Ein solches Verhalten verstösst nach dem Gesagten gegen Treu und Glauben. So erwirtschaftete die Klägerin 1 nach ihren Angaben mit den Optionsgeschäften von November 2007 bis Januar 2008 nur Gewinne, in den nachfolgenden Monate Gewinne und Verluste (act. 1 Rz. 91 ff.). Reklamiert hat sie aber angeblich erst ir-

gendwann nach Erhalt der Vermögensausweise per 25. bzw. 27. Juni 2008. In der Folge reklamierte sie nicht mehr, auch wenn - gemäss ihren Behauptungen weisungswidrig - weitere Optionsgeschäfte getätigt wurden.

Mit Faxschreiben vom 4. Dezember 2008 hat dann zwar F._____ der Beklagten Folgendes mitgeteilt: "(...) Ich habe die hochriskanten, spekulativen Transaktionen, die in meinem Namen, mit meinen Mitteln vorgenommen wurden, weder je autorisiert noch hatte ich Kenntnis davon." (act. 3/160). Doch erstens ist diese Beschwerde anfangs Dezember 2008 nicht während der dafür vertraglich vorgesehenen Frist (Art. 7 AGB) erhoben worden und damit verspätet - die Transaktionen zu Lasten der Klägerin 1 erfolgten ab Oktober 2007 bis Oktober 2008. Und zweitens geht aus dem Wortlaut des Faxschreibens nur hervor, dass F._____ in Bezug auf Transaktionen reklamierte, die in seinem Namen erfolgt sind. Dazu gehören jedoch die Transaktionen zu Lasten der Klägerin 1 nicht. Schliesslich erfolgte dieses Schreiben erst, nachdem insbesondere mit den Optionsgeschäften nach anfänglichen Gewinnen seit längerem nur noch Verluste eingetreten waren. Dies ist aber auch unter dem Aspekt von Treu und Glauben zu spät. Denn es ist allgemein bekannt, dass sich die Ereignisse auf den Finanzmärkten im September 2008 überstürzten und auf den Aktienmärkten massive Verluste eintraten, die sich auch in den darauf folgenden Monaten stark negativ entwickelten. Und es ist aufgrund der deutlich verzögerten Reaktion zu vermuten, dass die Klägerin 1 zunächst die eventuell günstige Entwicklung bzw. später die Erholung der Märkte abwarten wollte.

b) Weiter geht auch das Argument der Klägerinnen fehl, dass das Ausmass der Transaktionen aus den Unterlagen nicht hervorgehe. Den Klägerinnen wurden sämtliche Kontounterlagen, d.h. Vermögensausweise, Kontoauszüge und Belege betreffend Optionsgeschäfte, zugestellt (vgl. vorne E. 4.5.a). Aus diesen geht hervor, welche Transaktionen getätigt wurden. Im Übrigen unterzeichneten die Klägerinnen Erklärungen (*Agreement regarding Option and Forward Transactions*, act. 3/20 und 3/25), wonach sie über die Risiken von Options-Geschäften aufgeklärt worden sind und daher mit ihren Risiken als vertraut gelten würden. Aber das Argument geht primär und im Grundsatz daher fehl, weil bei einem *execution on-*

ly-Verhältnis keine Aufklärungspflicht seitens der Bank besteht. Diese muss den Kunden nicht über mögliche Folgen der gewählten Anlagen aufklären, sondern lediglich die in Auftrag gegebenen Transaktionen ausführen.

c) Die von den Klägerinnen zu guter Letzt angeführten Urteile des Bundesgerichts 6B_199/2011 und 6B_215/2011 vom 10. April 2012, E. 5.3.5.2, können am bisher Gesagten nichts ändern.

d) Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass die vereinbarten Genehmigungsklauseln wirksam sind und die Klägerin 1 die getätigten Transaktionen genehmigt hat.

4.5.3. Zur Genehmigung in Bezug auf die Klägerin 2 im Speziellen

a) Da die Klägerin 2 banklagernde Korrespondenz wünschte (vgl. dazu vorne E. 3.1.a), gilt hier ebenfalls grundsätzlich die Genehmigungsfiktion.

b) Es bleibt noch zu prüfen, ob es seitens der Beklagten rechtsmissbräuchlich ist, sich auf die Genehmigungsfiktionsklausel gemäss Ziff. 3 des *Agreement for the Opening of a Client Relationship* in Bezug auf die Klägerin 2 zu berufen.

Bei banklagernder Korrespondenz - wie sie die Klägerin 2 mit der Beklagten vereinbart hat - kommt die Genehmigungsfiktion bei drei verschiedenen Tatbeständen nicht zur Anwendung: a) bei absichtlicher (oder grob fahrlässiger) Schädigung des Kunden; b) wenn die Bank um die Nichtgenehmigung wusste oder c) wenn nach mehrjähriger Verwaltung entsprechend den mündlich erteilten Weisungen des Kunden hiervon ohne vorhersehbaren Grund abgewichen wird (vgl. vorne in E. 4.4).

aa) Die Klägerinnen legen nicht dar, dass bzw. wie die Beklagte die Klägerin 2 absichtlich oder grob fahrlässig geschädigt haben sollte. Sie behaupten dies nicht einmal. Aber es ist auch nicht ersichtlich, welche Vorteile das Verhalten der Beklagten gehabt haben sollte und insbesondere weshalb sie ein Interesse daran gehabt haben könnte, die Klägerin 2 absichtlich zu schädigen. Auch wenn der absichtlichen Schädigung eine Nachlässigkeit im Sinne einer groben Fahrlässigkeit

gleichgestellt wird, kann der Beklagten nicht vorgeworfen werden, grob fahrlässig gehandelt zu haben, indem sie z.B. die Transaktionen ohne schriftliche Bestätigung durch die Klägerin 2 ausgeführt hat. So hat die Klägerin 2 die Beklagte zur Entgegennahme von Aufträgen per Telefon oder Fax ermächtigt und ausdrücklich auf eine solche Bestätigung verzichtet (act. 3/16 und 3/22).

bb) Vorliegend ist sodann ein bewusstes Abweichen von den während mehreren Jahren erteilten Weisungen der Klägerin 2 nicht ersichtlich. Die Klägerin 2 hat erst im Mai 2008 ihre Bankbeziehung mit der Beklagten aufgenommen (vgl. vorne E. 3.1.a; act. 3/7). Es bestand mit anderen Worten keine langjährige Vertragsbeziehung.

cc) Weiter behaupten die Klägerinnen pauschal, dass die Beklagte um die Nichtgenehmigung gewusst habe (act. 41 Rz. 300). Aus den bisher eingereichten Unterlagen kann aber nicht geschlossen werden, dass die Beklagte wusste, dass die Klägerin 2 die Transaktionen nicht genehmigt hatte. Dass die Beklagte in ihrer Eingabe vom 16. Mai 2012 geschrieben hat, dass sie ab Herbst 2008 Analysen im Hinblick auf einen drohenden Prozess erstellt habe (act. 27 Rz. 15), belegt nicht, dass sie von den Transaktionen im Hinblick auf die Klägerin 2 im fraglichen Zeitraum tatsächlich gewusst hat. Aber die Klägerinnen legen nicht einmal dar, inwiefern sich die Untersuchung der Beklagten überhaupt auf die Klägerin 2 bzw. auf die in Frage gestellten Transaktionen beziehen soll.

Auch wenn die Beklagte im Herbst 2008 erfahren hätte, dass D._____ ohne Genehmigung Transaktionen getätigt hatte, kann dies irgendwann ab Herbstbeginn 2008 geschehen sein. Wann dies aber genau war, führen die Klägerinnen nicht aus. Vielmehr behaupten sie in Bezug auf den Zeitpunkt immer wieder etwas Anderes: Zunächst führen sie in der Klageschrift aus, dass die Beklagte die Machenschaften - aber nur in Bezug auf die Klägerin 1 - im September 2008 aufgedeckt habe (act. 1 Rz. 239). Sodann behaupten sie in Bezug auf die Klägerin 2, dass D._____ "offenbar später als bei der Klägerin 1" von der Beklagten von weiteren riskanten Investitionen abgehalten worden sei. Dieser habe noch zwischen dem 24. September 2008 und dem 9. Oktober 2008 wenige Transaktionen mit Put-Optionen getätigt und so für die Klägerin 2 über USD 700'000.-- verloren.

Doch dann sei ihm das Handwerk gelegt worden, sodass ab 23. Oktober 2008 keine weiteren Engagements eingegangen worden seien (act. 1 Rz. 268). Wann genau jedoch die Beklagte in Bezug auf die Klägerin 2 erfahren bzw. gewusst haben sollte, dass die Klägerin 2 die Transaktionen nicht genehmigte, führen sie nicht aus. Schliesslich behaupten die Klägerinnen in der Replik, dass am 9. Oktober 2008 gekaufte Optionen mit Valuta 24. Oktober 2008 zurückgekauft worden seien, "wohl nachdem die Machenschaften von D._____ auf dem heimlich errichteten Subkonto der Klägerin 2 in I._____ endlich bemerkt" worden seien (act. 41 Rz. 200). Auch in der Replik führen sie aus, dass das zeitliche Zusammenfallen der Verpfändungsverpflichtungen zugunsten der Klägerin 1, die unbefugte Errichtung des Subkontos zulasten der Klägerin 2 sowie die anschliessende Verschiebung der unautorisiert ausgeführten Optionsgeschäfte zulasten der Bankbeziehung der Klägerin 1 auf die Bankbeziehung der Klägerin 2 die Vermutung stützen würden, dass die Beklagte Ende September 2008 auf die Machenschaften von D._____ aufmerksam geworden sei (act. 41 Rz. 422). Einiges bleibt unklar nach diesen Ausführungen. Auch sind diese weder schlüssig noch hinreichend konkret in Bezug auf die Behauptung, dass die Beklagte um die Nichtgenehmigung der Transaktionen gewusst habe. Zudem sind sie widersprüchlich. Die Klägerinnen müssten aber zumindest einmal ganz konkret behaupten, dass, unter welchen Umständen und wann die Beklagte von der Nichtgenehmigung erfahren haben soll.

Die Klägerinnen müssten z.B. konkret behaupten, dass sich die Klägerin 2 bei der Beklagten über die Transaktionen beschwert hat. Gemäss ihrer eigenen Darstellung hat sich F._____ erst mit Faxschreiben vom 4. Dezember 2008 bei der Beklagten in Bezug auf die Klägerin 2 beschwert. Doch wie bereits vorne ausgeführt (E. 4.5.2), erfolgte diese Beschwerde verspätet - die Transaktionen zu Lasten der Klägerin 2 erfolgten zwischen August 2008 und Oktober 2008 und alle Verluste waren bereits eingetreten - und zweitens geht aus dem Wortlaut des Faxschreibens nur hervor, dass F._____ in Bezug auf Transaktionen reklamierte, die in seinem Namen erfolgt sind. Dazu gehören jedoch die Transaktionen zu Lasten der Klägerin 2 nicht.

Auch gehört es zu einem normalen Geschäftsverlauf, dass ein geltend gemachter Schadensfall bankintern bzw. mit externen Anwälten aufgearbeitet wird, um die Sach- und Rechtslage zu analysieren, sei es, um vorzeitig eine Lösung zu finden, sei es, um für den drohenden Prozess gerüstet zu sein. Mit anderen Worten, auch damit können die Klägerinnen nicht beweisen, dass die Beklagte um die Nichtgenehmigung seitens der Klägerin 2 wusste. Aber insbesondere müsste die Beklagte um die Nichtgenehmigung im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bereits während sämtlicher Transaktionen gewusst haben. Bei dieser Argumentation hätte sie aber - wenn überhaupt - erst gegen Ende der angeblich weisungswidrigen Transaktionen von der Nichtgenehmigung erfahren. Dies genügt nicht.

Die Klägerinnen müssten weiter konkret darlegen, aufgrund welcher Handlungen seitens der Klägerin 2 die Beklagte um die Nichtgenehmigung der Transaktionen wusste. Solche Ausführungen fehlen jedoch gänzlich. Wie ausgeführt, hat die Klägerin 2 nicht einmal gegen die getätigten Transaktionen moniert.

Inwiefern sich der angebliche interne Bericht, aber auch die angebliche schriftliche "Stellungnahme von D. _____ an die bankinterne Expertengruppe" mit den Transaktionen zulasten der Klägerin 2 beschäftigen soll, führen die Klägerinnen ebenfalls überhaupt nicht aus.

c) Auch deutet das Unterzeichnen einer Verpfändungserklärung (*General deed of pledge*, act. 3/142) darauf hin, dass die - zumindest bis zur Unterzeichnung des *General deed of pledge* am 25. September 2008 - getätigten Transaktionen von der Klägerin 2 genehmigt waren. Die Klägerin 2 hat sich weder zu diesem noch zu einem späteren Zeitpunkt gegen die Verpfändung gestellt.

d) Schliesslich hat sich die Klägerin 2 auch nie über die getätigten Transaktionen beschwert. Die angebliche Beschwerde nach Erhalt der Vermögensausweise per 27. Juni 2008 (act. 1 Rz. 179) könnte sich - wenn überhaupt - nur auf die Klägerin 1 beziehen, da bis zu diesem Zeitpunkt keine Transaktionen zu Lasten der Klägerin 2 getätigt wurden, die zu einem behaupteten Schaden geführt haben. Zudem wäre das Faxschreiben vom 4. Dezember 2008 mit angeblicher Reklamation (act. 3/160) nicht nur zeitlich zu spät, sondern auch unter dem As-

pekt von Treu und Glauben zu spät erfolgt. Doch ohnehin bezog sich dieses Schreiben nur auf Transaktionen im Namen von F. _____ und nicht auf die Klägerin 2 (vgl. dazu vorne E. 4.5.2).

e) Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass die vereinbarten Genehmigungsklauseln wirksam sind und die Klägerin 2 die getätigten Transaktionen genehmigt hat.

4.6. Fazit

Somit ist festzuhalten, dass den beiden Klägerinnen die Bankunterlagen gestellt wurden. Weiter haben sowohl die Klägerin 1 als auch die Klägerin 2 die angeblich weisungswidrigen Transaktionen gestützt auf Art. 7 AGB bzw. Ziff. 7.3 des *Agreements for the Opening of a Client Relationship* genehmigt. Daher kann offen bleiben, ob die Transaktionen tatsächlich in Auftrag gegeben worden sind und ob eine Vertragsverletzung, ein Schaden, ein adäquater Kausalzusammenhang und ein Verschulden vorliegen.

5. Zusammenfassung

Zwischen der Klägerin 1 und der Beklagten sowie zwischen der Klägerin 2 und der Beklagten besteht ein gewöhnliches Konto-/Depotverhältnis und somit weder ein Vermögensverwaltungs- noch ein Anlageberatungsvertrag. Die zwischen den Parteien vereinbarte Genehmigungsfiktionsklausel ist sowohl in Bezug auf die Klägerin 1 als auch die Klägerin 2 wirksam. Sämtliche Transaktionen gelten somit als genehmigt. Die Klägerin 1 hat daher keine Ansprüche gegenüber der Beklagten. Ihre Klage (Rechtsbegehren 1 bis 3) ist abzuweisen. Auch die Ansprüche der Klägerin 2 gegenüber der Beklagten bestehen nicht. Auch ihre Klage (Rechtsbegehren 4 bis 6) ist abzuweisen.

6. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Bei diesem Prozessausgang werden die Klägerinnen vollumfänglich kosten- und entschädigungspflichtig. Vor dem Hintergrund, dass es sich vorliegend um zwei Klägerinnen handelt, eine Referentenaudienz / Vergleichsverhandlung durchge-

führt wurde, ein komplexer Zwischenentscheid gefällt werden musste, die Fragestellung komplex und die Akten umfangreich sind, rechtfertigt sich eine Erhöhung der Grundgebühr um rund einen Drittel (§ 4 Abs. 2 i.V.m. § 23 aGebV OG). Die Prozessentschädigung ist ebenfalls mit gleicher Begründung zu erhöhen.

Entsprechend den Klagebegehren (geändertes Rechtsbegehren) ist von einem Streitwert von CHF 3'903'208.80 auszugehen (USD 3'980'753.87 [USD 2'033'711.50 + USD 250'000 + USD 1'442'748.50 + USD 254'293.87] bei einem Wechselkurs von CHF 1 = USD 0.98052 am 9. Dezember 2010).

Das Gericht beschliesst:

1. Der Prozess wird bezüglich der Editionsbegehren als durch Klagerückzug erledigt abgeschrieben.
2. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen werden im nachfolgenden Urteil geregelt.
3. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittel mit nachfolgendem Urteil.

Sodann erkennt das Gericht:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 80'000.--.
3. Die Kosten werden zu 3/5 der Klägerin 1 und zu 2/5 der Klägerin 2 auferlegt, unter solidarischer Haftung der Klägerinnen 1 und 2 für den Gesamtbetrag.

4. Die Klägerin 1 wird verpflichtet, der Beklagten eine Prozessentschädigung von CHF 54'000.-- zu bezahlen.
5. Die Klägerin 2 wird verpflichtet, der Beklagten eine Prozessentschädigung von CHF 36'000.-- zu bezahlen.
6. Die Klägerinnen 1 und 2 haften für die Prozessentschädigung der Beklagten im gesamten Betrag von CHF 90'000.-- solidarisch. Die Prozessentschädigung wird jeweils aus den von den Klägerinnen 1 und 2 geleisteten Kauti-
onen gedeckt und direkt - nach Rechtskraft - von der Obergerichtskasse der
Beklagten überwiesen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
8. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb
von 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht,
1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Be-
schwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder
Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42
und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Der Streit-
wert beträgt CHF 3'903'208.80.

Zürich, 20. November 2014

Handelsgericht des Kantons Zürich

Vizepräsident:

Gerichtsschreiberin:

Dr. George Daetwyler

Isabelle Monferrini