



Mitwirkend: Oberrichter Roland Schmid, Präsident, und Oberrichterin Dr. Helen Kneubühler Dienst, die Handelsrichter Dr. Felix Graber, Handelsrichterin Ursula Suter und Handelsrichter Christian Zuber sowie der Gerichtsschreiber Christian Markutt

**Urteil vom 8. Mai 2019**

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_ AG,**  
Klägerin

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

gegen

**B.\_\_\_\_\_ (Schweiz) AG in Liquidation**  
Beklagte

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

betreffend **Forderung**

I. Sachverhalt und Verfahren .....	3
A. Sachverhaltsübersicht .....	3
a. Parteien und ihre Stellung.....	3
b. Übersicht der Beteiligten.....	4
c. Zusammengefasster Prozessgegenstand.....	6
B. Prozessverlauf.....	6
C. Beweisvorbringen der Parteien .....	8
Erwägungen .....	9
II. Formelles .....	9
1. Örtliche und sachliche Zuständigkeit.....	9
2. Weitere Prozessvoraussetzungen und Vorbemerkungen .....	9
III. Materielles.....	10
1. Verhältnis C. _____-Beklagte.....	10
1.1. Vertragliche Grundlagen .....	10
1.2. Anspruchsgrundlagen .....	11
2. Vertretung C. _____ durch D. _____/E. _____ (Zweck der Gesellschaft).....	12
2.1. Allgemeines und rechtliche Grundlagen.....	12
2.2. Unbestrittener Sachverhalt.....	15
2.3. Wesentliche Parteistandpunkte .....	15
2.4. Würdigung.....	18
3. Fehlende Vertretungsbefugnis/Missbrauch Vertretungsmacht? .....	20
3.1. Vorbemerkungen und Beweislast.....	20
3.2. Allgemeines zu den Sorgfalts- und Abklärungspflichten.....	21
3.3. Wahrnehmung der Sorgfalts- und Abklärungspflichten? .....	22
3.3.1. Wesentliche Parteistandpunkte.....	22
3.3.2. Würdigung.....	25
3.4. Unzulässiges "Insichgeschäft" bzw. Interessenkonflikt? .....	28
3.4.1. Wesentliche Parteistandpunkte.....	28
3.4.2. Rechtliches .....	30
3.4.3. Würdigung.....	31
4. Erwerb F. _____ Obligationen (Rechtsbegehren Ziffer 2) .....	33
4.1. Wesentliche Parteistandpunkte .....	33
4.2. Rechtliches.....	34
4.3. Würdigung.....	35
5. Zusammenfassung der Tat- und Rechtsfragen .....	37
IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen .....	37
1. Gerichtskosten .....	37
2. Parteientschädigungen.....	38

**Rechtsbegehren der Klägerin:**

(act. 1 S. 2)

- "1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin CHF 9'432'707.85 nebst 5% Zins seit 15. November 2012 zu bezahlen;
2. Die Beklagte sei weiter zu verpflichten, der Klägerin CHF 320'972.85 nebst 5% Zins seit 11. November 2012 zu bezahlen, Zug um Zug gegen Übergabe von 310'000 Obligationen der F.\_\_\_\_\_ Ltd., ... , British Virgin Islands.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, zuzüglich Mehrwertsteuer, zu Lasten der Beklagten."

**I. Sachverhalt und Verfahren**

A. Sachverhaltsübersicht

a. Parteien und ihre Stellung

Bei der Klägerin handelt es sich um eine Aktiengesellschaft mit u.a. der Zweckumschreibung "*Vertrieb und Beratung von Produkten und Dienstleistungen, insbesondere in den Bereichen ...- und ...-Entwicklung sowie Personalwesen von Eigen- oder Fremdbetrieben sowie ...- und ...-Verkäufer, Personalberatung und Personalvermittlung*" und heutigem Sitz in ... (bisher: ... [SG]). Die Ansprüche, welche die Klägerin geltend macht, wurden ihr von der C.\_\_\_\_\_AG, ... [Adresse] (nachfolgend: C.\_\_\_\_\_) mit Zession vom 12. Oktober 2015 abgetreten (act. 1 Rz. 2 u. 8; act. 3/2). Dagegen macht die Klägerin keine originär eigenen Ansprüche geltend. Bei der C.\_\_\_\_\_ handelt es sich um eine im Jahr 2000 gegründete Investmentgesellschaft (act. 1 Rz. 19; act. 14 Rz. 310). Mit Kollektivzeichnungsrecht waren u.a. D.\_\_\_\_\_, seinerseits Präsident und Delegierter des Verwaltungsrates sowie mit der Geschäftsführung Betrauter, und E.\_\_\_\_\_ ausgestattet (act. 1 Rz. 20). Als kotierte Beteiligungsgesellschaft investierte die C.\_\_\_\_\_ im Wesentlichen in neue Energietechnologien, insbesondere in die Solartechnologie (act. 14 Rz. 67; act. 45 Rz. 99).

Bei der Beklagten handelt es sich um eine Aktiengesellschaft (mittlerweile in Liquidation) mit Sitz in Zürich, zu welcher sich dem Handelsregister als Zweck im Wesentlichen entnehmen lässt: "*Die Gesellschaft bezweckt den Betrieb einer Bank in der Schweiz ...*" (act. 1 Rz. 35; act. 3/13; act. 14 Rz. 334).

b. Übersicht der Beteiligten

Zum besseren Verständnis der vorliegenden Streitsache ist vorab eine Übersicht zu erstellen über die beteiligten juristischen und natürlichen Personen:

Als Hauptfigur ist D.\_\_\_\_\_ (nachfolgend auch: D.\_\_\_\_\_) zu betrachten. D.\_\_\_\_\_, von der Beklagten als "Investitions- und Solarpionier" bezeichnet, war unbestrittenmassen in der Vermögensverwaltung und für diverse Gesellschaften sowie Privatpersonen tätig (act. 14 Rz. 54 ff., Rz. 275, Rz. 320; act. 45 Rz. 78 u. 428). Wie erwähnt fungierte er vom Jahr 2000 bis 2012 als Präsident und Delegierter des Verwaltungsrates der C.\_\_\_\_\_ (act. 1 Rz. 9).

Bei G.\_\_\_\_\_, Direktor der H.\_\_\_\_\_ Ltd. und Geschäftsführer der Treuhandgesellschaft I.\_\_\_\_\_ AG, handelt es sich um den Treuhänder von D.\_\_\_\_\_, von welchem er mindestens teilweise Weisungen betreffend H.\_\_\_\_\_ Ltd. entgegennahm (act. 1 Rz. 10, Rz. 47; act. 14 Rz. 352; act. 45 Rz. 507). G.\_\_\_\_\_ hat 2006 die H.\_\_\_\_\_ Ltd. (nachfolgend: H.\_\_\_\_\_), eine "International Business Company", in St. Vincent & the Grenadines gegründet und war als deren Direktor tätig (act. 1 Rz. 40; act. 45 Rz. 496; act. 14 Rz. 343). G.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ hatten beide eine Einzelunterschriftsberechtigung (act. 1 Rz. 43; act. 14 Rz. 343). Nach klägerischer Ansicht war D.\_\_\_\_\_ Eigentümer und wirtschaftlich Berechtigter der H.\_\_\_\_\_, nach beklagter Ansicht war dies zumindest ab dem Jahr 2008 J.\_\_\_\_\_ (nachfolgend auch: J.\_\_\_\_\_), ein kanadischer Geschäftsmann und Investor auf dem Energiemarkt, und nicht D.\_\_\_\_\_ oder etwa G.\_\_\_\_\_ (act. 1 Rz. 43; act. 14 Rz. 100 ff., Rz. 145-163, Rz. 269, Rz. 277, Rz. 343 ff., Rz. 444 ff., Rz. 490 ff.; act. 45 Rz. 52, Rz. 89 ff.; act. 3/18; act. 3/56; act. 3/58; act. 3/69). Replicando stellt die Klägerin den Begriff des "wirtschaftlich Berechtigten" zur Diskussion und bringt nun (ebenso) vor, dass J.\_\_\_\_\_ auf jeden Fall an den Aktiven der H.\_\_\_\_\_, d.h. den 2 Mio. K.\_\_\_\_\_ Aktien, wirtschaftlich berechtigt gewesen sei (act. 45

Rz. 296, Rz. 302 ff., Rz. 497 f.). Nach übereinstimmender Auffassung war J.\_\_\_\_\_ u.a. Präsident und CEO der K.\_\_\_\_\_ Inc. (ehemals: L.\_\_\_\_\_ Inc.), einer kanadischen Gasproduktionsgesellschaft (act. 14 Rz. 101 f., Rz. 155, Rz. 377 u. 382; act. 45 Rz. 10). Die H.\_\_\_\_\_ wurde 2013 im Handelsregister gelöscht (act. 1 Rz. 45).

Dass D.\_\_\_\_\_ Eigentümer und Geschäftsführer der D.\_\_\_\_\_ & Cie AG, einer Vermögensverwaltungsgesellschaft, war, wurde von der Beklagten nicht (substantiiert) bestritten (act. 1 Rz. 9; act. 14 Rz. 60, Rz. 275 ff., Rz. 321). Die D.\_\_\_\_\_ & Cie AG arbeitete anerkanntermassen mit der Beklagten zusammen (act. 1 Rz. 28; act. 14 Rz. 322 f.). Die M.\_\_\_\_\_ AG (nachfolgend: M.\_\_\_\_\_ ) war ein weiteres Unternehmen, an welchem D.\_\_\_\_\_ beteiligt war, und bezweckte das Management von Unternehmensbeteiligungen sowie die Erbringung von Dienstleistungen im Bereich der Unternehmensfinanzierung und Unternehmensberatung (act. 1 Rz. 37; act. 14 Rz. 60, Rz. 338). Die C.\_\_\_\_\_ hatte ihre Administration an die M.\_\_\_\_\_ ausgelagert (act. 1 Rz. 38; act. 14 Rz. 74 u. 339; act. 3/24). Bei E.\_\_\_\_\_ (nachfolgend auch: E.\_\_\_\_\_ ) handelte es sich um einen Angestellten der M.\_\_\_\_\_ (act. 1 Rz. 39; act. 14 Rz. 312). Sowohl für die M.\_\_\_\_\_ als auch die C.\_\_\_\_\_, bei welcher er indes nicht Angestellter war, verfügte er über Kollektivprokura (act. 1 Rz. 20 u. 39; act. 14 Rz. 312). Seitens der Beklagten spielten N.\_\_\_\_\_, Geschäftsleitungsmitglied und Kundenberater der C.\_\_\_\_\_, sowie O.\_\_\_\_\_, Geschäftsführer bzw. ein weiteres Mitglied der Geschäftsleitung der Beklagten, eine zentrale Rolle (act. 14 Rz. 129; act. 45 Rz. 12 passim).

Die P.\_\_\_\_\_ AG (heute: P.\_\_\_\_\_ AG in Liquidation; nachfolgend: P.\_\_\_\_\_ ) bezweckte die Erbringung von Dienstleistungen im Bereich der Photovoltaik. Die C.\_\_\_\_\_ verfügte über eine Minderheitsbeteiligung an dieser Gesellschaft und unterstützte sie u.a. mit ihrer Erfahrung in der Solarindustrie. D.\_\_\_\_\_ war ab Oktober 2006 Mitglied des Verwaltungsrates mit Kollektivzeichnungsrecht zu zweien. Im April 2008 wurde er Präsident des Verwaltungsrates, ebenfalls mit Kollektivzeichnungsrecht zu zweien (act. 1 Rz. 46; act. 14 Rz. 78 ff. und 351). Als weiteres VR-Mitglied amtierte bei der P.\_\_\_\_\_ unstrittig Dr. Q.\_\_\_\_\_, welcher zusammen mit D.\_\_\_\_\_ ein Konto bei der Beklagten führte, für welches beide einzelzeich-

nungsberechtigt waren (act. 14 Rz. 396 ff.; act. 45 Rz. 554 f.; act. 15/29). Die P.\_\_\_\_\_ hat für den eigentlichen Prozessgegenstand (lit. c nachfolgend) insofern nur eine Bedeutung, als sie als Drittpfandstellerin mit ihren Werten bei der Beklagten für eine Kreditsicherungsgarantie zugunsten von Verpflichtungen der H.\_\_\_\_\_ bei der R.\_\_\_\_\_ Schweiz AG [Bank], ZN Wien auftrat. Die Kreditsicherungsgarantie und damit auch der Pfandvertrag wurden wegen der Gutschrift des gesicherten Betrages zugunsten der H.\_\_\_\_\_ am 23. Juli 2008 gegenstandslos.

### c. Zusammengefasster Prozessgegenstand

Im Zentrum des vorliegenden Prozesses stehen die Verpfändung von Vermögenswerten der C.\_\_\_\_\_ bei der Beklagten durch Vertreter der C.\_\_\_\_\_ (D.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_) zur Sicherung von Ansprüchen der Beklagten gegenüber der H.\_\_\_\_\_ mit Vertrag vom 15. Juli 2008 und ein Überweisungsauftrag der C.\_\_\_\_\_ zugunsten der H.\_\_\_\_\_ in Höhe von CHF 13'000'000.– am 24. November 2010. Im Kern geht es um die Behauptung, D.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ hätten in für die Beklagte erkennbarer Überschreitung ihrer Vertretungsbefugnis bzw. Vertretungsmacht gehandelt. Dies um eine Pfandverwertung bei der C.\_\_\_\_\_ zu vermeiden und letztlich Verfehlungen von D.\_\_\_\_\_ zu decken (vgl. die Zusammenfassungen der Parteien act. 45 Rz. 7, Rz. 17 f.; act. 52 Rz. 14). Zur Begründung bringt die Klägerin diverse Umstände vor, anhand welcher die Beklagte hätte merken müssen, dass die fraglichen Transaktionen unbefugt vorgenommen worden seien. Die Beklagte stellt jegliche Sorgfaltspflichtverletzung in Abrede. Die Klägerin fordert in der Konsequenz die (Rück-)Erstattung von insgesamt CHF 9'432'707.85 nebst Zins (Rechtsbegehren Ziffer 1). Weiter stellt die Klägerin in Abrede, dass D.\_\_\_\_\_ am 11. November 2011 gültig der Beklagten per Telefon den Auftrag erteilt hat, 350'000 Obligationen der F.\_\_\_\_\_ für die C.\_\_\_\_\_ zu erwerben. Sie fordert nun die Rückerstattung von CHF 320'972.85, Zug um Zug gegen Übergabe von 310'000 Obligationen (Rechtsbegehren Ziffer 2).

### B. Prozessverlauf

Am 6. Dezember 2016 (Datum Poststempel) reichte die Klägerin hierorts die Klage ein (act. 1). Mit Verfügung vom 7. Dezember 2016 wurde ihr Frist zur Leistung

des Gerichtskostenvorschusses angesetzt (act. 5). Nachdem die Klägerin den Gerichtskostenvorschuss rechtzeitig geleistet hatte (act. 7), wurde der Beklagten mit Verfügung vom 13. Dezember 2016 eine Frist angesetzt, um die Klageantwort einzureichen (act. 8). Die Beklagte erstattete ihre Klageantwort – innert Nachfrist – am 27. März 2017 (Datum Poststempel) und stellte dabei diverse prozessuale Anträge, so u.a. einen Antrag auf Sicherstellung der Parteientschädigung (act. 11; act. 12; act. 14). Die Klägerin nahm zu den formellen Einwänden der Beklagten fristgerecht am 4. Mai 2017 Stellung und reichte zusätzlich zwei Urkunden ins Recht (act. 18; act. 19/149-150). Mit Eingabe vom 16. Mai 2017 nahm die Beklagte unaufgefordert Stellung zu diesen von der Klägerin zusätzlich eingereichten Urkunden (act. 22). Mit Verfügung vom 29. Mai 2017 wurden die prozessualen Anträge Ziff. 1-4 der Beklagten gemäss Klageantwort vom 27. März 2017 (act. 14) abgewiesen, soweit sie nicht bereits gegenstandslos geworden waren (act. 23). Am 6. Juni 2017 reichte die Beklagte eine als Noveneingabe bezeichnete Eingabe samt einer zusätzlichen Beilage ein (act. 25; act. 26/70). In der Folge reichte die Klägerin (unaufgefordert) zwei weitere Eingaben ein, einerseits nahm sie mit Eingabe vom 12. Juni 2017 Stellung zu den beklagtischen Ausführungen anlässlich deren Eingabe vom 16. Mai 2017 (act. 29), andererseits nahm sie mit Eingabe vom 22. Juni 2017 Stellung zur Noveneingabe der Beklagten vom 6. Juni 2017 sowie der zusätzlich eingereichten Beilage (act. 32). Am 8. November 2017 fand eine Vergleichsverhandlung statt, anlässlich welcher keine Einigung zustande kam (Prot. S. 13 f.). Mit Verfügung vom 10. November 2017 wurde sodann ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet und der Klägerin Frist zur Erstattung der Replik angesetzt (act. 39).

Die Replik samt weiteren Beilagen erstattete die Klägerin – innert erstreckter – Frist (Prot. S. 15) am 15. Februar 2018 (act. 45). Die Beklagte erstattete ihre Duplik rechtzeitig am 4. Juni 2018 (Prot. S. 17; act. 52). Mit Verfügung vom 7. Juni 2018 wurde Aktenschluss festgestellt (act. 54). Mit Eingabe vom 22. Juni 2018 nahm die Klägerin (unaufgefordert) Stellung zur Duplik der Beklagten (act. 56). Weiter reichte sie am 13. Juli 2018 eine Noveneingabe mit zusätzlichen Beilagen ein (act. 58; act. 59/193-197). Zu dieser Noveneingabe nahm wiederum die Beklagte am 6. August 2018 Stellung und reichte zudem zwei weitere Beilagen ein

(act. 61; act. 62/79-80). Mit Eingabe vom 17. August 2018 reagierte erneut die Klägerin und reichte eine weitere (unaufgeforderte) Stellungnahme ein (act. 64).

Mit Verfügung vom 13. März 2019 wurde den Parteien Frist angesetzt, um zu erklären, ob sie auf die Durchführung der mündlichen Hauptverhandlung verzichteten (act. 64). Mit Eingabe vom 25. März 2019 (Datum Poststempel) erklärte die Beklagte innert Frist, dass sie auf die Durchführung einer mündlichen Hauptverhandlung verzichte (act. 68). Die Klägerin liess sich innert Frist nicht vernehmen, womit androhungsgemäss ebenso von einem Verzicht auszugehen ist.

### C. Beweisvorbringen der Parteien

Die Klägerin offeriert zum Beweis ihrer Behauptungen diverse [eingereichte] *Urkunden* (act. 1 S. 107 ff.: act. 3/2-148; act. 18 S. 7: act. 19/149-150; act. 45 Anhang: act. 46/150-192; act. 58: act. 59/193-197). Ausserdem diverse *Urkunden zur Edition* durch die Beklagte (act. 1 S. 113 f.; act. 45 Anhang; act. 56 S. 18). Sowie diverse *Zeugen* (act. 1 S. 114; act. 45 Anhang; act. 58 S. 12). Und schliesslich diverse *Gutachten* (act. 45 Anhang). Die Beklagte offeriert zum Beweis ihrer Darstellungen diverse *Urkunden* (act. 14 S. 176 ff.: act. 15/1-69; act. 25 S. 9: act. 26/70; act. 52 S. 193 f.: act. 53/71-78; act. 61 S. 17: act. 62/79-80) ein Gutachten und *Zeugen* (act. 14 S. 180; act. 52 S. 193; act. 53/71; act. 61 S. 17).

Die Parteien offerierten ihre Beweismittel form- und fristgerecht sowie versehen mit Beweismittelverzeichnissen. In Bezug auf die jeweils von den Parteien ins Feld geführten (Rechts-)Gutachten von Prof. Dr. S.\_\_\_\_\_ (act. 46/151) und Prof. Dr. T.\_\_\_\_\_ (act. 53/71) ist zu bemerken, dass es sich hierbei unbestrittenmassen *nicht* um spezifische Beweismittel, insbesondere nicht um Gutachten im Sinne von Art. 183 ff. ZPO, handelt (BGE 141 III 433 E. 2; Urteil des Bundesgerichts 4A\_9/2018 vom 31. Oktober 2018 E. 5.1. ff.). Ungeachtet dessen wendet das Gericht das Recht ohnehin von Amtes wegen an ("iura novit curia"; Art. 57 ZPO). Immerhin sind entsprechende Vorbringen aus den Gutachten, soweit ordnungsgemäss als Parteibehauptungen aufgestellt und in die Rechtsschriften integriert, zu berücksichtigen (vgl. u.a. Urteile des Bundesgerichts 4A\_284/ 2017 vom 22. Januar 2018 E. 4.2. m.w.H. und 4A\_646/ 2016 vom 8. März 2017 E. 3.4. so-

wie 4A\_261/2017 vom 30. Oktober 2017 E. 4.3. m.w.H.; BGE 141 III 433 E. 2.6). Der Prozess erweist sich nunmehr als spruchreif. Auf die wesentlichen Parteivorbringen, die Akten sowie die offerierten Beweismittel wird – soweit für die Entscheidungsfindung notwendig – im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

## Erwägungen

### **II. Formelles**

#### 1. Örtliche und sachliche Zuständigkeit

Zur Begründung der *örtlichen* Zuständigkeit stützt sich die Klägerin sowohl auf die anwendbaren AGB der Beklagten als auch Art. 31 ZPO, was von der Beklagten anerkannt wird (act. 1 Rz. 3; act. 14 Rz. 3). Die örtliche Zuständigkeit des hiesigen Gerichts ist gegeben. Die *sachliche* Zuständigkeit des Gerichtes im Sinne von Art. 6 ZPO ist ohne Weiteres gegeben und ebenfalls anerkannt (act. 1 Rz. 4; act. 14 Rz. 3): Die vorliegende Streitigkeit betrifft die geschäftliche Tätigkeit der Parteien (lit. a), aufgrund des CHF 30'000.– übersteigenden Streitwertes steht die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht offen (lit. b) und die Parteien sind im schweizerischen Handelsregister eingetragen (lit. c).

#### 2. Weitere Prozessvoraussetzungen und Vorbemerkungen

Die von der Beklagten mit der Klageantwort vom 27. März 2017 gestellten prozessualen Anträge (act. 14 S. 2) wurden bereits mit Verfügung vom 29. Mai 2017 abgewiesen (act. 23), soweit sie nicht bereits gegenstandslos geworden waren. Die Klägerin (A. \_\_\_\_\_ AG) macht unbestrittenermassen keine eigenen Ansprüche gegenüber der Beklagten geltend. Die C. \_\_\_\_\_ hat ihr mittels Zessionsurkunde vom 12. Oktober 2015 sämtliche Ansprüche gegenüber der Beklagten abgetreten (act. 3/2). Hierbei handelt es sich um eine Abtretung im Sinne von Art. 164 ff. OR, deren Gültigkeit von der Beklagten zuletzt nicht mehr in Abrede gestellt wird (act. 45 Rz. 408; act. 52 Rz. 561). Die übrigen Prozessvoraussetzungen geben zu

keinen Bemerkungen Anlass; auf die Klage ist daher *einzutreten* (Art. 59 Abs. 1 ZPO).

### III. Materielles

#### 1. Verhältnis C. \_\_\_\_\_-Beklagte

##### 1.1. Vertragliche Grundlagen

Nach übereinstimmender Auffassung der Parteien wurde am 13. Juni 2008 von D. \_\_\_\_\_ und E. \_\_\_\_\_ namens der C. \_\_\_\_\_ das Konto/Depot Nr. ... bei der Beklagten eröffnet (act. 1 Rz. 121; act. 14 Rz. 127 u. 439; act. 3/51; act. 15/41). Die Eröffnung eines Kontos und damit der Abschluss eines *Kontokorrentvertrages* bilden die Basis für die Aufnahme der Geschäftsbeziehung eines Kunden mit der Bank (EMCH/RENZ/ARPAGAUS, Das Schweizerische Bankgeschäft, 7. Aufl. 2011, Rz. 655 ff.). Nähere gesetzliche Definitionen hierzu fehlen, hauptsächlich kommen Auftrags- und Anweisungsrecht sowie die Bestimmungen über das Darlehen und die (irreguläre) Hinterlegung zur Anwendung (vgl. EMCH/RENZ/ARPAGAUS, a.a.O., Rz. 657; Urteil des Bundesgerichts 4A\_329/2013 vom 10. Dezember 2013 E. 5; für den "Depotvertrag": EMCH/RENZ/ARPAGAUS, a.a.O., Rz. 769 ff.). Über die Konto-/Depotbeziehung hinausgehende Vertragsbestandteile wurden ansonsten nicht behauptet, namentlich bestand anerkanntermassen kein Mandat für eine Vermögensverwaltung (act. 14 Rz. 62; act. 45 Rz. 87; vgl. zu den Abgrenzungen: BGE 144 III 155 E. 2.1 m.w.H.; Urteil des Bundesgerichts 4A\_54/2017 vom 29. Januar 2018 E. 5.2).

Weiter ist unbestritten, dass die C. \_\_\_\_\_ und die Beklagte am 15. Juli 2008 einen *Pfandvertrag* abgeschlossen haben, mit welchem die C. \_\_\_\_\_ sämtliche Vermögenswerte der C. \_\_\_\_\_ bei der Beklagten zur Sicherstellung sämtlicher Ansprüche derselben gegen die H. \_\_\_\_\_ verpfändete (act. 1 Rz. 169; act. 3/72). Zuvor hatte die C. \_\_\_\_\_ bereits im Rahmen des Kreditvertrages zu Gunsten der H. \_\_\_\_\_ Sicherheiten gestellt (act. 3/65; act. 14 Rz. 134). Der Pfandvertrag wiederum ist nicht eigens gesetzlich geregelt (EMCH/RENZ/ARPAGAUS, a.a.O., Rz. 1225 ff.). Am 24. November 2010 erteilten D. \_\_\_\_\_ und E. \_\_\_\_\_ schliesslich

unbestrittenermassen der Beklagten den Auftrag, vom Konto der C.\_\_\_\_\_ CHF 13'000'000.– auf das Konto der H.\_\_\_\_\_, das einen Sollsaldo von CHF 12'996'100.42 aufwies, zu übertragen (act. 1 Rz. 226; act. 14 Rz. 167; act. 3/102). Bei dem im Rahmen der Kontobeziehung erteilten *Zahlungsauftrag* liegt nach zutreffender Auffassung (auch) eine Anweisung im Sinne von Art. 466 OR vor (BGE 132 III 609 E. 5.1 = PRA 96 [2007] Nr. 46; BGE 126 III 20 E. 3aa; THOMAS KOLLER, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 6. Aufl. 2015, N. 2 Vor Art. 466-471 OR; vgl. act. 14 Rz. 196 ff.; act. 45 Rz. 364). In diesem Zusammenhang hat das Bundesgericht für das Valutaverhältnis einer Anweisung festgestellt: [...] "*dass die mit der Überweisung beauftragte Bank sich um die zugrundeliegenden Rechtsbeziehungen zwischen dem Auftraggeber und Begünstigtem grundsätzlich nicht zu kümmern braucht, zumal sie regelmässig keinen hinreichenden Einblick in die Absichten und Dispositionen des Auftraggebers hat*" [...] (BGE 124 III 253 E. 3c). Im Umfang des überwiesenen Betrages wurde die C.\_\_\_\_\_ Darlehensgläubigerin der P.\_\_\_\_\_. Die Motive der C.\_\_\_\_\_, die zur Ablösung des nicht fälligen H.\_\_\_\_\_ -Kredits bei der Beklagten führten, können offen bleiben. Der unter A.c. erwähnte Pfandvertrag wurde demzufolge gegenstandslos, falls sonst keine damit gedeckten weiteren Forderungen der Beklagten gegenüber der H.\_\_\_\_\_ mehr bestanden.

## 1.2. Anspruchsgrundlagen

Verlangt der Kunde als Gläubiger die Rückerstattung seines Kontoguthabens, so macht er gemäss konstanter Rechtsprechung und Lehre – unabhängig davon, ob gestützt auf ein Darlehen (Art. 312 ff. OR) oder die irreguläre Hinterlegung (*depositum irregulare*; Art. 481 OR) – einen Anspruch auf Vertragserfüllung geltend, d.h. der Schuldner einer Kontokorrentforderung hat seinem Gläubiger zu leisten (BGE 111 II 263 E. 1a; bzgl. Erfüllungsanspruch zuletzt: Urteile des Bundesgerichts 4A\_302/2018 vom 17. Januar 2019 E. 2.5; 4A\_81/2018 vom 29. Mai 2018 E. 3; 4A\_119/2018 vom 7. Januar 2019 E. 3.1.; 4A\_379/2016 vom 15. Juni 2017 E. 3.2.2.; 9C\_675/2011 vom 28. März 2012 E. 3.1; Urteile des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG150071 vom 25. November 2016 E. 1.4. S. 12 m.w.H. sowie HG140185 vom 23. November 2016 E. 7.2 = ZR 116 [2017] Nr. 4 S. 18; vgl.

zum Ganzen NICOLAS BRACHER, Legitimationsprüfung und Risikotransfer bei E-Mail-Zahlungsaufträgen, SZW 2018 S. 157 ff.). Der Nachweis richtiger Erfüllung des Vertrags obliegt der Vertragsschuldnerin, d.h. sie trägt in der Regel das Risiko einer Leistung an einen Unberechtigten (Urteil des Bundesgerichts 9C\_675/2011 vom 28. März 2012 E. 3.2). Neben der Prüfung der Identität kann eine Legitimitätsprüfung namentlich hinsichtlich Vertretungsbefugnis angezeigt sein, denn die Überschreitung der Vollmacht kann dazu führen, dass im Rahmen des Anspruchs auf Vertragserfüllung dem Berechtigten ein zweites Mal zu leisten ist (Urteil des Bundesgerichts 4A\_536/2008 vom 10. Februar 2009 E. 5.2; NICOLAS BRACHER, a.a.O., S. 157). Da die Klägerin vorbringt, es seien entsprechende Beträge der C.\_\_\_\_\_ zu Unrecht von deren Konto transferiert worden, und fordert, diese seien demzufolge wieder zu erstatten, macht sie einen solchen (zedierten) Anspruch auf Vertragserfüllung und nicht einen Schadenersatzanspruch geltend. Im Kern ist somit zusammenfassend zu prüfen, ob die Beklagte die fraglichen Gelder ordnungsgemäss vom Konto der C.\_\_\_\_\_ transferiert hat oder ob sie gegebenenfalls *erneut* zu leisten hat.

## 2. Vertretung C.\_\_\_\_\_ durch D.\_\_\_\_\_/E.\_\_\_\_\_ (Zweck der Gesellschaft)

### 2.1. Allgemeines und rechtliche Grundlagen

Für die Aktiengesellschaft sieht Art. 718a Abs. 1 OR vor, dass die *befugten* Personen im Namen der Gesellschaft *alle* Rechtshandlungen vornehmen können, die der *Zweck* der Gesellschaft *mit sich bringen kann*. Als zur Vertretung befugt gilt gemäss Art. 718 Abs. 1 OR primär der Verwaltungsrat (BGE 142 III 204 E. 2.1). Die juristische Person muss sich grundsätzlich auch das deliktische Verhalten ihrer Organe in Wahrnehmung der Organtätigkeit anrechnen lassen (Urteil des Bundesgerichts 2C\_245/2018 vom 21. November 2018 E. 6.2. m.w.H.). Auskunft über die zur Vertretung der Gesellschaft befugten Personen gibt aus Gründen des Vertrauensschutzes und der Verkehrssicherheit das *Handelsregister* (Urteil des Bundesgerichts 4A\_147/2014 vom 19. November 2014 E. 3.2.5. m.w.H.; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, a.a.O., § 6 N. 18 f., DRUEY/DRUEY JUST, in: Druey/Just/Glanzmann [Hrsg.], Gesellschafts- und Handelsrecht, 11. Aufl. 2015, § 23 N. 16). Eingetragen wird die Art der Ausübung der Vertretung, insbesondere die

kollektive Zeichnungsberechtigung, womit das Handelsregister m.a.W. die Frage beantwortet, *wer* für die Aktiengesellschaft handeln kann (BGE 142 III 204 E. 2.3). Zur Frage, *welche* Rechtshandlungen die entsprechend befugten Personen ausüben können: Im Rahmen von Art. 718a OR unterscheidet die überwiegende Lehre und Rechtsprechung zwischen *Vertretungsmacht* und *Vertretungsbefugnis*. Die Vertretungsmacht umfasst all jene Rechtshandlungen, die ein Organ im Aussenverhältnis für die Gesellschaft eingehen kann ("rechtliches Können") (Urteil des Bundesgerichts 2F\_27/2016 vom 15. Juni 2017 E. 5.3 [übersetzt und zusammengefasst in: ius.focus 8/2017 S. 11]; HANS CASPAR VON DER CRONE, Aktienrecht, Bern 2014, § 4 N. 217 ff.; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 12. Aufl. 2018, § 2 N. 135; abweichend ROLF WATTER, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5. Aufl. 2016, Art. 718 OR N. 19 und Art. 718a OR N. 10). Bei der Vertretungsbefugnis geht es darum, inwieweit jemand berechtigt ist, für die Gesellschaft rechtlich verbindlich aufzutreten ("rechtliches Dürfen"); d.h. betroffen ist das Innenverhältnis (MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, a.a.O., § 2 N. 135; Urteil des Bundesgerichts 2F\_27/2016 vom 15. Juni 2017 E. 5.3 [übersetzt und zusammengefasst in: ius.focus 8/2017 S. 11]).

Die Zweckgrenze ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sehr weit zu fassen. Unter die Rechtshandlungen, die der Zweck der Gesellschaft "mit sich bringen kann", sind gemäss Bundesgericht: *"nicht nur Rechtshandlungen zu verstehen, die dem Vertretenen nützlich sind oder in seinem Betriebe gewöhnlich vorkommen, sondern alle Rechtshandlungen, die, objektiv betrachtet, im Interesse des von ihm verfolgten Zweckes liegen können, d.h. durch diesen nicht geradezu ausgeschlossen werden"* (BGE 95 II 442 E. 3 m.w.H.; Urteile des Bundesgerichts 2C\_245/2018 vom 21. November 2018 E. 6.2., 4A\_147/2014 vom 19. November 2014 E. 3.1.1. und 4A\_228/2008 vom 27. März 2009 E. 4.1.1; ROLF WATTER, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5. Aufl. 2016, Art. 718a OR N. 3). Diese sehr weite Auslegung dient dem Verkehrsschutz respektive dem Schutz des *gutgläubigen* Dritten (Urteil des Bundesgerichts 4A\_617/2013 vom 30. Juni 2014 E. 5.1.). Für den gutgläubigen Dritten ist dementsprechend einzig entscheidend, dass das Rechtsgeschäft nicht direkt und offensichtlich im Widerspruch zum Gesellschaftszweck steht, sodass es durch diesen geradezu ausgeschlossen

wird. Die Ungültigkeit von Vertretungshandlungen "wegen Zweckwidrigkeit" soll nur "in Extremfällen" anzunehmen sein, so beispielsweise bei Handlungen, die dem Gesellschaftszweck diametral entgegenlaufen oder diesen gar zu vereiteln geeignet sind. Namentlich kann dies vorliegen bei einer Handlung der faktischen Liquidation oder wenn ein Interessenkonflikt zur vertretenen juristischen Person erkennbar ist oder bei gebührender Sorgfalt erkennbar wäre, ansonsten sich der (gutgläubige) Vertragspartner auf den Handelsregistereintrag verlassen kann (Urteile des Bundesgerichts 4A\_147/2014 vom 19. November 2014 E. 3.1.1. und E. 3.2.5 sowie 4A\_459/2013 vom 22. Januar 2014 E. 3.2.1; BGE 116 II 320 E. 3a; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, a.a.O., § 16 N. 571; PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl. 2009, § 13 N. 497 ff.).

Der *gutgläubige* Dritte wird in seinem Vertrauen auf die Vertretungsbefugnis des Organs, d.h. den Handelsregistereintrag, v.a. auch geschützt, ohne dass er sich darum zu kümmern hätte, ob das Organ nach der internen Kompetenz- und Entscheidungsordnung zum Abschluss des konkreten Rechtsgeschäfts befugt war oder nicht (Urteile des Bundesgerichts 2C\_245/2018 vom 21. November 2018 E. 6.4. und 2F\_27/2016 vom 15. Juni 2017 E. 5.3 [übersetzt und zusammengefasst in: ius.focus 8/2017 S. 11]; HANS CASPAR VON DER CRONE, Aktienrecht, Bern 2014, § 4 N. 218). Eine Ausnahme besteht dort, wo "*sich die Indizien einer mangelnden Vertretungsbefugnis zu einem an Sicherheit grenzenden Verdacht verdichten*" (ROLF WATTER, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5. Aufl. 2016, Art. 718a OR N. 11; PETER BÖCKLI, a.a.O., § 13 N. 509). Wie gesehen ist die Gut- oder Bösgläubigkeit entscheidend. Der gute Glaube ist gemäss Art. 3 Abs. 1 ZGB zu vermuten.

Dies bedeutet, dass nicht der gute, sondern der böse Glaube zu beweisen ist. In diesem Sinne hat die Partei, welche die entsprechende Beweislast trägt, zwei Möglichkeiten: Entweder zerstört sie die Vermutung des guten Glaubens, indem sie beweist, dass der Gegner den rechtlichen Mangel kannte und folglich bösgläubig war, oder sie geht von dieser Vermutung aus, legt jedoch in Übereinstimmung mit Art. 3 Abs. 2 ZGB dar, dass die andere Partei nicht berechtigt war, sich auf den guten Glauben zu berufen, weil dieser nicht mit der Aufmerksamkeit zu

vereinbaren ist, die von ihr aufgrund der Umstände verlangt werden durfte (BGE 143 III 653 E. 4.3.3; Urteile des Bundesgerichts 4A\_212/2014 vom 9. Oktober 2014 E. 5.2.1. und 4A\_91/2016 vom 3. August 2016 E. 2.2.1. unter Verweis auf BGE 131 III 511 E. 3.2.2). Der Sorgfaltsmassstab bemisst sich nach der Art des Geschäfts. Von einer Bank sind grundsätzlich – soweit nicht eine bestimmte vertragliche Verpflichtung (z.B. ein Vermögensverwaltungsmandat) besteht – nur vertiefte Untersuchungen zu fordern, wenn sie mit Geschäften konfrontiert wird, die nicht zum normalen Geschäftsverlauf gehören (Urteile des Bundesgerichts 4A\_81/2018 vom 29. Mai 2018 E. 3 und 4A\_228/2008 vom 27. März 2009 E. 4.1.2.; bzgl. Abklärungspflicht der Bank hinsichtlich Vertretungsbefugnis zuletzt: Urteil des Bundesgerichts 4A\_302/2018 vom 17. Januar 2019 E. 2.3.). Eine weitergehende Kontrolle drängt sich hingegen auf, wenn eine Häufung ungewöhnlicher Umstände vorliegt. Zu beachten sind die konkreten Umstände (Urteile des Bundesgerichts 4A\_386/2016 vom 5. Dezember 2016 E. 2.4.3. und 4A\_302/2018 vom 17. Januar 2019 E. 2.3.1. u. 2.3.2.). Weiter sind namentlich Geschäfte heikel, in welchen *Interessenkonflikte* vorliegen können (vgl. hierzu unten Ziff. 3.4.).

## 2.2. Unbestrittener Sachverhalt

Zwischen den Parteien ist nicht strittig, dass sowohl D.\_\_\_\_\_ als auch E.\_\_\_\_\_ während der gesamten relevanten Zeitdauer, d.h. im Zeitpunkt der Drittpfandbestellung und der Überweisung vom 24. November 2010, gemäss Handelsregister kollektiv zu zweien zeichnungsberechtigt und auch gemäss der der Bank gegenüber kommunizierten Unterschriftenregelung berechtigt waren (act. 1 Rz. 20; act. 14 Rz. 73 u. 312; act. 45 Rz. 468). Nach übereinstimmender Ansicht der Parteien war D.\_\_\_\_\_ Geschäftsführer der C.\_\_\_\_\_ und für die administrative Führung und die Abwicklung von Kapitaltransaktionen verantwortlich (act. 45 Rz. 131).

## 2.3. Wesentliche Parteistandpunkte

Die Klägerin verneint die gültige Vertretungswirkung der C.\_\_\_\_\_ durch D.\_\_\_\_\_/E.\_\_\_\_\_ und führt dazu folgende Behauptungen ins Feld: Die *Verpfän-*

ung des Kontos der C.\_\_\_\_\_ zu Gunsten der H.\_\_\_\_\_ sei für Dritte erkennbar nicht durch den Zweck der C.\_\_\_\_\_ gedeckt gewesen, da die C.\_\_\_\_\_ im Zeitpunkt der Verpfändung eine börsenkotierte (sic!) Investmentgesellschaft gewesen sei, was aus Art. 3 ihrer Statuten erhelle. Solche Gesellschaften aber wollten für ihre Aktionäre den Wert der Gesellschaft steigern, was sich am Net Assued Value (sic!) pro Aktie messen liesse. Die Erteilung von Krediten an Dritte oder die Absicherung von Dritten, wie vorliegend bei der H.\_\_\_\_\_, sei zumindest implizit vom Zweck der C.\_\_\_\_\_ ausgeschlossen (act. 45 Rz. 28). Auch der *Transfer* der CHF 13 Mio. sei vom Zweck der C.\_\_\_\_\_ nicht gedeckt gewesen, da er ökonomisch einer Darlehensgewährung gleichkomme und solche Geschäfte zu Gunsten einer Gesellschaft, die in artfremden Bereichen tätig sei, keinerlei Beziehung zur darlehensgewährenden Gesellschaft hätten, ein geringes formelles Eigenkapital aufwiesen und ohne werthaltige Sicherheiten agierten – also wie bei der H.\_\_\_\_\_ – vom Zweck ausgeschlossen seien (act. 45 Rz. 29). Replicando stellt sich die Klägerin im Weiteren auf den Standpunkt, die Unterschrift von E.\_\_\_\_\_ bezüglich dem Drittpfandvertrag vom 15. Juli 2008 (act. 3/72) sei gefälscht (act. 45 Rz. 272 ff. und Rz. 332; act. 3/22 [S. 4]).

Die Beklagte bringt vor, die C.\_\_\_\_\_ habe sich nach aussen, entsprechend dem damaligen Handelsregistereintrag jeweils mit Kollektivunterschrift, durch den Verwaltungsratspräsidenten D.\_\_\_\_\_, seines Zeichens verantwortlich für die Geschäftsführung und insbesondere zuständig für die Abwicklung von Kapitaltransaktionen, sowie den Prokuristen E.\_\_\_\_\_ vertreten lassen (act. 14 Rz. 73 f., Rz. 268). Die anderen Verwaltungsratsmitglieder der C.\_\_\_\_\_ seien demgegenüber nicht für das operative Geschäft zuständig gewesen, was u.a. aus den Geschäftsberichten erhelle (act. 14 Rz. 75 u. 316; act. 15/18-21). Nach den publizierten Aussagen der C.\_\_\_\_\_ sei zudem vorgesehen gewesen, dass der Gesamtverwaltungsrat durch D.\_\_\_\_\_ regelmässig über die Portfoliounternehmen und den Geschäftsgang informiert werden sollte (act. 14 Rz. 76). Abgesehen davon führt die Beklagte weiter die Ziff. 1 ihrer AGB ins Feld, wonach die der Bank schriftlich bekanntgegebene Unterschriftenregelung bis zu einem schriftlichen Widerruf gelte, ungeachtet anderslautender Handelsregistereinträge und Veröffentli-

chungen (act. 14 Rz. 205; act. 15/41; act. 15/58). Sie habe jeweils im Einklang mit dieser Unterschriftenregelung gehandelt (act. 14 Rz. 206).

Zum Thema der Zweckwidrigkeit der Drittbesicherung und Ablösung des H.\_\_\_\_-Kredits entgegnet die Beklagte, dies sei vom Gesellschaftszweck der C.\_\_\_\_ ohne Weiteres gedeckt gewesen (act. 14 Rz. 209). Auch die Gewährung von Darlehen an Dritte hätte eindeutig zum Geschäft der C.\_\_\_\_ gehört (act. 14 Rz. 71; act. 15/18-20). Gleichermassen sei die Zahlung von CHF 13 Mio. der C.\_\_\_\_ an die H.\_\_\_\_, ob schlicht als "Überweisungsauftrag" oder als Darlehensgewährung, nach einer abstrakten und objektiven Beurteilung klar vom Zweck gedeckt (act. 52 Rz. 25 ff.). Ob eine fragliche Transaktion darüber hinaus zweckdienlich sei, sei für die Bank unerheblich. Es komme nicht darauf an, ob ein Geschäft *tatsächlich* den Interessen der Gesellschaft gedient habe (act. 14 Rz. 210; act. 52 Rz. 20 u. 106). Die Klägerin hingegen gehe von einem rechtlich unzutreffenden Verständnis aus, da sie ihre Einwendungen auf den *konkreten* Sachzusammenhang und die entsprechenden Gegebenheiten stütze (act. 52 Rz. 27). Seitens der Klägerin werde angeführt, die Überweisung an die H.\_\_\_\_ sei nicht im Interesse der C.\_\_\_\_ gelegen und bei D.\_\_\_\_ hätte ein Interessenkonflikt bestanden (act. 52 Rz. 28). Da sie gutgläubig gewesen sei, hätte sie auf das Vorhandensein der Vertretungsbefugnis der Organe vertrauen dürfen. Überhaupt lägen keinerlei Hinweise vor, dass die *Vertretungsbefugnis* von D.\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_, z.B. aufgrund von Anordnungen, Weisungen etc., beschränkt gewesen wäre (act. 52 Rz. 28). Eine Erkundungspflicht infolge eines Verdachtes oder ernsthaften Zweifeln habe nicht bestanden (act. 14 Rz. 213 ff.). Insbesondere habe kein Anlass bzw. sogar eine Pflicht zur Einholung der Zustimmung des (Rest-) Verwaltungsrates der C.\_\_\_\_ bestanden (act. 14 Rz. 294). Abgesehen davon hätte ebenfalls das von der Klägerin angeführte Anlagereglement der C.\_\_\_\_ u.a. Darlehen an Firmen in- und ausserhalb Europas erlaubt (act. 52 Rz. 97). Zur klägerischen Behauptung, die Unterschrift von E.\_\_\_\_ auf dem Pfandvertrag sei gefälscht, erwidert die Beklagte, dies sei haltlos und werde bestritten. Es sei in keiner Weise aussagekräftig, dass sich E.\_\_\_\_ knapp sechs Jahre nach Unterzeichnung nicht mehr daran erinnern könne. Im Übrigen bliebe

die klägerische Behauptung unsubstantiiert, was aber letztlich keine Rolle spielte (act. 52 Rz. 457 ff.).

#### 2.4. Würdigung

Nach den übereinstimmenden Ausführungen der Parteien und im Einklang mit den rechtlichen Grundlagen (Art. 718a Abs. 1 OR) sowie den Handelsregistereinträgen (act. 3/5) waren D.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ im massgebenden Zeitraum *kollektiv zu zweien berechtigt*, für die C.\_\_\_\_\_ zu handeln. Dies entsprach auch der der Beklagten bekanntgegebenen Unterschriftenregelung der C.\_\_\_\_\_ (act. 15/41). Die Klägerin führt im Wesentlichen ins Feld, D.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ hätten nicht dem Zweck der Gesellschaft entsprechend gehandelt. Dem massgeblichen Handelsregisterauszug (act. 3/5) lässt sich entnehmen, dass die C.\_\_\_\_\_ die Tätigkeit als Beteiligungsgesellschaft bezweckte. Weiter wird u.a. statuiert: [...] *"Die Gesellschaft kann alle kommerziellen, finanziellen und anderen Tätigkeiten ausüben, welche mit dem Zweck der Gesellschaft im Zusammenhang stehen oder geeignet sind, diesen direkt oder indirekt zu fördern."*[...]. Die Zweckbeschreibung der C.\_\_\_\_\_ selber sieht demzufolge explizit eine erweiterte Zweckgrenze vor. Dies nachdem nach der dargelegten Rechtsprechung und Lehre ohnehin die Zweckgrenze sehr grosszügig gezogen wird; nach der bundesgerichtlichen Wendung soweit, *"dass das Rechtsgeschäft nicht direkt und offensichtlich im Widerspruch zum Gesellschaftszweck steht, sodass es durch diesen geradezu ausgeschlossen wird"* (vgl. oben Ziff. 2.1.). Unter diesem Aspekt ist nicht einzusehen, weshalb die Kredit-/Darlehensgewährung oder Drittpfandbestellung generell vom Zweck der C.\_\_\_\_\_ hätte ausgeschlossen sein sollen. Die Beklagte weist überdies zu Recht darauf hin, dass die C.\_\_\_\_\_ in ihren Geschäftsberichten 2006-2010 Darlehen erwähnt, im Geschäftsbericht 2011/2012 S. 7 sogar explizit im Zusammenhang mit H.\_\_\_\_\_ (act. 14 Rz. 71; act. 15/55). Keinesfalls oblag es der Beklagten, im Einzelnen die geschäftlichen Entscheide der C.\_\_\_\_\_ mit der im Handelsregister bekanntgegebenen Zweckumschreibung abzugleichen und darüber weiter zu befinden, solange sich das Rechtsgeschäft innerhalb der Zweckgrenze befand. Zusammengefasst ist kein zweckwidriges Geschäft erkennbar.

Zur klägerischen Behauptung der gefälschten Unterschrift von E.\_\_\_\_\_: Aus dem von der Klägerin ins Recht gelegten Einvernahmeprotokoll der Staatsanwaltschaft III vom 3. Juni 2014 (act. 3/22 [S. 4 f.]) erhellt, dass E.\_\_\_\_\_, nach seinen eigenen Angaben, der erwähnte Drittpfandvertrag zwischen der C.\_\_\_\_ und der Beklagten effektiv vorgelegt worden war. Obschon E.\_\_\_\_ vor der Staatsanwaltschaft angab, er könne sich nicht erinnern, diesen unterschrieben zu haben, es sei für ihn nicht nachvollziehbar und er würde eine solche Transaktion auch nicht billigen, gestand er zu, dass es sein könne, dass er [diesen Vertrag] unterzeichnet hätte. Ausserdem erklärte er ausdrücklich, dass der Vertrag *seine* Unterschrift trage. Von einer gefälschten Unterschrift ist damit keine Rede. Abgesehen davon geht die Klägerin andernorts selber davon aus, dass E.\_\_\_\_ den Drittpfandvertrag unterzeichnet hatte (act. 45 Rz. 15 f.). Ohnehin fehlen an dieser Stelle notwendige (substantiierte) Behauptungen der Klägerin, sodass ein Beweisverfahren, wo fehlende Behauptungen nicht nachgeholt werden können (vgl. BGE 144 III 67 E. 2.1), in mehrfacher Hinsicht nicht zu erfolgen hat: Zum einen zieht die Klägerin aus der angeblichen Fälschung der Unterschrift keinen rechtlich erheblichen Schluss, da sie nicht etwa behauptet, die Beklagte selber hätte von der angeblichen Fälschung Kenntnis gehabt. Zum anderen ist es (noch) nicht direkt infolge des Drittpfandvertrages zu einer Verfügung über Vermögenswerte der C.\_\_\_\_ gekommen, welche mithilfe eines Anspruchs auf Vertragserfüllung restituiert werden könnten. Beim Thema Drittpfandvertrag handelt es sich vielmehr um ein "Puzzleteil" der klägerischen Argumentation (exemplarisch act. 45 Rz. 21i) und dessen Ungültigkeit wäre somit lediglich als Indiz bezüglich Abklärungspflichten bei der im Zentrum stehenden Überweisung zu berücksichtigen, was aber letztlich offen gelassen werden kann. Im Zusammenhang mit E.\_\_\_\_ bringt die Klägerin an diversen Stellen vor, dieser sei D.\_\_\_\_ gewissermassen "blind gefolgt". Dass E.\_\_\_\_ deshalb nicht gültig und bindend hätte handeln können, wird indes auch von ihr nicht substantiiert behauptet.

Soweit die Beklagte *gutgläubig* hinsichtlich einer allfälligen Beschränkung der Vertretungsbefugnis von D.\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_ gehandelt hat (Art. 718a Abs. 2) – hierzu sogleich nachfolgend Ziff. 3 – konnte sie sich ohne Weiteres auf die entsprechenden Handelsregistereinträge bzw. die ihr bekanntgegebenen jeweiligen

Unterschriftenregelungen verlassen und die C.\_\_\_\_\_ muss sich die Handlungen ihrer Vertreter betreffend der in Frage stehenden Drittpfandbestellung und Überweisung anrechnen lassen.

### 3. Fehlende Vertretungsbefugnis/Missbrauch Vertretungsmacht?

#### 3.1. Vorbemerkungen und Beweislast

Die Klägerin behauptet nicht, dass D.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ ihre Vertretungsbefugnis gemäss internen Vorschriften der C.\_\_\_\_\_ überschritten hätten. Die Klägerin stützt sich nicht massgeblich darauf, dass D.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ ihre Vertretungsbefugnis hinsichtlich eines *internen* Reglementes, etc., überschritten hätten. Vielmehr hält sie dafür, dass D.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ sowohl beim Abschluss des Drittpfandvertrages als auch der Übertragung der CHF 13 Mio. zu Gunsten der H.\_\_\_\_\_ *allgemein interessen- und pflichtwidrig* gehandelt hätten (so in act. 45 Rz. 33, Rz. 326 ff.). Zur Begründung führt die Klägerin diverse Indizien ins Feld, aus welchen sie den Schluss ziehen möchte, dass die Beklagte zu Unrecht von einer ordnungsgemässen Vertretung der C.\_\_\_\_\_ durch D.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ ausgegangen sei ("Übertretung/Missbrauch der Vertretungsmacht"). Namentlich sieht sie konkrete Verdachtsgründe, weil das Geschäft ungewöhnlich und zweckfremd gewesen sei und Interessenkonflikte vorgelegen hätten.

Während bei der richtigen Erfüllung des Kontovertrages die Beweislast noch der Beklagten oblag (Urteil des Bundesgerichts 9C\_675/2011 vom 28. März 2012 E. 3.2), hat nun die Klägerin den guten Glauben der Beklagten (Art. 718a Abs. 2 OR), welcher vermutet wird, zu zerstören (BGE 143 III 653 E. 4.3.3; ferner Urteil des Bundesgerichts 4A\_302/2018 vom 17. Januar 2019 E. 2.3.1.). Andernfalls ist die Klage in diesem Punkt abzuweisen, da es der Beklagten – wie gesehen (vgl. oben Ziff. 2.4.) – an sich gelungen ist darzutun, dass sie richtig erfüllt hat, als sie von einer berechtigten Vertretung durch D.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ ausging (Art. 718a Abs. 1 OR).

### 3.2. Allgemeines zu den Sorgfalts- und Abklärungspflichten

Abgesehen von den zivil- bzw. vertragsrechtlichen Pflichten ist die Bank verpflichtet, öffentlich-rechtliche und aufsichtsrechtliche Vorschriften, insbesondere auch zur Verhinderung von Geldwäscherei, einzuhalten (BGE 143 III 653 E. 4.1). Wenn eine Transaktion *ungewöhnlich* erscheint, hat die Bank den wirtschaftlichen Hintergrund und den Zweck der Transaktion zu klären (BGE 143 III 653 E. 4.3.1; BGE 111 Ib 126 E. 2a; BGE 108 Ib 186 E. 3; BGE 106 Ib 145 E. 2c). Zu den zentralen Pflichten der Bank gehört auch die Abklärung der Identität der Vertragspartner und die Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten ("Know Your Client/Customer" [KYC]; vgl. zum Ganzen EMCH/RENZ/ARPAGAU, a.a.O., Rz. 684 ff.).

Die im Jahr 2008 bzw. 2010 geltenden Vereinbarungen über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken (VSB 03 bzw. 08) statuierten Regeln zur Identifizierung von Vertragspartnern und an Vermögenswerten wirtschaftlich Berechtigten Art. 3 Ziff. 29 VSB 03 (ebenso VSB 08) sah u.a. vor, dass bei ernsthaften Zweifeln an der Richtigkeit der schriftlichen Erklärung des Vertragspartners, welche nicht durch weitere Abklärungen ausgeräumt werden können, die Aufnahme der Geschäftsbeziehung oder die Ausführung des Geschäfts abzulehnen sei. Sollte die Bank bei der Identifikation des Vertragspartners getäuscht worden sein, etc., hatte sie nach Art. 6 Ziff. 3 VSB 03 (ebenso VSB 08) die Geschäftsbeziehung abubrechen. Weitere Sorgfaltspflichten waren in den jeweiligen Geldwäschereiverordnungen vorgesehen (GwV-EBK 2003/2008/2009), welche u.a. erhöhte Sorgfaltspflichten durch zusätzliche Abklärungen vorsahen (Art. 17 f. GwV-EBK 2003/2008/2009). Nach Angaben der Beklagten bestanden zudem *interne* Abklärungspflichten, welche in ihrem Kredit-Reglement (Weisung "Kreditgeschäft" vom April 1998; act. 15/37) geregelt gewesen seien (act. 14 Rz. 121 ff. und 144).

### 3.3. Wahrnehmung der Sorgfalts- und Abklärungspflichten?

#### 3.3.1. Wesentliche Parteistandpunkte

Die Klägerin stellt in Abrede, dass die Beklagte in gutem Glauben gehandelt hätte. Sie hätte sich vielmehr nicht nur leichte Nachlässigkeiten zuschulden kommen lassen, sondern grobfahrlässig zahlreiche Indizien missachtet, welche eine weiterführende Abklärungspflicht, v.a. bezüglich *wirtschaftlicher Berechtigung*, bei ihr hätten auslösen sollen (act. 45 Rz. 37 ff.). Es sei zuerst G.\_\_\_\_\_ und kurz darauf in ungewöhnlicher Weise und *ohne* Erklärung J.\_\_\_\_\_ als wirtschaftlich Berechtigter angegeben worden, welcher indes nie von der Beklagten zur Verifizierung kontaktiert worden sei (act. 45 Rz. 19xiv, Rz. 52). Aufgrund des Fehlens des direkten Kontakts mit J.\_\_\_\_\_ und dem ungewöhnlichen Sitz der H.\_\_\_\_\_ sowie der Höhe der Abflüsse von deren Konto bei der Beklagten im Vergleich zum geringen Eigenkapital, wäre die Geschäftsbeziehung mit der H.\_\_\_\_\_ als erhöhtes Risiko i.S.v. Art. 7 Abs. 2 lit. a-c GwV-EBK zu betrachten gewesen (act. 45 Rz. 52). Im Zusammenhang mit der angeführten Sorgfaltspflicht führt sie die aufsichtsrechtlichen Bestimmungen der GwV-EBK sowie VSB 03 ins Feld (act. 45 Rz. 52 f.). Es sei absolut *ungewöhnlich* und *zweckfremd*, dass eine börsennotierte Gesellschaft einen wesentlichen Teil ihrer Guthaben und Wertschriften zur Absicherung eines Kredits von über CHF 12 Mio. an eine Offshore-Gesellschaft mit einem Kapital von EUR 1'000.–, d.h. ohne Aussicht auf Entschädigung oder Rückzahlung, verpfände, die mit ihr überhaupt nichts zu tun habe (act. 1 Rz. 323, Rz. 328; act. 45 Rz. 19i, 19iii, 19v). Eine solche Drittpfandbestellung hätte erkennbar weder ihren Statuten, dem Leitbild noch dem Anlagereglement oder der Beschreibung auf der Homepage entsprochen, zumal sie sich insbesondere auf europäische Geschäfte mit Fokus Schweiz, Deutschland und Österreich konzentriert hätte (act. 45 Rz. 19iii, 19vii f., Rz. 100 ff.; Rz. 178; act. 15/18-21; act. 46/153-154). Nach der Klägerin hätte der Beklagten klar sein müssen, dass die C.\_\_\_\_\_ offensichtlich *kein Interesse* an einem Drittpfand haben könne (act. 1 Rz. 324; act. 45 Rz. 19ii, Rz. 19ix und 19x, Rz. 56). Die H.\_\_\_\_\_ hätte vor der Bankbeziehung zur Beklagten mehr als CHF 12 Mio. Schulden bei der R.\_\_\_\_\_ gehabt und die K.\_\_\_\_\_ Aktien gehörten als einzige Aktiven J.\_\_\_\_\_ (act. 45 Rz. 19iii.). Die Beklagte hätte

zudem gewusst, dass die H.\_\_\_\_\_ keine Zinsen würde bezahlen können (act. 45 Rz. 19iv). Die C.\_\_\_\_\_ habe weder mit der H.\_\_\_\_\_ noch J.\_\_\_\_\_ etwas zu tun gehabt, was der Beklagten hätte bekannt sein müssen (act. 45 Rz. 19v, Rz. 19viii). Dies alles hätte zu einem *extrem hohen Inkassorisiko* und der *Blockierung eines wesentlichen Teils der Aktiven bei der C.\_\_\_\_\_* geführt (act. 1 Rz. 330 f.; act. 45 Rz. 19xi, Rz. 337 ff.). Aller Voraussicht nach sei beim Abschluss des Drittpfandvertrages und der Überweisung der Tatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung erfüllt worden (act. 45 Rz. 326). Das von der Beklagten angelegte Kreditdossier erachtet die Klägerin in mehrfacher Hinsicht als unzureichend, insbesondere da sich darin keine Angaben über die Bonität der H.\_\_\_\_\_ finden liessen (act. 45 Rz. 182 ff., Rz. 250).

Zur Verteidigung gegen die klägerischen Vorwürfe führt die Beklagte u.a. die im Mai 2012 eröffnete FINMA-Untersuchung, respektive das in diesem Rahmen veranlasste Gutachten U.\_\_\_\_\_ vom 3. Mai 2013 ins Feld. So sei sie durch das Gutachten und die Beurteilung der FINMA sowie dem rechtskräftigen Urteil des Bundesverwaltungsgerichts im Hinblick auf die Geschäftsbeziehung zu D.\_\_\_\_\_ bzw. D.\_\_\_\_\_ & Cie AG übereinstimmend vollumfänglich entlastet worden (act. 14 Rz. 88 ff., Rz. 223; act. 52 Rz. 68; act. 15/24; act. 3/132). Bezüglich des Gutachtens U.\_\_\_\_\_ entgegnet die Beklagte, es sei die FINMA gewesen, welche dieses so angeordnet habe; im Weiteren sei jegliches unredliches Verhalten diesbezüglich bestritten (act. 52 Rz. 69 ff.). Sie habe alle erforderlichen Erklärungen zu den wirtschaftlich berechtigten Personen eingeholt (act. 14 Rz. 259 f.). Die wirtschaftlichen Hintergründe der Kreditgewährung an die H.\_\_\_\_\_ sowie alle Akteure seien ihr bekannt und plausibel gewesen. Ausschlaggebend sei namentlich die kurze Laufzeit bei umfangreicher und werthaltiger Besicherung gewesen (act. 14 Rz. 130; act. 52 Rz. 48). Die C.\_\_\_\_\_/P.\_\_\_\_\_ habe sich durch die Unterstützung der H.\_\_\_\_\_ bzw. J.\_\_\_\_\_ Zutritt zum nordamerikanischen Markt verschaffen wollen (act. 14 Rz. 104, Rz. 119, Rz. 124 und 219). Soweit sie dies im vorliegenden Fall hätte beurteilen können, habe es für alle Beteiligten durchaus Sinn gemacht (act. 14 Rz. 125). Aufgrund der wirtschaftlichen Verflechtungen zwischen der C.\_\_\_\_\_ und der P.\_\_\_\_\_ sei diese Hilfestellung der C.\_\_\_\_\_ für die P.\_\_\_\_\_ für sie nicht weiter erstaunlich gewesen (act. 14 Rz. 136). D.\_\_\_\_\_ habe jahrelang

ähnliche Transaktionen veranlasst, sodass keine Abweichung oder ein Verdacht bestanden hätte (act. 14 Rz. 295). Selbst der Verwaltungsrat der C.\_\_\_\_\_ selber hätte über vier Monate gebraucht, um zur Auffassung zu gelangen, dass D.\_\_\_\_\_ mit der Darlehensgewährung an H.\_\_\_\_\_ seine Kompetenzen überschritten hätte, wobei nicht die *Gewährung* des Darlehens an sich ausschlaggebend gewesen sei (act. 14 Rz. 580). Bis ins Jahr 2012 habe D.\_\_\_\_\_ einen einwandfreien Ruf genossen (act. 14 Rz. 86). Zum Ganzen habe sie ein Kreditdossier erstellt (act. 14 Rz. 122). Der Verwendungszweck sei nachvollziehbar gewesen und wesentliche Sicherheiten seien geleistet worden (act. 14 Rz. 134 f.). Die entsprechenden Sorgfaltspflichten gemäss VSB 08 seien eingehalten worden (act. 52 Rz. 43). In diesem Zusammenhang seien genauso die Vorschriften für die Geldwäscherei- und Terrorismusbekämpfung eingehalten worden, was ebenfalls aus der FINMA Untersuchung erhelle (act. 52 Rz. 44 f.).

Die Beklagte stellt sich zudem auf den Standpunkt, für die Frage, inwiefern (weitergehende) Abklärungspflichten für die Bank zum Tragen kämen, sei zu unterscheiden, ob es sich um ein alltägliches Massengeschäft oder ein qualifiziertes Bankgeschäft handle, wobei darauf abgestellt werde, ob Anzeichen eines unsittlichen oder rechtswidrigen Sachverhalts vorlägen, oder es sich um ein kompliziertes, ungewöhnliches oder bedeutendes Geschäft handle (act. 52 Rz. 32 ff.). Bei der Übertragung von CHF 13 Mio. vom Konto der C.\_\_\_\_\_ auf dasjenige der H.\_\_\_\_\_ liege *kein* qualifiziertes Bankgeschäft vor: Die Entgegennahme und Ausführung des Überweisungsauftrages sei ein alltägliches Massengeschäft. Zu keinem Zeitpunkt hätten Anzeichen für einen unsittlichen oder rechtswidrigen Sachverhalt bestanden und es sei kein kompliziertes, ungewöhnliches oder bedeutsames Geschäft zu erblicken (act. 52 Rz. 37 ff.).

Unter Verweis auf die Geschäftsberichte der C.\_\_\_\_\_ der Jahre 2006 bis 2010 stellt sich die Beklagte weiter auf den Standpunkt, sowohl die direkte Gewährung von Darlehen an Dritte als auch die Stellung von Sicherheiten für Darlehen gehöre eindeutig zum Geschäft der C.\_\_\_\_\_ und stelle keine aussergewöhnliche Transaktion dar (act. 14 Rz. 71 f.; act. 15/18-20). Weiter entgegnet die Beklagte, die H.\_\_\_\_\_ sei nicht mittellos gewesen: erstens hätte diese unbestrittenermas-

sen V.\_\_\_\_\_ Aktien und zeitweise F.\_\_\_\_\_ -Obligationen gehalten, zweitens lasse sich daraus, welche Aktiven die H.\_\_\_\_\_ bei der Beklagten deponiert gehabt habe, nichts zu ihrer Vermögenslage sagen (act. 52 Rz. 113 f.). Selbst die von der Klägerin angeführten Belege legten nicht nahe, dass die H.\_\_\_\_\_ den Kredit nicht hätte zurückzahlen können (act. 52 Rz. 115).

### 3.3.2. Würdigung

Im Gegensatz zu den diversen Konstellationen, welche unter dem Titel "Man-in-the-middle" zusammengefasst werden können (siehe namentlich Urteil des Bundesgerichts 4A\_386/2016 vom 5. Dezember 2016 sowie die Hinweise auf weitere Rechtsprechung oben Ziff. 1.2.), besteht hier keine Diskrepanz bezüglich *Identität* der handelnden Personen. Wie gesehen ging die Beklagte grundsätzlich von der zutreffenden Annahme aus, dass sowohl D.\_\_\_\_\_ als auch E.\_\_\_\_\_ für die C.\_\_\_\_\_ handeln konnten (siehe oben Ziff. 2.4.). Nach dem zugrundeliegenden, unbestrittenen Sachverhalt hat die Beklagte gleichwohl diverse Abklärungen vorgenommen. So hat sie insbesondere ihre Vertragspartner identifiziert ("KYC") und die wirtschaftlichen Berechtigungen ("beneficial owner") abgeklärt. Sie hat sogar nachgehakt, als zunächst G.\_\_\_\_\_ als wirtschaftlich Berechtigter der H.\_\_\_\_\_ angegeben wurde und sorgte dafür, dass dies korrigiert wird. Schliesslich wurde J.\_\_\_\_\_ gemäss Formular A als wirtschaftlich Berechtigter der H.\_\_\_\_\_ aufgeführt, was offenbar zutreffend war (vgl. dazu unten Ziff. 3.4.3.). Dass daraus im Gegenteil die Klägerin Schlüsse zu ihren Gunsten ziehen könnte, ist nicht erkennbar. Dass D.\_\_\_\_\_ der Beklagten umfassend bekannt war, ist nicht strittig. Zudem fand auch ein Kontakt zwischen D.\_\_\_\_\_, J.\_\_\_\_\_ und der Beklagten statt (act. 45 Rz. 185). Anerkanntermassen hat die Beklagte sodann ein sog. Kreditdossier (act. 15/25) angelegt. Im Einzelnen ist zwar heute umstritten, inwiefern das Kreditdossier zweckmässig und aussagekräftig sein soll, jedenfalls wurden offenkundig diverse Abklärungen zu Hintergründen des Geschäfts und der beteiligten Parteien vorgenommen. Inwiefern Angaben zur Bonität der H.\_\_\_\_\_ fehlen, kann offen bleiben. Selbst wenn das Kreditdossier aus heutiger Sicht als unvollständig erschiene, ist unklar, welche rechtlichen Schlüsse die Klägerin für ihren Standpunkt daraus ableiten will. Die Klägerin zeigt nicht auf, inwiefern eine *Pflicht*

bestanden hätte, das Kreditdossier in einem bestimmten Sinne zu führen. Ungeachtet dessen, ob es sich bei den in Frage stehenden Transaktionen um komplizierte, ungewöhnliche oder bedeutende Geschäfte handelt, welche besondere Abklärungspflichten notwendig machen würden, hat die Beklagte mit ihren Abklärungen offensichtlich *aufsichtsrechtliche Pflichten wahrgenommen*. Dass sie noch weitergehende *vertragliche* Sorgfaltspflichten übernommen hätte, wird weder behauptet noch wären solche ersichtlich.

Zur "Ungewöhnlichkeit": Es wurde bereits ausgeführt (vgl. oben Ziff. 2.4.), dass (auch) die Gewährung von Darlehen sowie die Drittpfandbestellung vom Gesellschaftszweck der C.\_\_\_\_\_ gedeckt war. Dass die C.\_\_\_\_\_ in den Jahren 2006-2010 nota bene tatsächlich Darlehen in Höhe von mehreren Millionen CHF gewährte, lässt sich zudem den entsprechenden Geschäftsberichten entnehmen (act. 15/18-20). Die Überweisung selbst ist sodann fraglos ebenfalls vom Gesellschaftszweck gedeckt. Prof. Dr. S.\_\_\_\_\_, auf dessen Ausführungen sich die Klägerin im Wesentlichen stützt, geht im Übrigen ebenfalls davon aus, dass grundsätzlich selbst eine Überweisung in dieser Höhe als Massengeschäft zu qualifizieren sei (vgl. act. 45 Rz. 61). Die Beklagte hat nachvollziehbar dargelegt, dass der Hintergrund der Transaktionen (wirtschaftlich) durchaus plausibel war: Sie ist zusammengefasst davon ausgegangen, dass die C.\_\_\_\_\_ bzw. die P.\_\_\_\_\_, an welcher die C.\_\_\_\_\_ eine Beteiligung von 33.1 % hielt und wo D.\_\_\_\_\_ das VR-Präsidium bekleidete, ihre Investitionen und Geschäfte im Energiesektor, insbesondere der Solarindustrie, auf Nordamerika ausdehnen wollte. Hierzu sollte die Geschäftsbeziehung zu J.\_\_\_\_\_ dienen, was vor dessen Hintergrund (Energiebranche) durchaus nachvollziehbar erscheint. Vor Augen zu halten ist, dass es grundlegend weder angezeigt noch notwendig war, dass die Beklagte systematisch – ohne Hinweise auf Irregularitäten – jegliche geschäftlichen Entscheide ihrer Kunden hinterfragte. Für eine solche flächendeckende Prüfung besteht weder eine rechtliche Grundlage noch wäre dies ohne unverhältnismässigen Aufwand praktikabel. Gleichermassen ist keine allgemeine Aufklärungs- oder Warnpflicht ersichtlich, wenn bei den Transaktionen ein wesentlicher Teil der Aktiven der C.\_\_\_\_\_ gebunden wurde und ein mögliches Inkassorisiko geschaffen wurde. Die Entscheidung über das Engagement der C.\_\_\_\_\_/P.\_\_\_\_\_ bei H.\_\_\_\_\_, konkret

die Strategie einer Ausdehnung nach Nordamerika lag alleine bei den zuständigen Organen, gegen welche allfällige Verantwortlichkeitsansprüche zu richten wären. Erneut: die Beklagte hatte offenkundig kein Mandat für weitergehende Beratungsdienstleistungen. Wie sie folglich zu Recht vorbringt, zielen damit die klägerischen Argumente, weshalb retrospektiv die wirtschaftlichen Entscheidungen der C.\_\_\_\_\_ nicht zweck-mässig gewesen sein sollen, von vornherein ins Leere.

Zu weiteren klägerischen Vorbringen im Einzelnen: Weshalb die Beklagte hätte davon ausgehen sollen, dass D.\_\_\_\_\_ den Kredit für die "Begleichung von persönlichen Schulden" verwendet, wird von der Klägerin nicht näher erläutert und ist deshalb nicht nachvollziehbar. Dass die H.\_\_\_\_\_ *mittellos* gewesen sein soll, wird bereits dadurch widerlegt, dass sie, selbst nach klägerischer Ansicht, V.\_\_\_\_\_ - Aktien als Aktiven hielt, woran auch die wirtschaftliche Berechtigung von J.\_\_\_\_\_ nichts änderte. Klare Belege für die behauptete Mittellosigkeit der H.\_\_\_\_\_ liegen nicht vor. Weiter flossen unbestrittenermassen Gelder (in der Höhe von CHF 3'567'292.15) von der H.\_\_\_\_\_ wieder an die C.\_\_\_\_\_. Ob es sich hierbei um eine Darlehensrückzahlung und Darlehenszins oder eine Schadenersatzzahlung und Schadenszins handelte, kann offen bleiben. Wie die Beklagte weiter zu Recht einwendet, schliesst bereits der von der Klägerin selbst vertretene Standpunkt (Konzentration "insbesondere" auf Europa) Transaktionen mit nordamerikanischem Bezug *nicht* aus. Allein der geografische Hintergrund lässt nicht auf eine Ungewöhnlichkeit schliessen. Aus der Vorgeschichte des Engagements der P.\_\_\_\_\_ bei der H.\_\_\_\_\_ vermag die Klägerin ebensowenig stichhaltige Schlüsse für ihren Standpunkt abzuleiten: insbesondere war D.\_\_\_\_\_ laut den zugrundeliegenden Dokumenten gegenüber der Beklagten befugt, für die P.\_\_\_\_\_ zu handeln (act. 15/29). Zudem ist ihr Engagement im Wesentlichen aus denselben Gründen wie bei der C.\_\_\_\_\_ (vgl. oben Ziff. 2.4.) nicht von ihrer Zweckbestimmung ausgeschlossen (act. 3/21; act. 46/161). Im Gegenteil wird eher die Ansicht der Beklagten bestätigt, der Hintergrund des Engagements der P.\_\_\_\_\_ und später der mit ihr verbundenen C.\_\_\_\_\_ bei der H.\_\_\_\_\_, hätte ein für sie stimmiges und nachvollziehbares Bild ergeben. Die Frage, ob sich aus den aufsichtsrechtlichen Erkenntnissen verbindliche Schlüsse in zivilrechtlicher Hinsicht ziehen lassen, erübrigt sich, da genauso weder die FINMA-Untersuchung noch spezifisch das Gut-

achten U.\_\_\_\_\_ oder strafrechtliche Untersuchungen zu Tage förderten, dass sich die Beklagte im Zusammenhang mit der Drittpfandbestellung oder der Ausführung der Überweisung etwas hätte zu Schulden kommen lassen. Entgegen der klägerischen Ansicht hatte die FINMA Untersuchung jedenfalls u.a. auch die Vorgänge H.\_\_\_\_\_-Beklagte-C.\_\_\_\_\_ (D.\_\_\_\_\_) zum Gegenstand, was sich den ins Recht gelegten Unterlagen entnehmen lässt (act. 15/24; act. 53/72-73). Der Vollständigkeit halber ist zu erwähnen, dass die Beklagte dargetan hat, dass die Verfügung der FINMA vom 5. September 2014, wonach sie im Rahmen der Geschäftsbeziehung zur D.\_\_\_\_\_ & Cie AG bankenrechtliche Aufsichtspflichten verletzt haben soll, mit Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-5756/2014 vom 18. Mai 2017 rechtskräftig aufgehoben wurde.

Zusammengefasst gelingt es der Klägerin *nicht* aufzuzeigen, dass die Beklagte nicht in gutem Glauben gehandelt hat und sich nicht auf die massgeblichen Handlungsbefugnisse der Herren D.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ hätte verlassen können.

### 3.4. Unzulässiges "Insichgeschäft" bzw. Interessenkonflikt?

#### 3.4.1. Wesentliche Parteistandpunkte

Nach Ansicht der Klägerin hat D.\_\_\_\_\_ u.a. Gelder der H.\_\_\_\_\_ unrechtmässig für persönliche Zwecke respektive seine Verpflichtungen gegenüber J.\_\_\_\_\_ verwendet (act. 1 Rz. 10, Rz. 43, Rz. 63; act. 45 Rz. 9 passim). In Wirklichkeit sei D.\_\_\_\_\_ wirtschaftlicher Eigentümer der H.\_\_\_\_\_ gewesen, was N.\_\_\_\_\_ und O.\_\_\_\_\_ sehr wohl gewusst hätten, verhandelten diese doch ausschliesslich mit ihm über die Pfandgewährung (act. 1 Rz. 325). Es sei der Beklagten klar gewesen, dass D.\_\_\_\_\_ die H.\_\_\_\_\_ beherrscht habe, auch wenn G.\_\_\_\_\_ J.\_\_\_\_\_ als wirtschaftlich Berechtigten bezeichnet habe (act. 1 Rz. 325; act. 45 Rz. 19xv). D.\_\_\_\_\_ sei es darum gegangen, eine persönliche Verpflichtung gegenüber J.\_\_\_\_\_ zu erfüllen, weshalb die Verpfändung einzig in seinem Interesse erfolgt sei, nicht etwa im Interesse der C.\_\_\_\_\_. Dementsprechend hätte der Interessenkonflikt zwischen D.\_\_\_\_\_ persönlich und der von ihm vertretenen C.\_\_\_\_\_ für die Beklagte evident sein müssen (act. 1 Rz. 325). Das alleinige Motiv der Beklagten hätte darin bestanden, die Geschäftsbeziehung zu D.\_\_\_\_\_ bzw. der D.\_\_\_\_\_ &

Cie AG zu pflegen und letztlich ihren eigenen Profit zu steigern (act. 1 Rz. 325). Sie hätte die Problematik des Eigengeschäfts erkennen können, da die Zeichnungsberechtigungen für die H.\_\_\_\_\_ (D.\_\_\_\_\_) und diejenigen bei der P.\_\_\_\_\_ (D.\_\_\_\_\_) sowie bei der C.\_\_\_\_\_ (D.\_\_\_\_\_ und Prokurist) identisch gewesen seien (act. 45 Rz. 56). D.\_\_\_\_\_ sei der Entscheidungsträger der H.\_\_\_\_\_ gewesen, welcher G.\_\_\_\_\_ verbindliche Weisungen erteilt hätte (act. 45 Rz. 56 und Rz. 264). Ein Interessenkonflikt bei der Beklagten sei evident gewesen, hätte sie doch die Interessen von D.\_\_\_\_\_ verfolgt, wobei sie die Interessen ihrer Kunden P.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ hätte wahren sollen (act. 45 Rz. 346).

Zuerst weist die Beklagte darauf hin, dass ein blosser Interessenkonflikt gemäss Bundesgericht (Urteil des Bundesgerichts 4C.15/1996 vom 29. August 1996 E. 3c) die Vertretungsmacht nicht grundsätzlich hindere, sondern nur, wenn der Dritte den Interessenkonflikt auch erkannt habe bzw. hätte erkennen müssen (act. 14 Rz. 215). Jegliche Kenntnisse über eine unrechtmässige Verwendung von Geldern zu persönlichen Zwecken durch D.\_\_\_\_\_ werden von der Beklagten bestritten (exemplarisch: act. 1 Rz. 378 u. 383). Dass sie mit D.\_\_\_\_\_ über die Pfandgewährung verhandelt habe, liege daran, dass er die P.\_\_\_\_\_ und die C.\_\_\_\_\_ als Organ gegenüber der Beklagten vertreten habe (act. 14 Rz. 634). Weiter bestreitet die Beklagte erstens, dass D.\_\_\_\_\_ "wirtschaftlich der Schuldner des Darlehens" gewesen sein soll und zweitens, dass D.\_\_\_\_\_ mit der Transaktion eine persönliche Verpflichtung gegenüber J.\_\_\_\_\_ erfüllt hätte; sie sei von plausiblen wirtschaftlichen Hintergründen ausgegangen (act. 14 Rz. 635 ff.). Für sie sei immer klar gewesen, dass J.\_\_\_\_\_ hinter der H.\_\_\_\_\_ gestanden und wirtschaftlich berechtigt gewesen sei (act. 52 Rz. 200 ff.).

Es sei kein Eigen- oder Interzessionsgeschäft vorgelegen und sie habe sich nicht in einem Interessenkonflikt befunden. Bei keiner der Transaktionen hätten die Vertreter der Gesellschaften (D.\_\_\_\_\_, E.\_\_\_\_\_, Q.\_\_\_\_\_, G.\_\_\_\_\_) Zahlungen an sich selbst geleistet oder Sicherheiten an sich selbst gestellt (act. 14 Rz. 221; act. 52 Rz. 518). Beim Überweisungsauftrag von D.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ an die Beklagte hätte weder ein Selbstkontrahieren noch eine Doppelvertretung vorgelegen, da diese gegenüber den Vertretern der C.\_\_\_\_\_ eine vollständig unabhängige

ge Drittperson darstelle; unter vertretungsrechtlichen Gesichtspunkten sei nur das Verhältnis zwischen C.\_\_\_\_-Beklagte massgeblich und nicht C.\_\_\_\_-H.\_\_\_\_ (act. 52 Rz. 29). Allfällige Interessenkonflikte zwischen D.\_\_\_\_/E.\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_, die sich als Beschränkung der Vertretungsbefugnis auswirkten, seien nur insofern relevant, als diese für sie erkennbar gewesen wären (act. 52 Rz. 29).

#### 3.4.2. Rechtliches

Nach herrschender Lehre und ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts ist das Kontrahieren eines Vertreters mit sich selbst (sog. "Insichgeschäfte") grundsätzlich unzulässig, weil es regelmässig zu Interessenkollisionen führt und somit vom Gesellschaftszweck nicht erfasst wird (BGE 126 III 361 E. 3a m.w.H.; vgl. zum Ganzen ROLF SETHE, Die Regelung von Interessenkonflikten im Aktienrecht de lege lata und de lege ferenda, SZW 2018, S. 378 ff.). Das Bundesgericht wendet diese Rechtsprechung unter Vorbehalt des Schutzes gutgläubiger Dritter auch auf Fälle an, wo nicht eigentliches Selbstkontrahieren, jedoch ein Konflikt zwischen den Interessen der juristischen Person und den handelnden Organen vorliegt (BGE 126 III 361 E. 3a; Urteil des Bundesgerichts 2C\_245/2018 vom 21. November 2018 E. 6.3.; ROLF SETHE, a.a.O., S. 383 f. [sog. "Eigengeschäfte"]). Abzustellen ist auf die Erkennbarkeit. Soweit Gutgläubigkeit vorliegt, darf ohne Weiteres auf den Handelsregistereintrag vertraut werden. Erkennt der Dritte einen Interessenkonflikt zwischen Organ und der Gesellschaft oder hätte er ihn bei gebührender Sorgfalt erkennen können, muss er grundsätzlich davon ausgehen, dass das unter einem Interessenkonflikt handelnde Organ nicht zur Vertretung der Gesellschaft befugt ist. Bei einer solchen Erkennbarkeit fehlt es auch im Aussenverhältnis an der Vertretungsmacht, ungeachtet ob sich der Interessenkonflikt im konkreten Fall zum Nachteil der vertretenen Person ausgewirkt hat (Urteile des Bundesgerichts 2C\_245/2018 vom 21. November 2018 E. 6.4. und 4A\_147/2014 vom 19. November 2014 E. 3.1.1). Die Aufmerksamkeit, die vom Vertragspartner hinsichtlich eines möglichen Interessenkonflikts verlangt werden kann, hängt von der Art des abgeschlossenen Rechtsgeschäfts ab (Urteile des Bundesgerichts 4A\_459/2013 vom 22. Januar 2014 E. 3.2.1. mit Verweis auf 4A\_232/2008 vom 27. März 2009 E. 4.1.2).

Für den wirtschaftlich Berechtigten besteht nach wie vor keine gesetzliche Definition in der Schweiz (EMCH/RENZ/ARPAGAUS, a.a.O., Rz. 691; RALPH WYSS, in: Thelesklaf/Wyss/van Thiel/Ordolli [Hrsg.], GWG AMLA Kommentar, 3. Aufl. 2019, Art. 4 GwG N. 2; zum Ganzen LIEBI/CONOD, in: Kunz/Jutzi/Schären [Hrsg.], Handkommentar SHK Geldwäschereigesetz, Art. 4 GwG N. 38 ff.). Massgeblich sind wirtschaftliche Gesichtspunkte, sodass als wirtschaftlich berechtigt derjenige bezeichnet wird, der über die Vermögenswerte faktisch bestimmen kann (BGE 125 IV 139 E. 3c).

### 3.4.3. Würdigung

Soweit ersichtlich wurde nicht explizit behauptet, dass die zentralen Personen (v.a. D.\_\_\_\_\_/E.\_\_\_\_\_) via C.\_\_\_\_\_ finanzielle Transaktionen *unmittelbar für sich persönlich* veranlasst hätten (so auch die Klägerin nicht: act. 45 Rz. 725). Dies obwohl die Klägerin D.\_\_\_\_\_ ein unrechtmässiges und gar strafrechtlich relevantes Vorgehen zur Förderung persönlicher Zwecke unterstellt. Die Klägerin behauptet einerseits (a.) einen Interessenkonflikt bei der Beklagten, andererseits (b.) ein Selbstkontrahieren bzw. ein Interessenkonflikt bei D.\_\_\_\_\_.

Zum behaupteten eigenen Interessenkonflikt der Beklagten: Dass es ihr "um den Profit geht" bzw. ihre Gewinnstrebigkeit, kann der Beklagten als Aktiengesellschaft per se nicht vorgeworfen werden. Die Verfolgung eigener wirtschaftlicher Interessen ist ohne Weiteres legitim. Gleiches gilt, wenn die Beklagte bestrebt war, weitere Kunden zu akquirieren respektive Kunden zu halten. Dass sie aber ihre eigenen Interessen unrechtmässig über die Interessen von Kunden, namentlich der C.\_\_\_\_\_, gestellt hätte, was entscheidend wäre, lässt sich nicht erkennen. Insbesondere auch nicht bei der Rückführung des H.\_\_\_\_\_-Kredits. Der Klägerin gelingt es nicht, konkrete und überzeugende Gründe für einen eigentlichen *Konflikt* von Interessen bei der Beklagten darzutun, woraus sie rechtlich relevante Schlüsse ziehen könnte. Ein Selbstkontrahieren der Beklagten wurde nicht behauptet.

In Bezug auf D.\_\_\_\_\_ geht die Klägerin einerseits von einem sog. Eigengeschäft aus, da dieser (auch) hinter der H.\_\_\_\_\_ gestanden sei. Andererseits führt sie die

persönlichen Interessen von D.\_\_\_\_\_ ins Feld, über welche die Beklagte Bescheid gewusst hätte. In ihrer Argumentation fokussiert sich die Klägerin massgeblich darauf, wer die H.\_\_\_\_\_ beherrscht hat: Obwohl sie nunmehr anerkennt, dass J.\_\_\_\_\_ zumindest "*an den Aktiven der H.\_\_\_\_\_*" wirtschaftlich Berechtigter war, bezeichnet sie replicando nach wie vor D.\_\_\_\_\_ als "Eigentümer" bzw. "Kontrollinhaber". D.\_\_\_\_\_ solle über seinen Treuhänder G.\_\_\_\_\_ die H.\_\_\_\_\_ beherrscht haben (vgl. act. 45 Rz. 423 passim). Selbst wenn D.\_\_\_\_\_ (auch) für die H.\_\_\_\_\_ handeln konnte, so ist nicht erstellt, dass letztlich er die H.\_\_\_\_\_ als wirtschaftlich Berechtigter kontrolliert hat. Vielmehr liegt die Möglichkeit des Handelns im Auftrag eines Dritten (J.\_\_\_\_\_) auf der Hand. Ungeachtet von allfälligen Unklarheiten betreffend den Begriff der wirtschaftlichen Berechtigung geht es dabei jedenfalls darum, dass die massgeblichen – regelmässig hinter einer rechtlichen Konstruktion stehenden – Personen identifiziert werden. Im vorliegenden Fall war diese Person allem Anschein nach J.\_\_\_\_\_, welcher ja anerkanntermassen an den Aktiven der H.\_\_\_\_\_ wirtschaftlich berechtigt war und für welchen D.\_\_\_\_\_ regelmässig tätig war. Ob J.\_\_\_\_\_ direkt der Beklagten Instruktionen erteilte, ist demgegenüber nicht entscheidend. Entgegen der klägerischen Meinung war damit D.\_\_\_\_\_ nicht der "Eigentümer" der H.\_\_\_\_\_; ein Eigengeschäft fällt ausser Betracht. Davon konnte die Beklagte jedenfalls ohne Weiteres ausgehen.

Für das Vorliegen eines relevanten Interessenkonflikts müsste sich ergeben, dass D.\_\_\_\_\_ bei den fraglichen Transaktionen im Hinblick auf die C.\_\_\_\_\_ anderweitige – kollidierende – Interessen wahrgenommen hat und die Beklagte davon wusste oder hätte wissen müssen. Ein solcher *Interessenkonflikt* muss hinreichend dargetan werden, andernfalls erübrigt sich bereits ein Beweisverfahren über die Gut- oder Bösgläubigkeit bei der Erkennbarkeit (Urteil des Bundesgerichts 4A\_147/2014 vom 19. November 2014 E. 3.1.4. f.). Selbst wenn die klägerischen Schilderungen zutreffend wären, dass D.\_\_\_\_\_ finanzielle Transaktionen, entgegen dem Interesse der von ihm vertretenen Gesellschaften, für persönliche Zwecke vorgenommen hätte bzw. vornehmen wollte, bleibt die Klägerin vage beim Konnex zur Beklagten. Sie begnügt sich mit pauschalen Behauptungen, dass für die Beklagte ein Interessenkonflikt bei D.\_\_\_\_\_ hätte evident sein müssen. Im Wesentlichen bleibt die Frage unbeantwortet, woraus sich ergeben soll,

dass die Beklagte von allen diesen Vorgängen – deren Verifizierung offen bleiben kann – wusste oder hätte wissen müssen/können. Namentlich hat die Klägerin nicht dargetan, weshalb die Beklagte über die Vorgeschichte und Vorgänge zwischen J.\_\_\_\_-D.\_\_\_\_ und der R.\_\_\_\_ als abgelöste Kreditgeberin der H.\_\_\_\_ hätte detailliert im Bilde sein sollen. Die retrospektive Betrachtung und Beurteilung von D.\_\_\_\_s Tätigkeit nach Jahren der (straf- und aufsichtsrechtlichen) Aufarbeitung, kann hier ohnehin nicht massgeblich sein. Alles in allem ist zu resümieren, dass weder ein unzulässiges "Insichgeschäft" noch die Kenntnis der Beklagten von einem rechtsrelevanten Interessenkonflikt dargetan wurde.

#### 4. Erwerb F.\_\_\_\_ Obligationen (Rechtsbegehren Ziffer 2)

##### 4.1. Wesentliche Parteistandpunkte

Die Klägerin bringt u.a. vor, D.\_\_\_\_ habe der Beklagten am 11. November 2011 telefonisch der Beklagten den Auftrag erteilt, 350'000 Obligationen der F.\_\_\_\_ für die C.\_\_\_\_ zu erwerben. Die Beklagte habe diesen Auftrag ausgeführt, obwohl D.\_\_\_\_ nur kollektiv zu zweien zeichnungsberechtigt gewesen sei, und habe das Konto der C.\_\_\_\_ ... entsprechend mit dem Kaufpreis von CHF 362'556.20 belastet (act. 1 Rz. 229). Die Belastungsanzeige sei an die D.\_\_\_\_ & Cie AG gegangen, da die Beklagte bzw. N.\_\_\_\_ gewusst hätten, dass D.\_\_\_\_ diesen Auftrag hinter dem Rücken des Verwaltungsrates erteilt habe (act. 1 Rz. 229 f.). Der Kauf von Obligationen einer Offshore-Gesellschaft sei von den Statuten der C.\_\_\_\_ nicht gedeckt (act. 1 Rz. 349). Es habe überhaupt keine geschäftliche Notwendigkeit für die C.\_\_\_\_ bestanden, diese wertlosen Papiere zu erwerben (act. 1 Rz. 231). Die Beklagte hätte diese Transaktion niemals ohne Zustimmung zumindest eines weiteren zeichnungsberechtigten Verwaltungsrates der C.\_\_\_\_ durchführen dürfen (act. 1 Rz. 233). An der Verwaltungsratssitzung vom 24. Januar 2012 sei über den Erwerb orientiert worden, wobei D.\_\_\_\_ gemeint hätte, es müsse sich um eine fehlerhafte Transaktion handeln, die irrtümlich initiiert worden sei (act. 1 Rz. 234; act. 3/105 [S. 3]).

Nach Ansicht der Beklagten wurden die F.\_\_\_\_ Obligationen korrekt von der C.\_\_\_\_ erworben. Zum Auftrag von D.\_\_\_\_ führt sie aus, D.\_\_\_\_ hätte die

C.\_\_\_\_\_ aufgrund einer besonderen Einzelermächtigung telefonisch ohne "Zweitunterschrift" bzw. "Zweittelefon" vertreten können (act. 14 Rz. 36, Rz. 181, Rz. 251; act. 3/51; act. 15/41). Die Regelung für telefonische Aufträge gehe der allgemeinen Unterschriftenberechtigung vor (act. 14 Rz. 182). Einerseits liege eine Novation vor, andererseits habe die C.\_\_\_\_\_ den Kauf auf jeden Fall nachträglich genehmigt, da sie mittels Kaufabrechnung am 11. November 2011 über die Transaktion orientiert worden sei, aber erst rund ein Jahr später dagegen protestiert habe. Zudem habe sie später am 30. Januar 2012 40'000 F.\_\_\_\_\_ Obligationen weiterverkauft (act. 14 Rz. 183, Rz. 256; act. 52 Rz. 56, Rz. 60; act. 3/103; act. 3/106; act. 3/133). Da die C.\_\_\_\_\_ ihren Sitz ab dem 1. November 2011 an die Adresse ...gasse ... in Zürich verlegt hätte, sei ihr klar gewesen, dass die C.\_\_\_\_\_ ihren Sitz damit bei der am gleichen Ort domizilierten Firma des VR-Präsidenten der C.\_\_\_\_\_, der D.\_\_\_\_\_ & Cie AG, hätte (act. 14 Rz. 546 f.). Auch die Klägerin anerkenne, dass der Verwaltungsrat ab Januar 2012 von der Transaktion gewusst habe (act. 52 Rz. 60). Bei der zur Diskussion stehenden Transaktion könne nicht von einem ungewöhnlichen oder bedeutsamen Geschäft gesprochen werden, sodass sie keine Pflicht getroffen habe, die wirtschaftlichen Hintergründe zu plausibilisieren (act. 14 Rz. 250). Der Erwerb der F.\_\_\_\_\_ Obligationen sei vom Zweck der C.\_\_\_\_\_ gedeckt gewesen (act. 14 Rz. 556). Entgegen der klägerischen Meinung habe sie sodann 40'000 F.\_\_\_\_\_ Obligationen zwar im Auftrag der C.\_\_\_\_\_ verkauft, aber nicht etwa selber erworben (act. 14 Rz. 559).

#### 4.2. Rechtliches

In Ergänzung zum bereits Gesagten (vgl. oben Ziff. 2.1.) ist weiter zu erwähnen, dass ein Rechtsgeschäft bei ungenügender Vertretungsmacht nachträglich – auch konkludent – im Sinne von Art. 38 OR genehmigt werden kann (BGE 128 III 129 E. 2; Urteile des Bundesgerichts 4A\_508/2007 vom 25. März 2008 E. 2.1.2 und 5A\_701/2016 vom 6. April 2017 E. 6.4.; Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG130001 vom 7. Dezember 2015 E. 5.2.3. S. 27; ROLF WATTER, Die Verpflichtung der AG durch rechtsgeschäftliches Handeln ihrer Stellvertreter, Prokuristen und Organe speziell bei sog. "Missbrauch der Vertretungsmacht", Zürich 1985, N. 213 S. 169 f.; ROLF WATTER, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht II,

5. Aufl. 2016, Art. 718 OR N. 21; CHRISTIAN SCHÖBI, in: Kren Kostkiewicz/Wolf/Amstutz/Fankhauser [Hrsg.], OFK OR Kommentar, 3. Aufl. 2016, Art. 38 OR N. 5). Die Genehmigung ist ein einseitiges, empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft, das nicht an eine bestimmte Form gebunden ist (ROLF WATTER, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5. Aufl. 2016, Art. 38 OR N. 6). Wird das Rechtsgeschäft nicht genehmigt, fällt es grundsätzlich dahin (Urteil des Bundesgerichts 2C\_662/2013 vom 2. Dezember 2013 E. 3.3.). Stillschweigen bedeutet nur dann Genehmigung, wenn ein Widerspruch möglich und zumutbar ist; m.a.W. wird vorausgesetzt, dass man in guten Treuen davon ausgehen kann, der Vertretene werde bei fehlendem Einverständnis widersprechen und dessen Stillschweigen dürfe nach Treu und Glauben als Zustimmung aufgefasst werden (Urteil des Bundesgerichts 4C.293/2006 vom 17. November 2006 E. 3.2 unter Hinweis auf BGE 124 III 355 E. 5a; ROLF WATTER, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5. Aufl. 2016, Art. 38 OR N. 6).

#### 4.3. Würdigung

Vorab ist unbestritten, dass D.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ am 13. Juni 2008 (gültig) diverse Dokumente betreffend Konto-Eröffnung, darunter auch das Dokument "*Per Telefax, Telefon und / oder E-Mail übermittelte Aufträge*", unterzeichneten. Weiter sind sich die Parteien einig, dass D.\_\_\_\_\_ gestützt darauf persönlich einen telefonischen Auftrag zur Überweisung von 350'000 F.\_\_\_\_\_ Obligationen zu Gunsten der C.\_\_\_\_\_ erteilte. Die Beklagte stützt ihre Argumentation primär auf eine "besondere Einzelermächtigung". Weshalb sie von einer solchen Einzelermächtigung ausgeht, wird weder näher erläutert noch wäre derartiges ersichtlich. An *keiner* Stelle wird im entsprechenden Formular "telefonische Aufträge" Bezug genommen auf eine Einzel- oder Kollektivermächtigung. Weiterungen zum Formular erübrigen sich. Dass eine "Zweitunterschrift" oder ein "Zweittelefon" für telefonische Aufträge unsinnig ist, mag allenfalls zutreffen, ist jedoch irrelevant, da dies jedenfalls nicht so geregelt wurde. Der beklagten Argumentation einer Einzelermächtigung von D.\_\_\_\_\_ ist damit – soweit ersichtlich – die Grundlage entzogen; die Beklagte hat sich zu Unrecht lediglich auf die telefonische Anweisung von D.\_\_\_\_\_ gestützt.

Somit verbleiben die weiteren Einwände der Beklagten: die Genehmigung und Novation der Transaktion. Der telefonische Auftrag ist anerkanntermassen am 11. November 2011 erfolgt. Der Verwaltungsrat der C.\_\_\_\_\_ nahm von dieser Transaktion – nach eigenen Angaben der Klägerin – am 24. Januar 2012 vollumfänglich Kenntnis und monierte diese unstrittig mit Schreiben ihres Vertreters vom 1. November 2012. Die Beklagte weist zutreffend darauf hin, dass damit die C.\_\_\_\_\_ von der Kenntnisnahme bis zum entsprechenden Protest *über neun Monate* verstreichen liess. Wiederum nach eigenen Ausführungen der Klägerin hat der Verwaltungsrat der C.\_\_\_\_\_ nota bene bereits im Zeitpunkt der Kenntnisnahme festgestellt, dass *"ihm diese Titel nicht bekannt sind, und dass diese Transaktion nicht den Anlagerichtlinien der C.\_\_\_\_\_ entspricht"*. Überdies war der Verwaltungsrat offensichtlich bereits im damaligen Zeitpunkt nicht mit D.\_\_\_\_\_ und der Transaktion einverstanden, was sich dem im Recht liegenden Protokoll der VR-Sitzung entnehmen lässt (act. 3/105 [S. 3]). Mangelndes Wissen scheint also nicht der Grund für das Zuwarten gewesen zu sein. Aus dem Umstand, dass D.\_\_\_\_\_ erklärt haben soll, es handle sich um eine fehlerhafte Transaktion, zieht die Klägerin keine Schlüsse zu ihren Gunsten, womit darauf nicht weiter einzugehen ist. Dass der Erwerb von Obligationen nicht vom Gesellschaftszweck der C.\_\_\_\_\_ gedeckt sein könnte, ist im Wesentlichen aus denselben Gründen wie bereits bei der Drittpfandbestellung und der Überweisung (siehe oben Ziff. 2.4.) abwegig und wird selbst von der Klägerin nicht substantiiert behauptet. Entscheidend ist nun, dass der Verwaltungsrat der C.\_\_\_\_\_, welcher den telefonischen Auftrag von D.\_\_\_\_\_ genehmigen konnte, monatelang zugewartet hat. Ein (umgehender) Widerspruch wäre ohne Weiteres möglich und zumutbar gewesen. Nachdem ein solcher Widerspruch indes während einer erheblichen Zeitdauer ausblieb, kann das Verhalten des Verwaltungsrates der C.\_\_\_\_\_ nur als Zustimmung und Genehmigung aufgefasst werden. Ungeachtet dessen hat die Klägerin zudem gar nicht behauptet, dass sie die in den AGB der Beklagten statuierten Voraussetzungen bezüglich Reklamation ("Ziff. 7 Reklamation des Kunden"; act. 15/58) eingehalten hätte. Der Mangel bei der Vertretung durch den lediglich kollektivzeichnungsberechtigten D.\_\_\_\_\_ lässt sich damit heilen und die C.\_\_\_\_\_ hat verbindlich 350'000 Obligationen der F.\_\_\_\_\_ erworben.

## 5. Zusammenfassung der Tat- und Rechtsfragen

Zusammenfassend hat sich ergeben, dass die C.\_\_\_\_\_ gestützt auf die Handelsregistereinträge und der der Beklagten bekanntgegebenen Unterschriftenregelung betreffend Drittpfandbestellung und Überweisung gültig durch D.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ vertreten werden konnte, wovon die Beklagte zutreffend ausgegangen ist. Die Transaktionen waren ohne Weiteres vom Gesellschaftszweck der C.\_\_\_\_\_ gedeckt. Weiter wurde nicht dargetan, dass die Beklagte in Bezug auf allfällige Beschränkungen der Vertretungsbefugnis von D.\_\_\_\_\_/E.\_\_\_\_\_ *nicht* gutgläubig gewesen wäre. Es liegen keine hinreichenden Anhaltspunkte auf Verletzungen der Sorgfaltspflichten durch die Beklagte vor. Nachdem die Klägerin schliesslich ebensowenig hat etablieren können, dass ein Selbstkontrahieren oder ein für die Beklagte erkennbarer Interessenkonflikt vorgelegen hätte, ist festzuhalten, dass die C.\_\_\_\_\_ durch die Handlungen von D.\_\_\_\_\_/E.\_\_\_\_\_ bindend verpflichtet wurde. Demzufolge erübrigt sich die Behandlung der weiteren beklagti-schen Einwände, namentlich hinsichtlich Novation, Verrechnung, Genehmigung, Rechtsmissbrauch, etc. Damit besteht kein Erfüllungsanspruch der Klägerin (mehr) und die Beklagte hat ihr *nicht* erneut zu leisten; die Klage ist in diesem Punkt (Rechtsbegehren Ziffer 1) abzuweisen. Als D.\_\_\_\_\_ der Beklagten den Auftrag zum Erwerb von 350'000 Obligationen der F.\_\_\_\_\_ erteilte, bestand an sich keine Einzelermächtigung. Da der (Rest-)Verwaltungsrat der C.\_\_\_\_\_ jedoch in der Folge untätig blieb – obwohl es ohne Weiteres möglich gewesen wäre, dagegen entsprechend vorzugehen – wurde der Erwerb (konkludent) genehmigt. Die Klage ist gleichermassen in diesem Punkt (Rechtsbegehren Ziffer 2) abzuweisen.

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

### 1. Gerichtskosten

Ausgangsgemäss wird die Klägerin kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG). Die Gerichtsgebühr richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert bzw. nach dem Streitinteresse (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG). Vorliegend beträgt der

Streitwert unbestrittenermassen CHF 9'753'680.– (act. 1 Rz. 6; act. 14 Rz. 3). In Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 GebV OG sowie angesichts der Komplexität und des grossen Verfahrensaufwandes (u.a. rund 700 Seiten Rechtsschriften sowie rund 300 Beilagen; prozessuale Anträge [vgl. act. 23]) ist die Gerichtsgebühr auf insgesamt CHF 150'000.– festzusetzen und der Klägerin aufzuerlegen. Die Kosten sind teilweise aus dem von der Klägerin geleisteten Vorschuss zu decken.

## 2. Parteientschädigungen

Die Höhe der Parteientschädigung ist nach der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 festzusetzen (Art. 96 ZPO i.V.m. § 48 Abs. 1 lit. c und Abs. 2 des Anwaltsgesetzes vom 17. November 2003). Die Grundgebühr ist mit der Begründung bzw. Beantwortung der Klage verdient; für jede zusätzliche Verhandlung und jede weitere Rechtsschrift ist ein Zuschlag zu gewähren (§ 11 Abs. 1 und 2 AnwGebV). Aufgrund des Streitwertes von CHF 9'753'680.50 sowie in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 11 Abs. 1 und 2 AnwGebV beträgt die Parteientschädigung rund CHF 140'000.–.

Zusätzlich hat die Beklagte einen Mehrwertsteuerzuschlag auf die Parteientschädigung verlangt (act. 14 [S. 2] und act. 52 [S. 2]). Ist einer mehrwertsteuerpflichtigen Partei eine Parteientschädigung zuzusprechen, hat dies zufolge Möglichkeit des Vorsteuerabzugs ohne Berücksichtigung der Mehrwertsteuer zu erfolgen. Ist die anspruchsberechtigte Partei nicht im vollen Umfang zum Abzug der Vorsteuer berechtigt, ist die Parteientschädigung um den entsprechenden Faktor anteilmässig anzupassen. Solche aussergewöhnlichen Umstände hat eine Partei zu behaupten und zu belegen (Urteil des Bundesgerichts 4A\_552/2015 vom 25. Mai 2016 E. 4.5; ZR 104 [2005] Nr. 76; SJZ 101 [2005] S. 531 ff.). Die Beklagte hat keine für die Zusprechung der Mehrwertsteuer erforderlichen aussergewöhnlichen Umstände behauptet. Daher ist der Beklagten die Parteientschädigung *ohne* Mehrwertsteuer zuzusprechen.

**Das Handelsgericht erkennt:**

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 150'000.–.
3. Die Gerichtskosten werden der Klägerin auferlegt und teilweise aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss gedeckt.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 140'000.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
6. 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 Beschwerde 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 Streitwert beträgt CHF 9'753'680.50.

Zürich, 8. Mai 2019

Handelsgericht des Kantons Zürich

Vorsitzender:

Gerichtsschreiber:

Roland Schmid

Christian Markutt