

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB120021-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin
Dr. L. Hunziker Schnider und Oberrichter lic. iur. P. Hodel sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Bohli Roth.

Urteil vom 13. August 2012

in Sachen

A. _____,

Beklagter, Widerkläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. W. _____

vertreten durch Rechtsanwalt lic. utr. iur. X. _____

gegen

B. _____ **AG,**

Klägerin, Widerbeklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Z. _____

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil der 8. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich vom
20. Januar 2012; Proz. CG090067**

Rechtsbegehren:

„Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von USD 1'649'040.02 zuzüglich Zins zu 5 % seit 1. Dezember 2001 zu bezahlen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Beklagten.“

(act. 2 S. 2)

Urteil des Bezirksgerichtes Zürich vom 20. Januar 2012:

1. In Gutheissung der Klage wird der Beklagte verpflichtet, der Klägerin USD 1'649'040.02 zuzüglich Zins zu 5% seit dem 1. Dezember 2001 zu bezahlen.
2. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf CHF 265'000.00. Die weiteren Kosten betragen CHF 20'000.00 (Gutachten) und CHF 1'817.00 (Übersetzungen). Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
3. Die Kosten des vorliegenden Verfahrens werden dem Beklagten auferlegt.
4. Die Kosten des Berufungsverfahrens LB080050 von CHF 30'000.00 werden dem Beklagten auferlegt.
5. Der vom Beklagten am 28. November 2006 geleistete Barvorschuss von Fr. 4'500.00 (Beleg Nr. ...) wird nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Entscheides zur Deckung der Gerichtskosten herangezogen.
6. Die von der Klägerin am 14. Juli 2010 und am 22. Februar 2011 geleisteten Barvorschüsse von insgesamt CHF 20'000.00 (Beleg Nr.... und ...) werden nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Entscheides der Klägerin auf erstes Verlangen hin herausgegeben.
7. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren eine Prozessentschädigung von CHF 484'020.00 zu bezahlen.

8./9. Mitteilung/Rechtsmittel.

(act. 241 S. 71 f.)

Berufungsanträge:

Des Beklagten und Berufungsklägers (act. 239 S. 2):

- "1. Das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 20. Januar 2012, Prozess Nr. CG090067, sei aufzuheben.
2. Die Klage sei abzuweisen.
3. Für den Fall der Bestätigung des angefochtenen Urteils seien die Kosten des Beweisverfahrens der Klägerin aufzuerlegen.
4. Eventualiter: Die Sache sei zur Neuurteilung in der Sache und/oder im Kostenpunkt an die Vorinstanz zurückzuweisen.
5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Klägerin."

Der Klägerin und Berufungsbeklagten (act. 248 S.2):

"Die Berufung sei abzuweisen, soweit auf sie einzutreten ist; unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beklagten und Berufungsklägers."

Erwägungen:

1. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1.1. Die Klägerin und Berufungsbeklagte (fortan Klägerin) ist einebank mit Sitz in C._____. Der Beklagte ist ein Geschäftsmann, der in der Handelsschifffahrt sowie im Handel mit Edelmetallen, Rohölen und Flüssiggas tätig ist. Seit 1997 bestand zwischen den Parteien eine Bankbeziehung. Der Beklagte betätigte bei der Klägerin insbesondere Kauf, Halten und Verkauf von Aktien sowie Options- und Fremdwährungsgeschäfte.

1.2. Nachdem in der Konto-/Depotbeziehung eine Unterdeckung eingetreten war, forderte die Klägerin den Beklagten zur Nachschussleistung auf. Da der Beklagte dieser Aufforderung nicht nachkam, liquidierte die Klägerin seine Positionen am

21. Februar 2001. Am 22. April 2004 machte die Klägerin aus der erwähnten Vertragsbeziehung bei der Vorinstanz gegen den Beklagten eine Klage über den Betrag von USD 1'649'040.02 anhängig (act. 2). Dieser Betrag entspricht der behaupteten Höhe des Sollsaldos, der aus der Liquidation resultierte. Der Beklagte erhob mit seiner Klageantwort vom 26. Juli 2004 Widerklage auf Zahlung "eines den Betrag von 20 Millionen USD übersteigenden Betrages nach richterlichem Ermessen nebst Zins zu 5 % seit 1. Juli 2001" (act. 20 S. 2). Mit Urteil vom 30. April 2008 wies die Vorinstanz nach Durchführung eines Beweisverfahrens sowohl die Haupt- als auch die Widerklage ab (act. 122 = act. 127).

1.3. Gegen dieses Urteil führte die Klägerin Berufung (act. 128). Mit Beschluss vom 25. Februar 2009 nahm das Obergericht des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, davon Vormerk, dass das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 30. April 2008 insoweit in Rechtskraft erwachsen sei, als mit seiner Dispositiv-Ziffer 2 die Widerklage abgewiesen worden sei, und hiess die Berufung dahin gut, dass die Dispositiv-Ziffern 1, 3, 4, und 5 des angefochtenen Urteils aufgehoben und die Sache zur Ergänzung des Verfahrens im Sinne der Erwägungen sowie zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückgewiesen wurde (act. 159).

1.4. Die Vorinstanz führte in der Folge ein weiteres Beweisverfahren durch und holte insbesondere ein Gutachten ein, welches am 15. April 2011 erstattet wurde (act. 210). Mit Urteil vom 20. Januar 2012 hiess sie die Klage gut. Die Kosten (einschliesslich jener für das Gutachten in Höhe von Fr. 20'000.-- und jener für das vorangehende Berufungsverfahren LB080050) auferlegte sie dem Beklagten und verpflichtete diesen, der Klägerin für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 484'020.-- zu bezahlen (act. 241 S. 71 f.).

1.5. Gegen das Urteil vom 20. Januar 2012 führt der Beklagte mit Eingabe vom 5. März 2012 rechtzeitig Berufung mit den eingangs genannten Anträgen (act. 239 S. 2). Den ihm mit Verfügung vom 9. März 2012 (act. 242) auferlegten Kostenvorschuss in Höhe von Fr. 35'000.-- leistete er fristgerecht (act. 243+244). Die Klägerin erstattete die Berufungsantwort innert Frist am 20. April 2012 (act. 248). Sie wurde dem Beklagten am 26. April 2012 zugestellt (act. 249+250). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

2. Prozessuale Vorbemerkung

2.1. Am 1. Januar 2011 ist die eidgenössische Zivilprozessordnung (ZPO) in Kraft getreten. Für die Rechtsmittel gilt danach das Recht, das bei der Eröffnung des Entscheides in Kraft ist (Art. 405 Abs. 1 ZPO). Da das angefochtene Urteil vom 20. Januar 2012 nach dem 1. Januar 2011 eröffnet wurde, beurteilt sich die Zulässigkeit des Rechtsmittels nach der ZPO. Ebenso sind deren Bestimmungen für das Rechtsmittelverfahren vor Obergericht massgebend.

2.2. Das bezirksgerichtliche Verfahren zwischen den Parteien war bei Inkrafttreten der eidgenössischen Zivilprozessordnung am 1. Januar 2011 bereits rechts-hängig. Für dieses gilt daher das bisherige Verfahrensrecht bis zum Abschluss vor der betroffenen Instanz (Art. 404 Abs. 1 ZPO). Dementsprechend ist im Rahmen des Rechtsmittelverfahrens zu prüfen, ob die für das erstinstanzliche Verfahren geltenden Bestimmungen der zürcherischen Zivilprozessordnung vom 13. Juni 1976 (ZPO/ZH) etc. korrekt angewendet wurden.

3. Novenrecht

3.1. Gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO werden neue Tatsachen und Beweismittel im Rechtsmittelverfahren nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden (lit. a) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (lit. b). Echte Noven (Tatsachen, die erst nach dem erstinstanzlichen Entscheid entstanden sind) können mit der Berufung und bis zum Ablauf der Berufungsfrist vorgebracht werden, unechte Noven (Tatsachen, die bereits zur Zeit des erstinstanzlichen Entscheids vorhanden waren) nur, wenn sie neben der Einreichung ohne Verzug trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten. Jede Partei, die neue Tatsachen und Beweismittel einreicht, hat zu behaupten und zu beweisen, dass dies ohne Verzug geschieht und unechte Noven zulässig sind (Peter Volkart, DIKE-Komm-ZPO, Art. 317 N 6 f. und 12 ff.).

3.2. Zu Recht macht die Klägerin geltend (act. 248 S. 3 f. Rz. 7), der Beklagte stelle in der Berufungsschrift eine Reihe neuer Behauptungen auf und reiche neue Beweismittel ein (act 239 S. 10 ff. Rz. 45-54 und act. 240/2-3). Der Beklagte

begründet in keiner Weise, weshalb diese Noven zulässig sein sollen. Schon aus diesem Grund sind sie unbeachtlich. Es wird an gegebener Stelle nochmals darauf zurückzukommen sein.

4. Vorinstanzlicher Entscheid (act. 241)

Im Rückweisungsbeschluss vom 25. Februar 2009 hielt die Kammer unter Verweis auf das Urteil der Vorinstanz vom 30. April 2008 (act. 127) fest, dass die Liquidationshandlungen der Klägerin vertragsgemäss waren (act. 161 S. 7 f.). Hingegen verwarf sie den Vorwurf mangelnder Substantiierung (act 161 S. 13 f.) und wies sie die Vorinstanz an, zur Höhe der klägerischen Forderung ein Beweisverfahren durchzuführen, weil der Beklagte unter Hinweis auf den Kontoauszug act. 4/16 geltend mache, "dass der Sollsaldo auf schlecht fixierten Liquidationskursen" beruhe und diese Liquidationskurse von der Klägerin "arbiträr festgelegt" worden seien, womit er im Ergebnis geltend mache, die Klägerin habe die Kurse zu ihren Gunsten manipuliert oder verfälscht (act. 161 S. 15 ff.). Die Vorinstanz hat in der Folge zu 72 Beweissätzen Beweis abgenommen, entsprechend sämtlichen verbuchten Gutschriften und Belastungen gemäss Kontoauszug act. 4/16, welche im Zuge der Liquidation stattfanden. Die vorliegende Berufung richtet sich einzig gegen die Beweiswürdigung der Vorinstanz betreffend OTC-Transaktionen (Beweissätze 1.58-1.63 und 2.32-2.37) und damit gegen die Würdigung von 12 Beweissätzen sowie gegen das Kostendispositiv. Im Übrigen blieb das Urteil unangefochten, insbesondere bezüglich der Liquidation der Aktien des Beklagten, seiner (OTC-)Devisentermingeschäfte sowie der verrechneten Sollzinsen, Kreditkommissionen und Spesen. Auf die einlässliche Begründung des angefochtenen Entscheides kann zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen werden (act. 241). Auf die dagegen vom Beklagten in der Berufung vorgebrachten Argumente ist nachfolgend einzugehen.

5. OTC-Optionen

5.1. Der Over-the-Counter Markt betrifft ausserbörsliche Derivatgeschäfte. Die dort gehandelten Derivate sind zumeist auf den Einzelfall zugeschnitten, d.h. auf die besonderen Bedürfnisse der Beteiligten (Emch/Renz/Arpagaus, Das Schwei-

zerische Bankgeschäft, 7. Aufl., Zürich 2011, Rz. 2268 f.). Die Preisberechnung für nicht börsenmässig gehandelte Optionen ist komplex, da kein Marktpreis besteht (vgl. dazu das angefochtene Urteil act. 241 S. 23 f.). Im Rahmen der Liquidation vom 21. Februar 2001 liquidierte die Klägerin u.a. 12 OTC-Optionen (je Put und Call bezüglich der sechs Titel D._____, E._____, F._____, G._____, H._____ und I._____; vgl. dazu Tabelle im angefochtenen Urteil act. 241 S. 24). Bezüglich dieser OTC-Transaktionen, namentlich dazu, ob die im Rahmen der Liquidation belasteten bzw. gutgeschriebenen Betreffnisse jeweils ein in der Bankenbranche üblicherweise erzielbares Liquidationsergebnis darstellen, liess die Vorinstanz ein Gutachten von Professor Dr. J._____, Institut K._____, ..., einholen (act. 162 S. 11 f. und S. 17 f., act. 186 S. 70), welches am 15. April 2011 von den Professoren J._____/L._____ erstattet wurde (act. 210).

5.2. Zum Inhalt des Gutachtens kann auf die Zusammenfassung der Vorinstanz verwiesen werden (act. 241 S. 25-27), die nachfolgend wiedergegeben wird:

"ca) Gemäss diesem Gutachten lassen sich die einzelnen Call- und Putoptionen in der vorliegenden Situation – und ausgehend von der Annahme, dass die Liquidation der entsprechenden Call- und Putoptionen jeweils zeitgleich erfolgt sei – faktisch jeweils zu Terminverträgen kombinieren. Ein solches Transaktionspaar sei äquivalent zu einem Verkauf eines Terminvertrages auf die zugrundeliegende Aktie (act. 210 S. 11/12). Zur Bewertung der fraglichen Optionskombinationen benötige man keine Schätzung für die Volatilität der zugrunde liegenden Vermögensgegenstände. Aggregiert betrachtet sei der Liquidationswert der einzelnen Transaktionspaare unabhängig vom erwarteten Volatilitätswert (act. 210 S. 13 und S. 26).

Dem Kunden, d.h. dem Beklagten, seien für die Liquidation der relevanten Call- und Putoptionen aggregierte Prämien von USD 27.21 Mio. belastet worden (act. 210 S. 17). Im Folgenden wurde überprüft, ob es dabei aggregiert über die sechs Transaktionspaare betrachtet eine systematische Fehlbewertung gegeben habe. Dazu wurden die Transaktionspaare als Terminverträge bewertet (act. 210 S. 13 ff.). Um dabei dem Umstand Rechnung zu tragen, dass möglicherweise nicht alle Positionen jeweils zum Tageshöchst- bzw. Tagestiefstkurs liquidiert worden sind, wurde eine Simulationsanalyse vorgenommen. Da genaue Angaben über den Liquidationszeitpunkt fehlten, wurde jeweils der höchste und der tiefste der folgenden Kurse ermittelt: Schlusskurs Vortag, Eröffnungskurs, Bid tiefst, Ask höchst und Schlusskurs (act. 210 S. 16 unter Verweis auf S. 14). Es wurde somit auf der Basis aller Tageskurse vom 21. Februar 2001 und unter Gewichtung mit der Anzahl liquidiertter Optionskontrakte eine Rechnung durchgeführt, welche 10'000 Mal wiederholt wurde.

Mit der so vorgenommenen Rechnung wurde ein Vertrauensintervall ermittelt, wonach der simulierte marktkonforme Liquidationserlös in 95 Prozent aller Fälle zwischen – 27.88 und – 26.67 Millionen USD lag. „Mit anderen Worten: Ein effektiver Liquidationserlös, der tiefer als -27.88 Millionen oder höher als -26.67 liegt, ist unter den getroffenen Annahmen nicht mit einer objektiven Marktbewertung vereinbar.“(...) Wie wir (...) gesehen haben, lag der effektive Liquidationserlös bei -27.21 Millionen USD und damit *klar innerhalb des Vertrauensintervalls einer objektiven Marktbeurteilung.* (...)“ Die Gutachter kommen zum Schluss, dass es keinen Grund zur Annahme gebe, dass die Liquidation zu marktfremden Konditionen durchgeführt worden sei (act. 210 S. 18).

Werde eine Bewertung nur anhand der Eröffnungskurse der Basiswerte vorgenommen, resultiere ein Betrag von rund -27.40 Millionen USD. Bei einer durchgehenden Bewertung zum Eröffnungskurs vom 21. Februar 2001 hätte die Bank dem Kunden insgesamt einen Betrag von 27.4 Millionen USD belasten müssen. Die effektive Belastung habe bei -27.21 Millionen USD gelegen. Aufgrund dieser Punktschätzung habe die Bank dem Kunden folglich insgesamt USD 189'313.00 zu wenig belastet (act. 210 S. 19).

Das Gutachten kommt zum Zwischenergebnis, dass im vorliegenden Fall die erwartete Volatilität der Aktien keine Rolle spiele, da sich die einzelnen Optionen faktisch zu Terminverträgen kombinieren liessen. Aufgrund der getroffenen Annahmen weiche der Liquidationserlös von keinem der betrachteten Transaktionspaare systematisch von einer korrekten Marktbewertung ab. Auch aggregiert betrachtet finde sich keine Evidenz für eine systematische Fehlbewertung (act. 210 S. 20).

cb) Um die Eventualität abzudecken, dass die Put- und Calloption auf einer bestimmten Aktie nicht genau zur selben Uhrzeit liquidiert wurden, führten die Gutachter die Bewertung anschließend für jede Option einzeln durch (act. 210 S. 20 ff.). Nach 10'000 Mal durchgeführter Rechnung kommen sie zum Ergebnis, dass in 95 Prozent der simulierten Fälle der marktkonforme Liquidationserlös zwischen -27.83 und -26.72 Millionen USD gelegen habe. Es zeige sich folglich wiederum, dass der effektive Liquidationserlös von -27.21 Millionen USD innerhalb dieses Vertrauensintervalls liege. Auch aufgrund der individuellen Optionsbewertung gebe es deshalb keinen Grund zu Annahme, dass der effektive Liquidationserlös aggregiert betrachtet systematisch von einer simulierten Marktbewertung abweiche (act. 210 S. 24).

Bei einer Bewertung anhand der Eröffnungskurse der Basiswerte betrage die aggregierte Bewertungsdifferenz wiederum USD 189'313.00, dies unabhängig von der verwendeten Volatilitätschätzung (act. 210 S. 24).

Zusammenfassend kommen die Gutachter zum Schluss, dass es keine Anhaltspunkte dafür gäbe, dass die Bewertung der Bank systematisch gegen oben oder gegen unten verzerrt gewesen sei. Statistisch unterscheide sich die korrekte Marktbewertung nicht von der Bewertung, welche die Bank durchgeführt habe. Zwar sei die erwartete Volatilität deutlich unterschätzt worden – anstelle der verwendeten 30% wäre zum besagten Liquidationszeitpunkt eher ein Wert von 80% realistisch

gewesen – , was bei den einzelnen Optionen zu einer markanten Fehlbewertung geführt habe. Gesamthaft seien diese einzelnen Fehlbewertungen indessen irrelevant, da sie sich sowohl auf die Call- als auch auf die Putoptionen bezogen und sich somit gegenseitig aufgehoben hätten (act. 210 S. 24/25).

cc) Eine tiefere risikofreie Rendite führe dazu, dass sich die Bewertung leicht zu Gunsten der Bank verschiebe. Die Simulationsanalyse führe aber auch mit einer tieferen risikofreien Rendite keine systematische Bewertungsdifferenz zu Tage. Auch hier liege der effektive Liquidationserlös innerhalb des Vertrauensintervalls der simulierten Marktbewertung.

Im Falle einer Liquidation zum Eröffnungskurs steige die geschätzte Bewertungsdifferenz von USD 189'313.00 auf USD 244'168.00, dies unabhängig davon, ob die Transaktionen als synthetische Terminverträge oder einzelne Optionen betrachtet würden. Bei einer Liquidation zum Eröffnungskurs hätte die Klägerin dem Beklagten einen höheren Betrag belasten können (act. 210 S. 25). "

5.3. Bereits mit seiner Stellungnahme zum Gutachten vom 22. August 2011 (act. 224) erhob der Beklagte methodische Einwände zum Gutachten und liess dessen Erläuterung bzw. Ergänzung beantragen. Die Vorinstanz hat sich mit diesen Vorbringen auseinandergesetzt und hat sie verworfen (act. 241 S. 28-30). Im Berufungsverfahren hält der Beklagte an drei Einwänden fest.

5.3.1. Der Beklagte hält dafür, die Prämisse der "Unabhängigkeit der Aktienkurse" sei unzutreffend. Er hält daran fest, dass diese Annahme aufgrund der Tatsache, dass alle sechs Aktien derselben Branche (Technologiesektor) angehören, wirklichkeitsfremd sei und entsprechend auch die auf dieser Prämisse basierende Simulation als solche bestritten werden müsse. Die Vorinstanz habe erwogen, aus dem Zahlenmaterial im Gutachten sei für den 21. Februar 2001 keine unmittelbare gegenseitige Abhängigkeit der Kurse erkennbar. So habe etwa die Aktie E._____ einen Kursgewinn verbucht, während D._____ am gleichen Tag verloren habe. Der Beklagte wendet ein, es dürfe als allgemein bekannt gelten, dass sich Aktienkurse desselben Sektors tendenziell gleichgerichtet verhielten, und nicht "unabhängig". Das schliesse nicht aus, dass ein einzelner Titel eines spezifischen, nicht die ganze Branche betreffenden Ereignisses vom allgemeinen Trend abweiche. So sei denkbar, dass die von der Vorinstanz erwähnte Aktie E._____ deshalb einen Tagesgewinn habe verbuchen können, weil E._____ an jenem Tag zwei positive Meldungen bekanntzugeben gehabt habe. Unabhängig davon sei

wesentlich, dass jedenfalls die übrigen fünf Aktien einen Tagesverlust verbucht und sich damit gleichgerichtet verhalten hätten. Die Klägerin habe die historischen Tageskurse für den 21. Februar 2001 nicht vollständig beigebracht (nur die Eröffnungs- und Schlusskurse bzw. die Höchst- und Tiefstkurse). Er drucke daher für fünf der sechs Aktien (die Aktie "I. _____" existiere nicht mehr) die Kurse per 21. Februar 2012 ab. Aus den Graphiken sei ersichtlich, dass sich die Aktien über den Tagesverlauf tendenziell gleichgerichtet verhielten. Die Gutachter hätten nicht dargelegt und es sei auch nicht plausibel, wieso sich die Kurse derselben Aktien gerade am Tag der Liquidation hätten unabhängig voneinander verhalten sollen. Die Annahme der Gutachter erweise sich damit als nicht nachvollziehbar (act. 239 S. 9 ff.).

Nach Ansicht des Beklagten ist ferner die Prämisse der "Gleichverteilung der Aktienkurse" nicht plausibel. Die Gutachter seien von der Annahme ausgegangen, die Aktienkurse am 21. Februar 2001 hätten "gleichverteilt" zwischen dem jeweiligen Tageshöchst- und Tiefstkurs gelegen. Das würde bedeuten, dass alle Kurswerte am 21. Februar 2001 gleich wahrscheinlich gewesen wären wie der Mittelkurs. Er halte daran fest, dass diese Annahme nicht plausibel sei, jedoch nicht daran, die Kurse hätten sich "normalverteilt" verhalten. Die Klägerin habe darauf hingewiesen, dass die Verteilung der Aktienkurse am 21. Februar 2001 nicht rekonstruiert werden könne, weshalb die Annahme der Gutachter korrekt sei. Diese Argumentation, welche die Vorinstanz offenbar zumindest implizit schütze, sei nicht stichhaltig. Der Grund dafür, dass die Gutachter überhaupt mit Simulationen und diversen Hypothesen hätten arbeiten müssen, liege darin, dass die Klägerin die exakten Tageszeitpunkte der Liquidationshandlungen nicht offengelegt habe. Dies könne nicht dazu führen, dass der Beklagte nicht begründete und nicht plausible Annahmen hinzunehmen habe. Damit müssten auch die auf dieser Prämisse basierenden Simulationen insgesamt bestritten werden (act. 239 S. 13 f.).

Der Beklagte hält schliesslich auch am Einwand fest, die Gutachter hätten zwar die Relevanz der täglichen Schwankungen der Aktienkurse unterstrichen, seien aber auf diesen Punkt im Gutachten nicht mehr spezifisch eingegangen. Die Vorinstanz habe erwogen, das Gutachten sei insofern auf die Fluktuation der Aktien-

kurse eingegangen, als es die gesamte Bandbreite der Kurse, die am 21. Februar geherrscht hätten, verwendet habe. Die Gutachter hätten festgehalten, dass der genaue Tageszeitpunkt der Liquidation für die Bewertung vor allem dann relevant sei, wenn der Aktienkurs des zugrunde liegenden Vermögensgegenstandes innerhalb des Tages beträchtlichen Schwankungen unterliege oder wenn eine besonders grosse Position gehandelt werde. Er halte daran fest, dass die Gutachter auf diesen Vorbehalt im Rahmen des Gutachtens nicht mehr eingehen würden. Die Betrachtung der vier Einzelwerte Höchst/Tiefst bzw. Eröffnung/Schluss sage gemäss seinem Verständnis per se nichts über die Schwankungen der Kurse aus (act. 239 S. 14 f.).

5.3.2. Die Klägerin wendet vorab ein, durch blosses Wiederholen von Vorbringen, denen die Vorinstanz nicht gefolgt sei, werde keine unrichtige Rechtsanwendung dargetan (act. 248 S. 12 i.V. mit S. 7). Der Beklagte habe zudem nirgends behauptet, geschweige denn substantiiert, inwiefern das Ergebnis des Gutachtens anders ausgefallen wäre, wenn die Gutachter die von ihm propagierten Prämissen übernommen hätten. Seine diesbezüglichen Vorbringen seien daher nicht rechtserheblich. Die Behauptungen in Rz. 45-54 seien zudem neu und nicht zu hören (act. 248 S. 12 f., S. 19).

Zur Prämisse der "Unabhängigkeit der Aktienkurse" hält die Klägerin zudem fest, dass Aussagen betreffend eine allfällige Korrelation höchstens über einen längeren Zeitraum getroffen werden könnten und der Beklagte zu Recht nicht geltend mache, das Gutachten wäre nach seiner Methodik zu einem anderen Ergebnis gelangt. Die neuen Vorbringen im Zusammenhang mit der Aktie E._____ bestreitet die Klägerin und macht geltend, der Beklagte lege nicht einmal dar, dass die in den neuen Beilagen behaupteten angeblich kursrelevanten Umstände vor Börsenschluss bekannt gewesen seien. Aus dem Umstand, dass fünf von sechs Titeln am 21. Februar 2001 einen Tagesverlust verzeichnet hätten, schliesse der Beklagte zu Unrecht auf eine Korrelation. Wie sie bereits vor Vorinstanz aufgezeigt habe, seien die Börsenkurse ab 20. Februar 2001 allgemein gefallen, der breit gefasste ... genau so wie der Die vollständigen Tageskurse seien von keiner Partei in den Prozess eingeführt worden, weil sie nicht mehr verfügbar sei-

en. Deshalb würde es auch nichts helfen, wenn die genauen Liquidationszeitpunkte rekonstruiert werden könnten. Die Berufung auf die Aktienkurse vom 21. Februar 2012, d.h. elf Jahre später, täten nichts zur Sache (act. 248 S. 18 ff.).

Die Ausführungen des Beklagten zur Prämisse der "Gleichverteilung der Aktienkurse" erachtet die Klägerin als unsubstantiiert und irrelevant. Nachdem der Beklagte an seiner unrichtigen Aussage, die Aktien seien "normalverteilt" gewesen, nicht länger festhalte, sei zudem unerfindlich, welche Verteilung er eigentlich behaupte. Schon vor Vorinstanz habe sie festgehalten, dass heute nicht gesagt werden könne, die fraglichen Aktien hätten am 21. Februar 2001 häufig nahe beim Schlusskurs notiert und selten nahe beim Eröffnungskurs oder umgekehrt. Die Rüge des Beklagten sei völlig unbestimmt und auch deshalb nicht zu hören. Schliesslich fusse die Argumentation auf einer falschen rechtlichen Prämisse: Implizit gehe der Beklagte davon aus, jede OTC-Option müsse in derselben logischen Sekunde liquidiert werden, wo der Basiswert zum Kurs notiere, der in der Bewertung verwendet worden sei. Für eine solche Forderung bestehe aber keine Rechtsgrundlage (act. 248 S. 20 f.).

Die Ausführungen zur Relevanz der täglichen Schwankungen der Aktienkurse bestreitet die Klägerin und erachtet sie als irrelevant und redundant. Der Beklagte zitiere das Gutachten selektiv. "Hauptresultat des Gutachtens" sei gemäss Executive Summary, dass "die Abwicklung der 12 Transaktionen aggregiert betrachtet nicht von einer korrekten Marktbewertung abwich". Zu diesem Schluss seien die Gutachter unter Berücksichtigung des Umstandes gekommen, dass der genaue Tageszeitpunkt für die Bewertung relevant sein könne. Die Unterstellung des Beklagten, die Gutachter hätten einen Vorbehalt gemacht und ihn anschliessend vergessen, sei aktenwidrig (act. 248 S. 21).

5.4. Gemäss seinen Einwänden erachtet der Beklagte Annahmen der Gutachter als nicht nachvollziehbar bzw. nicht plausibel und bestreitet die darauf basierende Simulationsanalyse, und er verlangt eine entsprechende Erläuterung und/oder Ergänzung des Gutachtens. Ist ein Gutachten unvollständig, unklar oder nicht gehörig begründet, sind diese Mängel gemäss § 181 Abs. 1 ZPO/ZH durch Verbesserung zu beheben, also durch Erläuterung oder Ergänzung.

5.5. Die Klägerin betrachtet die Vorbringen des Beklagten bereits deshalb als nicht rechtserheblich, weil dieser weder behauptet noch substantiiert habe, inwiefern das Ergebnis des Gutachtens anders ausgefallen wäre, wenn die Gutachter die von ihm propagierten Prämissen übernommen hätten. In der Berufungsbeurteilung ist darzulegen, aus welchen Gründen der angefochtene Entscheid falsch ist und deshalb abgeändert werden muss. Sie muss sich sachbezogen mit der Begründung des angefochtenen Entscheids auseinandersetzen. Rein appellatorische Kritik, etwa dass der angefochtene Entscheid falsch sei, ist ungenügend (Ivo W. Hungerbühler, DIKE-Komm-ZPO, Art. 311 N 27 f.). Mit Bezug auf die Prämisse der "Unabhängigkeit der Aktienkurse" setzt sich der Beklagte zwar mit der Begründung der Vorinstanz auseinander. Allerdings tut er dies mit neuen Behauptungen (und unter Einreichung neuer Unterlagen), ohne darzutun, weshalb diese zulässig sein sollen. Schon aus diesem Grund sind sie unbeachtlich (vgl. vorn Ziff. 3.2.). Ihre Zulässigkeit ist auch nicht ersichtlich. Dass sich am 21. Februar 2001 nicht alle untersuchten Aktien gleichgerichtet verhielten, insbesondere die Aktie E. _____ einen Kursgewinn verbuchte, geht aus dem Gutachten klar hervor (act. 210 S. 14), sodass der Beklagte sich dazu bereits vor Vorinstanz hätte äussern können. Nach den massgeblichen Prozessregeln können seine neuen Behauptungen daher nicht mehr berücksichtigt werden. Mit Bezug auf die Prämisse der "Gleichverteilung der Aktienkurse" lässt der Beklagte im Berufungsverfahren - offenbar gestützt auf die Erwägungen der Vorinstanz - seine vorinstanzliche Behauptung fallen, die Kurse hätten sich "normalverteilt" verhalten. Trotzdem hält er daran fest, dass die Prämisse der Gleichverteilung nicht plausibel sei, ohne indes eine andere Begründung zu liefern oder darzulegen, von welcher Verteilung denn auszugehen wäre. Gleiches gilt hinsichtlich der Relevanz der täglichen Schwankungen der Aktienkurse, indem der Beklagte trotz den gegenteiligen Ausführungen der Vorinstanz einfach an seiner Behauptung festhält, die Gutachter seien auf einen von ihnen gemachten Vorbehalt nicht mehr eingegangen. Nach dem Gesagten erweisen sich die Rügen des Beklagten schon deshalb insgesamt als unbegründet.

5.6. Das eingeholte Gutachten (act. 210) ist sodann weder unvollständig noch unklar oder ungenügend begründet, weshalb es weder einer Ergänzung noch einer Erläuterung bedarf.

5.6.1. Nicht gefolgt werden kann dem Beklagten, dass die Gutachter auf einen Vorbehalt im Rahmen des Gutachtens nicht mehr eingegangen seien. Das hat bereits die Vorinstanz zutreffend erkannt (act. 241 S. 28). Im Executive Summary halten die Gutachter fest, Abschnitt 2 gehe der Frage nach, ob der genaue Tageszeitpunkt der Liquidation für die Bewertung relevant sei. Dies sei vor allem dann der Fall, wenn der Aktienkurs des zugrunde liegenden Vermögensgegenstandes innerhalb eines Tages beträchtlichen Schwankungen unterliege oder wenn eine besonders grosse Position gehandelt werde. Unter Ziffer 2. (act. 210 S. 10) wird dann konkret bezogen auf die vorliegend zu beurteilenden Aktien weiter auf die Frage eingegangen. Es wird insbesondere festgehalten, dass die Sensitivität der Optionsprämie als *Delta* der Option bezeichnet werde, sich die zu begutachtenden Optionen dadurch auszeichneten, dass der Ausübungspreis deutlich oberhalb des aktuellen Aktienkurses liege, und dass bei derartigen Calloptionen das Delta am geringsten (geringste Sensitivität auf Aktienkursschwankungen) und bei Putoptionen am höchsten (höchste Sensitivität auf Aktienkursschwankungen) sei. Sie folgern, dass die genaue Tageszeit der Liquidation also eine Rolle spielen könnte. Dafür, welche konkreten Auswirkungen die Aktienkursfluktuationen im Tagesverlauf auf den Wert der Optionen ausüben, verweisen sie auf die Beantwortung der Gutachterfragen 3 bis 14. Dasselbst werden dann zuerst die Einflussgrössen für die Bewertung der Call- und Putoptionen bzw. der Transaktionspaare als Terminverträge quantifiziert. Bezüglich des Wertes der zugrunde liegenden Vermögensgegenstände wird festgehalten, dass die relevanten Aktienkursdaten für den 21. Februar 2001 vom Center ... (...) bezogen worden seien. Da der genaue Tageszeitpunkt der Liquidation nicht bekannt sei, werde die gesamte Bandbreite der Aktienkurse der sechs Titel, wie sie am 21. Februar 2001 zu beobachten gewesen sei, verwendet (act. 210 S. 13 f. und Tabelle 4). Dann werden die Terminverträge bewertet, indem die quantifizierten Einflussgrössen in die Gleichung eingesetzt werden. Weil das Resultat der Berechnung vom exakten Aktienkurs abhängt, der zum Liquidationszeitpunkt geherrscht habe, die genauen

Angaben zum Liquidationszeitpunkt aber fehlten, werde die gesamte Bandbreite der Kurse, die am 21. Februar 2001 gemäss Tabelle 4 geherrscht habe, verwendet, um daraus ein Intervall für den korrekten Liquidationserlös abzuleiten. So wurde denn auch verfahren, woraus Tabelle 9 "Bewertung der Terminverträge zum Tiefst- bzw. Höchstkurs" resultierte. Anschliessend wurde überprüft, ob die effektiven Liquidationserlöse der sechs Transaktionspaare innerhalb dieses Intervalls der vermutlichen Marktbewegung liege. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Gutachter die Relevanz des genauen Liquidationszeitpunktes bejaht haben, mangels genauer Angaben aber ein Intervall für den korrekten Liquidationserlös anhand der Tageshöchst- und -Tiefstkurse berechnet und überprüft haben, ob die sechs Transaktionspaare innerhalb dieses Intervalls der vermutlichen Marktbewertung liegen. Dies alles ist vollständig und klar und genügend begründet und bedarf keiner Ergänzung oder Erläuterung. Es erhellt auch, dass die Behauptung des Beklagten, die Gutachter hätten zwar die Relevanz der Aktienkurse unterstrichen, seien aber auf diesen Punkt nicht mehr spezifisch eingegangen, nicht zutrifft.

5.6.2. Die Gutachter überprüften, ob es aggregiert über die sechs Transaktionspaare (als Terminverträge) betrachtet eine systematische Fehlbewertung gegeben habe. Um dem Umstand Rechnung zu tragen, dass möglicherweise nicht alle Positionen jeweils zum Tageshöchst- bzw. Tagestiefstkurs liquidiert wurden, führten sie eine sog. Simulationsanalyse durch. Dazu trafen sie die Annahme, dass die Aktienkurse am 21. Februar 2001 gleichverteilt zwischen dem jeweiligen Minimal- und Maximalwert aus Tabelle 4 gelegen hätten und unabhängig voneinander gewesen seien. Aus den sechs Verteilungen wurde anschliessend jeweils ein zufälliger Kurs gezogen und damit sämtliche Positionen, die am 21. Februar 2001 liquidiert wurden, bewertet. Die resultierende Bewertung gewichteten sie mit der Anzahl Verträge, die effektiv liquidiert worden waren. Dies lieferte ihnen einen möglichen Schätzer für den korrekten aggregierten Liquidationserlös. Das Vorgehen wiederholten sie 10'000 Mal, um so einen Vertrauensintervall für den marktkonformen Liquidationserlös zu erhalten. Das Ergebnis der Simulationsanalyse wird in einer Graphik dargestellt (act. 210 S. 17 f.). Anschliessend erfolgte zusätzlich eine Bewertung der einzelnen Optionen separat, falls die Liquidation der ent-

sprechenden Call- und Putoptionen nicht zeitgleich erfolgt sein sollte. Auch dafür griffen sie auf die Simulationsanalyse zurück. Das Vorgehen wird wieder genau beschrieben und das Resultat (simulierter Wert der Call- bzw. der Putoptionen und simulierter Liquidationserlös) wird in verschiedenen Abbildungen zusammengefasst. U.a. nahmen die Gutachter wie bei der vorangehenden Simulation an, dass die Aktienkurse der sechs Titel einer Gleichverteilung zwischen den Minimal- und den Maximalwerten aus Tabelle 4 folgen (act. 210 S. 21 ff.). Auch bezüglich dieser Ausführungen erscheint das Gutachten vollständig, klar und genügend begründet und daher weder ergänzungs- noch erläuterungsbedürftig.

5.6.3. Mit seinen Einwänden, die Prämisse der "Unabhängigkeit der Aktienkurse" sei unzutreffend bzw. die Prämisse der "Gleichverteilung der Aktienkurse" sei nicht plausibel, macht der Beklagte sinngemäss denn auch vielmehr geltend, die von den Gutachtern für die Durchführung der Simulationsanalyse getroffenen Annahmen seien falsch und damit auch die sich daraus ergebenden Resultate. Sinngemäss macht der Beklagte zudem wohl geltend, die Gutachter hätten die Relevanz der täglichen Schwankungen der Aktienkurse ungenügend berücksichtigt, indem sie nur die gesamte Bandbreite der Kurse, die am 21. Februar 2001 geherrscht habe, berücksichtigt hätten. Damit übt er an den Schlussfolgerungen des Gutachtens Kritik.

Der Sachverständigenbeweis dient der Feststellung und Beurteilung von Tatsachen mittels Fachkunde, für welche dem Richter das erforderliche Fachwissen fehlt (§ 171 ZPO/ZH). Zwar unterliegt auch das Gerichtsgutachten der freien Beweiswürdigung nach § 148 ZPO/ZH. Ohne triftige Gründe darf das Gericht jedoch nicht seine eigene Auffassung an die Stelle der Auffassung des Gutachtens setzen. Für den Beweiswert eines Gerichtsgutachtens ist entscheidend, ob es für den Richter und die Parteien als Laien auf dem betreffenden Fachgebiet vollständig und nachvollziehbar ist und seine Schlussfolgerungen schlüssig sind, d.h. keine Widersprüche zu ihrer Begründung aufweisen. Für die Durchführung der Simulationsanalysen haben die Gutachter die Annahmen getroffen, dass die Aktienkurse am 21. Februar 2001 gleichverteilt zwischen dem jeweiligen Minimal- und Maximalwert aus Tabelle 4 gelegen hätten und unabhängig voneinander gewesen

seien. Die Annahmen wurden als solche bezeichnet. Richtig ist, dass die Gutachter nicht separat begründet haben, warum sie die Annahmen so und nicht anders getroffen haben. Daraus lässt sich aber nicht ableiten, dass sie unzutreffend oder nicht plausibel sind. Festzuhalten ist, dass unbestrittenermassen für die fraglichen Aktien per 21. Februar 2001 offenbar nur mehr die Eröffnungs-, Schluss-, Höchst- und Tiefstkurse verfügbar sind (act. 248 S. 8 f.; act. 154/5, act. 183, act. 210 S. 14); auch der Beklagte hat nie etwas anderes behauptet. Fest steht auch, dass die Klägerin die genauen Liquidationszeitpunkte nicht beigebracht hat. Diese würden, wie die Klägerin zutreffend erwähnt (act. 248 S. 8 f. und S. 19 f.), aber keinen Erkenntnisgewinn bringen, wenn die zugrunde liegenden Aktienkurse nicht mehr verfügbar sind. Die Gutachter hatten deshalb Annahmen zu treffen. Wenn sie dabei von einer Gleichverteilung der Aktien zwischen Minimal- und Maximalwert und - unter Berücksichtigung des konkreten Tagesverlaufs - von einer Unabhängigkeit der Aktienkurse ausgingen, ist das nicht zu beanstanden, sondern vielmehr naheliegend. Der Beklagte sagt selber nicht, welche Verteilung denn und warum richtiger gewesen wäre. An der erstinstanzlich behaupteten "Normalverteilung" hält er nicht mehr fest. Die Klägerin führt zudem zutreffend aus, dass Aussagen über eine Korrelation der Aktienkurse höchstens über einen längeren Zeitraum getroffen werden könnten, die Börsenkurse ab 20. Februar 2001 allgemein gefallen sind, und die Aktienkurse vom 21. Februar 2012 nichts zur Sache tun. Ob sich die Analyse auch unter Zugrundelegung anderer Annahmen, z.B. einer Ungleichverteilung der Aktienkurse zwischen Minimal- und Maximalwert durchführen liesse bzw. unter Annahme einer Abhängigkeit oder Korrelation der Kurse der zugrunde liegenden Aktien, ist zudem weder behauptet noch ohne Fachkenntnisse beurteilbar, kann aber offen bleiben. Der Beklagte macht auch nicht geltend, dass überhaupt und wie sich die Resultate der Simulationsanalyse bei Anwendung anderer Annahmen verändert hätten. Zweifel an der Richtigkeit der Schlussfolgerungen der Gutachter, insbesondere daran, dass der effektive Liquidationserlös innerhalb des Vertrauensintervalls einer objektiven Marktbewertung liege, bestehen nicht, weshalb keine Weiterungen erforderlich sind.

5.7. Der Beklagte beanstandet sodann die Beweiswürdigung des Gutachtens durch die Vorinstanz (act. 239 S. 3 ff.).

Er macht geltend, die Gutachter hätten mit sogenannten "Vertrauensintervallen" operiert, weil die genauen Angaben über den Liquidationszeitpunkt gefehlt hätten, welche die Klägerin hätte offenlegen müssen. In Bezug auf eine erste Simulation (Bewertung der Optionen als Terminverträge) seien die Gutachter zum Schluss gekommen, das simulierte Liquidationsergebnis liege in 95% aller Fälle zwischen USD -27.88 Mio. und USD -26.67 Mio. (Gutachten S. 18). Die Spanne zwischen diesen Werten betrage USD 1.21 Mio. Die Gutachter hätten festgehalten, dass der effektive Liquidationserlös bei -27.21 Millionen USD und damit klar innerhalb des Vertrauensintervalls einer objektiven Marktbewertung gelegen habe. In rund 58% der simulierten Fälle resultiere ein tieferer Liquidationserlös, in den übrigen 42% der Fälle ein höherer. Basierend auf diesen Berechnungen gebe es folglich keinen Grund zur Annahme, dass die Liquidation zu marktfremden Konditionen durchgeführt worden sei. In Bezug auf die zweite Simulation (Bewertung der einzelnen Optionen) habe sich ein simuliertes "Vertrauensintervall" von zwischen USD -27.83 Mio. und USD -26.72 Mio. ergeben (Gutachten S. 24). Die Spanne betrage hier USD 1.11 Mio. Die Gutachter kämen insgesamt zum Schluss, es bestünden keine Anhaltspunkte dafür, dass die Bewertung der Klägerin "systematisch gegen oben oder gegen unten verzerrt gewesen sei". Die Vorinstanz habe erwogen, gestützt auf das Gutachten könne davon ausgegangen werden, dass die Klägerin den Hauptbeweis für die Beweissätze 1.58-63 und 2.32-37 (OTC-Optionen) erbracht habe. Aus den simulierten Vertrauensintervallen ergäben sich, wie erwähnt, Spannen von USD 1.21 Mio. bzw. USD 1.11 Mio. (bzw. ausgehend von den Tageshöchst- und Tiefstwerten von USD 2.286 Mio.). Bei einem eingeklagten Betrag von USD 1.649 Mio. seien diese Spannen in Millionenhöhe als erheblich zu bezeichnen, was bei der Beweiswürdigung mitzubersichtigen sei. Zudem wiesen die Gutachter darauf hin, dass in immerhin 42% der simulierten Fälle ein höherer Liquidationserlös resultiere. Beides zeige, dass die von der Klägerin geltend gemachten Kosten für die Schliessung der OTC-Optionen und damit auch der eingeklagte Schuldsaldo nur eine Möglichkeit darstellten. Andere Werte wären ebenfalls denkbar. Die Gutachter könnten denn auch nur festhalten, bei einem Liquidationsergebnis innerhalb des Vertrauensintervalls könne "die Annahme einer objektiven Marktbewertung [...] nicht verworfen" werden. Dies heisse letzt-

lich nur, dass es sich nicht um einen geradezu unmöglichen Wert handle. Damit sei aber nicht positiv gesagt, dass die verrechneten Werte effektiv angemessen bzw. fair seien. Mit einem behaupteten OTC-Liquidationsergebnis, das zwar innerhalb von simulierten Vertrauensintervallen liege, aber gemäss Gutachten auch ein paar hunderttausend Dollar höher oder tiefer liegen könnte, sei der Beweis nicht erbracht.

Bei der Beweiswürdigung sei zudem das Verhalten der beweisbelasteten Klägerin mitzuberücksichtigen. Sie hätte es in der Hand gehabt, die Tageszeitpunkte der Liquidationshandlungen offenzulegen. Die Hypothesen, Simulationen und "Vertrauensintervalle" hätten sich dann erübrigt. Als ...bank und professionelle Teilnehmerin am Wirtschaftsverkehr müsse die Klägerin derart präzise und vollständige Angaben über die von ihr vorgenommenen Liquidationshandlungen geben können, dass sich die eingeklagten Schuldpositionen nachvollziehen und überprüfen liessen. Unsicherheiten, die sich daraus ergäben, dass die Klägerin im Prozess keine hinreichenden Daten beibringen wolle oder aufgrund einer Organisationsschwäche nicht beibringen könne, dürften nicht zulasten des Beklagten gehen.

5.7.1. In Erinnerung zu rufen ist vorab, welcher Hauptbeweis der Klägerin auferlegt wurde. Vor Vorinstanz hatte der Beklagte geltend gemacht, "dass der Sollsaldo auf schlecht fixierten Liquidationskursen" beruhe, und dass diese Liquidationskurse von der Klägerin "arbiträr festgelegt" worden seien (act. 20 S. 16 Rz 21). Damit machte er im Ergebnis geltend, die Klägerin habe die im Kontoauszug act. 4/16 vermerkten Kurse zu ihren Gunsten manipuliert oder verfälscht. Im Rückweisungsbeschluss hielt die Kammer fest, auch wenn es für OTC-Papiere keinen eigentlichen Markt gebe, werde ein Sachverständiger durchaus zu den von der Klägerin im Kontoauszug eingesetzten Werten Stellung nehmen können. Letztlich werde es nach durchgeführtem Beweisverfahren Sache des Gerichts sein, darüber zu entscheiden, ob die von der Klägerin im Kontoauszug eingesetzten Werte angemessen seien oder nicht (act. 161 S. 17). Die Vorinstanz auferlegte der Klägerin den Hauptbeweis dafür, dass die im Kontoauszug per 31. März 2001 (act. 4/16) aufgeführten 65 Belastungen im Gesamtwert von

USD 141'526'821.99 ein in der Bankenbranche üblicherweise erzielbares Liquidationsergebnis darstellen. Namentlich hatte sie zu beweisen, dass die unter dem Datum vom 22.02.2001 ausgewiesenen Beträge der vorliegend noch streitigen OTC-Put- bzw. Calloptionen ein in der Branche üblicherweise erzielbares Liquidationsergebnis darstellen (act. 162, Beweissätze 1.58-63 und 2.32-37).

5.7.2. Diesen Beweis hat die Klägerin erbracht. Die Gutachter kamen zusammenfassend zum Schluss, der effektive Liquidationserlös liege klar innerhalb des Vertrauensintervalls einer objektiven Marktbewertung. Es gebe keinen Grund zur Annahme, dass die Liquidation zu marktfremden Konditionen durchgeführt worden sei (act. 210 S. 18). Ihre Untersuchungen lieferten keine Anhaltspunkte dafür, dass die Bewertung der Bank systematisch gegen oben oder unten verzerrt gewesen sei. Statistisch unterscheide sich die korrekte Marktbewertung nicht von der Bewertung, welche die Bank durchgeführt habe (act. 210 S. 25). Das Gutachten hält klar fest, dass die von der Bank verwendeten Preise mit den simulierten Marktbewertungen in Einklang stehen und kein systematischer Unterschied zwischen den gestellten Preisen und einer objektiven Marktbewertung gefunden wurde (act. 210 S. 27). Es gebe keinen Grund zur Annahme, dass die Bewertung, welche die Bank durchgeführt habe, aggregiert betrachtet ausserhalb des Vertrauensintervalls einer korrekten Marktbewertung liege (act. 210 S. 28). Damit steht unzweifelhaft fest, dass das effektive Liquidationsergebnis für die OTC-Put- bzw. Calloptionen gemäss act. 4/16 ein in der Branche üblicherweise erzielbares Liquidationsergebnis darstellt.

5.7.3. Im ersten Berufungsverfahren vor der Kammer postulierte der Beklagte selber, es wäre bei der Liquidation auf die Eröffnungskurse abzustellen gewesen, nachdem die Klägerin den Entscheid zu liquidieren am 21. Februar 2001 getroffen und gleichentags am Mittag (die Titel waren in M._____ börsenkotiert) mit der Liquidation begonnen habe (act. 153 S. 5 Rz 13). Bewertet zum Eröffnungskurs der Basistitel vom 21. Februar 2001 (sog. Punktschätzung) zeigen die Berechnungen der Gutachter, dass die Klägerin dem Beklagten unter den getroffenen Annahmen insgesamt hätte Fr. 189'313.-- mehr belasten können. Von schlecht fixierten oder

arbiträr festgelegten Liquidationskursen kann auch nach der vom Beklagten verlangten Rechnungsweise nicht ausgegangen werden.

5.7.4. Die Klägerin hat im vorliegenden Prozess zwar nicht offen gelegt, welches Bewertungsmodell sie verwendet und welche Parameter sie im Einzelnen zur Festsetzung der dem Beklagten verrechneten Prämien gewählt hat. Insbesondere fehlen Angaben darüber, zu welchem Tageszeitpunkt die Optionen effektiv liquidiert wurden. Indessen stehen die von ihr dem Beklagten für die einzelnen Call- und Putoptionen effektiv gutgeschriebenen bzw. belasteten Prämien fest. Diese können auf ihre Angemessenheit und Marktkonformität hin überprüft werden.

Gemäss Gutachten (act. 210 S. 28) basieren Bewertungen von OTC-Optionen auf Erwartungen bezüglich künftiger Gegebenheiten und sind deshalb zwangsläufig mit Unsicherheiten behaftet. Dies bedeute, dass eine einzelne Punktschätzung, die aus einer Bewertung resultiert, oftmals eher als zufälliges Resultat zu werten sei. Im vorliegenden Fall seien insbesondere die Preise der zugrunde liegenden Vermögensgegenstände mit Unsicherheit behaftet. Indem man für die Inputparameter jeweils einen Streubereich für mögliche realistische Erwartungen definiere, lasse sich diese Unsicherheit in die Bewertung einbauen. Es resultiere ein Streubereich für den gesuchten Wert, ein sogenanntes Vertrauensintervall. Dieses gebe Auskunft darüber, in welchem Bereich der gesuchte Wert mit grosser Wahrscheinlichkeit liege.

Der effektiv von der Klägerin erzielte Liquidationserlös liegt vorliegend innerhalb dieses errechneten Vertrauensintervalls. Mehr ist für den Beweis, dass das effektive Liquidationsergebnis gemäss act. 4/16 ein in der Branche üblicherweise erzielbares Liquidationsergebnis darstellt und damit angemessen erscheint, nicht erforderlich. OTC-Optionen haben - wie vorstehend ausgeführt - keinen exakt bestimmbareren "richtigen" Wert, ihre Bewertung ist vielmehr mit zahlreichen Unsicherheiten behaftet. Der Beklagte hatte zudem keinen Anspruch darauf, dass seine Positionen zu einer bestimmten Uhrzeit liquidiert werden, wie er selber einräumt (act. 203 S. 6 Rz. 19). Auch eine Verwertung beim Tagestiefstkurs der Basiswerte am 21. Februar 2001 wäre demnach vertragsgemäss gewesen. Daraus, dass die simulierten Vertrauensintervalle eine gewisse Spannbreite umfassen,

kann der Beklagte daher nichts für sich ableiten. Zutreffend hält der Beklagte denn auch fest, dass die von der Klägerin geltend gemachten Kosten für die Schliessung der OTC-Optionen eine Möglichkeit innerhalb der Spannbreite darstellen. Das genügt. Es kann daher offen gelassen werden, ob die Behauptung der Klägerin (act. 248 S. 20 f. Rz. 89), dass es keine Grundlage dafür gebe, dass der in der Bewertung verwendete Kurs des zugrunde liegenden Vermögensgegenstandes und der Liquidationszeitpunkt zeitlich genau übereinstimmen müssten, zutreffend ist. Festgehalten werden kann immerhin, dass für die Richtigkeit dieser Behauptung spricht, dass die Gutachter nicht die genauen Liquidationszeitpunkte nachfragten, sondern die Kurse der zugrunde liegenden Titel, die in die Bewertung einfließen (act. 193).

5.7.5. Zusammenfassend ist die Würdigung des Gutachtens durch die Vorinstanz nicht zu beanstanden und erweist sich die Berufung auch in diesem Punkt als unbegründet.

5.8. Da das effektiv erzielte Liquidationsergebnis ein in der Branche üblicherweise erzielbares Liquidationsergebnis darstellt und damit als angemessen zu gelten hat, verbleibt auch kein Raum für den Eventualstandpunkt des Beklagten, es sei innerhalb der gutachterlichen Vertrauensintervalle auf die für den Beklagten günstigsten Werte abzustellen, was einen um USD 544'030 bzw. um USD 491'030 tieferen Schuldsaldo zu seinen Gunsten ergeben würde (act. 239 S. 8 Rz. 36 f.). Einen Anspruch auf den aus der Bandbreite vertretbarer Preise günstigsten Preis hat der Beklagte nicht.

6. Kosten des Beweisverfahrens

6.1. Für den Fall der Bestätigung des angefochtenen Urteils beantragt der Beklagte, es seien die Kosten des Beweisverfahrens der Klägerin aufzuerlegen. Das Beweisverfahren betreffend OTC-Optionen sei nur deshalb nötig und komplex geworden, weil sich die Klägerin geweigert habe, dem Beklagten bzw. den Gutachtern hinreichende Angaben zu den Liquidationshandlungen vorzulegen. Wie er bereits dargelegt habe, müsse die Klägerin als Bank in der Lage sein, präzise Informationen zu liefern. Tue oder könne sie dies nicht, dürfe sich das nicht zu Las-

ten des Beklagten auswirken. Gestützt auf § 64 Abs. 3 ZPO/ZH seien die Kosten des Beweisverfahrens als durch die Klägerin verursacht und/oder verschuldet zu betrachten. Damit rechtfertige es sich nicht, die Erhöhung der Gerichtsgebühr um 20% wegen des "aufwendigen" Beweisverfahrens dem Beklagten aufzuerlegen. Dasselbe gelte für die um 100% erhöhte Anwaltsentschädigung (wobei nicht konkret aufgeschlüsselt worden sei, wie viel Prozent davon auf das Beweisverfahren zurückzuführen sei) sowie die Gutachterkosten von Fr. 20'000.-- (act. 239 S. 16, insb. Rz. 74).

6.2. § 64 Abs. 3 ZPO/ZH gestattet ein Abweichen von der Regel, wonach die Kosten der unterliegenden Partei aufzuerlegen sind. Grundsätzlich ist dem richterlichen Ermessen anheimgestellt, unter welchen Voraussetzungen von der gesetzlichen Regel abgewichen werden kann, doch darf dies nicht willkürlich geschehen und nicht dem klaren Willen des Gesetzgebers widersprechen. Als solches Kriterium kann das Verursachungs- und Verschuldensprinzip angewendet werden gemäss der Regelung in den §§ 66 und 67 Abs. 3 und 4 ZPO/ZH (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997, § 64 N 26). Hat eine Partei unnötigerweise Kosten verursacht, werden sie ihr ohne Rücksicht auf den Ausgang des Verfahrens auferlegt (§ 66 Abs. 1 ZPO/ZH).

6.3. Die Erhöhung der Gerichtsgebühr um 20% und die Erhöhung der Anwaltsentschädigung um 100% wurden nicht - oder höchstens marginal - durch ein Verhalten der Klägerin verursacht. Zutreffend weist die Klägerin darauf hin, dass vor Vorinstanz zu 72 Beweissätzen Beweis erhoben wurde, und davon nur 12 Beweissätze die OTC-Optionen betrafen, bezüglich welcher ein Gutachten angeordnet wurde. Das Gutachten musste auch nicht allein deshalb angeordnet werden, weil die Klägerin die genauen Liquidationszeitpunkte nicht lieferte oder liefern konnte. Vielmehr hatte der Beklagte auch weitere Parameter der Bewertung der OTC-Optionen bestritten (act. 153 S. 4 ff.). Das aufwendige Beweisverfahren war vor allem deshalb nötig, weil der Beklagte jede einzelne Buchung im Zuge der Liquidation bestritten hatte. Zu berücksichtigen ist zudem, dass die Höhe der Ge-

richtsgebühr massgeblich durch die Widerklage des Beklagten über Fr. 30'654'000.-- begründet ist, mit welcher der Beklagte unterlag.

Auch die Erhöhung der Anwaltsgebühr um 100% steht in keinem Zusammenhang mit den monierten fehlenden Angaben bezüglich Liquidationshandlungen. Zur Grundgebühr gemäss der anwendbaren Anwaltsgebührenverordnung kommen Zuschläge, wobei die Summe aller Zuschläge in der Regel die Höhe der festgesetzten Grundgebühr nicht übersteigen soll (§ 6 aAnwGebVO). Die Vorinstanz gewährte Zuschläge für die Replik, die Widerklageduplik, weitere Eingaben, die Beweisantrittsschrift, die Beweisverhandlungen sowie die Stellungnahme zum Beweisergebnis, welche auch ohne nähere Quantifizierung ohne weiteres eine Verdoppelung der Grundgebühr rechtfertigten. Von einem Verschulden der Klägerin oder der Verursachung unnötiger Kosten durch diese kann nicht die Rede sein. Was schliesslich die Gutachtenskosten betrifft, wurden auch dieses nötig, weil der Beklagte geltend machte, "dass der Sollsaldo auf schlecht fixierten Liquidationskursen" beruhe und diese Liquidationskurse von der Klägerin "arbiträr festgelegt" worden seien, und in diesem Zusammenhang die Einholung eines Gutachtens verlangte (act. 20 S. 16 Rz.21). Dass die hauptbelastete Klägerin zu den Beweissätzen betreffend OTC-Optionen eventualiter den Beizug eines Sachverständigen offerierte (act. 181 S. 2), war daher nur folgerichtig. Anhaltspunkte dafür, dass das Gutachten kostengünstiger ausgefallen wäre, wenn die Klägerin die genauen Liquidationszeitpunkte hätte liefern können, bestehen nicht.

6.4. Insgesamt bestehen daher keine zureichenden Gründe, um von der Kostenverteilung gemäss Obsiegen und Unterliegen abzuweichen. Dementsprechend ist die Berufung auch in diesem Punkt abzuweisen und ist - dem Ausgang des vorliegenden Berufungsverfahrens entsprechend - die Kosten- und Entschädigungsregelung im angefochtenen Urteil zu bestätigen.

7. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Ausgangsgemäss sind dem Beklagten auch für das vorliegende Berufungsverfahren die Prozesskosten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Diese umfassen die Gerichtskosten sowie die Parteientschädigung (Art. 95 Abs. 1 ZPO). Für deren

Berechnung ist von einem Streitwert von Fr. 1'504'171.84 (USD 1'649'040.02 zum Kurs von 0,9122 im Zeitpunkt der Anhängigmachung der Berufung am 5.3.2012) auszugehen. Da die Klägerin keinen Mehrwertsteuerzusatz verlangt hat (act. 248), ist ihr ein solcher auch nicht zuzusprechen (vgl. Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts vom 17. Mai 2007).

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen und der Beklagte demgemäss verpflichtet, der Klägerin USD 1'649'040.02 zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 1. Dezember 2001 zu bezahlen.
2. Die Kosten- und Entschädigungsregelung für das erstinstanzliche Verfahren (Dispositiv-Ziff. 2-7) wird bestätigt.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 35'000.-- festgesetzt, dem Beklagten auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für das vorliegende Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 20'000.-- zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Zürich, je gegen Empfangsschein, und an die Obergerichtskasse.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

6. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.
Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt
Fr. 1'504'171.--.
Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Katzenstein

lic. iur. S. Bohli Roth

versandt am: