



Mitwirkend: Oberrichter Roland Schmid, Vizepräsident, und Oberrichterin Flurina Schorta, die Handelsrichter Dr. Felix Graber und Thomas Steinebrunner, Handelsrichterin Ursula Mengelt Steiner sowie der Gerichtsschreiber Dr. Giulio Donati

**Urteil vom 5. Dezember 2017**

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_ HOLDING ESTABLISHMENT,**  
Klägerin

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

gegen

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

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y1.\_\_\_\_\_

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y2.\_\_\_\_\_

betreffend **Forderung**

**Rechtsbegehren:**

(act. 1 S. 2)

- "1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin € 1'025'383.20 zuzüglich Zins zu 5% seit 16.02.2009 schuldig anzuerkennen und zu bezahlen;
2. der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... des Betreuungsamts Zürich 3 (Zahlungsbefehl vom 06.01.2016) sei zu beseitigen;
3. alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zuzüglich 8% MwSt) zu Lasten der Beklagten."

**Sachverhalt und Verfahren:**

A. Sachverhaltsübersicht

a. Parteien und ihre Stellung

Die Klägerin ist eine Anstalt gemäss Art. 534 ff. des liechtensteinischen Personen- und Gesellschaftsrechts mit Sitz in Vaduz (FL). Sie bezweckt die Anlage und Verwaltung von Vermögen aller Art (act. 3/2). Herr C.\_\_\_\_\_ ist der hinter der Klägerin stehende wirtschaftlich Berechtigte (act. 1 Rz. 10; act. 10 Rz. 14).

Die Beklagte ist eine als Aktiengesellschaft organisierte Bank mit Sitz in Zürich. Sie bezweckt den Betrieb von Bankgeschäften aller Art für eigene und fremde Rechnung im In- und Ausland, hauptsächlich jedoch auf dem Finanzplatz Schweiz (act. 3/3).

b. Prozessgegenstand

Die Klägerin eröffnete bei der Beklagten im November 2007 eine Kontobeziehung in den Währungen CHF, EUR, USD und HUF (act. 3/4). Laut Unterschriftenkarte waren D.\_\_\_\_\_ (später D1.\_\_\_\_\_), E.\_\_\_\_\_ je einzeln sowie die F.\_\_\_\_\_ Est., für welche wiederum D.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ je einzeln und G.\_\_\_\_\_ und H.\_\_\_\_\_ kollektiv zu Zweien zeichnungsberechtigt waren, zur Verfügung über das Konto/Depot berechtigt (act. 3/13). Als wirtschaftlich Berechtigter wurde C.\_\_\_\_\_ bezeichnet (vgl. act. 3/9 und 3/10). Bei der Beklagten wurde diese Bankbeziehung

namentlich, aber nicht nur, von I.\_\_\_\_\_ betreut (act. 1 Rz 12; act. 10 Rz 25; act. 12/2). Am 23. November 2007 liess die Klägerin CHF 29'800.00 auf ihr CHF-Konto überweisen (act. 3/15.2). Mit Valuta 15. August 2008 ging eine Zahlung von EUR 2'359'950.00 auf dem EUR-Konto bei der Beklagten ein (vgl. act. 3/19).

Als I.\_\_\_\_\_ ca. im Februar 2009 zur J.\_\_\_\_\_ AG wechselte, liess die Klägerin die Konti bei der Beklagten saldieren und die Guthaben und Vermögenswerte an die J.\_\_\_\_\_ AG überweisen, bei welcher USD 1'019'389.63, USD 162'848.64 (act. 3/34.1–2) sowie 75'000 Aktien K.\_\_\_\_\_ eingingen, gemäss Klägerin demnach Vermögenswerte in einem Gegenwert von maximal EUR 1'334'566.80 (act. 1 Rz 42).

Die Klägerin wirft der Beklagten zusammengefasst vor, die Beklagte habe mit den auf dem Bankkonto der Klägerin einbezahlten Mitteln zahlreiche (namentlich auch spekulative) Transaktionen getätigt, die zu Verlusten in Höhe von EUR 1'025'383.20 geführt hätten. Die Beklagte habe die klägerseits unautorisierten (vgl. act. 1 Rz. 24) Transaktionen im Zeitraum zwischen dem 9. Oktober 2008 bis ca. anfangs März 2009 vorgenommen (act. 1 Rz. 23). Insgesamt geht die Klägerin von 17 Transaktionen mit Aktien der ungarischen K.\_\_\_\_\_ -Bank und von 22 Devisentransaktionen aus (act. 1 Rz. 25 und Rz. 26). Dies, obwohl das von der Klägerin angelegte Geld nie für spekulative Geschäfte vorgesehen gewesen sei, sondern im Gegenteil die Vermögenserhaltung und der Sparszweck im Vordergrund gestanden hätten und zwischen den Parteien auch vereinbart gewesen seien. Den behaupteten Verlust auf ihre Einlagen möchte die Klägerin von der Beklagten erstattet erhalten.

## B. Prozessverlauf

Am 8. März 2016 (Datum Poststempel) reichte die Klägerin ihre Klageschrift samt Beilagen beim Handelsgericht des Kantons Zürich ein (act. 1; act. 3/2–40). Den ihr mit Verfügung vom 9. März 2016 auferlegten Vorschuss für die Gerichtskosten in der Höhe von CHF 32'000.00 (act. 5) leistete die Klägerin fristgemäss (act. 7), worauf der Beklagten mit Verfügung vom 18. März 2016 Frist zur Einreichung ihrer Klageantwort angesetzt wurde (act. 8). Die Beklagte reichte ihre Klageantwort

vom 6. Juni 2016 (Datum Poststempel) fristgerecht samt Beilagen ein (act. 10; act. 12/2–8). Mit Verfügung vom 13. Juni 2016 wurde die Leitung des Prozesses an Oberrichterin Dr. Franziska Grob als Instruktionsrichterin delegiert und darauf hingewiesen, dass Dr. Franziska Grob bis auf Weiteres durch Ersatzoberrichterin lic. iur. Nicole Klausner vertreten werde. Mit gleicher Verfügung wurde das Doppel der Klageantwort der Klägerin zugestellt (act. 13). Anschliessend wurden die Parteien zu einer Vergleichsverhandlung am 2. Dezember 2016 vorgeladen. Mit Eingabe vom 20. Oktober 2016 reichte die Beklagte im Hinblick auf die bevorstehende Vergleichsverhandlung mehrere Beweismittel ein (act. 18; act. 19/9–10). Mit Verfügung vom 21. Oktober 2016 wurde die beklagte Eingabe vom 20. Oktober 2016 samt Beilagen der Klägerin zugestellt (act. 20). Mit Eingabe vom 9. November 2016 nahm die Klägerin zur Eingabe der Beklagten vom 20. Oktober 2016 Stellung (act. 22). Diese klägerische Eingabe wurde mit Verfügung vom 10. November 2016 der Beklagten zugestellt (act. 24). Mit Eingabe vom 25. November 2016 zeigte die Klägerin an, dass sie gegen die Beklagte Strafanzeige erstattet habe, reichte hierorts Kopien der Strafanzeigen ein und informierte das hiesige Gericht über die Teilnehmer auf Klägerseite im Hinblick auf die bevorstehende Vergleichsverhandlung (act. 26; act. 27/41–42). Anlässlich der Vergleichsverhandlung vom 2. Dezember 2016 konnten sich die Parteien nicht einigen (Prot. S. 10 f.). Mit Verfügung vom 12. Dezember 2016 wurde ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet und der Klägerin Frist bis 3. März 2017 angesetzt, um ihre schriftliche Replik einzureichen (act. 30). Die Klägerin reichte mit Eingabe vom 3. März 2017 die Replik samt Beilagen fristgerecht ein (act. 32; act. 33/43–44). Mit Verfügung vom 10. März 2017 wurde die Replik an die Beklagte zugestellt und ihr Frist zur schriftlichen Duplik angesetzt (act. 34). Die Beklagte reichte ihre Duplik fristgerecht mit Eingabe vom 30. Mai 2017 ein (act. 36). Mit Verfügung vom 6. Juni 2017 wurde die Duplik der Klägerin zugestellt (act. 37). Mit Verfügung vom 23. Oktober 2017 wurde den Parteien angezeigt, dass die Leitung des Prozesses neu an Oberrichterin lic. iur. Flurina Schorta als Instruktionsrichterin delegiert worden ist; die Parteien wurden daher aufgefordert, allfällige Ausstandsgründe gegen die erwähnte Instruktionsrichterin geltend zu machen (act. 39). Mit gleicher Verfügung wurde den Parteien zudem Frist angesetzt, um zu erklären, ob

auf die Durchführung einer Hauptverhandlung verzichtet werde, unter Androhung, dass bei Stillschweigen Verzicht auf die Hauptverhandlung angenommen würde (act. 39). Die Beklagte verzichtete auf die Durchführung einer Hauptverhandlung und machte auch keine Ausstandsgründe geltend (act. 41). Die Klägerin liess sich nicht vernehmen. Der Prozess erweist sich als spruchreif (Art. 236 Abs. 1 ZPO).

### C. Beweisvorbringen der Parteien

Die Parteien reichten jeweils Beweismittelverzeichnisse ein (act. 3/2–40; act. 27/41–42; act. 33/43–44 sowie act. 12/2–8; act. 19/9–10).

### **Erwägungen:**

#### 1. Formelles

##### 1.1. Örtliche und sachliche Zuständigkeit

Die örtliche und sachliche Zuständigkeit des hiesigen Gerichts ist gegeben und unbestritten.

##### 1.2. Anwendbares Recht

Die Parteien haben eine Rechtswahl getroffen und Schweizer Recht für anwendbar erklärt (act. 3/5, Ziffer 26). Zu Recht stellt keine Partei die Wirksamkeit der Rechtswahlklausel in Frage. Anwendbar ist somit Schweizer Recht.

#### 2. Qualifikation des Vertragsverhältnisses

Die Klägerin macht geltend, mit der Beklagten ausschliesslich die Eröffnung von Sparkonti, d.h. currency accounts in den Währungen CHF, EUR, USD, ungarische Forint vereinbart zu haben, wobei die Referenzwährung für die Bewertung EUR gewesen sei. Zweck des Vertragsverhältnisses zwischen ihr und der Beklagten sei ausschliesslich die sichere Bewahrung und Erhaltung von Vermögenswerten des wirtschaftlich Berechtigten C. \_\_\_\_\_ gewesen (act. 1 Rz. 11, Rz. 24; in Rz. 47 spricht die Klägerin sodann von einem Sparkontovertrag). Eine Bewirt-

schaftung oder Verwaltung der eingebrachten Vermögenswerte seitens der Beklagten sei hingegen nicht vereinbart gewesen (act. 1 Rz. 11 a.E.). Die Beklagte geht wie die Klägerin davon aus, dass keine eigentliche Verwaltung der eingebrachten Vermögenswerte vereinbart gewesen sei. Es sei jedoch ein "execution-only-Mandat" vereinbart gewesen; eine reines Sparkonto – im Sinne einer ausschliesslichen sicheren Bewahrung und Erhaltung der Werte – sei nicht Vertragsinhalt gewesen (act. 10 Rz. 19 f.; Rz. 77, Rz. 92, Rz. 104).

## 2.1. Rechtliches

2.1.1. Die vertragliche Beziehung zwischen Bankkundin und Bank besteht in der Regel aus den charakteristischen Elementen eines Kontokorrents, irregulärer Depots, eines Auftrags und einer Kommission (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4C.387/2000 vom 15. März 2001, E. 2a; Urteil des Bundesgerichts 4A\_90/2011 vom 22. Juni 2011, E. 2.2.1). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung wird bei Vermögensanlagen grundsätzlich zwischen folgenden drei verschiedenen juristischen Konstruktionen unterschieden (BGE 133 III 97, S. 102 E. 7.1; siehe auch GROSS, Fehlerhafte Vermögensverwaltung – Klage des Anlegers auf Schadenersatz, in: AJP 2006 S. 161 ff., S. 162): die einfache Konto-/Depotbeziehung mit Kundenauftrag (sog. "execution only"-Beziehung), die Anlageberatung und die Vermögensverwaltung.

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

2.1.3. Der Inhalt jedes Vertrags bestimmt sich in erster Linie nach dem übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien (sog. subjektive Auslegung). Kann eine tatsächliche Willensübereinstimmung nicht festgestellt werden, ist auf den durch objektivierte Auslegung ermittelten mutmasslichen Parteiwillen abzustellen.

Als Vertragswille ist hierbei anzusehen, was vernünftig und redlich handelnde Parteien unter den gegebenen Umständen durch die Verwendung der auszulegenden Worte oder ihr sonstiges Verhalten ausgedrückt und folglich gewollt haben würden. Die Parteierklärungen sind so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie nach den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht, 9. Aufl., Zürich 2008, N 1200 f.). Behauptet eine Partei das Vorliegen eines vom objektiven Auslegungsergebnis abweichenden tatsächlichen Vertragswillens, trägt sie hierfür die Beweislast (BGE 121 III 118, S. 123 E. 4.b.aa.; ZK-JÄGGI/GAUCH, Art. 18 OR N 33 und N 42).

2.1.4. Das primäre Auslegungsmittel bildet der Wortlaut der von den Parteien abgegebenen Erklärungen, bzw. des Vertragstextes. Eine Hierarchie der Auslegungsmittel besteht zwar nicht, jedoch kommt dem Wortlaut im Verhältnis zu den übrigen Auslegungsmitteln ein Vorrang zu, wenn letztere keinen sicheren Schluss auf einen anderen Sinn erlauben (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, a.a.O., N 1220; ZK-JÄGGI/GAUCH, Art. 18 OR N 369; BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 18). Insoweit wird also vermutet, dass der Wortlaut einer Vertragsurkunde den Willen der Parteien richtig wiedergibt (BK-KRAMER, Art. 18 OR N 13 und N 102).

## 2.2. Würdigung

2.2.1. Vorliegend würde es an der Klägerin liegen, den Nachweis zu führen, dass (lediglich) ein Sparkonto eröffnet wurde und Konsens herrschte, dass die Übertragung von Vermögenswerten im Rahmen der Bankbeziehung von der Klägerin an die Beklagte ausschliesslich zur sicheren Bewahrung und Erhaltung erfolgt sei, sofern die objektive Auslegung zu einem anderen Ergebnis führen sollte (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4C.18/2001 vom 25. Oktober 2001 E. 2).

2.2.2. Die Sachvorträge der Klägerin wie auch der Beklagten sind so zu interpretieren, dass keiner von ihnen einen Vermögensverwaltungs- oder Anlageberatungsvertrag geltend macht. Ebenso wenig sind aber Anhaltspunkte für die Auffassung der Klägerin, ein "Sparkonto" eröffnet zu haben, zu finden. Die Kontotypenbezeichnung "current account" im Antragsformular (act. 3/4, S. 2) lässt viel-

mehr eindeutig auf ein gewöhnliches Kontokorrentkonto schliessen. Die erfolgten Transaktionen mit K. \_\_\_\_\_-Aktien die sich, wie noch aufzuzeigen sein wird, die Klägerin anrechnen lassen muss, setzten sodann die (konkludente) Eröffnung eines Depots voraus. Dass ein Anlageziel im Sinne einer sicheren Bewahrung und Erhaltung des Vermögens definiert worden wäre, ergibt sich sodann aus keinem der schriftlichen Dokumente, die in Zusammenhang mit der Kontoeröffnung unterzeichnet wurden. Die Definierung eines solchen Anlageziels wäre bei einem Kontokorrentkonto denn auch zumindest ungewöhnlich. Dem klägerischen Vorbringen, dass sich ein entsprechender Konsens aus dem im ...-Beleg dokumentierten Wissen der Beklagten um die Herkunft der auf das betreffende Konto zu transferierenden Gelder ergebe (act. 1 Rz. 11), ist nicht zu folgen – nicht zuletzt auch deswegen, weil die Beklagte gestützt auf die dort gemachten Angaben davon ausgehen durfte, dass die schliesslich erfolgten Überweisungen auf das fragliche Konto nur einen Teil des auf rund CHF 45 Mio. bezifferten Vermögens von C. \_\_\_\_\_ darstellte (act. 3/10, S. 5). Das betreffende Formular enthält im Übrigen einen Part "Investment Profile", dessen Felder (z.B. Market Orientation, Investment Restrictions/Constraint Notes, Financial Sophistication, Risk Tolerance for S.P., Required Annual Income) weitgehend leer gelassen wurden. Immerhin wurde unter "Mandate Type" "Execution" und unter "Risk/Return" "Not Known" festgehalten (act. 3/10, S. 1). Dass die Parteien vereinbart hätten, es seien im Rahmen der Kontobeziehung keinerlei Transaktionen möglich, auch nicht solche, die eindeutig von der Klägerin in Auftrag gegeben wären, kann den klägerischen Ausführungen nicht entnommen werden. Die Klägerin benutzt zwar in ihren Rechtschriften auch den Ausdruck "Sparkonto" (was Transaktionen im Übrigen nicht *per se* ausschliesst). Sie spricht aber auch von sicheren "und dabei auch noch vergleichsweise rentable[n] Geldanlagen" (act. 32 Rz. 9) und dass das deponierte Vermögen "prosperiere" (act. 32 Rz. 55). Letzteres spricht dafür, dass nicht bloss ein Parkieren der Mittel beabsichtigt war.

2.2.3. Demnach spricht aus objektiver Sicht alles für ein execution-only-Verhältnis. In einer solchen Bankbeziehung ist es jederzeit möglich, Transaktionen zu tätigen, wobei entsprechende Anweisungen jeweils vom Kunden erteilt werden.

### 3. Nachträgliche Genehmigung der Transaktionen

#### 3.1. Vorbemerkung

3.1.1. Die Vorbringen der Parteien kreisen vor allem um die Frage, wer die verlustreichen Transaktionen veranlasste und welche – falls überhaupt – Rolle dabei der wirtschaftlich Berechtigte C.\_\_\_\_\_ spielte. Die Kernfrage des vorliegenden Streitfalles lautet indes, ob gestützt auf die Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) der Beklagten die Klägerin die Transaktionen nachträglich genehmigte, – eine Genehmigung, die letztlich im Ergebnis auch die eingetretenen Verluste erfassen würde. Auch in einem execution-only-Verhältnis sind unautorisierte Transaktionen vertragswidrig, jedoch können sie nachträglich genehmigt werden.

3.1.2. Vorgängig zur Prüfung, ob die Klägerin die Transaktionsaufträge tatsächlich erteilt hat, ist daher zu prüfen, ob sie die angeblich weisungswidrigen Transaktionen nachträglich genehmigt hat.

#### 3.2. Unbestrittener Sachverhalt

3.2.1. Unbestritten ist zunächst, dass die AGB in der Fassung "11/04" (act. 3/5) von den Parteien vertraglich übernommen wurden und somit Vertragsbestandteil sind. Art. 10 der beklagtischen AGB lautet im Wortlaut wie folgt:

*"Client Complaints and Approval of Transactions: Any client complaint relating to the execution or non-execution of any order or objections to any report, account/custody account statement or other communication, must be made in writing by the client as soon as he has received the corresponding communication, but in any case within the time period set by the Bank in individual cases at the latest. Should the client not receive a communication, the complaint must be brought at the time he should have received the communication in normal business dealings. Should no complaint be made in good time, the Bank shall be entitled to consider the relevant communication as accepted by the client as correct. The client shall be liable for any damage that may arise from a belated complaint.*

Express or implied authorisation of an account/custody account statement shall also include approvals of each individual book entry including any reservations expressed by the Bank. Should an account/custody account statement indicate a

debit balance, the client recognizes the relevant amount as a debt towards the Bank even if business transactions continue to be booked on this account.

Without indications to the contrary from the client, account/custody account statements shall be considered approved even if the client has not returned a signed reconciliation statement to the Bank.

The Bank is entitled to cancel incorrect book entries (reversal)."

3.2.2. Neben der Übernahme der AGB ist sodann auch unbestritten, dass für den in Frage stehenden Zeitraum keine banklagernde Zustellung der Unterlagen vereinbart war, nachdem diese von den Parteien aufgehoben wurde (die Klägerin geht in der Klageschrift davon aus, dass sämtliche Korrespondenz banklagernd gehalten wurde, ihr aber vierteljährlich Unterlagen an ihre Büroadresse hätten zugestellt werden müssen, act. 1 Rz. 18; in der Replik geht sie dann davon aus, es sei nie eine banklagernde Zustellung vereinbart gewesen, act. 32 Rz. 21). Für die hier interessierende Zeitperiode vom 9. Oktober 2008 bis ca. anfangs März 2009 besteht zwischen den Parteien, was die Zustellungsmodalitäten anbelangt, jedenfalls Übereinstimmung.

### 3.3. Parteivorbringen

#### 3.3.1. Vorbringen der Klägerin

Die Klägerin trägt zunächst vor, eine Genehmigungsfiktion könne vorliegend nicht eintreten, da die Beklagte der Klägerin während der gesamten Dauer der Bankbeziehung gar nie Unterlagen zu den getätigten Transaktionen übermittelt habe (act. 1 Rz. 48). Ohnehin erweise sich die von der Beklagten angerufene Genehmigungsfiktion gestützt auf das Urteil des Bundesgerichts 4C.81/2002 vom 1. Juli 2002 als wirkungslos – die Annahme einer absichtlichen Schädigung der Klägerin durch die Beklagte sei naheliegend. Auch das Verhalten des Mitarbeiters der Beklagten, I.\_\_\_\_\_, führe dazu, dass die Genehmigungsfiktion unbeachtlich sei. Auf jeden Fall würde die Anwendung der Genehmigungsfiktion zu einem offenkundig unbilligen, das Rechtsempfinden verletzenden Ergebnis führen (act. 1 Rz. 48).

In ihrer Replik bringt die Klägerin vor, eine umgehende Reklamation ihrerseits nach dem Wechsel zur Bank J. \_\_\_\_\_ AG hätte keinen Einfluss auf den bereits eingetretenen Schaden gehabt. Die Vertragsklausel sei darum UWG-widrig und rechtlich unwirksam (act. 32 Rz. 46). Weiter statuiere Art. 10 der AGB lediglich eine Haftung des Bankkunden für Schaden, der aufgrund einer verspäteten Reklamation entstanden sei. Rechtsfolge sei hingegen nicht die Verwirkung von Ansprüchen des Kunden. Art. 10 der AGB halte auch nicht fest, dass der Kunde als Folge einer verspäteten Reklamation anerkenne, in Kontoauszügen aufscheinende Transaktionen in Auftrag gegeben zu haben. Die Vertragsverletzung durch die Beklagte werde auch bei Anwendung der Genehmigungsfiktion nicht geheilt (act. 32 Rz. 47). In Bezug auf die Kenntnisnahme des Schlusssaldos trägt die Klägerin vor, dass ihr nicht habe auffallen können, dass dieser weit unter den einbezahlten Mitteln gelegen habe, da ihr die genaue Summe der eingebrachten Mittel nicht bekannt gewesen sei (act. 32 Rz. 48 i.V.m. Rz. 42).

### 3.3.2. Vorbringen der Beklagten

Die Beklagte macht geltend, dass die Klägerin die veranlassten Transaktionen nachträglich genehmigt habe, da sie nie gegen diese protestiert habe (act. 10 Rz. 57 und Rz. 60). Im Zusammenhang mit der Höhe des Kontostandes bei Saldierung bringt die Beklagte vor, dass die Klägerin weder Bankunterlagen eingefordert noch eine Beanstandung erhoben habe. Auch hätte der Klägerin beim Wechsel zur J. \_\_\_\_\_ der evidente Vermögensrückgang auffallen müssen (act. 10 Rz. 62). Weiter liege keine Schädigungsabsicht seitens der Beklagten vor und diese habe auch nicht von einer Nichtgenehmigung der Transaktion gewusst. So dann hätte sich die Klägerin spätestens im Zeitpunkt der Vertragsbeendigung bei der Beklagten erkundigen und protestieren müssen (act. 10 Rz. 130 ff.).

In der Duplik führt die Beklagte aus, dass im Bankenverkehr die Zustellung von mindestens jährlichen Konto- und Depotauszügen üblich sei. Die Klägerin wäre gehalten gewesen, im Januar 2009 eine Beanstandung zu erheben, spätestens aber im März 2009, nachdem die Bankbeziehung zur Beklagten beendet worden sei (act. 36 Rz. 144, Rz. 147). Mangels rechtzeitiger Beanstandung durch die

Klägerin gälten die nunmehr beanstandeten Transaktionen als genehmigt (act. 32 Rz. 140).

### 3.4. Rechtliches

3.4.1. Die regelmässig in Bank-AGB enthaltenen Genehmigungs- und Zustellfiktionen tragen den Besonderheiten des Bankgeschäfts Rechnung. Sie dienen nebst der Rationalisierung und Spezialisierung auch der Schaffung klarer Verhältnisse zwischen Bank und Kunde. Es liegt im berechtigten Interesse einer Bank, eine klare Regelung der gegenseitigen Beziehungen zwischen ihr und dem Kunden zu schaffen. Dieser Klarheit dient unter anderem, dass der Kunde, wenn er mit der Ausführung eines Auftrags nicht einverstanden ist, nach Treu und Glauben sofort bzw. innert vereinbarter Frist zu reklamieren hat. Damit wird keine Regelung über die Haftungsbeschränkung getroffen, sondern es handelt sich vielmehr um eine Konkretisierung und einen Anwendungsfall der Schadenminderungspflicht. Bleibt eine Reklamation aus, gilt die entsprechende Transaktion als genehmigt. Mit Aufnahme einer Genehmigungsfiktion in den Vertragstext vereinbaren die Vertragsparteien, dass ein passives Verhalten des Bankkunden als Annahme des Kontoauszugs im Sinne von Art. 6 OR zu werten ist (Urteil des Bundesgerichts, 4A\_42/2015, vom 9. November 2015, E. 5.2 m.w.H.). Wer als Kunde in einer reinen Konto-/Depotbeziehung (execution-only-Verhältnis) in den Bankauszügen Transaktionen findet (oder finden sollte), die er nicht in Auftrag gegeben hat und nicht gegen sich gelten lassen will, muss entsprechend reagieren und reklamieren (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A\_42/2015, vom 9. November 2015, E. 5.5). Die Anwendung der Genehmigungsfiktion setzt in einem ersten Schritt die Feststellung voraus, wann der Bankkunde die relevanten Bankunterlagen erhalten hat respektive hätte erhalten müssen. Erst wenn dies feststeht, kann geprüft werden, ob und wann der Kunde die fraglichen Transaktionen beanstanden musste (Urteil des Bundesgerichts 4A\_42/2015, vom 9. November 2015, E. 6.6).

3.4.2. Das Bundesgericht hat im Zusammenhang mit der banklagernd erfolgten Zustellung von Bankunterlagen festgehalten, dass die Zustellungs- und Genehmigungsfiktion ausnahmsweise nicht gilt, wenn sie nach den Umständen des Falles zu einem unbilligen Ergebnis führt bzw. als rechtsmissbräuchlich erscheint.

Obwohl das Bundesgericht dies noch nicht ausdrücklich festgehalten hat, spricht vieles dafür, dass diese Rechtsprechung auch auf Fälle der direkten Zustellung der Bankkorrespondenz an die Bankkundin anwendbar ist (vgl. WHERLOCK/VON DER CRONE, Anwendbarkeit von Genehmigungsklauseln hinsichtlich unautorisierter Börsengeschäfte, in SZW 2016, S. 96 ff., S. 104 und dort auch FN 65).

### 3.5. Würdigung

#### 3.5.1. Zur Zustellung

3.5.1.1. Die AGB der Beklagten sehen vor, dass ein Bankkunde auch dann reklamieren muss, wenn er nach dem gewöhnlichen Geschäftsgang mit der Zustellung entsprechender Mitteilungen rechnen musste ("Should the client not receive a communication, the complaint must be brought at the time he should have received the communication in normal business dealings."). Mithin gelten Bankunterlagen auch dann als zugestellt, wenn mit ihrer Zustellung zu rechnen war. Vereinbarung ist mit anderen Worten eine Zustellfiktion.

3.5.1.2. Vorliegend hat die Klägerin mit E-Mail vom 26. Mai 2008 – mithin bevor die angeblich unautorisierten Transaktionen erfolgten – der Beklagten mitgeteilt, sie habe seit Eröffnung des Bankkontos keine Bankbelege erhalten (act. 3/16). Im Nachgang dieses Schreibens wurde zwischen den Parteien vereinbart, die banklagernde Zustellung ("Holdmail") aufzuheben; dies, nachdem seitens der Beklagten darauf aufmerksam gemacht worden war, dass das Konto auf "Holdmail" geschlüsselt sei (act. 12/2; siehe auch act. 36 Rz. 106). Die Klägerin bringt gleichwohl vor, sie habe während der gesamten Dauer der Bankbeziehung keine Bankunterlagen von der Beklagten erhalten (act. 32 Rz. 24). Indes greift hier die in den AGB vereinbarte Zustellfiktion: Spätestens ab Ende Mai 2008 wusste die Klägerin, dass die Holdmail-Option gelöscht worden war. Spätestens ab dann musste sie mit der tatsächlichen Zustellung der Bankunterlagen an ihre Zustelladresse rechnen (dies entsprach ja auch ihrem Wunsch). Wenn sie nunmehr selbst vorträgt, sie habe auch nach Mai 2008 keine Unterlagen erhalten, hätte sie bei der Beklagten vorstellig werden und diese darauf hinweisen müssen, dass keine Bankunterlagen zugestellt worden seien. Die Beklagte bringt vor – was unbestrit-

ten blieb –, dass die Klägerin mit mindestens jährlichen Konto- und Depotauszügen rechnen musste und darum im Januar 2009 bzw. spätestens im März 2009 eine Beanstandung hätte anbringen müssen (act. 36 Rz. 144). Letztgenannte Daten sind jeweils gleichzeitig als Zustellungsdaten anzusehen.

3.5.1.3. Das Vorbringen der Klägerin, wonach der zuständige Kundenberater I.\_\_\_\_\_ sowohl der Klägerin als auch dem wirtschaftlich Berechtigten C.\_\_\_\_\_ den Eindruck vermittelt habe, die Bankunterlagen seien der jeweils anderen Seite zugestellt worden (act. 1 Rz. 19), vermag der Klägerin nicht weiterzuhelfen. Erstens mutet es widersprüchlich an, wenn die Klägerin implizit eine Zustellung an C.\_\_\_\_\_ als ausreichend betrachtet, nachdem sie konstant vorträgt, C.\_\_\_\_\_ sei für die Klägerin weder zeichnungsberechtigt noch ihr (faktisches) Organ gewesen (siehe beispielsweise act. 32 Rz. 11; Rz. 13; Rz. 16; Rz. 51; Rz. 92). Insofern hätte sich die Klägerin mit einer angeblichen Zustellung an C.\_\_\_\_\_ ohnehin gar nie zufrieden geben dürfen. Die Klägerin, die nach eigener Darstellung nie Bankunterlagen erhielt, hätte dagegen intervenieren müssen. Dies, zumal I.\_\_\_\_\_, was die Zustellung von Bankunterlagen anbelangt, nicht einziger Ansprechpartner der Klägerin bei der Beklagten war. So kommunizierten nach der klägerischen Anfrage vom 26. Mai 2008 betreffend die Zustellung der Bankunterlagen nicht die Klägerin und I.\_\_\_\_\_, sondern die Klägerin und L.\_\_\_\_\_ (Mitarbeiter der Beklagten) miteinander (vgl. act. 12/2). Dass L.\_\_\_\_\_ in das angebliche – und nicht erstellte – doppelte Spiel von I.\_\_\_\_\_ involviert gewesen sei, behauptet die Klägerin nicht. Aus diesem Grund ist das Personaldossier von I.\_\_\_\_\_, welches die Klägerin edieren möchte (act. 32 Rz. 10), nicht relevant, denn selbst wenn das ihm vorgeworfene Verhalten zuträfe und sich ein solches gestützt auf das Personaldossier erstellen liesse, könnte die Klägerin hieraus nichts zu ihren Gunsten ableiten.

3.5.1.4. Zusätzlich zur Zustellung während laufender Vertragsbeziehung bringt die Beklagte vor, sie habe der Klägerin im Dezember 2012 – spätestens aber im Juli 2013 – Kontoauszüge, Portfolio Statements sowie die Account Transaction Lists zugestellt (act. 36 Rz. 151). Die Klägerin bestreitet diese Zustellung im Juli 2013 nicht.

3.5.1.5. Aus den Akten ergibt sich, dass die Beklagte mit Schreiben vom 1. Juli 2013 zahlreiche Bankunterlagen an M.\_\_\_\_\_ (Mitglied des Verwaltungsrates der Klägerin) zustellte (act. 3/15–15.7). Aus den zugestellten Unterlagen sind sämtliche Transaktionen ersichtlich, die während der Vertragsbeziehung mit den Mitteln der Klägerin erfolgten. Somit fand im Juli 2013 eine tatsächliche Zustellung der relevanten Bankunterlagen statt. Fraglich erscheint indes, ob die in den AGB enthaltene Genehmigungsfiktion auch auf zugestellte Bankunterlagen Anwendung findet, wenn die Zustellung erst nach Beendigung der Vertragsbeziehung erfolgte, mithin, ob die AGB nach der Beendigung der Vertragsbeziehung noch galten. Grundsätzlich werden AGB durch Übernahme durch die Parteien Vertragsinhalt. Mit Beendigung des Vertragsverhältnisses enden in der Regel auch die vertraglichen Pflichten. Soweit die Zustellung der Bankunterlagen im Juli 2013 allein gestützt auf eine vertragliche Pflicht erfolgte, spräche vieles dafür, die AGB auch hier gelten zu lassen. Denn die vertraglichen Rechte und Pflichten zwischen den Parteien waren grundsätzlich von den AGB erfasst. Die Klägerin macht aber zu Recht geltend, dass sie ihre Auskünfte auch auf das DSG stützte (act. 1 Rz. 10). Die Beklagte handelte demnach nicht einzig gestützt auf eine vertragliche Pflicht, als sie der Klägerin im Juli 2013 Unterlagen zustellte. In einer derartigen Konstellation erscheint es zumindest fraglich, ob die AGB – und insbesondere die dort geregelte Genehmigungsfiktion – auf die erst im Juli 2013 zugestellten Bankunterlagen anzuwenden sind. Die Frage kann indes offen bleiben, da ihre Beantwortung nichts am Ausgang des Verfahrens ändert. Eine Zustellung erfolgte bereits, wie aufgezeigt, aufgrund der Zustellfiktion.

3.5.1.6. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Klägerin gestützt auf die AGB verpflichtet gewesen wäre, bei der Beklagten zu monieren, dass keine Zustellung der Bankunterlagen stattfand, nachdem die Holdmail-Option gelöscht worden war. Weil die Klägerin dies unterliess, gelten die in der Folge erstellten Bankunterlagen als während laufender Vertragsbeziehung zugestellt (konkret im Januar 2009 oder spätestens im März 2009; siehe auch Erw. 3.5.1.2).

3.5.2. Zur Anwendbarkeit der Genehmigungsfiktionsklausel *in concreto*

3.5.2.1. Die in Art. 10 der AGB enthaltene Genehmigungsfiktion erfasst grundsätzlich sämtliche kontospezifischen Bankunterlagen, insbesondere auch Kontoauszüge und Transaktionslisten. Nur so ist der Passus "*objections to any report, account/custody account statement or other communication*" zu verstehen. Einer (fingierten) Genehmigung sind damit einerseits Bankbelege zugänglich, die die einzelnen Transaktionen auflisten, andererseits aber auch Bankunterlagen, die lediglich ein (monatliches oder jährliches) Schlussbetreffnis aufzeigen. Damit eine Genehmigungsfiktionsklausel im Einzelfall anwendbar ist, müssen folgende Voraussetzungen erfüllt sein: (1) sämtliche Transaktionen müssen in den Bankunterlagen ersichtlich sein; (2) ein Widerspruch gegen Inhalte der Kontoauszüge muss zumutbar und möglich sein und (3) es darf kein fristgerechter Widerspruch durch den Bankkunden vorliegen.

3.5.2.2. Sämtliche Transaktionen, die als nachträglich durch die Klägerin als genehmigt gelten sollen, müssen in den Bankunterlagen ersichtlich sein. Die Beklagte legt die Transaktionslisten (datierend aus den Jahren 2008/2009) ins Recht, aus denen die Transaktionen, die während der Vertragsbeziehung erfolgten, ersichtlich sind ("Portfolio Valuation"; act. 12/3–7; act. 10 Rz. 28). Wie aufgezeigt, gelten diese Bankbelege als der Klägerin zugestellt, da die Klägerin – nachdem im Zuge ihrer Anfrage vom 26. Mai 2008 die banklagernde Zustellung aufgehoben wurde – bei der Beklagten nie reklamierte, es seien keine Bankbelege zugegangen. Die Klägerin bestreitet in ihren Rechtsschriften nicht, dass aus den von der Beklagten eingereichten Belegen *sämtliche* Transaktionen ersichtlich sind. Sie bestreitet einzig – die Tragweite der Zustellfiktion verkennend –, dass ihr diese zugestellt worden sind. Die Voraussetzung, dass die einzelnen Transaktionen in den Bankunterlagen ersichtlich waren, ist erfüllt.

3.5.2.3. Weiter muss es der Bankkundin objektiv möglich und zumutbar sein, Widerspruch gegen die getätigten Transaktionen zu erheben. Die Klägerin nimmt wohl an, dass es ihr nicht möglich war, die Transaktionen zu beanstanden, da ihr diese gar nicht bekannt waren. Auch hier ist zunächst auf die erfolgte Zustellung hinzuweisen, die aufgrund der in den AGB geregelten Zustellfiktion zu bejahen ist. Es ist geradezu wesentliches Merkmal einer Zustellfiktion, dass nicht auf eine *tat-*

*sächliche*, sondern auf eine *fingierte* Zustellung abgestellt wird. Zustellung heisst aber gleichzeitig auch Kenntnisnahme der zugestellten Unterlagen. Die Klägerin bringt nichts vor, was die Wirksamkeit der Zustellfiktion in Frage stellt – und damit die Kenntnisnahme der Unterlagen. Hätte sich die Klägerin gemäss den AGB verhalten und die angebliche unterbliebene Zustellung der Bankbelege gerügt, hätte sie anschliessend auch gegen die erfolgten Transaktionen protestieren können. Sie verhielt sich indes während der laufenden Vertragsbeziehung derart passiv, dass sie sich dieses Verhalten entgegenhalten lassen muss.

3.5.2.4. Schliesslich darf kein fristgerechter Widerspruch durch die Klägerin vorliegen: Um zu verhindern, dass die Genehmigungsfiktion greift, muss eine Bankkundin möglichst bald nach Kenntnisnahme der umstrittenen Transaktionen bei der Bank reklamieren. Die Kundin muss ihre Rüge weiter auch genügend klar vortragen. Die Klägerin zeigt nirgends auf, wann sie bzw., dass sie überhaupt je bei der Beklagten interveniert und die Transaktionen beanstandet hat. Sie verweist auf keine Beilage, aus welcher ersichtlich wäre, dass sie gegenüber der Beklagten intervenierte und die einzelnen Transaktionen, mit denen sie nicht einverstanden war, präzise auflistete und individualisierte. Soweit ersichtlich, stellt die vorliegende Klage vom 8. März 2016 die erste – prozessrechtlich zu beachtende – Rüge der Klägerin dar, sie sei mit den getätigten Transaktionen nicht einverstanden. Eine Rüge, die somit erstmals rund sieben Jahre nach Beendigung der Vertragsbeziehungen zwischen Klägerin und Beklagter erfolgt, ist eindeutig zu spät.

3.5.2.5. Diese unterlassene Rüge möchte die Klägerin damit erklären, dass sie gar nie wusste, dass mit ihren einbezahlten Mitteln Finanzgeschäfte stattfanden und sie vielmehr davon ausging, dass ihre Mittel von der Beklagten ausschliesslich aufbewahrt würden – mit anderen Worten bei der Beklagten parkiert waren. Wiederum ist auch hier die Zustellfiktion zu beachten: Die Bankunterlagen, aus welchen die einzelnen Transaktionen ersichtlich sind, gelten als zugestellt. Da zugestellt, ist auch der Inhalt der Bankunterlagen als bekannt vorauszusetzen. Diese Kenntnis der Bankunterlagen ist aber letztlich keine tatsächliche, sondern eine fingierte. Darum nützt es der Klägerin nichts, wenn sie vorträgt, sie habe keine *tatsächliche* Kenntnis der Unterlagen gehabt. Denn die *tatsächliche* Kenntnis der

Unterlagen ist – sobald die Zustellfiktion greift – für den Widerspruch durch die Klägerin keine Voraussetzung mehr. Hätte sich die Klägerin zu ihrer Verteidigung auf die tatsächliche Kenntnis der Unterlagen stützen wollen, hätte sie zunächst aufzeigen müssen, warum die Zustellfiktion vorliegend nicht greift. Dies hat sie nicht getan. Demnach liegt auch kein fristgerechter Widerspruch durch die Klägerin vor.

3.5.2.6. Ohnehin ist anzufügen, dass es nicht nachvollziehbar ist, warum die Klägerin erst im November 2012 begann (act. 1 Rz. 10), betreffend die strittige Vertragsbeziehung nachzuforschen. Mit Beendigung der Vertragsbeziehung im März 2009 und der anschliessenden Überweisung der Geldmittel an die Bank J. \_\_\_\_\_ AG musste der Klägerin auffallen, dass sie auf ihren Einlagen massive Verluste erlitten hatte. Zwar ist eine Vertragspartei grundsätzlich nicht gezwungen, sofort aktiv zu werden, wenn sie vertragliche Ansprüche gegen ihre Vertragspartnerin geltend machen will, denn zeitlich erlauben die Verjährungsregeln in der Regel ein gewisses Zuwarten. Wenn aber – so wie hier – eine Genehmigungsfiktionsklausel vereinbart ist, darf man sich nicht passiv verhalten – eine möglichst rasche Reaktion ist dann zwingend. Der Einwand der Klägerin, sie bzw. ihre Organe hätten ja gar nicht gewusst, welche Vermögenswerte für sie bei der Beklagten eingebracht worden seien und hätten deshalb gar keine Verluste feststellen können (act. 32 Rz. 42), hilft ihr nicht. Auch nach Darstellung der Klägerin bestand ihr einziger Zweck darin, die Geldmittel von C. \_\_\_\_\_ aus dem Verkauf seines Sportgeschäfts sicher in der Schweiz zu deponieren und bei der Beklagten einzubringen (act. 1 Rz. 11 f.). Dass nun die Klägerin vorbringt, sie habe nicht einmal gewusst, welche Mittel eingebracht worden seien, ist schlichtweg nicht glaubhaft, zumal ihr Gesellschaftszweck gerade die Anlage und Verwaltung von Vermögen aller Art ist (vgl. act. 3/2). Die Pflicht zu wissen, welche Mittel man als Bankkundin bei einer Bank einbringt, trifft eindeutig und einzig die Bankkundin selber. Später vorzubringen, man habe keine Kenntnis darüber gehabt, welcher Betrag einbezahlt worden sei, ist treuwidrig und darauf kann nicht abgestellt werden. Insofern ist vorliegend nicht nur eine Genehmigung der einzelnen Transaktionen zu bejahen, sondern auch eine Genehmigung des Schlusssaldos. Die Klägerin hat nämlich nirgends

aufgezeigt, dass sie gegen den Saldobetrag bei Auflösung der Kontobeziehung jemals Einwände erhoben hätte.

3.5.2.7. Die Klägerin bringt gegen die Wirksamkeit der Genehmigungsfiktionsklausel sodann vor, dass eine Vertragsklausel, die den vollständigen Untergang aller Ansprüche des Bankkunden für den Fall einer unterbliebenen Reklamation vorsehe, wenn die hypothetisch erfolgte Reklamation die Position der Bank in keiner Weise verbessere, unlauter im Sinne des UWG und damit unwirksam sei. Denn eine Nichtgenehmigung wäre ohne jeden Einfluss auf den bereits eingetretenen Schaden geblieben (act. 32 Rz. 46). Damit schätzt sie die Wirkung von Genehmigungsklauseln falsch ein. Die zwischen den Parteien vertraglich übernommene AGB-Klausel stellt eine im Bankenwesen übliche Vereinbarung dar. Genehmigungsklauseln sind gemäss Bundesgericht grundsätzlich zulässig. Dies trifft auch für die vorliegende Klausel zu. Die Klägerin zeigt nicht auf, weshalb gerade die vorliegende Klausel UWG-widrig sein soll.

3.5.2.8. Damit bleibt noch zu prüfen, ob die Anwendung der Zustell- und Genehmigungsfiktion ausnahmsweise nicht gilt, weil sie nach den Umständen des vorliegenden Falles zu einem unbilligen Ergebnis führt bzw. als rechtsmissbräuchlich erscheint. Als rechtsmissbräuchlich werden grundsätzlich drei Tatbestände angesehen: a) bei absichtlicher (oder grob fahrlässiger) Schädigung des Kunden; b) wenn die Bank um die Nichtgenehmigung wusste oder c) wenn nach mehrjähriger Verwaltung entsprechend den mündlich erteilten Weisungen des Kunden hiervon ohne vorhersehbaren Grund abgewichen wird (Urteil des Bundesgerichts 4C.387/2004 vom 30. Mai 2005, E. 2.2 m.w.H.). Vorliegend kommen einzig eine absichtliche (oder grob fahrlässige) Schädigung des Kunden sowie ein Wissen der Bank um die Nichtgenehmigung durch den Kunden in Frage:

3.5.2.8.1. Dass die Beklagte eine von der Klägerin ausdrücklich kommunizierte Nichtgenehmigung der Transaktionen kannte, behauptet die Klägerin nicht. Eine solche direkte Kommunikation hat denn auch nie stattgefunden. Die Klägerin bringt einzig vor, die Beklagte hätte klar erkennen müssen, dass die Transaktionen von der Klägerin unerwünscht gewesen seien (act. 1 Rz. 24). Dem kann nicht gefolgt werden: Aufgrund des execution-only-Verhältnisses musste die Beklagte –

ohne eine gegenteilige ausdrückliche Weisung seitens der Klägerin – nicht erkennen, dass die Transaktionen unerwünscht waren. Nicht anders verhält es sich hinsichtlich der Transaktionen, die nach dem Saldierungsauftrag vom 17. Februar 2009 (act. 3/32; siehe auch act. 1 Rz. 40) erfolgten: Die Genehmigungsfiktion erfasst auch diese Transaktionen, zumal nach erteiltem Saldierungsauftrag nicht etwa eine Kontosperrung eintrat, sondern die Klägerin weiterhin über ihre Mittel frei verfügen durfte – Transaktionen waren somit auch nach dem 17. Februar 2009 noch möglich. Die Genehmigungsfiktion wirkt insbesondere auch für nicht autorisierte Transaktionen, weshalb auch offen bleiben kann, ob die Transaktionen im März 2009 von der Klägerin tatsächlich in Auftrag gegeben worden waren. Darüber hinaus ist das passive Verhalten der Klägerin zu unterstreichen: Wer als Kunde in einer reinen Konto-/Depotbeziehung (execution-only-Verhältnis) in den Bankauszügen Transaktionen findet oder finden sollte, die er nicht in Auftrag gegeben hat und nicht gegen sich gelten lassen will, darf nicht passiv bleiben, und erst mehrere Jahre später sämtliche angeblich nicht autorisierten Transaktionen beanstanden. Soweit der Kunde die Transaktionen durch ein derartiges Verhalten nicht ohnehin bewusst genehmigt hat, muss er jedenfalls mangels eigenen guten Glaubens die Genehmigungsfiktion gegen sich gelten lassen, unabhängig davon, ob sich der Kundenbetreuer absichtlich nicht an die Kundeninstruktionen gehalten hat (vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 4A\_42/2015 vom 9. November 2015, E. 5.5). Insofern kann sich die Klägerin unter diesem Gesichtspunkt von vornherein nicht auf ein angeblich rechtsmissbräuchliches Verhalten der Beklagten berufen.

3.5.2.8.2. Die Klägerin legt sodann nicht substantiiert dar, dass bzw. wie die Beklagte die Klägerin absichtlich grob oder fahrlässig geschädigt haben soll. Sie behauptet zwar, die Beklagte habe finanziell aufgrund der Transaktionskommissionen von den zahlreichen Transaktionen profitiert (act. 1 Rz. 25): Gemäss Klägerin habe die Beklagte für 17 Transaktionen mit K.\_\_\_\_\_ -Aktien rund EUR 23'000.00 verrechnet. Die 22 Devisentransaktionen hätten Kursdifferenzen in Höhe von EUR 431'525.60 zu Gunsten der Beklagten ergeben (was die Beklagte bestreitet, act. 10 Rz. 95). Hinsichtlich der 22 Devisentransaktionen bleiben die Ausführungen der Klägerin vage. Sie zeigt anhand der Transaktionsbelege nicht auf, dass

die Beklagte an diesen rund EUR 431'525.60 verdient habe und stellt diesbezüglich auch keine Beweisanträge. Sie operiert mit blossen Annahmen, ohne aufzuzeigen, auf welche konkreten vertragspezifischen Tatbeständen sie sich hierfür stützt. Die Transaktionskosten betreffend die 17 Transaktionen mit K.\_\_\_\_\_ - Aktien erscheinen sodann nicht als besonders hoch und auch die Anzahl der Transaktionen legt noch keine Schädigungsabsicht seitens der Bank nahe. Die Klägerin behauptet auch zu Recht nicht, dass die Beklagte ein eigentliches *Churning* (Gebührenreiterei; Spesenschinderei) betrieben habe. Unter *Churning* (Gebührenreiterei; Spesenschinderei) wird das dem Interesse des Kunden zuwiderlaufende häufige Umschichten eines Depots ohne wirtschaftlichen Grund verstanden, mit dem der Vermögensverwalter oder Broker Provisionen, Gebühren oder Kommissionen generieren kann. Objektives Merkmal von *Churning* ist das Vorliegen einer übermässigen Handelstätigkeit (*excessive trading*) bzw. die überproportional häufige Umschichtung der Vermögenswerte. Meist tritt auch eine – nicht bloss durch Kursverluste bedingte – Verringerung des Anlagevolumens beim Anleger ein. Indiz für eine übermässige Handelstätigkeit bildet eine besonders hohe Anzahl von Transaktionen innerhalb einer kurzen Zeitspanne, sogenannten "Day Trades" (Urteil des Bundesgerichts 6B\_1216/2015 vom 21. September 2016, E. 6.3). Das Bundesgericht hat *Churning* beispielsweise in einem Fall angenommen, in welchem sich die Transaktionskosten auf rund 73% des Gesamtverlusts beliefen (Urteil des Bundesgerichts 6B\_1216/2015 vom 21. September 2016, E. 4.1 ff.). Der vorliegend eingetretene Verlust in Höhe von EUR 1'025'383.20 wurde aber nicht durch die Transaktionskosten in Höhe von EUR 23.000.00, sondern durch die Marktentwicklung verursacht. Ein das Vermögen aufzehrendes exzessives Trading liegt damit nicht vor. Schliesslich ist auch nicht ersichtlich, weshalb die Beklagte derartige Verluste der Klägerin in Kauf nehmen sollte, um Transaktionskosten in der genannten geringen Höhe zu beziehen.

3.5.3. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Genehmigungsfiktionsklausel *in casu* greift und dazu führt, dass sämtliche streitgegenständlichen Transaktionen als nachträglich durch die Klägerin genehmigt gelten. Auch führt die Anwen-

dung der Genehmigungsklausel vorliegend nicht zu einem unbilligen Ergebnis und erscheint sie auch nicht als rechtsmissbräuchlich.

3.5.4. Die Klägerin bringt vor, selbst wenn man davon ausgehe, dass die Genehmigungsfiktion vorliegend zur Anwendung komme, wäre die Rechtsfolge nicht, dass die durch die Beklagte begangene Vertragsverletzung mittels nachträglicher Genehmigung durch die Klägerin geheilt würde. Die Klägerin stützt sich für ihre Auslegung der Genehmigungsfiktionsklausel auf den Passus "The client shall be liable for any damage that may arise from a belated complaint" in Art. 10 der AGB. Eine Verwirkung von Ansprüchen des Kunden oder eine Anerkennung von Transaktionen sei gerade nicht geregelt (act. 32 Rz. 47). Zu Recht weist aber die Beklagte darauf hin, dass Art. 10 der AGB mit "Client Complaints and Approval of Transactions" übertitelt ist (act. 36 Rz. 214). Schon gestützt auf den Wortlaut von Art. 10 der AGB ist damit klar, dass es um die Genehmigung von Transaktionen geht. Auch der Satz "Express or implied authorisation of an account/custody account statement shall also include approvals of each individual book entry including any reservations expressed by the Bank" zeigt, dass es sich um eine grundsätzlich erlaubte und gängige Genehmigungsfiktionsklausel handelt – mit den entsprechenden Rechtsfolgen einer solcher Klausel.

#### 4. Beseitigung des Rechtsvorschlags

Die Klägerin verlangt mit Rechtsbegehren Ziffer 2 weiter, dass der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Zürich 3 (Zahlungsbefehl vom 6. Januar 2016) beseitigt werde. Voraussetzung hierfür wäre jedoch die Gutheissung der Klage, weshalb auch das klägerische Begehren betreffend Beseitigung des Rechtsvorschlages ohne Weiteres abzuweisen ist.

#### 5. Zusammenfassung der Tat- und Rechtsfragen

Die Klägerin macht einen Erfüllungsanspruch in Höhe von EUR 1'025'383.20 geltend. Dieser resultiere aufgrund zahlreicher Transaktionen, die die Beklagte ohne die Zustimmung der Klägerin mit deren Mitteln getätigt habe und zu massiven Verlusten geführt hätten. Aufgrund der in den AGB enthaltenen Zustell- und Ge-

nehmigungsfiktion hat die Klägerin indes sämtliche Transaktionen nachträglich genehmigt. Der aufgrund der Transaktionen eingetretene Verlust ist deshalb der Risikosphäre der Klägerin zuzuordnen. Die Klage ist abzuweisen.

## 6. Kosten- und Entschädigungsfolgen

### 6.1. Gerichtskosten

Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG; Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG) und richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert bzw. nach dem tatsächlichen Streitinteresse (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG). Der Streitwert beträgt vorliegend CHF 1'121'860.00, woraus eine Grundgebühr von rund CHF 32'000.00 resultiert. Angesichts des überschaubaren Aktenumfangs und in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 GebV OG ist die Gerichtsgebühr nicht zu erhöhen. Sie ist ausgangsgemäss der Klägerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO) und vorab aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss zu beziehen (Art. 111 Abs. 1 ZPO). Die Klägerin macht hinsichtlich der Gerichtskosten geltend, dass die vorprozessuale Haltung der Beklagten bei der Verteilung der Kosten zu berücksichtigen sei (act. 1 Rz. 44). Es sind jedoch keine besonderen Umstände im Sinne von Art. 107 ZPO ersichtlich, die ein Abweichen von Art. 106 ZPO aufdrängten.

### 6.2. Parteientschädigungen

6.2.1. Die Höhe der Parteientschädigung ist nach der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 zu bemessen (AnwGebV; Art. 105 Abs. 2 ZPO). Grundlage ist auch hier der Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV). Bei einem Streitwert von CHF 1'121'860.00 beträgt die Grundgebühr rund CHF 32'600.00. Sie ist mit der Begründung bzw. Beantwortung der Klage verdient. Für die Teilnahme an zusätzlichen Verhandlungen und für weitere notwendige Rechtsschriften wird ein Zuschlag von je höchstens der Hälfte der Grundgebühr berechnet (§ 11 Abs. 1 und 2 AnwGebV i.V.m. § 4 Abs. 1 AnwGebV). Vorliegend ist eine Erhöhung der Grundgebühr um einen Viertel angemessen. Dies

führt in Anwendung von §§ 4 und 11 AnwGebV zu einer Parteientschädigung in der Höhe von CHF 40'750.00.

6.2.2. Ist einer mehrwertsteuerpflichtigen Partei wie der Beklagten eine Parteientschädigung zuzusprechen, hat dies zufolge Möglichkeit des Vorsteuerabzugs ohne Berücksichtigung der Mehrwertsteuer zu erfolgen. Ist die anspruchsberechtigte Partei nicht im vollen Umfange 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 (Zirkulationsbeschluss des Kassationsgerichts des Kantons Zürich AA040176 vom 19. Juli 2005 = ZR 104 [2005] Nr. 76; SJZ 101 [2005] S. 531 ff.). Die Beklagte verlangt zwar die Zusprechung einer Parteientschädigung zuzüglich Mehrwertsteuer (act. 10 S. 2). Sie behauptet aber keine für die Zusprechung der Mehrwertsteuer erforderlichen, aussergewöhnlichen Umstände. Daher ist ihr die Parteientschädigung ohne Mehrwertsteuer zuzusprechen.

#### **Das Handelsgericht erkennt:**

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 32'000.00.
3. Die Kosten werden der Klägerin auferlegt und aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss bezogen.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung in der Höhe von CHF 40'750.00 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 1'121'860.00.

Zürich, 5. Dezember 2017

Handelsgericht des Kantons Zürich

Vizepräsident:

Gerichtsschreiber:

lic.iur. Roland Schmid

Dr. Giulio Donati