



Mitwirkend: Obergerichter Roland Schmid, Präsident, Obergerichterin Dr. Claudia Bühler, die Handelsrichter Christian Zuber, Martin Fischer und Thomas Steinebrunner sowie Gerichtsschreiber Rudolf Hug

Urteil vom 8. Dezember 2020

in Sachen

A._____,
Kläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X1._____,
vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X2._____,
substituiert durch Rechtsanwalt Dr. iur. X3._____,

gegen

B.____ **AG**,
Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y1._____,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y2._____,

betreffend **Forderung**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 54)

- " 1. B. _____ Bank AG, Zürich, bezahle Herrn A. _____ unter Kosten- und Entschädigungsfolge sowie unter Vorbehalt der Nachklage den Betrag von € 2,778,302.36;
2. B. _____ Bank AG, Zürich, bezahle Herrn A. _____ Zinsen wie folgt:
- 5% *p.a.* auf CHF 76,800 ab dem 23. Dezember 2008;
 - 5% *p.a.* auf EUR 32,500 ab dem 7. Januar 2009;
 - 5% *p.a.* auf CHF 68,000 ab dem 8. Januar 2009;
 - 5% *p.a.* auf EUR 46,500 ab dem 14. Januar 2009;
 - 5% *p.a.* auf EUR 44,444.44 ab dem 15. Januar 2009;
 - 5% *p.a.* auf USD 84,500 ab dem 23. Januar 2009;
 - 5% *p.a.* auf USD 29,800 ab dem 23. Januar 2009;
 - 5% *p.a.* auf EUR 58,700 ab dem 2. Februar 2009;
 - 5% *p.a.* auf EUR 220,800 ab dem 10. Februar 2009;
 - 5% *p.a.* auf EUR 167,800 ab dem 19. Februar 2009;
 - 5% *p.a.* auf CHF 74,800 ab dem 4. März 2009;
 - 5% *p.a.* auf EUR 323,265.85 ab dem 15. März 2009;
 - 5% *p.a.* auf CHF 73,700 ab dem 18. März 2009;
 - 5% *p.a.* auf EUR 377,000 ab dem 25. März 2009;
 - 5% *p.a.* auf EUR 87,000 ab dem 3. April 2009;
 - 5% *p.a.* auf CHF 460,000 ab dem 5. Mai 2009;
 - 5% *p.a.* auf CHF 52,000 ab dem 22. Mai 2009
 - 5% *p.a.* auf EUR 242,400 ab dem 12. Juni 2009
 - 5% *p.a.* auf EUR 130,700 ab dem 28. August 2009; und
 - 5% *p.a.* auf EUR 175,600 ab dem 16. Oktober 2009.
3. Allfällige gegenteilige oder anderslautende Begehren der B. _____ Bank AG seien abzuweisen."

Sachverhalt und Verfahren

A. Sachverhaltsübersicht

a. Parteien und ihre Stellung

Der Kläger ist eine natürliche Person mit Wohnsitz in C._____ [Stadt in Russland] und Miteigentümer eines privaten Gesundheitszentrums. Bei der Beklagten handelt es sich um eine Schweizer Aktiengesellschaft mit Sitz in Zürich. Ihr Zweck war zum Zeitpunkt der Klageeinleitung der Betrieb einer Bank mit internationaler Orientierung mit dem Hauptgewicht auf der Vermögensverwaltung. Mit Statutenänderung vom 30. April 2020 änderte sie ihre Firma und ihren Zweck. Sie bezweckt nunmehr die Abwicklung der bewilligungspflichtigen Geschäftstätigkeit und – nach Entlassung aus der aufsichtsrechtlichen Unterstellung – die Erbringung nicht bewilligungspflichtiger Dienstleistungen und die Verwaltung des eigenen Vermögens.

b. Prozessgegenstand

Der Kläger eröffnete im Frühjahr 2007 ein Bankkonto und Depot bei der Beklagten, welche zu diesem Zeitpunkt noch unter D._____ Bank AG firmierte. Vermittelt wurde diese Geschäftsbeziehung vom auch in deren weiteren Verlauf für den Kläger zuständigen russischsprachigen Kundenberater der Beklagten E._____. Mit der vorliegenden Klage verlangt der Kläger von der Beklagten Schadenersatz für angeblich von D._____ veruntreute Gelder in der Höhe von EUR 2'778'302.36 zuzüglich Schadenszins. Dabei führt der Kläger seinen Schaden grösstenteils auf von ihm nicht autorisierte Überweisungen zurück. Weiter erklärt er, auf seinen Konten sei ohne entsprechende Anweisung massiv mit Wertpapieren gehandelt worden. Die Beklagte beantragt Klageabweisung, insofern überhaupt auf diese eingetreten werden könne. Dies begründet sie insbesondere damit, dass der Kläger sämtliche von D._____ vorgenommene Transaktionen angewiesen oder zumindest nachträglich genehmigt habe.

B. Prozessverlauf

Am 29. August 2016 (Datum Poststempel) reichte der Kläger hierorts die Klage mit obigem Rechtsbegehren ein (act. 1). Dieses Verfahren wurde zunächst unter der Geschäftsnummer HG160177 geführt. Den von ihm verlangten Vorschuss für die Gerichtskosten leistete der Kläger fristgerecht (act. 6; act. 13). Mit Eingabe vom 13. September 2016 stellte die Beklagte einen Antrag auf Sicherstellung ihrer Parteientschädigung in der Höhe von CHF 77'700.– (act. 8), welcher – nach erfolgter Stellungnahme durch den Kläger (act. 17) – mit Verfügung vom 11. Oktober 2016 gutgeheissen wurde (act. 18). Nachdem der Kläger die Sicherheit rechtzeitig geleistet hatte (act. 20), wurde der Beklagten Frist zur Einreichung der Klageantwort angesetzt (act. 21), welche sie mit Datum vom 10. Februar 2017 fristgerecht erstattete. Gleichzeitig stellte sie den prozessualen Antrag, es sei über die Eintretensfrage sofort ein Entscheid zu fällen und auf die Klage nicht einzutreten (act. 23). Mit Verfügung vom 14. Februar 2017 wurde dem Kläger Frist zur Stellungnahme zu diesem prozessualen Antrag angesetzt, welche er mit dem Antrag, es sei auf die Klage einzutreten, unter dem 8. März 2017 erstattete (act. 28). Nachdem keine weiteren Stellungnahmen ergangen waren, wurden die Anträge auf einen Zwischenentscheid über die Frage der Eintretensvoraussetzungen mit prozessleitender Verfügung vom 26. April 2017 abgewiesen (act. 32) und der Prozess gleichentags an Oberrichter Prof. Dr. F._____ als Instruktionsrichter delegiert (act. 34). Am 22. November 2017 fand eine Vergleichsverhandlung statt, an der keine Einigung erzielt werden konnte (Prot. S. 14 f.). Mit Verfügung vom 30. November 2017 wurde daraufhin ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet und dem Kläger Frist zur Leistung eines weiteren Vorschusses für die Gerichtskosten angesetzt (act. 41). Letzterer ging fristgerecht ein (act. 43). Die Replik datiert vom 9. April 2018 (act. 48), die Duplik vom 25. Juni 2018 (act. 55). Letztere wurde dem Kläger mit Verfügung vom 4. Juli 2018 zugestellt (act. 56). Schliesslich reichte der Kläger mit Eingabe vom 5. Juli 2018 das begründete Urteil des Tribunal Correctionnel de Genève vom 9. März 2018 betreffend E._____ ins Recht (act. 59), welche Eingabe der Beklagten am 12. Juni 2018 zugestellt wurde (Prot. S. 20). Weitere Eingaben erfolgten nicht. Mit Verfügung vom 11. April 2019 (act. 61) wurde den Parteien Frist angesetzt zur Erklärung, ob sie auf die Durch-

führung der mündlichen Hauptverhandlung – vorbehalten der Durchführung eines Beweisverfahrens – verzichteten. Der Kläger erklärte seinen Verzicht auf die Durchführung der mündlichen Hauptverhandlung mit E-Mail vom 7. bzw. 8. Mai 2019 (vgl. act. 66). Die Beklagte liess sich innert Frist nicht vernehmen, weshalb androhungsgemäss ihr Verzicht auf die Durchführung der mündlichen Hauptverhandlung anzunehmen ist.

Mit Urteil vom 13. Juni 2019 (HG160177) wies das Handelsgericht die Klage vollumfänglich ab (act. 67). Gegen dieses Urteil erhob der Kläger Beschwerde ans Bundesgericht. Das Bundesgericht hiess die Beschwerde mit Urteil vom 26. Mai 2020 teilweise gut. Es hob das Urteil des Handelsgerichts auf und wies die Sache zur Neuurteilung an dieses zurück (BGer 4A_386/2019 vom 26. Mai 2020, act. 76).

Nach Eingang der Akten wird der Prozess hierorts neu unter der Geschäfts-Nr. HG200107 weitergeführt. Mit Eingabe vom 24. Juni 2020 (Datum Poststempel) reichte der Kläger eine "Noveneingabe" (act. 77) samt Beilagen (act. 79/2-4) ins Recht. Da auf diese Eingabe, wie aufzuzeigen sein wird, nicht abzustellen ist, erübrigt sich eine Vernehmlassung der Beklagten zu dieser Noveneingabe. Der Prozess erweist sich als spruchreif, weshalb das Urteil zu fällen ist (Art. 236 Abs. 1 ZPO).

C. Gerichtsbesetzung

Der am Entscheid des Handelsgerichts vom 13. Juni 2019 mitwirkende Oberrichter Prof. Dr. F. _____ ist inzwischen zufolge Pensionierung aus dem Amt ausgeschieden. Die Gerichtsbesetzung wird deshalb neu – wie den Parteien bereits mit Verfügung vom 16. November 2020 mitgeteilt worden ist (Prot. S. 2 f.) – mit dem Präsidenten des Handelsgerichts, Oberrichter Roland Schmid ergänzt.

Erwägungen

1. Formelles

1.1. Zuständigkeit

Die Parteien haben im Kontoeröffnungsformular vom 26. Februar 2007 schriftlich die Zuständigkeit der Gerichte am Hauptsitz der Beklagten in Zürich vereinbart (act. 4/5). Damit ergibt sich die örtliche Zuständigkeit des hiesigen Gerichtes aus Art. 23 des Übereinkommens über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 30. Oktober 2007 (LugÜ). Die Beklagte hat sich denn auch auf das Verfahren eingelassen. Die sachliche Zuständigkeit ergibt sich sodann aus Art. 6 Abs. 2 und 3 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG.

1.2. Anwendbares Recht

Im Kontoeröffnungsformular vom 26. Februar 2007 haben die Parteien eine Rechtswahl zugunsten des Schweizer Rechts getroffen (act. 4/5), welches denn auch beide Parteien ihren Vorbringen zugrunde legen. Damit kommt auf die vorliegende Streitigkeit Schweizer Recht zur Anwendung (Art. 116 IPRG).

1.3. Anderweitige Rechtshängigkeit

Der Kläger hat seine im Strafverfahren adhäsionsweise geltend gemachte Zivilklage gegen die Beklagte nachweislich mit Rückzugserklärung vom 8. Februar 2016 bei der Staatsanwaltschaft zurückgezogen (act. 29/2 und 29/3). Damit ist nicht ersichtlich, dass der vorliegende Streitgegenstand zwischen den selben Parteien bereits andernorts rechtshängig wäre. Solches führt denn auch die Beklagte nicht mehr aus. Da der Kläger seine Zivilklage im Strafverfahren vor Abschluss der Hauptverhandlung zurückgezogen hat, steht einer erneuten Geltendmachung auf dem Zivilweg nichts entgegen (Art. 122 Abs. 4 StPO). Sodann ist die vom Kläger eingereichte Klagebewilligung an das Arbeitsgericht des Bezirks Zürich vom 31. Mai 2016 (act. 4/70) längst nicht mehr gültig (Art. 209 Abs. 3 ZPO), womit auch diese zwischenzeitlich begründete Rechtshängigkeit dem Eintreten auf die vorliegende Klage zum heutigen Zeitpunkt nicht mehr entgegensteht.

1.4. Tragweite des Rückweisungsurteils

Das Bundesgericht stellte im Rückweisungsurteil vom 26. Mai 2020 fest, dass der Kläger die Abweisung seiner Klage in Bezug auf die angeblich nicht autorisierten Börsentransaktionen infolge mangelnder Substantiierung nicht beanstandete (act. 76, E. 2.2.1 S. 5). Die Erwägung des Handelsgerichts, die Klage sei im Übrigen abzuweisen, weil der Kläger Schadenersatz statt Erfüllung verlangt habe, wurde vom Bundesgericht nicht beanstandet (act. 76 E. 2.2.3 S. 5). Die Hauptbegründung (E. 2 f. des Urteils vom 13. Juni 2019, vgl. act. 67) wurde damit vor Bundesgericht bestätigt, weshalb das Handelsgericht an diese Erwägungen gebunden ist. Sie sind entsprechend unverändert in das vorliegende Urteil zu übernehmen (E. 2 f.) und werden um ein Zwischenfazit ergänzt.

Betreffend die Eventualbegründung hielt das Bundesgericht fest, dass dem angefochtenen Entscheid nicht zu entnehmen sei, dass die Beklagte bewiesen hätte, dass der Kläger ausserhalb der konkret beanstandeten 21 Transaktionen eine einzige angeordnet hätte, die er nicht handschriftlich und per Fax angeordnet hätte. (act. 76 E. 4.5.2 S. 11). Das Bundesgericht kam diesbezüglich zum Schluss, der Kläger habe in seiner Klage die Zeugenaussage von G._____ von der Compliance-Abteilung der Beklagten dafür offeriert, dass die von ihm benannten bestimmten 21 Transaktionen ohne seine Anweisung vorgenommen worden seien. Es sei nicht ersichtlich, weshalb die Einvernahme einer Angestellten der Beklagten von vorherein ungeeignet sein sollte, das Fehlen von Anweisungen zu beweisen; die Gründe für den Verzicht auf die Zeugenbefragung sei den Erwägungen des Urteils des Handelsgerichts vom 13. Juni 2019 nicht zu entnehmen. Im Weiteren sei auch die Begründung des Handelsgerichts, wonach die vom Kläger angebotene Parteiaussage "aufgrund der offensichtlichen Interessenlage" keinen genügenden Beweiswert aufweise, ungenügend (act. 76 E. 4.5.2 S. 11 f.). Das Bundesgericht hiess deshalb die Beschwerde des Klägers teilweise gut. In Erwägung 5.1 seines Urteils erwog das Bundesgericht, das Urteil des Handelsgerichts sei aufzuheben und die Sache sei zur Abnahme der beantragten Beweise und Neuurteilung an das Handelsgericht zurückzuweisen. Es führte ergänzend aus, dass das Handelsgericht insbesondere G._____ zur Frage werde einvernehmen

müssen, ob der Kläger seine Weisungen stets und ausnahmslos per Fax erteilt habe (act. 76 E. 5.1 S. 12). Im Dispositiv des Rückweisungsentscheids beschränkte sich das Bundesgericht indessen auf die Rückweisung zur Neuurteilung, ohne die Durchführung eines Beweisverfahrens ausdrücklich anzuordnen (act. 76, Dispositiv-Ziff. 1, S. 13).

Die Rückweisung versetzt das Verfahren hinsichtlich der aufgehobenen Punkte in die Lage, in welcher es sich vor Fällung des angefochtenen Entscheids befunden hat (BGE 116 II 220 E. 4a). Die Vorinstanz, an die das Bundesgericht die Sache zur Neuurteilung zurückweist, ist an die rechtlichen Erwägungen des Rückweisungsentscheids gebunden, soweit dieses die Sache definitiv entschied (BGE 131 III 91 E. 5.2; 133 III 201 E. 4.2; BGer 4A_226/2019 vom 18. November 2019 E. 2), ebenso wie an die nicht angefochtenen tatsächlichen Feststellungen (BGE 131 III 91 E. 5.2). Es ist ihr verwehrt, *"der Beurteilung des Rechtsstreits einen anderen als den bisherigen Sachverhalt zu unterstellen oder die Sache unter rechtlichen Gesichtspunkten zu prüfen, die im Rückweisungsentscheid ausdrücklich abgelehnt oder überhaupt nicht in Erwägung gezogen worden waren"* (BGE 143 IV 214 E. 5.3.3 unter Verweis auf BGE 135 III 334 E. 2; BGer 4A_226/2019 vom 18. November 2019 E. 2). Der Rückweisungsentscheid gibt den tatsächlichen und rechtlichen Rahmen der neuen Entscheidung vor (BGE 135 III 334 E. 2). Insofern ist auch eine Bindung der Vorinstanz an die eigenen, vor Bundesgericht nicht angefochtenen oder von diesem geschützten Erwägungen zu bejahen. Schliesslich ist auch das Bundesgericht an seine eigenen Rückweisungsentscheide gebunden (BGE 125 III 421 E. 2a; 133 III 201 E. 4.2; 135 III 334 E. 2; 143 III 290 E. 1.5; BGer 4A_226/2019 vom 18. November 2019 E. 2). Das Urteil des Bundesgerichts vom 26. Mai 2020 ist in Nachachtung dieser Grundsätze zu berücksichtigen.

1.5. Noveneingabe

Mit Eingabe vom 24. Juni 2020 (Datum Poststempel) reichte der Kläger eine "Noveneingabe" (act. 77) samt Beilagen (act. 79/2-4) ins Recht. Der Kläger führt aus, die eingereichten Beweismittel seien nach durchgeführtem Schriftenwechsel entstanden. Da das Urteil des Handelsgerichts vom 13. Juni 2019 aufgehoben worden sei und aufgrund des Urteils des Bundesgerichts vom 26. Mai 2020 erneut

eine Hauptverhandlung durchzuführen sei, könne er neue Tatsachen und Beweismittel weiterhin bis zum Beginn der Hauptverhandlung vorbringen. Weitergehende Ausführungen zu den eingereichten Noven behalte sich der Kläger anlässlich der Hauptverhandlung vor (act. 77 Rz. 12 f.).

Neue Tatsachen und Beweismittel werden in der Hauptverhandlung nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden (Art. 229 Abs. 1 lit. a ZPO). Findet die Hauptverhandlung erst zu einem späteren Zeitpunkt statt, müssen Noven nach hiesiger Praxis innert 10 Tagen nach ihrer Entstehung (echte Noven) bzw. nach Wegfall des Hinderungsgrundes (unechte Noven) vorgebracht werden, andernfalls sie nicht als "ohne Verzug" vorgebracht gelten. Ein Zuwarten bis zur Hauptverhandlung ist nicht zulässig (HGer ZH vom 13. Mai 2013 [ZR 2013 Nr. 35]; SCHMID, Das Verfahren vor Handelsgericht: aktuelle prozessuale Probleme in: ZZZ 42/2017, S. 129, 156 f.; offengelassen in BGer 5A_141/2019 vom 7. Juni 2019 E. 6.3). Art. 229 Abs. 1 ZPO ist analog anzuwenden, wenn die Parteien auf einen Teil der Hauptverhandlung verzichtet haben (vgl. PAHUD in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2016 [zit. DIKE-Komm-ZPO], Art. 229 N 11). Haben die Parteien auf die mündlichen Partei- und die Schlussvorträge verzichtet, nicht aber auf die allfällige Durchführung eines Beweisverfahrens, ist danach zu unterscheiden, ob das Gericht letztlich ein Beweisverfahren durchführt oder nicht. Führt das Gericht kein Beweisverfahren durch, können Noven unter den analogen Voraussetzungen von Art. 229 Abs. 1 ZPO eingebracht werden, bis das Gericht seinen Entscheid in der Sache fällt, es sei denn, das Gericht teile den Parteien zu einem früheren Zeitpunkt mit, dass es die Urteilsberatung aufnimmt bzw. in das Entscheidstadium übertritt.

Nimmt das Handelsgericht das Erkenntnisverfahren nach einem Rückweisungsentscheid des Bundesgerichts erneut auf, verhält es sich wie folgt: Tatsachen, die erst nach dem angefochtenen Entscheid entstanden sind, sind im Verfahren vor Bundesgericht unbeachtlich (vgl. BGE 139 III 120 E. 3.1.2; 133 IV 342 E. 2.1; BGer 5A_790/2016 vom 9. August 2018 E. 1.4); diese Tatsachen können im bundesgerichtlichen Verfahren nicht eingebracht werden. Der alleinige Umstand, dass die Sache bei der Rechtsmittelinstanz liegt, kann aber nicht mit der Begrün-

dung, sie seien nicht ohne Verzug vorgebracht worden, zu einem Ausschluss jener Noven im wieder aufgenommenen Erkenntnisverfahren führen, die zwischen dem aufgehobenen Ersturteil und dem bundesgerichtlichen Rückweisungsurteil entstanden sind. Das Handelsgericht muss diese Noven berücksichtigen, wenn sie "ohne Verzug" im Sinne von Art. 229 Abs. 1 ZPO vorgebracht werden. Massgebend für den Zeitpunkt, ab welchem die Noven vor Handelsgericht im wieder aufgenommen Erkenntnisverfahren vorgebracht werden können, ist die Kenntnisnahme des Rückweisungsentscheides durch das Bundesgericht.

Die Noveneingabe des Klägers datiert vom 24. Juni 2020 (act. 74). Seine Ausführungen stützen sich auf das Urteil des Cour de Justice des Kantons Genf vom 24. März 2020 und ein Schreiben dieses Gerichts vom 12. Juni 2020, die er beilegt und als Beweismittel einreicht (act. 79/3-4). Nach Angaben des Klägers ist der Rückweisungsentscheid des Bundesgerichts am 9. Juni 2020 bei ihm eingegangen (act. 77 Rz. 5). Da der Kläger das Urteil des Cour de Justice des Kantons Genf vom 24. März 2020 erst zwei Wochen nach Eingang des Rückweisungsentscheids bei ihm einreichte, gilt seine Eingabe nicht als "ohne Verzug" erfolgt. Wann der Kläger vom Schreiben des Cour de Justice vom 12. Juni 2020 Kenntnis genommen hat, legt er nicht dar. Dies, obschon die Partei, die sich auf das Novenrecht berufen will, die nachträgliche Entstehung der Noven nachweisen muss, und für den Entstehungszeitpunkt die Beweislast trägt (BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 229 N 30). Mangels anderer Anhaltspunkte ist davon auszugehen, dass der Kläger am Folgetag bzw. am 13. Juni 2020 vom Schreiben des Cour de Justice des Kantons Genf Kenntnis genommen hat. Nachdem die Eingabe des Klägers vom 24. Juni 2020 datiert, wurde das Schreiben vom 12. Juni 2020 mehr als 10 Tage später und damit nicht unverzüglich eingereicht.

Da der Kläger die vorgebrachten Noven nicht unverzüglich einreichte, erweist sich seine Eingabe vom 24. Juni 2020 (act. 77) als verspätet. Die darin erwähnten Beweismittel und Tatsachen wurden nicht "ohne Verzug" im Sinne von Art. 229 Abs. 1 ZPO vorgebracht, weshalb sie im vorliegenden Prozess nicht weiter zu beachten sind. Selbst wenn davon ausgegangen würde, dass die Noveneingabe des

Klägers rechtzeitig eingereicht und zulässig wäre, vermöchte sie am Ergebnis nichts zu ändern, wie aufzuzeigen sein wird.

1.6. Verzicht auf Hauptverhandlung

Die Parteien haben vorliegend auf die Durchführung einer Hauptverhandlung im Sinne von Art. 228 ZPO (vgl. für den Kläger act. 66), namentlich auf die mündlichen Partei- und Schlussvorträge verzichtet (vgl. act. 61). Dieser Teilverzicht ist definitiv und unwiderruflich (vgl. WILLISEGGER, in: Spühler/Tenchio/Infanger, Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2016 [zit. BSK ZPO], Art. 233 N 9). Da das Bundesgericht das Urteil des Handelsgerichts vom 13. Juni 2019 nicht ausdrücklich zur Durchführung einer neuen Hauptverhandlung bzw. zur Durchführung eines Beweisverfahrens zurückwies, sondern einzig zur Neubeurteilung (vgl. act. 76 S. 13, Dispositiv-Ziffer 1 und oben, E. 1.4), bleibt der von den Parteien erklärte Verzicht auf Durchführung der Hauptverhandlung hiervon unberührt und gilt auch für das vorliegende, wieder aufgenommene Verfahren. Da sich vorliegend die Durchführung eines Beweisverfahrens erübrigt, ist den Parteien auch keine Gelegenheit zu Schlussvorträgen im Sinne von Art. 232 ZPO einzuräumen.

2. Schaden aus Börsentransaktionen

Der Kläger erklärt unter dem Titel "ungerechtfertigte Vorgänge ab dem 23. Dezember 2008" insbesondere, auf seinen Konten sei massiv mit Wertpapieren und sogar Optionen gehandelt worden, ohne dass er entsprechende Anweisungen gegeben oder das benötigte Option Trading Form unterzeichnet habe und verlangt die Edition einer Übersicht der Optionstransaktionen durch die Beklagte (act. 1 Rz I.117 ff.). Weiter erklärt er, das Ausmass der Gewinne oder Verluste aus den unerlaubten Börsentransaktionen sei ohne die durch die Beklagte zu hinterlegenden Übersichten der Optionstransaktionen und Devisengeschäfte nicht quantifizierbar (act. 1 Rz III.22).

Ist es der klagenden Partei unmöglich oder unzumutbar, ihre Forderung bereits zu Beginn des Prozesses zu beziffern, so kann sie eine unbezifferte Forderungsklage erheben, wobei sie einen Mindeststreitwert anzugeben hat (Art. 85 ZPO).

Ergibt sich ein Anspruch auf Rechnungslegung aus dem materiellen Recht, kann eine sogenannte Stufenklage erhoben werden. Bei dieser stellt die eingeklagte Leistung den Hauptanspruch dar, deren Bezifferung durch Rechnungslegung den Hilfsanspruch. Besteht kein selbständiger Hilfsanspruch aus materiellem Recht, verbleibt die Möglichkeit einer unbezifferten Forderungsklage im engeren Sinne (vgl. BGE 140 III 409 E. 4.3).

Ein Editionsbegehren gestützt auf einen materiellrechtlichen Auskunftsanspruch ist zu unterscheiden von einem zivilprozessualen Editionsbegehren zu Beweis-zwecken. Während der Anspruch auf Information oder Rechnungslegung selbständig eingefordert werden und namentlich als selbständiger Hilfsanspruch in einer Stufenklage mit dem Hauptanspruch gehäuft werden kann, setzt der zivilprozessuale Beweisantrag auf Edition gehörige Behauptungen darüber voraus, welche Tatsachen die zu edierenden Dokumente beweisen sollen (BGer 4A_269/2017 vom 20. Dezember 2017 E. 4.1 m. H.).

Der Kläger hat weder einen Hilfsanspruch in seine Rechtsbegehren aufgenommen noch überhaupt eine unbezifferte Forderungsklage erhoben. Er hat zwar einen Nachklagevorbehalt angebracht, ein solcher könnte indes erst auf ein nachfolgendes Verfahren Auswirkungen haben. Mit anderen Worten liegt im Herausverlangen einer Übersicht der Optionstransaktionen ein rein zivilprozessuales Editionsbegehren zu Beweis-zwecken vor.

Gemäss Art. 8 ZGB hat, wo es das Gesetz nicht anders bestimmt, jene Partei das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, die aus ihr Rechte ableitet. Grundsätzlich ist das Verhältnis der anwendbaren materiellen Normen für die Beweislastverteilung massgebend. Dieses bestimmt im Einzelfall, ob eine rechtsbegründende, rechtsaufhebende bzw. rechtsvernichtende oder rechtshindernde Tatsache zu beweisen ist. Wer einen Anspruch geltend macht, hat die rechtsbegründenden Tatsachen zu beweisen. Demgegenüber liegt die Beweislast für die rechtsvernichtenden oder rechtshindernden Tatsachen bei der Partei, welche den Untergang des Anspruchs behauptet oder dessen Entstehung oder Durchsetzbarkeit bestreitet (BGE 128 III 271 E. 2a/aa). Die beweisbelastete Partei hat die zu beweisenden Tatsachen zu behaupten, weshalb mit der Beweislast die

Behauptungslast einhergeht. Die beweisfreie Partei trifft hingegen die Bestreitungslast. Ein Aspekt der Behauptungs- ist die Substantiierungslast: Die konkreten Anforderungen an die Substantiierung der anspruchsbegründenden Tatsachen ergeben sich einerseits aus den Tatbestandsmerkmalen der angerufenen Norm und andererseits aus dem prozessualen Verhalten der Gegenpartei. Tatsachenbehauptungen sind so konkret zu halten, dass sie einerseits ohne Weiteres als Beweissatz formuliert und in eine allfällige Beweisverfügung aufgenommen werden können, und andererseits ein gezieltes Bestreiten möglich ist sowie der Gegenbeweis angetreten werden kann. Bestreitet der Prozessgegner das Vorbringen der behauptungsbelasteten Partei schlüssig und widerspruchsfrei, muss diese die rechtserheblichen Tatsachen nicht nur in den Grundzügen, sondern so umfassend und klar darlegen, dass darüber Beweis abgenommen werden kann. Nur hinreichend substantiierte Sachvorbringen begründen einen Beweisanspruch (WALTER, in: Berner Kommentar, Art. 1-9 ZGB, Bern 2012, Art. 8 N 199 f.; LARDELLI/VETTER, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 6. Aufl., Basel 2018, Art. 8 N 29 und 33; BGE 127 III 365 E. 2b m. H.). Der Behauptungsgegner hat demgegenüber im Einzelnen darzulegen, welche Tatsachenbehauptungen der Gegenpartei er anerkennt und welche er bestreitet. Pauschale Bestreitungen reichen zwar nicht aus, doch dürfen die Anforderungen an die Bestreitung nicht so hoch angesetzt werden, dass im Ergebnis die Beweislast gewendet wird (WALTER, a.a.O., Art. 8 N 191 ff.). Für den Hauptbeweis im Zivilprozess gilt das Regelbeweismass des strikten Beweises. Dieser ist erbracht, wenn das Sachgericht nach objektiven Gesichtspunkten von der Wahrheit einer Behauptung und damit vom Vorliegen einer Tatsache voll überzeugt ist. Dabei hat eine Tatsache nicht mit Sicherheit festzustehen, sondern es genügt die an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit, selbst wenn eine abweichende Möglichkeit nicht völlig auszuschliessen ist (WALTER, a.a.O., Art. 8 N 134 ff.).

Der Kläger trägt nach dem Gesagten insbesondere die Behauptungs- und Beweislast für allfällige unberechtigte Transaktionen durch die Beklagte und eines dadurch verursachten Schadens. Da die Beklagte bestreitet, dass nach dem 23. Dezember 2008 oder überhaupt unberechtigte Verfügungen auf dem streitgegenständlichen Konto vorgenommen worden sein sollen (act. 23 Rz 256 ff.) bzw.

dass der Kläger einen Schaden erlitten haben soll (act. 23 Rz 508), hat der Kläger die von ihm beanstandeten Transaktionen und den jeweils verursachten Schaden nicht nur in den Grundzügen, sondern substantiiert vorzutragen. Dies hat er nicht getan. Er hat es unterlassen, genügend zu behaupten, welche, wann von der Beklagten unberechtigt vorgenommenen Börsentransaktionen genau zu was für einem Schaden bei ihm geführt haben sollen. Er macht vielmehr selber geltend, ein solcher Schaden sei ohne die von der Beklagten zu hinterlegenden Übersichten der Optionstransaktionen und Devisengeschäfte nicht quantifizierbar. Damit versäumt es der Kläger, Tatsachen vorzubringen, aufgrund deren überhaupt die Verursachung eines kausalen Schadens überprüft werden könnte. Insofern gelingt es ihm nicht, einen Schaden aus unerlaubten Optionstransaktionen auch nur in den Grundzügen darzulegen. Eine Beweisabnahme zu dieser Frage kann daher gar nicht stattfinden, weshalb die verlangte Edition nicht zielführend ist. Eine mögliche Klage auf Auskunft hat der Kläger – wie dargelegt – nicht erhoben. Damit ist die Klage im Ausmass eines allfällig auf Börsentransaktionen entfallenden Schadens bzw. im Umfang, in welchem sie die Forderung aus den behaupteten unberechtigten Überweisungen übersteigt (EUR 2'778'302.36 abzüglich EUR 1'922'184.65, abzüglich USD 114'300.–, abzüglich CHF 805'300.–) abzuweisen.

Entsprechend ist auf Vorbringen, die einzig das Thema dieser Optionstransaktionen beschlagen, nachfolgend nicht weiter einzugehen.

3. Schaden aus Überweisungen

3.1. Unstrittiger Sachverhalt

Die Parteien nahmen unstrittig Anfang 2007 eine Geschäftsbeziehung auf. Am 26. Februar 2007 unterzeichnete der Kläger einen Antrag für die Eröffnung eines Bankkontos und Depots, wobei er Euro als Hauptwährung wählte. Weiter unterzeichnete der Kläger einen Auftrag betreffend Treuhandanlagen. Sodann wurde von E._____ ein Kundenprofil des Klägers angelegt, welches von ihm nie unterzeichnet wurde. Gleichzeitig mit der Kontoeröffnung unterzeichnete der Kläger sodann das Formular "Waiver for telephone, telefax and electronic mail instructions" sowie eine Banklagernd-Vereinbarung. Schliesslich unterzeichnete der Kläger am 13. September 2010 das Formular "Receipt for correspondence".

3.2. Die beanstandeten Transaktionen

Der Kläger rügt folgende durch E._____ veranlasste Auszahlungen von seinem Konto von gesamthaft EUR 1'922'184.65, USD 114'300.– und CHF 805'760.– (recte CHF 805'300.–) als nicht von ihm autorisiert und damit ungerechtfertigt (act. 1 Rz I.141):

Datum	Betrag	Begünstigter
23.12.2008	CHF 76'800.00	H._____
07.01.2009	EUR 32'500.00	I._____
08.01.2009	CHF 68'000.00	H._____
14.01.2009	EUR 46'500.00	J._____
15.01.2009	EUR 44'444.44	H._____
23.01.2009	USD 84'500.00	K._____ Investments
23.01.2009	USD 29'800.00	L._____ & M._____
27.01.2009	EUR 106'320.00	H._____
02.02.2009	EUR 40'068.26	H._____
10.02.2009	EUR 148'486.89	H._____
19.02.2009	EUR 167'820.30	H._____
04.03.2009	CHF 74'800.00	H._____
18.03.2009	CHF 73'700.00	H._____
25.03.2009	EUR 377'019.67	H._____
03.04.2009	EUR 87'019.67	H._____
15.04.2009	EUR 323'265.85	H._____
05.05.2009	CHF 460'000.00	N._____ Properties
22.05.2009	CHF 52'000.00	H._____
12.06.2009	EUR 242'419.83	H._____
28.08.2009	EUR 130'719.74	H._____
16.10.2009	EUR 175'600.00	H._____

Die Beklagte bestätigt, dass die Daten und Beträge der genannten Auszahlungen richtig seien, bestreitet indes, dass die Auszahlungen getätigt worden seien, ohne dass dafür eine Anweisung oder anderweitige Autorisierung des Klägers vorgelegen habe (act. 23 Rz 287 f.).

3.3. Die (Bank-)Beziehung der Parteien

3.3.1. Rechtliches

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts kommen vorliegend grundsätzlich drei verschiedene Vertragsbeziehungen in Betracht: die Vermögensverwaltung,

die Anlageberatung und die blosse Konto-/Depot-Beziehung (Execution only). Mit dem Vermögensverwaltungsvertrag beauftragt der Kunde die Bank, die Verwaltung eines bestimmten Vermögens gegen Honorar selbständig im Rahmen der vereinbarten Anlagestrategie und zwecks Erreichens des persönlichen Anlageziels des Kunden zu besorgen. Von der Vermögensverwaltung, bei der die Bank die auszuführenden Transaktionen im Rahmen der Sorgfalts- und Treuepflicht sowie der vereinbarten Anlagestrategie selbst bestimmt, unterscheidet sich die Anlageberatung durch die Zuständigkeit des Kunden für den Anlageentscheid. Der Anlageberatungsvertrag zeichnet sich in Abgrenzung von der reinen Konto-/Depot-Beziehung dadurch aus, dass der Kunde die Anlageentscheide zwar selbst trifft, die Bank ihm jedoch dabei beratend zur Seite steht (BGer 4A_586/2017 vom 16. April 2018, E. 2.1.f.; 4A_436/2016 vom 7. Februar 2017 E. 3.1; BGE 133 III 97 E. 7.1, je m. H.).

3.3.2. Parteistandpunkte

Unstrittig eröffnete der Kläger bei der Beklagten im Jahr 2007 ein Konto-/Depotbeziehung. Weiter erklärt der Kläger, er habe der Beklagten nie ein Verwaltungs- oder Beratungsmandat eingeräumt, weshalb es bei einer execution only Beziehung der Parteien geblieben sei (act. 1 Rz I.44 ff.). Auch die Beklagte bestätigt, dass der Kläger für das streitgegenständliche Konto mit ihr nie einen Vermögensverwaltungsvertrag abgeschlossen habe. Er habe aber E._____ und O._____ mündlich den Auftrag zum Kauf von Wertschriften erteilt und mit ihnen vereinbart, Gewinne und Verluste aus diesen Geschäften zu teilen (act. 23 Rz 66 ff. und 182). Offenbar habe der Kläger mit den genannten Personen mündlich einen Vermögensverwaltungsvertrag abgeschlossen (act. 23 Rz 194). Andernorts erklärt die Beklagte sodann, der Kläger habe einen "advisory account" gewählt, d.h. eine Beratung bei Investitionsentscheiden (act. 23 Rz 32), womit sie andeutet, es sei zwischen den Parteien ein Anlageberatungsvertrag zustande gekommen. Der Kläger erklärt zu den beklagtischen Behauptungen, O._____ habe niemals ein Verwaltungsmandat über sein Konto gehabt (act. 48 II. B. 238). Weiter bestreitet der Kläger, der Beklagten ein Beratungsmandat erteilt zu haben (act. 48

Rz II ad 32). Auch einen Vermögensverwaltungsvertrag mit E._____ bestreitet der Kläger zumindest sinngemäss (act. 48 Rz II ad 72).

3.3.3. Würdigung

Da sich die Beklagte auf das Bestehen eines Vermögensverwaltungsvertrages beruft, um die Vertragsmässigkeit der von E._____ vorgenommenen Transaktionen darzulegen, trägt sie nach der allgemeinen Regel von Art. 8 ZGB die Behauptungs- und Beweislast, dass zwischen dem Kläger und E._____ bzw. O._____ eine entsprechende mündliche Vereinbarung geschlossen wurde. Da der Kläger dies bestreitet, hat die Beklagte die entsprechenden Vorbringen sodann substantiiert darzulegen. Zum einen bleibt die Beklagte bei ihren Behauptungen sehr vage und stellt mehr eine Vermutung als eine Tatsachenbehauptung auf. Sodann fehlen jegliche konkreten Ausführungen dazu, was die Betroffenen genau wann und wo vereinbart haben sollen. Es ist jedoch nicht zu übersehen, dass die Beklagte, welche an all diesen Vorgängen nicht beteiligt war, auch keine detaillierten Kenntnisse darüber haben kann. Zum anderen offeriert die Beklagte als Beweismittel für ihre Behauptung lediglich das Einvernahmeprotokoll von E._____ aus dem Strafverfahren vom 8. November 2011 sowie dessen Zeugeneinvernahme. Als in der vorliegenden Angelegenheit als Beschuldigter in ein Strafverfahren dermassen involvierte Person, welche mittlerweile sogar erstinstanzlich schuldig gesprochen worden ist, ist die Glaubwürdigkeit von E._____ bzw. der Beweiswert seiner Aussagen indes denkbar gering. Allein gestützt auf seine Vorbringen kann der Beklagten der entsprechende Beweis damit nicht gelingen, selbst wenn E._____ als Zeuge die Schilderung der Beklagten bestätigen sollte. Für die Erbringung des geforderten strikten Beweises würde dies nicht ausreichen. Die übrigen Beteiligten, den Kläger sowie O._____, hat die Beklagte nicht als Partei bzw. Zeuge angerufen. Urkunden für einen allfälligen Vermögensverwaltungsvertrag existieren unstrittig keine.

Damit ist von einer reinen execution only Beziehung der Parteien auszugehen. Letztendlich ist die Vertragsqualifikation im vorliegenden Verfahren indes aber nicht entscheidend. Denn – wie dargelegt – sind die allenfalls von einem Vermögensverwaltungsvertrag gedeckten Optionsgeschäfte schon mangels Darlegung

eines Schadens für die vorliegende Klage nicht relevant. Allfällige eigentliche Veruntreuungen von Geldern durch E._____ wären sodann auch durch einen Vermögensverwaltungsvertrag (bzw. einen Anlageberatungsvertrag) in keiner Weise abgedeckt.

3.4. Kein Schadenersatzanspruch

Der Kläger verlangt von der Beklagten den Ersatz des ihm entstandenen Schadens aus den genannten unerlaubten Überweisungen von seinem Konto und stützt sein Begehren auf Art. 97 OR bzw. Art. 41 OR (act. 1, Einleitung; Rz III. F. 9 ff.; Rz III. H. 13 ff.). Damit erhebt er eine Schadenersatzklage, was sich insbesondere auch am verlangten Schadenszins klar zeigt.

Durch die Eröffnung eines Kontos verpflichtet sich die Bank gegenüber dem Kunden, ihm – gemäss den vorgesehenen Modalitäten – das auf dem Konto bestehende Guthaben auszuzahlen, unabhängig davon, wie diese vertragliche Beziehung im Einzelnen zu qualifizieren ist. Mit der Auszahlung an einen unberechtigten Dritten bzw. einen Bevollmächtigten, der den Umfang der ihm erteilten Vollmacht überschreitet, wird die Bank von ihrer Leistungspflicht nicht befreit (BGE 132 III 449 E. 2 m. H.; BGer 4A_536/2008 vom 10. Februar 2009 E. 5.2). Vielmehr leistet sie zunächst aus ihrem eigenen Vermögen und nicht aus demjenigen des Kunden, für dessen Rechnung sie handelt. Im Fall einer Auszahlung an einen Unberechtigten ist sie daher nicht berechtigt, das Konto des Kunden zu belasten (BGer 4C.377/2000 E. 1b). Verlangt der Kunde die Rückerstattung des Kontoguthabens, erhebt er mithin eine Klage auf Erfüllung des Vertrages und nicht eine Schadenersatzklage (BGer 4A_596/2013 vom 18. März 2014, E. 4.1).

Insofern die Beklagte bzw. deren Kundenberater E._____ unberechtigterweise an einen Dritten geleistet haben sollte – was der Standpunkt des Klägers ist –, wäre dem Kläger in Anwendung der zitierten Rechtsprechung damit (noch) gar kein Schaden entstanden. Vielmehr müsste der Kläger diesfalls auf Rückerstattung des Kontoguthabens und damit auf Erfüllung klagen. Dies hat er aber gerade nicht getan. Damit hat er letztlich den falschen Streitgegenstand eingeklagt, wes-

halb die vorliegende Klage abzuweisen ist, sofern der vom Kläger geschilderte Sachverhalt zutrifft.

Zum gleichen Ergebnis kommt man sodann, wenn man mit der Beklagten davon ausgeht, deren Auszahlungen seien an berechnigte Dritte erfolgt bzw. der Kläger habe sämtliche Transaktionen angewiesen bzw. zumindest nachträglich genehmigt. Diesfalls stünde dem Kläger zwar kein Erfüllungsanspruch mehr zu, es läge aber offensichtlich auch keine Vertragsverletzung oder unerlaubte Handlung der Beklagten bzw. von E._____ vor, weshalb das klägerische Begehren unberechtigt und damit ebenfalls abzuweisen wäre.

Damit kann der Kläger – unabhängig davon, welcher Sachdarstellung man folgt – einen Schadenersatzanspruch nicht erfolgreich geltend machen, und die vorliegende Klage ist an sich auch in Bezug auf den Schaden aus den beanstandeten Überweisungen abzuweisen.

4. Zwischenfazit

Der Kläger substantiiert seinen angeblich infolge unberechtigter Börsentransaktionen durch die Beklagte erlittenen Schaden ungenügend, weshalb die Klage im Ausmass eines allfällig auf Börsentransaktionen entfallenden Schadens bzw. im Umfang, in welchem sie die Forderung aus den behaupteten unberechtigten Überweisungen übersteigt, abzuweisen ist (E. 2). Betreffend die angeblich unberechtigten Überweisungen kann der Kläger einen Schadenersatzanspruch nicht erfolgreich geltend machen, da – je nachdem, welcher Sachdarstellung man folgt – entweder kein Schaden entstanden ist oder keine Vertragsverletzung oder unerlaubte Handlung vorliegt (E. 3). Die Klage ist daher auch für die geltend gemachte Forderung aus angeblich unberechtigten Überweisungen abzuweisen.

5. Eventualbegründung: Sinngemässe Klage auf Erfüllung

5.1. Ausgangslage

Zu prüfen bleibt, ob das klägerische Begehren sinngemäss als Klage auf Erfüllung entgegengenommen werden kann. Denn in der vorliegenden Konstellation lautet das Rechtsbegehren unabhängig davon, ob Schadenersatz oder Erfüllung ver-

langt wird, auf die Zahlung einer Geldsumme. Sodann hat das Gericht das Recht von Amtes wegen anzuwenden (Art. 57 ZPO). Zentrale Bedeutung für die Rechtsanwendung von Amtes wegen hat die Definition des Streitgegenstandes. Ausserhalb des dem Gericht zur Entscheidung unterbreiteten Streitgegenstandes bleibt kein Raum für eine Rechtsanwendung (GLASL, DIKE-Komm-ZPO, Art. 57 N 9). Dies folgt aus der Dispositionsmaxime: Das Gericht darf dem Kläger nicht mehr und nichts *anderes* zusprechen, als dieser verlangt (Art. 58 ZPO). Das Gericht darf den Streitgegenstand auch nicht auf nicht geltend gemachte Punkte ausdehnen (BSK ZPO-GEHRI, Art. 58 N 5).

Vorliegend geht es nicht um eine andere rechtliche Würdigung eines vorgebrachten Sachverhalts. Indem der Kläger Schadenersatz statt Erfüllung verlangt, erscheint eine Umdeutung der Klage ausgeschlossen. Würde das Gericht nämlich zum Schluss kommen, der Kläger habe einen Anspruch auf Erfüllung, nicht aber auf Schadenersatz und hiesse es die Klage auf dieser Grundlage gut, würde es die Dispositionsmaxime verletzen. Es würde dem Kläger etwas *anderes* zusprechen (Erfüllungsanspruch) als das, was er klageweise verlangte (Schadenersatz). Die Umdeutung der Klage in eine Erfüllungsklage bedeutete zudem eine (unzulässige) Ausdehnung des Streitgegenstandes auf nicht geltend gemachte Punkte, da sich die von den Parteien zu behauptenden und zu bestreitenden Anspruchsvoraussetzungen der Erfüllungsklage von jenen der Schadenersatzklage teilweise unterscheiden.

5.2. Eventualbegründung

Damit bleibt für eine Prüfung der Rechtslage gestützt auf eine umgedeutete Klage kein Raum und es muss beim vorerwähnten Zwischenfazit bzw. bei der Abweisung der Klage aus den vorgenannten Gründen bleiben (E. 4). Alle übrigen strittigen Tatsachen sind aus diesem Grund nicht mehr rechtserheblich. Die Abnahme der weiteren angebotenen Beweismittel kann daher unterbleiben (vgl. Art. 150 Abs. 1 ZPO e contrario).

Lediglich der Vollständigkeit halber ist nachfolgend im Sinne einer Eventualbegründung aufzuzeigen, dass selbst wenn die Schadenersatzklage des Klägers in

eine Erfüllungsklage umgedeutet werden könnte, es ihm nicht gelingen würde, einen Erfüllungsanspruch genügend zu behaupten und zu beweisen.

5.3. Beweislast

Wie dargelegt erklärt der Beklagte bei 21 Zahlungen, welche seinem Konto bei der Beklagten belastet worden sind, E._____ habe diese veranlasst, ohne dass eine entsprechende Anweisung seinerseits vorgelegen habe. Sollte dies zutreffen, wäre die Beklagte nach der dargelegten Rechtslage nicht berechtigt gewesen, diese Beträge dem klägerischen Konto zu belasten. Sie hätte diese entsprechend nach wie vor dem Kläger auszubezahlen.

Handelt die Bank bei einer Zahlung in Ausführung des Auftrags eines Kunden, erwirbt sie gegen diesen einen Anspruch auf Erstattung des belasteten Betrages als Kosten für die ordnungsgemässe Ausführung des Auftrags (Art. 402 OR; BGer 4A_386/2016 vom 5. Dezember 2016 E. 2.2.2.). Da dieser Anspruch bei einer unautorisierten Auszahlung nicht besteht, ist es grundsätzlich die Bank, die das Risiko einer zu Lasten des Kontos zu Gunsten einer nicht berechtigten Person ausgeführten Leistung trägt; sie allein erleidet einen Schaden, denn sie ist gehalten, ihrem Kunden den betreffenden Betrag ein zweites Mal zu bezahlen. Wenn der Kunde die Rückerstattung des Kontoguthabens verlangt, erhebt er eine Klage auf Erfüllung des Vertrages, die nicht vom Vorliegen eines Fehlers der Bank abhängig ist (BGE 132 III 449 E. 2 = PRA 2007 Nr. 31).

Vor diesem Hintergrund hat nach der allgemeinen Regel von Art. 8 ZGB grundsätzlich die Bank einen ordnungsgemäss erteilten Auftrag für ihre Zahlungen darzulegen und zu beweisen, da sie daraus ihren Anspruch auf die Belastung des klägerischen Kontos herleitet. Zwar hat der Kläger mit der Unterzeichnung des Telefon- und Fax-Waivers einem Haftungsausschluss der Beklagten für die Risiken in Zusammenhang mit der telefonischen oder elektronischen Übermittlung von Aufträgen zugestimmt (vgl. act. 4/7; act. 23 Rz 39 und 134), dieser würde jedoch beim vom Kläger geschilderten Sachverhalt nicht greifen. Denn zum einen läge der Fehler nicht in einer falschen Übermittlung von Aufträgen, hätte E._____ ohne jegliche Anweisung gehandelt, zum anderen fände Art. 100 OR, welcher die

Befreiung von der Haftung für die Nicht- oder Schlechterfüllung des Vertrages regelt, per analogiam auf eine solche Klausel Anwendung (vgl. BGE 132 III 449 E. 2 = PRA 2007 Nr. 31). Als obrigkeitlich konzessionierte Bank hätte die Beklagte damit trotz Haftungsausschluss für ein vorsätzliches oder grobfahrlässiges Verhalten E._____ einzustehen (Art. 101 Abs. 3 OR).

Die Beklagte bringt nun aber nicht nur vor, dass der Kläger sämtliche Transaktionen selber angewiesen habe, sondern erklärt weiter, der Kläger habe diese zumindest nachträglich genehmigt, da die Parteien eine Zustell- und Genehmigungsfiktion gültig vereinbart hätten. Damit bringt sie sinngemäss auch vor, der gezogene Saldo sei vom Kläger genehmigt worden.

Gemäss Art. 117 Abs. 2 OR ist bei Saldoziehung von einer Neuerung auszugehen. Eine solche setzt zwar nach herrschender Meinung den Bestand der zu novierenden Forderung voraus (BGE 104 II 190 E. 3a), und die Neuerung einer nicht existenten Forderung ist nichtig (GAUCH/SCHLUEP/REY/SCHMID/EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht, Band I und Band II: Allgemeiner Teil - ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, N 3142), die Anerkennung des Saldos führt jedoch zu einer Beweislastumkehr (BGE 100 III 79 E. 6; BGE 104 II 190 E. 3a; BGE 127 III 147 E. 2b; HGer ZH HG140260 vom 19.01.2017 E. 4.5.3). Mit anderen Worten hat nach einer Saldoanerkennung in einem späteren Streitfall nicht mehr die Bank als Kontoführerin die Richtigkeit, sondern der Kunde die Fehlerhaftigkeit der Rechnung zu beweisen (vgl. dazu auch EMCH/RENZ/ARPAGAU, Das Schweizerische Bankgeschäft, 7. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2011, S. 225).

5.4. Zustellungs- und Genehmigungsfiktion

5.4.1. Parteistandpunkte

Die Beklagte erklärt, der Kläger habe bis im Jahre 2009 regelmässig tatsächlich von seinem Kontostand Kenntnis genommen. Hinzu komme, dass der Kläger auch durch seinen Freund und Finanzberater O._____ über seinen Kontostand informiert worden sei. Der Kläger sei also über seinen Kontostand bestens im Bilde gewesen. Sodann gelte Banklagernd-Korrespondenz gemäss der entsprechen-

den, vom Kläger unterzeichneten Vereinbarung am Tag der Ausfertigung als zugestellt. Dasselbe gelte gemäss Art. 8 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, welche der Kläger durch die Unterzeichnung der Kontoeröffnungsunterlagen für sich als verbindlich anerkannt habe. Die Parteien hätten mit anderen Worten eine Zustell- und damit Kenntnisfiktion vereinbart, welche nicht zu beanstanden sei. Obendrein habe der Kläger mit Unterzeichnung des Formulars "Receipt for correspondence" am 13. September 2010 bestätigt, sämtliche bis dahin angefallene Korrespondenz erhalten zu haben (act. 23 Rz 75 ff.). Weiter führt die Beklagte aus, selbst wenn der Kläger eine Transaktion auf seinem Konto nicht selbst angewiesen haben sollte, so hätte er sie zumindest durch fehlende Beanstandung nachträglich genehmigt. Denn nach Art. 4 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen müsse der Kunde der Bank allfällige Reklamationen wegen Ausführung oder Nichtausführung von Aufträgen jeder Art sowie allfällige Beanstandungen von Abrechnungen oder sonstigen Anzeigen sofort, jedoch spätestens innerhalb von zehn Tagen nach Empfang des entsprechenden Konto- oder Depotauszuges mitteilen, ansonsten die Auszüge, Anzeigen usw. als genehmigt gelten würden. Die Anerkennung der Auszüge schliesse die Genehmigung aller in ihnen enthaltenen Posten ein. Trotz der Kenntnis von Kontostand und Kontobewegungen im Einzelnen habe der Kläger jedoch nicht umgehend Widerspruch gegen die angeblich nicht autorisierten Transaktionen erhoben (act. 23 Rz 123 ff.).

Der Kläger seinerseits macht geltend, weder E. _____ noch eine andere Hilfsperson der Beklagten habe ihm die banklagernde Korrespondenz zur Einsicht angeboten. Das Problem der fehlenden Genehmigung sei bei der Beklagten spätestens am 24. Juni 2010 erkannt worden. Am 12. Juli 2010 habe P. _____, Executive Director Legal & Compliance bei der Beklagten, E. _____ eine Frist bis zum 15. September 2010 gesetzt, um von den Bankkunden eine Empfangsbestätigung betreffend die Bankkorrespondenz zu erhalten. E. _____ habe diese Aufgabe erledigt, indem er von ihm eine Unterschrift auf dem Formular "Receipt for correspondence retained at the Bank" verlangt habe. Die Bankkorrespondenz habe E. _____ ihm nicht zugestellt. Aufgrund seiner eigenen Interessenlage habe E. _____ ihn, wie auch andere Kunden, davon abgehalten, direkt von der Bank Auskünfte zu verlangen. Dazu habe er Versprechen, Lügen, handschriftliche Noti-

zen oder SMS verwendet und Druck auf die Kunden ausgeübt. Er (der Kläger) habe das Formular unterzeichnet, ohne ein Datum zu setzen, ohne das Fach "I take receipt of the correspondence" anzukreuzen und mit der Bemerkung, dass er die Korrespondenz der Bank zur weiteren Verwahrung zurücksende. Nach der Entlassung von E._____ habe die Beklagte ihm zwei Kontoauszüge zugestellt, was ihn umgehend zur Kontaktaufnahme mit E._____ sowie Einreichung der Strafklage bewogen habe. In Anbetracht der Umstände und insbesondere der internen E-Mail sei klar, dass die Bank in Bezug auf die Genehmigung der Bankauszüge nicht gutgläubig habe sein können (act. 48 Rz II. E. 255 ff.).

5.4.2. Rechtliches

Gemäss der Rechtsprechung greift bei Banklagernd-Vereinbarungen eine vereinbarte Zustellfiktion. Eine solche dient in der Regel dazu, Zustellungsverzögerungen oder -verzögerungen durch den Adressaten, in dessen Interesse die banklagernde Zustellung in überwiegender Weise liegt, zu verhindern bzw. dem Verantwortungsbereich des Empfängers zuzuweisen, wenn anzunehmen ist, dieser sei seiner Obliegenheit, den Empfang der Sendung zu ermöglichen, nicht nachgekommen. Der Bank muss es möglich sein, durch entsprechende vertragliche Vereinbarungen verbindlich festzulegen, dass sie nicht gewillt ist, wegen der Erbringung einer besonderen Dienstleistung schlechter gestellt zu werden, als wenn die Zustellung auf dem üblichen (Post-)Weg erfolgt wäre. Der Annahmefiktion kommt die Bedeutung zu, einen bestimmten Fristenlauf auszulösen, der andernfalls auf unbestimmte Zeit aufgeschoben bliebe. In diesem Sinne ist – Rechtsmissbrauch vorbehalten – die Ablage im Dossier des Kunden unmittelbar fristauslösend (HGer ZH vom 27. Juni 2006 [ZR 2007 Nr. 1]; BGE 143 II 136 E. 6.4.3, m. H. ; BRUNNER, in: Schweizerisches Privatrecht, Zehnter Band, Konsumentenschutz im Privatrecht, Basel 2008, S. 143 Fn 150).

Mit der in Bankverträgen regelmässig enthaltenen Genehmigungsfiktion vereinbaren die Parteien sodann, dass ein passives Verhalten des Bankkunden als Annahme des Kontoauszugs im Sinne von Art. 6 OR zu werten ist. Solche Vereinbarungen tragen den Besonderheiten des Bankgeschäfts Rechnung und sind gemäss der Rechtsprechung zulässig. Sie dienen nebst der Rationalisierung und

Spezialisierung auch der Schaffung klarer Verhältnisse zwischen Bank und Kunde. Es liegt im berechtigten Interesse einer Bank, eine klare Regelung der gegenseitigen Beziehungen zwischen ihr und dem Kunden zu schaffen. Dieser Klarheit dient unter anderem, dass der Kunde, wenn er mit der Ausführung eines Auftrages nicht einverstanden ist, nach Treu und Glauben sofort bzw. innert vereinbarter Frist zu reklamieren hat. Damit wird keine Regelung über die Haftungsbeschränkung getroffen, sondern es handelt sich vielmehr um eine Konkretisierung und einen Anwendungsfall der Schadenminderungspflicht. Bleibt eine fristgerechte Reklamation aus, gilt die entsprechende Transaktion bzw. der gezogene Saldo als genehmigt (BGE 127 III 147 E. 2d; BGer 4A_42/2015 vom 9. November 2015 E. 5.2, m. w. H.; HGer ZH vom 27. Juni 2006 [ZR 2007 Nr. 1]).

Indessen kann das Gericht unter dem Aspekt des Rechtsmissbrauchsverbots (Art. 2 Abs. 2 ZGB) auf Unverbindlichkeit der Genehmigungsfiktion erkennen, wenn diese nach den Umständen des Falles zu einem unbilligen, das Rechtsempfinden verletzenden Ergebnis führt. So darf sich die Bank nicht auf die Genehmigungsfiktion berufen, wenn sie diese benutzt, um den Bankkunden absichtlich zu schädigen. Sodann setzt die Genehmigungsfiktion voraus, dass dem Kunden die Reklamation objektiv möglich und zumutbar sein muss; sie kann durch den Nachweis umgestossen werden, dass die Bank um die tatsächliche Nichtgenehmigung wusste (BGer 4A_614/2016 vom 3. Juli 2017 E. 6.1, m. w. H.).

5.4.3. Beweislast

Nach der allgemeinen Regel von Art. 8 ZGB hat die Beklagte die Vereinbarung einer Zustell- und Genehmigungsfiktion zu behaupten und zu beweisen, da sie diese dem Erfüllungsanspruch des Klägers entgegenhält. Gelingt ihr dieser Beweis, hat wiederum der Kläger die Möglichkeit, Umstände darzulegen und zu beweisen, aus denen auf eine rechtsmissbräuchliche Inanspruchnahme dieser Fiktionen durch die Beklagte geschlossen werden könnte.

5.4.4. Gültige Vereinbarung

Der Kläger bestreitet die Behauptungen der Beklagten, dass die Parteien in der Banklagernd-Vereinbarung vom 26. Februar 2007 sowie in den übernommenen

Allgemeinen Geschäftsbedingungen eine Zustellungsfiktion am Tag der Ausfertigung der Bankdokumente vereinbart haben, nur mit der Bemerkung "in Relevanz" (act. 48 Rz II ad 83 – ad 87). Sodann stellt er nicht in Abrede, dass die entsprechenden Dokumente tatsächlich (banklagernd) ausgestellt worden sind. Davon ist somit vorliegend auszugehen (vgl. auch act. 4/8 und 24/13). Der Kläger zeigt nicht auf, inwiefern diese Zustellfiktion im vorliegenden Fall nicht greifen soll, womit die Kenntnis des Klägers von sämtlichen produzierten Bankdokumenten am Tag der Ausfertigung fingiert wird. Er hätte denn auch jederzeit bei der Beklagten Einsicht in seine Bankdokumente verlangen können, womit es in seiner Verantwortung lag, falls er sich tatsächlich nur mit handschriftlichen Notizen oder SMS von E._____ über seinen Kontostand zufriedengegeben haben sollte, aus denen einzelne Transaktionen ja ohnehin nie ersichtlich gewesen wären. Damit kann die Wirkung des vom Kläger unterzeichneten Formular "Receipt for correspondence" vom 13. September 2010 offengelassen werden, wobei grundsätzlich festzuhalten ist, dass wer ein solches Formular unterzeichnet, ohne die Belege tatsächlich einzusehen, dies auf eigene Verantwortung tut. Dasselbe gilt für die Frage, ob der Kläger allenfalls sogar tatsächlich von den Bankdokumenten Kenntnis erhalten hat.

Zu den Ausführungen der Beklagten betreffend die in Art. 4 der AGB vereinbarte Genehmigungsfiktion (act. 23 Rz 123 ff.) äussert sich der Kläger sodann in der Replik nicht. Damit gelten auch die unter diesen Ziffern vorgebrachten Tatsachenbehauptungen grundsätzlich als unbestritten. Der Kläger stellt einzig pauschal in Abrede, dass die Beklagte in Bezug auf die Genehmigung der Bankauszüge gutgläubig habe sein können (act. 48 Rz II. E. 264).

Damit ist im vorliegenden Verfahren davon auszugehen, dass die Parteien gültig eine Zustell- und Genehmigungsfiktion vereinbart haben.

5.4.5. Missbräuchliche Berufung auf die Genehmigungsfiktion

5.4.5.1. Ausgangslage

Nach der dargelegten Rechtsprechung kann sich eine Bank insbesondere dann nicht auf eine vereinbarte Genehmigungsfiktion berufen, wenn sie diese benützt,

um den Kunden absichtlich zu schädigen bzw. wenn sie weiss, dass der Kunde der entsprechenden Transaktion nicht zustimmen würde. Dabei hat sie sich die Handlungen der von ihr beigezogenen Hilfspersonen nach Art. 101 OR anrechnen zu lassen. Ob ein solcher Sachverhalt vorliegt, ist nachfolgend zu prüfen. Dabei stellt sich vorliegend die Problematik, dass eine Überweisung von einem Bankkonto auf ein anderes *per se* ein durchaus üblicher Vorgang innerhalb einer Konto-Depotbeziehung darstellt und sich alleine daraus nichts ableiten lässt. Von daher müsste der Kläger weitere Umstände vorbringen und beweisen, aus denen sich ergibt, dass eine Berufung der Beklagten auf die Genehmigungsfiktion im vorliegenden Fall rechtsmissbräuchlich wäre. Dies wäre etwa dann der Fall, wenn E._____ tatsächlich sich selber bzw. seine Ehefrau am Geld des Klägers bereichert haben sollte.

5.4.5.2. Parteistandpunkte

Der Kläger erklärt denn auch in der Klageschrift, die Polizei habe die Zahlungsflüsse im Strafverfahren gegen E._____ verfolgt, welche Ermittlungen ergeben hätten, dass letztlich dieser Bankangestellte und seine Ehefrau sich an diesen Zahlungen bereichert hätten (act. 1 Rz I.179). Zum Beweis dieser Behauptung verweist er auf Kontobewegungen "gemäss Police judiciaire, Genf" (act. 4/42, 4/44 und 4/45). Weiter hält der Kläger fest, dass nachdem am 17. Juni 2009 H._____ CHF 855'000.– in zwei Tranchen auf das Privatkonto der Ehegatten E._____ und Q._____ überwiesen habe, innert 6-monatiger Frist vom Privatkonto der Ehegatten E._____ Q._____ Kreditkartenkäufe und andere Auslagen im Gesamtwert von CHF 844'698.– beglichen worden seien. Bei einem geschätzten Bruttojahreslohn von CHF 300'000.– werde klar, dass sich der Kundenberater aus eigener Kraft keine solchen Anschaffungen hätte leisten können (act. 1 Rz I.166 f.). In Bezug auf das Konto H._____ erklärt der Kläger sodann, E._____ habe am 8. November 2011 angegeben, dass dieses Konto in Wirklichkeit seinem Vater R._____ gehöre und er (E._____) dieses Konto zur Abwicklung von Geschäften mit Freunden und zur Empfangnahme von Kommissionen benutzt habe (act. 1 Rz I.202). Schliesslich stellt der Kläger pauschal fest, er habe bewiesen, dass Gelder direkt auf ein Konto unter der Kontrolle eines ehemaligen Mitarbeiters der

Bank gutgeschrieben worden seien, von wo die Guthaben weiter auf das Konto des ehemaligen Mitarbeiters und seiner Ehefrau geflossen seien (act. 1 Rz III.9).

Die Beklagte erklärte in der Klageantwort, das streitgegenständliche Konto habe dem Kläger auch zur Organisation von Bargeldbezügen bei einer Drittbank (*in casu* die S._____) gedient. Dazu habe E._____ auf Wunsch des Klägers zahlreiche Überweisungen vom streitgegenständlichen Konto auf ein bei der S._____ geführtes Konto "H._____" veranlasst. Dort habe E._____ dann Bargeld abgehoben und dieses dem Kläger oder dessen Frau ausgehändigt (act. 23 Rz 73). Weiter erklärt die Beklagte, die unsubstantiierten Behauptungen, die Polizei habe die Zahlungsflüsse (welche?) im Strafverfahren gegen E._____ verfolgt und ihre Ermittlungen hätten ergeben, dass dieser und seine Ehefrau sich an den Zahlungen (welchen?) bereichert hätten (wie und in welchem Ausmass?), würden bestritten. Der Kläger lege nicht dar, wer die von ihm als act. 4/44 und act. 4/45 eingereichten Listen auf welcher Grundlage und mit welchem Zweck erstellt habe. Jedenfalls werde bestritten, dass dies die Police judiciaire gewesen sein soll und dass der Kläger daraus etwas für sich ableiten könne (act. 23 Rz 365 f.). Es sei unklar, von wem und zu welchem Zweck act. 4/44 erstellt worden sei; dass die darin enthaltenen Angaben zutreffend seien, werde deshalb mit Nichtwissen bestritten. Dasselbe gelte mit Bezug auf act. 4/45. Dass E._____ seine Auslagen nicht aus eigener Kraft habe leisten können, werde mit Nichtwissen bestritten. Jedenfalls lasse eine solche unsubstantiierte Behauptung bereits das Einkommen von Frau Q._____ ebenso wie das eheliche Vermögen ausser Betracht. Es werde bestritten, dass die vom Kläger eingereichte Liste von der Police judiciaire erstellt worden sein soll und dass es für irgendwelche darin aufgeführten Geldabflüsse keine Aufträge gegeben haben soll. Diese Liste belege nichts; es sei auch nicht nachvollziehbar, was die (verschieden)farbigen Hervorhebungen in dieser Liste aussagen sollten. Es sei Sache des Klägers nachzuweisen, von wem und zu welchem Zweck diese Liste erstellt worden sei (act. 23 Rz 327 ff.). Zum H._____ -Konto erklärt die Beklagte sodann, sie habe nicht mit Bestimmtheit wissen können, wer der daran wirtschaftlich Berechtigte gewesen sei, da dieses Konto nicht bei ihr geführt worden sei (act. 23 Rz 421). Die unsubstantiierte Behauptung einer Gutschrift der Gelder direkt auf ein Konto unter der Kontrolle eines ehemaligen Mitar-

beiters der Bank sowie der weitere Fluss auf das Konto des ehemaligen Mitarbeiters und seiner Ehefrau könne vorläufig nur pauschal bestritten werden (act. 23 Rz 490).

Der Kläger geht in der Replik nicht näher auf die beklagischen Bestreitungen und Substantiierungshinweise ein. Ergänzend führt er einzig aus, es sei viel Bargeld vom Konto von H._____ abgehoben worden, aber E._____ habe im Strafverfahren nicht eine einzige Quittung vorlegen können, dass er das Geld dem Kläger oder dessen Ehefrau weitergegeben habe. Im Gegenteil zeigten die Bankauszüge vom H._____ Konto auch, dass etwa CHF 1'800'000.– vom Konto H._____ direkt auf das Privatkonto von E._____ und dessen Ehefrau geflossen seien (act. 48 Rz II ad 73). Zum Beweis für diese Behauptung offeriert der Kläger einzig die Anklageschrift vom 25. Oktober 2017 sowie die Einreichung des begründeten Urteils des Tribunal correctionnel.

5.4.5.3. Würdigung

Es ist vorab festzuhalten, dass ein durchgeführtes Strafverfahren die Parteien nicht davon befreit, Tatsachenbehauptungen und Beweismittel ordentlich in einen Zivilprozess einzubringen. Dazu reicht es nicht aus, kommentarlos das Strafurteil zu den Akten zu reichen. Nötig sind insbesondere genügende Tatsachenbehauptungen und Beweismittelbezeichnungen im Rahmen der Rechtsschriften. Auch ist der Zivilrichter nicht an ein in einem Strafverfahren ergangenes Urteil gebunden; dies erst recht nicht, wenn es nicht dieselben Parteien betrifft. Nachdem die Beklagte mit der Klageantwort bestritten hat, dass Geld vom S._____ -Konto H._____ auf das Konto von E._____ und dessen Ehefrau geflossen sei, hätte der Kläger dies substantiiert in seiner Rechtsschrift vorzubringen und zu beweisen gehabt. Dazu hätte er zumindest die von ihm ins Recht gereichten Listen in die Replik integrieren bzw. entsprechendes erklären müssen. Dies hat er unterlassen. Zudem hätte er taugliche Beweismittel offerieren müssen. Solche können in den Auflistungen gemäss act. 4/44 und 4/45 nicht erblickt werden, da tatsächlich unklar bleibt, wer deren Aussteller ist und worauf sie beruhen. Es handelt sich jedenfalls nicht um die Originalbelege der Bank S._____. Nachdem die Beklagte Inhalt und Aussteller dieser Listen explizit bestritten hat, hätte der Kläger jedenfalls Ur-

sprung und Entstehung dieser Listen näher darzulegen gehabt, damit ihnen ein genügender Beweiswert zugekommen wäre. Es ist denn auch nicht nachvollziehbar, weshalb der Kläger keine Edition der entsprechenden Original-Bankbelege von der S._____ verlangt. Folglich führen diese Versäumnisse dazu, dass unbewiesen bleibt, ob tatsächlich vom H._____ -Konto Gelder auf das Konto von E._____ und seiner Ehefrau flossen und sich diese allenfalls daran bereichert haben.

Da damit letztlich unklar bleibt, was mit den Geldern geschehen ist, die durch E._____ vom klägerischen Konto auf das H._____ -Konto überwiesen wurden, ist kein rechtsmissbräuchliches Verhalten dargetan, für welches die Beklagte einzustehen hätte. Dies gilt umso mehr für auf andere Konto transferierte Gelder, betreffend deren letztllicher Verwendungszweck der Kläger keine Ausführungen macht.

Am Gesagten ändern auch die mit Noveneingabe vom 24. Juni 2020 des Klägers geltend gemachten neuen Tatsachen und Beweismittel nichts, selbst wenn diese zu beachten wären (vgl. E. 1.4). Der Umstand, dass E._____ mit Urteil des Cour de Justice des Kantons Genf vom 24. März 2020 wegen Veruntreuung und Urkundenfälschung unter anderem zum Nachteil des Klägers verurteilt worden sein soll (und das Urteil im Zivilpunkt in Rechtskraft erwachsen sein soll), entbindet den Kläger nicht davon, im vorliegenden Prozess die Umstände, aus denen sich ergeben soll, dass eine Berufung der Beklagten auf die Genehmigungsfiktion im vorliegenden Fall rechtsmissbräuchlich ist, substantiiert zu behaupten und gegebenenfalls zu beweisen. In seiner Noveneingabe hält der Kläger aber einzig fest, der Cour de Justice des Kantons Genf habe festgestellt, dass E._____ mindestens 20 Überweisungen und Auszahlungen von den Bankkonti des Klägers ohne dessen Anweisung und Kenntnis getätigt habe und dass der Kläger in diesem Umfang geschädigt worden sei (vgl. act. 77 Rz. 7, 9). Der Kläger unterlässt aber substantiierte Ausführungen sowohl dazu, um welche Transaktionen es sich im Einzelnen gehandelt haben soll, als auch zu den Umständen, aus denen sich ergeben soll, dass eine Berufung der Beklagten auf die Genehmigungsfiktion vorliegend

rechtsmissbräuchlich ist. Namentlich erklärt der Kläger auch in seiner Noveneingabe nicht, E. _____ habe sich zu Lasten des Klägers bereichert.

Lediglich ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass sich weder das Urteil des Cour de Justice des Kantons Genf vom 24. März 2020 noch dessen Schreiben vom 12. Juni 2020 mit den angeblichen unautorisierten Transaktionen im Einzelnen auseinandersetzt: Das Urteil erging als Folge einer Rückweisung durch das Bundesgericht (vgl. act. 79/3 S. 2; BGer 6B_1248/2019 vom 17. Dezember 2019). Thema des Entscheides war die Strafzumessung, namentlich die Berücksichtigung des Strafmilderungsgrundes gemäss Art. 48 lit. e StGB (vgl. act. 79/3 S. 3, E. A.b.). Betreffend die Zivilansprüche verwies der Cour de Justice des Kantons Genf auf seine Erwägungen in seinem Urteil vom 17. Dezember 2019 (act. 79/3 S. 10, E. 3). Der Kläger hat aber vorliegend weder das Urteil vom 17. Dezember 2019 eingereicht, noch erhebt er die darin gemachten Tatsachenfeststellungen zu eigenen Behauptungen. Aus dem Urteil des Cour de Justice des Kantons Genf vom 24. März 2020 kann der Kläger damit nichts zu seinen Gunsten ableiten. Dasselbe gilt für das Schreiben vom 12. Juni 2020 (act. 79/4). Dieses hält einzig fest, dass das Urteil vom 24. März 2020 wiederum nur betreffend die Strafzumessung angefochten worden sei, während es im Zivilpunkt in Rechtskraft erwachsen sei. Es äussert sich nicht zu Umständen, die auf eine rechtsmissbräuchliche Berufung der Beklagten auf die Genehmigungsfiktion schliessen lassen.

5.4.6. Beweis für das tatsächliche Fehlen von Anweisungen

5.4.6.1. Ausgangslage

Da es dem Kläger nicht gelingt, rechtsgenügend darzulegen und zu beweisen, dass die Überweisungen von seinem Konto letztendlich in die Tasche von E. _____ und dessen Ehefrau geflossen sind, kann der Kläger aus den dargelegten Geldflüssen allein nichts ableiten, woraus auf eine rechtsmissbräuchliche Berufung auf die Zustellungs- und Genehmigungsfiktion durch die Beklagte geschlossen werden könnte. Damit trifft aufgrund der durch Fiktion genehmigten Saldoziehung den Kläger die Beweislast dafür, dass die von der Beklagten vorgenommenen Buchungen tatsächlich nicht korrekt ausgeführt worden sind und dies der Beklagten bzw. E. _____ in einem Masse bewusst war, dass sie nicht von ei-

ner stillschweigenden Genehmigung dieser Vorgänge ausgehen durften. Mit anderen Worten steht dem Kläger der Beweis seiner Behauptung offen, dass E._____ tatsächlich ohne entsprechende Anweisungen oder Veranlassung unberechtigt Überweisungen vom Konto des Klägers veranlasst hat.

Indem der Kläger dartun muss, dass die von der Beklagten vorgenommenen Buchungen tatsächlich nicht korrekt ausgeführt worden sind, obliegt ihm der Beweis negativer Tatsachen. Wenn ein direkter Beweis über bestimmte Negativa nicht möglich ist, ist er indirekt über positive Sachumstände zu führen (LARDELLI/VETTER, a.a.O., Art. 8 N 72; AEPLI in: Haas/Marghitola, Fachhandbuch Zivilprozessrecht, 2020, N 20.86). Zudem hat nach der Rechtsprechung zum Beweis negativer Tatsachen die (nicht beweisbelastete) Gegenpartei, hier die Beklagte, nach Treu und Glauben verstärkt bei der Beweisführung mitzuwirken, namentlich indem sie einen Gegenbeweis erbringt oder dafür zumindest substantiiert Indizien benennt (BGE 139 II 451 E. 2.4; 137 II 313 E. 3.5.2; 133 V 205 E. 5.5).

5.4.6.2. Parteistandpunkte

Dass E._____ tatsächlich ohne entsprechende Anweisungen oder Veranlassung unberechtigt Überweisungen vom Konto des Klägers getätigt haben soll, bestreitet die Beklagte substantiiert. Konkret führt sie aus, der Kläger habe bei Kontoeröffnung ausdrücklich gewünscht, Aufträge auch per Telefon erteilen zu können. E._____ sei angewiesen gewesen, telefonische Transaktionsaufträge im Windekis, einem Programm zur Verwaltung der Kontakte zwischen Kunden und dem Kundenbetreuer, schriftlich festzuhalten. Er sei zwar dieser Dokumentationspflicht nur ungenügend nachgekommen, was letztendlich auch zu dessen Kündigung geführt habe. Das ändere allerdings nichts daran, dass der Kläger diverse Aufträge per Telefon erteilt habe. Wenn im Windekis-Dossier die entsprechenden Einträge teilweise fehlten, sei dies auf mangelnde Sorgfalt von E._____ bei der schriftlichen Dokumentation zurückzuführen, und nicht darauf, dass der Kläger gar keine Aufträge gegeben hätte. Im Gegenteil sei für sämtliche Transaktionen jeweils eine Anweisung des Klägers vorgelegen. Dabei sei die telefonische Auftragserteilung durch den Kläger zwar nicht lückenlos, aber zumindest teilweise schriftlich dokumentiert. Auch das Belegsdossier zum streitgegenständlichen Konto zeige, dass

der Kläger diverse Vergütungsaufträge teils zwar (auch) per Fax erteilt habe, teils aber auch nur per Telefon (act. 23 Rz 47 ff.). Dazu ergänzte die Beklagte, dass E._____ immer dann, wenn der Kläger einen Auftrag telefonisch, per Fax oder per Email erteilt habe, E._____ ein Vergütungsformular ausgefüllt und darauf den Vermerk "OK Tel + Fax Client" angebracht habe. Mit dem Vermerk "OK Tel + Fax Client" habe E._____ bestätigt, dass er befugt gewesen sei, den Vergütungsauftrag in Ausführung der Einzelanweisung selbst zu unterzeichnen, weil der Kläger das Formular "Waiver for telephone, telefax and electronic mail instructions" unterzeichnet habe. Soweit das Belegdossier einen Vergütungsauftrag und ein Faxschreiben enthalte, sei die Auftragserteilung per Fax erfolgt; fehle ein Faxschreiben, sei von einer telefonischen Anweisung auszugehen (act. 23 Rz. 57 ff.). Im Einzelnen führte die Beklagte aus, dass sowohl die Zahlung vom 5. Mai 2009 als auch jene vom 15. Juni 2009 über CHF 460'000.– bzw. EUR 660'000.– gestützt auf eine telefonische Anweisung des Klägers ausgeführt worden sei. Für beide Überweisungen habe E._____ ein Vergütungsformular ausgefüllt, als Zahlungsgrund jeweils einen Darlehensvertrag angegeben und – wie bei anderen telefonischen Aufträgen auch – den Vermerk "OK Tel + Fax Client" angebracht. Namentlich sei also auch die vom Kläger anerkannte Zahlung über EUR 660'000.– aufgrund einer telefonischen Anweisung erfolgt, und nicht erst auf Vorlage des schriftlichen Vertrages. Dies belege auch der entsprechende Eintrag im Windeksis, worin E._____ festgehalten habe, dass er über den Darlehensvertrag telefonisch orientiert worden sei (act. 23 Rz. 310 ff.). Weiter erklärt die Beklagte, das streitgegenständliche Konto habe dem Kläger auch für die Organisation von Bargeldbezügen bei einer Drittbank, nämlich der S._____, gedient. Dazu habe E._____ auf Wunsch des Klägers zahlreiche Überweisungen vom streitgegenständlichen Konto auf ein bei der S._____ geführtes Konto "H._____" veranlasst. Dort habe E._____ dann Bargeld abgehoben und es dem Kläger oder dessen Frau ausgehändigt (act. 23 Rz 73).

Zu diesen Ausführungen erklärt der Kläger einzig, er habe Zahlungsaufträge ab seinem EUR-Konto nur handschriftlich übermittelt. Selbst wenn es telefonische Anweisungen gegeben hätte, was bestritten werde, hätte die Bank anschliessend zwingend einen schriftlichen Vermerk in die Kundenakte eintragen müssen. Der

E-Mail-, Fax- und Telefon-Waiver befreie die Bank nicht von der ordnungsgemässen Aktenführung. Angesichts der Transaktionen auf dem streitgegenständlichen Konto wiesen die Bankunterlagen erhebliche Lücken auf. Die von der Bank eingereichten Windekis-Einträge, welche nach den angeblichen Kundenanrufen verfasst worden sein sollen, stimmten nicht überein mit den Vorgängen auf dem Konto zwischen dem 23. Dezember 2008 und Dezember 2010, und gingen an der Realität vorbei. Er habe keine Anweisungen per Telefon gegeben, sondern habe jedes Mal seine Anweisungen von Hand niedergeschrieben und der Beklagten per Fax übermittelt (act. 48 Rz II.250 ff.). Als Beweismittel für diese Ausführungen offeriert der Kläger pauschal insbesondere seine Parteiaussage, Kontoauszüge und handschriftliche Anweisungen, welche er kollektiv mit "Beweise D" bezeichnet. Zudem offeriert er zur Behauptung, dass die von der Beklagten eingereichten Windekis-Einträge, welche nach den angeblichen Kundenanrufen verfasst worden sein sollen, nicht mit den Vorgängen auf dem Konto überstimmen würden, die von der Beklagten ins Recht gereichten Windekis-Auszüge (act. 24/6-8, 10 und 12). Weitere Ausführungen machte der Kläger nicht. Insbesondere hat der Kläger in der Replik die Ausführungen der Beklagten zu den beiden Überweisungen vom 5. Mai 2009 und 15. Juni 2009 nicht bestritten.

In der Duplik ergänzt die Beklagte sodann, es bestehe kein Anlass, an der Richtigkeit der Windekis-Einträge zu zweifeln, da E. _____ von diesem Vorwurf freigesprochen worden sei. Dasselbe gelte für telefonisch erteilte Transaktionsaufträge, die im Windekis nicht enthalten seien: Vergütungsaufträge lägen unstreitig für jeden einzelnen telefonisch erteilten Auftrag vor, wobei es sich zufolge des Urteils des Tribunal correctionnel vom 9. März 2018 nicht um Fälschungen handle. Das Fehlen einer lückenlosen Dokumentation aller Anweisungen habe sie zunächst auf blosse Nachlässigkeit von E. _____ zurückgeführt. Inzwischen scheine es aber durchaus plausibel, dass dieser die Dokumentationspflicht auf Geheiss des Klägers bewusst lückenhaft gehalten habe. Mit Blick auf das Strafverfahren in Deutschland wegen Verdachts auf eine grossangelegte Betrugs- und Schmiergeldaffäre könne sie nicht ausschliessen, dass das streitgegenständliche Konto auch zur Aufbewahrung oder Verschiebung von Mitteln aus diesen mutmasslichen Straftaten benützt worden sei (act. 55 Rz 34 ff.).

Dazu hat sich der Kläger nicht mehr vernehmen lassen.

5.4.6.3. Würdigung

Kann der Kläger seine – durch die Beklagte substantiiert bestrittene (vgl. act. 55 Rz. 102, 110) – Behauptung, er habe seine Anweisungen ausnahmslos handschriftlich per Fax erteilt (vgl. act. 48 Rz. 250 ff., 254), beweisen, erbringt er den Beweis für einen positiven Sachumstand. Ist dieser Umstand erstellt, besteht ein Indiz dafür, dass E._____ jene Überweisungen, für die gerade kein korrespondierendes, handschriftliches, per Fax übermitteltes Schreiben vorhanden ist, ohne die Anweisung des Klägers ausgeführt hat. Dieser Beweis gelingt dem Kläger vorliegend nicht: Der Kläger anerkannte zunächst, dass die Zahlung über EUR 660'000.– vom 15. Juni 2009 von ihm angeordnet worden sei (act. 1 Rz. I.107, I.157). Die Behauptung der Beklagten in Rz. 313 f., der Kläger habe diese Überweisung telefonisch avisiert, hat der Kläger in der Folge nicht substantiiert bestritten. Daher gilt die Behauptung der Beklagten, der Kläger habe die Transaktion vom 15. Juni 2009 telefonisch avisiert, als unbestritten. Es ist somit erstellt, dass der Kläger mindestens eine Zahlung telefonisch in Auftrag gab.

Selbst wenn der Kläger die Behauptung der Beklagten, der Kläger habe die Zahlung vom 15. Juni 2009 telefonisch avisiert, substantiiert bestritten hätte, würde der Beklagten der Beweis für ihre Behauptung gelingen: Es liegt einerseits ein Windekis-Auszug vom 15. Juni 2009 in den Akten, in welchem E._____ festhält, dass er einen Telefonanruf des Klägers erhalten habe, worin er über ein Darlehen zwischen dem Kläger und einem Dritten über EUR 660'000.– informiert worden sei (act. 24/8 Nr. 28d). Die Richtigkeit dieses Windekis-Eintrags hat der Kläger nicht substantiiert bestritten (vgl. act. 48 Rz II. ad 53). Andererseits liegt ein von E._____ unterzeichneter Vergütungsauftrag, ebenfalls vom 15. Juni 2009, bei den Akten. Dieser Vergütungsauftrag lautet auf eine Zahlung von EUR 660'000.– zugunsten von N._____ Properties Ltd. und enthält den Vermerk "Payment under Loan Agreement dated 15.06.2009" sowie den handschriftlichen, durch E._____ angebrachten Vermerk "OK Tel + Fax Client" (act. 24/8 Nr. 28b). Diese Zahlung wurde gleichentags ausgeführt. Dies ergibt sich aus der aktenkundigen Belastungsanzeige vom 15. Juni 2009 (act. 24/8 Nr. 28c) sowie aus dem Kontoauszug

des Klägers (act. 4/25 S. 8). Am 15. Juni 2009, als der Auftrag ausgeführt wurde, lag aber *keine* handschriftliche, per Fax übermittelte Anweisung des Klägers vor. Die handschriftliche, per Fax übermittelte Anweisung des Klägers datiert vom 1. Juli 2009 (act. 4/35 = act. 24/8 Nr. 28a). Die handschriftliche Anweisung des Klägers erfolgte damit erst rund zwei Wochen *nach* Ausführung der Überweisung. Daraus muss geschlossen werden, dass der Kläger die Anweisung zur Überweisung vom 15. Juni 2009 tatsächlich per Telefon erteilte. Hätte er die Anweisung nicht telefonisch erteilt, liesse sich nicht erklären, wie E._____ bereits am 15. Juni 2009 bzw. rund zwei Wochen vor der Übermittlung der handschriftlichen Anweisung vom Darlehen zwischen dem Kläger und N.____- Properties Ltd. Kenntnis haben und dies entsprechend im Windekis und im Vergütungsauftrag vermerken konnte. Letzteres gilt namentlich auch deshalb, weil – erstens – der Kläger nicht behauptete, er habe den Darlehensvertrag (vgl. act. 4/43) der Beklagten vor Ausführung der Zahlung am 15. Juni 2009 gefaxt und – zweitens – der entsprechende Darlehensvertrag im Belegdossier der Beklagten gar nicht enthalten ist. Gegenteiliges kann schliesslich auch nicht im Umstand, dass E._____ den handschriftlichen Vermerk "OK Tel + Fax Client" auf dem Vergütungsauftrag festgehalten hat, abgeleitet werden. Dieser Vermerk bezeichnet unbestrittenermassen nicht die Form der Anweisung, sondern stellt einzig die Bestätigung dafür dar, dass ein durch den Kläger unterzeichneter "Waiver for telephone, telefax and electronic mail instructions" vorlag.

Insgesamt ist festzuhalten, dass unbestritten und im Übrigen urkundlich erstellt ist, dass der Kläger mindestens einmal telefonisch den Auftrag erteilte, eine Zahlung auszulösen, und dass diese Zahlung gestützt auf den telefonischen Auftrag ausgeführt wurde. Die Behauptung des Klägers, er habe seine Zahlungsanweisungen stets und ausnahmslos handschriftlich per Fax erteilt, ist demnach unzutreffend. Damit erübrigt sich die Würdigung der weiteren, vom Kläger angebotenen Beweismittel (Urkunden und Parteibefragung des Klägers) für seine Behauptung, er habe seine Anweisungen stets handschriftlich per Fax erteilt.

Der Vollständigkeit halber sei angemerkt, dass die vom Kläger zum Beweis angebotenen Urkunden (vgl. die in "Beweise D" in act. 48 Rz. 254 i.V.m Rz. 250 aufge-

fürten Urkunden act. 4/5, 7, 17, 21, 25-27, 29-37, 40-41) den Beweis für seine Sachdarstellung ohnehin nicht zu erbringen vermöchten. Aus den Urkunden geht nicht hervor, dass der Kläger seine Anweisungen stets handschriftlich und per Fax übermittelt hätte. Vielmehr sagte E._____ in der staatsanwaltlichen Einvernahme vom 10./11. September 2013 das Gegenteil aus, nämlich, dass der Kläger seine Anweisungen auch telefonisch erteilt habe (act. 4/21).

Damit würde einzig die Befragung des Klägers als offeriertes Beweismittel übrigbleiben. Diese Befragung kann indessen unterbleiben: Kommt das Gericht aufgrund der bereits abgenommenen Beweise ohne Willkür zum Schluss, seine dadurch gewonnene Überzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit einer Tatsache könne durch die Abnahme weiterer Beweise nicht erschüttert werden, kann es von weiteren Beweiserhebungen absehen (BGE 146 III 76 E. 5.2.2). Selbst wenn der Kläger im vorliegenden Verfahren anlässlich seiner Befragung bestätigen würde, dass er seine Anweisungen stets handschriftlich und per Fax übermittelt hat, vermöchte eine solche Aussage des Klägers die unbestrittene und urkundlich erstellte telefonische Anweisung vom 15. Juni 2020 nicht zu widerlegen, zumal er ein eigenes Interesse an einem für ihn günstigen Ausgang des Verfahrens hat und seinen Aussagen daher nur ein reduzierter Beweiswert zukommt. Um zur richterlichen Überzeugung im Sinne der klägerischen Behauptungen zu gelangen, bedürfte es bei dieser Ausgangslage eines komplementären Beweismittels. Derartige komplementäre Beweismittel liegen indes nicht vor. Selbst wenn das Gericht eine Parteibefragung durchführen würde, könnten die Aussagen des Klägers somit an der bereits gewonnenen Überzeugung des Gerichts, wonach er die Zahlung vom 15. Juni 2009 telefonisch avisierte, nicht erschüttern, weshalb seine Einvernahme unterbleiben kann.

Weitere Beweismittel hat der Kläger für seine Behauptung, er habe seine Anweisungen stets handschriftlich per Fax übermittelt, nicht angeboten. Das Bundesgericht führte in Erwägung 5.1 seines Rückweisungsentscheids zwar aus, das Handelsgericht müsse zu dieser Behauptung auch G._____, Compliance-Mitarbeiterin der Beklagten, einvernehmen (act. 76 S. 12). Diese Einvernahme ist vorliegend aber nicht angezeigt und kann unterbleiben:

Muss sich das Handelsgericht nach einer Rückweisung durch das Bundesgericht nochmals mit der Beweislage befassen, darf es im Vergleich zu seinem ersten Urteil eine andere Beweiswürdigung vornehmen, wenn es diese für richtiger hält. Eine neue, abweichende Beweiswürdigung durch das Handelsgericht ist zulässig, soweit der entsprechende Sachverhalt mit einer Willkür rüge vor Bundesgericht noch angefochten werden kann und demnach noch nicht verbindlich feststeht (vgl. BGE 143 IV 214 E. 5.3.2). Kommt das Handelsgericht bei neuerlicher Beurteilung der Beweislage zum Schluss, dass in antizipierter Würdigung eines angebotenen Beweismittels auf die Abnahme desselben verzichtet werden kann, so ist dies nach dem Gesagten zulässig. Der Kläger kann gegen das vorliegende Urteil erneut Beschwerde erheben und darin die antizipierte Beweiswürdigung als willkürliche Feststellung des Sachverhalts rügen. Steht der Sachverhalt noch nicht verbindlich fest, kann das Handelsgericht in seiner neuen Entscheidung aber auch aus rechtlichen Gründen auf die Abnahme eines angebotenen Beweismittels verzichten. Dies ist zulässig, weil die Partei, deren Beweisangebot vom Gericht aus rechtlichen Gründen abgelehnt wird, dies vor Bundesgericht ebenfalls rügen kann (vgl. Art. 95 lit. a BGG).

Im vorliegenden Fall sprechen rechtliche Gründe gegen die Einvernahme von G._____. Jede Partei hat das Recht, dass das Gericht die von ihr form- und fristgerecht angebotenen tauglichen Beweismittel abnimmt (Art. 152 Abs. 1 ZPO). Ein Beweismittel ist nur dann als formgerecht angeboten zu betrachten, wenn sich die Beweisofferte eindeutig der damit zu beweisenden Tatsachenbehauptung zuordnen lässt und umgekehrt. In der Regel sind die einzelnen Beweisofferten unmittelbar im Anschluss an die Tatsachenbehauptung aufzuführen, die damit bewiesen werden sollen. Dies ergibt sich ohne weiteres aus dem Wortlaut der Bestimmung von Art. 152 Abs. 1 i.V.m. Art. 222 Abs. 1 lit. e ZPO (Recht auf Abnahme von Beweismittel bei Bezeichnung der einzelnen Beweismittel zu den behaupteten Tatsachen; BGer 4A_335/2019 vom 29. April 2020 E. 6.2.2; 4A_447/2018 vom 20. März 2019 E. 5.1.2.2; 4A_487/2015 vom 6. Januar 2016 E. 5.2; 4A_452/2013 vom 31. März 2014 E. 2.1; 4A_56/2013 vom 4. Juni 2013 E.4.4 m. H.).

Die Behauptung, dass der Kläger seine Zahlungsaufträge stets und ausnahmslos handschriftlich per Fax erteilte, stellte der Kläger in Rz. 250 und Rz. 254 seiner Replik (act. 48) auf. Zu dieser Behauptung offeriert der Kläger, wie bereits ausgeführt, pauschal insbesondere seine Parteiaussage, Kontoauszüge und handschriftliche Anweisungen, welche er kollektiv mit "Beweise D" bezeichnet (act. 48 Rz. 250, 254). Die Zeugenaussage von Frau G._____ offeriert der Kläger für diese Behauptung *nicht*. Mit anderen Worten ist der Tatsachenbehauptung, wonach der Kläger seine Zahlungsaufträge stets und ausnahmslos handschriftlich per Fax erteilt haben soll, die Zeugenaussage der Zeugin G._____ gerade nicht zugeordnet. Damit fehlt es an einem formgerechten Beweisantrag. Mangels formgerechtem Beweisantrag für die Zeugenaussage von G._____ sind die Voraussetzungen für eine Beweisabnahme im Sinne von Art. 152 Abs. 1 ZPO nicht erfüllt, weshalb die Einvernahme von G._____ unterbleiben muss.

Zusammenfassend ist erwiesen, dass der Kläger seine Anweisungen nicht ausnahmslos handschriftlich per Fax übermittelte. Im Folgenden ist daher zu untersuchen, ob der Kläger weitere positive Sachumstände zu beweisen vermag, aufgrund derer darauf geschlossen werden muss, dass E._____ die streitgegenständlichen Transaktionen ohne Anweisung des Klägers und ohne Veranlassung und damit zu Unrecht vom Konto des Klägers getätigt hat.

Der Kläger erklärt in Rz. I.140 f. seiner Klage (act. 1) pauschal, es seien EUR 1'968'563.–, USD 114'300.– und CHF 805'300.– von seinem Konto ohne Anweisung ausbezahlt worden. In der nachfolgenden Rz. I.141 der Klage erklärt der Kläger, "[f]olgende Auszahlungen von gesamthaft EUR 1,922,184.65, USD 114,300 und CHF 805,760 [seien] betroffen". Dieser Behauptung lässt der Kläger die im Auszug unter E. 3.2 wiedergegebene Liste von Transaktionen folgen. Addiert man die Summen der Transaktionen gemäss dieser Liste, ergeben sich Totalbeträge von CHF 805'300.–, EUR 1'922'184.65 und USD 114'300.–.

Unter der Verhandlungsmaxime obliegt es vorliegend dem Kläger, die Tatsachen, auf die er sein Begehren stützt, darzulegen (Art. 55 Abs. 1 ZPO). Die Behauptungslast beinhaltet insbesondere auch die Obliegenheit eines schlüssigen – d.h. widerspruchsfreien und vollständigen – Tatsachenvortrages (SUTTER-SOMM/

SCHRANK, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2016 [zit. ZPO-Komm], Art. 55 N 21). Über un schlüssige Behauptungen ist kein Beweis zu führen (vgl. MARKUS/HUBER-LEHMANN, Zivilprozessuale Grundsätze der Sachverhaltsermittlung, ZBJV 154/2018, S. 283 f.).

Die Ausführungen sind nicht schlüssig. Es ist aufgrund der Ausführungen des Klägers namentlich nicht klar, ob die beanstandeten Euro- und Franken-Transaktionen nun einen Gesamtwert von EUR 1'968'563.– oder von EUR 1'922'184.65 bzw. von CHF 805'300.– oder von CHF 805'760.– haben. Mangels Schlüssigkeit der klägerischen Behauptungen müsste eine Abnahme der verschiedenen, in Rz. I.140 f. angebotenen Beweise damit eigentlich unterbleiben. Dennoch sind seine Behauptungen nachfolgend zu prüfen, falls von blossen Additionsfehlern des Klägers ausgegangen werden müsste.

Ausgangspunkt bildet die von der Beklagten im Wesentlichen unbestrittene Liste mit 21 Transaktionen gemäss Rz. I.141 der Klage (act. 1; vgl. act. 23 Rz. 288). Zum Beweis, dass diese Transaktionen ohne die Anweisung des Klägers erfolgt seien, offeriert der Kläger seine eigene Parteiaussage (act. 1 Rz. I.140; I. 155), diverse Kontoauszüge (act. 4/25-27), einen Beleg von G._____ vom 20. Mai 2011 (act. 4/38), eine Liste von Kontobewegungen "gemäss Police judiciaire, Genf" vom 26. Januar 2012 (act. 4/42) sowie die Zeugenaussage von G._____, Compliance-Mitarbeiterin der Beklagten (vgl. act. 1 Rz. I.141).

Die Behauptung, E._____ habe die streitgegenständlichen Transaktionen ohne entsprechende Instruktionen durch den Kläger vorgenommen, betrifft, wie bereits festgestellt, eine negative Tatsache. Die Beklagte trifft damit eine Mitwirkungspflicht bzw. eine substantiierte Bestreitungslast. Dieser ist sie insbesondere mit der Einreichung der Auszüge aus dem Windekis bzw. ihren Bestreitungen nachgekommen. Dem Kläger wurde mithin Kenntnis von der internen Bankdokumentation gegeben. Es wäre ihm damit ohne weiteres möglich gewesen, für jede einzelne von ihm als nicht autorisiert kritisierte Transaktion detailliert zu behaupten, was für ein spezifischer Eintrag die Bank in ihrer Dokumentation aufgenommen hat oder eben nicht, und was dies seiner Meinung nach zu bedeuten hat. Dies hat

er jedoch nicht getan. Vielmehr erklärt er selber pauschal, der Vergleich vom Windekis Auszug mit der Realität des Kontos zeige sicher einige Treffer, aber meistens nicht (act. 48 Rz II. ad 53). Damit hat er nicht dargelegt, welche Transaktionen die Beklagte gar nicht dokumentierte bzw. welche Einträge konkret weshalb genau nicht der Wahrheit entsprechen. Daraus folgt, dass der Kläger seine Behauptung, die in Rz. I.140 f. der Klage (act. 1) aufgeführten Transaktionen seien ohne eine entsprechende Anweisung durch ihn ausgeführt worden, nicht genügend substantiiert hat. Infolge der ungenügenden Substantiierung müsste daher zu dieser Behauptung kein Beweis abgenommen werden (vgl. MARKUS/HUBER-LEHMANN, a.a.O., S. 283).

Dem Kläger würde der Beweis indes auch nicht gelingen, wenn er seine Behauptung ausreichend substantiiert hätte. Die zum Beweis offerierten Urkunden enthalten Listen von Transaktionen. Mit Ausnahme der Liste von Kontobewegungen vom 26. Januar 2012 (act. 4/42) enthalten diese Urkunden keine Hinweise darauf, dass es sich bei den in Rz. I.141 der Klage (act. 1) aufgeführten Zahlungen um solche handelt, die ohne Anweisung des Klägers erfolgt wären. Aus einer aufgeführten Transaktion in einer Liste bzw. in einem Kontoauszug kann der Kläger nichts zu seinen Gunsten ableiten. Der Liste der Kontobewegungen vom 26. Januar 2012 ("gemäß Police judiciaire, Genf") lässt sich zwar entnehmen, dass die in roter Schrift gehaltenen Transaktionen jene sein sollen, für welche keine Anweisungen vorhanden gewesen seien. Auf dieses Dokument kann indessen nicht vorbehaltlos abgestellt werden: Die Beklagte hat bestritten, dass diese Liste von der Police judiciaire und ohne Anweisung des Klägers erstellt wurde (act. 23 Rz. 291). In der Folge hat es der Kläger versäumt Ursprung und Entstehung dieser Listen näher darzulegen. Da somit unklar bleibt, wer diese Liste wann, wie, wofür und gestützt worauf erstellt hat, vermag diese Urkunde den Beweis für konkret behauptete Transaktionen ohne vorgängige Anweisung nicht zu erbringen.

Die zum Beweis offerierten Urkunden vermögen zusammenfassend den Beweis, dass die streitgegenständlichen 21 Transaktionen ohne Anweisung des Klägers erfolgt sind, nicht zu erbringen.

Die zum Beweis offerierte Zeugeneinvernahme der Compliance-Mitarbeiterin der Beklagten G._____ kann vorliegend unterbleiben, da ihre Aussage zur Behauptung, der Kläger habe die streitgegenständlichen Transaktionen nicht angewiesen, untauglich ist. Gegenstand eines Zeugnisses können nämlich nur Tatsachen sein, die ein Zeuge unmittelbar wahrgenommen hat (Art. 169 ZPO; vgl. BGE 143 III 624, E. 5.3.1 S. 637). Negativa können nicht Gegenstand der eigenen Wahrnehmung sein, denn was gar nicht stattgefunden hat, kann man auch nicht wahrgenommen haben. G._____ wäre daher nur dann einzuvernehmen gewesen, wenn der Kläger positive Sachumstände behauptet hätte, die Gegenstand der Wahrnehmung von G._____ waren und aus welchen geschlossen werden könnte, dass E._____ die streitgegenständlichen Transaktionen ohne Anweisung des Klägers ausgeführt hat. Solche positiven Sachumstände behauptet der Kläger aber nicht.

Der Vollständigkeit halber ist Folgendes anzumerken: Für die streitgegenständlichen Transaktionen finden sich im Belegsdossier der Beklagten keine handschriftlichen, per Fax übermittelten Anweisungen des Klägers (vgl. act. 24/8, Nr. 6-8, 10-11, 13-25, 27, 29, 31). Die Beklagte behauptet, soweit für eine Transaktion im Belegsdossier keine Auftragserteilung per Fax vorhanden sei, sei davon auszugehen, dass der Kläger die Anweisung für diese Transaktion telefonisch erteilt habe (act. 23 Rz. 61). Dies anerkannte der Kläger ausdrücklich (act. 48 II. ad 61, S. 17). Vorliegend behauptet der Kläger einzig, es habe keine telefonischen Anweisungen seinerseits gegeben. Er behauptet dagegen weder, dass es gar keine Telefongespräche zwischen ihm und E._____ gegeben habe, noch, dass G._____ allfälligen Telefonaten beigewohnt habe. Sofern Telefongespräche in Abwesenheit von G._____ stattgefunden haben, wäre das darin Besprochene nicht Gegenstand der eigenen Wahrnehmung von G._____, weshalb sie dies auch nicht bezeugen könnte. Damit G._____ Aussagen zu den Umständen von allenfalls fehlenden Zahlungsinstruktionen machen könnte, wäre erforderlich gewesen, dass der Kläger behauptet hätte, dass G._____ aufgrund eigener Wahrnehmungen – etwa, weil E._____ sie darüber ins Bild setzte oder weil sie an einschlägigen Telefonaten teilnahm – direkt oder indirekt Kenntnis davon hatte, dass E._____ diese Zahlungsaufträge ohne eine entsprechende Anweisung des Klä-

gers in Auftrag gab bzw. geben würde. Entsprechende Behauptungen macht der Kläger aber nicht.

Kommt hinzu, dass G._____ sich wohl kaum mehr an konkrete Transaktionen zu erinnern vermöchte: Die streitgegenständlichen Transaktionen wurden zwischen dem 23. Dezember 2008 und dem 16. Oktober 2009 ausgeführt, mithin vor über elf Jahren. Nach so langer Zeit ist das Erinnerungsvermögen geschwächt, und präzise, verwertbare Aussagen sind nicht mehr zu erwarten. Es ist namentlich nicht zu erwarten, dass eine Compliance-Mitarbeiterin einer Bank, die sich wohl täglich mit Transaktionen beschäftigt, sich nach über einem Jahrzehnt noch daran zu erinnern vermöchte, ob zu einzelnen, spezifischen Transaktionen des Klägers eine Kundeninstruktion vorgelegen hat oder nicht (vgl. BGE 124 I 274 E. 5d; BGer 5A_708/2014 vom 23. März 2014 E.2; 4A_420/2013 vom 22. Januar 2014 E. 3.3).

Dieselben Gründe, die der Einvernahme von G._____ entgegenstehen, stehen auch einer Befragung des Klägers entgegen. Auch die Parteibefragung hat nur die eigenen Wahrnehmungen der zu befragenden Partei zum Gegenstand (ZPO-Komm-WEIBEL/WALZ, Art. 191 N 4; MÜLLER, DIKE-Komm-ZPO, Art. 191 N 14). Hat der Kläger die Anweisungen für die streitgegenständlichen Transaktionen aber gerade nicht vorgenommen, hat er diesbezüglich auch nichts wahrnehmen können. Der Kläger hätte mit anderen Worten positive Sachumstände behaupten müssen, aufgrund derer, sofern sie bewiesen wären, geschlossen werden könnte, dass er die Ausführung der bestrittenen Zahlungen nicht angewiesen hat. Solche Sachumstände, die Gegenstand seiner Wahrnehmung hätten sein können, behauptet der Kläger aber nicht, obschon dies ihm ohne weiteres möglich gewesen wäre. Der Kläger hätte namentlich Tatsachen vorbringen können, die eine telefonische Anweisung durch ihn an den beschriebenen Daten als unmöglich oder wenigstens unwahrscheinlich erscheinen lassen hätten. Zusammenfassend bleibt infolge ungenügender Substantiierung unklar, inwiefern und welche Zahlungen des Klägers allenfalls nicht oder falsch im Dokumentationssystem Windekis eingetragen worden sind. Selbst wenn der Kläger seine Behauptung genügend substantiiert hätte, würde ihm vorliegend der Beweis dafür, dass er die von E._____ durchgeführten Transaktionen nicht selber angewiesen hat, nicht gelingen.

Am Gesagten ändern auch die mit Noveneingabe vom 24. Juni 2020 des Klägers geltend gemachten neuen Tatsachen und Beweismittel nichts, selbst wenn diese Eingabe zu beachten wäre (vgl. oben, E. 1.4). Die angebliche Feststellung des Cour de Justice des Kantons Genf, wonach E._____ mindestens 20 Überweisungen und Auszahlungen von den Bankkonto des Klägers ohne dessen Anweisung und Kenntnis getätigt haben soll, ist für das hiesige Gericht nicht bindend. Daran ändert auch der Umstand, dass das Urteil im Zivilpunkt in Rechtskraft erwachsen sein soll (act. 79/4), nichts. Die Verurteilung von E._____ entbindet den Kläger mit anderen Worten auch hier nicht davon, seine Behauptung, er habe die streitgegenständlichen Transaktionen nicht angewiesen, substantiiert zu behaupten und gegebenenfalls zu beweisen. Im Übrigen sei erneut darauf hingewiesen, dass sich das Urteil des Cour de Justice des Kantons Genf nicht einlässlich mit den angeblich unautorisierten Transaktionen auseinandersetzt, weshalb der Kläger aus diesem Urteil auch deshalb nichts Wesentliches zu seinen Gunsten ableiten könnte (vgl. oben, E. 5.4.5.3 a. E.).

5.4.7. Fazit der Eventualbegründung

Zusammenfassend wäre die vorliegende Klage damit auch dann abzuweisen, wenn das klägerische Begehren als Erfüllungsanspruch uminterpretiert werden könnte. Denn die Parteien haben unstrittig eine Zustellungs- und Genehmigungsfiktion vereinbart, weshalb es am Kläger gewesen wäre, die Tatsachen genügend zu behaupten und zu beweisen, aus welchen sich ein rechtsmissbräuchliches Verhalten der Beklagten ergeben hätte, um die Fiktionen umzustossen. Dies ist ihm vorliegend ebenso wenig gelungen wie der Beweis, dass er die streitgegenständlichen Transaktionen tatsächlich nicht angewiesen hat. Aus dem Gesagten folgt, dass die Genehmigungsfiktion bestand hat und die Berufung darauf nicht rechtsmissbräuchlich ist. Das führt zur (fingierten) Genehmigung der Bankauszüge durch den Kläger. Ein Erfüllungsanspruch des Klägers scheidet somit aus.

6. Kosten- und Entschädigungsfolgen

6.1. Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts (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). Vorliegend beträgt der Streitwert CHF 3'039'770.– (entsprechend EUR 2'778'302.36 per Klageeinleitung am 29. August 2016). In Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 GebV OG ist die Gerichtsgebühr auf rund eine volle Grundgebühr festzusetzen und ausgangsgemäss dem Kläger aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Kosten sind vorab aus dem vom Kläger geleisteten Kostenvorschuss zu decken (Art. 111 Abs. 1 ZPO).

6.2. Ausserdem hat der Kläger als unterliegende Partei der Beklagten eine Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Höhe der Entschädigung für die Parteivertretung durch Anwältinnen und Anwälte wird nach der Anwaltsgebührenverordnung vom 8. September 2010 (AnwGebV) festgesetzt (Art. 105 Abs. 2 und Art. 96 ZPO). Die Grundgebühr ist mit der Begründung oder Beantwortung der Klage verdient, wobei auch die Teilnahme an einer allfälligen Hauptverhandlung abgedeckt ist. Für die Teilnahme an zusätzlichen Verhandlungen und für jede weitere notwendige Rechtsschrift ist ein Zuschlag zu berechnen (§ 11 Abs. 1 und 2 AnwGebV). In Anbetracht der eingereichten Rechtsschriften und der durchgeführten Vergleichsverhandlung (Prot. S. 11 ff.) ist die Parteientschädigung in Anwendung von §§ 2, 4 und 11 AnwGebV auf rund 140 % der ordentlichen Gebühr festzusetzen.

Das Handelsgericht erkennt:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 50'000.–.
3. Die Kosten werden dem Kläger auferlegt und vorab aus dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss gedeckt.
4. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 72'500.– zu bezahlen.
Diese Entschädigung wird der Beklagten – nach ungenutztem Ablauf der

Rechtsmittelfrist – von der Obergerichtskasse direkt aus der vom Kläger geleisteten Sicherheit ausbezahlt.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte unter Beilage von Kopien von act. 77 und act. 79/2-4 sowie an die Kasse des Obergerichts zur Veranlassung gemäss Dispositiv-Ziffer 4.
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 3'039'770.–.

Zürich, 8. Dezember 2020

Handelsgericht des Kantons Zürich

Präsident:

Gerichtsschreiber:

Roland Schmid

Rudolf Hug