

ZPO 113, Substanziierung. Anforderung an die Substanziierung eines Schadens, der einer Bank aus pflichtwidrigen Börsen-Geschäften eines Organs für Rechnung von Kunden entstanden sein soll. Keine Schätzung des Schadens, wenn dieser konkret substantiiert und ermittelt werden könnte.

(Sachverhalt:)

Ab Sommer 1995 tätigte die Bank S. für ihre Kunden über eine andere Bank an der (damaligen) Swiss Options and Financial Futures Exchange/SOFFEX so genannte "short strangle"-Transaktionen. Dabei werden gleichzeitig und "short", d.h. ohne vorhandene Deckung, Call- und Put-Optionen mit unterschiedlichen Ausübungspreisen auf einen bestimmten Basiswert verkauft, hier auf den Swiss Market Index/SMI. Wenn sich der Basiswert zwischen den beiden Ausübungspreisen für Put resp. Call bewegt, bleibt dem Kunden die beim Schreiben der Optionen vereinnahmte Prämie als Gewinn erhalten. "Short"-Optionen sind aber risikoreich; beim "Call" (der Spekulant muss auf Verlangen den Basiswert zum vereinbarten Preis liefern resp. die Differenz bezahlen, wie hoch der Kurs auch gestiegen sein mag) ist das Risiko theoretisch unbegrenzt, beim "Put" (der Spekulant muss den Basiswert übernehmen, auch wenn dieser wertlos geworden ist) immerhin auf den Ausübungspreis beschränkt. Die Eidgenössische Bankenkommision betrachtete das als Risiko auch für die Bank und drängte auf Einstellung der "short strangle"-Geschäfte per Mitte 1996. Gleichwohl tätigte die Bank weiter in grossem Stil solche Geschäfte, namentlich für Anleger, die in einem liechtensteinischen Trust zusammengeschlossen waren und gegenüber der Bank von einem so genannten Treuhänder namens ... (zum Teil diskret auch nur "H." genannt) vertreten wurden. Per Ende Juli 1997 lauteten von im Ganzen 25'000 einer bei der SOFFEX laufenden bestimmten Art von "short strangle"-Geschäften deren 22'800 auf die S.

Der Kurs des SMI, auf welchen die Kunden der S. mit deren Hilfe gewettet hatten, entwickelte sich nach Darstellung der Klägerin anders als erhofft. Als Folge davon musste die Bank hohe zusätzliche Margendeckungen leisten, für welche sie intern seitens der Kunden nicht gesichert war. Diese ungedeckten Forderungen machten über vier Fünftel der eigenen Mittel der Bank aus. Die Eidgenössische Bankenkommision verfügte in dieser Situation zunächst die Begleitung des Geschäftes durch einen bankengesetzlichen Beobachter, dann die Liquidation der Bank.

Die Klägerin liess sich von der Bank S. deren Ansprüche gegen den Beklagten, ehemaliges Organ der Bank, abtreten. Sie macht ihn für den Schaden verantwortlich, welcher der Bank aus den "short strangle"-Transaktionen entstanden ist.

(Aus den Erwägungen:)

5. Das Bezirksgericht weist die Klage unter anderem aus dem Grund ab, dass die Klägerin nicht ausreichend substantiiert habe. Es genüge nicht zu behaupten, die Bank habe den Kunden bestimmte Beträge vergleichsweise bezahlt und andere Beträge nicht mehr geltend machen können. Grundlage für das Verhältnis der Bank zu den Kunden sei der einzelne Vertrag, wohl jeweils ein Auftrag, und es komme im Einzelnen darauf an, was der konkrete Inhalt dieser Verträge gewesen sei und ob vereinbarte oder gesetzliche Pflichten verletzt worden seien. Das lasse sich den Vorträgen der Klägerin nicht entnehmen, und daher wäre die Klage auch aus diesem Grund abzuweisen.

Die Klägerin lässt das in der Berufung nicht gelten. Unter dem Titel "Schaden" erläutert sie, wie hoch die offenen Margen-Nachforderungen und die realisierten Verluste waren, dass Treuhänder H. geltend machte, Margennachforderungen seien vertragswidrig und gewisse "short strangle"-Transaktionen seien ohne Autorisierung getätigt worden. Nach langwierigen Verhandlungen und entsprechend der Einschätzung ihres Rechtsberaters habe die Bank in Zahlungen von Fr. 2,2 Mio. eingewilligt und auf Fr. 32'300'636.70 oder Fr. 32'506'576.05 oder Fr. 32'507'887.75 verzichtet. "Damit ist aber der in der Berufung geltend gemachte Schaden von CHF 2 Mio. in jedem Fall ausgewiesen". An anderer Stelle ergänzt sie, es seien von dem geltend gemachten Schaden zwar Fr. 8 Mio. abzuziehen. Auch so bleibe aber ein Schaden in mehr als zehnfacher Höhe der eingeklagten Summe. Es sei in dieser Situation "rechtslogisch" kein Raum "für eine objektive Beweislast in dem Sinne, dass der Geschädigte die Folgen der Beweislosigkeit auf sich nehmen müsste". Der Schaden sei vielmehr nach Art. 42 Abs. 2 OR zu schätzen, eventuell müsse ein Gutachten Klarheit schaffen.

Gemäss § 54 Abs. 1 ZPO ist es Sache der Parteien, dem Gericht das Tatsächliche des Rechtsstreits darzulegen. Das ist freilich nicht Selbstzweck, sondern dient der Rechtsanwendung. Damit ein Rechtssatz angewendet werden kann, muss ein Sachverhalt vorliegen. Die zulässigen Anforderungen an die Substantizierung eines mit Bundesrecht begründeten Anspruchs werden daher als eine Frage des Bundesrechts verstanden (Vogel/Spühler, Grundriss des Zivilprozess-

rechts 8. Aufl. 2006, 10/55 f.). Ausreichende Substanziierung bedeutet, dass die Parteien die rechtserheblichen Tatsachen nicht nur in den Grundzügen, sondern so umfassend und klar darzulegen haben, dass darüber nach den Regeln des kantonalen Prozessrechts Beweis abgenommen werden kann. Zudem soll die Substanziierung der Klage die beklagte Partei in die Lage versetzen, eine sinnvolle Bestreitung anzubringen (dazu ZR 90/1991 Nr. 3 S. 8 linke Spalte). Das Bundesrecht enthebt den Kläger ausnahmsweise von der Last zum strikten Substanziieren: dann nämlich, wenn ein Anspruch "nicht ziffernmässig nachweisbar" ist (Art. 42 Abs. 2 OR). Das ist regelmässig der Fall, wenn der Anspruch mit einem hypothetischen Kausalverlauf begründet wird: typisch dafür ist die Frage, wie sich das Leben und insbesondere die ökonomische Situation einer am Körper verletzten oder getöteten Person ohne dieses Ereignis entwickelt hätte, aber auch die Entwicklung eines Betriebes ohne die als unlauter erkannte Konkurrenzierung durch einen Mitbewerber oder ohne den unrechtmässig erschwerten Zugang zu einem Laden. Ausnahmsweise kommt die Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR auch zum Zug, wenn die strikte Substanziierung dem Kläger nicht zumutbar ist (BGE 105 II 89 unten). Das muss im einzelnen Fall entschieden werden. Nach kantonalem Recht beurteilt sich, bis zu welchem Verfahrensstadium die nötigen Vorbringen der Parteien aufgestellt werden können resp. müssen (Vogel/Spühler, op. cit., Kap. 10 Rz. 56).

Nach zürcherischem Recht ist das Streitverhältnis im Hauptverfahren darzustellen und das Begehren zu begründen (§ 113 ZPO). Das Hauptverfahren umfasst die Parteivorträge bis zur Duplik, ausnahmsweise bis zu einer Stellungnahme zu neuen Behauptungen im letzten Vortrag (§§ 127 f. und 121 ZPO). Tatsächliche Behauptungen sind nach dem letzten Vortrag im Hauptverfahren nicht mehr zulässig (§ 114 ZPO). Das Beweisverfahren ist ein vom Hauptverfahren völlig verschiedener Verfahrensabschnitt (§ 134 ZPO), und sein Gegenstand "erhebliche streitige Tatsachen" (§ 133 ZPO) setzt entsprechende Behauptungen im Hauptverfahren voraus. In der Berufung sind neue Vorbringen grundsätzlich nicht zulässig (§ 267 Abs. 1 ZPO). Das Obergericht betrachtet es als einen der Ausnahmefälle, wenn eine Partei ihr Begehren in erster Instanz nicht ausreichend substanzierte und erst das angefochtene Urteil auf den Mangel hinwies. Das wird als

Hinweis im Sinne von § 55 ZPO verstanden, und diesfalls darf die Partei ihren Vortrag in der ersten Rechtsschrift des Berufungsverfahrens gestützt auf § 115 Ziff. 5 ZPO ergänzen (ZR 100/2001 Nr. 27).

Mit der Klage trug die Klägerin vor, verschiedene Kunden seien durch die "short strangle"-Geschäfte zu Verlust gekommen und hätten die Bank dafür belangt, ferner hätten die Verluste dazu geführt, dass bei diversen Kunden zu wenig Deckung vorhanden war, was wiederum Verluste der Bank zur Folge hatte. Die Bank habe sich mit zahlreichen Kunden einigen können und in diesem Zusammenhang erhebliche Zahlungen geleistet. Diese Zahlungen und die Abschreibungen wegen ungenügender Margendeckung beziffert die Klägerin im Einzelnen und auf den Rappen genau mit einer Aufstellung vom 6. April 1998. In einem ersten Block sind fünf Kunden aufgeführt, mit zusammengefassten Zahlen zu "debt" (=uneinbringliche Deckungslücke) Fr. 3'292'163.90 und "payment" (=vergleichsweise Zahlung) Fr. 2'015'000.--. Dann folgen 27 weitere Zeilen mit den Code-Nummern einzelner Kunden resp. im einen Fall der Angabe "diverse" und in einem anderen "div. H-Kunden" und entsprechenden Zahlen in den Kolonnen "debt" und "payment"; alle diese Zahlen sind auf den Rappen genau angegeben. In der Klageantwort bemängelte der Beklagte diese Darstellung: einerseits werde nicht offen gelegt, aufgrund welcher Vorgänge im Einzelnen die Kunden einen Schadenersatzanspruch gehabt haben sollten und warum offene Margenforderungen nicht einbringlich waren, sodann sei ein Vergleich immer auch mit einem Nachgeben verbunden, sodass es insoweit an der Unfreiwilligkeit einer Vermögensminderung fehle. Die Klägerin ergänzte ihre Darstellung in der Replik durch die Beschreibung jeder einzelnen Kundenbeziehung, um die tatsächlichen Einzahlungen der Kunden und teilweise um die Angabe, was für Geschäfte getätigt wurden. Im Einzelnen stellte sie Behauptungen dazu auf, welche Kundenkonti sich mit welchen Beträgen im Soll befanden. Sie führte aus, für gewisse ohne ausdrücklichen Auftrag der Kunden ausgeführte Geschäfte hätten keine Vollmachten vorgelegen resp. vorhandene Vollmachten hätten insbesondere die "short strangle"-Spekulationen nicht gedeckt; sie beschrieb aber nach wie vor nicht, aus welchen konkreten Geschäften den Kunden welche Schadensposten entstanden seien. Für die Gruppe der "div. H.-Kunden" erläuterte die Klägerin,

"H." habe das Vermögen diverser Kunden der Bank verwaltet, zudem sei er Organ eines liechtensteinischen Trust "S." gewesen, der seinerseits bei der Bank Konti für diverse Berechtigte unterhielt. Sie legt mehrere Dutzend Vergleichsvereinbarungen ins Recht, wonach die Kunden und die Bank gegenseitig auf alle Forderungen verzichten; begründet wird das damit, es seien Verluste entstanden "insbesondere durch Optionsgeschäfte auf den Swiss Market Index". Entsprechend ist der Vergleich mit dem genannten Trust dokumentiert (die der Bank offenbar namentlich bekannten Berechtigten haben die Vereinbarung gemäss den beigefügten teilweise abgedeckten Kopien selber mit unterzeichnet). Dem Trust hat die Bank nach Darstellung der Klägerin (und belegt durch den genannten Vergleich) insgesamt Fr. 2,2 Mio. bezahlt; die Aufteilung auf die einzelnen Kunden sei ihr nicht bekannt.

Zutreffend hat das Bezirksgericht gefunden, damit sei ein allfälliger Schaden nicht genügend substantiiert. Auch wenn alle (bestrittenen) Sorgfaltspflichtverletzungen des Beklagten unterstellt werden, ferner angenommen, die Kunden hätten gewisse spekulative Transaktionen nicht gegen sich gelten lassen müssen, und falls die Auffassung des Bezirksgerichtes nicht richtig ist, die Klägerin habe über ihren beherrschenden Aktionär Q. auch nach dessen formellem Ausscheiden aus der Bank deren Geschicke faktisch bestimmt - auch in diesem Fall muss die Klägerin einen Schaden behaupten. Das hat sie jedenfalls gegenüber dem Bezirksgericht nicht getan. Dieses hält ihr zutreffend vor, wenn ein Schadenersatz geschuldet wäre, käme es darauf an, welche Beträge die Bank ihren Kunden aufgrund einer rechtlichen Pflicht schuldete (resp. an Buchforderungen erliess). Nach den allgemeinen Ausführungen der Klägerin leiten sich solche Beträge aus "short strangle"-Geschäften her, welche die Bank ohne (oder in Überschreitung einer ihr erteilten) Vollmacht für Rechnung von Kunden eingegangen war. Dann führte aber kein Weg daran vorbei, dass die Klägerin konkret sagte, wann und mit welchen konkreten Bedingungen sie solche Geschäfte tätigte, welche Verpflichtungen daraus resultierten und wie sich diese Verpflichtungen auf das Konto des Kunden auswirkten. Erst dann hätte sich der Beklagte gegen die Klage sinnvoll verteidigen und hätte das Bezirksgericht überhaupt beurteilen können, ob ein Schaden vorlag. Wie vorstehend ausgeführt, konnte ein Gutachten diese Be-

hauptungen der Klägerin nicht ersetzen, da ein Gutachten erst im Beweisverfahren angeordnet wird, wenn es bestrittene Behauptungen zu erhärten gilt.

Nach der vorstehend zitierten Praxis des Obergerichtes hätte die Klägerin die fehlenden Behauptungen trotz der Einschränkung von § 267 Abs. 1 ZPO auch noch in der ersten Rechtsschrift des Berufungsverfahrens nachbringen dürfen, wenn das Bezirksgericht sie zu Unrecht nicht nach § 55 ZPO schon im laufenden Verfahren, sondern erst im Urteil auf den Mangel hinwies. Nachdem die Klägerin schon in erster Instanz anwaltlich vertreten war und die Beklagten die mangelnde Substanziierung in der Klageantwort ausdrücklich und detailliert gerügt hatten, mag man sich fragen, ob es noch eines ausdrücklichen Hinweises durch das Bezirksgericht bedurfte. Das kann freilich offen bleiben, denn die Klägerin setzt sich in der Berufungsbegründung zwar mit dem Problem der Substanziierung auseinander, legt aber nicht die nötigen Zahlen vor, sondern argumentiert, weshalb sie das gerade nicht tun müsse.

Die Klägerin legt in der Berufung neu eine Aufstellung ins Recht, welche per Ende Januar 1997 offenbar zu internen Zwecken erstellt wurde: es sind jeweils dem "Marktwert der Option" ein Wert "Marge" und eine Zahl "Konto" zugeordnet. Das machte Sinn zur Bewertung des für die Bank bestehenden Risikos, sagt aber nichts Genaues darüber aus, wie sich die Situation konkret beim - erst später erfolgten - Auslaufen oder Glattstellen der einzelnen Spekulationen darstellte. Im Übrigen kommt die Klägerin ihrer Obliegenheit zur Substanziierung des behaupteten Schadens nach wie vor nicht nach. Dabei wäre es unter diesem Aspekt nicht entscheidend, dass die Klägerin Mühe hat, sich für bestimmte Zahlen zu entscheiden. Wenn sie die Sollpositionen auf den Konten, welche sie den Kunden erlassen habe, abwechselnd mit Fr. 32, 33 oder 34 Mio. angibt, macht das keinen sehr verlässlichen Eindruck, stünde aber einem Beweisverfahren nicht unbedingt entgegen, *wenn* das die nötigen Behauptungen zum effektiven Schaden wären. Das ist aber nicht der Fall, wie vorstehend ausgeführt worden ist. Entgegen der Auffassung der Klägerin liegt auch kein Anwendungsfall von Art. 42 Abs. 2 OR vor. Einen allfälligen Schaden durch detaillierte Behauptungen zu den (angeblich) unrechtmässig für Rechnung der Kunden getätigten Spekulationen und mit kon-

kreten Zahlen zu substantzieren, ist keinesfalls unmöglich wie etwa bei der Beeinträchtigung eines Geschäftes durch unlauteren Wettbewerb oder bei einem unfallbedingtem Personenschaden. Es wäre auch zumutbar, und das umso mehr, als die Klägerin ursprünglich von einem Schaden von über Fr. 52 Mio. sprach, von dem sie heute noch gerade Fr. 2 Mio. strikte nachzuweisen hätte, und dabei geht es nicht um hunderte oder tausende von Kleinstpositionen, sondern zahlreiche der Kundenkonti waren nach den Aufstellungen [der Klägerin] mit Millionenbeträgen im Soll, und es ging nach der Darstellung der Klägerin auch um grosse Transaktionen (nämlich um nicht autorisierte Verlängerungen oder Umlagerungen von "short strangle"-Optionen auf lange Dauer; deren "Marktwerte" waren Ende Januar 1997 grösstenteils fünf- und sechsstellig), welche behauptet werden könnten und müssten. Gewiss darf vernünftigerweise ausgeschlossen werden, dass die Bank ihren Kunden insgesamt über Fr. 52 Mio. ohne jede Veranlassung zahlte resp. erliess, also wirtschaftlich gesehen schenkte. Dass das Vorliegen eines Schadens einigermaßen plausibel erscheint, kann die Klägerin freilich nicht vom präzisen Nachweis entbinden, wenn dieser wie soeben dargelegt möglich und zumutbar ist. Ob der Rechtskonsulent der Bank zu den Vergleichsabschlüssen riet, wie die Klägerin behauptet, ist unerheblich, ersetzt die Prüfung durch das Gericht nicht und kann der Klägerin die Substanziierungslast nicht abnehmen. Es bleibt daher dabei, dass die Forderung der Klägerin ungenügend substantziert ist. Das führt zur Abweisung der Klage, ohne dass deren weiteren Voraussetzungen näher zu prüfen wären.

Obergericht, II. Zivilkammer
Urteil vom 6. Februar 2007
LB060001