

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB130006-O/U.doc

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichterin Dr. M. Schaffitz und Ersatzoberrichter Dr. S. Mazan sowie Gerichtsschreiber lic. iur. H. Dubach

Urteil vom 19. Februar 2014

in Sachen

A._____, Dr.,

Beklagter und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X._____

gegen

B._____ **AG**,

Klägerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Prof. Dr. iur. Y1._____ und / oder

Rechtsanwältin lic. iur. Y2._____

betreffend **Forderung**

Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 4. Abteilung, vom 3. Dezember 2012 (CG090119)

Rechtsbegehren:

- "1. Es sei der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von EUR 83'800.50 zuzüglich Zins von 6.5% seit dem 6. Juli 2009 zu bezahlen.
2. Eventualantrag: Es sei der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von CHF 127'443.80 zuzüglich Zins von 5.5% seit dem 6. Juli 2009 zu bezahlen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beklagten."

Urteil des Bezirksgerichtes Zürich vom 3. Dezember 2012:

1. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin EUR 83'800.50, zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 6. Juli 2009 zu bezahlen.
2. Die Entscheidegebühr wird auf Fr. 10'000.-- festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten werden der beklagten Partei auferlegt.
4. Die beklagte Partei wird verpflichtet, der klagenden Partei eine Parteientschädigung von CHF 23'000.-- zu bezahlen.
5. [Schriftliche Mitteilung].
6. [Rechtsmittel].

Berufungsanträge:

des Beklagten (Urk. 82 S. 2):

- "1. Das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 3. Dezember 2012, CG090119, sei aufzuheben.
2. Die Klage sei vollumfänglich abzuweisen. Eventualiter sei die Sache an die erste Instanz zur Neuurteilung zurückzuweisen."

der Klägerin (Urk. 88 S. 2):

Es sei die Berufung des Beklagten vom 21. Januar 2013 ("Berufung") gegen das Urteil vom 3. Dezember 2012 ("Urteil") im Verfahren CG090119 des Bezirksgerichts Zürich ("Vorinstanz") abzuweisen soweit darauf einzutreten ist, und es sei das vorinstanzliche Urteil zu bestätigen; unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Beklagten."

Erwägungen:

1. Sachverhaltsüberblick

- 1.1 Im Jahr 2002 nahm der Beklagte und Berufungskläger (fortan: Beklagter) mit der Klägerin und Berufungsbeklagten (fortan: Klägerin) eine Bankbeziehung auf (Urk. 3/1). Bei der Klägerin war C._____ der zuständige Kundenberater für den Beklagten. Mit Vertrag vom 19. Juni 2002 räumte die Klägerin dem Beklagten eine Kreditfazilität in der Höhe von maximal CHF 1'550'000.00 ein. Zur Sicherstellung verpfändete der Beklagte die Vermögenswerte in den Depots D._____ und E._____ (Urk. 3/5). Nach der Saldierung der Bankbeziehung E._____ diente als Sicherheit nur noch das Depot D._____ mit Sub-Depot D._____ 1 (Urk. 83 S. 3).
- 1.2 Am 11. November 2002 schlossen die Parteien für das Konto bzw. Depot D._____ einen Vermögensverwaltungsvertrag ab (Urk. 21/2). Am 9. Juli 2004 kündigte der Beklagte den Vermögensverwaltungsauftrag (Urk. 21/3). Ab dem 9. Juli 2004 war die Klägerin für den Beklagten im Rahmen eines "Service-Mandats" tätig. Die Klägerin geht davon aus, dass sich ihre Tätigkeit seither auf eine *blasse Konto- und Depotführung* beschränkt habe. Der Beklagte und die Vorinstanz gehen demgegenüber davon aus, dass die Klägerin ab dem 9. Juli 2004 im Rahmen eines *Anlageberatungsvertrages* für den Beklagten tätig gewesen sei.
- 1.3 Am 3. November 2005 erwarb der Beklagte auf Empfehlung seines Kundenberaters C._____ Snowball-Anleihen F._____ im Nominalwert von € 1'000'000.00 (Urk. 83 S. 22). Diese Titel wurden ins Depot D._____ eingeliefert und dienten alsdann zur Sicherstellung der oben erwähnten Kreditfazilität. Mit Schreiben vom 2. März 2009 teilte die Klägerin dem Beklagten mit, dass aufgrund ungenügender Deckung des Kredites die Depotwerte des Beklagten im Depot D._____ und im Sub-Depot D._____ 1 am 23. Februar 2009 verwertet worden seien; das Verwertungsergebnis sei zur teilweisen Rückführung der Kreditforderung verwendet worden, und es resultiere ein Saldo zu ihren Gunsten von € 82'256.00 (Urk. 3/11). Mit Schreiben vom

25. Juni 2009 bezifferte die Klägerin den ausstehenden Saldo zu ihren Gunsten auf € 83'800.50 (Urk. 3/12).

- 1.4 Im erstinstanzlichen Verfahren war die Forderung der Klägerin unbestritten (Urk. 83 S. 9). Allerdings machte der Beklagte verrechnungsweise Schadenersatzansprüche wegen unsorgfältiger Führung des Anlageberatungsmandats geltend. Die Vorinstanz hielt die verrechnungsweise geltend gemachte Forderung für unbegründet und sprach der Klägerin den eingeklagten Betrag von € 83'800.50 zuzüglich Zins zu.
- 1.5 Gegenstand des vorliegenden Berufungsverfahrens sind die seitens des Beklagten geltend gemachten Verrechnungsforderungen. Im Einzelnen macht der Beklagte im Berufungsverfahren verrechnungsweise geltend, dass ihm aus dem Kauf der Snowball-Anleihe F._____ im Nominalwert von € 1'000'000.00 ein Schaden von € 119'419.20 (Urk. 82 S. 20 Rz. 76), aus der abredewidrigen Verwertung der Vermögenswerte auf dem Sub-Depot D._____ 1 ein Schaden von € 297'736.42 (Urk. 82 S. 22 Rz. 85) und wegen Verletzung der Überwachungspflicht bezüglich der Barrier Reverse Convertibles ein Schaden von € 19'140.00 entstanden sei.

2. Prozessgeschichte

- 2.1 Am 7. Juli 2009 machte die Klägerin die Klage mit dem eingangs erwähnten Rechtsbegehren hängig (Urk. 1). Der Beklagte beantragte die Abweisung der Klage, indem er verrechnungsweise Schadenersatzansprüche gegenüber der Beklagten geltend machte. Nach aufwändig geführtem Verfahren, für welches auf das angefochtene Urteil verwiesen werden kann (Urk. 83 S. 4 f.), hiess die Vorinstanz die Klage - abgesehen von einer Anpassung bezüglich der Zinsforderung - mit Urteil vom 3. Dezember 2012 gut (Urk. 83).
- 2.2. Mit Berufung vom 21. Januar 2013 beantragte der Beklagte die Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils und die Abweisung der Klage; eventuell sei die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen (Urk. 82 S. 2).

2.3 Mit Berufungsantwort vom 12. April 2013 beantragte die Klägerin die Abweisung der Berufung und die Bestätigung des erstinstanzlichen Urteils (Urk. 88 S. 2).

2.4 Das Doppel der Berufungsantwort wurde dem Beklagten am 13. Juni 2013 zur Kenntnis zugestellt (Urk. 89).

3. Prozessuales

3.1 Das erstinstanzliche Verfahren unterstand der kantonalzürcherischen Zivilprozessordnung.

3.2 Für das Berufungsverfahren kommt die am 1. Januar 2011 in Kraft getretene eidgenössische Zivilprozessordnung zur Anwendung (Art. 405 Abs. 1 ZPO).

3.3 Der Berufungsentscheid ist zu begründen (Art. 318 Abs. 2 ZPO in Verbindung mit Art. 112 BGG), wobei die Begründung kurz ausfallen darf, wenn der angefochtene Entscheid bestätigt wird (Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Zürich 2013, Art. 318 N 54). Insbesondere ist es zulässig, auf die schriftliche Begründung des zu bestätigenden erstinstanzlichen Entscheides zu verweisen (BGE 126 III 353 E. 1 S. 355 mit Hinweisen).

4. Materielles

4.1 Die Parteien sind sich darin einig, dass der ursprünglich bestehende Vermögensverwaltungsvertrag per 9. Juli 2004 aufgelöst wurde. Uneinigkeit besteht hingegen bei der Frage, wie die Rechtsbeziehung der Parteien ab dem 9. Juli 2004 zu qualifizieren ist. Aus der Sicht der Klägerin war ihre Tätigkeit ab diesem Zeitpunkt auf die administrative Konto- und Depotführung beschränkt (Urk. 88 S. 7 f. Rz. 14 ff.). Der Beklagte macht dagegen geltend, dass die Klägerin im Rahmen eines Anlageberatungsmandates für ihn tätig geworden sei (Urk. 82 S. 5 Rz. 7 und 12).

a. Die Vorinstanz legte sorgfältig und zutreffend die Unterschiede zwischen Vermögensverwaltungs- und Anlageberatungsvertrag sowie einer

blossen Konto-/Depot-Beziehung dar. Dabei berief sie sich auf die massgebende Rechtsprechung (insbes. BGE 133 III 97). Alsdann gelangte die Vorinstanz zum zutreffenden Ergebnis, dass zwischen den Parteien ab dem 9. Juli 2004 zwar kein ausdrücklicher, aber aufgrund der langen Zusammenarbeit und des dadurch gebildeten besonderen Vertrauensverhältnisses ein konkludenter Anlageberatungsvertrag bestand. Auf diese zutreffenden Ausführungen kann verwiesen werden (Urk. 83 S. 11-14).

b. Sodann äusserte sich die Vorinstanz zu den Pflichten der Bank, die sich aus dem Anlageberatungsverhältnis ergeben. Zutreffend und unangefochten hielt die Vorinstanz zunächst fest, dass die Klägerin ihren gesetzlichen Informationspflichten gemäss Art. 11 BEHG durch die Abgabe der Broschüre "Besondere Risiken im Effektenhandel" der SBVg (Schweizerischen Banquier Vereinigung) nachgekommen sei (Urk. 83 S. 16). Bezüglich den vertraglichen Verpflichtungen hielt die Vorinstanz zutreffend fest, dass die Bank im Rahmen der Anlageberatung entsprechend der Kenntnisse des Anlegers *Aufklärungs- bzw. Informationspflichten* bezüglich der Anlageempfehlungen habe; *Warnpflichten* bestünden nur in Ausnahmefällen, wenn die Bank bei pflichtgemässer Aufmerksamkeit erkennen müsse, dass der Kunde bestimmte Gefahren nicht erkannt habe oder wenn sich zwischen dem Kunden und der Bank ein besonderes Vertrauensverhältnis entwickelt habe und der Kunde daraus nach Treu und Glauben auch unaufgeforderte Beratung und Abmahnung erwarten dürfe; eine ständige *Überwachungspflicht* gebe es beim Anlageberatungsvertrag anders als beim Vermögensverwaltungsvertrag nicht. Auch diese Ausführungen sind zutreffend, weshalb auf sie verwiesen werden kann (Urk. 83 S. 17-19).

c. Der Beklagte wendet ein, C._____ (der Kundenberater der Klägerin) habe ihm mündlich im Rahmen des "Service-Vertrages" die gleichen Dienstleistungen zugesichert wie früher im Vermögensverwaltungsmandat (Urk. 82 S. 5 f. Rz. 12 ff.). Dieser Einwand ist nicht überzeugend.

Erstens ist das Vermögensverwaltungsmandat vom Beklagten mit Wirkung per 9. Juli 2004 gekündigt worden. Dem Beklagten musste klar sein, dass

mit der Kündigung des Vermögensverwaltungsvertrages die spezifischen Pflichten aus diesem Mandat untergehen.

Zweitens teilte die Klägerin dem Beklagten mit Schreiben per 9. Juli 2004 ausdrücklich folgendes mit (Urk. 21/4):

"Wir ... bestätigen die Kündigung des Vermögensverwaltungsauftrages vom 11.11.2002.

Als Folge der Kündigung sind wir für die zukünftige Portfolio-Entwicklung nicht mehr verantwortlich. Wir werden ab dem heutigen Datum keine Investitionsentscheide ohne Ihren Auftrag mehr ausführen. Die Überwachung der Kontosaldi und Depotpositionen hat durch Sie zu erfolgen."

Aufgrund dieses Schreibens besteht kein Zweifel, dass die früheren Pflichten aus dem Vermögensverwaltungsvertrag ab dem 9. Juli 2004 keine Geltung mehr hatten. Verfehlt ist insbesondere der Einwand des Beklagten, er habe dieses Schreiben nicht erhalten, weil die Korrespondenz banklagernd gehalten worden sei. Gemäss den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin gilt die banklagernd zu haltende Korrespondenz am Datum, das sie trägt, als ordnungsgemäss zugestellt (Art. A4 Abs. 2 [Urk. 3/2]). Die Vorinstanz wies zutreffend darauf hin, dass diese Zustellungsfiktion - abgesehen von hier nicht vorliegenden Missbrauchsfällen - zu beachten sei; darauf kann verwiesen werden (Urk. 83 S. 19 f.). Unbegründet ist insbesondere der Hinweis des Beklagten, C._____ habe ihm gewöhnlich trotz der Banklagernd-Vereinbarung wichtige Informationen per Fax oder persönlich zur Kenntnis gebracht, weshalb er (der Beklagte) auf die zwischen den Parteien etablierte Übung habe vertrauen und erwarten dürfen, dass ihm das Schreiben vom 9. Juli 2004 ebenfalls zugefaxt würde (Urk. 82 S. 7 f. Rz. 18 f.). Eine solche Übung ist von der Klägerin bestritten (z.B. Urk. 31 S. 10 f. Rz. 36 ff., Urk. 63 S. 28 Rz. 111 und Urk. 88 S. 12 Rz. 40), und der Beklagte macht berufsweise nicht geltend, dass über diese bestrittene Behauptung hätte Beweis abgenommen werden müssen.

Und drittens ist auch die Meinung des Beklagten verfehlt, C._____ habe gewusst, dass er (der Beklagte) das banklagernde Schreiben vom 9. Juli 2004 nicht zur Kenntnis nehmen würde, weshalb es gegen das Vertrauensprinzip verstosse, wenn sich die Klägerin heute auf die Zustellungsfiktion berufe

(Urk. 82 S. 8 Rz. 20 f.). Wenn ein Bankkunde mit Wohnsitz im Ausland - aus welchen Gründen auch immer - eine banklagernde Zustellung wünscht und die Vereinbarung einer ergänzenden Zustellung per Telefax nicht erstellt ist, ist es nicht treuwidrig, wenn sich die Bank gemäss den Allgemeinen Geschäftsbedingungen darauf beruft, dass die banklagernd zu haltende Korrespondenz am Datum des Schriftstücks als ordnungsgemäss zugestellt gilt (Art. A4 Abs. 2 AGB). Aus diesen Gründen ist klar, dass sich der Beklagte die Kenntnis der banklagernd zugestellten Korrespondenz anrechnen lassen muss.

d. Zusammengefasst ist festzuhalten, dass zwischen den Parteien seit dem 9. Juli 2004 ein Anlageberatungsvertrag bestand (oben, lit. a), dass die bisherigen Pflichten der Klägerin aus dem Vermögensverwaltungsvertrag erloschen sind und aufgrund des klaren Wortlautes des Schreibens vom 9. Juli 2004 insbesondere keine "Überwachung der Kontosaldi und Depotpositionen" durch die Klägerin zu erfolgen hatte (oben, lit. b), und dass keine weitere Pflichten der Klägerin in Ergänzung bzw. Abweichung vom Schreiben vom 9. Juli 2004 vereinbart worden waren (oben, lit. c). Im Übrigen geht auch der Beklagte davon aus, dass sich die Pflichten der Bank nach der Vereinbarung im Anlageberatungsvertrag richten (so Urk. 82 S. 7 Rz. 16), weshalb das Schreiben vom 9. Juli 2004 allein massgebend ist.

4.2 Damit ist zu prüfen, ob die Klägerin die Vertragspflichten einhielt, wie sie sich seit dem 9. Juli 2004 nach der Kündigung des Vermögensverwaltungsvertrages aus dem Anlageberatungsvertrag (vgl. Urk. 21/4) ergeben.

a. Nach der Rechtsprechung richtet sich das Ausmass der Informationspflicht (Aufklärungspflicht) nach den Kenntnissen und dem Stand der Erfahrung des Auftraggebers (BGE 133 III 97 E. 7.1.1 S. 102). Die Vorinstanz bezeichnete den Beklagten als "Investor mit Erfahrung", der seit vielen Jahren Investments getätigt habe und ein Rechtsanwalt mit Spezialgebiet Wirtschaftsrecht und Anlegerschutz sei (Urk. 83 S. 21 f.). Die Kritik, die der Beklagte daran übt (Urk. 82 S. 8 ff.), ist nicht überzeugend. Einerseits verhält sich der Beklagte widersprüchlich, wenn er sich auf seiner Website gegen-

über Klienten als Anwalt für Wirtschaftsrecht mit Spezialgebiet "Anleger-schutz" ausgibt (Urk. 46/10), sich aber im vorliegenden Verfahren als "unbe-holfen" und "unwissend" bezüglich Anlageprodukten bezeichnet (Urk. 82 S. 10 Rz. 29). Andererseits ist unbestritten, dass der Beklagte sein Vermögen während Jahren zum Teil in börsenkotierten Anlagen investierte (Urk. 82 S. 9 Rz. 25). Die Kritik an der Auffassung der Vorinstanz, der Beklagte sei ein erfahrener Investor, ist aus den dargelegten Gründen nur sehr schwer nachzuvollziehen.

b. Der Beklagte macht geltend, die Klägerin habe ihm im November 2005 die **Snowball-Anleihe F._____** ohne Aufklärung empfohlen und alsdann diese Anlage ungenügend überwacht (Urk. 82 S. 12 ff.).

- Zu Unrecht macht der Beklagte eine unterlassene Überwachung und Abmahnung hinsichtlich der Zins- und Kursentwicklung der Snowball-Anleihen F._____ geltend (Urk. 82 S. 19 f. Rz. 69 ff.). Es wurde schon wie-derholt ausgeführt, dass die Klägerin seit dem 9. Juli 2004 lediglich als An-lageberaterin - und nicht als Vermögensverwalterin - für den Kläger tätig war. Wie erwähnt hat der Vermögensverwalter keine ständigen Überwa-chungspflichten (vgl. E. 4.1.b); das Gleiche ergibt sich aus dem Schreiben der Klägerin vom 9. Juli 2004, in welchem sie dem Beklagten folgendes mit-teilte: *"Die Überwachung der Kontosaldi und Depotpositionen hat durch Sie zu erfolgen"* (Urk. 21/4). Da eine davon abweichende Vereinbarung der Par-teien nicht erstellt ist, fällt eine Verletzung der Überwachungspflicht schon deshalb ausser Betracht, weil die Klägerin nicht zur *"Überwachung der Kon-tosaldi und Depotpositionen"* verpflichtet war.

- Es kann sich somit nur die Frage stellen, ob die Klägerin mit der Emp-fehlung, Snowball-Anleihen F._____ zu erwerben, ihre Informations- bzw. Aufklärungspflicht verletzte.

Eine solche Pflichtverletzung erblickt der Beklagte insbesondere darin, dass er über die spezifischen Risiken dieser Snowball-Anleihe (vorzeitige Künd-barkeit, Zinsrisiko etc.) nicht aufgeklärt worden sei (Urk. 82 S. 12 ff.

Rz. 37 ff.). Wie erläutert handelt es sich beim Beklagten um einen Investor mit Erfahrung (vgl. E. 4.2.a). Zudem ist unbestritten, dass der Beklagte vor dem Erwerb der Snowball-Anleihe F._____ in seinem Depot Snowball-Anleihe G._____ hielt. Wie die Vorinstanz unangefochten festhielt, erwarb der Beklagte auf Empfehlung der Klägerin im Herbst 2004 aufgrund seines Wunsches nach höher verzinslichen Anlagen Snowball-Anleihe G._____, welche seitens der G._____ jedoch im Herbst 2005 vorzeitig gekündigt und zurückbezahlt wurden. Die Auffassung der Vorinstanz ist daher zutreffend, dass der Beklagte nach den Erfahrungen mit der Snowball-Anleihe G._____ in seiner Eigenschaft als Wirtschaftsanwalt mit Spezialgebiet Anlegerschutz wissen musste, dass auch die Snowball-Anleihe F._____ vorzeitig kündbar ist (Urk. 83 S. 25 f.). Wenn der Beklagte schon früher vergleichbare Snowball-Anleihe der G._____ in seinem Depot hielt, ist auch seine Behauptung verfehlt, die Klägerin habe im Zusammenhang mit dem Erwerb der Snowball-Anleihe F._____ im November 2005 entgegen der Vorgabe "Sicherheit und Wachstum" anstatt wie bis anhin festverzinsliche Anlagen nunmehr risikoreichere, strukturierte Produkte empfohlen (Urk. 82 S. 17 Rz. 58).

Nicht überzeugend ist auch die Auffassung des Beklagten, der Klägerin sei eine Pflichtverletzung vorzuwerfen, weil sie ihm fälschlicherweise zugesichert habe, bei der Snowball-Anleihe F._____ handle es sich um eine festverzinsliche Anlage (Urk. 82 S. 12 Rz. 37, S. 14 Rz. 47 und S. 18 f. Rz. 61 ff.). Auch an dieser Stelle ist darauf hinzuweisen, dass dem Beklagten als erfahrener Investor und Wirtschaftsanwalt mit Spezialgebiet Anlegerschutz aufgrund der zeitnah gemachten Erfahrungen mit der Snowball-Anleihe G._____ bekannt sein musste, dass auch die Snowball-Anleihe F._____ keine festverzinsliche Anlage ist. Überdies hielt die Vorinstanz zutreffend fest, dass dem Kläger aufgrund der Kaufabrechnung (Urk. 21/10) und des Vermögensverzeichnisses per 31.12.2005 (Urk. 21/11), in welchen von "Snowball Variable Rate" die Rede war, hätte bekannt sein müssen, dass es sich bei der Snowball-Anleihe F._____ nicht um ein festverzinsliches Produkt handelte (Urk. 83 S. 27). Auch wenn diese Dokumente (Kaufabrechnung und Vermögensverzeichnis) banklagernd gehalten wur-

den, hat sich der Beklagte nach der bereits erörterten Zustellfiktion (vgl. E. 4.1.c) die entsprechende Kenntnis anrechnen zu lassen; seiner gegenteiligen Auffassung (Urk. 82 S. 18 f. Rz. 61 ff.) kann nicht gefolgt werden.

Zu Unrecht wirft der Beklagte der Klägerin sodann eine Sorgfaltspflichtverletzung vor, weil der Euribor im Zeitpunkt der Anlageempfehlung auf einem historischen Tiefststand gelegen sei und absehbar nur steigen konnte, was zu einer "Nullverzinsung" der Snowball-Anleihe F._____ habe führen müssen (Urk. 82 S. 14 f. Rz. 47 f.). Schon die Vorinstanz hielt dazu zutreffend fest, dass die Klägerin die künftige Entwicklung des Euribor nicht kennen konnte und die künftigen Zinssätze nicht voraussehbar waren (Urk. 83 S. 27). Auch der Beklagte scheint einzusehen, dass Annahmen zur künftigen Zinsentwicklung nur "Prognosen" sind (Urk. 82 S. 14 f. Rz. 47 Lemma 1). Prognosen generell - und Prognosen über Zinsentwicklungen im Speziellen - sind mit Unsicherheiten verbunden. Im Übrigen geht der Beklagte selbst davon aus, dass die Klägerin schon bald *nach* der Zeichnung - und nicht *bei* der Zeichnung - der Snowball-Anleihe F._____ steigende Zinsen und damit rückläufige Anleihenkurse hätte erkennen und daher schon nach wenigen Monaten den Verkauf empfehlen müssen (Urk. 82 S. 15 Rz. 48). Mit dieser Argumentation räumt der Beklagte selbst ein, dass bei der Zeichnung der Snowball-Anleihe F._____ ein Zinsanstieg nicht absehbar gewesen war. Im Übrigen ist die Feststellung der Vorinstanz unangefochten, dass C._____ dem Beklagten im Januar 2007 empfahl, alle Vermögenswerte - also auch die Snowball-Anleihe F._____ - zu verkaufen, den durch diese Werte sichergestellten Kredit zurückzuzahlen und den verbleibenden Betrag von ca. € 300'000.00 nach Österreich zu überweisen (Urk. 83 S. 24). Im erstinstanzlichen Verfahren führte der Beklagte dazu aus, dies sei für ihn nicht in Frage gekommen, weil er bei einer solchen Überweisung den österreichischen Behörden die Mittelherkunft hätte erklären müssen (Urk. 44 Rz. 93 und Rz. 109). Über die Gründe, weshalb die Mittelherkunft nicht erklärt werden konnte, muss an dieser Stelle nicht spekuliert werden. Sicher ist jedoch, dass es der Beklagte - und nicht die Klägerin - zu verantworten hat, wenn dem damaligen Vorschlag keine Folge geleistet wurde.

Unbegründet ist die Berufung auch insofern, als der Beklagte ein besonderes Risiko darin sieht, dass die Snowball-Anleihen F. _____ der Kreditsicherung dienen (Urk. 82 S. 13 Rz. 42 ff., insbes. Rz. 44). Der Beklagte in seiner Eigenschaft als Wirtschaftsanwalt mit Spezialgebiet Anlegerschutz musste wissen, dass eine Nachschusspflicht besteht, wenn die zur Sicherung der ihm gewährten Kreditfazilität dienenden Wertpapiere keine genügende Sicherheit bilden. Es darf davon ausgegangen werden, dass sich ein Wirtschaftsanwalt der Funktionsweise eines solchen Lombardkredites bewusst ist und dass ihm die damit einhergehenden Risiken (Pflicht zur Nachlieferung zusätzlicher Sicherheit oder Zwangsverwertung der Sicherheiten) bekannt sind.

- c. Weiter macht der Beklagte geltend, dass die Klägerin nebst dem Depot D. _____ vertragswidriger Weise auch das Sub-Depot D. _____ 1 mit Vermögenswerte seiner Ex-Ehefrau verwertet habe.

Diesbezüglich weist die Klägerin zu Recht darauf hin, dass der Beklagte diese Einwände im Berufungsverfahren neu vorgebracht habe (Urk. 88 S. 5 f. Rz. 3 ff. und S. 24 ff. Rz. 131 ff.). Der Beklagte hätte diesen Einwand bereits im erstinstanzlichen Verfahren vortragen können, weshalb er im Berufungsverfahren unzulässig ist (Art. 317 ZPO).

Selbst wenn der Beklagte mit seiner Argumentation zu hören wäre, wäre sie unbegründet. Soweit der Beklagte geltend macht, die Klägerin habe ihre Überwachungspflicht verletzt und zu spät die Leistung von zusätzlicher Sicherheit (Margin-Call) verlangt (Urk. 82 S. 22 Rz. 85), übersieht er, dass die Klägerin im Rahmen des Anlageberatungsvertrages keine Überwachungspflicht hatte. Wie bereits mehrfach erwähnt, wurden die Vertragspflichten der Klägerin im Schreiben vom 9. Juli 2004 klar umschrieben (Urk. 21/4).

Im Übrigen ist der Hinweis des Klägers verfehlt, dass C. _____ in einem Fax vom 8. März 2007 (Urk. 32/14) zugesichert habe, dass die Vermögenswerte der Ex-Ehefrau des Beklagten auf dem Sub-Depot D. _____ 1 separiert seien und in einem Fall einer starken Korrektur der Aktienbörse nicht liquidiert

werden müssten. Das Sub-Depot D._____ 1 diene genau gleich wie das Depot D._____ der Absicherung der dem Beklagten eingeräumten Kreditfähigkeit. So wurde im erwähnten Fax explizit festgehalten, dass das Depot D._____ 1 für die Belehnung weiterhin relevant bleibe (Urk. 32/14 S. 1). Dies wird auch durch die diesem Fax angehängte Excel-Tabelle bestätigt, in welcher ausdrücklich festgehalten ist, dass die Festgeld/Geldmarktanlage D._____ 1 von € 254'000.00 belehnt sei (Urk. 32/14 Blatt 3).

- d. Unbegründet ist die Berufung schliesslich auch insofern, als der Beklagte der Klägerin vorwirft, sie habe in Verletzung ihrer Überwachungspflicht am Ende der Laufzeit der Barrier Reverse Convertibles Clariden Leu 07 nicht über die Rückzahlung in Form von Aktien orientiert, so dass die betreffenden Aktien im rückläufigen Markt viel zu spät abgestossen worden seien und ein Schaden von € 19'140.00 eingetreten sei (Urk. 82 S. 23 Rz. 86 ff.). Die Klägerin macht zu Recht geltend, dass der Beklagte diese Forderung im Berufungsverfahren neu zur Verrechnung gestellt habe (Urk. 88 S. 5 f. Rz. 3 ff., S. 24 ff. Rz. 131 ff. und S. 29 Rz. 161 ff.). Da der Beklagte die Verrechnungseinrede bereits im erstinstanzlichen Verfahren hätte vortragen können, erweist sie sich im Berufungsverfahren als unzulässig (Art. 317 ZPO). Selbst wenn der Beklagte mit seiner Argumentation zu hören wäre, wäre sie unbegründet. Nachdem der Beklagte den Vermögensverwaltungsvertrag per 9. Juli 2004 gekündigt und die Klägerin als Folge davon ausdrücklich festgehalten hatte, dass die Überwachung der Kontosaldi und Depotpositionen durch den Beklagten zu erfolgen habe, bestand ab diesem Zeitpunkt keine Überwachungspflicht der Klägerin mehr.

- 4.3 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die durch den Beklagten verrechnungsweise geltend gemachten Forderungen unbegründet sind. Da die von der Klägerin geltend gemachte Forderung (mit Ausnahme der Höhe des Zinssatzes) ausgewiesen und unbestritten ist, ist ihre Klage grundsätzlich gutzuheissen.

5. Kosten- und Entschädigungsfolgen

- 5.1 Bei diesem Ausgang des Verfahrens ist das erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsdispositiv zu bestätigen
- 5.2 Auch für das Berufungsverfahren wird der Beklagte kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 ZPO). Beim vorliegenden Streitwert von € 83'800.50 (entsprechend ca. Fr. 100'000.00) ist die Gerichtsgebühr auf Fr. 8'800.00 (§§ 4 und 12 GebV OG) und die Parteientschädigung auf Fr. 5'500.00 (§§ 4 und 13 AnwGebV) festzusetzen.

Es wird erkannt:

1. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin € 83'800.50 zuzüglich Zins zu 5% seit dem 6. Juli 2009 zu bezahlen.

Im Mehrbetrag (Höhe des Zinssatzes) wird die Klage abgewiesen.

2. Das erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsdispositiv (Dispositiv-Ziffer 2-4) wird bestätigt.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 8'800.00 festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Beklagtem auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss verrechnet.
5. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 5'500.00 zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Zürich, 4. Abteilung, je gegen Empfangsschein.

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

7. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht,

1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt € 83'800.50 bzw. ca. Fr. 100'000.00.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 19. Februar 2014

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

Dr. L. Hunziker Schnider

lic. iur. H. Dubach

versandt am:
mc