

Obergericht des Kantons Zürich



II. Zivilkammer

Geschäfts-Nr. LB130031-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-Sørensen sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Houweling-Wili

Urteil vom 29. Oktober 2013

in Sachen

A._____,

Klägerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

B._____ AG,

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y1._____

vertreten durch Rechtsanwältin M.A. HSG in Law Y2._____

betreffend **Kontokorrente / Depots**

Berufung gegen ein Urteil der 3. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich vom 17. Mai 2013; Proz. CG100179

Rechtsbegehren (act. 2 S. 2):

"Es seien die in der Zeitperiode vom 19. Januar 1998 bis 31. Oktober 2003 vorgenommenen Gutschriften und Belastungen auf den bei der Beklagten unter der Kunden-Stammnummer 1 geführten Konti valutagerecht zu stornieren. Hiervon ausgenommen sind die Gutschriften aus den Verkaufserlösen der vor dem 19. Januar 1998 gehaltenen Wertschriften, einschliesslich der Dividenden-Gutschriften auf diesen Titeln sowie die Spesenbelastungen für die Kontiführung. Es seien die Saldi neu zu berechnen, sowie nach Massgabe der Stornierung von Börsentransaktionen, Buchungen über Titeleingänge und Titeleausgänge in den dazugehörigen Wertschriftendepots zu korrigieren sowie die Ergebnisse in den wiedereröffneten, unter der Stammnummer 1 geführten Konti gutzuschreiben bzw. die ermittelten Wertschriftenbestände in die wiedereröffneten, dazugehörigen Wertschriftendepots einzubuchen. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten".

Präzisiertes Rechtsbegehren (act. 26 Rz 32):

"Die Beklagte sei zu verpflichten, die in der Zeitperiode vom 19. Januar 1998 bis 31. Oktober 2003 vorgenommenen Gutschriften und Belastungen auf den bei der Beklagten unter der Kunden-Stammnummer 1 geführten und wieder zu eröffnenden Konti valutagerecht zu stornieren. Hiervon ausgenommen sind die Gutschriften aus den Verkaufserlösen der vor dem 19. Januar 1998 gehaltenen Wertschriften, einschliesslich der Dividenden-Gutschriften auf diesen Titeln sowie die Spesenbelastungen für die Kontiführung, die Belastungen für die Rückzahlungen von zwei Lombardkrediten nebst Zinsen je mit Valuta 29.05.1998 in der Höhe von CHF 2'044'729.15 bzw. CHF 2'045'000.-, sodass mit Valuta 18.01.1998, resp. 28.05.1998, resp. 29.05.1998, resp. 20.07.1999, resp. 31.10.2003 auf den nachstehenden, bereits am 18. Januar 1998 bei der Beklagten geführten Kontokorrenten, mindestens folgende Haben-Saldi ausgewiesen werden:

Per 18.01.1998	Konto	Währung	Tagessaldo
	1a (strategisch)	CHF	364'170.70
	1b (dynamisch)	CHF	452'582.90
	1c (strategisch)	USD	136'491.83
	1d (dynamisch)	USD	1'917.53
	1e (strategisch)	DEM	20'726.16
	1f (dynamisch)	DEM	90'228.59
	1g (strategisch)	JPY	6'450'000.00
	1h (strategisch)	FRF	-
	1i (dynamisch)	FRF	7'338.39
	1j (strategisch)	GBP	-
respektive			

Per 28.05.1998	1a (strategisch)	CHF	1'089'176.20
	1b (dynamisch)	CHF	1'365'601.41
	1c (strategisch)	USD	328'363.99
	1d (dynamisch)	USD	1'917.53
	1e (strategisch)	DEM	20'726.16
	1f (dynamisch)	DEM	1'284'185.63
	1g (strategisch)	JPY	6'450'000.00
	1i (dynamisch)	FRF	7'738.39
respektive			
Per 29.05.1998	1a (strategisch)	CHF	332.15
	1b (dynamisch)	CHF	9'262.18
respektive			
Per 20.07.1999	1a (strategisch)	CHF	1'035'955.30
	1b (dynamisch)	CHF	9'262.18
respektive			
	1a (strategisch)	CHF	1'035'955.30
	1b (dynamisch)	CHF	9'262.18

"Die Beklagte sei zu verpflichten, die während der Zeitspanne vom 19.01.1998 bis 31.10.2003 periodisch ermittelten Saldi der wiedereröffneten, unter der Stammnummer 1 geführten und im ersten Rechtsbegehren bezeichneten Konti, nach erfolgten, angebehrten Stornierungen, neu zu berechnen und die Kontokorrentguthaben nach den dannzumal geltenden Sätzen zu verzinsen, alles unter Beachtung der Banken auferlegten Rechnungslegungsvorschriften;

Die Beklagte sei zu verpflichten, nach Massgabe der Stornierung von Handelstransaktionen die Bestände in den hierdurch betroffenen, wieder zu eröffnenden, Wertschriftendepots 1aa und 1ab mittels Titeleinbuchungen und Titelausbuchungen zu korrigieren, sodass die Depots mit Valuta 18.01.1998, resp. 20.07.1999, resp. 31.10.2003 mindestens folgende Marktwerte aufweisen:

Per 18.01.1998	1aa (strategisch)	CHF	1 '566'410.35
	1ab (dynamisch)	CHF	1 '805'996.80
respektive			
Per 20.07.1999	1aa (strategisch)	CHF	0.00
	1ab (dynamisch)	CHF	0.00
respektive			
Per 31.10.2003	1aa (strategisch)	CHF	0.00

	1ab (dynamisch)	CHF	0.00
--	-----------------	-----	------

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten".

Beschluss und Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 3. Abteilung,
vom 17. Mai 2013 (act. 60 S. 18 f.):

Es wird beschlossen:

- "1. Auf die Klage gemäss dem 3. Abschnitt des Rechtsbegehrens wird nicht eingetreten.
- 2./3. Mitteilung/Rechtsmittel"

Sodann wird erkannt:

- "1. Die Klage gemäss dem 1. und 2. Abschnitt des Rechtsbegehrens wird abgewiesen.
2. Die Entscheidunggebühr wird auf CHF 25'550.-- festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten werden der klagenden Partei auferlegt.
4. Die klagende Partei wird verpflichtet, der beklagten Partei eine Prozessentschädigung von CHF 31'700.-- (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
- 5./6. Mitteilung/Rechtsmittel"

Berufungsanträge:

Der Klägerin (act. 66 S. 2 ff.):

- "1. Das Urteil und der Beschluss vom 17. Mai 2013 des Bezirksgerichts Zürich, 3. Abteilung (Geschäft-Nr. CG100179), seien aufzuheben.
2. Die Sache sei zur Weiterführung des Verfahrens und zu neuem Entscheid in der Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen.
3. Eventualiter:
"Die Beklagte sei zu verpflichten, die in der Zeitperiode vom 19. Januar 1998 bis 31. Oktober 2003 vorgenommenen Gutschriften und Belastungen auf den bei der Beklagten unter der Kunden-Stammmnummer 1 geführten und wieder zu eröffnenden Konti valutagerecht zu stornieren. Hiervon ausgenommen sind die Gutschriften aus den Verkaufserlösen der vor dem 19. Januar 1998 gehaltenen Wertschriften, einschliesslich der Dividenden-Gutschriften auf diesen Titeln sowie die Spesenbelastungen für die Konti-führung, die Belastungen für die Rückzahlungen von zwei Lombardkrediten nebst Zinsen je mit

Valuta 29.05.1998 in der Höhe von CHF 2'044'729.15 bzw. CHF 2'045'000.-, sodass mit Valuta 18.01.1998, resp. 28.05.1998, resp. 29.05.1998, resp. 20.07.1999, resp. 31.10.2003 auf den nachstehenden, bereits am 18. Januar 1998 bei der Beklagten geführten Kontokorrenten, **mindestens** folgende Haben-Saldi ausgewiesen werden:

Per 18.01.1998	Konto	Währung	Tagessaldo
	1a (strategisch)	CHF	364'170.70
	1b (dynamisch)	CHF	452'582.90
	1c (strategisch)	USD	136'491.83
	1d (dynamisch)	USD	1'917.53
	1e (strategisch)	DEM	20'726.16
	1f (dynamisch)	DEM	90'228.59
	1g (strategisch)	JPY	6'450'000.00
	1h (strategisch)	FRF	-
	1i (dynamisch)	FRF	7'338.39
	1j (strategisch)	GBP	-
respektive			
Per 28.05.1998	1a (strategisch)	CHF	1'089'176.20
	508.945.02] (dynamisch)	CHF	1'365'601.41
	1c (strategisch)	USD	328'363.99
	1d (dynamisch)	USD	1'917.53
	1e (strategisch)	DEM	20'726.16
	1f (dynamisch)	DEM	1'284'185.63
	1g (strategisch)	JPY	6'450'000.00
	1i (dynamisch)	FRF	7'738.39
respektive			
Per 29.05.1998	1a (strategisch)	CHF	332.15
	1b (dynamisch)	CHF	9'262.18
respektive			
Per 20.07.1999	1a (strategisch)	CHF	1'035'955.30
	1b (dynamisch)	CHF	9'262.18
respektive			
	1a (strategisch)	CHF	1'035'955.30
	1b (dynamisch)	CHF	9'262.18

"Die Beklagte sei zu verpflichten, die während der Zeitspanne vom 19.01.1998 bis 31.10.2003 periodisch ermittelten Saldi der wiedereröffneten,

unter der Stammnummer 1 geführten und im ersten Rechtsbegehren bezeichneten Konti, nach erfolgten, angebehrten Stornierungen, neu zu berechnen und die Kontokorrentguthaben nach den dannzumal geltenden Sätzen zu verzinsen, alles unter Beachtung der Banken auferlegten Rechnungslegungsvorschriften;

Die Beklagte sei zu verpflichten, nach Massgabe der Stornierung von Handelstransaktionen die Bestände in den hierdurch betroffenen, wieder zu eröffnenden, Wertschriftendepots 1aa und 1ab mittels Titeleinbuchungen und Titeiausbuchungen zu korrigieren, sodass die Depots mit Valuta 18.01.1998, resp. 20.07.1999, resp. 31.10.2003 mindestens folgende Marktwerte aufweisen:

Per 18.01.1998	1aa (strategisch)	CHF	1 '566'410.35
	1ab (dynamisch)	CHF	1 '805'996.80
respektive			
Per 20.07.1999	1aa (strategisch)	CHF	0.00
	1ab (dynamisch)	CHF	0.00
respektive			
Per 31.10.2003	1aa (strategisch)	CHF	0.00
	1ab (dynamisch)	CHF	0.00

4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zu Lasten der Beklagten, sowohl, in Aufhebung von Urteils-Dispositiv Ziff. 3 und 4, für das erstinstanzliche Verfahren als auch für das Verfahren vor Obergericht".

Erwägungen:

I.

1. Die Klägerin war Bankkundin, die Beklagte ihre Bank. Die Klägerin unterhielt bei der Beklagten Konto- und Depotverbindungen. Einen Teil ihres Vermögens überliess sie einer externen Vermögensverwalterin, der C._____ AG (C._____). An der Sitzung vom 21. April 1997 soll vereinbart worden sein, dass die Beklagte der Klägerin eine Kapitaltranche in der Höhe von Fr. 8 Mio. (später noch Fr. 5 Mio.) in Form eines Lombardkredits zur Verfügung stellen sollte mit dem Zweck, diese Kapitaltranche der externen Vermögensverwalterin zur Verwaltung zu überlassen. Die Klägerin wirft der Beklagten vor, dass sie die Beschrän-

kung der Vermögensverwaltungsvollmacht zugunsten der Vermögensverwalterin nicht eingehalten habe, so dass die Klägerin in Unkenntnis dieser Tatsache Fr. 800'000.-- sowie Fr. 278'000.-- nachzahlen und Fondsanteilscheine auf die Beklagte übertragen musste. Ausserdem soll die Beklagte gemeinsam mit der Vermögensverwalterin und ohne Wissen der Klägerin eine grosse Zahl von teilweise sehr spekulativen Transaktionen auf Kredit abgewickelt haben, was entsprechende Transaktions- und Depotgebühren etc. generiert habe, was auf eine Retrozessionsvereinbarung zwischen der Beklagten und C._____ und die damit zusammenhängenden kommerziellen Interessen zurückzuführen sei. Der Klägerin geht es darum, kontokorrentmässig den Zustand wieder herzustellen, wie wenn (die nicht autorisierten) Transaktionen zwischen dem 19. Januar 1998 und dem 31. Oktober 2003 nicht erfolgt wären.

2. Die Klägerin reichte die Weisung samt Klageschrift (act. 1 und 2) am 18. Oktober 2010 bei der Vorinstanz ein. Die Beklagte erstattete am 30. November 2010 eine "vorläufige Klageantwort" (act. 11), worin sie die Zulässigkeit des Rechtsbegehrens in Frage stellte und ersuchte, der Klägerin Frist anzusetzen, um sich zur Zulässigkeit des Rechtsbegehrens zu äussern (act. 11 Rz 6 ff.). Auf entsprechende Verfügung vom 16. Dezember 2010 wurde die klägerische Stellungnahme am 26. Januar 2011 erstattet (act. 15). Auf Grund der Aufforderung der Vorinstanz (Präzisierung des Rechtsbegehrens, Substanziierung der Klage, Bezifferung des Streitwertes; act. 16) präziserte die Klägerin mit Eingabe vom 11. November 2010 ihr Rechtsbegehren (act. 26) und der Beklagten wurde am 14. Februar 2012 Frist zu Klageantwort angesetzt (act. 28). Nachdem dagegen beim Obergericht des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, Beschwerde geführt und diese in der Folge zurückgezogen und abgeschrieben worden war, erstattete die Beklagte am 20. Juni 2012 ihre Klageantwort. Eine vorinstanzlich durchgeführte Referenzenaudienz blieb ohne Erfolg, so dass der Klägerin mit allgemeinen Substanziierungshinweisen Frist zur Replik angesetzt wurde (act. 50). Nach Eingang der Replik am 4. April 2013 fällte die Vorinstanz am 17. Mai 2013 einen Beschluss und ein Urteil (act. 60 = act. 69).

3. Nach fristgemäßem Eingang der Berufungsschrift (act. 66) wurde von der Klägerin (und Berufungsklägerin) mit Verfügung vom 28. Juni 2013 (act. 70) ein Kostenvorschuss von Fr. 25'000.-- verlangt, welcher rechtzeitig geleistet wurde (act. 73). Da die Sache spruchreif ist, erübrigt sich die Einholung einer Berufungsantwort (Art. 312 Abs. 1 ZPO).

4. Die erstinstanzliche Klage wurde im Jahre 2010 eingeleitet (act. 2 S. 1), so dass altes kantonales Prozessrecht zur Anwendung kam (Art. 404 Abs. 1 ZPO; act 69 S. 5 f.). Für das Rechtsmittelverfahren der im Jahre 2013 eröffneten Entscheidungen gilt die eidgenössische ZPO (Art. 405 Abs. 1 ZPO).

II.

1. Die Parteien gehen übereinstimmend davon aus, dass das Verhältnis zwischen den Parteien dem Auftragsrecht untersteht. Die Vorinstanz nennt auftragsrechtliche Elemente und verweist auf die auftragsrechtliche Literatur; act. 60 S. 8, 9 und 11; BK OR-Fellmann, N. 429 f. zu Art. 398). Von dieser zutreffenden Subsumtion ist auszugehen.

2. Zu klären ist zunächst die Art des geltend gemachten Anspruchs. Die Beklagte hat vor Vorinstanz unter anderem geltend gemacht, das (ursprüngliche) Rechtsbegehren sei unzulässig. Es müsse sich um einen der drei möglichen Klagetypen (Leistungs-, Feststellungs- oder Gestaltungsklagen) handeln und der Klageantrag lasse sich keinem dieser drei Kategorien zuordnen (act. 11 Rz 10 ff.). Weiter hatte sie beanstandet, dass dem Begehren um Stornierung die erforderliche Präzision fehle (act. 11 Rz 15 ff.). Die Klägerin hat in ihrer Stellungnahme vom 25. Januar 2012 (act. 15) dazu ausgeführt: "Die Klägerin will mit ihrem Rechtsbegehren die Beklagte gerichtlich zu einem zeitlich und umfangmässig genau beschriebenen Tun veranlassen. Das Rechtsbegehren kann ohne weiteres zum Inhalt des Dispositivs gemacht und vollstreckt werden ...". Verlangt die Klägerin ein Tun der Beklagten, so ist daher von einer Leistungsklage auszugehen.

3. Im Falle des Auftrages sind zweierlei Arten von (Leistungs-)Begehren denkbar. Ausgangspunkt ist Art. 400 Abs. 1 OR, wonach der Beauftragte "auf Verlangen jederzeit über seine Geschäftsführung Rechenschaft abzulegen und alles, was ihm infolge derselben aus irgendeinem Grunde zugekommen ist, zu erstatten" hat. Dabei handelt es sich um einen Anspruch auf Rechenschaftsablegung (vgl. BK OR-Fellmann, N. 13 ff. zu Art. 400) sowie um einen Anspruch auf Herausgabe (vgl. BK OR-Fellmann, N. 7 und N. 113 ff. zu Art. 400), welcher entgegen dem zu engen Wortlaut eine umfassende Ablieferungspflicht statuiert (BK OR-Fellmann, N. 10 zu Art. 400). Der Anspruch auf Rechenschaftsablegung – eine Nebenleistungspflicht – kann nach ganz h.A. selbständig eingeklagt werden (vgl. z.B. BK OR-Fellmann, N. 56 zu Art. 400; BSK OR-Weber, N. 25 zu Art. 400). Möglich ist allerdings auch, die Klage auf Rechnungslegung mit der Klage auf Herausgabe des Abzuliefernden zu verbinden, und zwar in der Weise, "dass auf Bezahlung von Geld oder Herausgabe von Sachen geklagt und zur Begründung auf die Pflicht des Gegners zur Rechnungsstellung und Herausgabe dessen verwiesen wird, was die Abrechnung ergibt" (Max Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Auflage, Zürich 1979, S. 167).

4. Die Klägerin hat das ursprüngliche Rechtsbegehren (act. 2 S. 2) mit Eingabe vom 25. Januar 2011 erstmals in act. 15 formuliert und dann – auf gerichtliche Aufforderung hin – präzisiert (act. 26 Rz 32). Das präzisierte Rechtsbegehren entspricht auch demjenigen Begehren, das in Ziff. 3 der Berufungsanträge erneut gestellt wird. Im vorliegenden Fall war nicht ohne weiteres klar, ob die Klägerin den Nebenleistungsanspruch oder den Herausgabeanspruch gemäss Art. 400 Abs. 1 OR geltend macht oder ob sie ihr Begehren auf etwas anderes stützt. In ihrer Stellungnahme vom 11. November 2011 (act. 26 S. 23 ff.) hat die Klägerin ihr Rechtsbegehren satzweise erläutert: Was die valutagerechte Stornierung anbelange, sei die Klägerin nicht bereit, die zwischen dem 19.01.1998 und dem 31.10.2003 getätigten Buchungen der Beklagten zu akzeptieren; die Beklagte habe **nicht erfüllt** (act. 26 Rz 38; act. 57 S. 63). Aus dieser Zeit seien nur wenige Buchungen nicht vom Stornierungsantrag erfasst. Was nicht zu stornieren sei, werde in der Klageschrift (act. 2 Rz 48) genau umschrieben (es handle sich um die vor dem 19.01.1998 bereits in den Depots eingebuchten Wertschriften, weil

diese mittels nicht autorisierter Kredite erworben wurden, sowie die diese Titel betreffenden Depotausgabenbuchungen und Dividenden) und auf den in die Klage eingelehteten Auszügen (act. S. 18 [1] bis [354]) mit feinen Streichungen markiert. Soweit storniert werden müsse, seien auch die Abschlussbuchungen neu zu berechnen. Die Klägerin müsse so gestellt werden, wie wenn die rechtswidrigen Transaktionen in der umschriebenen Periode nicht abgewickelt worden wären; es sei sachlogisch, dass alle Buchungen, die direkt oder indirekt im Zusammenhang mit den kollusiven Aktivitäten der Beklagten und der Vermögensverwalterin (act. 26 Rz 42) stünden, storniert werden müssten. Transaktionen ohne gültige Weisung des Kunden bzw. im Widerspruch zu dessen Anordnungen bedeuteten Nichterfüllung, und der Bankkunde müsse die daraus entstehenden Buchungen in seinen Konten nicht akzeptieren, was gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichts entspreche (act. 2 S. 21). Mit dem Stornierungsbegehren werde eine Klage auf Erfüllung des Vertrages erhoben, die unabhängig davon, ob die Konten inzwischen saldiert seien, zulässig sei (act. 2 S. 21). Ein solches Begehren sei einer eventuellen Forderungsklage vorzuziehen, weil allein dieses das hypothetische Verhalten der Klägerin widerspiegeln, welche bei Kenntnis der Missachtung der beschränkten Verwaltungsvollmacht und der Retrozessionsvereinbarung zwischen der Beklagten und der externen Vermögensverwaltung das Vertragsverhältnis zweifellos umgehend beendet hätte. Nur bei Zugrundelegen einer höchst unwahrscheinlichen, anderen Reaktionsweise hätte die Klägerin eine Forderungsklage in Betracht ziehen müssen, wobei diese nicht hätte beziffert werden können (act. 2 S. 21 f.). Die Klägerin habe auf Grund des Zusammenwirkens mit der externen Vermögensverwaltung als einfache Gesellschaft gemäss Art. 530 ff. OR gegen die auftragsrechtliche Treuepflicht verstossen und zusätzlich ihre Sorgfaltspflicht aus dem Depotvertrag missachtet, indem sie eigennützig die bei ihr liegenden Vermögenswerte als Sicherheit für die von der externen Vermögensverwalterin aufgenommenen Kredite herangezogen habe. Die einfachen Gesellschafter hätten mit der Verfolgung des Gesellschaftszweckes ihre jeweiligen Treuepflichtungen gegenüber der Klägerin verletzt, wofür die Beklagte solidarisch hafte. Ausserdem habe die Beklagte die Aufklärungspflicht gegenüber der Klägerin verletzt. Die Anforderungen an die Aufklärung seien höher, wenn nicht nur Eigenmittel des Kunden investiert würden, sondern wenn ausserdem mit Krediten speku-

liert werde. Im vorliegenden Fall sei die Aufklärung nicht einmal dann erfolgt, als die Klägerin den genannten Betrag habe nachschliessen müssen (act. 2 Rz 41; act. 2 Rz 45: Fr. 800'000.–, Fr. 278'050.–, ... Fund CHF sowie ... Bond Fund CHF [act. 2 Rz 45]). Die Aufklärungspflicht sei auch verletzt worden, indem die Klägerin nicht über die Retrozessionsvereinbarung informiert worden sei. Seitens des Kunden bestehe ein Interesse, dass keine überhöhten Gebührenforderungen bezahlt würden; es bestehe aber auch ein Interesse, die Vertrauenswürdigkeit der Beklagten und der Vermögensverwaltung beurteilen zu können (act. 2 Rz 42). Weil sich die Beklagte nicht von ihrer Leistungspflicht befreit habe, umfasse die Erfüllungsklage den Zeitraum vom 19. Januar 1998 bis 31. Oktober 2003 (act. 2 Rz 43). Die Offenlegung der Retrozessionsvereinbarung hätte seinerzeit dazu geführt, dass die Klägerin die Verwaltungsvollmacht nicht erteilt bzw. umgehend widerrufen und die Bankverbindung möglichst rasch beendet hätte. Die Klägerin sei so zu stellen, wie wenn sie im Mai 1997 kein Verwaltungsmandat erteilt hätte und die beiden ersten Tranchen des Lombardkredits von Fr. 4 Mio. nicht aufgenommen worden wären, wobei die Klägerin auf den 19. Januar 1998 (bis zum Datum der Mandatsauflösung per 31. Oktober 2003; act. 2 Rz 46) abstelle, als der erste nicht autorisierte Handel stattgefunden habe (act. 2 Rz 43). Daraus ist ersichtlich, dass es der Klägerin nicht um einen der beiden Ansprüche (Rechenschaft und Herausgabe) aus Art. 400 Abs. 1 OR geht, sondern dass sie wegen Nichterfüllung des Auftrages auf dessen Erfüllung klagt. Sie macht damit von einer Möglichkeit Gebrauch, auf die BK OR-Fellmann, N. 436 zu Art. 398 hinweist.

4. In der Berufung kommt es dann allerdings zu einem "Systemwechsel", und die Klägerin bezieht sich entscheidend auf die selbständig einklagbare Rechenschaftslegungspflicht des Beauftragten nach Art. 400 Abs. 1 OR als Nebenpflicht (act. 66 Rz 4). Mit der Rechenschaftspflicht nach Art. 400 Abs. 1 OR werde ein eigenständiger materiellrechtlicher Anspruch durchgesetzt und andere mögliche Ansprüche behandelnde Bemerkungen – die Klägerin verlange keine Geldzahlung und keine Herausgabe von Retrozessionen – seien deshalb bestenfalls als klarstellender Hinweis zu verstehen. Der Anspruch auf Wiedereröffnung der Konti stütze sich auf die Rechenschaftspflicht, welche eine Kontrolle über die Tätigkeit des Beauftragten ermögliche. Sie sei Grundlage der Ablieferungs- und

Herausgabepflicht, ein zentrales Element der Fremdnützigkeit des Auftrags. Die Rechenschaftspflicht überdauere die Auftragsbeendigung; es gehe daher nicht um einen Anspruch auf Weiterführung bzw. Neuabschluss (act. 66 Rz 5). Die Rechnungslegung sei Pflicht der Bank, die "im Rahmen ihres Auftrages Einnahmen und Ausgaben von Geld sowie Käufen und Verkäufen von Wertschriften zu erfassen hatte" (act. 66 Rz 8). Die Klägerin habe Anspruch auf richtige Buchungen und damit auf eine Zusammenstellung der Einnahmen und Ausgaben, welcher dem Anspruch auf Stornierung und damit auf Rückgängigmachung unrichtiger Buchungen entspreche. Erst wenn die unrichtigen Buchungen storniert seien, so sei die Rechnungslegung korrekt erfolgt. Für jede Transaktion, die ohne gültige Weisung getätigt worden sei, habe die Klägerin als Konto- und Depotberechtigte weiterhin einen Erfüllungsanspruch gegenüber der beklagten Bank. Habe die Beklagte auf Grund einer Weisung des nicht gehörig bevollmächtigten Vertreters geleistet, so könne sich die Beklagte nicht gültig befreien; es liege dann Nichterfüllung seitens der Bank vor, sodass nicht Schadenersatz sondern die Erfüllung des Auftrages verlangt werden könne (act. 66 Rz 9). Genau gleich habe die Klägerin bei Nichterfüllung nach wie vor den selbständigen klagbaren Anspruch auf Rechenschaftsablegung. Ebenso wenig wie unberechtigte materielle Belastungen müsste die Klägerin unberechtigte formale Buchungen akzeptieren und könne daher Stornierung verlangen (act. 66 Rz 9).

5. Im vorinstanzlichen Verfahren ist die Klägerin davon ausgegangen, der Auftrag sei nicht erfüllt worden, führt sie doch aus, dass mit dem Stornierungsbegehren eine Klage auf Erfüllung des Vertrages erhoben werde, die unabhängig davon, ob die Konten inzwischen saldiert seien, zulässig sei (act. 2 S. 21). Ein solches Begehren sei einer eventuellen Forderungsklage vorzuziehen, weil allein dieses das hypothetische Verhalten der Klägerin widerspiegle, welches bei Kenntnis der Missachtung der beschränkten Verwaltungsvollmacht und der Retrozessionsvereinbarung zwischen der Beklagten und der externen Vermögensverwaltung das Vertragsverhältnis zweifellos umgehend beendet hätte. Weil sich die Beklagte nicht von ihrer Leistungspflicht befreit habe, umfasse die Erfüllungsklage den Zeitraum vom 19. Januar 1998 bis 31. Oktober 2003 (act. 2 Rz 43). Die Offenlegung der Retrozessionsvereinbarung hätte seinerzeit dazu geführt, dass

die Klägerin die Verwaltungsvollmacht nicht erteilt bzw. umgehend widerrufen und die Bankverbindung möglichst rasch beendet hätte. Die Klägerin sei so zu stellen, als ob sie im Mai 1997 kein Verwaltungsmandat erteilt und die beiden ersten Tranchen des Lombardkredits nicht aufgenommen hätte, wobei die Klägerin auf den 19. Januar 1998 (bis zum Datum der Mandatsauflösung per 31. Oktober 2003; act. 2 Rz 46) abstelle, als der erste nicht autorisierte Handel stattgefunden habe (act. 2 Rz 43).

Diese Ausführungen basieren offenbar auf den bereits erwähnten Überlegungen, wie sie sich in BK OR-Fellmann, N. 428 ff. zu Art. 398 finden. In N. 436 wird darauf hingewiesen, dass nicht jeder Fehler der Bank zu einer Haftung und damit zu Schadenersatz führe. Es sei im Einzelfall zu prüfen, ob noch ein Erfüllungsanspruch bestehe, was z.B. dann zu bejahen sei, wenn die Bank aus dem Konto ihres Kunden Leistungen an einen Unberechtigten erbracht habe. Es handle sich diesfalls um eine Erfüllungs- und nicht um eine Schadenersatzklage.

Tatsächlich hat die Klägerin vor Vorinstanz allerdings keine solche Erfüllungsklage und die Erbringung der vereinbarten Leistung verlangt, sondern sie wollte erreichen, dass "kontokorrentmässig der Zustand wieder hergestellt [wird], der bestünde, wenn Soll- und Habenbuchungen ab 19.1.1998 bis 31.10.2003 nicht erfolgt wären" (act. 2 Rz 47). Die Ausnahmen vom Stornierungsantrag runden dieses Bild ab, weil es dabei um jene Buchungen geht, die aus der Zeit vor dem massgeblichen Zeitraum und damit aus der Zeit vor dem neuen Vermögensverwaltungskonzept der Klägerin stammen (act. 2 Rz 48). Wenn die Klägerin einen "Erfüllungsanspruch auf valutagerechte Stornierung aller Buchungen ... und die Neuermittlung der Saldi" geltend macht (act. 2 Rz 47), verlangt sie damit zwar ein Tun der Beklagten, jedoch geht es dabei um die Rückgängigmachung des Auftrages, wie er durch die Beklagte bzw. die Vermögensverwalterin ausgeführt wurde. Das ist keine Leistungsklage auf (richtige) Erfüllung des Auftrages, sondern seine Rückabwicklung (hier als Stornierung bezeichnet), weil er nach Ansicht der Klägerin nicht richtig ausgeführt wurde und sie daher so gestellt sein will, wie sie ohne die erfolgten Transaktionen gestellt wäre. Eine solche Rückabwicklung ist zwar als Rechtsfolge durchaus denkbar, jedoch muss sie auf einem Rechts-

grund basieren, der sie rechtlich ermöglicht. Zu denken ist insbesondere an die Willensmängel i.S.v. Art. 23 ff. OR, an die Unmöglichkeit i.S.v. Art. 119 Abs. 2 OR mit der Rückerstattungspflicht für bereits erbrachte Leistungen, an den Rückerstattungsanspruch bei Vertragsrücktritt (Eugen Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Zürich 1988, S. 422; KuKo OR-Blumer, N. 18 zu Art. 23; Gauch/Schluep/Schmid, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 9. Auflage, Zürich 2008, Rz 1567 ff.; Ingeborg Schwenzer, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Bern 2006, Rz 39.26). Die Klägerin hat nichts geltend gemacht, das ihr einen Anspruch auf Rückabwicklung gewähren würde, insbesondere auch keine Anfechtung wegen Irrtums, obwohl sie verlangt, die Klägerin müsse so gestellt werden, wie sie ohne die Vereinbarung mit der Beklagten gestanden hätte. Auf dem direkten Weg lässt sich das, was sie verlangt, nicht erreichen. Zwar verlangt sie ein Tun und klagt damit auf Leistung, hingegen besteht die von ihr verlangte Leistung in der Stornierung (und anschliessenden Neuberechnung), was keine Vertragserfüllung ist. Aus diesem Grund ist die Klage abzuweisen.

Bezüglich Rechtsbegehren 1. und 2. Abschnitt hat bereits die Vorinstanz die Klage, wenn auch aus anderen Gründen, abgewiesen. Hinsichtlich Rechtsbegehren 3. Abschnitt ist sie auf die Klage nicht eingetreten, weil die Klägerin mit ihrem Begehren einen Bestand des Depots von "CHF 0.00" anstrebe, so dass ihr das Interesse an der Wiedereröffnung des Depots fehle. Gemäss den vorstehenden Ausführungen ging es der Klägerin – jedenfalls im erstinstanzlichen Verfahren – um eine Rückabwicklung (Stornierung) des Auftrages insgesamt. Das schliesst eine ergebnisorientierte Betrachtung für einen Teilbereich aus und es wäre richtigerweise auf die Klage einzutreten, diese aber – gleich wie bezüglich des 1. und 2. Abschnitts – abzuweisen gewesen.

6. Im Berufungsverfahren hat die Klägerin – unter Verwendung des gleichen Rechtsbegehrens – ihr Argumentarium geändert: ... "die Rechenschaftspflicht des Beauftragten nach Art. 400 Abs. 1 OR [sei] als Nebenpflicht selbständig klagbar". Anders als die prozessuale könne die auftragsrechtliche Rechenschaftspflicht nicht erst "hilfsweise" im Rahmen eines hängigen Zivilprozesses über einen mate-

riellen Anspruch verlangt werden (act. 66 Rz 4). Der klägerische Anspruch auf Wiedereröffnung der Konten stütze sich auf die Rechenschaftspflicht der Beklagten und bilde Voraussetzung und Grundlage der Ablieferungs- und Herausgabepflicht (act. 66 Rz 5). Ob der Kontovertrag aufgehoben und die frühere Rechtsbeziehung beendet worden sei, sei für die Rechenschaftspflicht irrelevant (act. 66 Rz 6). Die Klägerin habe nie einen Anspruch auf "Weiterführung des Kontos" oder auf "Neuabschluss eines Kontoeröffnungsvertrages" behauptet (act. 66 Rz 6). Die Wiedereröffnung der Konti sei möglich und nötig, weil sonst kein (korrekter) Buchungssatz möglich sei; die Klägerin habe einen Anspruch auf Stornierung, weil die Rechnungslegung – eine unbestrittene Pflicht der beklagten Bank – ein Teil der Rechenschaftspflicht sei, die sich daraus ergebe, dass die Bank im Rahmen ihres Auftrages Einnahmen und Ausgaben von Geld sowie Käufe und Verkäufe von Wertschriften erfasst habe. Der Anspruch der Klägerin auf richtige Buchungen mit Zusammenstellung der Einnahmen und Ausgaben entspreche dem Anspruch auf Stornierung, der Rückgängigmachung einer auf einem Konto vorgenommenen unrichtigen Buchung. Erst mit der Stornierung der unrichtigen Buchung sei die Rechnungslegung korrekt erfolgt und die Pflicht zur Rechenschaftsablegung erfüllt (act. 66 Rz 8). Die Beklagte habe ihre – unbestritten bestehende – Rechenschaftspflicht bislang nicht erfüllt.

Damit will die Klägerin die Rechenschaftslegungspflicht der Beklagten durchsetzen, auch wenn sie zwischendurch den Erfüllungsanspruch ebenfalls erwähnt (act. 66 Rz 9: Genau gleich wie die Klägerin einen Anspruch auf Erfüllung des Auftrages habe, so habe sie bei Nichterfüllung – noch immer – einen Anspruch auf Rechenschaftsablegung, sie müsse genau so wenig wie unberechtigte "materielle Belastungen" unberechtigte "formale Buchungen" akzeptieren. Der Beweis der vollständigen und richtigen Erfüllung – so auch BK OR-Fellmann, N. 96 zu Art. 400 – der vertraglichen Rechenschaftspflicht obliege der Beklagten). Die Klägerin rügt, dass die Vorinstanz auf die bis und mit Replik einlässlich und zutreffend begründeten Ausführungen der Klägerin über die selbständig klagbare Rechenschaftspflicht der Beklagten weitestgehend nicht eingegangen sei (act. 66 Rz 18).

7. Für den Ausgang des Berufungsverfahrens ist entscheidend, dass es prozessual unzulässig ist, erstinstanzlich einen Erfüllungsanspruch aus Auftragsrecht geltend zu machen und zweitinstanzlich ohne weiteres auf den (materiellrechtlichen) Rechenschaftsablegungsanspruch überzugehen. Allein die Tatsache, dass sich die Klägerin vor beiden Instanzen auf das gleich lautende Rechtsbegehren stützt, ändert nichts daran, dass es sich um einen anderen Anspruch handelt, so dass der Inhalt der Klage nicht identisch ist. Der Übergang zur Geltendmachung des (materiellrechtlichen) Auskunftsanspruches hätte allenfalls vor der ersten Instanz noch angehen können, weil sich ein sachlicher Zusammenhang zwischen der Erfüllung des vertraglichen Anspruches und der Rechenschaftsablegung herstellen lässt (für das im erstinstanzlichen Verfahren massgebliche Prozessrecht vgl. § 61 Abs. 1 ZPO/ZH). Im Rechtsmittelverfahren wäre jedoch, zusätzlich zu den Voraussetzungen von Art. 227 Abs. 1 ZPO, erforderlich, dass die Klageänderung – neben dem sachlichen Zusammenhang mit dem bisher geltend gemachten Anspruch (oder der Zustimmung der Gegenpartei) – auf neuen Tatsachen oder Beweismitteln beruhte (Art. 317 Abs. 2 ZPO). Die letztgenannte Voraussetzung ist nicht ersichtlich und wurde von der Klägerin auch in keiner Weise geltend gemacht.

Wie bereits erwähnt, ist das Begehren, wie es vor Vorinstanz begründet und wie es daher auch verstanden werden musste, als Erfüllungsklage unzulässig. Das gleich lautende Rechtsbegehren hätte – begründet und verstanden als Begehren um Rechenschaftsablegung – allerdings auch vor Vorinstanz nicht erfolgreich sein können. Für eine reine Rechenschaftsablegung braucht es keine "reale" Kontenführung mit Stornierung von eingebuchten Beträgen etc. und es besteht daher auch kein Anspruch auf Wiedereröffnung von Konten. Auskunft über von der Beklagten vereinnahmte Retrozessionen kann mit dem Begehren, wie es gestellt wurde, nicht erhältlich gemacht werden, weil das Konzept "Auftragserfüllung" auf der Rückgängigmachung (Stornierung) der Handelsaktivitäten beruht, so dass bezüglich der Retrozessionen, die im Zusammenhang mit dem kritisierten Handel erhältlich gemacht wurden, keine Auskunft verlangt wurde und auch nicht hätte verlangt werden können, auch wenn über Retrozessionen durchaus Auskunft erteilt werden muss (vgl. dazu BGE 138 III 755 ff.). Ausserdem ist nicht ersichtlich,

welchen Sinn das vorgegebene Ergebnis – die Ausweisung von Mindest-Haben-Saldi – im Zusammenhang mit der Auskunftserteilung haben könnte.

War die Klage und ist die Berufung ohnehin abzuweisen, muss auf die Kritik der Klägerin am vorinstanzlichen Urteil: unrichtige Auffassung, dass lediglich eine Zusammenstellung von Ein- und Ausgaben sowie Saldoziehung geschuldet sei; unrichtige Auffassung, dass die Beklagte ihrer Pflicht zur Rechnungslegung nachgekommen sei; keine Auseinandersetzung mit aufgezeigten fehlerhaften Buchungen; ungeprüftes Abstellen darauf, dass die Beklagte die auftragsrechtliche Nebenpflicht erfüllt habe (act. 66 Rz 11 bis 14) nicht weiter eingegangen werden.

III.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens bleibt es bei der erstinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsregelung (Dispositiv-Ziff. 2 bis 4). Die unterliegende Klägerin wird auch für das Berufungsverfahren kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO; §§ 4 Abs. 1 und 12 Abs. 1 GerGebV). Die Beklagte, die sich im Berufungsverfahren nicht hat äussern müssen, muss nicht entschädigt werden.

Es wird erkannt:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Das erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsdispositiv (Dispositiv-Ziffer 2 bis 4) wird bestätigt.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 25'000.– festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Klägerin auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet.
5. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte unter Beilage eines Doppels von act. 66, sowie an das Bezirksgericht Zürich, 3. Abteilung, und an die Obergerichtskasse, 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 Fr. 740'000.00.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Katzenstein

lic. iur. K. Houweling-Wili

versandt am: