

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LB200008-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller sowie Gerichtsschreiberin MLaw M. Schnarwiler

## Urteil vom 3. Juli 2020

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Klägerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_,

gegen

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

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. \_\_\_\_\_,

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich (4. Abteilung) vom  
13. Januar 2020; Proz. CG170095**

**Ursprüngliches Rechtsbegehren:**

(act. 1 S. 2)

"Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin im Gegenzug zur Rückgabe der Anteile 'C.\_\_\_\_\_ ...' (88'800 C.\_\_\_\_\_ -Zertifikate) einen Betrag von USD eine Million zu bezahlen;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen der beklagten Partei."

**Geändertes Rechtsbegehren:**

(act. 41 S. 2)

1. Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin Schadenersatz in Höhe von CHF 474'531.– (bzw. die Differenz zwischen aktuellem Kurspreis von C.\_\_\_\_\_ und dessen Kaufpreis zzgl. Kommission der Beklagten) zu bezahlen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. MwSt. zulasten der Beklagten."

**Urteil des Bezirksgerichtes:**

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr wird auf CHF 30'000.00 festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten werden der klagenden Partei auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Vorschuss verrechnet.
4. Die klagende Partei wird verpflichtet, der beklagten Partei eine Parteientschädigung von CHF 50'080.00 (inkl. 7.7% Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
6. Eine **Berufung** gegen diesen Entscheid kann innert **30 Tagen** von der Zustellung an im Doppel und unter Beilage dieses Entscheids beim Obergericht des Kantons Zürich, Zivilkammer, Postfach, 8021 Zürich, erklärt werden. In der Berufungsschrift sind die Anträge zu stellen und zu begründen. Allfällige Urkunden sind mit zweifachem Verzeichnis beizulegen.

**Berufungsanträge:**

Der Klägerin und Berufungsklägerin (act. 72):

„1. Es sei das angefochtene Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 4. Abt. vom 13. Januar 2020 mit der Geschäfts-Nr. CG170095-L/U aufzuheben und an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Alles unter Kosten und Entschädigungsfolgen (zzgl. Mwst. von 7,7% sowie Kleinspesenpauschale von 3%) zulasten der Berufungsbeklagten.“

Der Beklagten und Berufungsbeklagten (act. 83):

„Es sei die Berufung vollumfänglich abzuweisen;  
unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich  
MwSt zu Lasten der Berufungsklägerin.“

## **Erwägungen:**

### I.

#### *(Übersicht Sachverhalt/Prozessgeschichte)*

1. Die Klägerin/Berufungsklägerin (nachfolgend Klägerin) sowie ihr Ehemann, D.\_\_\_\_\_, schlossen mit der Beklagten/Berufungsbeklagten (nachfolgend Beklagte), der zürcherischen Zweigniederlassung der Bank B.\_\_\_\_\_ AG mit Hauptsitz in Genf, am 9. Dezember 2014 einen Konto-/Depotvertrag und liessen ein Gemeinschaftskonto eröffnen (*Joint Account*; act. 14/1). Die Eheleute A.\_\_\_\_\_D.\_\_\_\_\_ wurden durch E.\_\_\_\_\_ bei der Beklagten eingeführt und von diesem zum Eröffnungsgespräch begleitet (act. 14/2). Zuständige Kundenbetreuerin bei der Beklagten war F.\_\_\_\_\_ (act. 14/2).
2. Am 22. Dezember 2014 fand ein Treffen zwischen D.\_\_\_\_\_, welcher wiederum in Begleitung von E.\_\_\_\_\_ erschien, und F.\_\_\_\_\_ bei der Beklagten statt, in dessen Verlauf F.\_\_\_\_\_ den beiden zwei Fact-Sheets zu zwei Anlageprodukten im Rohölgeschäft übergab, mit welchen mittels rollenden Futures in C.\_\_\_\_\_ ..., eine ... [Bundesstaat] Rohölsorte, investiert werden konnte (act. 14/17 und 14/18). Anlässlich dieser in Englisch geführten Besprechung erteilte D.\_\_\_\_\_ der Beklagten den Auftrag, für rund USD 1 Mio. Anteile (Securities) des Fonds G.\_\_\_\_\_ (G.\_\_\_\_\_) C1.\_\_\_\_\_ ... zu erwerben (act. 14/20 und 14/21). Mitte Januar 2015 liess er dieses Öl-Investment telefonisch durch E.\_\_\_\_\_ aufstocken. Die Beklagte kaufte deshalb für D.\_\_\_\_\_ Anteile dieses Fonds im damaligen Wert von rund USD 1,2 Mio. (act. 14/22-25, act. 13 S. 12 f. und 41 S. 6). Am 8. Dezember 2016 wurde das Gemeinschaftskonto bei der Beklagten saldiert und die Zertifikate an ein Konto der Klägerin bei einer Drittbank transferiert (vgl. act. 14/4). Mit schriftlicher Erklärung vom 26. Juni 2017 trat D.\_\_\_\_\_ seine gesamte Forderung gegenüber der Beklagten aus der Investition in den C2.\_\_\_\_\_ ... an die Klägerin ab (act. 4/5).

3. Am 10. Oktober 2017 erhob die Klägerin gegen die Beklagte beim Bezirksgericht Zürich Klage mit den eingangs aufgeführten Anträgen. Sie verlangte zunächst die Rückabwicklung des besagten Wertschriftenkaufs, weil sich D.\_\_\_\_\_ damals in einem Grundlagenirrtum befunden habe, änderte ihr Begehren in der Replik jedoch insoweit ab, als sie nunmehr Schadenersatz wegen Verletzung der Sorgfaltspflichten durch die Beklagte in der Höhe der Differenz zwischen dem aktuellen Kurspreis der Wertpapiere und dem damaligen Kaufpreis verlangte (act. 1 und 41). Die Vorinstanz führte das ordentliche Verfahren durch, in dessen Verlauf sie eine Instruktionsverhandlung mit Vergleichsgesprächen, welche erfolglos verliefen, vornahm (Prot. Vorinstanz S. 7 f.). Am 13. Januar 2020 fällte sie ihr Urteil, ohne ein Beweisverfahren durchgeführt zu haben, und wies die Klage vollumfänglich ab (act. 67 = 74/2 = 75, nachfolgend zitiert als act. 75).

4. Gegen dieses Urteil erhob die Klägerin am 19. Februar 2020 Berufung mit den vorstehenden Anträgen (act. 72). Nach Bezahlung des Kostenvorschusses in der Höhe von CHF 18'000.– wurde der Beklagten Frist für die Berufungsantwort angesetzt, die rechtzeitig am 14. Mai 2020 erstattet wurde (act. 78 und 83). Der gesetzlich vorgesehene Schriftenwechsel ist damit abgeschlossen (Art. 312 ZPO). In der Folge machte die Klägerin von ihrem "Replikrecht" keinen Gebrauch. Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 1-70). Der Prozess ist spruchreif.

## II.

### *(Zur Berufung im Einzelnen)*

1. Die Rechtsmittelvoraussetzungen sind erfüllt (vgl. Art. 311 ZPO). Die Berufung wurde fristgerecht erhoben und mit Anträgen sowie einer Begründung versehen. Auf die Berufung ist deshalb einzutreten.

2. In verfahrensrechtlicher Hinsicht gelten folgende Grundsätze: Mit der Berufung können sowohl die unrichtige Rechtsanwendung als auch die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (vgl. Art. 310 ZPO); zu letzterer zählt auch die unrichtige Anwendung des pflichtgemässen Ermessens. Die Berufung erhebende Partei trifft eine Begründungslast. Sie hat substantiiert vorzutragen, aus welchen Gründen der angefochtene Entscheid unrichtig ist und

wie er geändert werden muss. Denn das zweitinstanzliche Verfahren zeichnet sich dadurch aus, dass bereits eine gerichtliche Beurteilung des Streits vorliegt. Entsprechend ist es an der Berufung erhebenden Partei, anhand der erstinstanzlich festgestellten Tatsachen oder der daraus gezogenen rechtlichen Schlüsse aufzuzeigen, inwiefern sich die Überlegungen des erstinstanzlichen Gerichts nicht aufrecht erhalten lassen (Urteil 4A\_418/2017 vom 8. Januar 2018 E. 2.3 und 5A\_111/2016 vom 6. September 2016 E. 5.3). Blosser Verweise auf die Vorakten oder Wiederholungen des bereits vor der ersten Instanz Vorgetragenen genügen den gesetzlichen Anforderungen an eine hinreichende Begründung ebenso wenig wie allgemeine Kritik an angefochtenen Entscheid bzw. an den erstinstanzlichen Erwägungen (BSK ZPO-KARL SPÜHLER, 3. Auflage, Art. 312 N 15; ZK ZPO-REETZ/THEILER, 3. A. 2016, Art. 311 N 36 f.; BGE 138 III 374 ff., E. 4 = Pra 102 [2013] Nr. 4).

Die Berufungsinstanz kann sämtliche hinreichend substantiierten Mängel in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht frei und uneingeschränkt prüfen (freie bzw. volle Kognition; vgl. ZR 110 [2011] Nr. 80, BGE 138 III 374 ff., E. 4.3.1 = Pra 102 [2013] Nr. 4). Die Berufungsinstanz hat den Entscheid einer unabhängigen neuen Beurteilung zu unterziehen und ist weder an die Argumente der Parteien noch an die Begründung des vorinstanzlichen Entscheids gebunden, sondern wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO; vgl. BGE 133 II 249 E. 1.4.1). Deshalb kann die Berufung auch mit einer anderen Argumentation gutgeheissen oder mit einer von der Argumentation der Vorinstanz abweichenden Begründung abgewiesen werden (vgl. BGer 4A\_629/2017 vom 17. Juli 2018, E. 4.1.4; 4A\_397/2016 vom 30. November 2016, E. 3.1). Die volle Kognition der Berufungsinstanz bedeutet allerdings nicht, dass die Berufungsinstanz alle sich stellenden Fragen zu untersuchen hat, wenn die Berufung erhebende Partei diese vor der Berufungsinstanz nicht (mehr) vorträgt. Vielmehr hat sich die Berufungsinstanz – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – auf die Beurteilung der in der schriftlichen Berufungsbegründung erhobenen Beanstandungen zu beschränken (vgl. BGE 142 III 413 ff., E. 2.2.4; BGer 4A\_629/2017 vom 17. Juli 2018, E. 4.1.4; 4A\_418/2017 vom 8. Januar 2018, E. 2.3).

Neue Tatsachen und Beweismittel dürfen nur noch berücksichtigt werden, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Diejenige Partei, welche vor der Berufungsinstanz das Novenrecht beanspruchen will, hat die Novenqualität jedes ihrer Vorbringen darzutun und zu beweisen. Im Falle unechter Noven hat sie die Gründe detailliert darzulegen, weshalb sie die Tatsache oder das Beweismittel nicht schon vor erster Instanz vorbringen konnte (vgl. BGer 5A\_330/2013 vom 24. September 2013, E. 3.5.1; OGer ZH LB170050 vom 22. September 2017, E. II./3 und LB170028 vom 30. November 2017, E. II./1.2).

3.1. Die Klägerin rügt, die Vorinstanz habe das Recht falsch angewendet, indem sie eine Schlechterfüllung des Auftrags durch die Beklagte verneint und ein Beweisverfahren zum genauen Inhalt des der Beklagten an der Besprechung vom 22. Dezember 2014 erteilten Auftrags unterlassen habe (act. 72 S. 3 ff.). Auch bei einer reinen Konto-/Depotbeziehung habe die Bank eine im Einzelfall zu bestimmende Sorgfalts- und Treuepflicht, wenn der Kunde Aufklärung oder Beratung im Vorfeld einer geplanten Transaktion verlange. Konkret habe sich D.\_\_\_\_\_ bei der Beklagten nach einer Direktinvestition in Rohöl, welche 1:1 an den Rohölspotpreis gekoppelt sei, erkundigt. Er habe jedoch von F.\_\_\_\_\_ nur zwei Facts-Sheets, die sich auf Futures im Bereich Rohöl bezogen hätten, erhalten. Die Vorinstanz verkenne, dass die vorgelegten Fact-Sheets über Futures-Anlagen keine hinreichende Information auf die Anfrage von D.\_\_\_\_\_ nach einer Direktinvestition in Rohöl dargestellt hätten. Die Annahme der Vorinstanz, D.\_\_\_\_\_ habe hinreichende eigene Kenntnisse gehabt, um die Differenz der Funktionsweise einer Investition mit direkter Koppelung an den Rohölspotpreis und einer Investition in Futures verstehen zu können, sei falsch und unzulässig. Zudem hätte eine solche mangelnde Kenntnis nicht im Rahmen der Schlechterfüllung durch die Beklagte, sondern im Rahmen der Schadenersatzminderung geprüft werden müssen. Um den Beratungsvertrag korrekt zu erfüllen, hätte die Beklagte D.\_\_\_\_\_ klar darüber informieren müssen, dass es die von ihm verlangte Direktinvestition in Rohöl für Privatanleger gar nicht gebe. Die Vorinstanz habe zu Unrecht unterlassen, Beweis darüber abzunehmen, ob sich D.\_\_\_\_\_ an der Besprechung vom 22. De-

zember 2014 konkret nach Investitionen in Rohöl, die 1:1 an den Rohölspotpreis gekoppelt seien, erkundigt habe.

3.2. Die Beklagte verneint in ihrer Berufungsantwort eine falsche Rechtsanwendung oder unrichtige Tatsachenfeststellung durch die Vorinstanz (act. 83 S. 4 ff.). Sie bestritt wie bereits im Verfahren vor Bezirksgericht, dass sich D. \_\_\_\_\_ anlässlich der Besprechung vom 22. Dezember 2014 nach einer Investition, die direkt an den Rohöl-Spotpreis gekoppelt sein müsse, erkundigt habe. Er habe allgemein nach einer Anlage in Rohöl gefragt. Die Beklagte hätte zudem selbst bei Annahme eines Beratungsauftrags im Sinne der Klägerin diesen korrekt erfüllt, weil die von ihr angebotenen zwei Anlageprodukte an den Preis von Rohöl gekoppelt seien, zumal sie auf dem Preis der Rohölsorte C. \_\_\_\_\_ (C. \_\_\_\_\_) basiert hätten. An den Preis gekoppelte Investitionen im Bereich Rohöl seien für Privatanleger meist als Futures mit Roll-over-Funktion erhältlich. Investitionen mit direkter Koppelung an den Rohölspotpreis gebe es für Privatanleger nicht, weil eine solche zur Folge hätte, dass der Anleger Ölfässer erwerben und lagern müsste, was bei Privatanlegern nicht gehe. D. \_\_\_\_\_ habe sich beim damaligen Treffen von seinem sehr erfahrenen Vermögensverwalter, E. \_\_\_\_\_, begleiten lassen und mit diesem die in den Fact-Sheets dargestellten Anlagen auf Polnisch besprochen, ohne die Kundenbetreuerin der Beklagten einzubeziehen. E. \_\_\_\_\_ habe zudem die Aufstockung des Investments Wochen später veranlasst und die Kauforder für die Wertpapiere am G. \_\_\_\_\_ auf C. \_\_\_\_\_ bestätigt. Die Beklagte hätte deshalb auch bei Annahme eines Beratungsvertrags ihre Sorgfalts- oder Treupflichten erfüllt. Es habe indessen nur eine reine Konto-/Depotbeziehung bestanden. Ein zusätzlicher Beratungsvertrag sei nicht geschlossen worden (act. 83).

3.3. Die Vorinstanz hat von einem Beweisverfahren darüber abgesehen, ob D. \_\_\_\_\_ der Beklagten am 22. Dezember 2014 einen Beratungsauftrag über eine Direktinvestition in Rohöl, welche direkt an den Spotpreis gekoppelt ist, erteilte. Sie erwog, es könne neben einer bestehenden Konto-/Depotbeziehung von Fall zu Fall zusätzlich ein mündlicher Anlageberatungsvertrag hinsichtlich einer bestimmten Investition zwischen den Parteien abgeschlossen werden. Ein solcher unterstehe in der Regel dem Auftragsrecht gemäss Art. 394 ff. OR. Es könne vor-

liegend jedoch offen bleiben, ob die Parteien am 22. Dezember 2014 einen solchen Vertrag geschlossen hätten, weil die Beklagte selbst bei Annahme eines solchen ihre auftragsrechtlichen Sorgfaltspflichten erfüllt habe. Die Beklagte hafte gemäss Art. 398 Abs. 2 OR zwar für sorgfältige und getreue Beratung, jedoch nicht für deren Erfolg. Die Beklagte habe ihre Kunden nur über Umstände aufzuklären, die ihnen nicht bekannt, aber für ihre Willensbildung erheblich seien. D.\_\_\_\_\_ verfüge selber über sehr gute Kenntnisse der Makroökonomie und der Risiken der Märkte sowie über Erfahrungen als Anleger. Zudem sei er am 22. Dezember 2014 von E.\_\_\_\_\_, einem erfahrenen Anlageberater, zum Treffen begleitet worden. Die beiden ihnen von F.\_\_\_\_\_ übergebenen Fact-Sheets hätten die Funktionsweise und die Risiken der zwei Anlage-Produkte (C3.\_\_\_\_\_ Index Zertifikat und C.\_\_\_\_\_ Zertifikat) verständlich umschrieben und deutlich gemacht, dass die Anlagen auf rollenden Futures basierten. F.\_\_\_\_\_ habe auch bei Annahme des spezifischen Anlageberatungsvertrags davon ausgehen dürfen, dass D.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ gewusst hätten, dass es sich bei dem ausgewählten Produkt C.\_\_\_\_\_ um eine Investition auf Futures-Basis und keine Direktinvestition in Rohöl handle, dass letztere für Privatanleger nicht möglich sei und dass die beiden die Funktionsweise der Anlagen gemäss Fact-Sheets verstanden hätten. Die Bank sei ihrer Aufklärungspflicht somit schriftlich nachgekommen (act. 75 S. 11 ff.).

4. Gegenstand des Berufungsverfahrens bilden damit die beiden zusammenhängenden Fragen, ob die Vorinstanz das Recht auf Beweis der Klägerin verletzt hat, indem sie auf ein Beweisverfahren zum behaupteten punktuellen Anlageberatungsvertrag verzichtet hat, und ob die Vorinstanz bei ihrer Einschätzung, die Beklagte sei bei Annahme eines solchen Beratungsvertrag ihren Sorgfaltspflichten hinreichend nachgekommen, das Recht unrichtig angewendet oder Tatsachen unrichtig gewürdigt hat.

4.1. Gemäss Art. 152 Abs. 1 ZPO hat jede Partei das Recht, dass das Gericht die von ihr form- und fristgerecht angebotenen tauglichen Beweismittel abnimmt. Das Recht auf Beweis ist Ausfluss des Anspruchs auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 BV. Das Recht auf Beweis hindert das Gericht indessen nicht daran, die

Beweise antizipiert zu würdigen, wenn es zum Schluss kommt, dass weitere Beweiserhebungen an seinem Urteil nichts zu ändern vermöchten, weil die entsprechenden Beweisanträge offensichtlich untauglich sind oder eine rechtsunerhebliche Tatsache betreffen oder weil das Gericht aufgrund der bereits abgenommenen Beweise seine Überzeugung gebildet hat und willkürfrei davon ausgehen darf, diese würde durch weitere Beweiserhebungen nicht erschüttert (4A\_70/2018 E. 4.2; BGE 141 I 60 E. 3.3 und 134 I 140 E. 5.3).

4.2. Die Vorinstanz stellte sich auf den Standpunkt, die Abnahme von Beweisen zum Beratungsvertrag könnte an ihrer Überzeugung nichts mehr ändern und die Beweise beträfen rechtsunerhebliche Tatsachen. Es ist deshalb zu prüfen, ob diese Antizipation korrekt erfolgte und die Vorinstanz davon ausgehen durfte, die Beklagte habe ihre Sorgfaltspflichten aus dem von der Klägerin behaupteten Beratungsvertrag erfüllt.

5.1. Die Qualifikation des konkreten Bankvertrags beeinflusst Bestand und Umfang der vertraglichen Aufklärungs-, Beratungs- und Warnpflichten der Bank. Gewissermassen der Minimalstandard besteht bei der blossen Konto-/Depotbeziehung (BGer 4A\_449/2018 vom 25. März 2019 E. 3; BGE 133 III 97 E. 7.1.1). Bei dieser werden die Anlageentscheide vom Kunden getroffen, wobei keine Beratungsdienstleistung seitens der Beklagten erfolgt, sondern ihr lediglich ein Anlageauftrag erteilt wird („execution only“; BGer. 4A\_593/2015 vom 13. Dezember 2016 E. 7.1.4). Entsprechend reduziert sich die Sorgfalts- und Treuepflicht der Bank grundsätzlich auf die korrekte Ausführung der ihr vom Kunden punktuell erteilten Anlageaufträge und der korrekten Aufbewahrung der erworbenen Wertpapiere. Der Kunde darf allerdings nach Treu und Glauben auch unaufgefordert Beratung und Abmahnung erwarten, etwa wenn die Bank bei pflichtgemässer Aufmerksamkeit erkennen muss, dass der Kunde eine bestimmte, mit der Anlage verbundene Gefahr nicht erkannt hat, oder wenn sich wegen einer andauernden Geschäftsbeziehung zwischen der Bank und dem Kunden ein besonderes Vertrauensverhältnis entwickelt hat (BGE 133 III 97 E. 7.2).

Was die Sorgfaltspflicht bei einem (punktuellen) Anlageberatungsvertrag betrifft, gilt als Faustregel, dass die Information der Bank im Hinblick auf den konkreten

Anlageentscheid vollständig sein muss. Die Bank trifft neben der Aufklärungspflicht allenfalls spezielle Abmahnungs- und Warnpflichten bei unzweckmässigen oder risikoreichen Weisungen. Wie weit ihre Informationspflicht geht, hängt vom konkreten Anlagegeschäft und den Kenntnissen des Kunden ab (BGer 4A\_593/2015 vom 13. Dezember 2016 E. 7.1.3.). Die Aufklärungspflicht dient dazu, dessen Informationsdefizite auszugleichen. Wenn der Kunde eine Information bereits hat, braucht er nicht weiter beraten zu werden (BGE 133 III 97 E. 7.1.1.). Bei einem sach- bzw. fachkundigen Anleger, der über eine über den allgemeinen Wissensstand hinausgehende Sachkunde bezüglich Anlagen und Finanzinstrumenten verfügt, ist die Informationspflicht eingeschränkt (vgl. BGer 4A\_140/2011 vom 27. Juni 2011 E. 3.2).

Unter Umständen muss sich der Kunde ein Selbstverschulden bei unangemessenen Anlageentscheiden anrechnen lassen. Er hat grundsätzlich alles vorzukehren, was ihm vernünftigerweise zugemutet werden kann, um den Schaden nicht anwachsen zu lassen. Gegen diese Pflicht verstösst derjenige Anleger, der die Mangelhaftigkeit einer Auskunft erkennt oder bei der ihm zumutbaren Aufmerksamkeit hätte erkennen müssen und die darauf basierende Disposition nicht verhindert (URS BERTSCHINGER, Sorgfaltspflichten der Bank bei Anlageberatung und Verwaltungsaufträgen, Zürich 1991, S. 158 ff.).

5.2. Die Klägerin anerkennt, dass sie und ihr Ehemann am 9. Dezember 2014 mit der Beklagten einen dauerhaften Konto-/Depotvertrag abgeschlossen haben. Sie behauptete vor Vorinstanz nicht, die Beklagte habe beim Kauf oder bei der Aufbewahrung der G.\_\_\_\_-Wertpapiere fehlerhaft gehandelt (vgl. auch act. 41 Ziff. II.2.17). Weiter machte sie nicht geltend, es habe eine besondere Vertrauensbeziehung bestanden, welche die Beklagte zu mehr Informationen verpflichtet hätte. Vorab ist deshalb zu konstatieren, dass eine Sorgfaltspflichtverletzung der Beklagten im Rahmen der damals bestehenden Konto-/Depotbeziehung ausser Betracht fällt.

Im Weiteren legte die Vorinstanz in ihrem Urteil nachvollziehbar dar, weshalb die Kundenbetreuerin davon habe ausgehen dürfen, dass D.\_\_\_\_ zusammen mit E.\_\_\_\_ die Funktionsweise von Futures sowie die Tatsache, dass es sich bei

den in den Fact-Sheets umschriebenen Produkten um Futures-Anlagen handle, bekannt gewesen sei, und die Beklagte von weiteren Informationen habe absehen dürfen (act. 75 S. 11 f.). Mit der Begründung der Vorinstanz setzt sich die Klägerin in der Berufung nur pauschal auseinander und geht lediglich punktuell darauf ein. So legt die Klägerin nicht nachvollziehbar dar, weshalb die Beklagte bei einem Beratungsmandat ihre Sorgfaltspflichten gegenüber dem fachkundig begleiteten D.\_\_\_\_\_ verletzt haben soll. Insbesondere führt sie nicht aus, weshalb F.\_\_\_\_\_ im Gegensatz zur Annahme der Vorinstanz hätte davon ausgehen müssen, D.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ seien die Funktionsweise von Futures sowie die Tatsache nicht bekannt gewesen, dass es sich bei den in den Fact-Sheets umschriebenen Produkten um eben solche Futures-Anlagen handle. Die Klägerin anerkennt selber, dass D.\_\_\_\_\_ Kenntnisse der Makroökonomie und Erfahrung als Anleger besass und die Risiken der Märkte kannte (act. 72 Ziff. II/2.4.1.) bzw. als qualifizierter Investor galt (vgl. act. 41 Ziff. II/2.35). In Wiederholung ihrer Ausführungen vor Vorinstanz folgert sie anders als jene daraus, dass er dennoch nicht habe wissen können, dass Direktinvestitionen in Rohöl gekoppelt an den Spotpreis nicht möglich seien. Diese Schlussfolgerung begründet sie aber nicht näher und diese scheint in Anbetracht der Gesamtumstände auch nicht ohne weiteres schlüssig. Wie die Vorinstanz einleuchtend ausführte, handelt es sich bei D.\_\_\_\_\_ um einen sehr erfahrenen Geschäftsmann und keinen „Börsenanfänger“. Er verfügte über ein Vermögen von rund 13 Millionen Schweizer Franken (act. 14/8), wobei er die Anlageentscheide, soweit ersichtlich, selber traf. Gemäss dem bei der Beklagten hinterlegten „Relation Profile“ besass er jahrzehntelange Erfahrung als Journalist und war Inhaber und Geschäftsführer einer der grössten Gesellschaften Polens im Bereich Public Relations (act. 14/8). Er galt als „Qualified Investor under Collective Investment Schemes Act (CISA) and the Collective Investment Schemes Ordinance (CISO)“ (act. 14/11). Mit der Unterzeichnung des entsprechenden Bankenformulars bestätigte er selber, sich zumindest im Bereich der kollektiven Geld- und Kapitalanlagen im Sinne des Bundesgesetzes über kollektive Kapitalanlagen und der Kapitalanlageverordnung auszukennen. Unbestritten ist ferner, dass es sich beim Begleiter, E.\_\_\_\_\_, um eine in Anlagegeschäften sehr erfahrene Person handelte und dass sich die Beiden nach Erhalt der Fact-Sheets auf Polnisch alleine be-

sprochen hatten, bevor sich D.\_\_\_\_\_ für den Kauf der G.\_\_\_\_\_ -Securities C.\_\_\_\_\_ ... entschied. Im Fact-Sheet zu dieser Anlage wird über die Art der Anlage und die Funktionsweise, wie die Vorinstanz richtig festhält, unter dem Titel „Index Description“ in Englisch und Deutsch verständlich informiert: *"Ein Terminkontrakt (Future) ist eine Vereinbarung über den Kauf eines Rohstoffes zu einem bestimmten Preis, wobei Lieferung und Zahlung zu einem festgelegten Termin in der Zukunft erfolgen. Kurz bevor der im Kontrakt festgelegte Fälligkeitstermin verstreicht, werden der Terminkontrakt in der Regel verkauft und neue Futurespositionen gekauft. So werden die physische Lieferung des zugrunde liegenden Rohstoffs vermieden (dieser Prozess wird auch als „Roller“ bezeichnet)"* (act. 14/18 S. 1 vgl. auf Deutsch übersetzt auf S. 4). Auf der ersten Seite des betreffenden Fact-Sheets ist unter der Rubrik „Benchmark Information“ sowie bei der Indexbeschreibung auf Seite 2 überdies ohne weiteres ersichtlich, dass die Futures den C3.\_\_\_\_\_ Subindex und nicht den Spotpreis von C.\_\_\_\_\_ abbilden. Für den geschäfts- und anlagegewandten D.\_\_\_\_\_ sowie seinen Begleiter müsste deshalb rasch ersichtlich gewesen sein, dass es sich nicht um eine an den Spotpreis von C.\_\_\_\_\_ gekoppelte Direktanlage handelte. Im Fact-Sheet wird schliesslich auch auf die hohen Risiken des Produkts hingewiesen („significant degree of risk“) und der historische Verlauf der Performance des C3.\_\_\_\_\_ -Indexes (und nicht der Verlauf des Rohölspotpreises) aufgezeigt (act. 14/18 S. 2).

In Anbetracht dieser feststehenden Tatsachen ist die Einschätzung der Vorinstanz, die Beklagte habe ihre Sorgfaltspflichten auch dann erfüllt, wenn ein Beratungsvertrag im Sinne der Vorbringen der Klägerin zustande gekommen ist, nicht zu beanstanden. Selbst wenn sich D.\_\_\_\_\_ anlässlich der Besprechung zunächst nach einer Möglichkeit der Direktinvestition in Rohöl gekoppelt an den Spotpreis erkundigt haben sollte, müsste angenommen werden, dass er den nachfolgenden Kauf der Futures in Kenntnis um deren Rechtsnatur und Funktionsweise in Auftrag gab und damit seine anfänglich geäußerte Absicht in voller Kenntnis der Sachlage geändert hatte. Die Klägerin anerkennt einerseits, dass eine Direktinvestition in Rohöl zum Spotpreis für Privatanleger nicht möglich ist. Welche andere, bessere Investition in Rohöl C.\_\_\_\_\_ als die in den Fact-Sheets enthaltenen sonst bestanden hätte bzw. von der Beklagten hätte vorgeschlagen

werden müssen, legt sie andererseits nicht dar. Damit behauptet sie nicht schlüssig, weshalb die Übergabe der beiden Fact-Sheets eine Sorgfaltspflichtverletzung der Beklagten darstellen sollte. Selbst für im Anlagegeschäft weniger erfahrene Personen ist nachvollziehbar, dass eine Direktinvestition in Rohöl zum Spotpreis, d.h. der direkte An- und Verkauf von Mengen bestimmter Rohölsorten, das physische Erwerben und zeitweilige Lagern des gehandelten Stoffes voraussetzen würde, weshalb eine solche Investition für Privatanleger nicht zu bewerkstelligen wäre. Es bestehen keine Gründe anzunehmen, dies sei vom geschäftserfahrenen und fachkundig begleiteten D.\_\_\_\_\_ damals nicht erkannt worden. Sein Begleiter, E.\_\_\_\_\_, ist ein ehemaliger Mitarbeiter der Beklagten und langjähriger Vermögensverwalter (act. 1 S. 4 und act. 13 Ziff. II.1.2). Er verfügte zudem über eine Spezialvollmacht der Eheleute A.\_\_\_\_\_D.\_\_\_\_\_ zum Erhalt aller Informationen über das Portfolio einschliesslich Transaktionen bei der Beklagten (act. 14/13). Er veranlasste die Aufstockung des Ölinvestments und trat dabei gegenüber der Beklagten als Vertreter der Eheleute A.\_\_\_\_\_D.\_\_\_\_\_ auf. Die Klägerin hat in der Berufungsschrift nicht in Abrede gestellt, dass sich D.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ nach Erhalt der Fact-Sheets auf Polnisch ohne Einbezug von F.\_\_\_\_\_ untereinander besprochen hatten. F.\_\_\_\_\_ durfte unter diesen Aspekten ohne weiteres annehmen, dass D.\_\_\_\_\_ von E.\_\_\_\_\_ fachkundig und ausreichend beraten wurde. Es würde die Sorgfaltspflicht der Beklagten überspannen, unter diesen Umständen zu verlangen, die Beklagte müsse D.\_\_\_\_\_ von sich aus ausdrücklich darauf hinweisen, dass es sich bei den vorgelegten Anlageprodukten nicht um eine Direktinvestition gekoppelt an den Rohölspotpreis, sondern um eine auf Futures-Kontrakten basierende Anlage handelt. Die Klägerin hat vor Vorinstanz nicht behauptet, D.\_\_\_\_\_ habe nach Erhalt der Fact-Sheets weitere Informationen von F.\_\_\_\_\_ verlangt. Dazu wäre er aber zur Verhinderung eines Schadens verpflichtet gewesen, wenn er die Anlagen in den Fact-Sheets nicht verstanden hätte oder er an seinem ursprünglichen Wunsch einer Direktinvestition in Rohöl gekoppelt an den Spotpreis hätte festhalten wollen. Die Klägerin hat im Übrigen ihre Behauptung, D.\_\_\_\_\_ hätte bei Kenntnis der Funktionsweise der Anlage auf eine solche verzichtet, weder nachvollziehbar begründet noch belegt. Insgesamt stellt damit die Übergabe der Fact-Sheets eine zwar standardisierte, aber im Konkreten hin-

reichende Information auf die Anfrage von D.\_\_\_\_\_ nach einer Direktinvestition in das Rohöl C.\_\_\_\_\_ dar. Eine Sorgfaltspflichtverletzung durch die Beklagte lässt sich nicht ersehen.

5.3. Zusammenfassend ist die hypothetische Annahme der Vorinstanz, die Beklagte hätte selbst bei Vorliegen eines speziellen Beratungsmandats ihre Sorgfaltspflichten erfüllt, nicht zu beanstanden. Eine unrichtige Tatsachenfeststellung oder unrichtige Tatsachenwürdigung lässt sich nicht ausmachen. Die Vorinstanz durfte in diesem Fall von einem Beweisverfahren über das Zustandekommen und den Inhalt des von der Klägerin behaupteten Beratungsauftrags absehen. Eine unrichtige Anwendung von Art. 152 Abs. 1 ZPO liegt demnach nicht vor und die Rüge der unrichtigen Rechtsanwendung ist folglich unbegründet.

5.4.1. In Ergänzung der vorinstanzlichen Vorbringen ist Folgendes festzuhalten: Die Parteien verband unbestritten eine dauerhafte Konto-/Depotbeziehung, die keine Beratung des Kunden durch die Bank bei Anlagegeschäften umfasst. Die Schadenersatzklage der Klägerin setzt demnach das Zustandekommen eines einzelnen Beratungsauftrags voraus, was die Klägerin gemäss Art. 55 ZPO und Art. 8 ZGB aufgrund der Bestreitungen der Beklagten im Einzelnen zu substantiieren und zu beweisen hat, ansonsten die betreffenden Tatsachen unberücksichtigt zu bleiben haben (BGer Urteil 4A\_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.1; BGE 127 III 365 E. 2b; 136 III 322 E. 3.4.2).

5.4.2. Die Beklagte behauptet, F.\_\_\_\_\_ sei lediglich gebeten worden, im Computer nach Anlagemöglichkeiten zu suchen, welche die Entwicklung des Preises der Ölsorte C.\_\_\_\_\_ mittels eines Fonds, eines G.\_\_\_\_\_ auf C.\_\_\_\_\_, widerspiegeln. F.\_\_\_\_\_ habe die beiden Herren nicht beraten und auch keine Anlage empfohlen, sondern einzig deren Wunsch, solche Anlagen zu suchen, mit den in den beiden Fact-Sheets erwähnten Anlagemöglichkeiten korrekt erfüllt (act. 13 Ziff. II.2.2 und Ziff. II.16.3.1.1 S. 38 und Ziff. 17, act. 49 Ziff. 22 und 23; act. 49 Ziff. 40 und 57). Die Beklagte beruft sich damit auf eine Gefälligkeitshandlung im Rahmen der bestehenden Konto-/Depotbeziehung und verneint das Zustandekommen eines zusätzlichen Beratungsvertrags. Es hätte deshalb der Klägerin obliegen, spätestens mit der Replik die für das Zustandekommen eines Beratungsvertrags not-

wendigen Tatsachen im Einzelnen zu behaupten. Dazu hätte sie in erster Linie die angeblich konkret geäusserten Willenserklärungen der damaligen Gesprächsparteien darstellen müssen.

Dieser Substantiierungsobliegenheit ist die Klägerin im vorinstanzlichen Verfahren nicht nachgekommen. In der Klageschrift führte die Beklagte lediglich aus, D.\_\_\_\_\_ habe *beabsichtigt*, USD 1 Mio. in Rohöl zu investieren und F.\_\_\_\_\_ nach einem Produkt, welches 1: 1 den Spotpreis von Rohöl widerspiegle, *angefragt*. Daraufhin habe F.\_\_\_\_\_ den Raum verlassen und nach ihrer Rückkehr zwei Papiere mit den Worten „here you are“ übergeben. Auf Frage nach dem Unterschied der beiden Papiere habe sie einzig auf die unterschiedlichen Aussteller bzw. deren Liquidität hingewiesen (u.a. act. 1 S. 4). Aufgrund dieser pauschalen Beschreibung des Meetings und der blossen Formulierung des angeblichen Auftrags als „Anfrage“ lässt sich nicht beurteilen, ob und mit welchem genauen Inhalt unter den damaligen Vertragsparteien eine Einigung im Sinne von Art. 1 ff. OR über eine zusätzliche Beratung betreffend eine Investition in C.\_\_\_\_\_ Rohöl zustande kam und ob ein Bindungswille auf Seiten der Beklagten für einen über die bisherige Konto-/Depot-Beziehung hinausgehenden Beratungsauftrag bestand. In ihrer Replik ergänzte die Klägerin ihre Ausführungen nur wenig. So hätten D.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ nach Erhalt der Fact-Sheets diese kurz studiert und sich auf die Angaben von F.\_\_\_\_\_ und die von D.\_\_\_\_\_ klar geäusserten Vorgaben und Anweisungen verlassen (u.a. act. 41 Ziff. II/2.4). Welche Angaben F.\_\_\_\_\_ konkret gemacht haben soll, substantiierte die Klägerin allerdings ebenso wenig wie die angeblich klaren Anweisungen von D.\_\_\_\_\_. Die Klägerin hätte aber gerade die der Beklagten erteilten konkreten Weisungen und vor allem die anschliessenden Willensäusserungen von F.\_\_\_\_\_ nachvollziehbar behaupten müssen. Das einseitige Erteilen von Weisungen führt genau so wenig zum Abschluss eines Beratungsvertrags wie das einseitige Vorbringen von „Wünschen“. Der Umstand, dass sich D.\_\_\_\_\_ von E.\_\_\_\_\_ begleiten liess, sprach auf jeden Fall aus Sicht der Beklagten gegen das Bedürfnis einer besonderen Beratung durch die Bank und hätte andernfalls nach einer ausdrücklichen Vereinbarung über eine solche verlangt. Die Angaben der Klägerin reichen als Basis für ein Beweisverfahren über das Zustandekommen eines bestimmten Beratungsvertrags nicht aus. Da das Beweis-

verfahren nicht der Substantiierung des Vortrags dient, durfte die Vorinstanz auch mangels Substantiierung von diesem absehen.

5.5. Da entweder gar kein Beratungsmandat bestand oder aber die Sorgfaltspflichten von der Beklagten erfüllt wurden, fehlt im einen wie im anderen Fall eine Grundvoraussetzung für die von der Klägerin angestrebte Schadenersatzklage, weshalb die Abweisung der Klage durch die Vorinstanz zu Recht erfolgte.

6.1. Die Vorinstanz wies die Klage im Übrigen mit der weiteren Begründung ab, diese hätte in USD und nicht in CHF erhoben werden müssen (act. 75 S. 14 f.). Die Klägerin hält auch diese Begründung für rechtlich falsch (act. 72 S. 7 ff.).

6.2. Gemäss Art. 84 Abs. 1 OR sind Geldschulden in gesetzlichen Zahlungsmitteln der geschuldeten Währung zu bezahlen. Der Gläubiger kann nur Zahlung in der vereinbarten Auslandswährung fordern (BGE 134 III 151 E. 2.2; BGer 4A\_3/2016 E. 4.1 vom 26. April 2017) und dementsprechend darf der Schuldner durch das Gericht nur zur Zahlung in der betreffenden Auslandswährung verpflichtet werden. Lautet das Rechtsbegehren auf Zahlung der Landes- anstatt der geschuldeten Fremdwährung, muss die Klage abgewiesen werden.

6.3. Der damals in Polen lebende D.\_\_\_\_\_ wies die Beklagte an, für USD 1 Mio. Wertpapiere am C4.\_\_\_\_\_ ..., der in USD als Basiswährung geführt wurde, zu kaufen. Bei diesem Sachverhalt ist die Auffassung der Vorinstanz vertretbar, ein allfälliger Wertverlust aus dieser Anlage sei in USD entstanden und das Rechtsbegehren hätte auf Bezahlung einer Summe in dieser Währung lauten müssen. Daran vermag auch nichts zu ändern, dass gemäss Eröffnungsurkunde auf dem Gemeinschaftsdepot Vermögenswerte in CHF, USD, GBP und EUR gehalten werden konnten (act. 14/1). Diese Möglichkeit führte nicht dazu, dass in Abänderung von Art. 84 Abs. 1 OR Verluste aus Anlagegeschäften wahlweise in einer dieser Währung eingeklagt werden können, sondern sollte erlauben, das Portfolio zu diversifizieren. Überzeugende Gründe, um von der im angefochtenen Urteil korrekt zitierten Lehre und Gerichtspraxis bzw. der Rechtsauffassung der Vorinstanz abzuweichen, hat die Klägerin mit ihren bereits im erstinstanzlichen Verfahren vorgebrachten und im Berufungsverfahren wiederholten pauschalen Be-

hauptungen, ein Fremdwährungsschaden könne auch in Schweizer Franken bzw. müsse nicht unbedingt in der Fremdwährung eingeklagt werden, nicht dargetan. Die Vorinstanz hat bereits schlüssig dargelegt, dass der von der Klägerin erwähnte Bundesgerichtsentscheid 137 III 158 nicht ohne weiteres für den vorliegenden Fall einschlägig ist, zumal sich der Entscheid auf eine Forderung aus unerlaubter Handlung und eben nicht auf eine vertragliche Geldschuld bezieht. Weshalb die Vermögensverminderung vorliegend nicht in USD eingetreten sein soll, führt die Klägerin im Übrigen nicht aus. Da die Klage aber bereits aus den vorstehenden Gründen abzuweisen ist, kann auf weitergehende Ausführungen zur Fremdwährungsschuld verzichtet werden.

7. Zusammenfassend dringt die Klägerin mit ihren Rügen nicht durch. Das vorinstanzliche Urteil ist somit zu bestätigen und die Berufung abzuweisen.

### III.

#### *(Kosten und Entschädigung)*

1. Die Klägerin unterliegt im Berufungsverfahren vollumfänglich. Ausgangsgemäss hat sie die Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens sowie des Berufungsverfahrens zu tragen (Art. 106 ZPO).

2. Die Klägerin hat die Aufhebung des gesamten angefochtenen Urteils verlangt, indessen die Festsetzung und Verteilung der erstinstanzlichen Gerichtskosten nicht substantiiert beanstandet. Sowohl Dispositiv-Ziffer 2 als auch Dispositiv-Ziffer 3 des Urteils der Vorinstanz sind folglich ohne weiteres zu bestätigen. Der Streitwert richtet sich nach dem Rechtsbegehren (Art. 91 ZPO). Ein im Verlauf des Verfahrens eingetretener Kursverfall der Wertpapiere führt nicht zur Annahme eines geringeren Streitwerts. Bei einem Streitwert von CHF 474'500.– (act. 76) sind die gemäss §§ 4 und 12 GebV OG zu berechnenden Gerichtskosten für das Berufungsverfahren auf CHF 15'000.– zu veranschlagen.

3. Die von der Vorinstanz festgesetzte Parteientschädigung an die Beklagte im Betrag von CHF 50'800.– rügte die Klägerin ebenfalls nicht näher. Auch Dispositiv-Ziffer 4 des Urteils der Vorinstanz ist demnach zu bestätigen. Die Klägerin ist

zudem zu verpflichten, der Beklagten gestützt auf § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV in Verbindung mit § 4 Abs. 1 AnwGebV für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von CHF 10'000.– (inkl. MwSt.) zu bezahlen.

**Es wird erkannt:**

1. Die Berufung wird abgewiesen, und das Urteil des Bezirksgerichtes Zürich (4. Abteilung) vom 13. Januar 2020 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidunggebühr wird auf CHF 15'000.– festgesetzt und der Klägerin auferlegt.

Für die Kosten des Berufungsverfahrens wird der von der Klägerin geleistete Vorschuss von CHF 18'000.– herangezogen; der Überschuss wird der Klägerin zurückerstattet, unter Vorbehalt eines allfälligen Verrechnungsanspruchs.

3. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von CHF 10'000.– zu zahlen.
4. 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.

5. 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. 474'500.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. E. Lichti Aschwanden

MLaw M. Schnarwiler

versandt am: