



Mitwirkend: Oberrichterin Dr. Claudia Bühler, Präsidentin, Oberrichter Dr. Stephan Mazan, Vizepräsident, die Handelsrichter Thomas Steinebrunner, Giuseppe De Simone und Christian Zuber sowie der Gerichtsschreiber Dr. Severin Harisberger

Urteil vom 1. Oktober 2024

in Sachen

A. _____,
Klägerin

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw, LL.M. X. _____

gegen

B. _____ **AG**,
Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y1. _____

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw Y2. _____

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw Y3. _____

betreffend **Forderung**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

"Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin USD 700'000 und EUR 300'000, zuzüglich Zins von 5% seit 20. Mai 2020, im Zusammenhang mit den folgenden Kontobelastungen zu bezahlen:

- USD 150'000 betreffend die Belastung vom 12. Januar 2015;
- USD 5'000 betreffend die Belastung vom 17. Dezember 2015;
- je USD 4'000 betreffend die zwei Belastungen vom 8. April 2016 (insgesamt USD 8'000);
- USD 6'000 betreffend die Belastung vom 4. Juli 2016;
- USD 1'000 betreffend die Belastung vom 2. September 2016;
- USD 500'000 betreffend die Belastung vom 7. September 2016;
- USD 30'000 betreffend die Belastung vom 28. Oktober 2016;
- je EUR 5'000 betreffend die zwei Belastungen vom 16. September 2015 (insgesamt EUR 10'000);
- je EUR 5'000 betreffend die zwei Belastungen vom 18. September 2015 (insgesamt EUR 10'000);
- EUR 10'000 betreffend die Belastung vom 11. Dezember 2015;
- EUR 180'000 betreffend die Belastung vom 23. Mai 2016; und
- EUR 90'000 betreffend die Belastung vom 28. Oktober 2016.

Unter Nachklagevorbehalt.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten."

Übersicht

SACHVERHALT UND VERFAHREN	5
A. Sachverhaltsübersicht.....	5
a. Parteien	5
b. Prozessgegenstand.....	5
B. Prozessverlauf	7
ERWÄGUNGEN	9
1. Formelles	9
1.1. Zuständigkeit	9
1.2. Teilklage	10
1.3. Eingaben nach Aktenschluss	10
1.4. Schwärzungen.....	13
2. Hintergrund	15
3. Auf die Kontobeziehung anwendbares Recht	21
4. Überweisung von EUR 1 Mio. (USD 1'183'673.–) am 12. Januar 2015	21
4.1. Sachverhalt.....	21
4.2. Streitpunkte	27
4.3. Fehlen einer Instruktion der Bankkundschaft (Hauptstandpunkt)	28
4.3.1. Rechtliches	28
4.3.1.1. Erster Prüfschritt: Vorliegen einer Instruktion der Bankkundschaft.....	29
4.3.1.2. Zweiter Prüfschritt: Anwendung einer Risikotransferklausel ...	30
4.3.1.3. Alternative: Anwendung einer Zustellungs- und Genehmigungsfiktion.....	33
4.3.2. Würdigung.....	36
4.4. Handlungsunfähigkeit (Eventualstandpunkt).....	43
4.4.1. Rechtliches	43
4.4.1.1. Anwendbares Recht	43
4.4.1.2. Vorgaben des spanischen Rechts.....	45
4.4.2. Würdigung.....	49
4.5. Erklärungsirrtum (Sub-Eventualstandpunkt)	53
4.5.1. Rechtliches	53
4.5.2. Würdigung.....	54
4.6. Fazit.....	55
5. Telefonisch angeordnete Überweisungen von September 2015 bis September 2016	55
5.1. Sachverhalt.....	56
5.2. Streitpunkte	69
5.3. Fehlen einer Instruktion der Bankkundschaft (Hauptstandpunkt)	70
5.3.1. Befugnis der Beklagten zur Entgegennahme von Instruktionen über Telefon und Fax	70
5.3.1.1. Sachverhalt (zur Entgegennahme von Instruktionen über Telefon und Fax)	71
5.3.1.2. Würdigung (zur Entgegennahme von Instruktionen über Telefon und Fax)	72
5.3.2. Würdigung (zum Vorliegen gehöriger Instruktionen)	74
5.4. Handlungsunfähigkeit (Eventualstandpunkt) – Würdigung	81

5.5. Fazit.....	88
6. Überweisung von EUR 1.5 Mio. am 23. Mai 2016	89
6.1. Sachverhalt.....	89
6.2. Streitpunkte	91
6.3. Fehlen einer Instruktion der Bankkundschaft (Hauptstandpunkt) – Würdigung	92
6.4. Handlungsunfähigkeit (Eventualstandpunkt) – Würdigung	99
6.5. Fazit.....	99
7. Überweisung von USD 3.5 Mio. am 7. September 2016	99
7.1. Sachverhalt.....	99
7.2. Streitpunkte	101
7.3. Fehlen einer Instruktion der Bankkundschaft (Hauptstandpunkt) – Würdigung	103
7.4. Dritter Prüfschritt: Schadenersatzanspruch der Beklagten gegen die Klägerin (beklagtischer Eventualstandpunkt).....	113
7.4.1. Rechtliches	113
7.4.2. Würdigung.....	114
7.5. Fazit.....	116
8. Kontosaldierung und Überweisung von EUR 856'331.72 und USD 147'289.51 am 28. Oktober 2016.....	117
8.1. Sachverhalt	117
8.2. Streitpunkte	119
8.3. Fehlen einer Instruktion der Bankkundschaft (Hauptstandpunkt) – Würdigung.....	121
8.4. Handlungsunfähigkeit (Eventualstandpunkt) – Würdigung	126
8.5. Fazit.....	126
9. Kein vertraglicher Schadenersatzanspruch der Klägerin.....	126
9.1. Parteistandpunkte	126
9.2. Rechtliches	127
9.3. Würdigung	128
9.4. Fazit.....	130
10. Verzugszins	130
11. Gesamtfazit.....	130
12. Kosten- und Entschädigungsfolgen	131
12.1. Gerichtskosten.....	131
12.2. Parteientschädigungen.....	131

Sachverhalt und Verfahren

A. Sachverhaltsübersicht

a. Parteien

Die Klägerin ist eine natürliche Person mit Wohnsitz in C._____, Venezuela (act. 1 Rz. 11, 27).

Die Beklagte ist eine Bank mit Sitz in D._____ und Zweigniederlassung in Zürich (act. 1 Rz. 12, 32 ff.; act. 3/1-2).

b. Prozessgegenstand

Die Klägerin und ihr Vater E._____ hielten ein Gemeinschaftskonto bei der Beklagten. 2015 und 2016 erfolgten diverse Überweisungen zugunsten der mit E._____ zusammenlebenden F._____ bzw. ihrer Nachkommen. Schliesslich wurde das Konto saldiert. Die Klägerin erfuhr hiervon erst 2018.

Gemäss der Klägerin wurde E._____ Opfer eines finanziellen Missbrauchs. In erster Linie erhebt sie einen Erfüllungsanspruch gegen die Beklagte. Im Hauptstandpunkt begründet sie diesen damit, dass die Beklagte die Überweisungen und die Saldierung ohne gehörige Instruktionen ausgeführt habe. Weder E._____ noch sie, die Klägerin, habe solche erteilt. Die von der Beklagten vorgelegten, angeblich von E._____ stammenden schriftlichen Instruktionen seien gefälscht und die Beklagte habe wiederholt telefonische Instruktionen statt von E._____ von der hierzu nicht berechtigten F._____ entgegengenommen. Sodann könne sich die Beklagte nicht auf die Risikotransferklausel und Zustellungs- und Genehmigungsfiktion berufen, da sie bei Ausführung der Instruktionen grobfahrlässig gehandelt habe. Denn angesichts diverser Verdachtsmomente sei sie zu Abklärungen verpflichtet gewesen, die sie aber nicht oder nur unsorgfältig getätigt habe. Überhaupt habe die Beklagte gar keine Instruktionen per Telefon oder Fax entgegennehmen und die Kontobeziehung nicht allein auf Anweisung von E._____ hin saldieren dürfen. Im Eventualstandpunkt sei E._____ urteilsunfähig gewesen. Daher habe er keine rechtsgültigen Instruktionen erteilen können. Im Sub-Eventualstandpunkt sei E._____ hinsichtlich der schriftlich erteilten Instruktionen einem durch Täuschung hervorgeru-

fenen Erklärungsirrtum unterlegen. Denn diese seien ihm zur Unterzeichnung untergeschoben worden. Schliesslich macht die Klägerin in zweiter Linie statt einem Erfüllungsanspruch einen vertraglichen Schadenersatzanspruch geltend. Denn die Beklagte habe ihre Pflicht zur Wahrung der Interessen von E._____ und ihr, der Klägerin, sowie zur Übung denkenden Gehorsams verletzt. Insgesamt stehe ihr ein Anspruch von knapp USD 5 Mio. und EUR 2.5 Mio. zu, wovon sie einen Teil mit vorliegender Teilklage geltend mache.

Gemäss der Beklagten war F._____ die Lebenspartnerin von E._____ und war es sein Wille, sie abzusichern bzw. seine neue Familie zu begünstigen. Sie, die Beklagte, habe die Überweisungen gestützt auf gehörige Instruktionen seinerseits ausgeführt. Die Unterschriften auf den schriftlichen Instruktionen seien echt und E._____ habe die Instruktionen telefonisch erteilt bzw. bestätigt. Selbst bei Fälschungen wäre der Schaden gestützt auf die vertragliche Risikotransferklausel von der Kundschaft zu tragen. Zudem seien die aus der banklagernden Korrespondenz ersichtlichen Überweisungen nicht rechtzeitig beanstandet und damit gemäss der vertraglichen Zustellungs- und Genehmigungsfiktion genehmigt worden. Sodann habe sie die Instruktionen gemäss den vertraglichen Grundlagen und der geschäftsüblichen Sorgfalt geprüft, also keine Sorgfaltspflichten verletzt und nicht grobfahrlässig gehandelt. Im Übrigen habe E._____ sie ermächtigt, Instruktionen per Telefon oder Fax entgegenzunehmen, und sei er berechtigt gewesen, die Kontobeziehung alleine zu schliessen. Sodann sei er zu keinem Zeitpunkt, in dem er Instruktionen erteilt habe, urteilsunfähig gewesen. Jedenfalls habe sie nie Anzeichen für eine Urteilsunfähigkeit erkennen können. Auf einen Erklärungsirrtum seitens von E._____ könne sich die Klägerin nicht berufen. Schliesslich habe die Klägerin mangels Sorgfaltspflichtsverletzung der Beklagten keinen vertraglichen Schadenersatzanspruch. Zusammenfassend sei die Klage abzuweisen. Eventualiter, falls Legitimationsmängel vorliegen und der Klägerin ein Anspruch zustehen sollte, habe sie, die Beklagte, umgekehrt auch einen vertraglichen Schadenersatzanspruch gegen die Klägerin. Denn diese habe ihre auftragsrechtliche Schutzpflicht sowie die allgemeinen Geschäftsbedingungen verletzt, indem sie die banklagernde Korrespondenz nicht eingesehen und die Überweisungen nicht beanstandet habe.

B. Prozessverlauf

Mit Klageschrift vom 27. August 2021 (überbracht) erhob die Klägerin die Klage mit dem eingangs wiedergegebenen Rechtsbegehren (act. 1; act. 3/1-98). Mit Beschluss vom 16. September 2021 (act. 6) wurde der in der Klage enthaltene prozessuale Antrag auf Anordnung eines Verbots gegenüber der Beklagten, bestimmte Originalunterlagen zu vernichten, abgewiesen. Mit nämlichem Beschluss wurde der Klägerin ein Kostenvorschuss auferlegt, den sie fristgemäss leistete (act. 10). Mit Verfügung vom 24. September 2021 (act. 11) wurde der Beklagten Frist angesetzt, ihre Klageantwort einzureichen. Diese erstattete sie am 29. November 2021 fristgemäss (act. 13; act. 15/1-9). Mit Verfügung vom 1. Dezember 2021 (act. 16) wurde die Prozessleitung an Oberrichter Dr. Stephan Mazan delegiert. Am 3. Oktober 2022 fand eine Instruktionsverhandlung statt, an der kein Vergleich zustande kam (Prot. S. 6 f.). Mit Verfügung vom 4. Oktober 2022 (act. 19) wurde ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet und der Klägerin Frist zur Einreichung der Replik angesetzt. Mit nämlicher Verfügung wurde der Klägerin ein zusätzlicher Kostenvorschuss auferlegt, den sie fristgemäss leistete (act. 23). Mit Eingabe vom 12. Januar 2023 (act. 24; act. 25/1-4) erstatte die Klägerin innert erstreckter (Prot. S. 9) Frist ihre Replik. Mit Verfügung vom 16. Januar 2023 (act. 28) wurde der Beklagten Frist zur Einreichung der Duplik angesetzt. Mit Eingabe vom 26. Januar 2023 (act. 30) stellte die Beklagte ein Gesuch um Sicherstellung der Parteientschädigung. Mit Verfügung vom 30. Januar 2023 (act. 31) wurde der Klägerin Frist angesetzt, um zu diesem Gesuch Stellung zu nehmen, und der Beklagten die laufende Frist zur Einreichung der Duplik abgenommen. Mit Eingabe vom 20. Februar 2023 (act. 33) nahm die Klägerin zum Gesuch um Sicherstellung der Parteientschädigung Stellung. Mit Verfügung vom 16. März 2023 (act. 35) wurde das Gesuch um Sicherstellung der Parteientschädigung teilweise gutgeheissen und der Klägerin Frist zur Leistung einer Sicherheit angesetzt, die sie fristgemäss leistete (act. 37). Mit Verfügung vom 18. April 2023 (act. 38) wurde der Beklagten die Frist zur Einreichung der Duplik neu angesetzt. Mit Eingabe vom 28. August 2023 (act. 42; act. 43/10-105) reichte die Beklagte innert erstreckter (act. 40) Frist ihre Duplik ein. Darin ersuchte sie um Erhöhung der von der Klägerin zu leistenden Sicherheit für die Parteientschädigung. Mit Verfügung vom 30. August 2023

(act. 44) wurde der Klägerin Frist angesetzt, um zu diesem Gesuch Stellung zu nehmen, und festgehalten, dass die Frist für die Ausübung des Replikrechts ab dem Zeitpunkt des Entscheids über das beklagtische Gesuch laufen werde. Mit Eingabe vom 1. September 2023 (act. 46; act. 47/106) reichte die Beklagte eine Noveneingabe ein. Mit Eingabe vom 18. September 2023 (act. 48; act. 49/1-11) reichte die Klägerin ihrerseits eine Noveneingabe ein und nahm zur beklagtischen Noveneingabe vom 1. September 2023 Stellung. Mit Eingabe vom 25. September 2023 (act. 52) nahm die Klägerin zum beklagtischen Gesuch um Erhöhung der Sicherheit für die Parteientschädigung Stellung. Mit Eingabe vom 18. Oktober 2023 (act. 57; act. 58/1-3) nahm die Beklagte zur klägerischen Noveneingabe vom 18. September 2023 Stellung. Mit Verfügung vom 31. Oktober 2023 (act. 59) wurde das Gesuch um Erhöhung der Sicherheit für die Parteientschädigung teilweise gutgeheissen und der Klägerin Frist zur Leistung einer Sicherheit angesetzt, die sie fristgemäss leistete (act. 61). Mit Verfügung vom 27. November 2023 (act. 62) wurde der Eintritt des Aktenschlusses mit Erstattung der Duplik vom 28. August 2023 festgehalten. Mit Eingabe vom 7. Dezember 2023 (act. 64; act. 65/1-5) nahm die Klägerin zur beklagtischen Stellungnahme vom 18. Oktober 2023 sowie in Übereinstimmung mit den Erwägungen in den Verfügungen vom 30. August 2023 und vom 27. November 2023 zur Duplik Stellung. Mit Eingabe vom 7. Dezember 2023 (act. 68; act. 69/107-110) reichte die Beklagte eine Noveneingabe ein. Mit Eingabe vom 22. Dezember 2023 (act. 71; act. 72/111-112) reichte die Beklagte eine weitere Noveneingabe ein. Mit Verfügung vom 21. August 2024 (act. 75) wurden den Parteien die jeweiligen Eingaben der Gegenpartei zugestellt und ihnen Gelegenheit eingeräumt, auf die Durchführung einer Hauptverhandlung zu verzichten. Mit Eingaben jeweils vom 2. September 2024 reichte die Klägerin eine Stellungnahme und Noveneingabe (act. 77; act. 78/1-3) und die Beklagte eine Stellungnahme (act. 81; act. 82/111) ein, worin beide Parteien auf die Durchführung einer Hauptverhandlung verzichteten (act. 77 S. 2; act. 81 Rz. 4). Diese Eingaben wurden der jeweiligen Gegenpartei zugestellt (Prot. S. 24), woraufhin die Beklagte mit Eingabe vom 12. September 2024 (act. 83) eine Stellungnahme und Noveneingabe einreichte, die der Klägerin zugestellt wurde (Prot. S. 24). Weitere Eingaben erfolgten nicht.

Da der bisherige Referent aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr am vorliegenden Verfahren mitwirken konnte, wurde er durch Handelsrichter Thomas Steinebrunner ersetzt.

Das Verfahren ist spruchreif (Art. 236 Abs. 1 ZPO).

Erwägungen

1. Formelles

1.1. Zuständigkeit

1.1.1. Die internationale Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte ist gestützt auf Art. 23 Ziff. 1 LugÜ und die Gerichtsstandsvereinbarungen im Kontoeröffnungsformular (act. 3/3 S. 5), in den General Business Conditions vom April 2013 (act. 3/4 Ziff. 29) sowie in den Safe Custody Regulations vom April 2013 (act. 3/5 Ziff. 20) gegeben und unbestritten (act. 1 Rz. 13 ff.; act. 13 Rz. 3).

1.1.2. Die örtliche Zuständigkeit der Gerichte Zürichs ist gestützt auf Art. 5, Art. 112 Abs. 2 und Art. 113 IPRG, die besagten Gerichtsstandsvereinbarungen und angesichts dessen, dass die Vertragsbeziehung mit der zürcherischen Zweigniederlassung der Beklagten eingegangen und abgewickelt wurde, gegeben und unbestritten (act. 1 Rz. 16; act. 13 Rz. 3).

1.1.3. Die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons Zürich ist gestützt auf Art. 6 Abs. 3 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG gegeben und unbestritten (act. 1 Rz. 17 f.; act. 13 Rz. 3).

1.2. Teilklage

Die Klägerin fordert USD 700'000.– und EUR 300'000.– und führt aus, die Klage sei eine Teilklage i.S.v. Art. 86 ZPO unter Nachklagevorbehalt. Eingeklagt werde ein Teil eines Gesamtanspruchs von knapp USD 5 Mio. und EUR 2.5 Mio. (act. 1 Rz. 19, 21). Eine Teilklage ist zulässig, sofern der Anspruch teilbar ist (Art. 86 ZPO). Dies ist vorliegend unbestrittenermassen der Fall (act. 13 Rz. 67).

1.3. Eingaben nach Aktenschluss

1.3.1. Nach Durchführung des zweiten Schriftenwechsels ist der Aktenschluss eingetreten (act. 62). Daher sind die Tatsachenbehauptungen und Beweismittel, die die Parteien später einreichten, nur unter den Voraussetzungen von Art. 229 ZPO beachtliche Noven.

Gestützt auf Art. 229 Abs. 1 ZPO ist das Vorbringen neuer Tatsachen zulässig, wenn sie erst nach dem Abschluss des Schriftenwechsels entstanden sind (echte Noven; lit. a) oder zuvor trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vorgebracht werden konnten (unechte Noven; lit. b). Die Zulässigkeit unechter Noven ist unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände nach objektiven Massstäben zu beurteilen (BK-KILLIAS, Art. 229 ZPO N 14; PAHUD, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung Kommentar, 2. Aufl. 2016, Art. 229 N 14; BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 229 N 32). Entscheidend ist, dass der betreffenden Partei keine Nachlässigkeit bei der Behauptungs- und Beweislast vorgeworfen werden kann (LEUENBERGER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2016, Art. 229 N 8; siehe auch PAHUD, a.a.O., Art. 229 N 14). Zu den zulässigen unechten Noven gehören Tatsachenbehauptungen und Beweismittel, die erst durch die Ausführungen der Gegenpartei veranlasst werden und die der Entkräftung ebendieser dienen. Hierfür ist zum einen erforderlich, dass erst diese Ausführungen das Vorbringen der unechten Noven veranlasst haben, und zum anderen, dass die unechten Noven in technischer bzw. thematischer Hinsicht als Reaktion auf diese Ausführungen aufzufassen sind (BGE 146 III 55 E. 2.5.2; SOGO/BAECHLER, Aktenschluss im summarischen Verfahren, AJP 2020, 324 f.; KUKO ZPO-SOGO/NAEGELI, Art. 229 N 9a). Weiter ist vorausgesetzt, dass die Noven unverzüglich in den Prozess eingebracht werden, also bei der nächsten prozessualen Gelegenheit (BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 229 N 34). Als Faustregel gilt eine Frist von zehn Tagen, unter Vorbehalt komplexer Fälle (KUKO ZPO-SOGO/NAEGELI, Art. 229 N 10; siehe auch Urteil des BGer 5A_451/2020 vom 31. März 2021 E. 3.1.1). Wenn eine Partei Noven geltend machen will, muss sie zugleich mit deren Einreichung darlegen, dass die Voraussetzungen erfüllt sind (Urteil des Obergerichts ZH LF160046 vom 14. September 2016

E. II.3.1; Urteil des Appellationsgerichts BS ZB.2019.3 vom 9. August 2019 E. 4.3.5; KUKO ZPO-SOGO/NAEGELI, Art. 229 N 11d; siehe auch LEUENBERGER, a.a.O., Art. 229 N 10).

1.3.2. Noveneingabe der Klägerin vom 18. September 2023

Die Klägerin begründet die novenrechtliche Zulässigkeit ihrer Tatsachenbehauptungen und Beweismittel im Wesentlichen damit, dass es sich um Noven handle, die sich aus von der Beklagten mit der Duplik eingereichten und ihr vorher unbekanntem Urkunden ergäben, sowie um Noven zur Bestreitung und Widerlegung von in der Duplik enthaltenen neuen Vorbringen (act. 48 Rz. 3 f.).

Namentlich bezieht sich die Klägerin auf die von der Beklagten eingereichten Audioaufzeichnungen. Trotz einer entsprechenden Anfrage der Klägerin hatte sich die Beklagte vorprozessual geweigert, ihr diese auszuhändigen (act. 48 Rz. 8; act. 57 Rz. 23; act. 3/13 S. 5). Daher standen sie der Klägerin vor Aktenschluss nicht zur Verfügung und war es ihr unmöglich, Tatsachenbehauptungen und -bestreitungen dazu zu machen (anders die Ausgangslage im Urteil des BGer 4A_259/2019 vom 10. Oktober 2019). Zur Stellung eines Editionsbegehrens hatte die Klägerin, anders als die Beklagte geltend macht (act. 57 Rz. 21 ff.), keinen Anlass. Denn es ist Letztere, nicht Erstere, die die Beweislast für das Vorliegen gehöriger Instruktionen trägt. Mithin wäre ein Editionsbegehren unnütz gewesen, sind doch die Audioaufzeichnungen in erster Linie für die beklagtische Beweisführung bedeutsam (anders die Ausgangslage im Urteil des BGer 5A_209/2014 vom 2. September 2014). Daher ist der Klägerin keine Nachlässigkeit bei der Behauptungs- und Beweislast vorzuwerfen und sind ihre Vorbringen zu den Audioaufzeichnungen novenrechtlich zulässig.

Selbiges gilt für weitere Vorbringen der Klägerin: Zur Aktennotiz mit den Backgroundinformationen (act. 48 Rz. 15; act. 43/15) legt sie dar, dass diese ein ihr bisher nicht bekanntes internes Dokument der Beklagten sei (act. 48 Rz. 16). Gleiches gilt für die Weisung über die Entgegennahme und Weiterleitung von Kundenaufträgen (act. 48 Rz. 31; act. 43/75). Der beklagtische Einwand, die Klägerin hätte die Existenz dieser Weisung vermuten und ein Editionsbegehren stellen müssen (act. 57

Rz. 32 f.), überzeugt nicht. Denn es ist nicht ersichtlich, dass die Klägerin konkrete Hinweise auf eine solche Weisung und deren Relevanz für ihren Standpunkt gehabt hätte. Daher wäre ein Editionsbegehren auf eine Beweisausforschung hinausgelaufen. Der Klägerin ist keine Nachlässigkeit vorzuwerfen, wenn sie von einem solchen Begehren absieht. Was die Vorbringen zur Generalvollmacht vom 2. August 2016 betrifft, übergeht die Beklagte bei ihren novenrechtlichen Beanstandungen (act. 57 Rz. 64), dass der Klägerin zwar die Existenz der Generalvollmacht bekannt gewesen sein mag, nicht aber dass die Beklagte *duplicando* das Vorliegen einer gehörigen Instruktion damit begründen würde. Nicht nachvollziehbar ist schliesslich der beklagte Einwand, die klägerischen Vorbringen zu den beiden *duplicando* eingereichten Privatgutachten betreffend Echtheit der Unterschriften seien verspätet (act. 57 Rz. 66).

Daraus folgt, dass die besagten klägerischen Tatsachenbehauptungen und Beweismittel zulässige unechte Noven sind. Die Klägerin reichte diese, nachdem die Duplik dazu Anlass gegeben hatte, innert kurzer Frist mit ihrer Eingabe vom 18. September 2023 ein. Daher sind sie zu berücksichtigen.

1.3.3. Der Tod von E._____ am tt.mm.2023 war ein echtes Novum, das die Beklagte zulässigerweise mit ihrer Noveneingabe vom 1. September 2023 in das Verfahren einbrachte (act. 46 Rz. 1). Die notarielle Bevollmächtigung vom 2. August 2016 (act. 47/106) ist ein unechtes Novum. Die Begründung der Beklagten, diese sei erst im Zusammenhang mit dem Todesfall in ihren Besitz gelangt (act. 46 Rz. 4), ist angesichts des Inhalts (Instruktionen für die Organisation der Bestattung) ohne Weiteres überzeugend. Auch die notarielle Bevollmächtigung wurde daher zulässigerweise in das Verfahren eingebracht.

1.3.4. Mit der Einreichung der korrekten Audioaufzeichnung vom 26. Oktober 2016 (act. 58/3) kam die Beklagte – in Korrektur eines Versehens – einer klägerischen Aufforderung (act. 48 Rz. 13) nach. Der klägerische Editionsantrag erübrigt sich.

1.3.5. Im Übrigen kann die novenrechtliche Beachtlichkeit der nach Aktenschluss erfolgten Eingaben mangels Entscheidrelevanz offenbleiben.

1.4. Schwärzungen

Passagen von Urkunden, die für den Prozess unerheblich sind, dürfen durch Abdeckung bzw. Schwärzung unzugänglich gemacht werden. Über die Unerheblichkeit entscheidet im Streitfall das Gericht (BSK ZPO-DOLGE, Art. 180 N 14; BK-RÜETSCHI, Art. 180 ZPO N 2).

Einige der von der Beklagten mit ihrer Duplik eingereichten Audioaufzeichnungen sowie die entsprechenden Stellen in den Transkripten wurden geschwärzt (Telefonate vom 5. Januar 2015, 1. April 2015, 16. September 2015 und 19. Mai 2016). Die Beklagte begründet dies damit, dass gewisse Aussagen Conti von Dritten betreffen, die für das vorliegende Verfahren nicht relevant seien (act. 42 Rz. 48).

Zunächst beanstandet die Klägerin, es sei nicht nachvollziehbar, welche Gesprächsstellen geschwärzt worden seien. Deshalb sei die Beklagte zur Edition der Transkripte mit farblich markierten Schwärzungen zu verpflichten (act. 48 Rz. 11). Statt die Schwärzungen in den Transkripten mit schwarzen Balken zu kennzeichnen, nahm die Beklagte die Schwärzungen in weiss vor (bzw. sie löschte die entsprechenden Passagen, sodass leere Stellen zurückbleiben). Nichtsdestotrotz ist aus den zurückbleibenden Lücken jeweils ersichtlich, wo die Schwärzungen erfolgten: Beim Telefonat vom 5. Januar 2015 geht es um eine ungefähr eine Sekunde dauernde Stelle bei 2:15 (nach G._____: "Er kann es dir nicht von einem anderen Konto überweisen."; act. 43/16; act. 43/44); beim Telefonat vom 16. September 2015 geht es um eine ungefähr eine halbe Minute dauernde Stelle ab 1:34 (nach E._____: "Was ist mit den anderen Konten?"; act. 43/16; act. 43/73); beim Telefonat vom 1. April 2015 geht es um eine ungefähr eineinhalb Minuten dauernde Stelle ab 4:24 (nach der Bestätigung von E._____, dass G._____ auch für F._____ Aktien kaufen solle; act. 43/16; act. 43/99); und beim Telefonat vom 19. Mai 2016 geht es um eine rund dreiminütige Stelle ab 2:22 (nach G._____'s Aussage, dass das Gemeinschaftskonto in ein neu zu eröffnendes, nur auf E._____ lautendes Konto überführt werde, und ihrer Aussage: "Wir sprachen über das Konto, das du mit A._____ hast, richtig?") sowie eine knapp eine halbe Minute dauernde Stelle ab 5:25 (Audiofile) bzw. nach 08:31 (Transkript; nach F._____: "In Ordnung. Gut, G._____."; act. 43/16; act. 43/62). Das klägerische Editionsbegehren bezüglich

Transkripte mit farblich markierten Schwärzungen ist nur schon deshalb abzuweisen.

Sodann beanstandet die Klägerin, die Beklagte lege nicht dar, dass das Interesse an der Geheimhaltung von durch das Bankkundengeheimnis geschützten Informationen dasjenige an der Wahrheitsfindung überwiege. Zudem bestreitet sie, dass die geschwärzten Aussagen für das vorliegende Verfahren nicht relevante Drittkonten betreffen. Gestützt darauf begehrt sie die Edition der ungeschwärzten Audioaufzeichnungen und Transkripte (act. 48 Rz. 9 f.). Eine Beweisofferte muss sich eindeutig der damit zu beweisenden Tatsachenbehauptung zuordnen lassen und umgekehrt. Dafür sind den einzelnen Sachvorbringen die jeweiligen einzelnen Beweisangebote zuzuordnen und miteinander zu verknüpfen (Art. 221 Abs. 1 lit. e ZPO; BK-BRÖNNIMANN, Art. 152 ZPO N 23; LEUENBERGER, a.a.O., Art. 221 N 51; vgl. auch Urteil des BGer 4A_381/2016 vom 29. September 2016 E. 3.3). In der Regel sind die einzelnen Beweisofferten unmittelbar im Anschluss an die Tatsachenbehauptungen aufzuführen, die damit bewiesen werden sollen. Das Gericht ist nicht gehalten, zur Klärung einer Frage Beweismittel abzunehmen, die nicht in diesem Zusammenhang angeboten werden (Urteile des BGer 4A_370/2016 vom 13. Dezember 2016 E. 3.3; 4A_381/2016 vom 29. September 2016 E. 3.1.2; zum Ganzen BGE 144 III 67 E. 2.1). Dem Editionsbegehren der Klägerin fehlt es an der Zuordnung zu den zu beweisenden Tatsachen. Denn sie legt nicht dar, welche konkreten Tatsachenbehauptungen sie mit den ungeschwärzten Audioaufzeichnungen und Transkripten belegen will. Vielmehr stellt sie ihr Editionsbegehren wohl in der Hoffnung, Entdeckungen zu machen, mit denen sie ihre Klage stärken könnte. Dies läuft auf eine Beweisausforschung hinaus. Das klägerische Editionsbegehren ist nur schon deshalb abzuweisen. Im Übrigen ist angesichts des jeweiligen Gesprächsverlaufs auch durchaus plausibel, dass die geschwärzten Stellen Drittkonten betreffen. Insbesondere gilt dies für die von der Klägerin besonders beanstandete Schwärzung im Telefonat vom 19. Mai 2016 (act. 48 Rz. 9 a.E.). Die von ihr referenzierte Passage vor der Schwärzung ("Wir sprachen über das Konto, das du mit A._____ hast, richtig?") kann nämlich ohne Weiteres damit erklärt werden, dass die Gesprächspartner nachweislich *vorher* über das Gemeinschaftskonto sprachen und G._____ mit dieser Aussage zu einem anderen Konto überleitete. Ebendies zeigt auch die

Tonalität der Audioaufzeichnung (act. 43/16). Und selbst wenn die Schwärzungen nicht durch überwiegende Geheimhaltungsinteressen gerechtfertigt wären, hätte dies nicht einen Anspruch der Klägerin auf Offenlegung der ungeschwärzten Urkunden oder gar die Unbeachtlichkeit der geschwärzten Beweismittel zur Folge. Vielmehr wäre diesfalls die Verweigerung bei der Beweiswürdigung zu berücksichtigen (Art. 164 ZPO). Es ist aber nicht ersichtlich, dass die Schwärzungen einen Einfluss auf die Würdigung der vorliegend relevanten und durch die Audioaufzeichnungen und Transkripte hinreichend belegten Passagen der Telefongespräche hätten. Das Editionsbegehren ist abzuweisen.

2. Hintergrund

2.1. E._____ wurde 1929 geboren und war spanisch-venezolanischer Doppelbürger (act. 1 Rz. 28; act. 13 Rz. 46, 69; act. 43/21). Er lebte zunächst, wie die Klägerin, in Venezuela (act. 1 Rz. 28, 37; act. 13 Rz. 7, 46). Spätestens 1994 trennte er sich von seiner Ehefrau und Mutter von drei Töchtern, unter anderem der Klägerin (act. 1 Rz. 29, 63; act. 13 Rz. 7, 46; act. 24 Rz. 49). Ab März 2014, mittlerweile 85-jährig, lebte er in V._____, Spanien (act. 1 Rz. 28, 62; act. 13 Rz. 7, 48, 103; act. 42 Rz. 60). Spätestens dort wohnte er zusammen mit F._____ ("F'._____") (act. 1 Rz. 62; act. 13 Rz. 7, 47 f., 103; act. 42 Rz. 60). Die Klägerin hatte regelmässigen telefonischen Kontakt mit ihm und besuchte ihn zwei Mal jährlich, letztmals im März 2020 (act. 1 Rz. 31; act. 13 Rz. 71 f.).

2.2. Am 1. bzw. 6. November 2008 eröffneten die Klägerin und E._____ bei der zürcherischen Zweigniederlassung der Beklagten die Kontobeziehung Nr. 1 (act. 1 Rz. 2, 16, 35, 37, 39; act. 13 Rz. 9, 12, 26; act. 3/3). Diese umfasste unter anderem das USD-Konto Nr. 1.1 und das EUR-Konto Nr. 1.2 (act. 1 Rz. 39; act. 13 Rz. 78, 80, 135; act. 42 Rz. 100). Es handelte sich um eine Oder-Kontobeziehung. Mithin konnten E._____ und die Klägerin ohne Mitwirkung der jeweils anderen Person Instruktionen für Überweisungen erteilen (act. 1 Rz. 38, 234; act. 13 Rz. 9, 13, 38, 79; act. 3/3 S. 1).

E._____ und die Klägerin gaben im Kontoeröffnungsformular eine Banklagernderklärung ab ("I/We wish all correspondence to be retained by the Bank (Terms &

Conditions - Section 8)"; act. 13 Rz. 22; act. 3/3 S. 2). Ziff. 8 der Terms and Conditions to the Business Relationship regelte die banklagernde Post und enthielt eine Zustellungsfiktion (act. 13 Rz. 22; act. 3/16 = act. 15/2):

"8. Orders regarding mail retained by the Bank

If the client orders the Bank to retain mail, all communications, valuations, statements, vouchers etc. will not be dispatched but will be held available for the client or his/her authorised agents on first demand for a period of three calendar years or sent to an address to be notified to the Bank, against settlement of the costs. The client acknowledges the following provisions as binding for these orders. The correspondence to be retained by the Bank is regarded as delivered on the date it bears irrespective of any subsequent delivery or handing over. [...]"

Sämtliche Korrespondenz seitens der Beklagten, insbesondere die Belastungsanzeigen über die hier interessierenden Überweisungen sowie die monatlichen und jährlichen Kontoabrechnungen, wurde vereinbarungsgemäss banklagernd aufbewahrt (act. 13 Rz. 27, 97, 271; act. 42 Rz. 184, 186, 230).

Ziff. 12 der General Business Conditions Edition 04/2013 enthielt eine Beanstandungsklausel bzw. Genehmigungsfiktion (act. 13 Rz. 24; act. 3/4 = act. 15/4):

"12. Complaints and/or objections by the bank client

Complaints by the bank client in connection with the execution or failure to execute any instruction of any kind, as well as in connection with any other communications of the bank, must be lodged immediately upon receipt of the advice relating thereto, but at the latest within the notice period specified by the bank. [...]"

Any objections concerning bank statements must be lodged within one month, failing which they shall be deemed to have been approved. The express or tacit approval of a bank statement includes the approval of all items entered therein as well as all reservations made by the bank. The same applies to correspondence held by the bank for collection by the bank client."

Ziff. 2 der General Business Conditions Edition 04/2013 verpflichtete die Beklagte zur sorgfältigen Legitimationsprüfung und enthielt eine Risikotransferklausel (act. 13 Rz. 25; act. 42 Rz. 51 f., 360 ff.; act. 3/4 = act. 15/4):

"2. Proof of right of disposal

The bank undertakes to examine conscientiously the right of disposal. Damage resulting from forgeries, incorrect verification of the right of disposal or the failure to detect defects with respect to the right of disposal shall be borne by the bank client except to the extent that the bank shall be guilty of gross negligence."

Ziff. 3 der General Business Conditions Edition 04/2013 befasste sich mit einer all-fälligen Handlungsunfähigkeit (act. 1 Rz. 273; act. 42 Rz. 330; act. 3/4 = act. 15/4):

"3. Lack of capacity to act

The bank client shall bear any damage resulting from the lack of capacity to act either on his part or on that of a third party authorised to represent him, unless his incapacity has been announced in an official Swiss publication and the bank has been notified in writing regarding third parties."

2.3. Ab Juni 2012 wurde die Kundenbeziehung von G._____ betreut (act. 1 Rz. 37; act. 13 Rz. 15). Sie pflegte engen Kontakt zu E._____ und F._____ mit telefonischem und persönlichem Austausch (act. 1 Rz. 67; act. 13 Rz. 28, 53; act. 24 Rz. 59, 63, 88; act. 42 Rz. 128, 189).

2.4. Die auf dem Gemeinschaftskonto liegenden Mittel wurden von E._____ eingebracht (act. 13 Rz. 58, 76; act. 42 Rz. 231). Er verwaltete das Vermögen selbst (act. 1 Rz. 51; act. 42 Rz. 236). Die Klägerin nahm keine Transaktionen vor (act. 13 Rz. 15). 2009-2014 erfolgten auf Instruktion von E._____ hin Überweisungen zu lasten des Kontos von insgesamt rund USD 0.6 Mio. Unter anderem erfolgten 2009 Überweisungen von USD 75'000.– und USD 120'000.–. 2010 erfolgte eine Überweisung von EUR 160'000.– auf ein Gemeinschaftskonto von E._____ und F._____ bei der Beklagten. 2013-2014 erfolgten keine Überweisungen (act. 1 Rz. 52; act. 13 Rz. 90, 92 ff.; act. 24 Rz. 5; act. 42 Rz. 96, 188, 214; act. 43/51).

Am 31. Dezember 2014 betrug das Kontovermögen rund USD 10 Mio. (act. 1 Rz. 53; act. 13 Rz. 91).

2.5. 2015-2016 erfolgten streitgegenständliche Überweisungen von insgesamt rund USD 6.7 Mio. zugunsten von F._____ bzw. deren Tochter oder Enkelin (act. 1 Rz. 3 f., 55 f.; act. 13 Rz. 10). Ende Oktober 2016 wurde zudem das Gemeinschaftskonto saldiert und die Bankbeziehung geschlossen. Die verbleibenden Mittel wurden auf ein nur auf E._____ lautendes Konto bei der Beklagten überwiesen (act. 1 Rz. 170, 199 f., 202; act. 13 Rz. 26).

2.6. Die Klägerin trat vorbehältlich der Kontoeröffnung sowie eines E-Mail-Kontakts gegenüber der Beklagten nicht in Erscheinung (act. 13 Rz. 8, 15, 27, 83, 290; act. 24 Rz. 17, 51, 70; act. 42 Rz. 200). Sie wurde von der Beklagten nicht über die Überweisungen informiert, vorbehältlich der banklagernden Korrespondenz (act. 1 Rz. 8, 57, 83, 125; act. 13 Rz. 97). Vor 2018 sah sie die banklagernde Korrespondenz nicht ein und brachte keine Beanstandungen an (act. 13 Rz. 27, 271, 290; act. 24 Rz. 17 f.; act. 42 Rz. 185, 200, 210, 218). Auch E._____ brachte keine Beanstandungen an (act. 13 Rz. 271; act. 42 Rz. 185).

2.7. 2018 telefonierte die Klägerin mit G._____ und erkundigte sich über den Stand des Gemeinschaftskontos. Diese verwies sie an ihren Vater bzw. forderte sie auf, persönlich vorbeizukommen (act. 1 Rz. 212; act. 13 Rz. 235; act. 24 Rz. 157; act. 42 Rz. 311). Am 10. Oktober 2018 suchte die Klägerin die beklagtische Niederlassung in Zürich auf. Dort wurde sie über die 2016 erfolgte Schliessung der Bankbeziehung informiert (act. 1 Rz. 9, 214; act. 13 Rz. 65, 236).

2.8. Es folgte vorprozessuale Korrespondenz (act. 1 Rz. 214 ff.; act. 13 Rz. 236 ff.). Mit Schreiben vom 20. Mai 2020 forderte die Klägerin die Beklagte auf, ihr das Guthaben auf dem Gemeinschaftskonto Stand 31. Dezember 2014 in der Höhe von USD 10'149'367.63 zu ersetzen (act. 1 Rz. 219; act. 13 Rz. 238).

2.9. Im März 2019 leitete die Klägerin in V._____ gegen E._____ ein Erwachsenenschutzverfahren ein (act. 1 Rz. 222; act. 13 Rz. 239 f.; act. 42 Rz. 61).

Mit Massnahmeentscheid vom 26. Juli 2019 ordnete das Gericht vorsorglich die Übertragung der Vermögensverwaltung auf die Vormundschaftsbehörde V. _____ sowie die Suspendierung einer von E. _____ ausgestellten Generalvollmacht zugunsten von F. _____ vom 2. August 2016 an (act. 1 Rz. 227; act. 13 Rz. 245; act. 3/96 S. 12). Ein rechtsmedizinischer Bericht vom 17. Juli 2019 hatte eine leicht-moderate kognitive Verschlechterung festgehalten und auf die Unfähigkeit von E. _____ geschlossen, wirtschaftliche Entscheidungen zu fällen und sein Vermögen zu verwalten (act. 1 Rz. 224; act. 13 Rz. 242; act. 24 Rz. 147; act. 42 Rz. 302; act. 3/94 S. 3 f.). E. _____ hatte anlässlich seiner Anhörung vor Gericht keinen Überblick über sein Vermögen geben können, nicht gewusst, über welche Vermögenswerte er verfügte und welcher Bank er diese anvertraut hatte, sich nicht an seine Konten bei der Beklagten erinnern können und die Ausstellung der Generalvollmacht zugunsten von F. _____ bestritten. Deshalb erwog das Gericht, dass er vor unzulässiger Einflussnahme geschützt werden müsse (act. 1 Rz. 227 f.; act. 13 Rz. 245; act. 24 Rz. 147; act. 3/96 S. 7 f.).

Mit Urteil vom 29. Juni 2021 erklärte das Gericht die Handlungsunfähigkeit von E. _____, setzte die Vormundschaftsbehörde V. _____ als Vormundin ein und hob die Generalvollmacht vom 2. August 2016 auf (act. 1 Rz. 229, 271; act. 13 Rz. 245; act. 3/97 S. 37 f.). Es erwog, dass die Beweisabnahme eine Demenz möglicherweise degenerativen und vaskulären Ursprungs mit fortschreitendem kognitiven Verfall ergeben habe. Dieser Zustand sei andauernd, progressiv sowie unumkehrbar und hebe die Urteilsfähigkeit auf. Anlässlich einer Anhörung hatte E. _____ unter anderem ausgesagt, man schreibe das Jahr 1900, er wohne in C. _____ und lebe zusammen mit seiner Ehefrau, der Mutter der Klägerin. Das Gericht lehnte es ab, F. _____ als Vormundin einzusetzen: Zum einen habe sie zu Beginn der Krankheit nicht die zum Schutz seiner Gesundheit und seines Vermögens nötigen Massnahmen ergriffen. Diesbezüglich nahm das Gericht Bezug auf die – auch vorliegend relevanten – Schenkungen zugunsten der Tochter von F. _____ vom Mai und September 2016 über EUR 1.5 Mio. bzw. USD 3.5 Mio. Es referenzierte ärztliche Berichte aus den Jahren 2014-2015 und stellte fest, dass die Erkrankung bereits 2014 initial diagnostiziert worden sei. Die zwei Schenkungen seien komplexe Geschäfte, die vorgenommen worden seien, als E. _____ bereits mit einer kognitiven Beein-

trächtigkeit und einem Verlust der Exekutivfunktionen diagnostiziert worden sei. F._____ habe, indem sie mit diesen Schenkungen einverstanden gewesen sei, Verluste in Millionenhöhe in E._____s Vermögen bewirkt, sich zugleich auf Kosten dieser Verluste bereichert und damit ihr persönliches Interesse über dasjenige ihres Partners gestellt. Das Gericht hielt allerdings auch fest, die Gültigkeit der Schenkungen sei nicht Verfahrensgegenstand. Zum anderen sei F._____ auch wegen des Interessenkonflikts infolge des gegen sie laufenden Strafverfahrens (dazu sogleich) nicht als Vormundin geeignet. Gleichzeitig sah das Gericht angesichts der mehr als deutlichen Feindseligkeit und Konfrontation zwischen E._____s leiblicher Familie auf der einen Seite und F._____ auf der anderen Seite davon ab, zwei Töchter der Klägerin als Vormundinnen einzusetzen. Denn es bestehe die Gefahr, dass die eine wie die andere Seite nicht den Interessen von E._____, sondern den Eigeninteressen Priorität einräumen würde (act. 1 Rz. 229 ff.; act. 13 Rz. 245 f.; act. 24 Rz. 8, 164; act. 3/97 S. 12 ff., 16 f., 24 ff.).

Die Rechtsmittelinstanz bestätigte dieses Urteil. Auch sie erachtete F._____ als ungeeignet für die Übernahme der Vormundschaft. Sie äusserte sich ähnlich wie die Vorinstanz zu den besagten Schenkungen (act. 24 Rz. 8; act. 25/1 S. 11 f.).

2.10. Weiter reichte die Klägerin in V._____ hinsichtlich der hier interessierenden Überweisungen in den Jahren 2015-2016 eine Strafanzeige gegen F._____, deren Tochter, Enkelin sowie H._____, einen spanischen Rechtsanwalt, der als Vertreter von E._____ aufgetreten war (act. 1 Rz. 80; 130 ff.; act. 13 Rz. 36, 219), ein (act. 1 Rz. 223; act. 42 Rz. 61). Ein rechtsmedizinischer Bericht vom 18. Juli 2019 schloss für E._____ auf eine moderate/schwere kognitive Verschlechterung des Typs Altersdemenz (act. 1 Rz. 225; act. 13 Rz. 243; act. 3/95 S. 3). Das Strafverfahren wurde am 30. Juni 2021 eingestellt. Denn es sei nicht möglich, mit Sicherheit festzustellen, dass die geistigen und willensmässigen Fähigkeiten von E._____ zum Zeitpunkt der Erteilung der fraglichen Instruktionen beeinträchtigt waren (act. 42 Rz. 84; act. 43/47 S. 5). Am 31. Januar 2022 bestätigte die Rechtsmittelinstanz den Einstellungsentscheid, womit das Strafverfahren rechtskräftig eingestellt wurde (act. 1 Rz. 232; act. 13 Rz. 247; act. 42 Rz. 84, 194, 249; act. 43/48).

2.11. E._____ verstarb am tt.mm.2023 (act. 46 Rz. 1). In einer notariellen Bevollmächtigung vom 2. August 2016 hatte er festgehalten, dass F._____ alle Entschiede über die Bestattung treffen solle (act. 46 Rz. 5; act. 47/106).

3. Auf die Kontobeziehung anwendbares Recht

Gemäss Titel M des Kontoeröffnungsformulars untersteht die Kontobeziehung schweizerischem Recht (act. 13 Rz. 16; act. 3/3). Demnach ist das schweizerische Recht auf die Vertragsbeziehung anwendbar (Art. 116 Abs. 1 IPRG). Davon gehen auch die Parteien aus (act. 1 Rz. 233; act. 13 Rz. 248). Selbstständig anzuknüpfen ist die Handlungsfähigkeit von E._____ (BSK IPRG-GEISER/JAMETTI, Art. 35 N 14; hinten E. 4.4.1.1).

4. Überweisung von EUR 1 Mio. (USD 1'183'673.-) am 12. Januar 2015

4.1. Sachverhalt

4.1.1. Am 21. August 2014 wurde E._____ vom Neurologen Dr. I._____ untersucht. Dessen Bericht erwähnt Instabilität, eine Gehstörung, Gedächtnisstörungen, ein visuelles Defizit und Indizien für beginnenden Parkinsonismus, während die Konversation normal sei (act. 1 Rz. 65; act. 13 Rz. 107 f.; act. 3/28).

4.1.2. Am 25. September 2014 erkundigte sich G._____ bei E._____, ob sie ihn besuchen könne, sie wisse, dass es ihm nicht gut gehe (act. 1 Rz. 68; act. 13 Rz. 111; act. 3/30). Am 16. Oktober 2014 erfolgte der Besuch, wozu G._____ folgende Notiz im Customer Relationship Management-System der Beklagten (CRM) verfasste (act. 1 Rz. 67; act. 13 Rz. 50, 110; act. 3/10 S. 4):

"Met client E._____ at his apartment that he has in V._____ and had lunch with him and his 'wife', they are not married but have been together over 30 years. He is still in V._____ due to the fact that he has to do some medical treatments, he was diagnosed with Parkinson. At the moment they are waiting to see what else the doctors tell him, since he has in past two weeks fallen twice and once he was unconscious for a few minutes. [...]"

4.1.3. Am 29. Dezember 2014 stürzte E._____ und wurde notfallmässig für 17 Tage hospitalisiert (act. 1 Rz. 70, 74; act. 13 Rz. 112). Der Spitalbericht vom

29. Dezember 2014 erwähnt als Vorgeschichte diverse körperliche Beschwerden und hält für diesen Tag Verwirrtheit, Sprachschwierigkeiten und Inkontinenz fest (act. 1 Rz. 70, 73; act. 3/31 S. 1 f.). Ein separater Bericht von Dr. I._____ vom 29. Dezember 2014 erwähnt körperliche Beschwerden und eine leichte kognitive Störung (act. 1 Rz. 72; act. 13 Rz. 113; act. 3/32).

Gleichen Tags kontaktierte F._____ die Sekretärin von E._____ und bat sie, G._____ zu kontaktieren und um Kontaktaufnahme mit ihr, F._____, zu bitten (act. 24 Rz. 26; act. 42 Rz. 204). Die Sekretärin kontaktierte per E-Mail eine Mitarbeiterin der Beklagten und bat um Kontaktaufnahme mit "Mrs. F'._____ [Nachname des E._____]" (act. 24 Rz. 26; act. 42 Rz. 204; act. 25/3 S. 10 f.; act. 43/101).

4.1.4. Am 5. Januar 2015, ca. 11.00 Uhr, fand ein Telefonat statt. G._____ sprach mit F._____, dann mit E._____, wobei F._____ im Hintergrund weiterhin zu hören war, und dann wieder mit F._____ (act. 13 Rz. 31; act. 42 Rz. 101; act. 48 Rz. 42 ff.; act. 43/16; act. 43/44-45; act. 49/1-2):

[...]

G._____ Okay, in Ordnung. Die andere Sache ist, wenn ich richtig verstanden habe und was ich auch für eine bessere Lösung halte, dass er, statt die Wohnung an dich zu übertragen, was mit einigen Komplikationen verbunden ist, dir einfach den entsprechenden Betrag gibt, nicht wahr?

F._____ Hmm.

G._____ Sicher ist, dass er es dir aus einem seiner Konten überweisen muss.

F._____ Natürlich.

G._____ Er kann es dir nicht von einem anderen Konto überweisen.

F._____ Natürlich, das geht nicht, das war seine Idee. Das hat er sich ausgedacht.

G._____ Aber wir müssen beide in die gleiche Richtung gehen.

F._____ Richtig.

[...]

G._____ Sonst sehe ich keine andere Möglichkeit, dass E._____ es dir geben kann. Und ich sage dir auch ganz ehrlich, F'._____, ich sehe da kein Problem, das sage ich schon immer, aber ich denke, wenn wir so viele Umstände machen, wird es nur schlimmer.

F._____ Und du weißt, dass es kompliziert war.

G._____ Nein, es tut mir leid, dass ich dir das sagen muss, aber er macht es kompliziert.

F._____ Ja, er macht es sehr kompliziert.

G._____ Es ist so kompliziert, dass es am Ende noch schlimmer wird. Dann sehe ich kein Problem damit, dass er dir eine überweist. Punkt! Und wenn die Mädchen eines Tages kommen und danach fragen oder was weiß ich, nun, okay, es wurde an dich überwiesen. Punkt! Und du hast es ausgegeben und es ist weg.

F._____ Genau und ...

G._____ Das ist erstens mehr als richtig, dass er dir etwas gibt.

- F._____ Natürlich.
G._____ Und zweitens, wenn er es dir gab und er unterschrieb, dann ist das einzige, was ich brauche, F'._____ hör mir zu, deshalb ist es notwendig und wichtig, dass er unterzeichnet; wir brauchen ein unterschriebenes Dokument.
- F._____ Was soll darauf stehen? Erkläre es mir.
G._____ Darauf sollte stehen: Bitte überweisen Sie folgenden Betrag.
F._____ Was?
G._____ Übertragen Sie den Betrag X, ich weiss nicht, wie hoch der Betrag ist, okay, auf das Konto soundso, Punkt.
- F._____ Ah, aber diese Kontonummer haben wir jetzt nicht hier, das ist eins meiner Konten, oder?
G._____ Nein, aber ich gebe dir die Kontonummern, ich kann dir das Dokument vorbereiten, das ist kein Problem, du hast es... wie erhalten Sie...
- F._____ Schick es mir, schick mir die Nummer per E-Mail, ich habe das Tablet hier in meinem Zimmer und ich kann meine E-Mails abrufen, weisst du?
G._____ Es muss nicht maschinell sein, man kann einen Brief schreiben, das genügt, aber dieser muss von ihm unterschrieben sein.
- F._____ In Ordnung.
G._____ Ich brauche das Original.
F._____ In Ordnung.
G._____ Und da sehe ich kein Problem.
F._____ Dann lass mich...
G._____ Weisst du, du kümmerst dich um ihn. Weisst du.
F._____ Das sind 30 Jahre.
G._____ Bitte. Und was wissen sie schon, wie viel Geld er hat?
F._____ Ja, aber sie sind gestern hier aufgetaucht, weisst du?
G._____ Ah, sind sie schon aufgetaucht?
F._____ Ja, sie sind schon aufgetaucht. Nachdem sie sich nie um den Vater gekümmert haben, tauchten sie nun auf. Sie riefen nämlich am 31. zu Hause an und niemand ging ran, also riefen sie J._____ an und fragten sie, und J._____ sagte ihnen, dass er wegen Blutdruckproblemen im Krankenhaus sei, aber in Wirklichkeit ist das Problem schlimmer.
- G._____ Ja.
F._____ Das Problem ist schlimmer, das Problem ist, dass er ein degeneratives Problem hat, das sich weiterentwickeln wird, verstehst du?
- G._____ Ja, sicher.
F._____ Und ich habe heute Morgen mit ihm gesprochen, und heute ist er klar im Kopf, weisst du? Also haben wir geredet, ich sagte ihm, schau, G._____ wird dich anrufen, weil ich ihr geschrieben habe, ich habe ihr eine E-Mail geschickt, in der ich ihr gesagt habe, was los ist, und G._____ wird dich anrufen, um mit dir zu reden, um zu sehen, wie du die Situation mit mir löst. Nun, du weisst schon, er hat natürlich ständig Einwände, verstehst du? Wie viele Aktien ich habe usw., darum sagte ich ihm, schau E._____, ich habe einige Telefónica-Aktien und ich habe auch einige Telefónica-Aktien, die ich mit einem Geldbetrag versehen habe, aber das ist nicht genug. Ich sag dir was, du weisst, dass ich kein eigenes Haus habe, dass ich mit dir vereinbart habe, das Geld zu behalten und nicht die Wohnung, um die Situation nicht noch komplizierter zu machen.
- G._____ Ja. Natürlich.
F._____ Aber du musst es schnell machen, denn wir wissen nicht, wie viel Zeit wir noch haben.

- G._____ Aber du weisst nicht, bis wann er noch unterschreiben kann.
F._____ Richtig.
G._____ Es ist wichtig, dass er einen unterschriebenen Auftrag aufgibt, und damit können wir das machen.
F._____ Natürlich, was du mir schicken musst, schick mir die Nummer meines Kontos, denn du weisst, dass ich sie nicht kenne, und da ich in der Klinik bin, kann ich dieses Dokument hier zwar handschriftlich erstellen, aber dazu benötige ich die Kontonummer.
G._____ Okay, sein Konto ist dasjenige, das belastet wird.
F._____ Nein, seins nicht. ..
G._____ Ja, ja, aber es braucht auch die Nummer des Kontos, das belastet wird. Ich gebe dir die Nummer des Kontos an, das belastet wird, und ich gebe dir hierzu die Angaben, wie man es schreibt, und du ...
F._____ Gib mir die genauen Angaben in einem Modell.
G._____ Ein Modell mit Betrag und Datum.
F._____ Okay, okay. Richtig. Schick es mir, und jetzt. .. haben sie ihn sitzen lassen. Ah, gut, danke. Ich denke, du kannst jetzt mit ihm sprechen.
G._____ Okay. Darf ich fragen...
F._____ Versuch ihn zu überzeugen, sag ihm, er soll es nicht komplizierter machen.
G._____ Mein ganzes Leben...
F._____ Mal sehen, ja, ich weiss. Ich sage ihm, dass du anrufst, um Hallo zu sagen.
G._____ Genau.
F._____ Weisst du, wen ich hier am Telefon habe? G._____!
G._____ [Unverständlich]
E._____ Meine Liebe.
G._____ Hallo, wie geht's?
E._____ Gut, stell dir vor.
G._____ Was machst du?
E._____ Stell dir vor.
G._____ Ja, ay ay ay. Was für ein Schrecken!
E._____ Ja.
G._____ Ja, aber wie fühlst du dich heute?
E._____ Gut.
[...]
G._____ Gut, nicht wahr? Und du, musst du noch längere Zeit im Krankenhaus bleiben?
E._____ Ich weiss nicht.
G._____ Was sagen sie dir? Weisst du es nicht?
E._____ Ich glaube, ich werde bald rausgeschmissen.
G._____ Du wirst rausgeschmissen? Wie schön!
E._____ Ja, ich denke schon.
G._____ Aus dem Krankenhaus rausgeschmissen zu werden, ist gut.
E._____ Ja, ich glaube, ich werde bald rausgeschmissen.
G._____ Ja, das ist gut.
F._____ Stimme G._____ zu, was mich betrifft... Mach das Beste daraus.
E._____ Einen Moment, G._____.
G._____ Ja.
F._____ Von mir, meiner Wohnung.
E._____ Vergiss die Wohnung.

- F._____ Wenn das der Grund ist, dann gib mir das Geld. Die Kosten für die Wohnung, von der du mir versprochen hast, dass du sie mir schenken würdest. Besprich dich mit ihr.
- E._____ Ich werde mich darum kümmern.
- F._____ Du hast keine Zeit, wir haben keine Zeit.
- E._____ Ok.
- G._____ Und die Sache mit der Wohnung, wie sieht es aus? Oder wie sollen wir das anstellen?
- E._____ Nein, das werden wir nicht machen.
- G._____ In Ordnung. Wir machen nur eine ... du gibst mir eine... wie sollen wir das machen?
- E._____ Eine Geldsumme.
- G._____ Eine Geldsumme? In Ordnung. Soll ich die Anweisung vorbereiten, oder wie willst du das machen?
- E._____ Nun, was ich tun muss, ist, ich muss ihr eine Geldsumme geben.
- G._____ Ja.
- E._____ Kein Problem, denn sie hat kein Anrecht auf irgendetwas.
- G._____ Aber ich würde es von deinem [Konto] auf ihres überweisen, und das war's. Ohne grosse... , weil sie ... oder?
- E._____ Schicken es ihr.
- G._____ Ja, auf ihr [Konto], eine interne Überweisung, das ist alles.
- E._____ Ja.
- G._____ Denn wenn du unterschreibst, kann das niemand anfechten.
- E._____ Das ist es.
- G._____ Ja, dann würde ich es so machen, wirklich einfach. Denn wenn wir es zu kompliziert machen, werden die Leute anfangen zu fragen, was, wie und wann.
- E._____ Ja.
- G._____ Was meinst du? Machen wir das so? Dann gebe ich ihr die Daten und ein Modell, damit sie es machen kann und es dir vorbereiten kann, damit du es unterschreibst.
- E._____ Sehr gut.
- G._____ Okay? In Ordnung. Und der Betrag, den setzt sie oder du ein, das ist kein Problem. Okay?
- E._____ Sehr gut.
- G._____ Dann machen wir es so, denn so ist das schon geregelt, dieses...
- E._____ Und da muss keiner nachfragen.
- G._____ Nein, hör zu, es kann sein, dass sie fragen, aber es ist dein Recht. Wenn du willst, kannst du auch mir Geld geben oder wem auch immer du willst. Was ich brauche, ist das Originaldokument. Das habe ich ihr schon gesagt. Für eine Überweisung oder irgendetwas anderes brauche ich das Originaldokument.
- E._____ In Ordnung.
- G._____ Okay? Aber F'._____ kann das machen, oder? Sie kann dir dabei helfen.
- E._____ Wir bleiben in Kontakt, du und ich.
- [...]
- G._____ Hallo. Ich sagte ihm, dass ich dir ein Modell schicken werde, ein ganz einfaches. Von seinem zu deinem.
- F._____ Und was hat er dir gesagt? Hat er ja gesagt?
- G._____ Er hat ja gesagt.
- F._____ Dann schick mir das Modell und ich gebe es weiter.
- G._____ Ich werden dir auch noch meine Adresse geben, denn ich möchte, dass du mir das Original per Post schickst.

- F._____ Mit der Post, natürlich. Aber du sagst mir genau, was ich tun muss. Aber er hat keine Wenn und Aber angefügt, oder? Sieht nicht so aus.
- G._____ Er hat mir gegenüber kein einziges «Aber» erwähnt.
- F._____ Oh, gut. Gott sei Dank.
- G._____ Wenn sie es anfechten wollen, sollen sie es anfechten, aber, lass mich sagen, er hat Rechte, es ist, wie ich sagte, er hat das Recht, das Geld zu überweisen, wem immer er will.
- F._____ Ja, natürlich. Wir machen es so. Ich warte auf das, was du mir schickst, ich bereite es vor, lasse es von ihm unterschreiben und schicke es dir, ich lasse es dir zukommen.
- [...]

Mit E-Mail vom 5. Januar 2015, 11.36 Uhr, schickte G._____ F._____ eine Vorlage für eine schriftliche Instruktion ("Modell"; act. 42 Rz. 101; act. 48 Rz. 46; act. 43/55).

4.1.5. Es existiert eine undatierte handschriftliche Instruktion, die die Beklagte im Original ins Recht gelegt hat (act. 1 Rz. 81; act. 13 Rz. 32; act. 3/40 [Kopie]; act. 43/54 [Original]). Sie ist – zumindest scheinbar – von E._____ eigenhändig unterzeichnet. Die Formulierung entspricht der Vorlage, jedoch wurde der (in der Vorlage offengelassene) Betrag ergänzt. Die Beklagte wird angewiesen, vom Konto Nr. 1 (d.h. vom Gemeinschaftskonto) EUR 1 Mio. auf das Konto Nr. 2 bei der Beklagten zu übertragen (act. 1 Rz. 79; act. 13 Rz. 32). Die Vorderseite trägt einen visierten Unterschrift-geprüft-Stempel sowie den handschriftlichen Vermerk "confirmed by phone with E._____ (5/1/15 - time 11⁰⁰am)" von G._____ (act. 1 Rz. 82; act. 13 Rz. 33, 121). Die Rückseite trägt einen Stempel "Begleitzettel ZV" (act. 42 Rz. 97).

4.1.6. Am 12. Januar 2015 (Belastungsanzeige) wurden dem USD-Gemeinschaftskonto USD 1'183'673.–, d.h. umgerechnet EUR 1 Mio., belastet (act. 1 Rz. 3, 95; act. 13 Rz. 34; act. 3/45). Die Überweisung erfolgte auf ein Konto bei der Beklagten, bei dem F._____ jedenfalls Mitinhaberin war (act. 1 Rz. 80; act. 13 Rz. 120; act. 42 Rz. 207). In der Belastungsanzeige wurde als begünstigte Person "one of our client" ausgewiesen (act. 24 Rz. 31; act. 3/45).

4.1.7. Gegen Ende des Spitalaufenthalts besuchte eine Tochter der Klägerin E._____. Anlässlich des Strafverfahrens erklärte sie, er habe sie nicht erkannt und kaum sprechen können (act. 1 Rz. 78; act. 13 Rz. 118; act. 24 Rz. 99; act. 3/39).

4.1.8. Gemäss Entlassungsbericht vom 15. Januar 2015 wurde während den auf die Hospitalisierung folgenden Tagen eine graduelle Verbesserung des geistigen Zustands und die Wiedererlangung des Wachzustands, der Sprache und der räumlichen und persönlichen Orientierung festgestellt, auch wenn E._____ apathisch geblieben sei (act. 1 Rz. 75; act. 13 Rz. 116; act. 3/38 S. 3). Zudem wird empfohlen, die Aktivitäten von E._____ zu überwachen (act. 1 Rz. 75; act. 13 Rz. 116; act. 24 Rz. 97; act. 3/38 S. 4).

4.2. Streitpunkte

4.2.1. Die Klägerin macht im Hauptstandpunkt geltend, die Beklagte habe die Überweisung vom 12. Januar 2015 ohne gehörige Instruktion getätigt (act. 1 Rz. 84, 245 ff.). Die undatierte handschriftliche Instruktion stamme nicht von E._____ bzw. sei nicht von ihm genehmigt worden (act. 1 Rz. 84, 94). Die Unterschrift sei gefälscht (act. 1 Rz. 85 f., 246; act. 24 Rz. 174). Aufgrund der Umstände sei die Instruktion verdächtig gewesen. Deshalb hätte die Beklagte weitere Abklärungen tätigen müssen. Diese habe sie unterlassen (act. 1 Rz. 93; act. 24 Rz. 105). Aus dem Telefonat vom 5. Januar 2015 könne weder eine Instruktion von E._____ noch eine Vorankündigung einer solchen abgeleitet werden. Vielmehr zeige es, dass sich F._____ mit Unterstützung von G._____ finanziell bereichert habe (act. 48 Rz. 41, 49, 53). Eventualiter sei E._____ urteils- und daher handlungsunfähig gewesen (act. 1 Rz. 267 ff.; act. 24 Rz. 186). Konkret sei er aufgrund seines Gesundheitszustands bzw. seiner Verwirrtheit, Desorientierung und Apathie nicht in der Lage gewesen, finanzielle Entscheidungen zu treffen. G._____ habe dies erkannt oder erkennen müssen (act. 1 Rz. 76, 88, 92, 94, 270). Sub-eventualiter sei E._____ einem durch Täuschung hervorgerufenen Erklärungsirrtum unterlegen (act. 1 Rz. 274 ff.; act. 24 Rz. 186). Denn wegen seiner Sehschwäche habe er die Instruktion nicht entziffern können. Diese sei ihm zur Unterzeichnung untergeschoben worden (act. 1 Rz. 73, 88).

4.2.2. Die Beklagte stützt sich auf das Original der undatierten handschriftlichen Instruktion und das Telefonat vom 5. Januar 2015 (act. 42 Rz. 94). Am 5. Januar 2015 habe E._____ die Instruktion telefonisch angekündigt (act. 13 Rz. 31, 125, 129; act. 42 Rz. 97, 100 f., 134, 206 f., 263). Danach habe er die undatierte hand-

schriftliche Instruktion unterzeichnet. Diese sei am 9. Januar 2015 per Post bei ihr eingegangen (act. 13 Rz. 32, 123 f.; act. 42 Rz. 97, 101). Damit habe er eine rechtsgültige Instruktion erteilt (act. 13 Rz. 31 ff.; act. 42 Rz. 97 ff., 207). Für sie habe es keinen Verdachtsgrund gegeben (act. 13 Rz. 133; act. 42 Rz. 101, 264). Insbesondere sei naheliegend gewesen, dass E. _____ seine Lebenspartnerin vor dem Hintergrund seiner Hospitalisierung und der allfälligen Notwendigkeit, Spitalkosten, Unterhalt und Pflege bezahlen zu müssen, habe absichern wollen (act. 13 Rz. 132, 287; act. 42 Rz. 101, 263). Ferner sei E. _____ urteils- und damit handlungsfähig gewesen (act. 13 Rz. 51, 132, 261 ff., 283; act. 42 Rz. 256). Jedenfalls habe sie eine Urteilsunfähigkeit nicht erkennen können (act. 13 Rz. 53, 264; act. 42 Rz. 330). Schliesslich sei nicht erwiesen, dass die Instruktion E. _____ untergeschoben worden sei. Zudem sei nur er berechtigt gewesen, einen allfälligen Willensmangel geltend zu machen (act. 13 Rz. 128; act. 42 Rz. 378).

4.3. Fehlen einer Instruktion der Bankkundschaft (Hauptstandpunkt)

4.3.1. Rechtliches

Wenn die Bankkundschaft geltend macht, Überweisungen seitens der Bank seien trotz fehlender Legitimation des Instruktionsgebers oder aufgrund einer unentdeckten Fälschung ausgeführt worden, muss das Gericht gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung in drei Schritten vorgehen: Erstens muss es prüfen, ob die Abbuchung mit oder ohne Instruktion der Kundschaft ausgeführt wurde. Wenn die Abbuchung ohne eine solche Instruktion ausgeführt wurde, muss es zweitens prüfen, ob der Schaden gemäss dem gesetzlichen System von der Bank oder aufgrund einer vertraglichen Risikotransferklausel von der Kundschaft zu tragen ist. Wenn der Schaden von der Bank zu tragen ist, muss es drittens prüfen, ob die Bank dem Rückzahlungsanspruch der Kundschaft verrechnungsweise einen Schadenersatzanspruch entgegenhalten kann, weil diese durch Verletzung ihrer eigenen Pflichten schuldhaft zur Vergrösserung des Schadens beigetragen hat (BGE 146 III 387 E. 3.1; BGE 146 III 326 E. 4; BGE 146 III 121 E. 2; Urteile des BGer 4A_161/2020 vom 6. Juli 2020 E. 3; 4A_616/2019 vom 17. April 2020 E. 3.1; zu den ersten beiden Schritten nachfolgend, zum dritten Schritt hinten E. 7.4.1).

4.3.1.1. Erster Prüfschritt: Vorliegen einer Instruktion der Bankkundschaft

Durch den Abschluss eines Kontovertrags erwirbt die Bankkundschaft einen Anspruch gegen die Bank auf die Rückzahlung des Saldos. Sie kann nötigenfalls eine Klage auf Herausgabe des Kontoguthabens erheben. Diesfalls erhebt sie eine Erfüllungsklage, macht also einen Anspruch auf Vertragserfüllung geltend (BGE 149 III 105 E. 4.3; BGE 146 III 387 E. 3.2, 4.1; BGE 146 III 121 E. 3.1; BGE 132 III 449 E. 2; BGE 112 II 450 E. 3a; BGE 111 II 263 E. 1a; Urteile des BGer 4A_161/2020 vom 6. Juli 2020 E. 4.2; 4A_540/2019 vom 15. Juni 2020 E. 3.1; 4A_302/2018 vom 17. Januar 2019 E. 2.5; 4A_119/2018 vom 7. Januar 2019 E. 3.1; 4A_81/2018 vom 29. Mai 2018 E. 3; 4A_386/2016 vom 5. Dezember 2016 E. 2.2.1).

Überweisungen zulasten des Kontos darf die Bank nur auf Instruktion der Bankkundschaft hin vornehmen, vorbehaltlich eines Vermögensverwaltungsmandats (Urteil des BGer 4A_262/2008 vom 23. September 2008 E. 2.1). Wenn die Bank aufgrund einer solchen Instruktion Geld an eine Drittperson überweist, leistet sie aus eigenen Mitteln, erwirbt aber gegenüber der Kundschaft einen Rückerstattungsanspruch (Art. 402 OR). Diese Gegenforderung kann sie vom Rückzahlungsanspruch der Kundschaft abziehen (BGE 146 III 387 E. 4.1; BGE 146 III 326 E. 5.1; BGE 146 III 121 E. 3.1.1; Urteile des BGer 4A_161/2020 vom 6. Juli 2020 E. 4.2; 4A_540/2019 vom 15. Juni 2020 E. 3.1; 4A_81/2018 vom 29. Mai 2018 E. 3; 4A_379/2016 vom 15. Juni 2017 E. 3.2.1; 4A_386/2016 vom 5. Dezember 2016 E. 2.2.2). Wenn sie aber ohne Instruktion Geld überweist, erwirbt sie keinen Rückerstattungsanspruch. Daher kann sie gegenüber dem Rückzahlungsanspruch der Kundschaft keine Gegenforderung aufrechnen, sondern muss die Buchung stornieren (BGE 146 III 387 E. 4.1; BGE 146 III 326 E. 5.1; BGE 146 III 121 E. 3.1.2, 4.1; Urteile des BGer 4A_161/2020 vom 6. Juli 2020 E. 4.2; 4A_540/2019 vom 15. Juni 2020 E. 3.1; 4A_81/2018 vom 29. Mai 2018; 4A_379/2016 vom 15. Juni 2017 E. 3.2.2; 4A_386/2016 vom 5. Dezember 2016 E. 2.2.2). Diesfalls kann die Kundschaft den vollen Betrag des Kontoguthabens (also auch den an die Drittperson überwiesenen Betrag) gegenüber der Bank mit einer Erfüllungsklage geltend machen. Mithin handelt es sich nicht um eine Schadenersatzklage der Kundschaft gegen die Bank; es ist kein Verschulden vorausgesetzt und die Bank kann der Erfül-

lungsklage kein Mitverschulden der Kundschaft entgegenhalten (BGE 146 III 387 E. 3.2; BGE 146 III 121 E. 3.1.2; BGE 132 III 449 E. 2; BGE 112 II 450 E. 3a; Urteile des BGer 4A_616/2019 vom 17. April 2020 E. 3.1.2; 4A_119/2018 vom 7. Januar 2019 E. 3.1; 4A_81/2018 vom 29. Mai 2018 E. 3; 4A_379/2016 vom 15. Juni 2017 E. 3.2.2; 4A_386/2016 vom 5. Dezember 2016 E. 2.2.2, 4.2).

Der Nachweis richtiger Erfüllung des Vertrags obliegt der Bank als Vertragsschuldnerin, d.h. sie trägt in der Regel das Risiko einer Leistung an eine unberechtigte Person (BGE 111 II 263 E. 1b; Urteile des BGer 4A_540/2019 vom 15. Juni 2020 E. 3.1; 9C_675/2011 vom 28. März 2012 E. 3.2).

4.3.1.2. Zweiter Prüfschritt: Anwendung einer Risikotransferklausel

Nach dem gesetzlichen System gehören Legitimationsmängel und unentdeckte Fälschungen zu den dem Bankgeschäft inhärenten Risiken, die von der Bank zu tragen sind (BGE 149 III 105 E. 4.3; BGE 146 III 387 E. 3.2, 5.1; BGE 146 III 121 E. 3.1.2, 4.1; Urteile des BGer 4A_616/2019 vom 17. April 2020 E. 3.1.2; 4A_386/2016 vom 5. Dezember 2016 E. 2.2.2). Die Bank erleidet in solchen Fällen einen Schaden, da sie, nachdem sie bereits an eine Nicht-Gläubigerin geleistet hat, verpflichtet ist, den Betrag ein zweites Mal an ihre Kundschaft zu zahlen (BGE 149 III 105 E. 4.3; BGE 146 III 387 E. 5.1; BGE 146 III 121 E. 4.1; Urteil des BGer 4A_386/2016 vom 5. Dezember 2016 E. 2.2.2).

Allerdings können die Parteien durch Vereinbarung einer Risikotransferklausel von diesem gesetzlichen System abweichen (BGE 149 III 105 E. 4.3; BGE 146 III 387 E. 5.2; BGE 146 III 326 E. 6.1; BGE 146 III 121 E. 4.1; BGE 112 II 450 E. 3a; Urteile des BGer 4A_119/2018 vom 7. Januar 2019 E. 3.1; 4A_81/2018 vom 29. Mai 2018 E. 3; 4A_379/2016 vom 15. Juni 2017 E. 3.3). Die allgemeinen Geschäftsbedingungen von Banken enthalten häufig eine solche Klausel, die vorsieht, dass die Bankkundschaft den Schaden aus nicht entdeckten Legitimationsmängeln oder Fälschungen trägt, es sei denn, die Bank habe grobfahrlässig gehandelt (BGE 146 III 387 E. 5.2; BGE 146 III 326 E. 6.1; BGE 132 III 449 E. 2; Urteile des BGer 4A_161/2020 vom 6. Juli 2020 E. 5.1.1; 4A_81/2018 vom 29. Mai 2018 E. 3; 4A_379/2016 vom 15. Juni 2017 E. 3.3.1; 4A_386/2016 vom 5. Dezember 2016

E. 2.2.3). Diese Klausel bewirkt eine Schadensabwälzung in dem Sinn, dass sie präventiv der Kundschaft den Schaden auferlegt, den die Bank durch Ausführung einer Transaktion erleidet. Mithin statuiert sie eine Schadenersatzpflicht der Kundschaft gegenüber der Bank, die sich auch auf eine Zufallshaftung erstreckt (BGE 146 III 326 E. 6.1; BGE 112 II 450 E. 3a; Urteile des BGer 4A_161/2020 vom 6. Juli 2020 E. 5.1.1; 4A_379/2016 vom 15. Juni 2017 E. 3.3.1).

Die Gültigkeit einer solchen Klausel ist unter analoger Anwendung von Art. 100 und 101 Abs. 3 OR zu prüfen (BGE 146 III 326 E. 6.1; BGE 132 III 449 E. 2; BGE 112 II 450 E. 3a; Urteile des BGer 4A_161/2020 vom 6. Juli 2020 E. 5.1.1; 4A_81/2018 vom 29. Mai 2018 E. 3; 4A_379/2016 vom 15. Juni 2017 E. 3.3.1; 4A_386/2016 vom 5. Dezember 2016 E. 2.2.4). Daher kann sich eine Bank nicht auf eine solche Klausel berufen, wenn sie grobfahrlässig oder gar vorsätzlich gehandelt hat (BGE 146 III 326 E. 6.1; BGE 132 III 449 E. 2; Urteile des BGer 4A_161/2020 vom 6. Juli 2020 E. 5.1.1; 4A_81/2018 vom 29. Mai 2018 E. 3; 4A_379/2016 vom 15. Juni 2017 E. 3.3.1). Grobe Fahrlässigkeit liegt vor, wenn elementare Vorsichtsmassnahmen verletzt werden, deren Einhaltung sich jeder vernünftigen Person unter den gleichen Umständen hätte aufdrängen müssen. Leichte Fahrlässigkeit liegt vor, wenn nicht mit der gebotenen Vorsicht gehandelt wird, ohne dass aber elementarste Vorsichtsmassnahmen verletzt würden (BGE 146 III 326 E. 6.2; Urteile des BGer 4A_425/2021 vom 23. August 2022 E. 4.1; 4A_161/2020 vom 6. Juli 2020 E. 5.1.2; 4A_379/2016 vom 15. Juni 2017 E. 3.3.2; 4A_386/2016 vom 5. Dezember 2016 E. 2.2.5). Die Beweislast für grobe Fahrlässigkeit seitens der Bank obliegt der Bankkundschaft (BGE 146 III 326 E. 6.2; Urteile des BGer 4A_425/2021 vom 23. August 2022 E. 4.1; 4A_161/2020 vom 6. Juli 2020 E. 5.1.2).

Im Allgemeinen ist eine Bank nur verpflichtet, die Echtheit der an sie adressierten Instruktionen zu prüfen, wie es zwischen den Parteien vereinbart oder gegebenenfalls gesetzlich vorgeschrieben ist (BGE 146 III 326 E. 6.2.1; BGE 132 III 449 E. 2; Urteil des BGer 4A_379/2016 vom 15. Juni 2017 E. 3.3.2; 4A_386/2016 vom 5. Dezember 2016 E. 2.2.6). Grundsätzlich beinhaltet diese Legitimationsprüfung bei einer schriftlichen Instruktion die Feststellung der Identität der instruierenden Person durch Prüfung der Unterschrift (Urteil des Handelsgerichts ZH vom 26. November

1997, ZR 97/1998 Nr. 90, E. III.C.2a/cc; BIGLER, Legitimationsmängel im Kontext der Bank-Kunden-Beziehung, 2023, 6, 31 f., 38; GUGGENHEIM/GUGGENHEIM, Les contrats de la pratique bancaire suisse, 5. Aufl. 2014, Rz. 1849; BSK OR I-OSER/WEBER, Art. 398 N 29). Hingegen ist die Bank nicht verpflichtet, die Zahlungsgewohnheiten ihrer Kundschaft zu kennen und jede Zahlung auf einen plausiblen Rechtsgrund hin zu überprüfen (Urteil des BGer 4A_438/2007 vom 29. Januar 2008 E. 5.5; BIGLER, a.a.O., 34; BRACHER, Legitimationsprüfung und Risikotransfer bei E-Mail-Zahlungsaufträgen, SZW 2018, 159). Bei der Unterschriftenprüfung kann von der Bank in der Regel keine aussergewöhnliche und der raschen Abwicklung der Geschäfte hinderliche Massnahme verlangt werden. Sie muss zwar mit der Möglichkeit von Fälschungen rechnen, braucht solche aber nicht gleichsam in jedem Fall vorauszusetzen, wenn sie eine Unterschrift mit dem hinterlegten Muster vergleicht. Daher kann die Unterschrift grundsätzlich akzeptiert werden, wenn sie nach einem "Von-blossem-Auge"-Vergleich dem hinterlegten Muster entspricht, zumal Bankangestellte nicht über grafologische Kenntnisse verfügen müssen und Unterschriften ein- und derselben Kundschaft zuweilen stark abweichen können (ABEGG/GEISSBÜHLER/HAEFELI/HUGGENBERGER/LARUMBE, Schweizerisches Bankenrecht, Handbuch für Finanzfachleute, 4. Aufl. 2019, 312). Anders verhält es sich, wenn die Bank bei ordnungsgemässer Prüfung auf ernsthafte Anhaltspunkte für eine Fälschung stösst oder wenn besondere Umstände ihren Verdacht erregen müssen und daher eine strengere Prüfung rechtfertigen (BGE 146 III 387 E. 6.3.3.2; BGE 146 III 326 E. 6.2.1.1; BGE 132 III 449 E. 2; BGE 111 II 263 E. 2b; Urteile des BGer 4A_540/2019 vom 15. Juni 2020 E. 3.1; 4A_81/2018 vom 29. Mai 2018 E. 3; 4A_379/2016 vom 15. Juni 2017 E. 3.3.2; 4A_386/2016 vom 5. Dezember 2016 E. 2.2.6). Solche Umstände können in der (plötzlichen) Überweisung von im Verhältnis zum Kontostand hohen Beträgen (BGE 146 III 121 E. 3.4.2; Urteil des BGer 4A_386/2016 vom 5. Dezember 2016 E. 2.4.3; siehe auch Urteile des BGer A_425/2021 vom 23. August 2022 E. 4.3.2; 4A_379/2016 vom 15. Juni 2017 E. 5.3.2), Überweisungen auf ein Konto, das noch nie Empfängerkonto war (Urteil des Handelsgerichts ZH HG150071 vom 25. November 2016 E. IV.3.2), und generell in Abweichungen vom bisherigen Verhalten der Kundschaft (Urteil des BGer 4A_386/2016 vom 5. Dezember 2016 E. 2.4.2) liegen. Massgeblich sind alle der

Bank dannzumal verfügbaren Informationen (Urteile des BGer 4A_425/2021 vom 23. August 2022 E. 4.3.2; 4A_386/2016 vom 5. Dezember 2016 E. 2.3).

4.3.1.3. Alternative: Anwendung einer Zustellungs- und Genehmigungsfiktion

Allenfalls kann sich die Bank statt auf eine vorgängige Instruktion auf eine nachträgliche Genehmigung der Überweisung durch die Bankkundschaft berufen. Die allgemeinen Geschäftsbedingungen von Banken enthalten regelmässig eine Beanstandungsklausel bzw. Genehmigungsfiktion. Demnach muss die Kundschaft eine Reklamation bezüglich einer Transaktion innert einer bestimmten Frist nach Erhalt der Belastungsanzeige oder des Konto- bzw. Depotauszugs erheben. Andernfalls gilt die Transaktion oder der Auszug als genehmigt. Solche Klauseln sind gültig und vor dem Hintergrund zu sehen, dass Bankmitteilungen nicht nur der Kundeninformation dienen, sondern auch der rechtzeitigen Aufdeckung und Korrektur von Fehlbuchungen und unregelmässigen Transaktionen zu einem Zeitpunkt, in dem ihre finanziellen Folgen noch verhindert werden können. Auch das Gebot des Handelns nach Treu und Glauben auferlegt der Kundschaft eine Sorgfaltspflicht bei der Überprüfung von Mitteilungen seitens der Bank und zur Beanstandung von Buchungen, die ihr irregulär oder unbegründet erscheinen (zum Ganzen Urteile des BGer 4A_469/2020 vom 31. März 2022 E. 4.4; 4A_354/2020 vom 5. Juli 2021 E. 3.3.1; 4A_556/2019 vom 29. September 2020 E. 5.2; 4A_161/2020 vom 6. Juli 2020 E. 5.2.1, 5.4.1; 4A_119/2018 vom 7. Januar 2019 E. 6.1.2; 4A_471/2017 vom 3. September 2018 E. 4.2.2). Die Genehmigungsfiktion heilt eine allfällige Vertragsverletzung nachträglich und lässt einen allfälligen Anspruch der Kundschaft entfallen, weil die entsprechende Leistung der Bank doch noch Erfüllungswirkung zeitigt (Urteil des Handelsgerichts ZH HG170109 vom 27. September 2019 E. 2.2.2; BIGLER, a.a.O., 176). Sie kann insbesondere die nachträgliche Genehmigung von ohne Instruktion der Kundschaft erfolgten Überweisungen von einem Kontokorrentkonto bewirken (siehe Urteil des BGer 4A_161/2020 vom 6. Juli 2020 E. 5.2.1, 5.3; ferner Urteil des BGer 4A_386/2016 vom 5. Dezember 2016 E. 3.2.1).

Darüber hinaus können die Bank und ihre Kundschaft mittels einer Banklagernderklärung mit Zustellungsfiktion vereinbaren, dass Erstere die Mitteilungen, die sie an Letztere richtet, bei sich aufbewahrt, aber die Mitteilungen Letzterer entgegenge-

halten werden können, als hätte sie diese effektiv erhalten. Diesfalls wird die Bankkundschaft behandelt, als hätte sie umgehend von den so an sie gerichteten Mitteilungen Kenntnis erhalten (Urteile des BGer 4A_469/2020 vom 31. März 2022 E. 4.3; 4A_118/2019 vom 9. August 2019 E. 3.2.1; 4A_119/2018 vom 7. Januar 2019 E. 6.1.1; 4A_386/2016 vom 5. Dezember 2016 E. 3.2.2; 4A_471/2017 vom 3. September 2018 E. 4.2.1; 4A_262/2008 vom 23. September 2008 E. 2.3). Auch hinsichtlich der Genehmigungsfiktion wird sie gleich behandelt wie die Bankkundschaft, die die Mitteilungen der Bank tatsächlich empfängt. Mit anderen Worten ist die Genehmigungsfiktion sowohl auf Mitteilungen anwendbar, die auf dem Postweg übermittelt werden, als auch auf solche, die vereinbarungsgemäss banklagernd aufbewahrt werden (Urteile des BGer 4A_469/2020 vom 31. März 2022 E. 4.6; 4A_118/2019 vom 9. August 2019 E. 3.2.1; 4A_119/2018 vom 7. Januar 2019 E. 6.1.2; 4A_471/2017 vom 3. September 2018 E. 4.2.2; 4A_614/2016 vom 3. Juli 2017 E. 6.2; 4A_386/2016 vom 5. Dezember 2016 E. 3.2.2).

Allerdings kann das Gericht der Kombination von Zustellungs- und Genehmigungsfiktion nach den Regeln zum Rechtsmissbrauch (Art. 2 Abs. 2 ZGB) die Anwendung versagen, wenn ihre strikte Anwendung zu einem unbilligen, das Rechtsempfinden verletzenden Ergebnis führen würde (Urteile des BGer 4A_469/2020 vom 31. März 2022 E. 4.6; 4A_70/2021 vom 15. Juli 2021 E. 8.1; 4A_556/2019 vom 29. September 2020 E. 5.2; 4A_161/2020 vom 6. Juli 2020 E. 5.2.2; 4A_118/2019 vom 9. August 2019 E. 3.2.2; 4A_119/2018 vom 7. Januar 2019 E. 6.1.3; 4A_471/2017 vom 3. September 2018 E. 4.2.3; 4A_614/2016 vom 3. Juli 2017 E. 6.1; 4A_386/2016 vom 5. Dezember 2016 E. 3.2.3; 4A_42/2015 vom 9. November 2015 E. 5.2; 4A_262/2008 vom 23. September 2008 E. 2.3; 4C_81/2002 vom 1. Juli 2002 E. 4.3). Als rechtsmissbräuchlich wurde beurteilt, wenn die Bank sich auf die Zustellungs- und Genehmigungsfiktion beruft, um ihre Kundschaft absichtlich zu schädigen, nach jahrelanger Befolgung der Instruktionen absichtlich und in unvorhersehbarer Weise davon abweicht (z.B. bei einem Vermögensverwaltungsvertrag) oder um die tatsächliche Nichtgenehmigung der fraglichen Transaktion weiss (z.B. wenn sie ohne Instruktionen im Rahmen eines Execution only-Vertrags handelt; Urteile des BGer 4A_469/2020 vom 31. März 2022 E. 4.6, 5.1; 4A_70/2021 vom 15. Juli 2021 E. 8.1; 4A_556/2019 vom 29. September 2020

E. 5.2; 4A_161/2020 vom 6. Juli 2020 E. 5.4.5; 4A_118/2019 vom 9. August 2019 E. 3.2.2; 4A_119/2018 vom 7. Januar 2019 E. 6.1.3; 4A_471/2017 vom 3. September 2018 E. 4.2.3; 4A_386/2016 vom 5. Dezember 2016 E. 3.2.3; 4C_81/2002 vom 1. Juli 2002 E. 4.3). Eine vergleichbare Nachlässigkeit ist der absichtlichen Schädigung gleichzusetzen (Urteile des BGer 4A_161/2020 vom 6. Juli 2020 E. 5.2.2; 4A_386/2016 vom 5. Dezember 2016 E. 3.2.3, 3.3; 4C_81/2002 vom 1. Juli 2002 E. 4.3).

Jedenfalls setzt die Anwendung der Genehmigungsfiktion voraus, dass eine Beanstandung objektiv möglich und zumutbar ist (Urteile des BGer 4A_614/2016 vom 3. Juli 2017 E. 6.1; 4A_42/2015 vom 9. November 2015 E. 5.2; 4C.81/2002 vom 1. Juli 2022 E. 4.3). Bei banklagernder Korrespondenz ist zu prüfen, ob deren Konsultation die Erkenntnis erlaubt hätte, dass die fraglichen Überweisungen auf Fälschungen basierten, was deren Anfechtung und die Verhinderung zukünftigen Schadens durch weitere Belastungen ermöglicht hätte (Urteile des BGer 4A_161/2020 vom 6. Juli 2020 E. 5.4.3; 4A_119/2018 vom 7. Januar 2019 E. 7).

Die Anwendbarkeit der Zustellungs- und Genehmigungsfiktion ist von der Bank zu behaupten und zu beweisen (Urteil des Handelsgerichts ZH HG170109 vom 27. September 2019 E. 2.2.2). Hingegen liegt die Beweislast für die Umstände, aus denen auf eine rechtmisbräuchliche Anrufung der Zustellungs- und Genehmigungsfiktion durch die Bank geschlossen werden kann, bei der Bankkundschaft. Selbiges gilt für eine fehlende Erkennbarkeit der unautorisierten Überweisung bzw. Zumutbarkeit einer Beanstandung (BIGLER, a.a.O., 189 f. m.w.H.).

4.3.2. Würdigung

4.3.2.1. Eine Instruktionserteilung per schriftlicher (d.h. unterzeichneter) Instruktion entsprach grundsätzlich der Vereinbarung (siehe auch LOMBARDINI, Droit bancaire suisse, 2008, Kap. XVI Rz. 2, wonach die schriftliche Instruktionserteilung den Grundsatz darstellt). Mithin war die undatierte handschriftliche Instruktion eine gehörige Grundlage für die Überweisung, sofern sie von E._____ stammte.

Gemäss Art. 178 ZPO besteht hinsichtlich der Echtheit einer Urkunde eine qualifizierte Bestreitungslast. Die bestreitende Partei muss konkrete Umstände vorbringen, die beim Gericht ernsthafte Zweifel an der Echtheit der Urkunde hervorrufen (Urteil des BGer 4A_380/2016 vom 1. November 2016 E. 3.2.2; siehe auch BSK ZPO-DOLGE, Art. 178 N 1 f.). Damit ist einerseits eine pauschale Bestreitung nicht ausreichend (Urteil des BGer 4A_380/2016 vom 1. November 2016 E. 3.2.2). Andererseits dürfen die Anforderungen an die Bestreitung auch nicht allzu hoch angesetzt werden (MÜLLER, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung Kommentar, 2. Aufl. 2016, Art. 178 N 5). Eine hinreichende Bestreitung liegt jedenfalls vor, wenn die Unechtheit der Urkunde glaubhaft gemacht ist (BGE 132 III 140 E. 4.1.2; BK-RÜETSCHI, Art. 178 ZPO N 4; WEIBEL, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2016, Art. 178 N 6). Es bleibt der Praxis überlassen, im Einzelfall die Substanziierungsanforderungen an die Bestreitung aufzustellen (WEIBEL, a.a.O., Art. 178 N 6). Hinreichende Gründe gegen die Echtheit einer Urkunde können sich sowohl aus der Urkunde selbst als auch aus der Person des Autors oder seinem Umfeld ergeben (MÜLLER, a.a.O., Art. 178 N 5).

Die Klägerin verweist bei ihrer Bestreitung der Echtheit der Unterschrift im Wesentlichen auf einen Vergleich zur Unterschrift auf dem Kontoeröffnungsformular, die fehlende Datierung, die damalige Hospitalisierung von E. _____ und ein von ihr eingereichtes Privatgutachten von K. _____. Das Privatgutachten kommt zum Schluss, dass die fragliche Unterschrift eine Imitation zu sein scheine, da nicht genügend übereinstimmende Elemente gefunden worden seien (act. 1 Rz. 61, 85 ff.; act. 3/27 S. 23). Damit bestreitet die Klägerin die Echtheit der Unterschrift genügend substantiiert, sodass die Beklagte, die sich auf die Echtheit beruft, den Echtheitsbeweis antreten muss.

Die Beklagte reicht ein Privatgutachten von L. _____ ein. Dieses basiert auf dem Original der undatierten handschriftlichen Instruktion. Es kommt zum Schluss, dass zwischen der Unterschrift auf der Instruktion und den Referenzunterschriften mit hoher Wahrscheinlichkeit Urheberidentität bestehe (act. 42 Rz. 159, 164; act. 43/92 S. 2, 15). Die Beklagte reicht zudem ein Privatgutachten von M. _____ ein. Dieses

basiert auf einer Kopie der undatierten handschriftlichen Instruktion. Es kommt zum Schluss, dass die untersuchten Unterschriften eine grosse grafische Übereinstimmung mit den Referenzunterschriften aufwiesen (act. 42 Rz. 179; act. 43/98 S. 24).

Gemäss der Klägerin sind diese beiden beklagischen Privatgutachten materiell untauglich. Denn sie stützten sich auf Referenzunterschriften aus dem Zeitraum 2016-2017, deren Echtheit sie bestreite (act. 48 Rz. 121). Bezüglich des Privatgutachtens L._____ verweist sie aber zunächst nur auf drei Referenzunterschriften (A9, A10 und A20), deren Echtheit sie im Rahmen des vorliegenden Verfahrens bestreitet (act. 48 Rz. 121). Die dem Privatgutachten L._____ beigelegte Bildtafel (act. 43/93) zeigt allerdings, dass der Gutachter seine Beurteilung auch auf diverse andere Referenzunterschriften nicht nur aus der Kundenbeziehung Nr. 1, sondern auch aus den Kundenbeziehungen Nr. 3 und Nr. 4 stützte. Zwar bestreitet die Klägerin sodann auch die Echtheit der Unterschriften aus der Kundenbeziehung Nr. 3. Zur Begründung führt sie aber lediglich an, dass die Unterschriften seitens der Bankkundschaft in V._____, seitens der Beklagten jedoch in Zürich angebracht worden seien, weshalb keines dieser Dokumente nachweislich von E._____ unterzeichnet worden sei (act. 48 Rz. 122 f.). Damit macht die Klägerin zwar geltend, die Echtheit sei nicht nachgewiesen. Hingegen bringt sie keine (substanzierten) Umstände vor, die für eine Unechtheit sprechen würden. Daher ist in Anwendung von Art. 178 ZPO von der Echtheit auszugehen. Mithin geht die Kritik am Privatgutachten L._____ fehl. Selbiges gilt für die Kritik am Privatgutachten M._____. Sie beschränkt sich hinsichtlich der Unterschrift auf der undatierten handschriftlichen Instruktion darauf, dass drei Referenzunterschriften gefälscht seien (act. 48 Rz. 124). Aus dem Privatgutachten ergibt sich aber, dass sich der Gutachter auch auf andere Referenzunterschriften – unter anderem diejenige im Pass von E._____ sowie mehrere beglaubigte Unterschriften – stützte, deren Echtheit die Klägerin nicht (substanziert) bestreitet.

Die Gutachten L._____ und M._____ sind Privatgutachten. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung sind Privatgutachten in Bezug auf Fragen, die in gleicher Weise zum Gegenstand eines gerichtlichen Gutachtens gemacht werden könnten, keine zulässigen Beweismittel. Vielmehr sind sie blosser Parteibehauptungen (BGE

141 III 433 E. 2.6; BGE 140 III 16 E. 2.5; Urteile des BGer 4A_410/2021 vom 13. Dezember 2021 E. 3.2; 4A_26/2019 vom 24. Juli 2019 E. 3.4.1; 4A_66/2018 vom 15. Mai 2019 E. 2.2). Die Tatsachenbehauptungen einer Partei dürfen allein aufgrund eines Privatgutachtens nicht als bewiesen erachtet werden, wenn die Gegenpartei diese substantiiert bestreitet (BGE 141 III 433 E. 2.6; BGE 132 III 83 E. 3.5; Urteile des BGer 4A_410/2021 vom 13. Dezember 2021 E. 3.2; 5A_1040/2020 vom 8. Juni 2021 E. 3.1.2). Immerhin sind Parteibehauptungen, denen ein Privatgutachten zugrunde liegt, meist besonders substantiiert und können zusammen mit – durch Beweismittel nachgewiesenen – Indizien den Beweis erbringen (BGE 141 III 433 E. 2.6; Urteil des BGer 4A_587/2021 vom 30. August 2022 E. 4.5.1; siehe auch Urteile des BGer 4A_439/2021 vom 25. Januar 2022 E. 5.2; 4A_410/2021 vom 13. Dezember 2021 E. 3.2; 5A_1040/2020 vom 8. Juni 2021 E. 3.1.2; 4A_247/2020 vom 7. Dezember 2020 E. 4.1; 4A_412/2019 vom 27. April 2020 E. 4.2.2.1; 4A_66/2018 vom 15. Mai 2019 E. 2.2; 4A_9/2018 vom 31. Oktober 2018 E. 5.2.2).

Da das Privatgutachten L. _____ die Unterschrift auf der undatierten handschriftlichen Instruktion mit hoher Wahrscheinlichkeit als diejenige von E. _____ einstuft und die Instruktion mit dem Inhalt des Telefonats vom 5. Januar 2015 korreliert, verbleiben keine ernsthaften Zweifel an deren Echtheit. Mithin ist der Inhalt des Telefongesprächs Indiz dafür, dass die Instruktion tatsächlich von E. _____ stammt. Dieser führte nämlich aus, dass er F. _____ eine Geldsumme geben müsse. Sodann bejahte er den Vorschlag von G. _____ für eine Überweisung auf das Konto von F. _____. In der Folge kündigte G. _____ an, F. _____ eine Vorlage zu schicken, damit sie ihm die Instruktion vorbereite, damit er sie unterschreibe, was er mit "Sehr gut" quittierte. Auf den Hinweis, dass G. _____ das Originaldokument benötige, antwortete er mit "In Ordnung". Das Gesagte zeigt sowohl seine Absicht, F. _____ einen Geldbetrag zukommen zu lassen, als auch spezifisch seine Absicht, die gestützt auf die Vorlage von G. _____ zu erstellende Instruktion zu unterzeichnen. Wenn auch der Betrag noch offen war, zeigt die vorangegangene Erwähnung der Wohnung zumindest, dass eine Überweisung in einer substantiellen Grössenordnung im Raum stand. Weiter wies G. _____ auch F. _____ darauf hin, für eine Überweisung eine von E. _____ unterschriebene Instruktion zu benötigen, und kündigte

Letztere an, die Instruktion von E. _____ unterschreiben zu lassen. Mit dem Gesagten durchwegs stimmig ist auch, dass G. _____ kurz nach dem Telefongespräch die angekündigte Vorlage per E-Mail übermittelte und der Beklagten spätestens am 9. Januar 2015 (Datum der ersten auf der Rückseite vermerkten Unterschriftenprüfung; siehe auch act. 1 Rz. 81, 262) die augenscheinlich gestützt auf diese Vorlage verfasste undatierte handschriftliche Instruktion im Original zuzuging. Vor diesem Hintergrund bestehen an der beklagtischen Darstellung, dass E. _____ nach dem Telefongespräch vom 5. Januar 2015 die undatierte handschriftliche Instruktion unterzeichnete, keine ernsthaften Zweifel, womit der Echtheitsbeweis gelingt.

Das klägerische Privatgutachten K. _____ vermag diese Überzeugung nicht zu erschüttern. Zunächst stellt auch dieses Gutachten ein Privatgutachten dar und sind auch die darin enthaltenen Ausführungen blosser Parteibehauptungen. Wie sodann die Klägerin selbst ausführt (act. 1 Rz. 61), enthält es lediglich einen vorläufigen Schluss. Der Gutachter verfügte nämlich – im Gegensatz zum beklagtischen Gutachter L. _____ – nicht über das Original der undatierten handschriftlichen Instruktion. Deshalb ging es nur um ein Vorstudium (act. 42 Rz. 180; act. 3/27 S. 2, 23). Es ist gerichtsnotorisch, dass graphologische Gutachten nur zu aussagekräftigen Ergebnissen führen, wenn sie auf Originaldokumenten basieren, nicht auf Fotokopien (Urteil des BGer 4A_390/2013 vom 27. Januar 2014 E. 7.2; siehe auch Urteile des BGer 8C_794/2016 vom 28. April 2017 E. 5.4; 9C_634/2014 vom 31. August 2015 E. 6.1.2). Hinzu kommt, dass Divergenzen der Unterschrift auf der undatierten handschriftlichen Instruktion zu Referenzunterschriften zwanglos durch den Spitalaufenthalt erklärt werden können (act. 13 Rz. 124; act. 42 Rz. 164).

4.3.2.2. Die Bedeutung einer Instruktion ist bei Unklarheiten (nicht: Widersprüchen) durch Auslegung zu ermitteln (Buis, Die Banküberweisung und der Bereicherungsausgleich bei fehlgeschlagenen Banküberweisungen, 2001, 45, 62; z.B. Urteil des BGer vom 8. November 1995, SJ 1996, 549 ff., E. 3; Urteil des Handelsgerichts ZH HG200220 vom 27. Oktober 2022 E. 3.2; siehe auch BSK OR I-OSER/WEBER, Art. 397 N 5; BK-FELLMANN, Art. 397 OR N 66). Für die Auslegung einseitiger Willenserklärungen ist Art. 18 OR analog anwendbar (BGE 127 III 444 E. 1; BGE 121 III 6 E. 2c; BGE 115 II 323 E. 2b; BGE 92 II 335 E. 4). Vorbehältlich der Feststell-

barkeit des tatsächlichen Parteiwillens ist die Vereinbarung nach dem Vertrauensprinzip so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen nach Treu und Glauben verstanden werden durfte und musste. Dabei ist vom Wortlaut der Erklärung auszugehen. Diese ist jedoch nicht isoliert, sondern aus ihrem konkreten Sinngefüge heraus zu beurteilen (BGE 138 III 659 E. 4.2.1; BGE 123 III 165 E. 3a). Zu berücksichtigen ist insbesondere der vom Erklärenden verfolgte Regelungszweck, wie ihn die Erklärungsempfängerin in guten Treuen verstehen durfte und musste (BGE 138 III 659 E. 4.2.1; BGE 132 III 24 E. 4). Das Gericht hat als Vertragswillen anzusehen, was vernünftig und korrekt handelnde Parteien unter den gegebenen, auch persönlichen Umständen durch die Verwendung der auszulegenden Worte oder ihr sonstiges Verhalten ausgedrückt und folglich gewollt haben würden. Es muss nach einem sachgerechten Resultat suchen, weil nicht anzunehmen ist, dass die Parteien eine unangemessene Lösung gewollt haben (BGE 142 V 466 E. 6.1; BGE 142 V 129 E. 5.2.2; BGE 140 V 50 E. 2.2; zum Ganzen Urteile des BGer 4A_627/2012 vom 9. April 2013 E. 8.5; 4A_544/2012 vom 28. Januar 2013 E. 4.2; Urteil des BGer vom 8. November 1995, SJ 1996, 549 ff., E. 3; Urteil des Handelsgerichts ZH HG200220 vom 27. Oktober 2022 E. 3.2).

Daher ist nicht entscheidend, dass die undatierte handschriftliche Instruktion auf EUR 1 Mio. lautete, die Überweisung aber im entsprechenden Gegenwert vom USD-Konto erfolgte (act. 1 Rz. 96, 246; act. 24 Rz. 30, 177): Die handschriftliche Instruktion wies eine Überweisung vom Konto Nr. 1 an. Dies ist die Kundenbeziehung, unter der sowohl das USD-Konto als auch das EUR-Konto liefen. Mithin schrieb die Instruktion nicht spezifisch eine Überweisung vom EUR-Konto vor. Eine solche Absicht ist auch aus den Umständen nicht ersichtlich. Nach dem Vertrauensprinzip durfte die Beklagte die Instruktion so auslegen, dass sie die Überweisung mangels hinreichender Mittel auf dem EUR-Konto durch eine Belastung des USD-Kontos im entsprechenden Gegenwert ausführen sollte (act. 13 Rz. 135; vgl. auch BUIS, a.a.O., 63).

4.3.2.3. Da die Beklagte das Vorliegen einer (echten) Instruktion von E._____ nachweist, erübrigt sich eine Prüfung, ob sie sich auch auf die Risikotransferklausel in

Ziff. 2 der General Business Conditions Edition 04/2013 und/oder die Zustellungs- und Genehmigungsfiktion in Ziff. 8 der Terms and Conditions to the Business Relationship bzw. Ziff. 12 der General Business Conditions Edition 04/2013 berufen könnte. Lediglich der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass deren Anwendung nicht aufgrund eines grobfahrlässigen bzw. rechtsmissbräuchlichen Handelns der Beklagten ausgeschlossen wäre. Der Klägerin gelingt es nämlich nicht, ein solches nachzuweisen.

Zunächst erstellt die Beklagte mit Verweis auf die Prüfungsvermerke bzw. den Stempel "Begleitzettel ZV" auf der undatierten handschriftlichen Instruktion, dass diese, anders als die Klägerin geltend macht (act. 24 Rz. 29), von drei Bankmitarbeitenden geprüft wurde (act. 42 Rz. 97, 206). Mit der undatierten handschriftlichen Instruktion lag der Beklagten eine Unterschrift vor, die, entgegen der Klägerin (act. 1 Rz. 85), nach einem "Von-blossem-Auge"-Vergleich derjenigen von E. _____ auf dem Kontoeröffnungsformular ähnlich sah. Vor allem aber hatte die Beklagte am 5. Januar 2015 mit E. _____ telefoniert (act. 13 Rz. 33, 125). Dabei hatte dieser angekündigt, die Instruktion zu unterzeichnen und der Beklagten zu senden. Ferner waren die fehlende Verwandtschaft zur Überweisungsempfängerin und die Höhe der Überweisung, auf die die Klägerin hinweist (act. 1 Rz. 93, 258), aus Sicht der Beklagten erklärbar:

In welchem Verhältnis F. _____ zu E. _____ stand, ist umstritten. Die Klägerin bezeichnet sie teils als seine Haushälterin und bestreitet eine Liebes- und Lebensbeziehung (act. 1 Rz. 58, 62 ff.; act. 24 Rz. 11, 50). Gemäss der Beklagten war sie hingegen seine langjährige Lebenspartnerin (act. 13 Rz. 7, 47, 58, 103 f., 106, 287; act. 42 Rz. 35, 53 f., 95, 250). Erstellt ist, dass E. _____ und F. _____ seit 2005 ein Gemeinschaftskonto bei der BBVA und seit 2008 das Gemeinschaftskonto Nr. 5 bei der Beklagten hielten (act. 42 Rz. 96, 214, 251; act. 43/40; act. 43/52). Aus diversen von der Beklagten eingereichten, teils aus den 1990er-Jahren stammenden Fotos, die die beiden gemeinsam an sozialen Anlässen, insbesondere im Kreis der Familie von F. _____, und bei Freizeitbeschäftigungen zeigen (act. 42 Rz. 55 ff.; act. 43/19; act. 43/22-27), sowie aus persönlichen Schreiben (act. 42 Rz. 58, 60; act. 43/28; act. 43/30) ergibt sich sodann, dass E. _____ seit geraumer Zeit ein en-

ges persönliches Näheverhältnis zu F._____ und deren Nachkommen pflegte. Dieses wird bestätigt durch mehrere im Rahmen des Erwachsenenschutz- bzw. Strafverfahrens erstellte notariell beurkundete Zeugenerklärungen von Bekannten von E._____ und F._____, wonach die Ersteren die beiden Letzteren seit langer Zeit als (Ehe-)Paar wahrgenommen hätten (act. 42 Rz. 61 ff.; act. 43/34 S. 2 f.; act. 43/35 S. 2; act. 43/36 S. 3). Durch dieses persönliche Näheverhältnis ist auch zu erklären, dass die Sekretärin von E._____ in ihrer E-Mail an die Beklagte vom 29. Dezember 2014 F._____ als "Mrs. F'._____ [Nachname des E._____]" bezeichnete (act. 42 Rz. 204; act. 43/101). Auch G._____ bezeichnete sie in der CRM-Notiz zum Besuch vom 16. Oktober 2014 als seine Ehefrau und führte aus, die beiden seien seit über dreissig Jahren zusammen. Dies zeigt im Übrigen, dass der Beklagten dieses persönliche Näheverhältnis bekannt war (act. 42 Rz. 73).

Es mag zwar durchaus zutreffen, dass finanzieller Missbrauch auch im familiären Umfeld vorkommt (act. 24 Rz. 11 ff.). Das der Beklagten bekannte Näheverhältnis ist aber deshalb relevant, weil dadurch aus Sicht der Beklagten die Person der Überweisungsempfängerin erklärt werden konnte (act. 13 Rz. 106, 132, 287). Denn als Lebenspartnerin war F._____ als Überweisungsempfängerin nicht besonders verdächtig, selbst wenn diese Überweisung einen substanziellen Betrag umfasste, der die bisher getätigten Mittelrückzüge überstieg (vgl. act. 1 Rz. 52, 54, 93, 258; act. 24 Rz. 105). Zudem war die Höhe der Überweisung aus Sicht der Beklagten vor dem Hintergrund der Hospitalisierung von E._____ zu sehen. Angesichts dieser stellte sich nämlich die Frage der finanziellen Zukunft von F._____. Ebendies zeigt die Aussage von E._____ anlässlich des Telefonats vom 5. Januar 2015, dass er F._____ eine Geldsumme geben müsse, da sie kein Anrecht auf irgendetwas habe (act. 42 Rz. 78; act. 49/1).

Zusammengefasst machten weder die Empfängerin noch die Höhe der Überweisung diese für die Beklagte besonders verdächtig und hatte G._____ noch wenige Tage zuvor über die anstehende Überweisung gesprochen. Die Beklagte handelte daher durch die Ausführung der undatierten handschriftlichen Instruktion nicht rechtsmissbräuchlich (etwa indem sie um die tatsächliche Nichtgenehmigung der Transaktion gewusst hätte) bzw. verletzte keine elementaren Vorsichtsmassnah-

men, deren Einhaltung sich jeder vernünftigen Person unter den gleichen Umständen hätte aufdrängen müssen.

4.3.2.4. Zwischenfazit: Die Beklagte weist nach, dass sie die Überweisung vom 12. Januar 2015 gestützt auf die gehörige, von E._____ erteilte undatierte handschriftliche Instruktion ausführte.

4.4. Handlungsunfähigkeit (Eventualstandpunkt)

4.4.1. Rechtliches

4.4.1.1. Anwendbares Recht

"Die Handlungsfähigkeit untersteht dem Recht am Wohnsitz" (Art. 35 Satz 1 IPRG). Eine natürliche Person hat Wohnsitz in dem Staat, in dem sie sich mit der Absicht dauernden Verbleibens aufhält (Art. 20 Abs. 1 lit. a IPRG). E._____ wohnte ab März 2014 in V._____, Spanien. Daher richtet sich seine Handlungsfähigkeit nach spanischem Recht.

Gemäss Art. 9 Abs. 1 des spanischen Código Civil bestimmt sich das auf natürliche Personen anzuwendende Personalstatut, das unter anderem die Handlungsfähigkeit regelt, nach ihrer Staatsangehörigkeit. E._____ war spanisch-venezolanischer Doppelbürger. Bei Doppelbürgern mit spanischer sowie einer anderen Staatsangehörigkeit ist gemäss Art. 9 Abs. 9 des Código Civil grundsätzlich die spanische Staatsangehörigkeit massgeblich (HIERNEIS, in: Hausmann [Hrsg.], Internationales Erbrecht, München 2023, Spanien, Rz. 28.21; siehe auch ADAM/PERONA FEU, in: Rieck/Lettmaier [Hrsg.], Ausländisches Familienrecht, München 2024, Spanien, Rz. 42). Das spanische Recht ist als Personalstatut anwendbar.

Der Inhalt des anzuwendenden ausländischen Rechts ist von Amtes wegen festzustellen (Art. 16 Abs. 1 IPRG). Die Verweisung des IPRG auf ein ausländisches Recht umfasst alle Bestimmungen, die nach diesem Recht auf den Sachverhalt anwendbar sind (Art. 13 IPRG). Mithin muss ein schweizerisches Gericht das ausländische Recht so auslegen und anwenden, wie dies ein Gericht im ursprünglichen Geltungsbereich des anzuwendenden Rechts tun würde. Das schweizerische Ge-

richt muss sich gewissermassen in das Rechtssystem des betreffenden Landes versetzen (BGE 126 III 492 E. 3c/aa; Urteile des BGer 4A_624/2014 vom 9. Juli 2015 E. 5.1; 4A_336/2008 vom 2. September 2008 E. 5.1; ZK IPRG-HEINI/FURRER, Art. 13 IPRG N 18; BSK IPRG-MÄCHLER-ERNE/WOLF-METTIER, Art. 13 N 6). Unter anderem sind die ausländischen Regeln zu Beweislastverteilung und gesetzlichen Vermutungen anzuwenden (GROLIMUND, Einzelfragen des Internationalen Beweisrechts, in: Fuhrer/Chappuis [Hrsg.], Liber amicorum Roland Brehm, 2012, 169, 172; BSK IPRG-MÄCHLER-ERNE/WOLF-METTIER, Art. 13 N 6). Auch die Auslegung muss nach den im Ausland üblichen Regeln erfolgen (BGE 126 III 492 E. 3c/aa; Urteile des BGer 4A_624/2014 vom 9. Juli 2015 E. 5.1; 4A_141/2009 vom 7. September 2009 E. 7.3; BSK IPRG-MÄCHLER-ERNE/WOLF-METTIER, Art. 13 N 8). Demgegenüber bleibt das schweizerische Recht anwendbar für das Recht auf Beweis, die Anforderungen an die Behauptungs- und Substanziierungslast und die Beweiswürdigung (Urteil des BGer 5A_723/2017 vom 17. Dezember 2018 E. 6.1; BSK ZGB I-LARDELLI/VETTER, Art. 8 N 92).

Bei der Beurteilung der Handlungsunfähigkeit einer Person sind vorab die Tatsachen zu ihrem Gesundheits- bzw. Geisteszustand sowie zur Art und Tragweite möglicher störender Einwirkungen im fraglichen Zeitraum zu erstellen (Tatfrage). Danach ist gestützt darauf zu beurteilen, ob diese den Schluss auf die Handlungsunfähigkeit erlauben (Rechtsfrage; vgl. BGE 124 III 5 E. 4; BGE 117 II 231 E. 2c). Für Letzteres ist das anwendbare Recht massgeblich, nicht hingegen für Ersteres.

Dass die Handlungsfähigkeit dem Recht am Wohnsitz untersteht, ergibt sich explizit aus Art. 35 IPRG. Die Klägerin äusserte sich nicht zum auf die Frage der Handlungs- bzw. Urteilsfähigkeit von E._____ anwendbaren Recht. Die Beklagte wies *duplicando* darauf hin, dass sich die Frage der Urteilsunfähigkeit von E._____ gemäss Art. 35 IPRG nach dem Recht an seinem seinerzeitigen Wohnsitz richte, ohne näher darauf einzugehen (act. 42 Rz. 329). Die Klägerin sah von einer Stellungnahme zu dieser (zutreffenden) Anmerkung ab (vgl. act. 64). Mithin war der sich ohne Weiteres aus dem Gesetzestext ergebende Umstand, dass sich die Handlungsfähigkeit von E._____ nach dem Recht an seinem spanischen Wohnsitz richtet, bereits Thema des vorliegenden Verfahrens und verzichteten beide Parteien

darauf, Ausführungen zum spanischen Recht zu machen. Daher wird keine Partei durch die Anwendung spanischen Rechts überrascht. Ohnehin haben die Parteien die tatsächlichen Gegebenheiten, auf die sie ihre jeweiligen Standpunkte hinsichtlich der Frage der Handlungs(un)fähigkeit von E._____ stützen, in das Verfahren eingebracht. Eine Fristansetzung zur Stellungnahme zum spanischen Recht erübrigt sich.

4.4.1.2. Vorgaben des spanischen Rechts

Die Beurteilung der Handlungsfähigkeit erfolgt gestützt auf das zur Zeit der fraglichen Rechtshandlung geltende Recht (Urteil des Tribunal Supremo STS 3566/2022 vom 3. Oktober 2022, Rechtliches, E. 5). Mithin ist das 2015-2016 geltende Recht massgeblich. Handlungsfähig ist demnach, wer aus der elterlichen Sorge entlassen wurde (emancipación, aArt. 314 ff. Código Civil) und weder durch Gesetz (z.B. aArt. 323 Código Civil für emanzipierte Minderjährige) noch durch Urteil (aArt. 199 ff. Código Civil) in seiner Handlungsfähigkeit beschränkt ist (HIERNEIS, in: Hausmann [Hrsg.], Internationales Erbrecht, München 2023, Spanien, Rz. 571 FN 47). Entsprechend ist gemäss aArt. 322 Código Civil eine volljährige Person vorbehältlich der gesetzlichen Ausnahmen für alle Handlungen des bürgerlichen Rechtslebens handlungsfähig.

Es ist zu unterscheiden zwischen: einerseits der natürlichen Unfähigkeit ("incapacidad natural"; nachfolgend: natürliche Handlungs[un]fähigkeit), die sich aus einer physischen oder psychischen Beeinträchtigung ergibt, die die Einsichtsfähigkeit und den Willen der betroffenen Person ausschaltet und sie daran hindert, die vorgenommenen Handlungen zu verstehen und zu wollen; und andererseits der Unfähigkeit, die aus dem zivilrechtlichen Status einer gerichtlich für handlungsunfähig erklärten Person folgt (Urteil des Tribunal Supremo STS 7499/2004 vom 19. November 2004, Rechtliches, E. 3). Die zweite Variante war in aArt. 199 ff. Código Civil geregelt: Gemäss aArt. 199 konnte niemand für handlungsunfähig erklärt werden, ausser gestützt auf eine gerichtliche Entscheidung aus den gesetzlich festgelegten Gründen. Gründe für eine solche gerichtliche Handlungsunfähigkeitsklärung waren gemäss aArt. 200 andauernde Krankheiten oder Mängel körperlicher oder psychischer Art, die die betroffene Person hindern, über sich selbst zu bestimmen

(ADAM/PERONA FEU, a.a.O., Rz. 2). Vom Zeitpunkt der gerichtlichen Handlungsunfähigkeitklärung an waren die abgeschlossenen Verträge anfechtbar (aArt. 1263 und 1301 Código Civil; Urteil des Tribunal Supremo STS 7499/2004 vom 19. November 2004, Rechtliches, E. 3).

Die erste Variante (natürliche Handlungs[un]fähigkeit) bedeutet, dass auch bei Fehlen einer gerichtlichen Handlungsunfähigkeitklärung nicht zwangsläufig von der Gültigkeit der Rechtshandlungen einer Person ausgegangen werden kann. Denn es kann nicht von einer vertraglichen Willenserklärung ausgegangen werden, wenn die erklärende Person nicht über die erforderliche natürliche Vernunft verfügt, da ein solcher Mangel den Verhandlungswillen ausschliesst und verhindert, dass das Gesagte als Erklärung gültig ist (Urteil des Tribunal Supremo STS 7499/2004 vom 19. November 2004, Rechtliches, E. 3). Die natürliche Handlungsfähigkeit setzt voraus, dass ein Vertrag mit Verstand und in Kenntnis seiner Bedeutung sowie Tragweite und in der Absicht abgeschlossen wird, das zu wollen, was damit bezweckt wird. Natürliche Handlungsunfähigkeit liegt deshalb vor, wenn die betroffene Person ihrer kognitiven Fähigkeiten beraubt ist, die es ihr ermöglichen, die Realität und Tragweite des Rechtsgeschäfts zu verstehen. Dies kann bei schweren pathologischen Vorgängen der Fall sein, wie einer Schizophrenie mit Persönlichkeitsveränderung oder bei fortgeschrittener Demenz. Entscheidend ist weniger das Vorliegen einer psychischen Krankheit, sondern vielmehr die Auswirkungen derselben auf die Einsichts- und Willensfähigkeit (zum Ganzen Urteil der Audiencia Provincial Palmas de Gran Canaria SAP GC 1309/2023 vom 23. Juni 2023 E. 2; Urteil der Audiencia Provincial Valencia SAP V 2943/2022 vom 13. Juni 2022, Rechtliches, E. 2). Die geistige Unfähigkeit oder psychische Erkrankung muss jedenfalls schwerwiegend sein, sodass die psychische Persönlichkeit im Beziehungsleben der betroffenen Person verschwindet und das Bewusstsein über die eigenen Handlungen ausgeschlossen ist (Urteil des Tribunal Supremo STS 4229/2005 vom 27. Juni 2005, Rechtliches, E. 6; Urteil der Audiencia Provincial Valencia SAP V 4909/2020 vom 14. Dezember 2020, Rechtliches, E. 2).

Die natürliche Handlungsfähigkeit wird vermutet, solange nicht ausnahmsweise in einer eindeutigen und umfassenden Weise nachgewiesen ist, dass der betreffen-

den Person in Bezug auf das konkrete Geschäft die Denk- und Willenskraft bzw. die zur Erteilung einer gültigen Zustimmung nötige Einsicht und der entsprechende Wille fehlten (Urteile des Tribunal Supremo ATS 13882/2023 vom 18. Oktober 2023, Rechtliches, E. 4; STS 831/2006 vom 14. Februar 2006, Rechtliches, E. 2; STS 6888/2005 vom 10. November 2005, Rechtliches, E. 4; STS 7499/2004 vom 19. November 2004, Rechtliches, E. 3; STS 2345/1995 vom 26. April 1995, Rechtliches, E. 1; MANRESA Y NAVARRO, Comentarios al Código Civil Español, Tomo V, 4. Aufl. 1921, 377). Diejenige Person, die sie bestreitet, muss ihre Abwesenheit umfassend beweisen, sodass alle Zweifel ausgeräumt werden (Urteile des Tribunal Supremo STS 831/2006 vom 14. Februar 2006, Rechtliches, E. 2; STS 836/2005 vom 10. November 2005, Rechtliches, E. 4; Urteil der Audiencia Provincial Valencia SAP V 4904/2020 vom 14. Dezember 2020, Rechtliches, E. 2); allfällige Zweifelsfälle müssen zugunsten der natürlichen Handlungsfähigkeit entschieden werden (Urteile des Tribunal Supremo STS 831/2006 vom 14. Februar 2006, Rechtliches, E. 2; STS 5613/1997 vom 24. September 1997, Rechtliches, E. 3). Erforderlich ist eine umfassende Beweisführung durch taugliche direkte Beweismittel. Nicht möglich ist es, die Vermutung durch eine angebliche tatsächliche Vermutung in gegenteiliger Hinsicht zu zerstören (Urteil des Tribunal Supremo STS 836/2005 vom 10. November 2005, Rechtliches, E. 4; STS 5017/1990 vom 28. Juni 1990, Rechtliches, E. 4; siehe auch Urteil des Tribunal Supremo STS 6888/2005 vom 10. November 2005, Rechtliches, E. 4; Urteil der Audiencia Provincial Palmas de Gran Canaria SAP GC 1309/2023 vom 23. Juni 2023 E. 3). Massgeblich ist sodann einzig der Zustand im Zeitpunkt des fraglichen Rechtsgeschäfts (Urteil des Tribunal Supremo STS 5613/1997 vom 24. September 1997, Rechtliches, E. 3). Die Partei, die die natürliche Handlungsfähigkeit bestreitet, muss daher nachweisen, dass im Zeitpunkt des Rechtsgeschäfts oder zumindest in unmittelbarer zeitlicher Nähe eine Verschlechterung eingetreten ist, die die natürliche Handlungsunfähigkeit im Zeitpunkt des Rechtsgeschäfts belegt (Urteil des Tribunal Supremo STS 2241/2004 vom 31. März 2004, Rechtliches, E. 2). Eine retrospektive psychiatrische Diagnose genügt nicht, um die natürliche Handlungsunfähigkeit einer Person festzustellen (Urteil des Tribunal Supremo STS 2241/2004 vom 31. März 2004, Rechtliches, E. 2). Schliesslich kommt einer allfälligen notariellen Bestätigung der natürlichen

Handlungsfähigkeit besondere Bedeutung für die Rechtssicherheit zu. Sie kann nur durch Beweise, die überaus vollständig und überzeugend sein müssen, sodass sie keinen vernünftigen Raum für Zweifel lassen, widerlegt werden (Urteile des Tribunal Supremo ATS 13882/2023 vom 18. Oktober 2023, Rechtliches, E. 4; STS 1169/2016 vom 17. März 2016, Rechtliches, E. 1; STS 3533/2002 vom 20. Mai 2002, Rechtliches, E. 3; STS 2345/1995 vom 26. April 1995, Rechtliches, E. 1; MANRESA Y NAVARRO, a.a.O., 377).

Zusammenfassend ist die natürliche Handlungsunfähigkeit volljähriger Personen von der Partei, die sich auf diese beruft, zu beweisen, in der Regel mittels einer gerichtlichen Handlungsunfähigkeitsklärung (SOHST, Das spanische Bürgerliche Gesetzbuch, 6. Aufl. 2019, 267, bzw. Vorauf. 2013, 257). Darüber hinaus können Rechtsgeschäfte vor Erlass einer Handlungsunfähigkeitsklärung für nichtig erklärt werden, wenn diejenige Partei, die die natürliche Handlungsunfähigkeit behauptet, in einer eindeutigen und umfassenden Weise nachweist, dass die Handlungsunfähigkeit bereits anlässlich der Vornahme des konkreten Geschäfts bestand (Urteile des Tribunal Supremo ATS 11232/2016 vom 14. Dezember 2016, Rechtliches, E. 4; STS 831/2006 vom 14. Februar 2006, Rechtliches, E. 2; STS 7499/2004 vom 19. November 2004, Rechtliches, E. 3).

4.4.2. Würdigung

4.4.2.1. E. _____ wurde mit Urteil vom 29. Juni 2021 gerichtlich für handlungsunfähig erklärt, nachdem bereits mit Entscheid vom 26. Juli 2019 vorsorgliche Massnahmen angeordnet worden waren. Vorher gab es keine gerichtliche Handlungsunfähigkeitsklärung. Die Rechtsgültigkeit seiner hier interessierenden Instruktionen war explizit nicht Verfahrensgegenstand (act. 13 Rz. 246; act. 42 Rz. 195, 318; act. 3/97 S. 29). Daher ist für den Zeitpunkt der Erteilung der Instruktion am 5. Januar 2015 zu prüfen, ob die Vermutung der natürlichen Handlungsfähigkeit greift oder es der beweisbelasteten Klägerin gelingt, diese in einer eindeutigen und umfassenden Weise durch abschliessende gegenteilige Beweise zu widerlegen.

4.4.2.2. Die Klägerin verweist auf medizinische Berichte und insbesondere auf ein von ihr eingeholtes Privatgutachten des Neurologen Dr. N. _____ (act. 1 Rz. 59).

Die Rechtsprechung, wonach Privatgutachten keine zulässigen Beweismittel, sondern blosser Parteibehauptungen sind (vorne E. 4.3.2.1), gilt auch für medizinische Berichte, und zwar nicht nur für eigentliche ärztliche Gutachten, sondern auch für Arztzeugnisse, fachärztliche Berichte und dergleichen (BGE 140 III 16 E. 2.5; Urteile des BGer 5A_1040/2020 vom 8. Juni 2021 E. 3.1.2; 4A_247/2020 vom 7. Dezember 2020 E. 5.2; 4A_26/2019 vom 24. Juli 2019 E. 3.4.1; 4A_9/2018 vom 31. Oktober 2018 E. 5.2; 4A_243/2017 vom 30. Juni 2017 E. 3.1.3). Ob die Rechtsprechung greift, hängt vom Inhalt dieser Dokumente ab:

Soweit medizinische Berichte Fragen behandeln, die in gleicher Weise zum Gegenstand eines gerichtlichen Gutachtens gemacht werden können, gilt die Rechtsprechung zu Privatgutachten. Insoweit ist ein medizinischer Bericht allein nicht zum Beweis geeignet (Urteil des BGer 4A_9/2018 vom 31. Oktober 2018 E. 5.2).

Soweit hingegen medizinische Berichte Informationen zu Tatsachen enthalten, die das Gericht nicht durch ein gerichtliches Gutachten erhältlich machen könnte, gilt die Rechtsprechung zu Privatgutachten nicht. Solche Informationen und insbesondere schriftliche Aufzeichnungen tatsächlicher Art behandelnder Ärzte fallen vielmehr unter den Urkundenbegriff von Art. 177 ZPO. Dies gilt beispielsweise für Berichte über die durchgeführten Behandlungen, die auf eigener Wahrnehmung beruhen. Zwar könnten theoretisch auch die durchgeführten Behandlungen Gegenstand eines Gutachtens bilden. Die Beantwortung der Fragen durch eine sachverständige Person würde aber nicht auf eigenen echtzeitlichen Wahrnehmungen der konkret handelnden Personen beruhen, sondern vielmehr auf den Aussagen und Berichten derselben beziehungsweise auf nachträglichen Untersuchungen der sachverständigen Person. Inwieweit Berichte über die durchgeführten Behandlungen zulässige Beweismittel darstellen, bestimmt sich nicht mit Blick auf die zitierte Rechtsprechung, sondern nach den allgemeinen Regeln – aber nur in Bezug auf die Fragen, die nicht in gleicher Weise zum Gegenstand eines Gutachtens gemacht werden können. Sämtliche aufgrund des medizinischen Fachwissens gezogenen Schlüsse können Gegenstand eines gerichtlichen Gutachtens sein, weshalb insoweit die Rechtsprechung zu Privatgutachten zum Zug kommt (zum Ganzen Urteil des BGer 4A_9/2018 vom 31. Oktober 2018 E. 5.3; siehe auch Urteile des BGer

4A_255/2019 vom 20. Dezember 2019 E. 6.3.5; 4A_26/2019 vom 24. Juli 2019 E. 3.4.1; 4A_66/2018 vom 15. Mai 2019 E. 2.2, 2.6.1).

4.4.2.3. Die diversen körperlichen Beschwerden, an denen E._____ spätestens seit August 2014 litt, lassen ebenso wenig auf seine natürliche Handlungsunfähigkeit schliessen wie sein fortgeschrittenes Alter (siehe Urteile des Tribunal Supremo ATS 18180/2022 vom 21. Dezember 2022, Rechtliches, E. 3; STS 4229/2005 vom 27. Juni 2005, Rechtliches, E. 6; Urteil der Audiencia Provincial Palmas de Gran Canaria SAP GC 1309/2023 vom 23. Juni 2023 E. 2).

Insoweit die Klägerin auf das Privatgutachten N._____ verweist und geltend macht, E._____ sei während seines Spitalaufenthalts aufgrund seiner Verwirrtheit, Desorientierung, Erregung und Sprachstörung nicht fähig gewesen, finanzielle Entscheidungen zu treffen (act. 1 Rz. 76, 88, 92), ist zunächst festzustellen, dass es sich um ein blosses Privatgutachten, also um Parteibehauptungen handelt. Sodann hält zwar der Spitalbericht vom 29. Dezember 2015 fest, E._____ habe nach dem Sturz verwirrt gewirkt, sei in den folgenden Stunden konfus geblieben und habe Sprachschwierigkeiten gehabt (act. 3/31 S. 2). Dies deckt sich mit der Aussage seiner Sekretärin, er sei anlässlich eines Skype-Anrufs verwirrt gewesen und habe nicht sprechen können (act. 24 Rz. 26; act. 42 Rz. 205). Allerdings sind die Feststellungen am 29. Dezember 2014 für den Zustand von E._____ am 5. Januar 2015 nicht aussagekräftig, da sich sein Zustand während des Spitalaufenthalts anerkanntermassen (act. 1 Rz. 75) verbesserte: Die Patientenakte hält fest, dass es ihm am 31. Dezember 2014 gut gegangen sei, er am Nachmittag kohärent gesprochen habe und sich in Raum und Zeit habe orientieren können (act. 42 Rz. 85; act. 43/49 S. 6). Für den 2. Januar 2015 wird ein kohärenter Dialog festgehalten (act. 42 Rz. 85; act. 43/49 S. 9). Für den 3. Januar 2015 wird eine Sprachstörung festgehalten, die das Verständnis nicht beeinträchtige (act. 1 Rz. 74; act. 3/36). Für den 5. Januar 2015 wird festgehalten, er habe eine gute Nacht gehabt, sein Zustand sei gut und er habe einen guten Nachmittag verbracht und auch die Nacht auf den 6. Januar 2015 wird als gut bezeichnet (act. 42 Rz. 85; act. 43/49 S. 12 ff.). Auch der Entlassungsbericht verzeichnet eine graduelle Verbesserung des geistigen Zustands, die Wiedererlangung des Wachzustands, der Sprache und der räumlichen

und persönlichen Orientierung (act. 3/38 S. 3). Was die dort enthaltene Empfehlung, die Aktivitäten von E. _____ zu überwachen (act. 1 Rz. 75, 270; act. 3/38 S. 4), betrifft, ist unklar, ob diese auf seiner psychischen Verfassung oder vielmehr auf seinen physischen Problemen (Sturzgefahr) beruhte. Die nachfolgenden Empfehlungen (Hilfe bei Transporten und Gehen, Benutzung von Rollstuhl und Gehhilfe) deuten auf Letzteres hin (act. 13 Rz. 116, 262; act. 42 Rz. 256). Jedenfalls spricht das Telefonat vom 5. Januar 2015 gegen die natürliche Handlungsunfähigkeit von E. _____. Insbesondere wies er nämlich den Vorschlag von F. _____, ihr die Wohnung zu geben, bestimmt zurück ("Del apartamento olvidate" [vergiss die Wohnung]; act. 48 Rz. 48; act. 49/1-2). Dies zeigt gerade, dass E. _____ fähig war, einen eigenen Willen zu bilden und diesen auch auszudrücken. Ebendies drängt die Wahrnehmungen der Tochter der Klägerin (act. 1 Rz. 78) in den Hintergrund, zumal diese ohnehin nicht am 5. Januar 2015, sondern einem unbekanntem Tag gegen Ende des Spitalaufenthalts (act. 24 Rz. 99; act. 42 Rz. 258) gemacht worden seien.

Auch die auf dem Privatgutachten N. _____ basierenden klägerischen Vorbringen, die im Bericht von Dr. I. _____ vom 21. August 2014 erwähnten Symptome hätten schon dazumal Hinweise auf eine neurodegenerative Erkrankung kompatibel mit einer kognitiven Beeinträchtigung des Typs Demenz im leichten Stadium gegeben (act. 1 Rz. 66; act. 3/25 S. 2), sowie die auf dem Spitalbericht vom 29. Dezember 2014 basierende Schlussfolgerung, die Entdeckungen liessen die Möglichkeit einer Defizit-Episode in Verbindung mit Amyloid-Angiopathie zu, was wiederum ein Biomarker der Alzheimerkrankheiten sei und auf eine seit spätestens 2014 bestehende Demenzerkrankung schliessen lasse (act. 1 Rz. 71; act. 3/31 S. 2), führen nicht zu einem anderen Schluss. Zunächst sind diese Diagnosen ebenfalls blosse Parteibehauptungen. Sodann genügen die behaupteten *Hinweise* auf eine Demenz nicht, um die Vermutung der natürlichen Handlungsfähigkeit zu widerlegen (siehe Urteil der Audiencia Provincial Valencia SAP V 1734/2006 vom 12. Juli 2006, Rechtliches, E. 2: es blieb bei der Vermutung der natürlichen Handlungsfähigkeit, da in diesem Fall lediglich eine 'diagnostische Impression: Demenz' festgehalten worden war). Und selbst wenn von einer Demenz *im Anfangsstadium* ausgegangen würde, würde eine solche die natürliche Handlungsfähigkeit nicht entfallen lassen (siehe Urteil des Tribunal Supremo STS 2345/1995 vom 26. April 1995, Rechtliches, E. 1:

es blieb bei der Vermutung der natürlichen Handlungsfähigkeit, obschon die Person im fraglichen Zeitpunkt an einer Altersdemenz infolge einer zerebralen vaskulären Insuffizienz zu leiden begann bzw. am Anfang einer Demenzerkrankung stand; Urteil der Audiencia Provincial Valencia SAP V 1419/2021 vom 4. März 2021, Rechtliches, E. 3: es blieb bei der Vermutung der natürlichen Handlungsfähigkeit, obschon ein Gutachter auf eine milde Demenz geschlossen hatte).

4.4.2.4. Zwischenfazit: Weder mit ihren Vorbringen zur Verwirrtheit von E. _____ nach seinem Sturz am 29. Dezember 2014 noch mit den von ihr behaupteten Hinweisen auf eine Demenzerkrankung weist die Klägerin in der verlangten eindeutigen und umfassenden Weise nach, dass E. _____ an einem schweren pathologischen Vorgang gelitten hätte, der sein Verständnis und seinen Willen hinsichtlich der Überweisung ausgeschaltet hätte. Daher bleibt es bei der Vermutung, dass er bei Erteilung der undatierten handschriftlichen Instruktion über die natürliche Handlungsfähigkeit verfügte.

4.5. Erklärungsirrtum (Sub-Eventualstandpunkt)

4.5.1. Rechtliches

Ein Vertrag ist für diejenige Person unverbindlich, die sich beim Abschluss in einem wesentlichen Irrtum befand (Art. 23 OR). Ein Irrtum ist namentlich dann ein wesentlicher, wenn die irrende Person einen anderen Vertrag eingehen wollte als denjenigen, für den sie ihre Zustimmung erklärte (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 1 OR). Wurde eine Person durch absichtliche Täuschung seitens der anderen Vertragspartei zum Vertragsabschluss verleitet, ist der Vertrag für sie auch dann unverbindlich, wenn der erregte Irrtum kein wesentlicher war (Art. 28 Abs. 1 OR). Die von einer Drittperson verübte absichtliche Täuschung hindert die Verbindlichkeit für die getäuschte Person nur, wenn ihre Vertragspartei zur Zeit des Vertragsabschlusses die Täuschung kannte oder hätte kennen sollen (Art. 28 Abs. 2 OR). Das Gesagte gilt auch für einseitige Rechtsgeschäfte (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, OR AT, 11. Aufl. 2020, Rz. 937; BSK OR I-SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Vor Art. 23-31 N 4). Eine Anfechtung wegen eines solchen Willensmangels muss innert Jahresfrist erfolgen (Art. 31 Abs. 1 OR). Diese beginnt in den Fällen des Irrtums und der Täu-

schung mit deren Entdeckung (Art. 31 Abs. 2 OR). Anfechtungsberechtigt ist grundsätzlich diejenige Person, die dem Willensmangel unterlegen ist, bzw. die Urheberin der anfechtbaren Willenserklärung (HUGUENIN, Obligationenrecht, 3. Aufl. 2019, Rz. 577; BSK OR I-SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Art. 23 N 6; Dies., Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2020, Rz. 39.11; BK-SCHMIDLIN, Art. 31 OR N 81; siehe auch AERNI, Die Rechtsfolgen bei Vorhandensein von Willensmängeln, 1944, 44; BACHMANN, Der Irrtum, 1928, 102 ["Die Anfechtungserklärung muss vom Irrenden oder von seinem Universalnachfolger ausgehen."]). Das Anfechtungsrecht ist persönlicher Natur und kann grundsätzlich nicht von Dritten ausgeübt werden (BK-SCHMIDLIN, Art. 31 OR N 78). Diejenige Partei, die sich auf einen Willensmangel beruft, muss sämtliche Voraussetzungen sowie die rechtzeitige Geltendmachung beweisen (BSK OR I-SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Art. 23 N 12, Art. 28 N 26, Art. 31 N 16).

4.5.2. Würdigung

Die Klägerin verweist auf ihr Schreiben vom 20. Mai 2020, worin sie die Beklagte aufforderte, ihr das Guthaben auf dem Gemeinschaftskonto Stand 31. Dezember 2014 zu ersetzen. Damit habe sie die Anfechtung der schriftlichen Instruktionen erklärt. Dies sei innert Jahresfrist nach Art. 31 OR erfolgt. Denn frühestens mit der Befragung der Pflegers von E._____ im Rahmen des Strafverfahrens am 14. November 2019 habe sie erfahren, dass die schriftlichen Instruktionen ihrem Vater von F._____ untergeschoben worden seien (act. 1 Rz. 278).

Anfechtungsberechtigt wäre nach dem Gesagten nicht die Klägerin, sondern vielmehr der dem behaupteten Willensmangel unterlegene E._____ (bzw. nach der Handlungsunfähigerklärung die Vormundschaftsbehörde) gewesen. Dass er eine Anfechtungserklärung abgegeben hätte, behauptet die Klägerin nicht. Sie macht auch nicht geltend, seine Universalsukzessorin (etwa eine Erbengemeinschaft) habe nach seinem Tod eine rechtzeitige Anfechtungserklärung abgegeben. Es fehlt damit an der Anfechtungserklärung einer hierzu berechtigten Person.

Die klägerischen Vorbringen überzeugen aber auch inhaltlich nicht: Die Argumentation der Klägerin fusst darauf, dass E._____ aufgrund einer Sehschwäche nicht

in der Lage gewesen sei, die von anderen Personen entworfenen Instruktionen zu entziffern, und seine Unterschrift in Unkenntnis von deren Bedeutung gesetzt habe (act. 1 Rz. 88, 274 f.). Die Beklagte bestreitet dies (act. 13 Rz. 128). Zwar war die Sehschärfe von E._____ gemäss medizinischen Berichten beeinträchtigt und verzeichnet namentlich der Spitalbericht vom 29. Dezember 2014 ein visuelles Defizit (act. 1 Rz. 73; act. 3/31 S. 1). Allerdings kann daraus nicht geschlossen werden, dass E._____ nicht in der Lage gewesen wäre, das (im Fall der undatierten handschriftlichen Instruktion in grosser Schrift) Geschriebene zu entziffern. Selbiges gilt für das von der Klägerin referenzierte Privatgutachten N._____, wonach die Entdeckungen im Spitalbericht ergäben, dass das Sehvermögen von E._____ *möglicherweise* seit vor 2014 schwer beeinträchtigt gewesen sei (act. 1 Rz. 73; act. 3/25 S. 21). Zudem widerspricht dem klägerischen Standpunkt, dass Dr. I._____ noch im Bericht vom 17. April 2015 festhielt, dass E._____ lese und fernsehe (act. 13 Rz. 141; act. 3/46 S. 1). Vor diesem Hintergrund gelingt es der beweisbelasteten Klägerin nicht, zur vollen Überzeugung des Gerichts zu erstellen, dass E._____ bei Unterzeichnung der undatierten handschriftlichen Instruktion deren Inhalt nicht gekannt hätte. Im Übrigen ist auch hier zu bedenken, dass E._____ anlässlich des Telefonats vom 5. Januar 2015 nachweislich beabsichtigte, eine Instruktion für eine Überweisung zugunsten von F._____ abzugeben. Die handschriftliche Erklärung stimmte daher mit dem vorgängig erklärten Willen überein, weshalb diesbezüglich ein "Unterschieben" ausser Betracht fällt und kein Willensmangel bzw. Erklärungsirrtum vorliegen kann.

Zwischenfazit: Die Klägerin weist keine rechtsgültige Anfechtung der undatierten handschriftlichen Instruktion wegen eines Willensmangels nach.

4.6. Fazit

Die Klägerin hat keinen Erfüllungsanspruch hinsichtlich der Überweisung vom 12. Januar 2015. Das klägerische Rechtsbegehren ist hinsichtlich des ersten Spiegelstrichs abzuweisen.

5. Telefonisch angeordnete Überweisungen von September 2015 bis September 2016

Nachfolgend geht es um folgende Überweisungen:

Datum	Betrag	Empfängerkonto
16. September 2015	EUR 25'022.85	F._____ (Banco Popular)
16. September 2015	EUR 25'022.85	E._____ & F._____ (BBVA)
18. September 2015	EUR 25'022.80	F._____ (Banco Popular)
18. September 2015	EUR 25'022.80	E._____ & F._____ (BBVA)
11. Dezember 2015	EUR 30'023.09	F._____ (Banco Popular)
17. Dezember 2015	EUR 40'023.15	F._____ (Banco Popular)
8. April 2016	EUR 25'022.97	F._____ (Banco Popular)
8. April 2016	EUR 25'022.97	E._____ & F._____ (BBVA)
4. Juli 2016	USD 50'025.67	O._____ & P._____ (Desert Schools)
2. September 2016	USD 4'025.52	Q._____ (Bank of China)

5.1. Sachverhalt

5.1.1. Ab seinem Spitalaufenthalt wurde E._____ zuhause von einem Pfleger betreut (act. 1 Rz. 60, 104; act. 13 Rz. 101). Dieser sagte im Strafverfahren aus, dass E._____ sich mental in einem schlechten Zustand befunden habe, oft nicht an die Namen von Familienmitgliedern habe erinnern können und nicht gewusst habe, wo er lebe, unfähig gewesen sei, Entscheidungen über sein Vermögen zu treffen, und aufgrund des Verlusts seines Sehvermögens nicht mehr habe unterschreiben können (act. 1 Rz. 104; act. 3/26).

5.1.2. Am 17. April 2015 wurde E._____ von Dr. I._____ untersucht. Dessen Bericht spricht von einem leichten kognitiven Verfall mit Schwerpunkt auf den Exekutivfunktionen und erwähnt Schwierigkeiten, sich an Namen zu erinnern und neue Informationen zu behalten. Sodann hält er fest, dass E._____ morgens und abends regelmässig lese oder fernsehe. Ferner hält er Hinweise auf körperliche Beeinträchtigungen und Symptome fest. Er empfiehlt, die Aktivitäten von E._____ zu überwachen, besonders falls dieser komplexe Entscheidungen treffen müsse (act. 1 Rz. 99 ff.; act. 13 Rz. 141; act. 3/46).

5.1.3. Ungefähr zu dieser Zeit besuchte die Klägerin E._____ in V._____ (act. 1 Rz. 103; act. 13 Rz. 145).

5.1.4. Am 2. September 2015 wurde E._____ vom Neurologen Dr. R._____ untersucht. Dessen Bericht weist auf eine langsam progressive Krankengeschichte mit einer Entwicklung von mehr als einem Jahr hin. Sodann hält er aufgrund einer neurologischen Untersuchung eine Bradysphrenie, d.h. eine Verlangsamung der geistigen Funktionen, einen Verlust von exekutiven Funktionen, eine Gangstörung, Schliessmuskelinkontinenz sowie weitere Beeinträchtigungen fest. Als Diagnose wird eine kognitiv-degenerative-vaskuläre Verschlechterung aufgeführt (act. 1 Rz. 105; act. 13 Rz. 105; act. 42 Rz. 277; act. 3/49).

5.1.5. Am 16. September 2015 rief G._____ E._____ an. Nach kurzer Konversation fragte E._____, wie viel Geld er habe. Sie teilte ihm den Kontostand des Gemeinschaftskontos mit. Sodann erkundigte er sich nach weiteren Konten und namentlich jenem bei der BBVA. Sie machte ihn darauf aufmerksam, dass er keine weiteren Konten bei der Beklagten habe und sie ihm über das Konto bei der BBVA nichts sagen könne. Nachdem sie weitere Auskünfte gegeben hatte, fand folgender Austausch statt, wobei F._____ zunächst im Hintergrund zu hören war und sodann das Telefon übernahm (act. 42 Rz. 132 f.; act. 48 Rz. 86 ff.; act. 43/16; act. 43/73-74; act. 49/3-4):

[...]
F._____ Frage sie nach den Überweisungen für jede Bank.
E._____ Ich soll an jede Bank überweisen?
F._____ 50
G._____ Wenn du mir eine E-Mail schickst...
E._____ Okay.
G._____ Aber ich brauche es von deiner E-Mail, weil ich deine E-Mail hier habe.
E._____ Okay.
G._____ Von wo... von wo, nicht wahr? Nach wo?
E._____ Von wo nach wo.
G._____ [Gelächter] Aber wenn du willst, spreche ich direkt mit F'._____, ich höre sie im Hintergrund.
E._____ Gut, sprich mit F'._____.
G._____ Okay?
E._____ Ja
G._____ In Ordnung. [...]
[...]
E._____ Nun, sie sagt, dass du auf jedes meiner Konten 50 überweist.
F._____ Nein, an eines von deinen und das andere ist meines, das von [unverständlich]
G._____ Aber 50 was? 50'000 Dollar oder Euro?
E._____ Euro
G._____ Okay. Dann heben wir 50'000 von deinem Konto mit A._____ ab.

- E._____ Ja.
G._____ Und von dem von F'._____ auch 50'000.
F._____ Nein, nein, von meinem nicht.
G._____ Nein. Okay, von welchem dann? Ich höre nur nicht zu.
F._____ [unverständlich]
G._____ Ich spreche besser direkt mit ihr.
E._____ Okay, sprich mit ihr.
G._____ Okay?
E._____ Ja, in Ordnung.
[...]
F._____ Also hör zu G._____, hast du die Kontonummern und die IBAN der BBVA, wo E._____ das Konto mit mir hat?
G._____ Es wäre besser, wenn du mir alles per E-Mail schreibst.
F._____ Soll ich dir die Angaben nochmals schicken? Okay.
G._____ Ja, damit es klar ist.
F._____ Okay. Und das vom [Banco] Popular, das ist mein Konto, das auf meinen Namen läuft, das ist das Konto, das ich am meisten verwende und auf dem ich das Geld verwalte.
G._____ Okay. Es wäre auch gut, wenn du es mir angibst.
F._____ Ich gebe dir auch diese Angaben.
[G._____ erklärt, welche Angaben sie benötige]
F._____ Sehr gut. Also, was du brauchst, ist eine E-Mail von seiner Adresse.
G._____ Ja, wenn ich das richtig verstanden habe. Das wird von seinem [Konto] überwiesen.
F._____ Von seinem, natürlich.
G._____ Nein, deswegen. Dann muss in dieser E-Mail vermerkt sein, von wo aus. Dann gebe ich dir die Kontonummer. Das ist die 2...
F._____ Warte. Ah, die Nummer, natürlich.
G._____ Sicher, denn ansonsten, weisst du, da er mehrere [Konten] hat, ist nicht klar, von welchem.
F._____ Lass mich aufschreiben. Ja, es muss das [Konto] von A._____ und ihm sein. Schick mir die 100'000, denn das wären 100'000.
[G._____ diktiert die Nummer des Gemeinschaftskontos]
G._____ Schau, was ich auch noch brauche, ist, da es Euro sind und es sind 100'000 von diesem [Konto]...
F._____ Aha.
G._____ Ja, gut. Ich bin hier mit ihm am Sprechen, ich habe also entschieden, dass ich die *Money Markets*, die ich in Euro habe, verkaufen werde, okay, um Liquidität auf dem Konto zu haben.
F._____ Aha. Ich weiss es nicht. Du weisst, dass ich davon nichts verstehe.
G._____ Nein, aber es ist Flüssiges. [Unverständlich]
F._____ Nun, du entscheidest... wichtig ist, dass es von seinem Konto und nicht von meinem überwiesen wird.
G._____ Okay.
F._____ In Ordnung?
G._____ Aber er muss mir diese E-Mail schicken.
F._____ Genau, ich schicke sie dir von seiner E-Mail-Adresse aus.
G._____ Ja.
F._____ Als ob er es wäre. Denn du weisst, er kann keine E-Mails mehr verschicken oder so, weil er vergessen hat, wie das geht.

G._____ Ja, gut, aber ich habe das ihm jetzt am Telefon rückbestätigt.
F._____ Ah, gut, perfekt, perfekt. Dann schicke ich dir all diese Daten. In Ordnung?
G._____ Okay.
[...]
F._____ Okay. Ich schicke es dir jetzt. Jetzt mache ich das.
[...]

Eine E-Mail wurde nicht ins Recht gelegt. G._____ verfasste folgende CRM-Notiz (act. 1 Rz. 106; act. 3/10 S. 3):

"As per phone with client (E._____) we should do 2 payments of each EUR 25k today and again 2 payments of each 25k on Friday 18.09.: 1) Banco Popular, IBAN: ES 6 Beneficiary: F._____
2) Banco BBVA, IBAN: ES 7 Beneficiary E._____ We should sell the 95 units of B._____ MMF EUR to have the funds to pay"

5.1.6. Am 16. September 2015 (Belastungsanzeige) wurden dem EUR-Gemeinschaftskonto zwei Überweisungen von je EUR 25'022.85 (inkl. Gebühr) belastet. Diese erfolgten auf ein Konto von F._____ bei der Banco Popular bzw. ein Gemeinschaftskonto von E._____ und F._____ bei der BBVA. In den Belastungsanzeigen wurde jeweils F._____ als Begünstigte ausgewiesen (act. 1 Rz. 110; act. 13 Rz. 150; act. 42 Rz. 134; act. 3/50).

5.1.7. Am 18. September 2015 (Belastungsanzeige) wurden dem EUR-Gemeinschaftskonto zwei Überweisungen von je EUR 25'022.80 (inkl. Gebühr) belastet, entsprechend den Überweisungen vom 16. September 2015 (act. 1 Rz. 111; act. 13 Rz. 151, 154; act. 42 Rz. 134; act. 3/51).

5.1.8. Am 3. November 2015 besuchte G._____ E._____ in V._____. Sie verfasste folgende CRM-Notiz (act. 1 Rz. 116; act. 13 Rz. 116; act. 3/10 S. 3):

"Met client E._____ at his apartment in V._____. Client is not doing so well, he is most of his time in the wheelchair and His 'wife' they are not married, has some help since otherwise it would be too much work on her. We went out for lunch together with his helper - client enjoyed it very much although he thinks that he will not live very long anymore. [...] In the past he was always very sure on what he would do now he listens more to other opinions too."

Im Strafverfahren sagte der Pfleger aus, dass sich E._____, F._____ und G._____ in einem Raum befunden hätten, als er herbeigerufen worden sei, um Ersterem auf

den Stuhl zu helfen, von dem dieser hinuntergerutscht sei. Auf dem Tisch seien Papiere ausgebreitet gewesen. Beim folgenden Mittagessen habe E. _____ gefragt, ob er jetzt nichts mehr habe. F. _____ habe geantwortet, dass er ruhig bleiben und das Essen geniessen solle. Dies habe den Pfleger denken lassen, dass sich E. _____ nicht bewusst gewesen sei, was er unterschrieben habe (act. 1 Rz. 117; act. 13 Rz. 157; act. 3/26 S. 2).

5.1.9. Am 5. November 2015 wurde E. _____ von Dr. R. _____ untersucht. Dessen Bericht hält eine leichte kognitive Verschlechterung fest (act. 1 Rz. 119; act. 13 Rz. 158; act. 3/49 S. 3).

5.1.10. Am 17. November 2015 wurde E. _____ von der Neuropsychologin Dr. S. _____ untersucht. Deren Bericht verzeichnet eine Bradysphrenie, Probleme mit der zeitlich-räumlichen Orientierung, dem verbalen Gedächtnis, der Sprachgewandtheit und dem visuellen Erkennen. Weiter hält der Bericht fest, dass E. _____ Apathie, Gleichgültigkeit und gelegentliche verbale Aggressivität und Stimmungsschwankungen an den Tag lege. Als Untersuchungsergebnis nennt er einen moderaten kognitiven Verfall mit gemischter Krankheitsursache. Schliesslich hält er fest, dass der allgemeine physische Zustand dem Alter entspreche und das Bewusstseinsniveau normal sowie das Niveau in Gesprächen und Erzählungen adäquat, die Sprache fließend, reich an Inhalten und grammatikalisch korrekt sei (act. 1 Rz. 120; act. 13 Rz. 159 f.; act. 24 Rz. 120; act. 3/53 S. 7).

5.1.11. Am 11. Dezember 2015 fanden zwei Telefonate statt. Zunächst rief E. _____ G. _____ an, führte aus, dass F. _____ Geld brauche, und erkundigte sich, wie viel er ihr schicken könne (act. 42 Rz. 137; act. 48 Rz. 96; act. 43/76 S. 1). Die im Hintergrund zu hörende F. _____ bemerkte, er solle "50" von seinem Konto schicken. Nachdem er gesagt hatte, der Betrag sei für F. _____, fragte G. _____ nach dem Empfängerkonto, woraufhin E. _____ das Telefon an F. _____ weitergab (act. 42 Rz. 137; act. 43/76 S. 1 f.). Diese sagte im Wesentlichen, dass sie gerade einige grosse Zahlungen tätigen müsse und G. _____ vom Konto von E. _____ "50" auf ihr Konto bei der Banco Popular, dessen Angaben sie haben müsse, schicken solle. G. _____ teilte ihr mit, eine E-Mail von der Adresse von E. _____ sowie seine telefonische Bestätigung zu benötigen. F. _____ kündigte an, ihr E. _____ wieder ans

Telefon zu geben und nachher eine E-Mail von dessen Adresse zu schicken (act. 48 Rz. 98; act. 43/76 S. 2 ff.). G._____ sprach wieder mit E._____ (act. 42 Rz. 137; act. 43/16; act. 43/76 S. 4 f.):

[...]
E._____ Nun, habe ich Geld?
G._____ Du hast Geld.
E._____ Für 50?
G._____ Für 50, ja.
E._____ In Ordnung.
G._____ Okay, ich soll also 50 an Banco Popular überweisen, sagte sie mir.
E._____ Sehr gut.
G._____ In Ordnung?
E._____ Was sonst noch?
[...]
E._____ Aber kannst du 50 überweisen?
G._____ Ich überweise ihr 50. Sie schickt mir eine E-Mail und ich überweise die 50.
E._____ In Ordnung.
[...]

Später rief G._____ E._____ an (act. 42 Rz. 137; act. 48 Rz. 99; act. 43/16; act. 43/78):

[...]
G._____ Tut mir leid, dass ich dich geweckt habe. Ich wollte dir das Folgende sagen. Ihr habt mir per E-Mail den Auftrag für die 50 geschickt, wie du mir heute Morgen gesagt hast.
E._____ Ja
G._____ Aber genau bei diesem Konto ist keine E-Mail-Ermächtigung vermerkt, weil ich den E-Mail-Vertrag nicht habe, weil A._____ ihn nie unterschrieben hat.
E._____ Aha.
G._____ Also, ich muss das mit dir daher am Telefon bestätigen, ja.
E._____ Okay, bestätigt.
G._____ Aber ich kann den Auftrag für 50 nicht telefonisch annehmen, weil der Betrag zu hoch ist. Aber wir können heute 30 überweisen und danach reden wir nächste Woche und machen noch eine Überweisung.
E._____ In Ordnung.
G._____ Ist das in Ordnung?
E._____ Das ist gut so.
G._____ Okay, dann überweise ich heute 30 an F'._____ bei Banco Popular.
E._____ In Ordnung.
[...]

G._____ verfasste folgende CRM-Notiz (act. 1 Rz. 121; act. 42 Rz. 137; act. 3/10 S. 2):

"As per phone of client E._____ we should transfer EUR 30k to the account of F._____ at Bco Popular IBAN ES 6"

5.1.12. Am 11. Dezember 2015 (Belastungsanzeige) wurde dem EUR-Gemeinschaftskonto eine Überweisung von EUR 30'023.09 (inkl. Gebühr) belastet. Diese erfolgte auf das Konto von F._____ bei der Banco Popular. In der Belastungsanzeige wurde F._____ als Begünstigte ausgewiesen (act. 1 Rz. 122; act. 24 Rz. 122; act. 42 Rz. 138; act. 25/4).

5.1.13. Am 16. Dezember 2015 wurde E._____ von Dr. R._____ untersucht. Des- sen Bericht hält eine anscheinende Verschlechterung der neurologischen Situation bzw. eine kognitive Verschlechterung, die das Gedächtnis und die zeitliche und räumliche Orientierung beeinflusse, fest. Ferner habe E._____ seinen Hang zum Lesen verloren, benutze seinen Computer nicht mehr, könne die TV-Bedienung nicht mehr bedienen und sei apathisch und desinteressiert (act. 1 Rz. 128; act. 13 Rz. 167 f.; act. 3/49).

5.1.14. Am 16. Dezember 2015 rief E._____ G._____ an und erkundigte sich, was mit seinen Instruktionen passiert sei. G._____ erinnerte ihn daran, dass sie man- gels Unterzeichnung eines E-Mail-Vertrags durch die Klägerin nur telefonische In- struktionen entgegennehmen könne, wobei der Höchstbetrag CHF 50'000.– ent- spreche, weshalb sie "30" überwiesen habe. Sodann fand folgender Austausch statt, wobei F._____ im Hintergrund zu hören war (act. 42 Rz. 139; act. 48 Rz. 101 f.; act. 43/16; act. 43/80-81; act. 49/5-6):

[...]

G._____ [...] Aber nur um es zu wissen, 30 oder 40, wie viel willst du für das Konto von F._____?

E._____ Nein, es waren 50, oder? Jetzt schicken wir 50 und 50, richtig?

G._____ Nein, wir haben bereits 30 überwiesen.

E._____ Nun dann, 30 plus 20.

G._____ Aber ich glaube, sie hat mir gesagt, dass sie mehr braucht.

E._____ Brauchst du noch mehr?

F._____ Ja, schick ein bisschen mehr, damit ich sie nicht wieder stören muss.

E._____ Sie ist herrlich. Hast du sie gehört?

- G._____ Ja, ich habe sie gehört, aber was bedeutet mehr, 30 oder 40? Weil du gesprochen hast. ..
- E._____ Was bedeutet mehr, 30 oder 40?
- F._____ Naja, 40. 40 plus die 20.
- E._____ 40 plus die 20.
- G._____ Nein, nein, wir haben schon 30 überwiesen.
- E._____ Gut.
- G._____ Also was, weitere 30?
- F._____ Dann schicke mir jetzt 40.
- E._____ Du sollst 40 schicken.
- G._____ Dann schicke ich 40, okay. Aber, in Euro habe ich keine 40, also überweise ich aus dem Dollar-Konto. Perfekt. Ist das gut so?
- E._____ Was hast du nicht auf dem Euro-Konto?
- G._____ Auf dem Euro-Konto hat es nur 30'000 Euro, daher schicke ich ...
- E._____ Das darf nicht wahr sein?
- G._____ Doch.
- E._____ Und warum das?
- G._____ Weil du keine Euro hast.
- E._____ Diese Bank ist pleite.
- G._____ [Gelächter]
- E._____ Wie viel hast du?
- G._____ In Euro habe ich 30.
- E._____ [Unverständlich], die sie schicken wird.
- G._____ Aber ich kann aus dem Dollar-Konto überweisen.
- E._____ Vom Dollar-Konto kann sie überweisen, aber. ..
- G._____ In Ordnung? Ich schicke 40 aus dem Dollar-Konto. / De la de dólares puede mandar, pero... ¿Ok? Yo mando 40 euros de la de dólares.
- E._____ In Ordnung.
- G._____ In Ordnung?
- E._____ Mach, was du willst.
- G._____ Nein, nicht was ich will. Das, was du willst.
- [...]

G._____ verfasste folgende CRM-Notiz (act. 1 Rz. 123; act. 42 Rz. 139; act. 3/10 S. 2):

"As per phone of E._____ we should debit the USD account and transfer EUR 40k to F._____ at Bco. Popular Espanol IBAN ES 6"

5.1.15. Am 17. Dezember 2015 (Belastungsanzeige) wurde dem USD-Gemeinschaftskonto eine Überweisung von EUR 40'023.15 bzw. USD 44'152.58 (inkl. Gebühr) belastet. Diese erfolgte auf das Konto von F._____ bei der Banco Popular. In der Belastungsanzeige wurde F._____ als Begünstigte ausgewiesen (act. 1 Rz. 124; act. 13 Rz. 163; act. 42 Rz. 141; act. 3/55).

5.1.16. Im Strafverfahren sagte der Pfleger aus, er sei im Dezember 2015 bei zwei Telefongesprächen anwesend gewesen. F._____ habe von G._____ zwei Überweisungen von je EUR 20'000.– verlangt. Sie habe E._____ aufgefordert, G._____ zu antworten. Dieser habe gesagt: "Jaja, was F'._____ sagt". E._____ habe keine Idee davon gehabt, was gesprochen worden sei (act. 1 Rz. 126; act. 13 Rz. 166; act. 3/26 S. 2).

5.1.17. Am 8. April 2016 rief G._____ E._____ an. Zunächst sprach sie mit diesem über ihm zustehende Bezugsrechte. Sodann gab er das Telefon an F._____ weiter. Diese forderte G._____ auf, je "25" zum einen auf das Gemeinschaftskonto von E._____ und ihr bei der BBVA und zum anderen auf ihr Konto bei der Banco Popular zu überweisen, da sie sich abdecken müssten wegen all der Ausgaben. Sodann gab sie das Telefon an E._____ zurück, damit er dies bestätige (act. 42 Rz. 142; act. 48 Rz. 106 ff.; act. 43/16; act. 43/82-83; act. 49/7-8):

[...]
E._____ Wofür soll ich dir eine Ermächtigung erteilen? Um mich zu töten?
G._____ Nein, du bist heute aber gemein. Nein...
E._____ Nein, nein.
G._____ Sie kümmert sich um dich.
E._____ Ja, das ist auch gut so.
G._____ Ja, genau. Hör zu, ähm...
E._____ Was gibt es?
G._____ Sie will, dass du die Ermächtigung erteilst, 25'000 Euro auf das Konto bei BBVA und 25'000 Euro auf das Konto bei Banco Popular zu überweisen.
E._____ Ich gebe sie dir. Ich habe sie dir soeben gegeben.
G._____ Sehr gut, okay? Ich muss aber das Dollar-Konto benutzen, weil ich nicht genug Euro habe.
[...]
E._____ Nun, dann benutze es.
G._____ Okay? In Ordnung.
E._____ Ja.
G._____ Nun, ich mache beide in Dollar, damit. ...
E._____ Ja, ja, ja.
[...]
G._____ Aber du bist immer noch da, dein Kopf und alles funktioniert noch.
E._____ Nun, mehr oder weniger, mehr oder weniger.
G._____ Mehr oder weniger.
E._____ Mein Kopf wird mir eines Tages abgehackt. Ein Banker wird ihn mir abschneiden.
G._____ Ja, wahrscheinlich!
E._____ Ich hab dich lieb, G._____.
F._____ Gib ihr den Auftrag!
G._____ Ja, das hat er, F'._____, es ist okay.
E._____ Es ist schon gemacht.

F._____ Gib ihr den Auftrag!
G._____ Ja, es ist okay, F'._____, es ist erledigt.
[...]

G._____ verfasste folgende CRM-Notiz (act. 1 Rz. 137; act. 3/10 S. 2):

"As per phone with E._____ we should pay EUR 25k from the USD account to each of the below IBANs Beneficiary F._____ (as already done in the past): ES 7 (Bancc BBVA) ES 6 (Bancc Popular)"

5.1.18. Am 8. April 2016 (Belastungsanzeige) wurden dem USD-Gemeinschaftskonto zwei Überweisungen von je EUR 25'022.97 bzw. USD 28'871.53 und USD 28'880.44 (inkl. Gebühr) belastet. Diese erfolgten (wie schon die Überweisungen vom September 2015) auf das Konto von F._____ bei der Banco Popular bzw. das Gemeinschaftskonto von E._____ und F._____ bei der BBVA. In den Belastungsanzeigen wurde jeweils F._____ als Begünstigte ausgewiesen (act. 1 Rz. 138; act. 42 Rz. 143; act. 3/58).

5.1.19. Am 26. Juni 2016 besuchte G._____ E._____ in V._____. Sie verfasste folgende CRM-Notiz (act. 1 Rz. 158; act. 13 Rz. 193; act. 24 Rz. 88; act. 3/10 S. 1):

"Met client E._____ together with F._____ and T._____ [Tochter von F._____] and we had lunch at a Venezuelan restaurant in V._____. Client was much better than last time, he is in the wheel chair but he is very present - was concentrated and participated in our conversations.
[...]"

5.1.20. Am 1. Juli 2016 rief E._____ G._____ an, wobei F._____ zunächst im Hintergrund zu hören war und sodann das Telefon übernahm (act. 42 Rz. 145 f.; act. 48 Rz. 113; act. 43/16; act. 43/84-85):

[...]
E._____ Gut. Darf ich dich um einen Gefallen bitten?
G._____ Ja, natürlich.
E._____ Nun, schau mal. Wenn ich dir die Kontonummer meiner Schwester in Spanien gebe...
F._____ In den Vereinigten Staaten.
E._____ In den Vereinigten Staaten.
G._____ Aha.
E._____ Nicht wahr?
G._____ Ja, schon.
E._____ Damit du ihr 50'000 Dollar schickst.

- G._____ Aha. Für einen telefonischen Auftrag müssen es etwas weniger als 50'000 sein.
Kann es ein bisschen weniger sein?
- E._____ Warum?
- G._____ So musst du mir nichts unterschreiben, ansonsten wird es kompliziert.
- E._____ Ah, gut.
- G._____ Können es 48'000 sein, okay?
- E._____ In Ordnung, in Ordnung.
- G._____ Gut so?
- E._____ Ja
- G._____ In Ordnung.
- E._____ Soll ich dir also die Daten schicken?
- G._____ F'._____ kann sie mir per E-Mail schicken und dann machen wir es gleich.
- E._____ In Ordnung. Bitte, denn ich kann nicht unterschreiben, meine Liebe. Ich werde noch wahnsinnig.
- G._____ Ohne was, Verzeihung?
- E._____ Ich werde noch wahnsinnig.
- G._____ Warum?
- E._____ Weil ich nicht unterschreiben kann.
- G._____ Nein, nein. Du musst nicht wahnsinnig werden. Wir machen das, das ist kein Problem.
- E._____ In Ordnung.
- G._____ Okay?
- E._____ Ich hab dich lieb.
- G._____ Ich werde kurz mit F'._____ sprechen.
- E._____ Einen Moment.
- [...]
- G._____ Schau, ich wollte sehen, ob wir ein bisschen weniger als 50'000 schicken können.
Wenn du es mir per E-Mail schickst, kann ich es machen, erinnerst du dich? Das ist kein Problem.
- F._____ Für weniger als 50'000? Es ist so,...48 sagt E._____? E._____ sagt 48 ...
- G._____ Nein, 48 ist okay oder 49, das ist egal.
- F._____ Okay, das geht in Ordnung, es ist nur, dass die Schwester ihn um diesen Betrag gebeten hat, aber, na ja, wenn es 48 sind, ist das egal. 48.
- G._____ Ich glaube, ich kriege das auch für 50 hin, denn es sind 50'000 zum Gegenwert in Franken und der Franken ist stärker... Nein, nein, das ist gut so, wir machen 50, kein Problem.
- F._____ In Ordnung. Ich schicke dir also per E-Mail die Kontonummer und die Bank.
- G._____ Und den Namen und alles.
- F._____ Von ihr und alles weitere. Okay, perfekt. G._____.
- G._____ Hast du die Angaben vor dir? Kannst du sie mir jetzt geben oder nicht?
- F._____ Nein, ich habe sie nicht hier. Ich schicke sie dir. Ich muss bei J._____ nachfragen, und dann werde ich es dir... Oder soll ich J._____ sagen, dass sie sie dir direkt schicken soll? Beides geht, oder nicht? Oder soll ich es machen?
- G._____ Nun, eigentlich muss ich dich danach zur Bestätigung anrufen, verstehst du?
- F._____ Ah, okay. Dann schicke ich es dir.
- G._____ Du schickst es besser.
- F._____ Ich schicke es dir. In Ordnung.
- [...]

5.1.21. Am 4. Juli 2016 rief G._____ E._____ an (act. 42 Rz. 147; act. 43/16; act. 43/86-87):

[...]

E._____ Um was geht es heute?

G._____ Ich wollte nur die 50 für O._____ und P._____ bestätigen.

E._____ Bestätigt, bestätigt.

G._____ An Desert Schools Federal Credit Union.

E._____ Worum geht es?

G._____ An Desert Schools Federal Credit Union.

E._____ Wie heisst das?

G._____ Das ist der Name

E._____ Federal?

G._____ Credit Union

E._____ Credit Union? In Ordnung.

G._____ In Ordnung?

E._____ In Ordnung. Eine Umarmung.

[...]

G._____ verfasste folgende CRM-Notiz (act. 1 Rz. 162; act. 42 Rz. 147; act. 3/10 S. 1):

"As per phone of E._____ we should make a payment of USD 50k to O._____ and P._____ Bank: Desert Schools Federal Credit Union account 8 Routing 9"

5.1.22. Am 4. Juli 2016 (Belastungsanzeige) wurde dem USD-Gemeinschaftskonto eine Überweisung von USD 50'025.67 (inkl. Gebühr) belastet. Diese erfolgte auf das Konto von O._____ und P._____ bei der Bank Desert Schools FCU., Phoenix (act. 1 Rz. 161; act. 42 Rz. 149; act. 3/63). Die Begünstigten waren die Cousine der Klägerin und ihr Ehemann (act. 1 Rz. 163).

5.1.23. Am 2. August 2016 erteilte E._____ eine notariell beglaubigte Generalvollmacht zugunsten von F._____. Die Notarin urteilte, dass E._____ über die erforderliche Handlungsfähigkeit verfüge, um die Generalvollmacht zu erteilen (act. 1 Rz. 201; act. 42 Rz. 81, 86; act. 43/46 [Original]).

5.1.24. Am 2. September 2016 fand ein Telefonat statt. Zuvor hatte F._____ eine E-Mail an G._____ geschickt. Diese enthielt die Instruktion, USD 4'000.– auf das Konto ihrer Enkelin Q._____ bei der Bank of China zu überweisen. Infolgedessen rief G._____ an. E._____ war nur kurz zu Beginn zu hören ("Was gibt es?"). Nach der Aufforderung von F._____, aufzulegen und weiterzuschlafen, nahm er nicht

weiter am Gespräch teil (act. 42 Rz. 150, 213; act. 48 Rz. 35, 116 ff.; act. 43/16; act. 43/88-89):

- [...]
F._____ [...] Hast du meine E-Mail bekommen?
G._____ Richtig. Dann machen wir 4000, oder? Von jenem von E._____ ...
F._____ Ja. Ja, weil sie hat einen Job in W._____ [Stadt in China] bekommen.
[...]
F._____ Deshalb habe ich dich um diesen Gefallen gebeten, G._____. Ich habe dir seine Kontonummer und den Namen der Bank geschickt, oder?
G._____ Ja, genau.
F._____ Ich glaube, die Angaben sind vollständig.
G._____ Ich denke, sie sind vollständig. Ich werde versuchen, es zu tun. Hast du sie vor dir oder nicht? Nur um die Zahlen zu überprüfen, ja?
F._____ Ja, aber ich gehe sie holen, ich habe sie auf meinem Handy.
G._____ Ja, in Ordnung. Nun, E._____ hat es mir bestätigt, oder? Am Telefon, dann ist das soweit gut.
F._____ Aha.
G._____ Okay, denn ich habe das von E._____ immer noch nicht. Es ist immer noch in dem von E._____, es wurde noch nicht übertragen, wegen einer Zahlung, die - wie mir H._____ sagte - er noch an dich tätigen wollte.
F._____ Ja, du weisst, dass...
G._____ Ich weiss nicht, wie ihr das machen werdet, denn ich habe nichts mehr gehört, denn H._____ war auch im Urlaub.
F._____ Ja, er sagte, er würde dich heute anrufen; er schrieb mir gestern Abend.
G._____ Oh, okay.
F._____ Und er sagte, er hätte noch nicht mit dir gesprochen, aber er würde dich heute kontaktieren.
G._____ Okay, perfekt.
F._____ Er wird sich bestimmt mit dir absprechen.
G._____ Nur damit du es weisst, denn beim neuen Konto wirst auch du die Vollmacht haben. Aber im Moment hast du sie noch nicht, aber da ich seine Stimme gehört habe, ist das in Ordnung. Ich vermerke, dass ich mit ihm gesprochen habe.
F._____ Ah, ja klar. Gut.
G._____ Weil er weiss von den 4000 für Q._____.
F._____ Ja, ja, kein Problem. Warte, lass mich kurz... , hier ist es. Hier sind die Angaben. Die Adresse der Bank, nun, da ist die Adresse der Bank, ich weiss nicht, ob die ...
G._____ Hör zu, ich lese dir vor und du sagst mir, ob es stimmt. Die Bank of China, richtig? In der Yunnan Branch. Der SWIFT-Code lautet BKCHCNBJ
[Bestätigung von SWIFT-Code und Kontonummer]
G._____ In Ordnung? Dann mache ich das; ich werde versuchen, es mit dem Datum von heute zu machen, damit es schneller geht.
[...]

G._____ verfasste folgende CRM-Notiz (act. 1 Rz. 172; act. 3/10 S. 1):

"As per phone with E._____ we should pay USD 4k to: Q._____ account 10 Bank: Bank of China, Yunnan Branch"

5.1.25. Am 2. September 2016 (Belastungsanzeige) wurde dem USD-Gemeinschaftskonto eine Überweisung von USD 4'025.52 (inkl. Gebühr) belastet. Diese erfolgte auf das Konto von Q._____ bei der Bank of China. In der Belastungsanzeige wurde Q._____ als Begünstigte ausgewiesen (act. 1 Rz. 173; act. 42 Rz. 152; act. 3/66).

5.2. Streitpunkte

5.2.1. Die Klägerin macht im Hauptstandpunkt geltend, die Beklagte habe die angeblich telefonisch angeordneten Überweisungen ohne gehörige Instruktion getätigt (act. 1 Rz. 107, 115, 121 ff., 137, 162, 173, 245 ff.). Die Beklagte sei nicht befugt gewesen, Instruktionen per Telefon entgegenzunehmen, da hierfür auch ihre Zustimmung nötig gewesen wäre (act. 1 Rz. 43 ff., 236; act. 24 Rz. 16, 53, 77, 169). Selbst wenn, belegten die Telefonaufzeichnungen, dass die Beklagte die Kontobelastungen ohne rechtsgültige Instruktion, entgegen E._____s Interessen und in Verletzung ihrer Sorgfalts- und Treuepflicht vorgenommen habe (act. 48 Rz. 86, 95, 101, 105, 112, 115). Denn aus den Konversationen zwischen G._____ und E._____ könne keine rechtsgültige Instruktion zu den Überweisungen abgeleitet werden (act. 48 Rz. 89, 91, 96, 100, 103 f., 111). Vielmehr sei es die hierzu nicht befugte F._____ gewesen, die die Instruktionen erteilt habe (act. 48 Rz. 90 f., 96 ff., 107, 116, 118). Eventualiter sei E._____ urteils- und damit handlungsunfähig gewesen (act. 1 Rz. 267 ff.; act. 24 Rz. 186). Denn aufgrund seiner fortschreitenden Demenz bzw. seines Gesundheitszustands, wie er sich aus ärztlichen Berichten, den Aussagen des Pflegers und dem Inhalt der Telefongespräche ergebe, habe er die Tragweite seiner Instruktionen nicht verstehen können. Dies bestätige das Privatgutachten N._____ (act. 1 Rz. 108, 121, 123, 126 ff., 137, 162; act. 48 Rz. 87, 89, 91, 96 ff., 106, 110).

5.2.2. Die Beklagte stützt sich auf ihr anlässlich der Telefonate vom 16. September 2015, 11. Dezember 2015, 16. Dezember 2015, 8. April 2016, 1. Juli 2016, 4. Juli 2016 und 2. September 2016 erteilte Instruktionen. Diese habe sie weisungsgemäss ausgeführt (act. 13 Rz. 150, 154, 161, 163; act. 42 Rz. 94, 132, 137 f., 139, 141 ff., 145, 147, 150, 196, 213, 283). Gestützt auf das von E._____ am 17. Juli 2012 unterzeichnete Ermächtigungsformular sei sie befugt gewesen, Instruktionen

per Telefon entgegenzunehmen (act. 13 Rz. 81, 155, 161, 250; act. 42 Rz. 46, 199, 321 ff.). Zudem habe sie die Belastungsanzeigen wie vertraglich vereinbart banklagernd zugestellt. Diese seien nie beanstandet und damit genehmigt worden (act. 13 Rz. 153, 164, 196; act. 42 Rz. 282). Ferner sei E. _____ bei den Telefonaten urteilsfähig gewesen (act. 13 Rz. 175; act. 42 Rz. 133). Die Angaben in den ärztlichen Berichte liessen nicht auf das Gegenteil schliessen, die Aussagen des Pflegers seien unspezifisch und auch der Parteigutachter spreche nur von möglichen Hinweisen auf eine Demenz, wobei selbst eine Altersdemenz und Alzheimerkrankheit noch nicht die Urteilsfähigkeit ausschliessen würden (act. 13 Rz. 149, 152, 161, 163, 166, 168 f., 195). Jedenfalls habe sie eine angebliche Urteilsunfähigkeit nicht erkennen können (act. 13 Rz. 53, 264; act. 42 Rz. 330).

5.3. Fehlen einer Instruktion der Bankkundschaft (Hauptstandpunkt)

5.3.1. Befugnis der Beklagten zur Entgegennahme von Instruktionen über Telefon und Fax

Die Entgegennahme von Instruktionen per Telefon oder Fax durch die Bank setzt eine einschlägige Vereinbarung mit ihrer Kundschaft voraus (BIGLER, a.a.O., 41; LOMBARDINI, a.a.O., Kap. XVI Rz. 9).

5.3.1.1. Sachverhalt (zur Entgegennahme von Instruktionen über Telefon und Fax)

Im Kontoeröffnungsformular ermächtigten die Klägerin und E. _____ die Beklagte trotz einer entsprechenden Option *nicht* zur Entgegennahme von Instruktionen über Telefon und Fax (act. 1 Rz. 41; act. 13 Rz. 81; act. 3/3 S. 4). Weiter besagt das Kontoeröffnungsformular (act. 13 Rz. 16; act. 42 Rz. 38; act. 3/3 S. 5):

"[...] Furthermore, the account holder hereby agrees to have received, read, understood and accepted the Bank's Terms and Conditions, including the general business conditions and safe custody regulations («Terms & Conditions»)."

Die Terms and Conditions to the Business Relationship (act. 3/16 [Klägerin] = act. 15/2 [Beklagte]) unterteilen sich in die Ziff. "1. General Business Conditions",

die Ziff. "2. Safe Custody Regulations" sowie weitere Ziff. Gemäss Ziff. 1.16 behält sich die Beklagte das Recht vor, die General Business Conditions jederzeit zu ändern. Diesfalls werde die Kundschaft über die Änderungen informiert und gälten diese als genehmigt, sofern nicht innert Monatsfrist widersprochen werde (act. 13 Rz. 18; act. 3/16 Ziff. 1.16; act. 15/2 Ziff. 1.16). Eine entsprechende Regelung enthält Ziff. 2.9 hinsichtlich der Safe Custody Regulations (act. 13 Rz. 18; act. 3/16 Ziff. 2.9; act. 15/2 Ziff. 2.9). Die Ziff. "3. Joint accounts/custody accounts with holders being jointly and severally responsible (joint and several account)" betrifft Oder-Kontobeziehungen. Das Kontoeröffnungsformular verweist unter Titel B hinsichtlich der (von der Klägerin und E._____ gewählten) Oder-Kontobeziehungs-Option explizit auf diese Ziff. 3 ("or account (Terms & Conditions – Section 3)"; act. 13 Rz. 20; act. 42 Rz. 37; act. 3/3 S. 1). Sie besagt (act. 13 Rz. 20; act. 42 Rz. 37, 323; act. 3/16 Ziff. 3; act. 15/2 Ziff. 3):

"Each joint holder is entitled, solely and without restriction, to dispose of the credit balance and securities held on a joint and several account/custody account with the Bank, to close the account/custody account, to issue instructions and authorisation of all kinds and powers of attorney, to stipulate and amend the signing right and to avail himself/herself of all rights as a sole account/custody account holder would be entitled to exercise them. [...]"

Darüber hinaus legen die Parteien die "General Business Conditions Edition 04/2013" (act. 3/4 [Klägerin] = act. 15/4 [Beklagte]) sowie die "Safe Custody Regulations Edition 04/2013" (act. 3/5 [Klägerin] = act. 15/6 [Beklagte]) und ferner ein Schreiben der Beklagten an ihre Kundschaft vom 21. Februar 2013 (act. 3/14) ins Recht. Das Schreiben erklärt (act. 42 Rz. 43; act. 3/14 S. 1):

"We are pleased to inform you of changes to the General Business Conditions (hereinafter referred to as 'GBC') and the Safe Custody Regulations [...] that affect you as a client."

Am 17. Juli 2012 unterzeichnete (einzig) E._____ das Ermächtigungsformular "Issuing of instructions or information by telephone and issuing of instructions by telefax" (act. 3/9). Demnach kann die Beklagte Instruktionen auch per Telefon und Fax entgegennehmen und auf eine schriftliche Instruktion verzichten (act. 1 Rz. 42;

act. 13 Rz. 81; act. 42 Rz. 46). In einer CRM-Notiz vom 8. Februar 2012 hatte G._____ festgehalten (act. 1 Rz. 43; act. 3/10 S. 6):

"[...] I left a phone/fax waiver which his daughter (co-owner) has also to sign as this is still missing."

5.3.1.2. Würdigung (zur Entgegennahme von Instruktionen über Telefon und Fax)

Aus Ziff. 3 der Terms and Conditions to the Business Relationship folgt ohne Weiteres, dass E._____ die Beklagte mit Unterzeichnung des Ermächtigungsformulars am 17. Juli 2012 alleine zur Entgegennahme von Instruktionen per Telefon und Fax ermächtigen konnte (act. 13 Rz. 21, 250; act. 42 Rz. 46, 199). Die aus der CRM-Notiz vom 8. Februar 2012 ersichtliche gegenteilige Annahme von G._____ (vgl. act. 1 Rz. 43 f.) hatte keinen Einfluss auf diese vertragliche Möglichkeit von E._____. Sie mag schlicht auf einem falschen Verständnis der vertraglichen Grundlagen beruhen.

Entgegen den klägerischen Bestreitungen (act. 24 Rz. 15 f., 55, 170) ist erstellt, dass diese Klausel anlässlich der Kontoeröffnung Vertragsbestandteil wurde: Gemäss Titel M des Kontoeröffnungsformulars stimmten die Klägerin und E._____ dem Einbezug der "Terms and Conditions, including the general business conditions and safe custody regulations («Terms & Conditions»)" zu. Diese Beschreibung passt zum hier interessierenden Dokument (d.h. act. 3/16 = act. 15/2). Denn es ist mit "Terms and Conditions to the Business Relationship" betitelt und enthält in Ziff. 1 die General Business Conditions und in Ziff. 2 die Safe Custody Regulations. Hinzu kommt, dass Titel B des Kontoeröffnungsformulars für die Regeln zur Oder-Kontobeziehung spezifisch auf "Terms & Conditions – Section 3" verweist. Das hier interessierende Dokument enthält in Ziff. 3 gerade eine Regelung zu Oder-Kontobeziehungen. Schliesslich zeigt die Beklagte mit Hinweis auf den Zahlencode sowohl auf dem hier interessierenden Dokument als auch auf den General Business Conditions Edition 04/2013 (act. 42 Rz. 40 f.) auf, dass Ersteres vom November 2008 stammt, also entgegen den klägerischen Vorbehalten (act. 1 Rz. 50; act. 24 Rz. 15, 55, 79) anlässlich der Kontoeröffnung schon galt. Mit dem Verweis in Titel M

des Kontoeröffnungsformulars wurden daher nachweislich die Terms and Conditions to the Business Relationship (d.h. act. 3/16 = act. 15/2) zum Vertragsbestandteil erklärt (act. 13 Rz. 17; act. 42 Rz. 38).

Die Änderung der General Business Conditions und der Safe Custody Regulations vom April 2013, die nach klägerischer Darstellung die Terms and Conditions to the Business Relationship habe irrelevant werden lassen (act. 1 Rz. 50; act. 24 Rz. 56), konnte auf die zeitlich frühere Ermächtigungserklärung seitens von E._____ am 17. Juli 2012 keinen Einfluss haben. Auch in Übrigen überzeugt der klägerische Standpunkt nicht: Diese Änderung liess Ziff. 3 der Terms and Conditions to the Business Relationship (d.h. act. 3/16 = act. 15/2) unberührt, diese galt weiterhin (act. 13 Rz. 19, 88; act. 42 Rz. 39, 43). Denn die Änderung betraf einzig die General Business Conditions, also Ziff. 1, und die Safe Custody Regulations, also Ziff. 2. Dies ist schon aus den Titeln der neuen Regelwerke (General Business Conditions Edition bzw. Safe Custody Regulations) abzuleiten. Entsprechend nahm denn auch das Schreiben vom 21. Februar 2013 lediglich auf Änderungen an den General Business Conditions und den Safe Custody Regulations Bezug (act. 42 Rz. 43 f.). Vor allem ist dies aus dem Inhalt der neuen Regelwerke zu schliessen, der im Wesentlichen Ziff. 1 bzw. Ziff. 2 der Terms and Conditions to the Business Relationship zuzüglich Ergänzungen umfasst. Hingegen erfolgte keine systematische Überführung der Ziff. 3 ff. in die neuen Regelwerke. Insbesondere findet sich keine Regelung zu Oder-Kontobeziehungen (act. 42 Rz. 39). Daher war erkenntlich, dass die Änderung vom April 2013 die Terms and Conditions to the Business Relationship nicht gesamthaft erfasste, sondern insbesondere Ziff. 3 weitergalt.

Zwischenfazit: Die Beklagte war zur Entgegennahme von Instruktionen per Telefon und Fax ermächtigt.

5.3.2. Würdigung (zum Vorliegen gehöriger Instruktionen)

5.3.2.1. Vorweg ist daran zu erinnern, dass die Bedeutung einer Instruktion an eine Bank im Streitfall durch Auslegung zu ermitteln ist. Strikte Regeln, welche Angaben in einer telefonisch erteilten Überweisungsinstruktion enthalten sein müssen, gibt es nicht. Massgebend ist vielmehr, ob die Beklagte gestützt auf zum einen die Äus-

serungen und zum anderen den Zusammenhang und die Umstände auf eine Instruktion für die letztlich ausgeführten Überweisungen schliessen durfte und musste (vorne E. 4.3.2.2). Insbesondere muss daher das Vorwissen von G._____ berücksichtigt werden.

Vier Überweisungen von EUR 25'000.– am 16. und 18. September 2015

Anlässlich des Telefonats vom 16. September 2015 antwortete E._____ auf den zweimaligen Vorschlag von G._____, direkt mit F._____ zu sprechen, zweimal bejahend ("Gut, sprich mit F'._____" bzw. "Okay, sprich mit ihr."). Selbiges gilt für die jeweilige Bestätigungsfrage ("Ja" bzw. "Ja, in Ordnung."). Angesichts des bisherigen Gesprächsverlaufs zwischen den drei Personen war klar, dass es um die Erteilung einer Instruktion für die Überweisung von zweimal EUR 50'000.– gehen würde. Dabei war aufgrund der entsprechenden Klarstellung seitens von F._____ ("das andere ist meines") klar, dass eine der Überweisungen auf eines ihrer Konten erfolgen sollte. Mit diesen bestätigenden Aussagen sowie der Weitergabe des Telefons an F._____ gab E._____ zu verstehen, dass er mit einer Instruktionserteilung durch F._____ einverstanden war, sie also zur Instruktionserteilung bevollmächtigte. Eine Bevollmächtigung kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen. Eine stillschweigende Bevollmächtigung kann auch aus Duldung oder Anschein beansprucht werden. Weiss die vertretene Person, dass sie gegen ihren Willen vertreten wird, schreitet sie aber trotzdem nicht gegen die unerbetene Vertretung ein, so liegt eine (interne) Duldungsbevollmächtigung vor (BGE 141 III 289 E. 4.1 m.w.H.). Das Verhalten von E._____ war nach dem – im Zweifelsfall massgeblichen (HUGUENIN, a.a.O., Rz. 1067; BSK OR I-WATTER, Art. 33 N 15, 17) – Vertrauensprinzip im Sinn einer Bevollmächtigung zu verstehen. Zumindest aber hatte E._____ Kenntnis vom Auftreten von F._____ als seine Vertreterin und schritt dagegen nicht ein, weshalb jedenfalls eine Duldungsvollmacht vorlag (siehe GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, a.a.O., Rz. 1411; vgl. zum Ganzen auch Urteil des BGer 4A_19/2013 vom 30. April 2013 E. 3.1.1). Wie die Beklagte daher zu Recht geltend macht (act. 42 Rz. 133), war es also F._____, die mit dem Einverständnis von E._____ der Beklagten die Instruktion erteilte, je EUR 50'000.– vom Gemeinschaftskonto auf das

Konto von E. _____ und F. _____ bei der BBVA sowie ihr Konto bei der Banco Popular zu überweisen und hierzu die nötige Zahl an Geldmarktanlagen zu verkaufen.

Nicht entscheidend ist, dass G. _____ in der Folge vier Überweisungen von jeweils EUR 25'000.– ausführen liess. Diese Aufteilung mag angesichts der internen Weisung der Beklagten betreffend Entgegennahme und Weiterleitung von Kundenaufträgen, wonach bei Überweisungen von über CHF 50'000.– nachträglich eine schriftliche bzw. per Fax übermittelte Bestätigung eingeholt werden muss, erfolgt sein (act. 1 Rz. 264; act. 24 Rz. 46; act. 42 Rz. 135; act. 48 Rz. 36, 94). Dies erscheint zwar vor dem Hintergrund der bankinternen Dokumentationsvorschriften fragwürdig. Die Klägerin kann daraus aber nichts zu ihren Gunsten ableiten. Denn die Überweisung von insgesamt EUR 100'000.– war von der mit Einverständnis von E. _____ erteilten Instruktion abgedeckt.

Ebenso wenig vermag die Klägerin etwas daraus abzuleiten, dass G. _____ F. _____ aufforderte, ihr eine E-Mail zukommen zu lassen, obschon die Instruktionerteilung per E-Mail im Rahmen dieser Kontobeziehung nicht vorgesehen war, und dass sie eine CRM-Notiz hinterlegte, die sich nur beschränkt mit dem Verlauf des Telefonats vom 16. September 2016 deckte. Selbst wenn F. _____ die Kontonummern der Empfängerkonten erst per E-Mail übermittelt haben sollte, ändert dies nichts daran, dass die Willenserklärung, die ausgeführten Überweisungen zu veranlassen, bereits aus der telefonischen Instruktion hervorgeht.

Überweisung von EUR 30'000.– am 11. Dezember 2015, Überweisung von EUR 40'000.– am 17. Dezember 2015 und zwei Überweisungen von je EUR 25'000.– am 8. April 2016

Aus den Telefonaten vom 11. und 16. Dezember 2015 bzw. 8. April 2016 ergibt sich das Einverständnis von E. _____ zur Überweisung von (i) "30" (bzw. zunächst noch "50") an F. _____, und zwar auf ihr Konto bei der Banco Popular, (ii) EUR "40" vom USD-Konto auf das Konto von F. _____ und (iii) EUR 25'000.– auf das Konto bei der BBVA und EUR 25'000.– auf das Konto bei der Banco Popular, und zwar vom USD-Konto. Die Einwände der Klägerin, die Nennung nur zweistelliger Ziffern ("30" bzw. "40") lasse nicht eindeutig auf Überweisungen im Zehntausenderbereich

schliessen und die Währung sei nicht klar bezeichnet worden (act. 48 Rz. 100, 104), überzeugen nicht. G. _____ musste aus den Umständen, namentlich den bisherigen Kontobewegungen, dem Umstand, dass E. _____ die Überweisung vor dem Hintergrund einiger anstehender grosser Zahlungen anordnete (was am Telefonat vom 11. Dezember 2015 erwähnt wurde), sowie dem spanischen Wohnort von E. _____, auf Überweisungen von EUR 30'000.– bzw. EUR 40'000.– schliessen (act. 57 Rz. 57). Dass auch am Telefonat vom 16. Dezember 2015 eine Überweisung *in EUR* vom USD-Konto besprochen wurde (vgl. act. 48 Rz. 104), ergibt sich aus der Audioaufzeichnung sowie dem spanischen Transkript ("Yo mando 40 euros [sic!] de la de dlares."). Das deutsche Transkript ist insofern unvollständig. Sodann waren die Empfangerkonten G. _____ bereits bekannt, da schon die Überweisungen vom 16. und 18. September 2015 auf diese erfolgt waren. Vor diesem Hintergrund musste G. _____ aus dem Gesagten ("an F'. _____ bei Banco Popular", "für das Konto von F'. _____", "auf das Konto bei BBVA und [...] auf das Konto bei Banco Popular") schliessen, dass die Überweisungen wieder auf diese Konten erfolgen sollten. Insbesondere beim Telefonat vom 16. Dezember 2015 war von Beginn an klar, dass die Überweisung auf dasselbe Konto erfolgen sollte, auf das bereits die Überweisung wenige Tage zuvor erfolgt war (vgl. act. 48 Rz. 104). Was ferner den klägerischen Einwand betrifft, es sei nicht das Gemeinschaftskonto als Belastungskonto spezifiziert worden (act. 48 Rz. 100, 103, 111), war das andere Konto Nr. 5, das gemäss klägerischer Darstellung ebenfalls als Belastungskonto in Frage gekommen wäre (act. 48 Rz. 49), das 2008 eröffnete Gemeinschaftskonto von E. _____ und F. _____. Diesfalls hätte aber eine Instruktion von F. _____ genügt und wäre keine Bestätigung von E. _____ nötig gewesen. Zudem ergab sich das Belastungskonto aus (dannzumal nicht beanstandeten) ähnlichen Überweisungen in der Vergangenheit, namentlich im September 2015, sowie aus der Bezugnahme auf die fehlende E-Mail-Ermachtung durch die Klägerin im zweiten Telefonat vom 11. Dezember 2015. Schliesslich ist durch die Einreichung der Audioaufzeichnungen der Telefonate vom Dezember 2015 die Aussage des Pflegers, E. _____ habe lediglich die von F. _____ erteilte Instruktion abgewinkt, ohne zu wissen, was gesprochen worden war (act. 1 Rz. 126; act. 13 Rz. 166; act. 3/26 S. 2), überholt.

Überweisung von USD 50'000.– am 4. Juli 2016

E._____ drückte anlässlich des Telefonats vom 1. Juli 2016 seinen Willen aus, USD 50'000.– an seine Schwester in den USA zu überweisen. Sodann bestätigte er anlässlich des Telefonats vom 4. Juli 2016 die Überweisung von "50 für O._____ und P._____" bei der Desert Schools Federal Credit Union. Die Einwendung der Klägerin, es sei nicht das Gemeinschaftskonto als Belastungskonto bestimmt worden (act. 48 Rz. 114), überzeugt aus den bereits genannten Gründen nicht. Schliesslich steht es einer telefonischen Instruktion nicht entgegen, dass die Nummer des Empfängerkontos erst per E-Mail übermittelt wurde, zumal ebendies am Telefon angekündigt worden war und sich E._____ hiermit einverstanden erklärt hatte.

Überweisung von USD 4'000.– am 2. September 2016

Aus dem Telefonat vom 2. September 2016 ergibt sich ohne Weiteres eine gehörige Instruktion für die ausgeführte Überweisung, was auch die Klägerin nicht be-
anstandet (vgl. act. 48 Rz. 35). Diese wurde allerdings von F._____ (nicht: E._____) erteilt. Die Beklagte beruft sich denn auch auf eine Instruktion von F._____ (act. 42 Rz. 150) und macht geltend, diese sei insbesondere gestützt auf die Generalvollmacht vom 2. August 2016 hierzu ermächtigt gewesen (act. 42 Rz. 151, 196, 213). In der Tat sind die Voraussetzungen einer Stellvertretung nach Art. 32 ff. OR erfüllt. Jedenfalls aus den Umständen war zu schliessen, dass F._____ im Namen von E._____ handelte. Denn es war beiden Gesprächsteilnehmerinnen klar, dass F._____ nicht aus eigenem Recht (etwa als Kontoinhaberin) zur Erteilung von Instruktionen berechtigt war. Dies ergibt sich ohne Weiteres aus der Bezugnahme auf die Vollmachtsregelung. Sodann war F._____ gestützt auf die Generalvollmacht vom 2. August 2016 explizit zur Erteilung von Instruktionen für Überweisungen ermächtigt ("hacer y retirar giros y envíos"; act. 42 Rz. 81; act. 43/46 S. 2). Zwar berief sich F._____ nicht explizit auf diese Generalvollmacht und ging die Beklagte offensichtlich nicht davon aus, F._____ handle gestützt auf eine Vollmacht (G._____ verneinte explizit das Vorliegen einer Vollmacht und notierte, mit E._____ gesprochen zu haben; vgl. act. 48 Rz. 70, 116). Zumindest die

Beklagte schien somit davon auszugehen, F._____ handle als vollmachtlose Vertreterin, obschon sie tatsächlich über eine Vollmacht verfügte. Dieser Umstand steht aber einer gültigen Stellvertretung nicht entgegen. Denn die Bevollmächtigung ist zwar ein empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft. Adressat der Bevollmächtigung ist aber nur die bevollmächtigte Person, nicht (auch) die andere Vertragspartei (ZK-KLEIN, Art. 33 OR N 10, 12; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 33 OR N 28, 32). Die für eine Stellvertretung erforderliche Ermächtigung lag damit unabhängig von der gegenteiligen Annahme der Beklagten vor. Dass F._____ im Erwachsenenschutzverfahren erklärt haben soll, die Generalvollmacht nie gebraucht zu haben (act. 48 Rz. 70, 116), hat darauf keinen Einfluss.

5.3.2.2. Selbst wenn sich die Beklagte nicht auf die telefonisch erteilten Instruktionen stützen könnte, wären die Überweisungen gemäss der Zustellungs- und Genehmigungsfiktion in Ziff. 8 der Terms and Conditions to the Business Relationship bzw. Ziff. 12 der General Business Conditions Edition 04/2013 genehmigt worden:

Die Belastungsanzeigen wurden banklagernd aufbewahrt. Daher gelten sie nach Ziff. 8 der Terms and Conditions to the Business Relationship an den auf ihnen aufgeführten Daten als zugestellt (siehe auch Urteil des Handelsgerichts ZH HG120067 vom 24. März 2015 E. 3.6.2.3). Es hätte E._____ und der Klägerin gemäss Ziff. 12 Abs. 2 der General Business Conditions Edition 04/2013 obliegen, die Überweisungen innert eines Monats ab diesen Daten zu beanstanden, andernfalls sie diese genehmigten. Eine Beanstandung erfolgte nicht.

Ein – nur mit Zurückhaltung anzunehmendes (vgl. Urteil des BGer 4A_70/2021 vom 15. Juli 2021 E. 8.1) – rechtsmissbräuchliches Verhalten der Beklagten hinsichtlich dieser Überweisungen hat die Klägerin nicht erstellt. Insbesondere ist keine einer absichtlichen Schädigung vergleichbare Nachlässigkeit bzw. grobe Fahrlässigkeit dargetan und kann nicht gesagt werden, die Beklagte habe um die tatsächliche Nichtgenehmigung der Überweisungen gewusst. Im Gegenteil telefonierte G._____ vor den Überweisungen mit E._____. Die Identität ihres Gesprächspartners ist unbestritten (vgl. act. 48). Daher gibt die Legitimationsprüfung insofern keinen Anlass zur Kritik. Anlässlich dieser Telefonate sprachen sie jeweils über die Überweisungen. Seine Äusserungen drückten durchgehend sein Einverständnis und keinerlei

Widerspruch zum von F._____ Ausgeführten aus. Was im Besonderen das Telefonat vom 16. September 2015 betrifft, erkundigte sich G._____ wiederholt bei E._____, ob er – und das ist bezüglich dieses Telefonats entscheidend – damit einverstanden sei, wenn sie direkt mit F._____ spreche, was dieser wiederholt bejahte. Angesichts dieser Telefonate musste G._____ jedenfalls davon ausgehen, dass er die Überweisungen beanstanden würde, falls er damit nicht einverstanden wäre. Die übrigen von der Klägerin zur Begründung einer angeblichen Nachlässigkeit angeführten Umstände (Höhe der Überweisungen, Identität der begünstigten Personen, Zahl der Überweisungen, Widerspruch zu früheren Kontobewegungen [act. 1 Rz. 258, 264; act. 24 Rz. 164, 183]) mögen Hinweise auf eine trügerische Identität des Kontaktpartners der Bank geben, wenn diese Identität nicht feststeht. Vorliegend, da G._____ unbestrittenermassen mit E._____ bzw. der bevollmächtigten F._____ telefonierte und so die Instruktionen empfing, kann damit kein fahrlässiges Handeln begründet werden. Letztlich geht es um einen typischen Anwendungsfall für die Genehmigungsfiktion, nämlich um während – in kolloquialem Stil geführten – Telefonaten erteilte Instruktionen, die einen gewissen Auslegungsbedarf schaffen und bezüglich derer die Bank ein berechtigtes Interesse an der Schaffung klarer Verhältnisse hat.

Die Klägerin erstellt nicht, dass die Beanstandung der Überweisung nicht objektiv möglich und zumutbar gewesen wäre. Insbesondere waren die Begünstigten aufgrund ihrer Nennung in den Belastungsanzeigen ohne Weiteres ersichtlich. Sodann wendet die Klägerin zwar ein, die Beklagte habe ihr am 10. Oktober 2018 die Einsicht in die banklagernde Korrespondenz verweigert (act. 1 Rz. 253; act. 24 Rz. 19, 85). Sie macht aber nicht geltend, bereits in zeitlicher Nähe zu den streitgegenständlichen Überweisungen um Einsicht ersucht und diese nicht erhalten zu haben. Für die Zustellungsfiktion ist aber gemäss Ziff. 8 der Terms and Conditions to the Business Relationship das auf der Belastungsanzeige angebrachte Datum massgeblich, unabhängig von einer späteren Auslieferung oder Übergabe (siehe auch Urteil des BGer 4A_42/2015 vom 9. November 2015 E. 6.3: Ablage im Kundendossier). Ab diesem Zeitpunkt steht der Bankkundschaft aus rechtlicher Sicht die Einsichtnahme offen. Ihren Anspruch kann sie nötigenfalls gerichtlich geltend machen. Ohnehin macht die Klägerin nicht geltend und ist auch nicht ersichtlich, dass die

Beklagte auch E._____ den Zugang zur banklagernden Korrespondenz verweigert hätte. Schliesslich anerkennt sie, die Beklagte habe ihr nach der anfänglichen Weigerung die Vermögensübersichten sowie eine Vielzahl weiterer Dokumente postalisch zukommen lassen (act. 1 Rz. 214 ff.), und macht die Beklagte geltend, der Klägerin sämtliche Bankmitteilungen und Kundenkorrespondenzen herausgegeben zu haben (act. 13 Rz. 237). Daher ist die anfängliche Weigerung der Beklagten am 10. Oktober 2018 belanglos. Zum weiteren Einwand der Klägerin, weder sie noch ihr Vater hätten Anlass gehabt, die Belastungsanzeigen zu prüfen (act. 24 Rz. 190), ist zunächst zu bemerken, dass E._____ angesichts der Telefonate sehr wohl einen solchen Anlass hatte. Ohnehin gilt die Zustellungs- und Genehmigungsfiktion unabhängig von einem solchen Anlass. Eine Einschränkung auf Konstellationen, in denen die Bankkundschaft eine Vermögensverwalterin beauftragt hat, wie sie der Klägerin vorschwebt (act. 24 Rz. 190), gibt es ohne einen derartigen vertraglichen Vorbehalt nicht (vgl. Urteil des BGer 4A_539/2021 vom 21. Februar 2023 E. 7 zur Pflicht der Bankkundschaft, die Kontoauszüge zu prüfen, in einem Fall, in dem keine Vermögensverwalterin beauftragt war).

5.3.2.3. Zwischenfazit: Die Beklagte weist nach, dass sie die Überweisungen vom 16. und 18. September 2015, 11. und 17. Dezember 2015, 8. April 2016, 4. Juli 2016 und 2. September 2016 gestützt auf gehörige, von E._____ bzw. mit seinem Einverständnis erteilte telefonische Instruktionen ausführte und andernfalls diese Überweisungen gestützt auf die Zustellungs- und Genehmigungsfiktion genehmigt worden wären.

5.4. Handlungsunfähigkeit (Eventualstandpunkt) – Würdigung

5.4.1. Wieder ist zu prüfen, ob die Vermutung der natürlichen Handlungsfähigkeit greift oder es der beweisbelasteten Klägerin gelingt, diese in einer eindeutigen und umfassenden Weise durch abschliessende gegenteilige Beweise zu widerlegen.

5.4.2. Die von den Parteien referenzierten ärztlichen Berichte zeigen, dass sich der Zustand von E._____ über das Jahr 2015 hinweg verschlechterte (act. 1 Rz. 101, 128; act. 24 Rz. 119). So stellten verschiedene Ärzte Erinnerungs- bzw. Gedächtnisschwierigkeiten (Dr. I._____ 17. April 2015; Dr. R._____ 16. Dezember 2015;

ebenso die Aussage des Pflegers), Probleme mit der zeitlich-räumlichen Orientierung (Dr. S. _____ 17. November 2015; Dr. R. _____ 16. Dezember 2015; ebenso die Aussage des Pflegers), eine Verlangsamung der geistigen Funktionen (Dr. R. _____ 2. September 2015; Dr. S. _____ 17. November 2015) sowie den Verlust von exekutiven Funktionen fest (Dr. I. _____ 17. April 2015; Dr. R. _____ 2. September 2015), wobei das Bewusstseinsniveau aber als normal bezeichnet wurde (Dr. S. _____ 17. November 2015). Darüber hinaus finden sich in den ärztlichen Berichten Feststellungen zu diversen Leiden körperlicher Art.

Die Klägerin versucht mit den referenzierten Berichten ihre Behauptung zu substantizieren, wonach E. _____ spätestens seit 2014 an Demenz erkrankt sei (z.B. act. 1 Rz. 71, 100). Allerdings diagnostizieren die Berichte keine Demenz. So beruft sich die Klägerin etwa auf den Bericht von Dr. I. _____ vom 17. April 2015 und macht geltend, dieser bestätige die fortschreitende Demenzerkrankung (act. 1 Rz. 100). Der Bericht diagnostiziert aber eine leichte kognitive Beeinträchtigung ("Deterioro cognitivo leve"), keine Demenz (act. 3/46 S. 2). Der Schluss auf (Symptome einer) Demenz findet sich vielmehr nur im Privatgutachten Dr. N. _____ (act. 1 Rz. 102; act. 3/25 S. 5). Gleiches gilt für den Bericht von Dr. R. _____, der am 5. November 2015 auf eine leichte kognitive Beeinträchtigung ("Discreto deterioro cognitivo") bzw. am 16. Dezember 2015 auf eine kognitive Beeinträchtigung ("deterioro cognitivo") schloss, ohne eine Demenz zu diagnostizieren (act. 3/49 S. 1 f.; vgl. aber die klägerischen Vorbringen in act. 1 Rz. 105, 116, 129, sowie das Privatgutachten Dr. N. _____ act. 3/25 S. 6, 8). Auch der Bericht von Dr. S. _____ vom 17. November 2015 verzeichnet zwar eine moderate kognitive Beeinträchtigung ("deterioro cognitivo moderado"), nicht aber eine Demenz (act. 3/53 S. 3). Zusammenfassend findet sich in den ärztlichen Berichten kein Schluss auf eine Demenz, geschweige denn eine im fortgeschrittenen Stadium.

Dies ist deshalb relevant, weil zwar nach spanischem Recht die natürliche Handlungsfähigkeit bei schweren pathologischen Vorgängen wie etwa bei *fortgeschrittener Demenz* fehlen kann (vorne E. 4.4.1.2; Urteil der Audiencia Provincial Valencia SAP V 2943/2022 vom 13. Juni 2022, Rechtliches, E. 2: "procesos patológicos graves: [...] demencias avanzadas"; vgl. etwa Urteil des Tribunal Supremo STS

3533/2002 vom 20. Mai 2002, Rechtliches, E. 3: gutachterlich festgestellte senile Demenz, die eine weitgehende Beeinträchtigung der Willensfähigkeit mit sich brachte, da sich die Person in einem weit fortgeschrittenen Stadium des Demenzprozesses befand; Urteil der Audiencia Provincial Valencia SAP V 2943/2022 vom 13. Juni 2022, Rechtliches, E. 2: Person, bei der zwei Jahre vor dem fraglichen Rechtsgeschäft Alzheimer diagnostiziert wurde, bei der zwei Monate vorher eine Verschlechterung und Verständnisprobleme festgestellt wurden, die zwei Monate danach desorientiert auf der Strasse aufgefunden wurde, die vier Monate danach völlig desorientiert und nachweislich dement war und rund ein Jahr danach aufgrund seniler Demenz infolge Alzheimer in ein Pflegeheim eingewiesen wurde, wobei das Vorliegen einer jedenfalls moderaten kognitiven Beeinträchtigung anerkannt war; Urteil der Audiencia Provincial Valencia SAP V 5467/2013 vom 29. November 2013, Rechtliches, E. 5: Demenz Typ Alzheimer, die das verbale und visuelle sowie das Wiedererkennungs- und Erinnerungsvermögen beeinträchtigte, Aufmerksamkeitsdefizite und grosse Verständnisschwierigkeiten bewirkte und die betroffene Person praktisch lernunfähig, sprachlich desorganisiert und zeitlich-räumlich deutlich desorientiert machte sowie ihr grösste Schwierigkeiten bei Planung, Organisation und Abstraktion bescherte, was einer Verschlechterung auf moderatem bis schwerem Niveau gleichkam, und aufgrund der sie rund um die Uhr auf Betreuung angewiesen war; vgl. ferner Urteil der Audiencia Provincial A Coruña SAP C 3028/2022 vom 30. November 2022, Rechtliches, E. 4: sehr gewichtige bzw. schwerwiegende kognitive Beeinträchtigung ["deterioro cognitivo [...] muy importante o severo"]. Symptome einer fortgeschrittenen Demenz gehen aus den ärztlichen Berichten nicht hervor.

Zur leichten (Dr. I. _____ 17. April 2015; Dr. R. _____ 5. November 2015) bzw. moderaten (Dr. S. _____ 17. November 2015) kognitiven Beeinträchtigung ist zunächst zu bemerken, dass diese Diagnosen aufgrund des medizinischen Fachwissens gezogene Schlüsse sind. Deshalb greift die Rechtsprechung zu Privatgutachten. Mit hin sind diese Diagnosen nur Parteibehauptungen. Sodann weist auch der klägerische Privatgutachter Dr. N. _____ auf die Diversität der Beurteilungen, die Variabilität der Resultate der durchgeführten neuropsychologischen Tests, die teils wenig präzisen Diagnosen und die mangelnde Kohärenz in den Schlussfolgerungen in

einigen Berichten und Diskrepanz zwischen einigen Berichten untereinander hin (act. 42 Rz. 83, 247; act. 3/25 S. 12, 29 f.). All dies gereicht der Klägerin zum Nachteil. Denn es obliegt ihr, zweifelsfrei eine Beeinträchtigung nachzuweisen, die auf eine natürliche Handlungsunfähigkeit schliessen liesse.

Selbst wenn (im Sinn einer substantiierten Parteibehauptung) auf die Diagnose einer leichten bzw. moderaten kognitiven Beeinträchtigung abgestellt würde, wäre nicht ohne Weiteres auf einen Wegfall der natürlichen Handlungsfähigkeit zu schliessen. So blieb es etwa bei der Vermutung der natürlichen Handlungsfähigkeit in einem Fall, in dem ein ärztlicher Bericht eine leicht-moderate ("leve moderado") kognitive Beeinträchtigung festgehalten hatte. Das Gericht hielt explizit fest, dass dies einen geistigen Zustand erkennen lasse, der zwar limitiert aber doch ausreichend klar sein könne, um einen eigenen Willen zu bilden und umzusetzen (Urteil der Audiencia Provincial Vitoria-Gasteiz SAP VI 1303/2023 vom 27. November 2023, Rechtliches, E. 3; vgl. auch folgende Entscheide, in denen es bei der Vermutung der natürlichen Handlungsfähigkeit blieb: Urteil der Audiencia Provincial Valencia SAP V 4904/2020 vom 14. Dezember 2020, Rechtliches, E. 2: die Person litt gemäss einer Untersuchung vom Vortag des Rechtsgeschäfts an einer moderaten zeitlich-räumlichen Desorientierung, einer moderaten kognitiven Verschlechterung sowie Ausfällen des Kurzzeitgedächtnisses, die aber ihre Urteils- und Entscheidungsfähigkeit und ihre Fähigkeit, willensgemäss zu handeln, nicht beeinträchtigten, wobei ein Notar die Handlungsfähigkeit bestätigt hatte; Urteil der Audiencia Provincial Valencia SAP V 1419/2021 vom 4. März 2021, Rechtliches, E. 3: leichte bis moderate Demenz; Urteil der Audiencia Provincial Madrid SAP M 20362/2023 vom 21. Dezember 2023, Rechtliches, E. 4: moderate, nicht schwere Demenz; Urteil der Audiencia Provincial Castellón de la Plana SAP CS 197/2013 vom 1. Februar 2013, Rechtliches, E. 3: Alzheimer mittelschweren Grades, wobei aufgrund der verfügbaren Unterlagen nicht festgestellt werden könne, dass die geistigen Fähigkeiten so stark beeinträchtigt gewesen wären, um die natürliche Handlungsunfähigkeit entfallen zu lassen, zumal ein Notar die Handlungsfähigkeit attestiert hatte; Urteil der Audiencia Provincial Barcelona SAP B 4776/2010 vom 6. Mai 2010, Rechtliches, E. 3: Demenz infolge Alzheimer, die die willensmässigen und kognitiven Fähigkeiten aber nur zu einem beschränkten Grad beeinträchtigt habe, sodass

das Wissen um die Bedeutung der fraglichen Schenkung sowie der diesbezügliche Wille nicht beseitigt gewesen sei [ein beigezogener Sachverständiger hatte eine Demenzerkrankung mit zumindest mittelschwerer kognitiver Beeinträchtigung festgestellt, die die kognitiven und willensmässigen Fähigkeiten erheblich einschränkte, im Übrigen war die medizinische Dokumentation aber ambivalent, gab es Hinweise, dass die betreffende Person anlässlich der Schenkung wusste, was sie tat, und hatte ein Notar die Handlungsfähigkeit bestätigt]). Die zitierte Rechtsprechung zeigt, dass es für kognitive Beeinträchtigungen einen erheblichen Bereich gibt, in dem noch nicht auf einen Wegfall der natürlichen Handlungsfähigkeit geschlossen werden kann, und dass insbesondere eine leichte bzw. moderate kognitive Beeinträchtigung diesen Schluss nicht ohne Weiteres zulässt.

Die Klägerin verweist auf eine im Privatgutachten Dr. N._____ enthaltene abweichende Einschätzung, wonach die Gesamtheit der von Dr. R._____ am 16. Dezember 2015 aufgezeichneten Symptome auf eine kognitive Verschlechterung (Demenz) von moderat-schwerem Charakter und nicht auf eine leichte kognitive Beeinträchtigung hindeute (act. 1 Rz. 129; act. 3/25 S. 8). Hierbei handelt es sich aber gemäss Rechtsprechung wiederum um eine blosser Parteibehauptung. Diese stützt sich – anders als die Einschätzungen in den echtzeitlichen ärztlichen Berichten – nicht auf eine persönliche Untersuchung von E._____. Sie erfolgte zudem im Jahr 2020 vor dem Hintergrund des sich abzeichnenden Rechtsstreits. Auch weil Zweifelsfälle zugunsten der Handlungsfähigkeit entschieden werden müssen, ist nicht auf sie, sondern vielmehr auf die echtzeitlichen ärztlichen Einschätzungen abzustellen. Einen Antrag auf Einholung eines gerichtlichen Gutachtens etwa zur Beurteilung der in den echtzeitlichen medizinischen Berichten verzeichneten Feststellungen hat die Klägerin wohlgermerkt nicht gestellt.

Die Klägerin macht sodann geltend, die leicht-moderate kognitive Beeinträchtigung, die im Rahmen des Erwachsenenschutzverfahrens diagnostiziert worden sei, habe die Anordnung von Erwachsenenschutzmassnahmen ausgelöst (act. 24 Rz. 120, 162). Es trifft zu, dass die während des Erwachsenenschutzverfahrens erstellten Berichte von Dr. U._____ vom 17. Juli 2019 und 10. März 2020 als Diagnose eine leichte-moderate kognitive Beeinträchtigung aufführen (act. 3/94 S. 3; act. 3/98

S. 3). Sowohl der Massnahmeentscheid vom 26. Juli 2019 als auch das Urteil vom 29. Juni 2021 stützten sich aber zusätzlich auf persönliche Anhörungen von E._____, anlässlich derer er erhebliche Erinnerungs- bzw. Orientierungsschwierigkeiten gezeigt hatte. Das besagte Urteil sah sodann das Vorliegen einer Demenz als erstellt an, wobei das Gericht insbesondere den im Strafverfahren erstellten rechtsmedizinischen Bericht vom 18. Juli 2019 referenzierte, der auf eine moderate/schwere kognitive Verschlechterung des Typs Altersdemenz geschlossen hatte. Daher ist nicht anzunehmen, dass alleine die Diagnose einer leicht-moderaten kognitiven Beeinträchtigung zur Handlungsunfähigerklärung führte. Selbstredend wäre das hiesige Gericht ohnehin nicht an die Einschätzung der spanischen Gerichte, die zudem einige Jahre nach den hier interessierenden Instruktionen, gestützt auf andere Beweismittel und hinsichtlich einer anderen Rechtsfolge erfolgte, gebunden.

5.4.3. Neben den ärztlichen Berichten verweist die Klägerin auf Aussagen von E._____ anlässlich der Telefonate. Diese zeigten, dass er nicht in der geistigen Verfassung gewesen sei, um Instruktionen zu erteilen (act. 48 Rz. 19, 25, 47, 55, 75, 79, 87, 89, 96, 106, 114). Vorweg ist zu bemerken, dass die Klägerin hinsichtlich des Telefonats vom 16. Dezember 2015 keine konkreten Vorbehalte anführt (act. 48 Rz. 101 ff.). Sodann ist das Missverständnis beim Austausch über den Verkauf der Bezugsrechte anlässlich des Telefonats vom 8. April 2016 (act. 48 Rz. 106) wohl eher auf die schwer verständlichen Ausführungen von G._____ und darauf, dass sie E._____s Frage nach der Zahl der Bezugsrechte mit der Zahl der gehaltenen Aktien beantwortete, zurückzuführen. Auch der Umstand, dass E._____ anlässlich des Telefonats vom 4. Juli 2016 auf die Nennung der Empfängerbank "Desert Schools Federal Credit Union" mit einer Rückfrage antwortete (act. 48 Rz. 114), ist angesichts des ungewöhnlichen Namens nicht verwunderlich. Der Klägerin ist aber insofern zuzustimmen, als sich insbesondere bei den Telefonaten vom 16. September 2015 und 11. Dezember 2015 Unsicherheiten von E._____ zeigten: Seine Erkundigungen nach seinen Konten und namentlich seine Frage, wie viel er bei der BBVA – also einer anderen Bank – habe (act. 48 Rz. 87), deuten auf Gedächtnis- bzw. Orientierungsschwierigkeiten hin. Gleiches gilt für den Umstand, dass er G._____ anfangs Dezember ein frohes neues Jahr wünschte

(act. 48 Rz. 96). Diese Hinweise decken sich mit den Feststellungen verschiedener Ärzte, wonach E._____ Erinnerungs- bzw. Gedächtnisschwierigkeiten und Probleme mit der zeitlich-räumlichen Orientierung gehabt habe. Dahingehend äusserte sich auch der Pfleger, der im Strafverfahren von Erinnerungs- bzw. Orientierungsschwierigkeiten sprach (act. 1 Rz. 104). Schliesslich behauptet die Klägerin, dass E._____ bei ihrem Besuch ungefähr Ende April 2015 apathisch gewesen sei und sich nur über belanglose Sachen habe unterhalten können (act. 1 Rz. 103).

Das Gesagte sowie der aus den Audioaufzeichnungen gewonnene allgemeine Eindruck von E._____ lassen zwar Zweifel an seinem Erinnerungs- und Orientierungsvermögen aufkommen. Allerdings lassen diese Gedächtnis- und Orientierungsschwierigkeiten nicht darauf schliessen, dass seine Einsichtsfähigkeit und sein Wille ausgeschaltet gewesen wären und er daran gehindert gewesen wäre, die erteilten Instruktionen zu verstehen und zu wollen. Mit anderen Worten kann daraus nicht geschlossen werden, dass E._____ seiner kognitiven Fähigkeiten beraubt war, sodass es ihm verunmöglicht war, die Realität und Tragweite der Instruktionen zu verstehen, was nach dem massgeblichen spanischen Recht auf einen Entfall der natürlichen Handlungsfähigkeit schliessen lassen könnte. Allfällige Zweifel genügen nicht für diesen Schluss. Vielmehr müsste die Klägerin alle Zweifel zugunsten der natürlichen Handlungsfähigkeit ausräumen (vgl. Urteil der Audiencia Provincial Madrid SAP M 21515/2012 vom 30. November 2012, Rechtliches, E. 4: Ungefähr eineinhalb Jahre vor der fraglichen Rechtshandlung war eine leichte kognitive Beeinträchtigung verbunden mit einer wahrscheinlich beginnenden Alzheimer-Erkrankung festgestellt worden. Das Gericht wies darauf hin, dass es sich um eine komplexe, langwierige und in Phasen verlaufende Krankheit mit sehr individuellem Verhalten, die degenerativ und irreversibel sei, handle. Das Problem liege darin, dass die offensichtlich bestehenden Zweifel an der Handlungsfähigkeit, wie begründet sie auch sein mögen, nicht genügten. Vielmehr sei für die Widerlegung der Vermutung der natürlichen Handlungsfähigkeit die über blossen Zweifel hinausgehende hinreichende Gewissheit nötig).

Auch im Strafverfahren kam das Gericht gestützt auf ein medizinisches Gutachten, nach Auswertung der medizinischen Dokumentation und unter Berücksichtigung

der Zeugenaussagen zum Schluss, dass es nicht möglich sei, mit Sicherheit festzustellen, dass die geistigen und willensmässigen Fähigkeiten von E. _____ bei der Erteilung der Instruktionen beeinträchtigt waren. Aus den medizinischen Berichten ergebe sich zwar eine schrittweise Verschlechterung der kognitiven Fähigkeiten ab 2014. Daraus könne aber nicht geschlossen werden, dass diese Verschlechterung, gerade weil sie schrittweise von leicht über mittelschwer bis schwer erfolgte, von Anfang an die Entscheidungs- und Einsichtsfähigkeit aufgehoben hätte, ohne dass genau festgestellt werden müsste, ab wann sein Zustand ihn am Treffen von Entscheidungen gehindert habe (act. 48 Rz. 84; act. 49/47 S. 4 f.). Nebenbei bemerkt, nannte auch die Rechtmittelinstanz im Erwachsenenschutzverfahren die hier interessierende Zeit, in der die Instruktionen erteilt wurden, eine "Verdachtsphase" (act. 24 Rz. 8; act. 25/1 S.12). Ein Verdacht genügt aber nicht, um die Vermutung der natürlichen Handlungsfähigkeit umzustossen.

5.4.4. Für die Überweisung vom 2. September 2016 im Besonderen ist die Handlungsfähigkeit bei Erteilung der Generalvollmacht vom 2. August 2016 entscheidend. Da die Notarin die Handlungsfähigkeit attestierte, müsste die Klägerin diese nach spanischem Recht mit überaus vollständigen und überzeugenden Beweisen, die keinen vernünftigen Raum für Zweifel lassen, widerlegen. Dies gelingt ihr nicht.

5.4.5. Zwischenfazit: Der beweisbelasteten Klägerin gelingt es nicht, die Vermutung der natürlichen Handlungsfähigkeit hinsichtlich der hier interessierenden Instruktionen zu widerlegen. Mithin muss angenommen werden, dass E. _____ die Einsicht und den Willen hatte, die von ihm erteilten Instruktionen zu verstehen und zu wollen, bzw. die Realität und Tragweite der Instruktionen zu verstehen und dementsprechend zu handeln.

Entsprechend muss davon ausgegangen werden, dass das von ihm Erklärte letztlich (auch) seinem Willen entsprach und er in der Lage war, der Willensbeeinflussung durch F. _____ zu widerstehen. Daher kann der Klägerin nicht gefolgt werden, wenn sie wiederholt auf Beeinflussungs- bzw. Unterdrucksetzungsversuche durch F. _____ verweist (vgl. act. 1 Rz. 117; act. 48 Rz. 88, 102, 109). Es ist ohne Weiteres ersichtlich, dass F. _____ E. _____ in ihrem Sinn zu beeinflussen suchte, was innerhalb einer Lebensbeziehung in gewissem Masse üblich ist. Weil E. _____s na-

türliche Handlungsfähigkeit zu vermuten ist, kann die Klägerin daraus nichts zu ihren Gunsten ableiten.

5.5. Fazit

Die Klägerin hat keinen Erfüllungsanspruch hinsichtlich der Überweisungen vom 16. und 18. September 2015, 11. und 17. Dezember 2015, 8. April 2016, 4. Juli 2016 und 2. September 2016. Das klägerische Rechtsbegehren ist hinsichtlich der Spiegelstriche zwei, drei, vier, fünf, acht, neun und zehn abzuweisen

6. Überweisung von EUR 1.5 Mio. am 23. Mai 2016

6.1. Sachverhalt

6.1.1. Es existiert ein erster vom 18. Mai 2016 datierender Schenkungsvertrag über EUR 1.5 Mio. zwischen E.____ als Schenker und T.____, der Tochter von F.____, als Beschenker (act. 1 Rz. 152; act. 42 Rz. 106; act. 3/62 [Kopie]; act. 43/95 [Original]). Sodann existiert ein zweiter ebenfalls vom 18. Mai 2016 datierender, weitgehend identischer Schenkungsvertrag über EUR 1.5 Mio. zwischen T.____ als Schenkerin und F.____ als Beschenker (act. 42 Rz. 106; act. 43/59).

6.1.2. Es existiert eine erste vom 18. Mai 2016 datierende, computergeschriebene und – zumindest scheinbar – von E.____ eigenhändig unterzeichnete Instruktion, die die Beklagte im Original ins Recht gelegt hat (act. 42 Rz. 102; act. 3/60 [Faxkopie]; act. 43/94 [Original]). Darin wird die Beklagte instruiert, vom Konto Nr. 1 (d.h. vom Gemeinschaftskonto) den Betrag von EUR 1.5 Mio. auf das Konto Nr. 11 von T.____ bei der Beklagten zu übertragen (Zahlungsgrund: Schenkung). Sodann existiert eine zweite vom 18. Mai 2016 datierende, weitgehend identische Instruktion. Darin instruiert T.____ die Beklagte, von ihrem Konto EUR 1.5 Mio. auf das Konto von F.____ bei der Banco Popular zu überweisen (act. 42 Rz. 106; act. 43/59).

6.1.3. Am 19. Mai 2016 fand ein Telefonat statt. G.____ sprach zunächst mit F.____, sodann mit E.____ und schliesslich wieder mit F.____ (act. 42 Rz. 108; act. 48 Rz. 59 ff.; act. 43/62-63). Anlässlich des Gesprächs mit E.____ erklärte

G._____, dass sie mit Rechtsanwalt H._____ gesprochen habe. Sie werde ein neues, auf E._____ lautendes Konto eröffnen. Die Überweisung von EUR 1.5 Mio. wurde nicht angesprochen (act. 48 Rz. 60; act. 43/62 S. 1 f.; hierzu näher hinten E. 8.1.1). Beim folgenden Gespräch mit F._____ erkundigte sich diese, ob E._____ die Ermächtigung für die Überweisung gegeben habe. G._____ teilte ihr mit, dass sie zunächst die schriftlichen Dokumente benötige. F._____ insistierte, dass man die Überweisung schnell machen müsse, und erwähnte, dass das Problem mit der Unterschrift grösser werde (act. 42 Rz. 108; act. 48 Rz. 61 f.; act. 43/62 S. 5 ff.).

6.1.4. Am 21. Mai 2016 empfing G._____ eine E-Mail von H._____. Angehängt waren Scans der beiden Instruktionen und der beiden Schenkungsverträge. Der Absender kündigte an, die Originalunterlagen per Kurier zu senden (act. 13 Rz. 36, 187; act. 24 Rz. 35; act. 42 Rz. 102, 107; act. 15/8 [mit einem Anhang]; act. 43/60 [mit allen Anhängen]).

6.1.5. Am 23. Mai 2016 um 10:13 (so die Kopfzeile) empfing die Beklagte eine Faxkopie der Instruktion vom 18. Mai 2016 (act. 1 Rz. 140 f.; act. 13 Rz. 35; act. 42 Rz. 102 f.; act. 3/60). Sie trägt insbesondere einen visierten Unterschrift-geprüft-Stempel sowie einen Stempel "Begleitzettel ZV", wonach am 23. Mai 2016 um 10:10 eine Rückbestätigung mit E._____ erfolgt sei (act. 42 Rz. 104).

6.1.6. Am 23. Mai 2016, gemäss der Beklagten sogleich nach Erhalt des Fax, rief G._____ E._____ an, wobei sie zunächst mit F._____ sprach. Mit E._____ fand folgender Austausch statt (act. 42 Rz. 103; act. 48 Rz. 55 f.; act. 43/16; act. 43/56-57):

[...]

G._____ Hör zu, ich wollte nur sagen, dass ich das Fax bekommen habe, um die Schenkung von 1.5 an T._____ auszuführen.

E._____ Ja.

G._____ Und ich tausche also die Dollar, damit ich das machen kann.

E._____ Ja.

G._____ Und ich verkaufe ein paar Money Markets, weil ich nicht genug Liquidität auf dem Konto habe.

E._____ In Ordnung.

G._____ Okay?

E._____ In Ordnung.

[...]

6.1.7. Am 23. Mai 2016 (Belastungsanzeige) wurde dem EUR-Gemeinschaftskonto eine Überweisung von EUR 1.5 Mio. belastet. Diese erfolgte auf das Konto von T._____ bei der Beklagten. In der Belastungsanzeige wurde T._____ als Begünstigte ausgewiesen. Als Überweisungsgrund wurde eine Schenkung angegeben (act. 1 Rz. 139; act. 13 Rz. 38; act. 42 Rz. 104; act. 3/59).

6.1.8. Am 27. Mai 2016 wurde das bei der Beklagten eingetroffene Original der Instruktion vom 18. Mai 2016 mit einem visierten Stempel versehen (act. 42 Rz. 102; act. 43/94).

6.1.9. Am 31. Mai 2016 (Belastungsanzeige) wurden die EUR 1.5 Mio. vom Konto von T._____ bei der Beklagten auf das Konto von F._____ bei der Banco Popular weiterüberwiesen (act. 42 Rz. 106; act. 43/58).

6.2. Streitpunkte

6.2.1. Die Klägerin macht im Hauptstandpunkt geltend, die Beklagte habe die Überweisung vom 23. Mai 2016 ohne gehörige Instruktion getätigt (act. 1 Rz. 142, 157; act. 24 Rz. 140). Die scheinbar von E._____ stammende Instruktion vom 18. Mai 2016 bzw. die darauf befindliche Unterschrift sei gefälscht (act. 1 Rz. 142 ff., 247; act. 24 Rz. 174). Ohnehin sei die Beklagte nicht berechtigt gewesen, Instruktionen per Fax entgegenzunehmen (act. 1 Rz. 247). Aufgrund der Umstände sei die Instruktion verdächtig gewesen. Deshalb hätte die Beklagte weitere Abklärungen tätigen müssen. Dies habe sie unterlassen (act. 1 Rz. 150). Auch aus dem Telefonat vom 23. Mai 2016 könne keine genügende Rückbestätigung der Instruktion entnommen werden (act. 48 Rz. 54, 57). Vor diesem Hintergrund habe die Beklagte grobfahrlässig gehandelt, weshalb sie sich nicht auf die Risikotransferklausel und die Zustellungs- und Genehmigungsfiktion berufen könne (act. 1 Rz. 257 ff.). Eventualiter sei E._____ urteils- und daher handlungsunfähig gewesen. Konkret sei er aufgrund seines Gesundheitszustands bzw. seiner Demenzerkrankung nicht fähig gewesen, die Tragweite der Schenkung und des hierfür nötigen Verkaufs von Wertpapieren zu erfassen. Die Beklagte habe über den Gesundheitszustand von E._____ Bescheid gewusst (act. 1 Rz. 145, 147, 150). Sub-eventualiter sei E._____ einem durch Täuschung hervorgerufenen Erklärungsirrtum unterlegen

(act. 1 Rz. 274 ff.; act. 24 Rz. 186). Wegen einer Sehschwäche habe er nämlich die Instruktion nicht entziffern können. Diese sei ihm zur Unterzeichnung untergeschoben worden (act. 1 Rz. 145).

6.2.2. Die Beklagte stützt sich auf die am 23. Mai 2016 per Fax empfangene Instruktion in Verbindung mit dem Telefonat vom 23. Mai 2016 (act. 42 Rz. 94, 107, 209). Die Instruktion stamme von E._____ und sei nicht gefälscht (act. 13 Rz. 177). Mit dem Schenkungsvertrag vom 18. Mai 2016 habe sie zudem eine genügende Grundlage gehabt (act. 13 Rz. 188). Sodann habe sie sich die Instruktion am 23. Mai 2016 telefonisch rückbestätigen lassen (act. 13 Rz. 185; act. 42 Rz. 102). Zudem habe sie die Belastungsanzeige wie vertraglich vereinbart banklagernd zugestellt und die Klägerin habe diese nie beanstandet und damit genehmigt (act. 13 Rz. 271; act. 42 Rz. 353 ff.). Sie sei ferner über den Hintergrund der Zahlung informiert gewesen und habe alle Beteiligten persönlich gekannt (act. 42 Rz. 105 ff., 191 f.). Insbesondere sei sie darüber, dass letztlich F._____ begünstigt wurde und die zweistufige Überweisung über T._____ zwecks Steueroptimierung erfolgte, informiert gewesen (act. 42 Rz. 106). Aufgrund des Näheverhältnisses zwischen E._____ und F._____ hätten keine Verdachtsmomente bestanden. Denn Ersterer habe ein nachvollziehbares Interesse gehabt, Letztere abzusichern (act. 13 Rz. 182; act. 42 Rz. 107, 192). Mangels eines grobfahrlässigen Handelns könne sie sich daher, sollte ihr der Nachweis einer gehörigen Instruktion durch E._____ misslingen, auf die Risikotransferklausel sowie die Zustellungs- und Genehmigungsfiktion berufen (act. 42 Rz. 52, 341, 358, 360, 369). Weiter sei E._____ zwar körperlich beeinträchtigt gewesen und habe situativ leichte kognitive Einschränkungen verzeichnet. Dies bedeute aber nicht, dass er die Tragweite der Schenkung nicht habe erfassen können (act. 13 Rz. 51, 182, 283). Jedenfalls habe sie eine angebliche Urteilsunfähigkeit nicht erkennen können (act. 13 Rz. 53, 264; act. 42 Rz. 330). Schliesslich sei die angebliche Sehschwäche von E._____ unbelegt und bestritten. Zudem sei nur er berechtigt gewesen, einen allfälligen Willensmangel geltend zu machen (act. 13 Rz. 180; act. 42 Rz. 378).

6.3. Fehlen einer Instruktion der Bankkundschaft (Hauptstandpunkt) – Würdigung

6.3.1. Die Beklagte war zur Entgegennahme von Instruktionen per Telefon und Fax ermächtigt (vorne E. 5.3.1.2). Mithin war die am 23. Mai 2016 per Fax empfangene Instruktion vom 18. Mai 2016, sofern sie von E._____ stammte, eine taugliche Grundlage für die Überweisung.

Die Klägerin verweist bei ihrer Bestreitung der Echtheit der Unterschrift auf der Instruktion vom 18. Mai 2016 im Wesentlichen auf einen Vergleich zur Unterschrift auf dem Kontoeröffnungsformular und das von ihr eingereichte Privatgutachten K._____ (act. 1 Rz. 143 f.). Darüber hinaus bestreitet sie mit Verweis auf den Bericht von Dr. R._____ vom 16. Dezember 2015, wonach E._____ den Computer nicht mehr benutze (act. 3/49 S. 2), dass dieser die Instruktion selbst verfasst habe (act. 24 Rz. 134). Ein "Von-blossem-Auge"-Vergleich der Unterschrift mit derjenigen auf dem Kontoeröffnungsformular (act. 3/3 S. 5) zeigt zwar ein ähnliches Gesamtbild, macht aber auch klar, dass sie sich in ihren Einzelheiten stark von der früheren Unterschrift unterscheidet (vereinfachter Schriftzug, Unleserlichkeit des Nachnamens, Abstand zwischen Vor- und Nachname; act. 1 Rz. 143, 248). Das Privatgutachten kommt zum Schluss, die Unterschrift scheinemangels übereinstimmender Elemente eine Imitation zu sein, obgleich es darauf hinweist, dass die Untersuchung mangels des Originals schwierig sei und keine Vergleichsunterschriften von 2016 verfügbar seien, die nötig wären, um den schriftlichen Verfall des Urhebers über die Zeit zu bestimmen (act. 1 Rz. 144; act. 13 Rz. 178; act. 3/27 S. 24 f.). Damit bestreitet die Klägerin die Echtheit der Unterschrift genügend substantiiert, sodass die Beklagte, die sich auf deren Echtheit beruft, den Echtheitsbeweis antreten muss.

Die Beklagte macht geltend, das abweichende Schriftbild der Unterschrift könne durch die körperliche Verfassung von E._____ bzw. eine Veränderung der Unterschrift mit zunehmendem Alter erklärt werden (act. 13 Rz. 177, 188, 268, 286; act. 42 Rz. 203, 349). Sodann verweist sie auf das Privatgutachten L._____ (act. 43/92). Dieses basiert auf dem Original der Instruktion vom 18. Mai 2016. Es kommt zum Schluss, es bestünden Anhaltspunkte für eine Urheberidentität zwi-

schen der Unterschrift und den Referenzunterschriften, hält aber auch fest, eine schlüssige Stellungnahme sei nicht vertretbar (act. 42 Rz. 159, 167 f.; act. 43/92 S. 2, 14 f.). Ferner verweist die Beklagte auf das Privatgutachten M._____ vom 16. Dezember 2019. Dieses basiert auf einer Kopie der Instruktion vom 18. Mai 2016. Es kommt zum Schluss, dass die untersuchten Unterschriften eine grosse grafische Übereinstimmung mit den Referenzunterschriften aufwiesen (act. 42 Rz. 179; act. 43/98 S. 24, 43).

Die im Privatgutachten L._____ konstatierten *Anhaltspunkte* für die Echtheit der Unterschrift auf der Instruktion vom 18. Mai 2016 genügen nicht, um diese als erwiesen gelten zu lassen. Von einer abschliessenden Einschätzung sah der Gutachter nämlich gerade ab. Das Privatgutachten M._____ wiederum beruhte lediglich auf Kopien. Diese lassen eine positive Urheberschaftsaussage nicht zu (Urteile des BGer 8C_794/2016 vom 28. April 2017 E. 5.4; 9C_634/2014 vom 31. August 2015 E. 6.1.2). Auch sind keine anderweitigen Umstände erstellt, die zwingend auf eine Unterzeichnung durch E._____ schliessen liessen. Insbesondere ist nicht nachgewiesen, dass E._____ den Fax abschickte, und bestätigte er an den Telefonaten vom 19. und 23. Mai 2016 nicht, die Instruktion unterschrieben zu haben. Damit verbleiben angesichts der substantiierten klägerischen Bestreitung ernsthafte Zweifel an der Echtheit der Unterschrift. Der Beklagten gelingt der ihr obliegende Echtheitsbeweis nicht.

Die beklagte Beweisofferte zur Erstellung eines gerichtlichen Gutachtens über die Echtheit der Unterschrift auf der Instruktion vom 18. Mai 2016 (act. 42 Rz. 182) sowie die entsprechende klägerische Beweisofferte (act. 1 Rz. 143) erscheinen untauglich, um den Echtheitsbeweis zu erbringen. Denn die gerichtlich ernannte sachverständige Person wäre mit den gleichen Hindernissen konfrontiert wie der Parteigutachter L._____. Dieser erachtete namentlich wegen der relativ geringen Werthaltigkeit der Schreibleistung eine schlüssige Stellungnahme als nicht vertretbar (act. 43/92 S. 14). Dass sich die Echtheit der Unterschrift durch ein gerichtliches Gutachten zur vollen Überzeugung des Gerichts nachweisen liesse, erscheint daher mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen. Mangels Tauglichkeit ist in antizipierter Beweiswürdigung von der Einholung eines gerichtli-

chen Gutachtens abzusehen (vgl. Urteile des BGer 4A_388/2021 vom 14. Dezember 2021 E. 5.4.1; 4A_544/2019 vom 26. Mai 2020 E. 5.2; 4A_255/2019 vom 20. Dezember 2019 E. 6.3.2; 4A_253/2019 vom 5. September 2019 E. 3.4.1; 4A_66/2018 vom 15. Mai 2019 E. 2.1.2; 4A_427/2017 vom 22. Januar 2018 E. 5.1.1).

Die Beklagte hat den ihr obliegenden Beweis der Echtheit der Instruktion vom 18. Mai 2016 nicht erbracht. Unter diesen Umständen erübrigt sich eine Auseinandersetzung mit dem klägerischen Sub-Eventualvorbringen, dass, selbst wenn E._____ die Instruktion unterschrieben hätte, ihm diese unter Ausnutzung seiner Sehschwäche untergeschoben worden sei.

6.3.2. Da nicht nachgewiesen ist, dass die Abbuchung aufgrund einer Instruktion von E._____ ausgeführt wurde, muss gemäss dem bundesgerichtlichen Prüf-schema in einem zweiten Schritt geprüft werden, ob der Fehlbetrag von der Beklagten oder der Klägerin zu tragen ist. Vorliegend trägt gemäss der Risikotransferklausel in Ziff. 2 der General Business Conditions Edition 04/2013 die Klägerin den Schaden einer allfälligen Fälschung. Ihr steht aber der Nachweis offen, dass die Beklagte grobfahrlässig gehandelt hat.

Zunächst zeigen die Visa auf der Faxkopie der Instruktion, dass diese von mindestens zwei beklagtischen Mitarbeitenden geprüft wurde (act. 13 Rz. 37; act. 24 Rz. 34; act. 42 Rz. 104). Wie bereits gesagt, zeigt allerdings ein "Von-blossem-Auge"-Vergleich, dass sich die Unterschrift in ihren Einzelheiten stark von derjenigen auf dem Kontoeröffnungsformular unterscheidet. Zudem ist die Instruktion computergeschrieben. Die Beklagte nimmt selbst an, dass die Technikaffinität im hohen Alter abnehme (act. 13 Rz. 168). Zudem hatte G._____ am Telefonat vom 16. September 2015 erfahren, dass E._____ vergessen habe, wie man E-Mails schreibt. Daher musste sie damit rechnen, dass die Instruktion von einer anderen Person aufgesetzt worden sein könnte (act. 1 Rz. 145). Weiter ging es um einen – im Vergleich zu den geringeren Rückzügen vor 2015 – substanziellen Betrag, der an die Tochter der Lebenspartnerin des Kontoinhabers und damit eine mit diesem nur mittelbar verbundene Person ging, die zudem noch nie Überweisungen von diesem Konto erhalten hatte (act. 1 Rz. 150, 258; act. 24 Rz. 84). Ferner ist nicht

erstellt, dass G._____ die Überweisung vorgängig mit E._____ besprochen hätte. Denn sie war diesbezüglich nachweislich nur mit H._____ und F._____ in Kontakt (act. 24 Rz. 35 f.; act. 48 Rz. 59, 63).

Vor diesem Hintergrund oblag der Beklagten eine erhöhte Prüfbliedenheit und hätte es nicht genügt, einzig auf die Faxkopie der Instruktion vom 18. Mai 2016 abzustellen. Allerdings ist ihr ganzer damaliger Wissensstand massgeblich. G._____ wusste, dass die körperliche Verfassung von E._____ schlecht war. Insbesondere hatte F._____ am Telefonat vom 19. Mai 2016 erwähnt, dass er Probleme mit der Unterschrift habe. Dadurch liessen sich die Abweichungen bei der Unterschrift erklären (act. 13 Rz. 177, 268). Auch die Hintergründe der Überweisung von EUR 1.5 Mio. an T._____ – insbesondere dass letztlich F._____ begünstigt wurde – waren G._____ infolge der E-Mail von H._____ vom 21. Mai 2016, die auch die Dokumente für die Weiterüberweisung enthielt, bekannt. Sodann erscheint die Erklärung, dieses zweistufige Vorgehen sei zur Steueroptimierung erfolgt, plausibel. Daher liess sich aus Sicht der Beklagten die erstliche Begünstigung von T._____ erklären (act. 42 Rz. 107). Vor allem kam die Beklagte ihrer Prüfbliedenheit dadurch nach, dass sie am 23. Mai 2016 zur Bestätigung der Instruktion mit E._____ telefonierte. Das Einholen einer solchen telefonischen Bestätigung bzw. Verifizierungsmassnahmen bei der Kundschaft persönlich sind mögliche Massnahmen, um Verdachtsmomente auszuräumen und der Prüfbliedenheit nachzukommen (siehe Urteil des BGer 4A_379/2016 vom 15. Juni 2017 E. 3.3.2; Urteile des Handelsgerichts ZH HG150071 vom 25. November 2016 E. IV.3.2; HG140185 vom 23. November 2016 E. 9.5; SCHALLER, Legitimationsmängel, in: Emmenegger [Hrsg.], Bankvertragsrecht, 2017, 52). Anlässlich des Telefonats nahm G._____ explizit auf den ihr offenbar vor dem Telefonat zugegangenen Fax für die "Schenkung von 1.5 an T._____" Bezug und führte aus, wie sie diesbezüglich vorgehen werde. Ebendies quittierte E._____ zustimmend. Angesichts dieses Austauschs und mangels eines Widerspruchs durfte G._____ annehmen, dass ihm die Überweisung bekannt sei und er diese wolle, mithin dass die Instruktion tatsächlich von ihm stamme. Dies gilt unabhängig davon, dass G._____ von sich aus die Überweisung umriss und sich die Angaben nicht von E._____ geben liess (vgl. act. 48 Rz. 57). Beim Telefonat ging es nämlich nicht darum, eine Instruktion per

Telefon entgegenzunehmen, wofür die Details erst in Erfahrung hätten gebracht werden müssen. Vielmehr ging es nur um die Prüfung, ob die bereits vorliegende Instruktion von E._____ stammte. Nebenbei bemerkt gab auch im von der Klägerin angeführten Beispiel einer sorgfältigen Rückbestätigung (act. 48 Rz. 35) G._____ die Angaben vor und hatte F._____ diese nur noch zu bestätigen. Weiter ist nicht entscheidend, dass G._____ sich nicht auch Bankverbindung und Kontonummer rückbestätigen liess, obschon diese als Beispiele von zu bestätigenden Zahlungsdetails in der einschlägigen internen Weisung der Beklagten genannt werden (act. 48 Rz. 35, 57; act. 43/75 Ziff. 9.2). Denn die Kontoangaben von T._____ waren ihr ohnehin bekannt, da es sich um ein Konto bei der Beklagten handelte. G._____s Verzicht darauf, sich die Angaben im Einzelnen wiedergeben zu lassen, lässt jedenfalls ihr Verhalten nicht als grobfahrlässig erscheinen.

Hinsichtlich der Kritik der Klägerin am Schenkungsvertrag vom 18. Mai 2016 zwischen E._____ und T._____ (act. 1 Rz. 152 ff., 263; act. 24 Rz. 35) gilt zunächst ebenfalls, dass sich die Unterschrift zwar von derjenigen auf dem Kontoeröffnungsf formular unterscheidet, sich aber diese Unterschiede aus Sicht der Beklagten erklären liessen. Nebenbei bemerkt ist die Echtheit der Unterschrift auf dem Schenkungsvertrag als solche für den vorliegenden Fall nicht entscheidend, weshalb sich die Einholung eines gerichtlichen Gutachtens (vgl. act. 1 Rz. 153) nur schon deshalb erübrigt. Sodann musste weder das Fehlen der Adresse von T._____ noch die Ortsangabe zu ihrer Unterschrift (act. 1 Rz. 155 f.) die Beklagte an der Authentizität der Instruktion von E._____ zweifeln lassen (siehe auch BIGLER, a.a.O., 34, nach der unbeachtliche orthografische Fehler die Bank nicht unbedingt dazu verleiten müssen, an der Echtheit eines Zahlungsauftrages zu zweifeln und weitere Abklärungen zu tätigen). G._____ wusste um die Anwesenheit von T._____ in V._____ (act. 42 Rz. 108), wodurch die Unterzeichnung durch beide Vertragsparteien am gleichen Tag plausibel war. Insoweit die Klägerin geltend macht, G._____ habe Kenntnis über den schlechten Gesundheitszustand von E._____ gehabt und dessen Ausnutzung miterlebt (act. 1 Rz. 150, 259), geht es um einen angeblichen Verdacht auf eine Handlungsunfähigkeit, nicht um einen Verdacht auf eine Fälschung. Denn auf eine Fälschung musste die Beklagte infolge dieser gesundheitlichen Probleme nicht schliessen. F._____ hätte nämlich gar keinen Anlass gehabt, die Un-

terschrift zu fälschen, wenn sie E._____ zur Unterzeichnung der Instruktion hätte instrumentalisieren können. Schliesslich bringt die Klägerin vor, die Beklagte hätte sie kontaktieren und sich bei ihr über die Instruktion erkundigen müssen (act. 1 Rz. 150, 260, 263, 266). Aus der Natur der Oder-Kontobeziehung folgt aber gerade das Gegenteil. Vielmehr musste die Beklagte nur prüfen, ob die Instruktion von E._____ erteilt wurde. Darüber konnte die in Venezuela lebende Klägerin keinen Aufschluss geben. Dies wusste nämlich nur E._____ (vgl. Urteil des BGer 4A_379/2016 vom 15. Juni 2017 E. 3.3.2: "[...] mais si la banque considère ou doit considérer que cette opération est insolite ou inhabituelle, seules des mesures de vérification auprès du client lui-même sont adaptées pour écarter tout doute de falsification."). Daher ist es richtig, dass die Beklagte ihn und nicht die Klägerin kontaktierte (act. 42 Rz. 244).

Zusammengefasst vermag die Klägerin nicht zu erstellen, dass die Beklagte grobfahrlässig gehandelt hätte. Daher kann diese sich auf die Risikotransferklausel berufen für den Fall, dass die Instruktion gefälscht sein sollte. Die Klägerin trägt den Schaden aus der Überweisung von EUR 1.5 Mio. am 23. Mai 2016.

6.3.3. Zudem wäre die Überweisung gemäss der Zustellungs- und Genehmigungsfiktion in Ziff. 8 der Terms and Conditions to the Business Relationship bzw. Ziff. 12 der General Business Conditions Edition 04/2013 genehmigt worden:

Die Belastungsanzeige wurde banklagernd aufbewahrt. Daher gilt sie gemäss Ziff. 8 der Terms and Conditions to the Business Relationship am auf ihr aufgeführten Datum (23. Mai 2016) als zugestellt. Es hätte E._____ und der Klägerin gemäss Ziff. 12 Abs. 2 der General Business Conditions Edition 04/2013 obliegen, die Überweisung innert eines Monats ab diesem Datum zu beanstanden, andernfalls sie diese genehmigten. Eine Beanstandung erfolgte nicht.

Hinsichtlich des Einwands, die Beklagte habe grobfahrlässig gehandelt und könne sich deshalb gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nach den Regeln des Rechtsmissbrauchs nicht auf die Zustellungs- und Genehmigungsfiktion berufen (act. 24 Rz. 191 ff.), ist auf das zur Risikotransferklausel Gesagte zu verweisen (vgl. zu diesem Gleichlauf Urteil des BGer 4A_386/2016 vom 5. Dezember 2016

E. 3.3 a.E.). Demnach ist der Beklagten keine einer absichtlichen Schädigung gleichzusetzende Nachlässigkeit vorzuwerfen, die die Anrufung der Zustellungs- und Genehmigungsfiktion als rechtmisbräuchlich erscheinen liesse.

Zu den Einwänden der Klägerin, ihr sei die Einsicht in die banklagernde Korrespondenz verweigert worden und es hätte kein Anlass bestanden, die Belastungsanzeigen zu prüfen, siehe vorne E. 5.3.2.2.

6.3.4. Zwischenfazit: Die Beklagte kann sich hinsichtlich der Überweisung vom 23. Mai 2016 auf die Risikotransferklausel sowie die Zustellungs- und Genehmigungsfiktion berufen.

6.4. Handlungsunfähigkeit (Eventualstandpunkt) – Würdigung

Es gilt das unter E. 5.4 Gesagte. Auch hier gilt, dass es der beweisbelasteten Klägerin nicht gelingt, die Vermutung der natürlichen Handlungsfähigkeit zu widerlegen. Etwas anderes folgt auch nicht aus den Telefonaten vom 19. und 23. Mai 2016 und namentlich aus den knappen Antworten von E._____ (vgl. act. 48 Rz. 55). Diese lassen gerade wegen ihrer Knappheit keine handfesten Schlüsse auf eine Einschränkung die Willensbildungs- und -umsetzungsfähigkeit zu.

6.5. Fazit

Die Klägerin hat keinen Erfüllungsanspruch hinsichtlich der Überweisung vom 23. Mai 2016. Das klägerische Rechtsbegehren ist hinsichtlich des elften Spiegelstrichs abzuweisen.

7. Überweisung von USD 3.5 Mio. am 7. September 2016

7.1. Sachverhalt

7.1.1. Es existiert ein vom 6. September 2016 datierender, gleich wie der Schenkungsvertrag vom 18. Mai 2016 formatierter Schenkungsvertrag über USD 3.5 Mio. zwischen E._____ als Schenker und T._____ als Beschenkte (act. 1 Rz. 192; act. 3/70).

7.1.2. Es existiert eine vom 6. September 2016 datierende, computergeschriebene, der Instruktion vom 18. Mai 2016 ähnliche und – zumindest scheinbar – von E._____ eigenhändig unterzeichnete Instruktion (act. 1 Rz. 175; act. 13 Rz. 39; act. 3/68 [Faxkopie]). Darin wird die Beklagte instruiert, vom Konto Nr. 1 (d.h. vom Gemeinschaftskonto) den Betrag von USD 3.5 Mio. auf das Konto Nr. 11 von T._____ bei der Beklagten zu übertragen (Zahlungsgrund: Schenkung).

Gemäss der Beklagten sei das Original dieser Instruktion, das bei einem spanischen Notar hinterlegt worden sei und sich mutmasslich in Spanien befinde (act. 57 Rz. 49, 68), trotz Bemühungen ihrerseits nicht auffindbar. Sie reicht aber eine von ihr als "zweites Original" bezeichnete, mit der Faxkopie (mit Ausnahme der Unterschrift) identische und – zumindest scheinbar – von E._____ eigenhändig unterzeichnete Instruktion ein. Sie habe dieses für E._____s Akten gedachte Original erhältlich machen können (act. 42 Rz. 110; act. 43/65).

7.1.3. Am 7. September 2016 um 10:24 empfing G._____ eine E-Mail von H._____. Angehängt waren Scans der Instruktion sowie des Schenkungsvertrags vom 6. September 2016 (act. 13 Rz. 219; act. 42 Rz. 109; act. 48 Rz. 67; act. 43/64).

7.1.4. Am 7. September 2016 um 10:42 (so die Kopfzeile) empfing die Beklagte eine Faxkopie der Instruktion vom 6. September 2016. Sie trägt einen visierten Unterschrift-geprüft-Stempel sowie einen Stempel "Begleitzettel ZV", wonach insbesondere am 7. September 2016 um 11:00 eine Rückbestätigung mit F._____ (nicht: E._____) erfolgt sei (act. 1 Rz. 175, 181; act. 13 Rz. 39 f.; act. 24 Rz. 40; act. 42 Rz. 109, 111; act. 3/68).

7.1.5. Am 7. September 2016 (Belastungsanzeige) wurde dem USD-Gemeinschaftskonto eine Überweisung von USD 3.5 Mio. belastet. Diese erfolgte auf das Konto von T._____ bei der Beklagten. Als Begünstigte wurde die Kontonummer von T._____, nicht aber deren Name ausgewiesen (act. 1 Rz. 174; act. 13 Rz. 41; act. 24 Rz. 42; act. 3/67).

7.1.6. Am 14. Oktober 2016 empfing G._____ eine E-Mail von T._____. Angehängt war ein Scan einer vom 12. Oktober 2016 datierenden Instruktion, wonach T._____

die Beklagte anwies, von ihrem Konto USD 3.5 Mio. auf das Konto von F._____ bei der Beklagten zu überweisen. Ebenfalls angehängt war ein Scan eines vom 12. Oktober 2016 datierenden, gleich wie der Schenkungsvertrag vom 18. Mai 2016 formatierten Schenkungsvertrags über USD 3.5 Mio. zwischen T._____ als Schenkerin und F._____ als Beschenkter (act. 42 Rz. 117; act. 43/67).

7.1.7. Am 11. April 2019 wurde von einem ... Notar [der Ortschaft V._____] eine Erklärung "acta de manifestaciones y protocolización de documento" protokolliert. Demnach könne sich E._____, da es sich um einen bedeutenden Betrag gehandelt habe, "perfekt" daran erinnern, am 7. September 2016 telefonisch mit G._____ gesprochen zu haben, um die Zahlungsinstruktion über USD 3.5 Mio., die er zwecks Schenkung an T._____ erteilt habe, zu bestätigen. Einleitend wird die Identität von E._____ attestiert sowie dass er nach Einschätzung des Notars ein legitimes Interesse habe, die Erklärung protokollieren zu lassen, und die besagte Erklärung frei und spontan abgebe (act. 1 Rz. 188; act. 13 Rz. 215; act. 3/69 [Kopie]; act. 43/66 [Original]).

7.2. Streitpunkte

7.2.1. Die Klägerin macht im Hauptstandpunkt geltend, die Beklagte habe die Überweisung vom 7. September 2016 ohne gehörige Instruktion getätigt (act. 1 Rz. 196; act. 24 Rz. 144). Die Unterschriften auf der Instruktion und dem Schenkungsvertrag vom 6. September 2016 seien gefälscht (act. 1 Rz. 177 ff., 193 f., 248; act. 24 Rz. 174). Die Beklagte habe das Original der Instruktion nicht eingereicht, weshalb ungeachtet des "zweiten Originals" der Echtheitsbeweis misslinge (act. 48 Rz. 71). Ohnehin sei die Beklagte nicht berechtigt gewesen, Instruktionen per Fax entgegenzunehmen (act. 1 Rz. 248). Sodann habe G._____ die Instruktion gemäss der Notiz auf dem Stempel "Begleitzettel ZV" von der hierzu nicht berechtigten F._____ telefonisch bestätigen lassen. Es werde bestritten, dass G._____ mit E._____ gesprochen, das beklagte Telefonat nicht funktioniert und sie für die Bestätigung ihr Mobiltelefon verwendet habe, was gemäss der internen Weisung der Beklagten untersagt sei (act. 1 Rz. 181 ff., 248; act. 24 Rz. 40; act. 48 Rz. 68). Die notarielle Erklärung vom 11. April 2019 sei irrelevant, da E._____ dazumal aufgrund seiner gesundheitlichen Verfassung nicht in der Lage gewesen sei, diese

Erklärung abzugeben bzw. sich an die drei Jahre zurückliegende Transaktion zu erinnern (act. 1 Rz. 190). Eventualiter sei E. _____ urteils- und daher handlungsunfähig gewesen. Konkret habe es ihm sein Gesundheitszustand nicht erlaubt, die finanzielle Tragweite einer solchen Schenkung zu erfassen bzw. die Instruktion zu bestätigen (act. 1 Rz. 180, 184). G. _____ habe hiervon gewusst (act. 1 Rz. 184). Sub-eventualiter sei er einem durch Täuschung hervorgerufenen Erklärungsirrtum unterlegen (act. 1 Rz. 274 ff.; act. 24 Rz. 186). Wegen einer Sehschwäche habe er nämlich die Instruktion nicht entziffern können. Diese sei ihm zur Unterzeichnung untergeschoben worden (act. 1 Rz. 180). Den von der Beklagten eventualiter erhobenen Schadenersatzanspruch bestreitet die Klägerin namentlich mit dem Fehlen einer Pflicht zur Konsultation der banklagernden Korrespondenz und einem grobfahrlässigen Handeln der Beklagten (act. 24 Rz. 187 ff.).

7.2.2. Die Beklagte stützt sich auf die am 7. September 2016 per Fax empfangene Instruktion bzw. das "zweite Original" in Verbindung mit dem Telefonat vom 7. September 2016 (act. 42 Rz. 94, 109). Die Instruktion und der Schenkungsvertrag stammten von E. _____ und seien nicht gefälscht (act. 13 Rz. 209, 220). Das "zweite Original" beweise, dass E. _____ die Instruktion unterzeichnet habe und damit einverstanden gewesen sei (act. 42 Rz. 110). Sodann habe sich G. _____ am 7. September 2016 um 11:00, nach Empfang der Faxkopie, die Instruktion telefonisch rückbestätigen lassen und zwar von E. _____, wobei sie versehentlich notiert habe, die Rückbestätigung sei bei F. _____ erfolgt (act. 13 Rz. 40, 211; act. 42 Rz. 109, 112, 210). Dass G. _____ mit E. _____ gesprochen habe, ergebe sich aus der notariellen Erklärung vom 11. April 2019 (act. 42 Rz. 114 f.). Allerdings gebe es keine Aufzeichnung des Telefonats, da ihr Telefonsystem an diesem Tag nicht funktioniert und G. _____ daher ihr Mobiltelefon verwendet habe (act. 42 Rz. 109). Weiter habe sie die Belastungsanzeige wie vertraglich vereinbart banklagernd zugestellt. Diese sei nie beanstandet und damit genehmigt worden (act. 13 Rz. 271; act. 42 Rz. 353 ff.). Ferner habe sie gewusst, dass letztlich F. _____ begünstigt werde und die zweistufige Überweisung über T. _____ zwecks Steueroptimierung erfolgte (act. 42 Rz. 116, 118). Eine Begünstigung der Lebenspartnerin im hohen Alter sei nicht aussergewöhnlich. Daher habe sie trotz der Höhe der Überweisung bei einem vermögenden Kunden wie E. _____ keine Verdachtsmomente erkennen

müssen (act. 42 Rz. 118, 192). Mangels eines grobfahrlässigen Handelns könne sie sich daher, sollte ihr der Nachweis einer gehörigen Instruktion durch E. _____ misslingen, auf die Risikotransferklausel sowie die Zustellungs- und Genehmigungsfiktion berufen (act. 42 Rz. 52, 341, 358, 360, 369). Weiter sei E. _____ zwar körperlich beeinträchtigt gewesen und habe situative leichte kognitive Einschränkungen verzeichnet. Dies bedeute aber nicht, dass er die Tragweite der Schenkung nicht habe erfassen können (act. 13 Rz. 210, 212). Jedenfalls habe sie eine angebliche Urteilsunfähigkeit nicht erkennen können (act. 13 Rz. 53, 264; act. 42 Rz. 330). Schliesslich sei die angebliche Sehschwäche von E. _____ unbelegt und bestritten. Zudem sei nur er berechtigt gewesen, einen allfälligen Willensmangel geltend zu machen (act. 13 Rz. 180, 209; act. 42 Rz. 378). Eventualiter macht die Beklagte eine Schadenersatzforderung gegen die Klägerin infolge Vertragsverletzung geltend und gibt eine entsprechende Verrechnungserklärung ab (act. 13 Rz. 294 ff.; act. 42 Rz. 370, 376).

7.3. Fehlen einer Instruktion der Bankkundschaft (Hauptstandpunkt) – Würdigung

7.3.1. Die Beklagte war zur Entgegennahme von Instruktionen per Telefon und Fax ermächtigt (vorne E. 5.3.1.2). Mithin war die am 7. September 2016 per Fax empfangene Instruktion vom 6. September 2016, sofern sie von E. _____ stammte, eine taugliche Grundlage für die Überweisung.

Die Klägerin verweist bei ihrer Bestreitung der Echtheit der Unterschrift auf der Instruktion vom 6. September 2016 im Wesentlichen auf einen Vergleich zur Unterschrift auf dem Kontoeröffnungsformular und das von ihr eingereichte Privatgutachten K. _____ (act. 1 Rz. 178 f.). Darüber hinaus bestreitet sie mit Verweis auf den Bericht von Dr. R. _____ vom 16. Dezember 2015, wonach E. _____ den Computer nicht mehr benutze (act. 3/49 S. 2), dass dieser die Instruktion selbst verfasst habe (act. 24 Rz. 134). Ein "Von-blossem-Auge"-Vergleich der Unterschrift mit derjenigen auf dem Kontoeröffnungsformular (act. 3/3 S. 5) zeigt zwar ein ähnliches Gesamtbild, macht aber auch klar, dass sie sich in ihren Einzelheiten stark von der früheren Unterschrift unterscheidet (vereinfachter Schriftzug, Unleserlichkeit des Nachnamens, Abstand zwischen Vor- und Nachname; act. 1 Rz. 178, 248). Das

Privatgutachten kommt zum Schluss, dass *nicht* in vielen Aspekten ein mit den Referenzunterschriften übereinstimmender Schriftzug erkenntlich sei (act. 1 Rz. 179; act. 3/27 S. 28). Damit bestreitet die Klägerin die Echtheit der Unterschrift genügend substantiiert, sodass die Beklagte, die sich auf deren Echtheit beruft, den Echtheitsbeweis antreten muss.

Die Beklagte macht geltend, das abweichende Schriftbild der Unterschrift könne durch die körperliche Verfassung von E._____ bzw. eine Veränderung der Unterschrift mit zunehmendem Alter erklärt werden (act. 13 Rz. 209, 268, 286; act. 42 Rz. 203, 349). Sodann verweist sie auf das Privatgutachten L._____ (act. 43/92). Dieses basiert auf einer Reproduktion bzw. einem Scan der Instruktion vom 6. September 2016 (act. 42 Fn. 30; act. 43/92 S. 4). Es kommt zum Schluss, es sei denkbar, dass Urheberidentität zwischen der Unterschrift auf der Instruktion und den zur Verfügung stehenden Referenzunterschriften bestehe. Es verweist aber auch auf die mangelhafte Abbildungsqualität und schliesst, dass sich die Frage der Urheberidentität aufgrund der Reproduktion nicht beantworten lasse (act. 42 Rz. 170; act. 43/92 S. 15 f.). Die Beklagte verweist zudem auf das Privatgutachten M._____ vom 16. Dezember 2019 (act. 43/98). Die Parteien sind sich uneinig, ob dieses auf dem Original oder einer Reproduktion der Instruktion vom 6. September 2016 basierte (act. 42 Rz. 170 f., 179; act. 48 Rz. 124; act. 57 Rz. 68). Aus dem Privatgutachten ergibt sich, dass dem Gutachter das Original vorlag (act. 43/98 S. 24). Es kommt zum Schluss, dass die untersuchten Unterschriften eine grosse grafische Übereinstimmung mit den verfügbaren Referenzunterschriften aufwiesen (act. 42 Rz. 171, 179; act. 43/98 S. 43).

Das Privatgutachten L._____ dient dem beklaglichen Echtheitsbeweis nicht, weil es erstens lediglich auf einer Kopie beruht und zweitens die Frage der Urheberidentität offen lässt. Hingegen stützt das Privatgutachten M._____ den beklaglichen Standpunkt. Allerdings könnte es als blosses Privatgutachten nur zusammen mit nachgewiesenen Indizien den Echtheitsbeweis erbringen. Umstände, die auf eine Unterzeichnung durch E._____ schliessen liessen, sind indessen nicht erstellt. Insbesondere ist nicht nachgewiesen, dass E._____ den Fax abschickte, und besteht keine Aufzeichnung einer telefonischen Bestätigung von E._____, dass er die

Instruktion unterzeichnet habe. Nebenbei bemerkt, enthält auch die notarielle Erklärung vom 11. April 2019 keine entsprechende Bestätigung. Die Echtheit der Unterschrift auf dem Schenkungsvertrag vom 7. September 2016 wird von der Klägerin ebenfalls (substanziert) bestritten (act. 1 Rz. 193 f.). Daher kann auch der Schenkungsvertrag nicht als Indiz für die Authentizität der Instruktion dienen. Auch mit dem "zweiten Original" lässt sich – selbst bei Unterstellung seiner Echtheit – nicht die Echtheit der Instruktion, die die Beklagte am 7. September 2016 per Fax empfangen hat, beweisen. Denn es handelt sich gerade um ein anderes Dokument. Hinzu kommt, dass dessen Herkunft ungewiss ist (act. 48 Rz. 71). Namentlich kann nicht ausgeschlossen werden, dass es erst nachträglich unterzeichnet wurde, etwa im Zusammenhang mit der Erstellung der notariellen Erklärung vom 11. April 2019. Deshalb hat das "zweite Original" auch keine hinreichende (Indizien-)Beweiskraft für die Authentizität der Instruktion. Jedenfalls scheidet das "zweite Original" als eigentliche Grundlage der Überweisung aus. Denn die Beklagte macht nicht geltend, dannzumal schon von seiner Existenz gewusst zu haben. Vor dem Hintergrund des Gesagten verbleiben angesichts der substantiierten klägerischen Bestreitung ernsthafte Zweifel an der Echtheit der Unterschrift. Der Beklagten gelingt der Echtheitsbeweis nicht.

Die beklagtische Beweisofferte zur Erstellung eines gerichtlichen Gutachtens über die Echtheit der Unterschrift auf der Instruktion vom 6. September 2016 (act. 42 Rz. 182) sowie die entsprechende klägerische Beweisofferte (act. 1 Rz. 178) erscheinen untauglich, um den Echtheitsbeweis zu erbringen. Zunächst ist anzumerken, dass die beklagtische Beweisofferte in act. 42 Rz. 182 insofern verwirrend ist, als sie auf drei verschiedene Beilagen (KB 64, BB 65, KB 65) verweist, von denen aber nur eine (das "zweite Original") überhaupt etwas mit der Instruktion vom 6. September 2016 zu tun hat. Entscheidend ist die Echtheit des Dokuments, das Grundlage der Faxe kopie war, die die Beklagte am 7. September 2016 empfing und die Grundlage der Überweisung war. Dieses Original wurde nicht ins Recht gelegt, steht also – trotz Bemühungen der Beklagten – nicht zur Verfügung. Eine Untersuchung gestützt auf die Faxe kopie würde hingegen keine positive Urheberschaftsaussage erlauben (Urteile des BGer 8C_794/2016 vom 28. April 2017 E. 5.4;

9C_634/2014 vom 31. August 2015 E. 6.1.2). Die Echtheit des massgeblichen Dokuments bleibt damit unbewiesen.

Die Beklagte hat den ihr obliegenden Beweis der Echtheit der Instruktion vom 18. Mai 2016 nicht erbracht. Unter diesen Umständen erübrigt sich eine Auseinandersetzung mit dem klägerischen Sub-Eventualvorbringen, dass, selbst wenn E._____ die Instruktion unterschrieben hätte, ihm diese unter Ausnutzung seiner Sehschwäche untergeschoben worden sei.

7.3.2. Wiederum muss, da nicht nachgewiesen ist, dass die Abbuchung aufgrund einer Instruktion von E._____ ausgeführt wurde, in einem zweiten Schritt geprüft werden, ob der Fehlbetrag von der Beklagten oder der Klägerin zu tragen ist. Vorliegend trägt gemäss der Risikotransferklausel in Ziff. 2 der General Business Conditions Edition 04/2013 die Klägerin den Schaden einer allfälligen Fälschung. Ihr steht aber der Nachweis offen, dass die Beklagte grobfahrlässig gehandelt hat.

Zunächst zeigen die Visa auf der Faxkopie der Instruktion, dass diese von mindestens drei beklagtischen Mitarbeitenden geprüft wurde (act. 24 Rz. 41; act. 42 Rz. 111). Wie bereits gesagt, zeigt allerdings ein "Von-blossem-Auge"-Vergleich, dass sich die Unterschrift in ihren Einzelheiten stark von derjenigen auf dem Kontoeröffnungsformular unterscheidet, was sich immerhin mit der körperlichen Verfassung von E._____ erklären liess (act. 13 Rz. 177, 180, 268). Weiter ist die Instruktion computergeschrieben, weshalb die Beklagte auch bei dieser Instruktion damit rechnen musste, dass sie von einer anderen Person aufgesetzt worden sein könnte (act. 1 Rz. 180). Ferner ging es um einen viel höheren Betrag als bisher, der die Rückzüge vor 2015 aber auch die Überweisung von EUR 1.5 Mio. vom 23. Mai 2016 wesentlich überstieg (act. 1 Rz. 185, 258). Mit letzterer Überweisung lag der Beklagten zwar ein Präzedenzfall einer ähnlichen Überweisung vor, die von E._____ nicht beanstandet worden war. Gerade aber wenn man die Überweisung vom 23. Mai 2016 im Blick behält, führte die hier interessierende Überweisung dazu, dass rund USD 5.2 Mio. und damit grob die Hälfte des gesamten Kontovermögens auf ein Konto von T._____ überweisen wurde. In diesem Zusammenhang ist bemerkenswert, dass die interne Weisung der Beklagten nur die Entgegennahme von Instruktionen per Fax bis CHF 5 Mio. erlaubt (act. 48 Rz. 37, 66;

act. 13/75 Ziff. 5.1). Diese Weisung manifestiert, dass die Beklagte selbst davon ausgeht, bei Überweisungen in dieser Grössenordnung sei erhöhte Vorsicht geboten (vgl. die Bezugnahme auf interne Vorschriften im Urteil des BGer 4A_539/2021 vom 21. Februar 2023 E. 7.3.4). Durch die Überweisung vom 23. Mai 2016 wurde auch ein gewisses Missbrauchspotential geschaffen, weil damit eine Vorlage für eine nächste Überweisung gesetzt wurde. Zudem stellt sich die Frage, warum E._____ nicht den ganzen Betrag in einem Mal hätte überweisen sollen. Hinzu kommt, dass die vorliegend interessierende Überweisung in einem Spannungsverhältnis zur Saldierungsinstruktion vom 31. Juli 2016 (dazu hinten E. 8.1.3) steht, wonach die Beklagte eigentlich schon angewiesen worden war, das Konto zu saldieren und die verbleibenden Mittel (d.h. dannzumal noch inklusive der USD 3.5 Mio.) auf ein Konto von E._____ zu überweisen. Zum bisher Gesagten kommt hinzu, dass die Beklagte die E-Mail von T._____ mit Scans der vom 12. Oktober 2016 datierenden Instruktion mit Schenkungsvertrag zugunsten von F._____ erst mehr als einen Monat nach der Überweisung erhielt. Mithin war sie – anders als bei der Überweisung vom 23. Mai 2016 – im Zeitpunkt der Überweisung nicht angewiesen, den Schenkungsbetrag an die angebliche Lebenspartnerin weiterzuleiten. Auch die Zusendung des Originals der Instruktion wurde ihr – anders als bei der Überweisung vom 23. Mai 2016 – nicht angekündigt, was auch erklärt, warum die Beklagte dieses nicht ins Recht legen konnte. Schliesslich ist nicht erstellt, dass G._____ die Überweisung vorgängig mit E._____ besprochen hätte. Erstellt ist vielmehr nur, dass sie kurz vor Eingang der Faxkopie eine E-Mail von H._____ mit Scans der Instruktion sowie des Schenkungsvertrags zwischen E._____ und T._____ erhalten hatte. Zwar macht die Beklagte geltend, kurz vor der Instruktion von H._____ mündlich darüber informiert worden zu sein, dass dieser E._____ empfohlen habe, zwecks Steuerersparnis den Schenkungsbetrag zuerst an T._____ zu überweisen. Mithin habe sie gewusst, dass der Betrag letztlich an F._____ weitergeleitet werde (act. 42 Rz. 116). Selbst wenn dem so war, liess sich damit zwar die erstliche Begünstigung von T._____ erklären. Jedoch konnte die Beklagte gestützt auf die Kommunikation mit H._____ nicht verifizieren, dass E._____ die Instruktion abgegeben hatte.

Vor diesem Hintergrund oblag der Beklagten eine erhöhte Prüfbliedenheit. Namentlich oblag es ihr, sich telefonisch bei E. _____ zu erkundigen, ob die Instruktion von ihm stamme. Wie aber die Klägerin behauptet und belegt, ist auf dem Begleitzettel als "Kontaktpers. Rückbestätigung" F. _____ und nicht E. _____ aufgeführt (act. 1 Rz. 181 ff., 248; act. 24 Rz. 40). Mithin fand die Rückbestätigung gemäss der urkundlichen, echtzeitlichen Beweislage nicht mit E. _____, sondern mit F. _____ statt. Die Erwiderung der gegenbeweisbelasteten Beklagten, G. _____ habe versehentlich notiert, die Zahlung sei von F. _____ rückbestätigt worden, weil zunächst diese das Telefon entgegengenommen habe (act. 13 Rz. 40, 211; act. 42 Rz. 112, 210), überzeugt nicht. Das wenige Tage zuvor erfolgte Telefonat vom 2. September 2016 (vorne E. 5.1.24) zeigt nämlich, dass G. _____ zu diesem Zeitpunkt bereit war, Instruktionen direkt von F. _____ entgegenzunehmen und auf eine Bestätigung durch E. _____ zu verzichten ("Nun, E. _____ hat es mir bestätigt, oder? Am Telefon, dann ist das soweit gut."; "[...] aber da ich seine Stimme gehört habe, ist das in Ordnung. Ich vermerke, dass ich mit ihm gesprochen habe."). Das von ihr behauptete Telefongespräch mit E. _____ vermag die Beklagte nicht mit einer Audioaufzeichnung zu belegen, angeblich weil ihr Telefonsystem nicht funktioniert und G. _____ daher ihr Mobiltelefon verwendet habe (act. 42 Rz. 109). Den (bestrittenen [act. 48 Rz. 68]) Ausfall des Telefonsystems belegt sie aber wiederum nicht urkundlich. Ebenso wenig offeriert sie urkundliche Nachweise zum behaupteten Mobiltelefongespräch, obschon die interne Weisung bei einer Rückbestätigung von über Fax empfangenen Aufträgen per Mobilnetz eine Dokumentation des verwendeten Anschlusses vorschreibt und eine Rückbestätigung von Abdispositionen ab CHF 100'000.– über Mobiltelefon gänzlich untersagt (act. 48 Rz. 33 f.; act. 43/75 Ziff. 9.2). Auf dem Stempel "Begleitzettel ZV" auf der Faxkopie (act. 3/68) findet sich jedenfalls kein Hinweis darauf, dass die Rückbestätigung ausnahmsweise über Mobiltelefon erfolgt wäre; dies, obschon es ein Leichtes gewesen wäre, neben Datum, Zeit und Kontaktperson auch die Verwendung des Mobiltelefons zu dokumentieren. Daher erscheinen die beklaglichen Vorbringen als unglaubwürdig und lassen keine ernsthaften Zweifel an der urkundlichen, echtzeitlichen Beweislage aufkommen.

Was die von der Beklagten für das angebliche Telefonat mit E._____ offerierten Zeugnisbeweise (act. 13 Rz. 40, 211; act. 42 Rz. 109, 112) betrifft, fehlen konkrete Behauptungen zum Inhalt des Telefonats. Nur solche würden es erlauben, den Schluss auf eine Bestätigung der Instruktion vom 6. September 2016 durch E._____ – oder gar die Erteilung einer separaten Instruktion anlässlich dieses Telefonats (vgl. act. 13 Rz. 270) – zu ziehen und diesbezüglich Beweis abzunehmen. Ohnehin sind diese Zeugnisbeweise untauglich, um das Beweisergebnis zu ändern. G._____ hätte nämlich ein persönliches Interesse, im Sinn der Beklagten auszusagen. Zum einen folgt dieses aus ihrem Anstellungsverhältnis zur Beklagten, das sie dieser gegenüber zur sorgfältigen und getreuen Arbeitsausführung verpflichtet (Art. 321a Abs. 1 OR), wodurch sie der Beklagten gegenüber die Verantwortung für allfällige Versäumnisse trägt. Zum anderen folgt es aus ihrem Näheverhältnis zu F._____, das aus den Telefonaten und persönlichen Treffen (act. 42 Rz. 130 f.) ersichtlich ist und das die Beklagte auch selbst anerkennt (act. 42 Rz. 128, 131, 192). Kommt hinzu, dass auch ihre CRM-Notizen von Unschärfe geprägt sind, wie etwa diejenigen zum Telefonat vom 16. September 2015 und zum Telefonat vom 2. September 2016 (vorne E. 5.1.5 bzw. 5.1.24) zeigen. F._____ wiederum hätte als Mutter der Überweisungsempfängerin (bzw. als wirtschaftliche Überweisungsempfängerin), aufgrund des gegen sie erhobenen Fälschungsverdachts sowie aufgrund des Näheverhältnisses zu G._____ ein persönliches Interesse, im Sinn der Beklagten auszusagen. Aufgrund dieser persönlichen Interessen wäre auch in antizipierter Beweiswürdigung auf die Zeugnisse zu verzichten (siehe Urteile des BGer 4A_423/2017 vom 15. November 2017 E. 3.3 f.; 5A_714/2013 vom 4. November 2013 E. 4.3.2; 4P.143/2005 vom 18. August 2005 E. 2.2; 4P.151/2004 vom 1. Oktober 2004 E. 3.2; P 49/2001 vom 7. Juli 2003 E. 3.4). Selbst wenn G._____ und F._____ ein Telefonat mit E._____ bestätigen würden, müssten sie zudem Aufschluss über den Inhalt des bereits mehr als sieben Jahre zurückliegenden Telefonats geben können. Nur so könnte festgestellt werden, ob E._____ darin die Erteilung der Instruktion vom 6. September 2016 bestätigte. Da nicht anzunehmen ist, dass die potenziellen Zeuginnen sich noch an den Ablauf des Gesprächs erinnern können, ist auch wegen des Zeitablaufs auf die Zeugnisse zu verzichten (siehe Urteile des BGer 4A_70/2018 vom 20. August 2018 E. 4.2;

4A_423/2017 vom 15. November 2017 E. 3.4; 5A_708/2014 vom 23. März 2015 E. 2; 4A_453/2014 vom 23. Februar 2015 E. 5.4; 5A_672/2012 vom 3. April 2013 E. 9.3.1; P 49/2001 vom 7. Juli 2003 E. 3.4).

An dem Gesagten ändert auch die notarielle Erklärung vom 11. April 2019 nichts. Deren Erstellung erfolgte, wie die Beklagte anerkennt (act. 13 Rz. 218; act. 42 Rz. 114), weil die Klägerin an die Beklagte herangetreten war, somit als sich der vorliegende Rechtsstreit abzuzeichnen begann. Mithin handelt es sich nicht um eine echtzeitliche Dokumentation. Daher ist ihre Beweiskraft von Beginn weg gering. Zudem erfolgte die Erstellung wenige Monate, bevor im spanischen Strafverfahren am 16. Juli 2019 eine mittlere/schwere kognitive Verschlechterung des Typs Alzheimer festgestellt und im Erwachsenenschutzverfahren mit Massnahmeentscheid vom 26. Juli 2019 vorsorgliche Massnahmen angeordnet wurden, nachdem E._____ keinen Überblick über sein Vermögen geben, sich nicht an seine Konten bei der Beklagten erinnern konnte und bestritten hatte, F._____ im August 2016 eine notariell beurkundete Vollmacht erteilt zu haben (act. 1 Rz. 190, 225, 228; act. 3/95; act. 3/96 E. 4.2). Daher erscheint es aufgrund des erstellten Gesundheitszustands ausgeschlossen, dass sich E._____ am 11. April 2019 noch "perfekt" an eine telefonische Bestätigung vom 7. September 2016 erinnern haben will. Denn eine Alzheimerkrankheit verläuft bekanntlich progressiv und tritt nicht plötzlich auf, wodurch ein *zeitlich begrenzter* Rückschluss auf den Zustand von E._____ im April 2019 durchaus möglich ist (vgl. act. 13 Rz. 217; act. 24 Rz. 147). Im Übrigen finden sich in der notariellen Erklärung vom 11. April 2019 keine Feststellungen über die Urteilsfähigkeit von E._____ (act. 48 Rz. 72; anders als in der notariell beglaubigten Generalvollmacht vom 2. August 2016 [act. 42 Rz. 86; act. 42/46 S. 1]). Anders als die Beklagte glauben lassen will (act. 42 Rz. 87 f., 115), war der Notar hierzu auch nicht verpflichtet. Die "acta de manifestaciones y protocolización de documento" wurde ausdrücklich gestützt auf Art. 215 des Reglamento Notarial und ohne jegliche Wirkung einer öffentlichen Urkunde erstellt (act. 43/66 S. 3). Sie gehört also zu den Actas Notariales gemäss Sec. 4 bzw. Art. 198 ff. des Reglamento Notarial. Art. 198 Abs. 1 Subabs. 1 sieht hierfür ausdrücklich vor, dass die Notariatsperson grundsätzlich *nicht* verpflichtet ist, die Handlungsfähigkeit der antragstellenden Per-

son zu bestätigen. Mangels Beweiskraft lässt daher auch dieses Dokument keine ernsthaften Zweifel an der urkundlichen, echtzeitlichen Beweislage aufkommen.

An dem Gesagten ändert auch die Generalvollmacht vom 2. August 2016 nichts. Denn beim Telefonat ging es nicht darum, eine Instruktion zu erteilen bzw. entgegenzunehmen, wozu das Vorliegen einer Bevollmächtigung relevant gewesen wäre. Vielmehr ging es darum, der Prüfofbiegenheit der Beklagten nachzukommen, d.h. sicherzustellen, dass die Instruktion vom 6. September 2016 tatsächlich von E._____ stammte. Eine Erkundigung bei F._____ statt bei E._____ war hierzu ungeeignet, unabhängig davon, ob sie eine Generalvollmacht hatte oder nicht (vgl. Urteil des BGer 4A_379/2016 vom 15. Juni 2017: "[...] mais si la banque considère ou doit considérer que cette opération est insolite ou inhabituelle, seules des mesures de vérification auprès du client lui-même sont adaptées pour écarter tout doute de falsification."). Wohlgermerkt macht die Beklagte nicht geltend, dass F._____ selbst eine Instruktion zur Überweisung von USD 3.5 Mio. erteilt hätte, die bei ihr, F._____, hätte rückbestätigt werden müssen. Sie stellt lediglich in den Raum, dass F._____ gestützt auf die Generalvollmacht vom 12. August 2016 berechtigt gewesen wäre, selbst einen Betrag in beliebiger Höhe anzuweisen (act. 42 Rz. 113).

Zusammenfassend handelte die Beklagte insbesondere angesichts des ungewöhnlich hohen Betrags grobfahrlässig, da sie die Instruktion vom 6. September 2016 trotz verschiedener Auffälligkeiten nicht von E._____, sondern von F._____ rückbestätigen liess. Sie kann sich daher nicht auf die Risikotransferklausel berufen.

7.3.3. Eine nachträgliche Genehmigung gemäss der Zustellungs- und Genehmigungsfiktion in Ziff. 8 der Terms and Conditions to the Business Relationship bzw. Ziff. 12 der General Business Conditions Edition 04/2013 scheidet aufgrund des Gesagten ebenfalls aus. Da die Beklagte grobfahrlässig gehandelt hat, muss sie sich eine Nachlässigkeit vorwerfen lassen, die einer absichtlichen Schädigung vergleichbar ist. Diese steht einer Anrufung der Zustellungs- und Genehmigungsfiktion entgegen (act. 24 Rz. 191 ff.; vorne E. 4.3.1.3; vgl. insb. Urteil des BGer 4A_386/2016 vom 5. Dezember 2016 E. 3.3 a.E.).

Die Beklagte macht zwar geltend, auf Wunsch von E._____ monatlich Kontoauszüge per DHL geschickt zu haben, was sie mit einem Ausschnitt eines Telefonats vom 1. April 2015 belegen will (act. 42 Rz. 184, 276; act. 43/16; act. 43/99-100). Dies ist deshalb relevant, weil der Einwand der Grobfährlässigkeit, der zulässig ist, wenn die Bankkorrespondenz banklagernd aufbewahrt wird, nicht anwendbar ist, wenn die Zustellung tatsächlich an die Kontoinhaberschaft erfolgt (Urteil des BGer 4A_161/2020 vom 6. Juli 2020 E. 5.4.2). Allerdings macht die Beklagte nicht geltend, E._____ systematisch Belastungsanzeigen und Kontoauszüge geschickt zu haben. Vielmehr anerkennt sie grundsätzlich, dass die Korrespondenz banklagernd erfolgte (vorne E. 2.2), und behauptet nur, diese "auf Wunsch" zugestellt zu haben (act. 42 Rz. 184). Dass die Zustellung nicht systematisch erfolge, ergibt sich auch aus dem referenzierten Telefonat: G._____ erkundigte sich nämlich nach der Art der Zustellung woraufhin sie E._____ aufforderte, ihm die Informationen "so wie früher" zu senden (act. 43/99 S. 7). Die Beklagte macht nicht geltend, spezifisch die hier interessierende Überweisung vom 7. September 2016 sei aus Dokumenten ersichtlich gewesen, die sie E._____ zugestellt habe. Daher ist davon auszugehen, dass die hier interessierende Überweisung lediglich aus der banklagernden Korrespondenz ersichtlich war.

7.3.4. Zwischenfazit: Die Beklagte weist *nicht* nach, dass sie die Überweisung vom 7. September 2016 gestützt auf eine gehörige, von E._____ erteilte Instruktion ausführte. Sie kann sich auch nicht auf die Risikotransferklausel und die Zustellungs- und Genehmigungsfiktion berufen.

7.4. Dritter Prüfschritt: Schadenersatzanspruch der Beklagten gegen die Klägerin (beklagtischer Eventualstandpunkt)

Da der Fehlbetrag von der Beklagten zu tragen ist, muss gemäss dem bundesgerichtlichen Prüfschema in einem dritten Schritt geprüft werden, ob die Beklagte der Klägerin einen Schadenersatzanspruch entgegenhalten kann.

7.4.1. Rechtliches

Die Bank, die durch Ausführung einer Zahlung einen Schaden erleidet, kann von der Kundschaft Schadenersatz verlangen, wenn diese schuldhaft dazu beigetragen hat, den Schaden zu verursachen oder zu vergrössern (BGE 146 III 387 E. 6.1; BGE 146 III 121 E. 5.1; Urteile des BGer 4A_539/2021 vom 21. Februar 2023 E. 7.1; 4A_119/2018 vom 7. Januar 2019 E. 3.1, 5.2; 4A_386/2016 vom 5. Dezember 2016 E. 4.2; siehe auch BGE 111 II 263 E. 1c). Es handelt sich um einen auf Art. 97 Abs. 1 OR gestützten Haftungsanspruch der Bank, den diese mit dem Rückzahlungsanspruch ihrer Kundschaft verrechnet (BGE 146 III 387 E. 6.1; BGE 146 III 121 E. 5.1; Urteile des BGer 4A_539/2021 vom 21. Februar 2023 E. 7.1; 4A_119/2018 vom 7. Januar 2019 E. 5.2).

Die Haftung nach Art. 97 Abs. 1 OR unterliegt vier Voraussetzungen: Erstens bedingt sie, dass die Bankkundschaft ihre vertraglichen Pflichten verletzt, etwa indem sie die Bank zur unrechtmässigen Überweisung veranlasst oder eine Verschlimmerung des Schadens bewirkt. Insbesondere trägt sie zur Verschlimmerung des Schadens bei, wenn sie irreguläre oder unbegründete Buchungen, die sie bei Konsultation der Kontoauszüge hätte bemerken können oder müssen, nicht beanstandet oder die banklagernde Korrespondenz nicht überprüft. Denn die Kundschaft trifft eine aus Treu und Glauben abgeleitete Sorgfaltspflicht, die an sie gerichtete banklagernde Korrespondenz zur Kenntnis zu nehmen, um gegebenenfalls Buchungen, die ihr unregelmässig oder unbegründet erscheinen, zu beanstanden und so eine Verschlimmerung des Schadens zu verhindern (Urteil des BGer 4A_119/2018 vom 7. Januar 2019 E. 6.2; siehe auch BGE 146 III 121 E. 5.1; Urteil des BGer 4A_539/2021 vom 21. Februar 2023 E. 7.1.1, 7.3.1). Zweitens bedingt die Haftung einen Schaden. Dieser entspricht dem Betrag, den die Bank – ein zweites Mal – an die Kundschaft bezahlen muss. Drittens muss die Vertragsverletzung den Schaden verursachen oder verschlimmern (Kausalität). Viertens muss die Kundschaft schuldhaft gehandelt haben, was zu vermuten ist, wenn die anderen Voraussetzungen erfüllt sind. Im Übrigen trägt die Bank die Beweislast (zum Ganzen BGE 146 III 387 E. 6.2; BGE 146 III 121 E. 5.1; Urteile des BGer 4A_539/2021 vom 21. Februar 2023 E. 7.1.1; 4A_119/2018 vom 7. Januar 2019 E. 5.2).

Ein allfälliges Verschulden der geschädigten Person (d.h. der Bank) kann zu einer Minderung der Entschädigung führen (Art. 99 Abs. 3 i.V.m. Art. 44 Abs. 1 OR). Ein solches Verschulden ist anzunehmen, wenn die geschädigte Person durch ihr Verhalten in wesentlichem Masse zur Entstehung oder Vergrösserung des Schadens beigetragen hat (BGE 146 III 387 E. 6.3.2; Urteile des BGer 4A_539/2021 vom 21. Februar 2023 E. 7.1.3; 4A_124/2007 vom 23. November 2007 E. 5.4.1). Bei der Beurteilung des Schadenersatzanspruchs der Bank ist ihr Verschulden und dasjenige ihrer Hilfspersonen (Art. 101 OR) gegen dasjenige der Bankkundschaft abzuwägen (BGE 146 III 387 E. 6.3.2; Urteil des BGer 4A_539/2021 vom 21. Februar 2023 E. 7.1.3).

7.4.2. Würdigung

Die Klägerin war aufgrund ihrer Sorgfaltspflicht gegenüber der Beklagten sowie gemäss der Konkretisierung in Ziff. 12 der General Business Conditions Edition 04/2013 verpflichtet, die banklagernde Korrespondenz zu kontrollieren, um allfällige Beanstandungen innert Monatsfrist vorbringen zu können (act. 42 Rz. 371; siehe auch act. 13 Rz. 301, 303). Die Klägerin konsultierte bis 2018 weder die banklagernde Korrespondenz noch brachte sie Beanstandungen an. Daher liegt eine Vertragsverletzung vor. Hingegen hat die von der Beklagten ebenfalls angeführte unterlassene Mitteilung betreffend den Gesundheitszustand von E._____ (act. 13 Rz. 298 f., 301, 303; act. 42 Rz. 372) keine Bedeutung. Denn seine Handlungsunfähigkeit ist nicht erstellt und hatte keinen Einfluss auf den Schaden.

Mit ihrem Begehren, die Klage insgesamt abzuweisen, macht die Beklagte eine Forderung geltend, die derjenigen der Klägerin entspricht (act. 13 Rz. 296; siehe Urteil des BGer 4A_539/2021 vom 21. Februar 2023 E. 7.2.1). Ihr entsteht insoweit ein Schaden, als die vorliegende Klage gutzuheissen ist und sie dadurch den betreffenden Betrag doppelt bezahlen muss.

Zum Kausalzusammenhang macht die Beklagte geltend, dass, wenn die Klägerin ihre Prüf- und Beanstandungspflichten bereits nach der ersten beanstandeten Überweisung im Januar 2015 erfüllt und diese Zahlung beanstandet hätte, sämtliche weiteren Zahlungen hätten vermieden werden können (act. 42 Rz. 218, 371).

Tatsächlich ist in Anwendung des Beweismasses der überwiegenden Wahrscheinlichkeit (statt vieler Urteil des BGer 4A_87/2019 vom 2. September 2019 E. 4.1.3; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, a.a.O., Rz. 19.01a) angesichts der Vorbringen der Klägerin im vorliegenden Verfahren davon auszugehen, dass sie, wenn sie von der besagten Überweisung Kenntnis genommen hätte, diese beanstandet hätte. Dies gilt angesichts des hohen Betrags der Überweisung ungeachtet dessen, dass die Belastungsanzeige vom 12. Januar 2015 F._____ nicht namentlich als Überweisungsempfängerin auswies. Zwar hat sich im vorliegenden Verfahren ergeben, dass die Überweisung vom 12. Januar 2015 gestützt auf eine gehörige Instruktion von E._____ erfolgte. Nichtsdestotrotz ist mit überwiegender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass die Beanstandung die Beklagte dazu gebracht hätte, künftige Überweisungen nur mit erhöhter Vorsicht und unter genauer Dokumentation einer Instruktion von E._____ auszuführen. Insofern ist die Unterlassung der Klägerin adäquat kausal für den Schaden, den die Beklagte durch die Überweisung vom 7. September 2016 erleidet.

In einem nächsten Schritt ist das Verschulden der Klägerin gegen dasjenige der Beklagten abzuwägen (siehe Urteil des BGer 4A_539/2021 vom 21. Februar 2023 E. 7.3.4). Dasjenige der Klägerin ist als leicht zu gewichten. Zwar bleibt es dabei, dass die Klägerin ungeachtet eines Anlasses verpflichtet war, die banklagernden Dokumente zu prüfen. Jedoch ist im Rahmen der Bewertung ihres Verschuldens zu berücksichtigen, dass sie keine Anhaltspunkte für Überweisungen von teils grossen Beträgen vom Konto hatte und mit solchen nicht ernsthaft zu rechnen hatte (siehe Urteil des Handelsgerichts ZH vom 26. November 1997, ZR 97/1998 Nr. 90, E. III.E.5). Das Fehlen eines Anlasses zur Konsultation der banklagernden Korrespondenz lässt also immerhin das Versäumnis der Klägerin als weniger schwerwiegend erscheinen. Insbesondere ist das Verschulden der Klägerin geringer zu gewichten als dasjenige des Kunden im von der Beklagten referenzierten (act. 42 Rz. 375) bundesgerichtlichen Urteil, der die Vermögensübersicht, deren Fälschung er leicht hätte feststellen können, per E-Mail zugesandt erhalten hatte (Urteil des BGer 4A_539/2021 vom 21. Februar 2023, E. 6.1.1, 7.3.4). Ihr Verschulden beschränkte sich letztlich darauf, dass sie sich in der Annahme, dass keine relevanten Überweisungen vom Gemeinschaftskonto erfolgten, nicht darum bemühte, eben-

diese Annahme regelmässig durch Konsultation der banklagernden Dokumente zu verifizieren. Darin liegt eine nur geringe Abweichung von der üblichen Sorgfalt bzw. ein Fehler, der praktisch jeder Person unterlaufen könnte (SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, a.a.O., Rz. 22.22). Dem gegenüber steht die grobe Fahrlässigkeit der Beklagten (vorne E. 7.3.2). Letztere überwiegt deutlich, weshalb sich eine Herabsetzung der klägerischen Forderung um einen Drittel des Betrags der Überweisung vom 7. September 2016 rechtfertigt (vgl. Urteil des Handelsgerichts ZH vom 26. November 1997, ZR 97/1998 Nr. 90, E. III.E.5).

7.5. Fazit

Die Klägerin hat einen Erfüllungsanspruch hinsichtlich der Überweisung vom 7. September 2016. Dieser ist aufgrund der verrechnungsweise geltend gemachten Schadenersatzforderung der Beklagten um einen Drittel zu reduzieren. Für die vorliegende Teilklage über USD 500'000.– bedeutet dies, dass der Erfüllungsanspruch der Klägerin im Betrag von USD 333'333.– gutzuheissen ist. In diesem Umfang ist das klägerische Rechtsbegehren hinsichtlich des sechsten Spiegelstrichs gutzuheissen. Im restlichen Umfang ist es abzuweisen.

8. Kontosaldierung und Überweisung von EUR 856'331.72 und USD 147'289.51 am 28. Oktober 2016

8.1. Sachverhalt

8.1.1. Am 19. Mai 2016 fand ein Telefonat mit unter anderem folgendem Austausch statt (dazu schon vorne E. 6.1.3; act. 48 Rz. 78 ff.; act. 43/16; act. 43/62-63):

[...]

G._____ Ich habe mit H._____ gesprochen.

E._____ Aha.

G._____ Okay?

E._____ Ja.

G._____ Und er hat mir auch erzählt, dass er lange mit dir geredet hat.

E._____ Aha.

G._____ Und ich finde es gut, was er gesagt hat.

E._____ Aha.

G._____ Und mit dem, was wir tun werden, scheint es mir auch, dass wir in die richtige Richtung gehen. Das heisst, du unterschreibst die Dokumente für die Eröffnung eines neuen Kontos, das nur auf deinen Namen lautet und für das du sowohl F'._____ als auch A._____ die Vollmacht erteilst.

- E._____ Aha.
G._____ Denn so hat A._____ nicht das Gefühl, dass sie nichts mehr zu sagen hat, verstehst du?
- E._____ In Ordnung.
G._____ Okay? Also werde ich dies vorbereiten. Ich bin genau in diesem Moment dabei, diese Dokumente vorzubereiten, um sie ihm zu schicken, damit er sie für euch ausdrucken kann, denn es sind doch einige. Denn wir müssen auch die Dokumente im Safe an ihn weiterleiten. Du hast hier einen Safe, richtig? Also die aus dem Safe und alle anderen. Einige Dokumente müssen unterschrieben werden, aber das Konto würde nur auf deinen Namen laufen.
- E._____ In Ordnung.
G._____ Mit der Adresse in Spanien und so weiter.
E._____ In Ordnung.
G._____ Und beide werden mit einer Einzelvollmacht ermächtigt. Also, wenn dir etwas passiert und F'._____ braucht...
- E._____ Geld.
G._____ Geld. Kann sie dieses beziehen.
E._____ In Ordnung.
G._____ Okay? Ich denke, so ist F'._____ unbesorgter, und für dich ist es auch gut, und A._____ bleibt auch berechtigt, sie wird also nicht ausgeschlossen. Okay? [Unverständlich] Die andere Sache, die offen geblieben ist und bei der ich wissen muss, was du tun willst, ist... Wir sprachen über das Konto, das du mit A._____ hast, richtig?
- [von der Beklagten geschwärtzter Gesprächsteil]
G._____ Nun, aber es ist, wie es ist, oder? Und ich denke, jetzt ist der Moment, weisst du, wo du das in Ordnung bringen kannst. Es scheint ein Problem zu sein, aber letztlich ist es kein Problem. Danach ist alles klar und es wird möglich sein, ... Weisst du, das Wichtigste ist, dass du das benutzen kannst, oder?
- E._____ Ja.
G._____ Und wenn du die Dinge nicht in Ordnung bringst, kannst du sie am Ende nicht nutzen.
- E._____ Ja.
G._____ Und das ist ja nicht der Grund, warum du das beiseitegelegt hast, oder?
E._____ Perfekt.
G._____ Okay?
E._____ Das ist gut so.
G._____ In Ordnung?
E._____ Das ist gut so.
G._____ Weisst du, damit man sich gut um dich kümmert, dafür ist es.
[...]

8.1.2. Im Juli 2016 eröffnete die Beklagte gestützt auf – zumindest scheinbar – von E._____ unterzeichnete Kontoeröffnungsunterlagen ein neues, nur auf ihn lautendes Konto Nr. 3. F._____, nicht aber der Klägerin, wurde eine Vollmacht (Einzelzeichnungsberechtigung) eingeräumt (act. 42 Rz. 146; act. 48 Rz. 81, 122; act. 43/90 Couvert B).

8.1.3. Es existiert eine vom 31. Juli 2016 datierende, computergeschriebene, der Instruktion vom 18. Mai 2016 gleichende und – zumindest scheinbar – von E. _____ eigenhändig unterzeichnete Saldierungsinstruktion, die die Beklagte im Original ins Recht gelegt hat (act. 1 Rz. 165; act. 13 Rz. 42; act. 3/64 [Kopie]; act. 43/97 [Original]). Darin wird die Beklagte instruiert, das Konto Nr. 1 (d.h. das Gemeinschaftskonto) zu schliessen und die Positionen und Salden auf das Konto Nr. 3 (d.h. das neue Konto von E. _____ bei der Beklagten) zu übertragen. Sie trägt einen visierten Unterschrift-geprüft-Stempel. Sodann trägt sie eine handschriftliche Anmerkung von G. _____ (act. 42 Rz. 124):

"Proceed with closing
confirmed by phone 26/10/2016 time 13:25"

8.1.4. Die Kontoschliessung erfolgte vorerst nicht (act. 1 Rz. 170; act. 13 Rz. 43; act. 42 Rz. 120).

8.1.5. Am 26. Oktober 2016 fand ein Telefonat statt. G. _____ sprach zunächst mit F. _____ und sodann mit E. _____. Mit Letzterem fand folgender Austausch statt (act. 42 Rz. 121; act. 48 Rz. 75; act. 43/68-69; act. 58/3):

[...]

G. _____ Ich rufe an, weil ich hier die unterzeichnete Überweisung von einem Konto auf ein neues Konto auf deinen Namen habe.

E. _____ Aha.

G. _____ Für das auch F'. _____ eine Vollmacht hat.

E. _____ Ja.

G. _____ Und ich würde das gerne weiterbearbeiten. Wir haben nur gewartet, bis du die Spenden tätigst, die du gemacht hast.

E. _____ Aha.

G. _____ Aber da nun alles erledigt ist, denke ich, dass wir weitermachen und das Konto schliessen können.

E. _____ Aha.

G. _____ Richtig?

E. _____ Wie viel ist auf dem Konto?

G. _____ Ich sage dir, wie viel es ist. Wir haben 6,1.

E. _____ Sechs Millionen?

G. _____ Ja.

E. _____ Okay, gut.

[...]

G._____ verfasste folgende CRM-Notiz (act. 1 Rz. 197; act. 13 Rz. 44; act. 24 Rz. 44; act. 42 Rz. 124; act. 3/10 S. 1):

"As per phone with client we should sell the 32 units of CS MMF EUR. He also gave his go ahead for the closure and internal transfer of the assets to his new account."

8.1.6. Am 28. Oktober 2016 (Belastungsanzeigen) saldierte die Beklagte die USD- bzw. EUR-Gemeinschaftskonten. EUR 856'331.72 und USD 147'289.51 wurden auf das Konto Nr. 3 bei der Beklagten überwiesen. In den Belastungsanzeigen wurde E._____ als Begünstigter ausgewiesen (act. 1 Rz. 200; act. 13 Rz. 45, 226; act. 42 Rz. 122 f.; act. 3/74-75).

8.2. Streitpunkte

8.2.1. Die Klägerin macht im Hauptstandpunkt geltend, die Beklagte habe die Kontosaldierung ohne gehörige Instruktion getätigt (act. 1 Rz. 198, 251). Zunächst habe die Beklagte sie, die Klägerin, nicht über die Saldierung informiert und es unterlassen, ihr Einverständnis einzuholen. Dieses sei aber zur Beendigung der Kontobeziehung nötig gewesen (act. 1 Rz. 38, 202, 235, 237, 251, 265; act. 24 Rz. 53, 57). Sodann sei die Unterschrift von E._____ auf der Instruktion vom 31. Juli 2016 gefälscht (act. 1 Rz. 166 f., 198, 251; act. 24 Rz. 180). Weiter werde bestritten, dass G._____ nach Erhalt dieser Instruktion E._____ kontaktiert habe, woraufhin dieser sie zum Zuwarten mit der Kontosaldierung aufgefordert habe (act. 1 Rz. 251; act. 24 Rz. 44). Eventualiter sei E._____ urteils- und daher handlungsunfähig gewesen. Aus dem Inhalt der Telefonate ergebe sich, dass er die Ausführungen nicht habe nachvollziehen, die Tragweite der Kontosaldierung und Überweisung auf ein anderes Konto nicht habe erfassen und sich anlässlich des zweiten Telefonats nicht an die rund drei Monate früher erstellte Instruktion habe erinnern können (act. 1 Rz. 168 f., 201; act. 48 Rz. 75 ff.). Sub-eventualiter sei er einem durch Täuschung hervorgerufenen Erklärungsirrtum unterlegen (act. 1 Rz. 274 ff.; act. 24 Rz. 186). Denn wegen einer Sehschwäche habe er die Instruktion nicht entziffern können. Diese sei ihm zur Unterzeichnung untergeschoben worden (act. 1 Rz. 167).

8.2.2. Die Beklagte stützt sich auf das Original der schriftlichen Instruktion vom 31. Juli 2016 in Verbindung mit dem Telefonat vom 26. Oktober 2016 (act. 42 Rz. 94). Zunächst sei E._____ berechtigt gewesen, das Gemeinschaftskonto ohne Zustimmung der Klägerin zu schliessen (act. 13 Rz. 20 f., 79, 202, 228, 250, 259; act. 42 Rz. 124, 220, 320, 324). Sodann stamme die Instruktion von E._____ und sei nicht gefälscht (act. 13 Rz. 200). Unmittelbar nach Erteilung der Instruktion vom 31. Juli 2016 habe E._____ sie per Mobiltelefon angewiesen, mit der Saldierung noch zuzuwarten (act. 13 Rz. 43, 203, 259; act. 42 Rz. 120). Nachdem G._____ ihn am Telefonat vom 26. Oktober 2016 informiert habe, dass das Konto nun geschlossen werden könne, habe er dies bestätigt (act. 42 Rz. 121). Zudem habe sie die Belastungsanzeige wie vertraglich vereinbart banklagernd zugestellt und die Klägerin habe diese nie beanstandet und damit genehmigt (act. 13 Rz. 271; act. 42 Rz. 353 ff.). Im Übrigen hätten für sie keinerlei Verdachtsgründe bestanden, zumal die Saldierung zugunsten eines anderen auf E._____ lautenden Kontos bei ihr erfolgt sei (act. 42 Rz. 124). Mangels eines grobfahrlässigen Handelns könne sie sich, sollte ihr der Nachweis einer gehörigen Instruktion durch E._____ misslingen, auf die Risikotransferklausel sowie die Zustellungs- und Genehmigungsfiktion berufen (act. 42 Rz. 52, 341, 358, 360, 369). Weiter sei E._____ zwar körperlich beeinträchtigt gewesen und habe situativ leichte kognitive Einschränkungen verzeichnet. Dies bedeute aber nicht, dass er die Tragweite der Saldierung nicht habe erfassen können (act. 13 Rz. 51, 182, 283). Jedenfalls habe sie eine angebliche Urteilsunfähigkeit nicht erkennen können (act. 13 Rz. 53, 264; act. 42 Rz. 330). Schliesslich sei die angebliche Sehschwäche von E._____ unbelegt und bestritten und wäre nur er berechtigt gewesen, einen allfälligen Willensmangel geltend zu machen (act. 13 Rz. 180; act. 42 Rz. 378).

8.3. Fehlen einer Instruktion der Bankkundschaft (Hauptstandpunkt) – Würdigung

8.3.1. Gemäss Ziff. 3 der Terms and Conditions to the Business Relationship waren sowohl E._____ als auch die Klägerin alleine und unbeschränkt berechtigt, über das Kontoguthaben zu verfügen und das Konto zu schliessen. Der von der Klägerin referenzierte (act. 1 Rz. 235) BGE 101 II 117 drückt nur einen Grundsatz aus. Von

diesem kann durch Vereinbarung abgewichen werden (siehe GUGGENHEIM/GUGGENHEIM, a.a.O., Rz. 1710; so auch die Klägerin in act. 24 Rz. 170 f.). Mithin war E. _____ zur Erteilung der Saldierungsinstruktion bzw. zur dadurch bewirkten Abdisposition des Kontovermögens und Kontoschliessung befugt. Auch für eine Pflicht der Beklagten, die Klägerin über die Saldierung zu informieren, bestand keine Grundlage. Sodann entsprach eine Instruktionserteilung per schriftlicher (d.h. unterzeichneter) Instruktion grundsätzlich der Vereinbarung. Mithin war die Saldierungsinstruktion vom 31. Juli 2016 eine taugliche Grundlage für die Überweisungen, sofern sie von E. _____ stammte.

Nicht überzeugend ist zunächst der Einwand der Klägerin, die Beklagte habe sich im Oktober 2016 nicht mehr auf die Saldierungsinstruktion vom 31. Juli 2016 stützen dürfen (act. 48 Rz. 77). Denn die nach dem Vertrauensprinzip auszulegende Saldierungsinstruktion enthält keine Terminierung. Vielmehr zeigt der fehlende Widerspruch von E. _____ auf den Vorschlag anlässlich des Telefonats vom 26. Oktober 2016, das Konto nun zu schliessen, gerade das Gegenteil.

Die Klägerin verweist bei ihrer Bestreitung der Echtheit der Unterschrift auf der Saldierungsinstruktion im Wesentlichen auf einen Vergleich zur Unterschrift auf dem Kontoeröffnungsformular und das von ihr eingereichte Privatgutachten K. _____ (act. 1 Rz. 166). Darüber hinaus bestreitet sie mit Verweis auf den Bericht von Dr. R. _____ vom 16. Dezember 2015, wonach E. _____ den Computer nicht mehr benutze (act. 3/49 S. 2), dass dieser die Instruktion selbst verfasst habe (act. 24 Rz. 134). Ein "Von-blossem-Auge"-Vergleich der Unterschrift mit derjenigen auf dem Kontoeröffnungsformular (act. 3/3 S. 5) zeigt zwar ein ähnliches Gesamtbild, macht aber auch klar, dass sich die Unterschrift in ihren Einzelheiten stark von der früheren Unterschrift unterscheidet (vereinfachter Schriftzug, Unleserlichkeit des Nachnamens, Abstand zwischen Vor- und Nachname sowie Unterbruch innerhalb des Nachnamens; act. 1 Rz. 143, 248). Das Privatgutachten kommt zum Schluss, dass es sich um eine Fälschung handeln könnte (act. 1 Rz. 166; act. 3/27 S. 27). Damit bestreitet die Klägerin die Echtheit der Unterschrift genügend substantiiert, sodass die Beklagte, die sich auf deren Echtheit beruft, den Echtheitsbeweis antreten muss.

Die Beklagte macht geltend, das im Vergleich zur Unterschrift auf dem Kontoeröffnungsformular abweichende Schriftbild der Unterschrift auf der Saldierungsinstruktion könne durch die körperliche Verfassung von E._____ bzw. eine Veränderung der Unterschrift mit zunehmendem Alter erklärt werden (act. 13 Rz. 200 i.V.m. 188, 268, 286; act. 42 Rz. 203, 349). Sodann nimmt sie Bezug auf das Privatgutachten L._____, führt aber zugleich aus, die Unterschrift sei nicht Teil des Gutachtensauftrags gewesen, weshalb dieses keine Aussagen hierzu enthalte (act. 42 Rz. 173). Ferner macht sie geltend, dass die Unterschrift denjenigen auf dem Schenkungsvertrag und der Instruktion vom 18. Mai 2016 entspreche (act. 13 Rz. 200) und denjenigen auf dem Dokument "Riesgos especiales en bonos de riesgo/«Non-Investment Grade Bonds»" aus den Eröffnungsunterlagen zum Konto Nr. 3 (act. 43/90 Couvert B) ähnlich sehe (act. 42 Rz. 173), sich zahlreiche Unterschriften von E._____ ab dem Jahr 2016 ebenfalls in drei Abschnitte unterteilen liessen (act. 42 Rz. 174) und auch bei anderen Unterschriften ab Mai 2016 das Mittelband der Unterschrift kaum leserlich und klein sei (act. 42 Rz. 175). Dem ist entgegenzuhalten, dass der Gutachter L._____ auf der dem Privatgutachten beigelegten Bildtafel auf der hier interessierenden Unterschrift gerade keine ähnlichen Stellen markiert hat (act. 43/93 S. 4 Unterschrift A 10; act. 42 Rz. 162, 174). Sodann ist die Echtheit der Unterschriften auf dem Schenkungsvertrag und der Instruktion vom 18. Mai 2016 nicht erstellt. Die Behauptungen der Beklagten lassen sich daher mit dem Privatgutachten L._____ bzw. mit ihrem Unterschriftenvergleich nicht substantiieren.

Sodann beantragen sowohl die Beklagte (act. 42 Rz. 182) als auch die Klägerin (act. 1 Rz. 166) die Erstellung eines gerichtlichen Gutachtens über die Echtheit der Unterschrift auf der Saldierungsinstruktion. Zudem offeriert die Beklagte eine Zeugenbefragung von F._____ hinsichtlich ihrer Bestreitung der Fälschung des Saldierungsauftrags (act. 13 Rz. 200). Tatsachen müssen nicht nur streitig, sondern auch rechtserheblich sein, um Beweisgegenstand zu bilden (Art. 150 Abs. 1 ZPO). An der Rechtserheblichkeit fehlt es, wenn sich die zu beweisende Tatsache auf die Entscheidung nicht auswirkt. Vorliegend wäre dies der Fall, wenn sich die Beklagte erfolgreich auf die Risikotransferklausel oder die Zustellungs- und Genehmigungsfiktion berufen könnte. Denn diesfalls würde der Klägerin selbst dann kein Erfül-

lungsanspruch zustehen, wenn sich die Saldierungsinstruktion als gefälscht erweisen sollte. Deshalb ist vorab darauf einzugehen.

8.3.2. Gemäss der Risikotransferklausel in Ziff. 2 der General Business Conditions Edition 04/2013 trägt die Klägerin den Schaden einer allfälligen Fälschung. Ihr steht aber der Nachweis offen, dass die Beklagte grobfahrlässig gehandelt hat.

Zunächst zeigt der Prüfungsvermerk auf der Saldierungsinstruktion, dass neben G._____ zumindest ein beklagtischer Mitarbeiter diese prüfte (act. 42 Rz. 125, 211). Wie bereits gesagt, zeigt allerdings ein "Von-blossem-Auge"-Vergleich, dass sich die Unterschrift in ihren Einzelheiten stark von derjenigen auf dem Kontoeröffnungsformular unterscheidet. Weiter ist die Instruktion computergeschrieben, weshalb die Beklagte damit rechnen musste, dass die Instruktion von einer anderen Person aufgesetzt worden sein könnte (act. 1 Rz. 180). Weiter war die Tragweite der Instruktion insofern besonders, als dadurch einerseits die Klägerin den Zugriff auf das Kontovermögen verlor und andererseits F._____ (über die Vollmacht) Zugriff auf dieses erlangte (act. 1 Rz. 169; act. 48 Rz. 81).

Vor diesem Hintergrund oblag der Beklagten eine erhöhte Prüfbliedenheit und hätte es nicht genügt, einzig auf die Saldierungsinstruktion abzustellen. Allerdings ist ihr ganzer damaliger Wissensstand massgeblich. Zunächst liessen sich wiederum die Abweichungen bei der Unterschrift mit der körperlichen Verfassung von E._____ erklären (act. 13 Rz. 188, 200, 268). Weiter hatte G._____ die Überführung auf ein neues Konto bereits am Telefonat mit E._____ vom 19. Mai 2016 angesprochen und hatte sie in der Folge gestützt auf – zumindest scheinbar – von ihm unterzeichnete Kontoeröffnungsunterlagen das neue Konto eröffnet. Die Instruktion zur Saldierung des Gemeinschaftskontos und Überweisung auf dieses neue Konto war damit im Einklang.

Vor allem kam die Beklagte ihrer Sorgfaltspflicht dadurch nach, dass sie am 26. Oktober 2016 mit E._____ telefonierte. Anlässlich des Telefonats nahm G._____ Bezug auf die "unterzeichnete Überweisung" auf das neue Konto, für das auch F._____ eine Vollmacht habe, teilte ihm mit, dass man weitermachen und das Konto schliessen könne, und nannte auf Rückfrage den Kontostand, was er mit

"Okay, gut" quittierte. Angesichts dieses Austauschs und mangels eines Widerspruchs durfte G._____ annehmen, dass ihm die Saldierung bekannt sei und er diese wolle, mithin die Saldierungsinstruktion tatsächlich von ihm stamme. Zwar trifft zu, dass die Antworten von E._____ knapp waren und keine Wahrnehmung der Saldierungsinstruktion erkennen liessen (act. 48 Rz. 75 f.). Allerdings lassen diese Antworten, gerade auch wegen ihrer Knappheit, auch nicht das Gegenteil erkennen. Vor allem aber ist bei einer handlungsfähigen Person – und die Handlungsfähigkeit von E._____ ist zu vermuten – davon auszugehen, dass sie nachgefragt hätte, wenn ihr die Instruktion unbekannt gewesen wäre. Ebendies gilt im Übrigen auch hinsichtlich des anlässlich des Telefonats vom 19. Mai 2016 Gesagten (act. 48 Rz. 78 ff.). Vor diesem Hintergrund ist das Verhalten von G._____ jedenfalls nicht als grobfahrlässig einzustufen.

Zusammengefasst erstellt die Klägerin nicht, dass die Beklagte grobfahrlässig gehandelt hätte. Daher kann diese sich auf die Risikotransferklausel berufen für den Fall, dass die Instruktion gefälscht sein sollte. Die Klägerin trägt den Schaden aus der Überweisung von USD 147'289.51 und EUR 856'331.72 am 28. Oktober 2016.

8.3.3. Zudem wären die Überweisungen gemäss der Zustellungs- und Genehmigungsfiktion in Ziff. 8 der Terms and Conditions to the Business Relationship bzw. Ziff. 12 der General Business Conditions Edition 04/2013 genehmigt worden:

Die Belastungsanzeigen wurden banklagernd aufbewahrt. Daher gelten sie gemäss Ziff. 8 der Terms and Conditions to the Business Relationship am auf ihnen aufgeführten Datum (28. Oktober 2016) als zugestellt. Es hätte E._____ und der Klägerin gemäss Ziff. 12 Abs. 2 der General Business Conditions Edition 04/2013 obliegen, die Überweisung innert eines Monats ab diesem Datum zu beanstanden, andernfalls sie diese genehmigten. Eine Beanstandung erfolgte nicht.

Hinsichtlich des Einwands, die Beklagte habe grobfahrlässig gehandelt und könne sich deshalb gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nach den Regeln des Rechtsmissbrauchs nicht auf die Zustellungs- und Genehmigungsfiktion berufen (act. 24 Rz. 191 ff.), ist auf das zur Risikotransferklausel Gesagte zu verweisen (vgl. zu diesem Gleichlauf Urteil des BGer 4A_386/2016 vom 5. Dezember 2016

E. 3.3 a.E.). Demnach ist der Beklagte keine einer absichtlichen Schädigung gleichzusetzende Nachlässigkeit vorzuwerfen, die die Anrufung der Zustellungs- und Genehmigungsfiktion als rechtmisbräuchlich erscheinen liesse.

Zu den Einwänden der Klägerin, ihr sei die Einsicht in die banklagernde Korrespondenz verweigert worden und es habe kein Anlass bestanden, die Belastungsanzeigen zu prüfen, siehe vorne (E. 5.3.2.2).

8.3.4. Zwischenfazit: Die Beklagte kann sich hinsichtlich der Überweisung vom 23. Mai 2016 auf die Risikotransferklausel sowie die Zustellungs- und Genehmigungsfiktion berufen. Dies gilt gerade bzw. auch, wenn sich die Saldierungsinstruktion als gefälscht erweisen würde. Damit kann die Frage der Echtheit der Saldierungsinstruktion offenbleiben. Zudem erübrigt sich eine Auseinandersetzung mit dem klägerischen Sub-Eventualvorbringen, dass, selbst wenn E. _____ die Instruktion unterschrieben hätte, ihm diese untergeschoben worden sei.

8.4. Handlungsunfähigkeit (Eventualstandpunkt) – Würdigung

Es gilt das unter E. 5.4 Gesagte. Auch hier gilt, dass es der beweisbelasteten Klägerin nicht gelingt, die Vermutung der natürlichen Handlungsfähigkeit zu widerlegen. Etwas anderes folgt auch nicht aus den Telefonaten vom 19. Mai und 26. Oktober 2016 (vgl. act. 48 Rz. 75, 78, 79, 80). Zwar sind die Antworten von E. _____ mehrheitlich knapp und lassen keine tiefere Kenntnis der Instruktion bzw. der Bedeutung der Saldierung erkennen. Gerade wegen der Knappheit lassen sie aber auch keine handfesten Schlüsse auf eine Einschränkung der Willensbildungs- und -umsetzungsfähigkeit zu.

8.5. Fazit

Die Klägerin hat keinen Erfüllungsanspruch hinsichtlich der Überweisungen vom 28. Oktober 2016. Das klägerische Rechtsbegehren ist hinsichtlich der Spiegelstriche sieben und zwölf abzuweisen.

9. Vertraglicher Schadenersatzanspruch der Klägerin

9.1. Parteistandpunkte

9.1.1. Die Klägerin macht eventualiter statt einem Erfüllungsanspruch einen auf Art. 97 Abs. 1 i.V.m. Art. 398 Abs. 2 OR gestützten Schadenersatzanspruch gegen die Beklagte geltend. Die getätigten Überweisungen seien nicht im Interesse von E._____ und ihr, der Klägern, erfolgt. Denn dieses sei auf den Vermögenserhalt zugunsten der leiblichen Familie gerichtet gewesen. Stattdessen habe F._____ den Gesundheitszustand von E._____ ausgenutzt, um sich zu bereichern. Angesichts der Umstände rund um die Instruktion zur Überweisung vom 12. Januar 2015 sei die Beklagte bereits dannzumal zu weiteren Abklärungen, etwa zur Nachfrage bei ihr, der Klägerin, verpflichtet gewesen. Indem sie die Instruktionen ohne weiteres Hinterfragen ausgeführt habe, habe sie die ihr nach Art. 398 Abs. 2 OR obliegende Pflicht zur Übung denkenden Gehorsams und zur Wahrung der Interessen von E._____ und ihr, der Klägerin, verletzt (act. 24 Rz. 199 ff.; siehe auch zu einzelnen Überweisungen act. 1 Rz. 84, 142, 149, 177, 185; act. 24 Rz. 47; act. 48 Rz. 63 f., 69).

9.1.2. Die Beklagte bestreitet eine Sorgfaltspflichtsverletzung. Sie habe keine Veranlassung oder Pflicht gehabt, die Klägerin zu kontaktieren. Denn bei einem Oder-Konto sei jeder Inhaber befugt, über das Kontoguthaben zu verfügen. Deshalb habe die Klägerin die Verfügungen von E._____ nicht genehmigen können oder müssen. Was weitere Abklärungen bei E._____ betreffe, seien die Instruktionen und Bestätigungen bereits von ihm gekommen. Die Überweisung vom 12. Januar 2015 habe er telefonisch angekündigt und die Begünstigten seien ihr als langjährige Lebenspartnerin von E._____ bzw. deren Nachkommen bekannt gewesen (act. 42 Rz. 379 f.).

9.2. Rechtliches

Aufgrund der auftragsrechtlichen Treuepflicht (Art. 398 Abs. 2 OR) hat die Auftragnehmerin die Interessen des Auftraggebers umfassend zu wahren und deshalb alles zu unterlassen, was diesem Schaden zufügen könnte. Ausfluss der Treuepflicht ist insbesondere, dass die Auftragnehmerin den Auftraggeber beraten und infor-

mieren muss. Sie ist an dessen Weisungen gebunden und hat diese grundsätzlich zu befolgen. Verlangt ist denkender Gehorsam. Demnach muss die Auftragnehmerin darauf achten, ob die Weisungen Sinn ergeben, und den Auftraggeber darauf aufmerksam machen und seine Stellungnahme einholen, wenn eine Weisung unklar oder unzweckmässig erscheint oder sich nicht mit früheren Weisungen verträgt (BGE 108 II 197 E. 2a; BK-FELLMANN, Art. 397 OR N 101, 103; BSK OR I-OSER/WEBER, Art. 397 N 8). Erhält sie Anweisungen, die seinen Interessen zuwiderlaufen, hat sie abzuraten (BGE 115 II 62 E. 3a; BGE 108 II 197 E. 2a). Hält der Auftraggeber trotz Abmahnung an der Weisung fest, bleibt diese verbindlich. Mithin befreit die Abmahnung die Auftragnehmerin nicht von der Pflicht, die Weisung zu befolgen (BK-FELLMANN, Art. 397 OR N 116; BSK OR I-OSER/WEBER, Art. 397 N 8).

Im Rahmen einer Konto-/Depotbeziehung ist die Bank nicht zur generellen Interessenwahrung verpflichtet (Urteil des BGer 4A_593/2015 vom 13. Dezember 2016 E. 7.1.4: "Dans le contrat de simple compte/dépôt bancaire (execution only), la banque s'engage uniquement à exécuter les instructions ponctuelles d'investissement du client, sans être tenue de veiller à la sauvegarde générale des intérêts de celui-ci."). Erhält die Bank eine Instruktion für eine Überweisung, besteht ihre hauptsächliche Pflicht darin, diese auszuführen, wobei sie mit der erforderlichen Sorgfalt vorzugehen hat. Für eine allfällige Nicht- oder schlechte Ausführung haftet sie der Kundschaft (BIGLER, a.a.O., 25 ff.; BUIS, a.a.O., 56; LOMBARDINI, a.a.O., Kap. XVII Rz. 36). Insbesondere muss die Bank die Legitimation der die Instruktion erteilenden Person prüfen (Legitimationsprüfung; BIGLER, a.a.O., 31). Zudem wird vertreten, dass Finanzdienstleister Instruktionen zumindest summarisch auf Mängel prüfen müssen (AGGTELEKY, Zivil- und aufsichtsrechtliche Verhaltenspflichten beim Execution-only-Geschäft, 2022, Rz. 671). Diese Prüfung kann eine Informationspflicht zur Folge haben, namentlich wenn dem Finanzdienstleister ins Auge sticht, dass die Risiken der betreffenden Transaktion nicht mit den Kenntnissen und der Erfahrung der Kundschaft vereinbar sind (AGGTELEKY, a.a.O., Rz. 672). Hingegen ist die Bank nicht verpflichtet, die Zahlungsgewohnheiten ihrer Kunden zu kennen und sämtliche Instruktionen auf einen plausiblen Rechtsgrund hin zu überprüfen (Urteil des BGer 4A_438/2007 vom 29. Januar 2008 E. 5.5; BIGLER, a.a.O., 34; BRACHER, a.a.O., 159; siehe auch BUIS, a.a.O., 58 f., nach dem sich

die Bank um das Valutaverhältnis nicht kümmern muss, da sie in die Absichten der überweisenden Person in aller Regel keinen hinreichenden Einblick habe).

9.3. Würdigung

Nach dem Gesagten war die Beklagte verpflichtet, die von E._____ erteilten Instruktionen sorgfältig auszuführen. Bei einer handlungsfähigen Person – und von der Handlungsfähigkeit von E._____ ist auszugehen – ist anzunehmen, dass sie ihre Interessen selbst definieren und entsprechend handeln kann. Daher durfte die Beklagte davon ausgehen, dass E._____ sich selbst Rechenschaft über die Gebotenheit der Überweisungen – die als solche keine besonderen Risiken beinhalteten – ablegen konnte und sie deren Zweckmäßigkeit nicht hinterfragen musste. Insbesondere durfte sie davon ausgehen, dass E._____ seine Interessen neu definieren konnte. Deshalb überzeugt nicht, wenn die Klägerin geltend macht, er habe in der Vergangenheit Einwände gegen eine finanzielle Begünstigung von F._____ erhoben (act. 48 Rz. 20, 44), und behauptet, sein Interesse sei im Vermögenserhalt zugunsten seiner leiblichen Familie gelegen (act. 1 Rz. 2, 35, 52, 276; act. 24 Rz. 7, 74, 202, 205). Was letzteren Punkt betrifft, verweist die Klägerin zwar auf eine Aktiennotiz der Beklagten, wonach das Vermögen für die Enkel von E._____ bestimmt gewesen sei (act. 48 Rz. 15; act. 43/15). Diese stammt allerdings vom November 2008 und damit lange vor der Zeit der hier interessierenden Überweisungen sowie vor dem Wohnsitzwechsel nach Spanien. Daher ist ohne Weiteres denkbar, dass sich die Interessen von E._____ zwischenzeitlich geändert hatten bzw. er verstärkt auch F._____ bzw. deren Nachkommen als Familie ansah (act. 13 Rz. 58, 265; act. 42 Rz. 74, 235, 242, 297). Hinzu kommt, dass die Begünstigung von F._____ mit einem Wunsch, sie abzusichern, erklärbar war (act. 13 Rz. 106, 132; act. 42 Rz. 194). Ebendieses Anliegen kam insbesondere beim Telefonat vom 5. Januar 2015 zum Ausdruck, lag also nachweislich der Überweisung vom 12. Januar 2015 zu Grunde (act. 42 Rz. 78). Vor diesem Hintergrund war die Begünstigung von F._____ aus Sicht der Beklagten nicht augenfällig interessenwidrig.

Mit ihren Ausführungen, die Kontobelastungen seien nicht im Interesse von E._____ erfolgt, setzt die Klägerin letztlich ihr eigenes Verständnis seiner Interessen an die Stelle des von ihm gebildeten Verständnisses. Auch bei einer Oder-

Kontobeziehung ist aber die Bank nicht verpflichtet, für die Wahrung der Interessen der übrigen, nicht verfügenden Kontoinhaberinnen besorgt zu sein (act. 13 Rz. 258; KLEINER, Girovertrag, 2. Aufl. 1964, 37: "Würde die Bank auch nur im Extremfall eine Pflicht treffen, Interessen eines Kontoinhabers zu wahren, die sich aus dem Innenverhältnis (der Kontoinhaber unter sich) allenfalls als berechtigt erweisen, würde Sinn und Zweck des compte joint illusorisch, ganz abgesehen davon, dass eine grosse Rechtsunsicherheit geschaffen würde."). Vielmehr durfte die Beklagte ihre (summarische) Prüfung der Instruktionen gestützt auf die Interessen von E._____, wie er sie ihr dannzumal vermittelte, vornehmen. Eine Verletzung von Art. 398 Abs. 2 OR ist zu verneinen.

Angemerkt sei schliesslich, dass die Klägerin aus der Verletzung der internen Weisung der Beklagten betreffend Entgegennahme und Weiterleitung von Kundenaufträgen durch G._____ keinen Schadenersatzanspruch ableiten kann. Denn diese war nicht Teil des Vertrags zwischen Klägerin und Beklagter, weshalb ein Verstoss auch keine Vertragsverletzung begründet.

9.4. Fazit

Die Klägerin hat mangels Vertragsverletzung keinen Schadenersatzanspruch. Eine Prüfung der übrigen Haftungsvoraussetzungen erübrigt sich.

10. Verzugszins

Die Klägerin beantragt eine Verzinsung zu 5% ab dem 20. Mai 2020. Die Höhe des Zinssatzes leitet sie zu Recht aus Art. 104 Abs. 1 OR ab. Den Beginn des Zinsenlaufs begründet sie damit, dass sie die Beklagte mit Schreiben vom 20. Mai 2020 gemahnt habe, als sie unmissverständlich die Erstattung des Kontoguthabens verlangt habe (act. 1 Rz. 281 f.; act. 3/88). Dies ist unbestritten geblieben. Allerdings ist zu beachten, dass der Zinsenlauf mit Verzugseintritt beginnt, wobei Art. 77 Abs. 1 Ziff. 1 OR analog gilt, weshalb Verzugszins ab dem auf den Verfalltag folgenden Tag geschuldet ist (Urteil des Handelsgerichts ZH HG100193 vom 27. November 2015 E. 4.6). Daher beginnt der Zinsenlauf bei einer Mahnung ab dem Tag

nach ihrem Eintreffen (BSK OR I-WIDMER LÜCHINGER/WIEGAND, Art. 104 N 3). Entsprechend kann eine Verzinsung erst ab dem 21. Mai 2020 geschuldet sein.

11. Gesamtfazit

Die Klägerin hat einen Erfüllungsanspruch hinsichtlich der Überweisung vom 7. September 2016 im Betrag von USD 333'333.– zuzüglich Zins von 5% seit 21. Mai 2020. Im Übrigen ist die Klage abzuweisen.

12. Kosten- und Entschädigungsfolgen

12.1. Gerichtskosten

Die Höhe der Gerichtskosten bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG; Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG) und richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert bzw. nach dem tatsächlichen Streitinteresse (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG). Vorliegend beträgt der Streitwert CHF 964'909.– (USD 700'000.– sowie EUR 300'000.– zum Umrechnungskurs von USD 1.– = CHF 0.91648 und EUR 1.– = CHF 1.07791 am 27. August 2021 [Datum Rechtshängigkeit; vgl. BGE 63 II 34]). In Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 GebV OG und angesichts des grossen Umfangs der Rechtsschriften, der umfangreichen Eingaben nach Aktenschluss sowie der Anwendung ausländischen Rechts ist die Entscheidgebühr auf CHF 40'000.– festzusetzen. Diese ist nach dem Ausgang des Verfahrens zu verteilen (Art. 106 Abs. 2 ZPO). Die Klägerin obsiegt im Umfang von ungefähr einem Drittel. Entsprechend ist die Entscheidgebühr zu zwei Dritteln der Klägerin und zu einem Drittel der Beklagten aufzuerlegen. Vorab ist sie aus den von der Klägerin geleisteten Kostenvorschüssen zu decken (Art. 111 Abs. 1 ZPO). Der Klägerin ist im Umfang des der Beklagten auferlegten Anteils das Rückgriffsrecht auf die Beklagte einzuräumen (Art. 111 Abs. 2 ZPO).

12.2. Parteientschädigungen

12.2.1. Auf Antrag hin wird eine Parteientschädigung im Umfang des Obsiegens zugesprochen (Art. 105 Abs. 2 und Art. 106 Abs. 1 ZPO). Vorliegend haben beide Parteien eine Parteientschädigung beantragt (act. 1 S. 2; act. 13 S. 2; act. 42 S. 2).

Bei berufsmässig vertretenen Parteien richtet sich die Höhe der Parteientschädigung nach der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 (AnwGebV; Art. 95 Abs. 3 lit. b und Art. 96 ZPO i.V.m. § 48 Abs. 1 lit. c und Abs. 2 des Anwaltsgesetzes vom 17. November 2003). Grundlage für die Festsetzung der Höhe der Parteientschädigung ist in erster Linie der Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV), aufgrund dessen die Grundgebühr berechnet wird (§ 4 Abs. 1 AnwGebV). Die Gebühr kann erhöht werden, wenn die Verantwortung oder der Zeitaufwand der Vertretung oder die Schwierigkeit des Falls besonders hoch sind (§ 4 Abs. 2 AnwGebV). Die so ermittelte Gebühr deckt den Aufwand für die Erarbeitung einer Rechtsschrift und die Teilnahme an einer Hauptverhandlung ab (§ 11 Abs. 1 AnwGebV). Für die Teilnahme an zusätzlichen Verhandlungen und für weitere notwendige Rechtsschriften wird ein Einzelzuschlag von je höchstens der Hälfte der Gebühr berechnet (§ 11 Abs. 2 AnwGebV). Neben der so errechneten Gebühr sind auch notwendige Auslagen zu ersetzen (Art. 95 Abs. 3 lit. a ZPO; § 1 Abs. 2 AnwGebV). Da keine der Parteien vollständig obsiegt, ist die Parteientschädigung für beide separat festzusetzen und sind die beiden Parteientschädigungen danach soweit möglich miteinander zu verrechnen.

12.2.2. Klägerin

Beim vorliegenden Streitwert beträgt die Grundgebühr CHF 30'874.– (ohne MWST). Mit der Grundgebühr ist der Aufwand für die Klage abgegolten. Zudem hat ein zweiter Schriftenwechsel stattgefunden. Hierfür ist unter Berücksichtigung, dass für die Teilnahme an der Vergleichsverhandlung am 3. Oktober 2022 ein geringfügiger Zuschlag zu berechnen wäre, ein Zuschlag nach § 11 Abs. 2 AnwGebV im Umfang von 40% der Grundgebühr zu gewähren. Ferner ist vorliegend für die Wahrung des rechtlichen Gehörs im Rahmen des Replikrechts ein weiterer Zuschlag zu gewähren. Namentlich ist zu berücksichtigen, dass die Klägerin am 18. September 2023 eine umfangreiche Noveneingabe einreichte. Zuvor hatte die Beklagte, die mit der Klageantwort bloss neun Urkunden eingereicht hatte, mit ihrer Duplik knapp hundert weitere Urkunden nachgereicht. Diese umfassten insbesondere die Originale von schriftlichen Instruktionen (bzw. Behauptungen hierzu) sowie umfangreiche Audioaufzeichnungen (bzw. Transkripte). Die Beklagte hatte davon abgese-

hen, diese Beweismittel mit ihrer Klageantwort einzureichen, weshalb die Klägerin darauf noch nicht in ihrer Replik hatte eingehen können. Angesichts der Bedeutung der schriftlichen Instruktionen und Aufzeichnungen für den vorliegenden Fall bestand aus Sicht der Klägerin eine Notwendigkeit zur Einreichung der Noveneingabe vom 18. September 2023, um auf die Dupliknoten zu reagieren. Es rechtfertigt es sich, einen weiteren Zuschlag von knapp 35% der Grundgebühr zu gewähren. Damit kommt die für die Klägerin berechnete Parteientschädigung bei rund CHF 54'000.– zu liegen. Sie ist wegen des nur teilweisen Obsiegens auf einen Drittel, d.h. CHF 18'000.–, festzusetzen.

12.2.3. Beklagte

Für die Beklagte gilt ebenfalls die Grundgebühr von CHF 30'874.–. Sodann ist ihr für die Vergleichsverhandlung und den zweiten Schriftenwechsel ein Zuschlag im maximalen Umfang von 50% der Grundgebühr zu gewähren (siehe schon die Verfügung vom 16. März 2023 [act. 35 E. 3b]). Damit ist dem Umstand bereits Rechnung getragen, dass der vorliegende Fall der Beklagten bei der Ausarbeitung der Duplik (siehe act. 42 Rz. 14) in tatsächlicher Hinsicht erheblichen Aufwand verursacht hat. Unter Berücksichtigung des Verfahrensumfangs und der Eingaben nach Aktenschluss ist auch der Beklagten ein weiterer Zuschlag zur Wahrung des rechtlichen Gehörs im Rahmen des Replikrechts zu gewähren, der allerdings angesichts der anderen Ausgangslage (keine Notwendigkeit, auf umfangreiche Dupliknoten zu reagieren) wesentlich tiefer anzusetzen ist als für die Klägerin, und zwar bei etwa 10% der Grundgebühr. Sodann beantragt die Beklagte den Ersatz der Kosten für die Transkription und Übersetzung der Audioaufzeichnungen (act. 42 Rz. 16). Entscheidend, ob Auslagen notwendig i.S.v. Art. 95 Abs. 3 lit. a ZPO und § 1 Abs. 2 AnwGebV sind, ist die prozessuale Notwendigkeit, d.h. ob die Auslagen spezifisch für diesen Prozess angefallen sind, wie es beispielsweise bei Reisespesen, Versandkosten, Fernmeldedienstleistungen, Kopierkosten oder Übersetzungskosten der Fall sein kann (BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG, Art. 95 N 17; KUKO ZPO-SCHMID/JENT-SØRENSEN, Art. 95 ZPO N 17; SUTER/VON HOLZEN, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2016, Art. 95 N 31). Die Transkripte und Übersetzungen

haben sich als von wesentlicher Bedeutung für den vorliegenden Entscheid herausgestellt. Die ausgewiesenen Kosten in der Höhe von CHF 8'509.60 (ohne MWST; act. 42 Rz. 16; act. 43/10) sind daher zu ersetzen. Ferner beantragt die Beklagte den Ersatz der Kosten für das Privatgutachten L._____ (act. 42 Rz. 17). Auslagen für Privatgutachten sind in der Regel nicht bzw. nur mit Zurückhaltung zu erstatten. Nur wenn sie unmittelbar im Zusammenhang mit dem Prozess erstellt wurden und zur gehörigen Substanziierung unabdingbar waren, sind die Kosten ausnahmsweise als notwendige Auslagen im Rahmen der Parteientschädigung zu ersetzen (SUTER/VON HOLZEN, a.a.O., Art. 95 N 33; URWYLER/GRÜTTER, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung Kommentar, 2. Aufl. 2016, Art. 95 N 20; siehe auch Urteil des BGer 4A_113/2017 vom 6. September 2017 E. 6.2.5). Das Gutachten L._____ hat sich als notwendig erwiesen, insoweit es die Unterschrift auf der undatierten handschriftlichen Instruktion mit hoher Wahrscheinlichkeit als diejenige von E._____ ausweist. Hingegen dient es bezüglich der beiden anderen untersuchten Unterschriften der Substanziierung des beklagischen Standpunkts gerade nicht. Entsprechend sind die ausgewiesenen Kosten in der Höhe von CHF 4'200.– (ohne MWST; act. 42 Rz. 17; act. 43/11) zu einem Drittel zu ersetzen. Was weiter den beklagischen Antrag auf Ersatz der Kosten für die Beschaffung von Originaldokumenten in Spanien betrifft (act. 42 Rz. 18), lassen ihre Ausführungen keinen Schluss auf die allfällige Notwendigkeit zu. Insbesondere ist unklar, um welche Dokumente es überhaupt geht. Deshalb sind diese Kosten nicht zu ersetzen. Schliesslich beantragt die Beklagte mit hinreichender Begründung die Zusprechung des MWST-Zuschlags auf ihrer Parteientschädigung (act. 42 S. 2, Rz. 29 ff.). Daher ist die MWST von 7.7% anteilmässig (gemäss den Ansätzen in act. 43/14 für die Grundgebühr [Ansatz 2022] und für die übrigen Aufwände [Ansatz 2023]) hinzuzurechnen. Damit kommt die für die Beklagte berechnete Parteientschädigung gerundet bei CHF 62'000.– (inkl. MWST) zu liegen. Sie ist wegen des nur teilweisen Obsiegens auf rund zwei Drittel, d.h. CHF 41'500.–, festzusetzen.

12.2.4. Folglich ist die Klägerin zu verpflichten, der Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 23'500.– (inkl. MWST; CHF 41'500.– minus CHF 18'000.–) zu be-

zahlen. Diese ist der Beklagten, soweit ausreichend, aus den geleisteten Sicherheiten auszus zahlen.

Das Handelsgericht erkennt:

1. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin USD 333'333.– zuzüglich Zins von 5% seit 21. Mai 2020 zu bezahlen.
2. Im Mehrbetrag wird die Klage abgewiesen.
3. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 40'000.–.
4. Die Kosten werden im Umfang von CHF 26'667.– der Klägerin und im Umfang von CHF 13'333.– der Beklagten auferlegt. Sie werden vorab aus den von der Klägerin geleisteten Kostenvorschüssen gedeckt. Im Betrag von CHF 13'333.– wird der Klägerin das Rückgriffsrecht auf die Beklagte eingeräumt.
5. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 23'500.– (inkl. MWST) zu bezahlen. Diese wird der Beklagten – soweit möglich – nach Ablauf der Rechtsmittelfrist direkt von der Obergerichtskasse aus den von der Klägerin dafür geleisteten Sicherheiten ausbezahlt, vorbehaltlich der Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde durch das Bundesgericht (Art. 103 Abs. 2 lit. a und Abs. 3 BGG).
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Kasse des Obergerichts sowie an die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA, 3003 Bern.
7. Eine bundesrechtliche **Beschwerde** gegen diesen Entscheid ist innerhalb von **30 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Der Streitwert beträgt CHF 964'909.–.

Zürich, 1. Oktober 2024

Handelsgericht des Kantons Zürich

Vorsitzende:

Gerichtsschreiber:

Dr. Claudia Bühler

Dr. Severin Harisberger