

ZH_HANDELSGERICHT HG080027 vom 21. Februar 2014

Zh Handelsgericht, 2014-02-21, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_handelsgericht_HG080027

FR: ZH_HANDELSGERICHT HG080027 du 21 février 2014

IT: ZH_HANDELSGERICHT HG080027 del 21 febbraio 2014

Erwägungen

E. 10

Dezember 2004 Kontobeziehungen mit der Beklagten. Die Korrespondenz war banklagernd aufzubewahren (act. 1 Rz. 15; act. 10 Rz. 95), bis die Kläger die entsprechenden Vereinbarungen gegenüber der Beklagten am 23. Oktober 2008 widerriefen (act. 27 Rz. 19; act. 47 Rz. 253). Insgesamt hatten die Kläger etwa EUR 27,5 Mio. bei der Beklagten deponiert (act. 10 Rz. 1; act. 27 Rz. 189). Bei der Beklagten war die Nebenintervenientin für die Betreuung der Kläger zu- ständig. Die Nebenintervenientin verfügte über Kollektivzeichnungsberechtigung

- 10 - für die Beklagte (act. 10 Rz. 2; act. 47 Rz. 2). Nachdem die Nebenintervenientin am 18. September 2007 gegenüber der Geschäftsleitung der Beklagten ein teil- weises Geständnis abgelegt hatte, wonach sie in Einzelfällen Unterschriften ge- fälscht habe, wurde sie gleichentags von der Beklagten wegen schwerer Verfeh- lungen fristlos entlassen. Am 3. Dezember 2007 wurde sie als Folge einer Straf- anzeige der Beklagten verhaftet und befand sich bis am 9. Dezember 2008 in Un- tersuchungshaft (act. 10 Rz. 3 f.; act. 47 Rz. 2 f.). H._____ war ebenfalls ein Mitarbeiter der Beklagten mit Kollektivzeichnungsbe- rechtigung. Zwischen den Parteien ist die Frage strittig, ob neben der Nebeninter- venientin auch er das "Investment Management Agreement" (fortan IMA) vom

E. 12

März 2007 unterzeichnet hat. Am 26. März 2012 kündigte er das Arbeitsver- hältnis (Prot. S. 52). Die Konti, welche die Beklagte für die Kläger führte, wurden nach Abschluss des Abzugs der klägerischen Vermögenswerte bei der Beklagten per 11. März 2011 saldiert und von der Beklagten anschliessend per 15. März 2011 geschlossen (act. 104 Rz. 7; act. 110 Rz. 32).

- 11 - 2. Prozessuales 2.1. Prozessverlauf Am 4. Februar 2008 (Eingangsdatum) wurde die Klageschrift eingereicht (act. 1). Nach entsprechender Fristansetzung mit Verfügung vom 4. Februar 2008 (Prot. S. 2 f.) leistete die Klägerin 2 für die Gerichtskosten und die Prozessent- schädigung eine Prozesskaution von CHF 174'000 (act. 6; act. 7). Mit Verfügung vom 21. Februar 2008 wurde der Beklagten Frist zur Einreichung ihrer Klageant- wortschrift angesetzt (Prot. S. 4), welche am 9. Mai 2008 erstattet wurde (act. 10). Mit Verfügung vom 16. Mai 2008 wurde die Klägerin 2 verpflichtet, vor dem Ter- min der Referentenaudienz zum Prozessantrag der Beklagten in der Klageantwort formell Stellung zu nehmen und entsprechende Urkunden vorzulegen (Prot. S. 5); dem kam sie mit Eingabe vom 29. August 2008 nach (act. 14). Am 3. September 2008 fand eine Referentenaudienz und Vergleichsverhandlung statt, an welcher keine Einigung erzielt werden konnte (Prot. S. 7 f.). Mit Verfügung vom 4. Sep- tember 2008 ergingen

Substantiierungshinweise und wurde den Klägern Frist zur Einreichung ihrer Replik angesetzt (Prot. S. 9; act. 19). Nach einem entsprechenden Antrag der Kläger (act. 22; act. 23) wurde mit Verfügung vom 9. Dezember 2008 eine Beweissicherung angeordnet und den Klägern Frist angesetzt, um die Adresse der angerufenen Zeugin – der Nebenintervenientin – zu nennen, die Beweisthemen genau zu bezeichnen und die Kosten der vorsorglichen Beweisabnahme mit einer Barkautions sicherzustellen (Prot. S. 10). Mit Eingabe vom

E. 15

Dezember 2008 stellte die Beklagte betreffend die Verfügung vom 9. Dezember 2008 ein Wiedererwägungsgesuch bzw. erhob eventualiter Einsprache (act. 25). Gleichentags gaben die Kläger die Adresse der Nebenintervenientin an (act. 26), wurde die Replik mit geänderten Rechtsbegehren erstattet (act. 27) und ging die Kautions ein (act. 29). Am 22. Dezember 2008 bezeichneten die Kläger die Beweisthemen (act. 30). Mit Verfügungen vom 8. Januar 2009 wurde der Beklagten Frist zur Einreichung ihrer Duplik und den Klägern zur Stellungnahme zu act. 25 angesetzt (Prot. S. 11 f.); Letztere erstatteten die Kläger mit Eingabe vom 12. Januar 2009 (act. 32). Mit Beschluss vom 17. Januar 2009 wurde die Einsprache abgewiesen und wurden die Kläger aufgefordert, das Original von

- 12 - und act. 3/19 zu den Akten zu reichen (Prot. S. 13 f.; act. 34). Mit Eingabe vom 6. Februar 2009 stellten die Kläger ein Wiedererwägungsgesuch zu den Säumnisfolgen des genannten Beschlusses (act. 37), welche der Beklagten mit Verfügung vom 2. März 2009 zugestellt wurde (Prot. S. 15). Nach einem entsprechenden Antrag der Beklagten (act. 41) wurde dieser mit Verfügung vom 17. März 2009 Frist angesetzt, um zu act. 37 Stellung zu nehmen (Prot. S. 17). Am 9. April 2009 (Eingangdatum) erklärte die Nebenintervenientin ihren Beitritt zum Rechtsstreit als Litisdenuziantin (act. 43), worauf ihr mit Verfügung vom 9. April 2009 Frist angesetzt wurde, um zu erklären, ob sie dem Prozess als Nebenintervenientin beitreten wolle, und wenn ja, auf welcher Seite (Prot. S. 18). Am 14. April 2009 wurde die Duplik mit der Stellungnahme zu act. 37 eingereicht (act. 47). Mit Verfügungen vom 17. April 2009 wurde eine Ausfertigung der Duplik den Klägern zugestellt und das Hauptverfahren damit als geschlossen erklärt sowie den Klägern Frist angesetzt, um zu den prozessualen Anträgen der Beklagten in der Duplik Stellung zu nehmen (Prot. S. 19 f.). Nach einer entsprechenden Eingabe der Nebenintervenientin (act. 50) wurde mit Verfügung vom 8. Mai 2009 von deren Beitritt als Nebenintervenientin der Beklagten Vormerk genommen (Prot. S. 21). Mit Eingabe vom 28. Mai 2009 reichten die Kläger ein Original des IMA vom 12. März 2007 ein (act. 53; act. 54/216). Am 2. Juni 2009 nahmen die Kläger zu den prozessualen Anträgen der Beklagten in der Duplik Stellung (act. 55). Am 24. Juni 2009 fand die vorsorgliche Beweisabnahme mit Befragung der Nebenintervenientin statt (Prot. S. 22 ff.). Mit Verfügung vom 24. Juni 2009 wurde den Klägern Frist angesetzt, um zu den Beilagen der Duplik Stellung zu nehmen und – nach entsprechenden Eingaben (act. 56; act. 57) – davon Vormerk genommen, dass der Beklagten nach Eingang der Stellungnahmen der Kläger eine abschliessende Stellungnahme zur klägerischen Sachdarstellung offen stehe (Prot. S. 28). Mit Schreiben vom 3. Juli 2009 befürworteten die Kläger die Durchführung einer zweiten Vergleichsverhandlung (act. 60). Mit Eingabe vom 2. November 2009 nahmen die Kläger Stellung zu den neuen Behauptungen und Beilagen der Duplik, wobei sie ihre Rechtsbegehren erneut teilweise änderten und ergänzten, und stellten prozessuale Anträge (act. 62). Nach einem

entsprechenden Antrag (act. 64) wurde der Beklagten mit Verfügung vom 13. November 2009 Frist angesetzt, um

- 13 - ausschliesslich zu den Beilagen von act. 62 Stellung zu nehmen (Prot. S. 30). Am 14. Dezember 2009 reichten die Kläger Beilagen nach bzw. ein und korrigierten Fehler (act. 68), wobei den Parteien mit Verfügung vom 22. Dezember 2009 die entsprechende Akturierung angezeigt wurde (Prot. S. 31). Mit Eingabe vom 1. März 2010 nahm die Beklagte zu den neuen Behauptungen bzw. Beilagen von act. 53, act. 55, act. 62 und act. 68 Stellung (act. 71), welche den Klägern und der Nebenintervenientin zugestellt wurde; das Hauptverfahren wurde zum zweiten Mal als geschlossen erklärt (Prot. S. 32). Zu dieser Eingabe nahmen die Kläger mit Eingabe vom 19. März 2010 Stellung (act. 73). Dies veranlasste die Beklagte zur Eingabe vom 24. März 2010 (act. 76), welche den Klägern mit Verfügung vom 6. April 2010 zugestellt wurde (Prot. S. 34). Am 13. Oktober 2010 erging der Beweisaufgabebeschluss (Prot. S. 35 f.; act. 79), worauf die Parteien mit Eingabe vom 25. November 2010 ihre Beweisantworten einreichten (act. 83; act. 84/376-381). Die Beklagte stellte gleichzeitig ein Wiedererwägungsgesuch betreffend den Beweisaufgabebeschluss vom 13. Oktober 2010 und ersuchte um Überprüfung der Prozesskaution bezüglich der Klägerin 2 (act. 85). Mit Beschluss vom 16. Dezember 2010 erfolgte die Beweisabnahme, wobei – in Wiedererwägung des Beweisaufgabebeschlusses – die durch die Kläger angebotenen Beweise lediglich für den Kläger 1 abgenommen wurden. Gleichzeitig wurde den Parteien I. _____, Gruppenchef, Forensisches Institut Zürich, Urkundenlabor, als Sachverständiger vorgeschlagen, der Beklagten eine Frist zur Leistung eines Vorschusses für die Kosten der von ihr verlangten Beweiserhebungen auferlegt sowie das Wiedererwägungsgesuch der Beklagten abgewiesen. Zudem wurde den Parteien mitgeteilt, dass die Beweisabnahme durch eine Delegation des Gerichts erfolgen werde, sofern nicht eine Partei die Durchführung vor dem Kollegialgericht verlange (Prot. S. 37 f.; act. 86). Mit Schreiben vom 25. Januar 2011 erklärten die Kläger, dass sie mit dem vorgeschlagenen Sachverständigen sowie der Beweisabnahme durch eine Gerichtsdelegation einverstanden seien (act. 88). Die Beklagte leistete den ihr auferlegten Vorschuss fristgemäss (act. 90) und teilte mit Schreiben vom 11. Februar 2011 ebenfalls mit, gegen den vorgeschlagenen Experten und die Delegation der Beweiserhebungen keine Einwendungen zu haben. Zudem ersuchte sie um Zustel-

- 14 - lung des Entwurfs der Experteninstruktion an die Parteien zur freigestellten Stellungnahme (act. 91). Mit Verfügung vom 3. März 2011 wurde H. _____ aufgefordert, dem Gericht 20 Dokumente aus den Jahren 2005 und 2006 einzureichen, welche seine eigenhändige Unterschrift tragen bzw. mit seinen eigenhändigen Initialen versehen sind (Prot. S. 40 f.). Nachdem die Kläger mit Eingabe vom 7. März 2011 vor dem Hintergrund, dass die Echtheit der Unterschrift von H. _____ nicht Bestandteil des Beweissatzes sei, um eine entsprechende Korrektur der Editionsverfügung vom 3. März 2011 ersucht hatten (act. 94), wurden sie mit Schreiben vom 7. März 2011 darauf aufmerksam gemacht, dass aus Gründen der Praktikabilität die Drittperson in den beiden Parallelverfahren HG080025 und HG080027 einheitlich zur Edition aufgefordert worden sei, weshalb eine formelle Änderung der Verfügung vom 3. März 2011 nicht notwendig erscheine (act. 95). Mit Schreiben vom 18. April 2011 teilte H. _____ dem Gericht mit, dass er weder über 20 Dokumente im Original mit eigenhändigen Unterschriften noch über 20 Dokumente im Original mit eigenhändigen Initialen aus den Jahren 2005 und 2006 verfüge, und ersuchte das Gericht, entsprechende Originaldokumente direkt bei der Beklagten erhältlich zu

machen (act. 98). Den Parteien wurde mit Verfügung vom 21. April 2011 Frist angesetzt, um zu dieser Eingabe Stellung zu nehmen (Prot. S. 43). Mit Eingabe vom 12. Mai 2011 nannten die Kläger u.a. Gründe, weshalb ihrer Ansicht nach dem von H._____ vorgebrachten Ansinnen, entsprechende Geschäftsunterlagen bei der Beklagten zu erheben, nicht zu folgen sei (act. 100). Die Beklagte beantragte mit Eingabe vom 12. Mai 2011, das kantonale Steueramt Zürich sei zu ersuchen, die von H._____ in den Jahren 2005 und 2006 eingereichten Steuererklärungen zu edieren, und sie, die Beklagte, sei aufzufordern, die Dokumente gemäss Beilagen – die Beklagte hatte Kopien von Bankbelegen mit Originalunterschriften und -initialen von H._____ eingereicht (act. 103/A+B) – im Original einzureichen, wobei ihr zu erlauben sei, die geschwärzten Passagen vorgängig auszuschneiden (act. 102). Die Kläger reichten mit Eingabe vom 16. Juni 2011 eine weitere Klageänderung ein (act. 104). Mit Beschluss vom 21. Juni 2011 wurde die Beklagte verpflichtet, dem Gericht die in Aussicht gestellten Originale der drei Bankbelege mit den Originalinitialen von H._____ einzureichen, wobei sie berechtigt war, die in den Kopien geschwärzten

- 15 - Stellen in den Originaldokumenten auszuschneiden (Prot. S. 44; act. 106). Dieser Aufforderung kam die Beklagte innert Frist nach (act. 108). Am 7. Oktober 2011 reichte die Beklagte ihre Stellungnahme zur weiteren Klageänderung (act. 104) sowie eine Noveneingabe ein (act. 110; act. 111/1-106). Mit Verfügung vom 8. November 2011 wurde diese Eingabe (act. 110) den Klägern und der Nebenintervenientin zugestellt mit dem Hinweis, dass über die Frage der Klageänderungen der Kläger (act. 27, act. 62 und act. 104) zu einem späteren Zeitpunkt des Verfahrens entschieden werde. Gleichzeitig wurde als Gutachter I._____ ernannt und die Parteien sowie der Zeuge H._____ mit separater Vorladung zu einer Beweisverhandlung vorgeladen (Prot. S. 46 f.). Die klägerische Stellungnahme zur Eingabe der Beklagten vom 7. Oktober 2011 (act. 110) vom 21. November 2011 (act. 113) wurde der Beklagten und der Nebenintervenientin am 11. Januar 2012 zugestellt (Prot. S. 48). Am 28. März 2012 wurde eine Beweisverhandlung und mündliche Experteninstruktion durchgeführt (Prot. S. 49 ff.), wobei in Ergänzung der an der Verhandlung mündlich erfolgten Experteninstruktion am 2. April 2012 noch eine schriftliche Experteninstruktion erging (act. 119). Ebenfalls am 2. April 2012 wurde das Protokoll der Beweisverhandlung und der mündlichen Experteninstruktion vom 28. März 2012 sowie der entsprechende schriftliche Gutachterauftrag an den Gutachter I._____ den Parteien sowie der Nebenintervenientin zugestellt. Den Parteien wurde dabei Frist angesetzt, um Ergänzungsfragen zu stellen (Prot. S. 67). Die Kläger verzichteten mit Schreiben vom 11. April 2012 auf das Stellen von Ergänzungsfragen und beantragten, die zu weite Formulierung der Fragestellung in der schriftlichen Experteninstruktion vom 2. April 2012 sei auf die Echtheit bzw. Fälschung der Initialen von H._____ im IMA vom 12. März 2007 zu beschränken. Mit Eingabe vom 13. April 2012 teilte die Beklagte mit, dass sie derzeit auf das Stellen von Ergänzungsfragen an den Gutachter I._____ verzichte (act. 122). Am 17. April 2012 wurde die Fragestellung gemäss schriftlicher Experteninstruktion vom 2. April 2012 gemäss dem klägerischen Antrag (act. 121) abgeändert bzw. beschränkt (Prot. S. 68). Auf entsprechende Eingabe der Beklagten vom 25. April 2012 hin (act. 125) wurde die durch den Gutachter zu beantwortende Frage nochmals präzisiert (Prot. S. 69). Am 7. Mai 2012 erstattete der Gutachter I._____ sein Gutachten (act. 127), welches den Parteien mit Verfügung

- 16 - vom 29. Mai 2012 zugestellt wurde. Gleichzeitig wurde den Parteien Frist angesetzt, um zum Ergebnis des gesamten Beweisverfahrens Stellung zu nehmen (Prot. S. 70). Die entsprechenden Stellungnahmen der Parteien vom

E. 19

November 2012 (act. 132; act. 133) wurden mit Verfügung vom 26. November 2012 je der Gegenpartei zugestellt (Prot. S. 71; act. 135). Am 4. Dezember 2012 reichte die Beklagte eine Noveneingabe ein (act. 137), welche den Klägern sowie der Nebenintervenientin am 6. Dezember 2012 zugestellt wurde (Prot. S. 72). Zu dieser Noveneingabe reichten die Kläger die ihnen antragsgemäss (act. 139) gewährte (act. Prot. S. 73; act. 140) Stellungnahme vom 30. Januar 2013 ein (act. 142), welche der Beklagten und der Nebenintervenientin am 4. März 2013 zugestellt wurde (Prot. S. 74).

2.2. Anwendbares Prozessrecht Am 1. Januar 2011 ist die eidgenössische Zivilprozessordnung (ZPO) in Kraft getreten. Nach deren Art. 404 Abs. 1 gilt für Verfahren, die bei Inkrafttreten dieses Gesetzes rechtshängig sind, das bisherige Verfahrensrecht bis zum Abschluss vor der betroffenen Instanz. Die örtliche Zuständigkeit bestimmt sich nach dem neuen Recht, wobei eine bestehende Zuständigkeit nach dem alten Recht erhalten bleibt (Art. 404 Abs. 2 ZPO). Für das vorliegende Verfahren ist demnach das frühere kantonale Prozessrecht (ZPO/ZH und GVG/ZH) massgebend. Das Rechtsmittel richtet sich hingegen nach dem Recht, das bei der Eröffnung des Entscheides in Kraft ist, mithin nach dem neuen Prozessrecht (Art. 405 Abs. 1 ZPO).

2.3. Zuständigkeit Die örtliche sowie sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons Zürich ist unbestritten (act. 1 Rz. 6; act. 10 Rz. 90) und ergibt sich aus Art. 2 Abs. 1 LugÜ i.V.m. Art. 112 Abs. 1 IPRG sowie § 63 Ziff. 1 i.V.m. § 62 GVG/ZH. Ob sich die örtliche Zuständigkeit auch auf eine Gerichtsstandsvereinbarung stützen lässt, kann offen gelassen werden.

- 17 -

2.4. Klagerückzug 2.4.1. Parteistandpunkte Die Kläger bringen mit der Replik vor, soweit sie mit der mittlerweile möglichen Leistungsklage nun weniger verlangten, d.h. Ansprüche mit Bezug auf geschlossene Konti ("E.____", Konto Nr. 1) und das Rechenschaftsablegungsbegehren (vormals Rechtsbegehren 2) wegliessen, handle es sich um ein zulässiges Vorgehen gemäss § 107 Abs. 1 Ziff. 1 ZPO/ZH (act. 27 Rz. 4). Die Beklagte stellt mit der Duplik den prozessualen Antrag, vor Fortsetzung des Verfahrens sei davon Vormerk zu nehmen, dass die Kläger die Klagen zurückgezogen hätten hinsichtlich des Feststellungsbegehrens (Rechtsbegehren 1) bezüglich der Kundenbeziehung "E.____" und betreffend das Auskunftsbegehren (Rechtsbegehren 2), und das Verfahren sei diesbezüglich als durch Klagerückzug erledigt abzuschreiben, unter Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen (act. 47 S. 2; Antrag erneuert in act. 71 S. 2 und act. 110 S. 2). Die Kläger führen dazu aus, sie hätten ein Begehren auf Feststellung der Gültigkeit des IMA für sämtliche Bankkontobeziehungen gestellt, welche sie bei der Beklagten unterhielten. Aufgrund des Wortlauts wie auch des Sinns dieses Begehrens sei klar, dass sie nur für solche Konti eine Feststellungsklage erhoben hätten, welche im Zeitpunkt der Klageerhebung am 1. Februar 2008 noch nicht geschlossen gewesen seien. Da das Konto "E.____" bereits am 17. Juni 2005 geschlossen und das Geld auf die Kontobeziehung "B.____" transferiert worden sei, sei jenes Konto von der Feststellungsklage nicht erfasst gewesen (act. 55 Rz. 39). Die Beklagte erklärt hierzu, mit Bezug auf die Beziehung 1 "E.____" hätten die Kläger noch in der Replik anerkannt, dass sie gemäss den Rechtsbegehren in der Replik weniger verlangten, als sie dies in der Klageschrift getan hätten (act. 71 Rz. 18).

- 18 - 2.4.2. Rechtliches Eine Beschränkung des Rechtsbegehrens wie die quantitative Reduktion des Leistungsanspruchs oder das Fallenlassen einzelner oder mehrerer Rechtsbegehren ist zwar jederzeit zulässig, kommt indessen einem teilweisen Klagerückzug gleich (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen ZPO, 3. Aufl., Zürich 1997, § 107 N 7). 2.4.3. Würdigung Die Kläger verlangen mit der Leistungsklage in der Replik weniger als mit der Feststellungsklage, indem sie Ansprüche mit Bezug auf das Konto "E. _____" (Konto Nr. 1) und das Rechenschaftsablegungsbegehren (vormals Rechtsbegehren 2) weglassen. Damit haben sie diese Begehren zurückgezogen, so dass diese als durch Klagerückzug erledigt abzuschreiben sind. 2.5. Klageänderungen 2.5.1. Rechtliches bezüglich Klageänderungen Der Kläger kann in einem rechtshängigen Prozess im Rahmen der Zuständigkeit des angerufenen Gerichts einen anderen oder weiteren Anspruch erheben, sofern der neue Anspruch mit dem bisher geltend gemachten in engem Zusammenhang steht. Das Gericht kann die Zulassung der Klageänderung ablehnen, wenn durch sie die Rechtsstellung des Beklagten wesentlich beeinträchtigt oder das Verfahren ungebührlich verzögert wird (§ 61 Abs. 1 ZPO/ZH). Ein neuer Anspruch steht mit dem bisher geltend gemachten dann i.S.v. § 61 Abs. 1 ZPO/ZH in engem Zusammenhang, wenn die Ansprüche dem gleichen Rechtsverhältnis, d. h. dem gleichen Lebensvorgang, entstammen oder das gleiche Objekt betreffen. Die mangelnde Aktiv- bzw. Passivlegitimation einer Partei kann nicht durch Klageänderung behoben werden. Zwischen Ansprüchen aus verschiedenen Lebensvorgängen besteht im Allgemeinen kein enger Zusammenhang. Der Kläger kann nicht anstelle des Vertrags 1 einen Vertrag 2 vorbringen oder anstelle einer unerlaubten Handlung A eine Handlung B, weder zur Begrün-

- 19 - dung des bisherigen noch zur Begründung eines neuen Begehrens. Ein enger Zusammenhang i. S. von § 61 ZPO/ZH kann aber bestehen, wenn ein anderer oder ein weiterer Anspruch aus einem benachbarten Lebensvorgang erhoben wird. Erfolgt die Klageänderung erst nach Abschluss des Hauptverfahrens, so ist sie gemäss § 115 Ziff. 1 ZPO/ZH nur dann zuzulassen, wenn sie erst im Laufe des weiteren Verfahrens veranlasst wurde. Letzteres ist der Fall, wenn sie sich auf einen Sachverhalt stützt, der sich erst durch die Duplik ergeben hat. Wird während der Rechtshängigkeit der Feststellungsklage die entsprechende Leistungsklage möglich, kann eine entsprechende Umwandlung nach § 61 ZPO/ZH erfolgen. Eine Klageänderung ist in der Regel abzulehnen, wenn sie erst nach Schluss des erstinstanzlichen Beweisverfahrens vorgenommen wird. Eine gewisse Ermessensfreiheit wird dem Gericht in Abs. 1 Satz 2 eingeräumt, wenn zwar die oben erwähnten Voraussetzungen erfüllt sind, durch die Zulassung der Klageänderung aber die Rechtsstellung des Beklagten wesentlich beeinträchtigt oder das Verfahren ungebührlich verzögert wird. Eine solche Situation kann sich ergeben, wenn die Klageänderung erst während oder nach Abschluss des Beweisverfahrens beantragt wird, ferner, wenn über Klage oder Widerklage ohne Beweisverfahren sofort entschieden werden kann, das abgeänderte Klagebegehren aber die Durchführung eines Beweisverfahrens erheischt (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., § 59 N 11, § 61 N 3 f., 7, 11, 16 f. u. 19, § 114 N 1 und § 115 N 7; ZR 79 Nr. 87). Von keiner Klageänderung im Sinne von § 61 ZPO/ZH ist bei einer lediglich anderen Formulierung oder rechtlichen Qualifikation der Klage auszugehen (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., § 61 N 2); das Rechtsbegehren kann ohne inhaltliche Änderung zwecks Verdeutlichung anders formuliert (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., § 107 N 6) und es kann ohne Klageänderung ein anderer Rechtsgrund für den eingeklagten Anspruch geltend gemacht werden (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., § 61 N 13). 2.5.2. Klageänderungen mit der Replik vom 15. Dezember 2008 (act. 27) 2.5.2.1.

Parteistandpunkte Die Kläger bringen mit ihrer Replik vom 15. Dezember 2008 vor, sie hätten das IMA vom 12. März 2007 für alle ihre Kontobeziehungen mit Schreiben vom

- 20 -

E. 24

November 2008 auf den 31. Dezember 2009 gekündigt. Zudem sei die sechsmonatige Frist des ersten Investitionsjahres gemäss Ziff. 5.3 des IMA am 13. September 2008 abgelaufen. Somit seien die von ihnen gegenüber der Beklagten aus dem IMA erhobenen Ansprüche für das erste Investitionsjahr jetzt zur Gutschrift auf den genannten Konten einklagbar (jedoch wegen der noch nicht abgelaufenen Kündigungsfrist noch nicht zur Auszahlung). Damit könne die von ihnen ursprünglich als Feststellungsklage (vormals Rechtsbegehren 1) anhängig gemachte Klage nun wie angekündigt in eine Leistungsklage (Rechtsbegehren 1.1., 1.3., 2.1., 2.2., 3.1., 3.2.) umgewandelt werden (act. 27 Rz. 3). Die Feststellungsbegehren (Rechtsbegehren 1.2 und 1.4) würden aus folgendem Grund angebracht: Der Kläger 1 und die Klägerin 2 hätten das IMA auf den 31. Dezember 2009 gekündigt. Sollte das Verfahren am 13. September 2009 nicht rechtskräftig abgeschlossen sein, würden ab diesem Datum auch ihre Ansprüche für das zweite Investitionsjahr auf Leistung einklagbar (Rechtsbegehren 4.1). Der weitere Klageänderungsvorbehalt (Rechtsbegehren 4.2) werde aus folgendem Grund angebracht: Die Kündigungsfrist des IMA laufe am 31. Dezember 2009 ab. Sollte das vorliegende Verfahren am 31. Dezember 2009 noch nicht rechtskräftig erledigt sein, sei per 1. Januar 2010 die Leistung der dem Kläger 1 und der Klägerin 2 zustehenden Ansprüche an eine noch zu bezeichnende Zahl- oder Depotstelle möglich. Der generelle Nachklagevorbehalt (Rechtsbegehren 4.3) werde umfassend für den Fall geltend gemacht, dass sich aus dem durch die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl gegen die Nebenintervenientin geführten Strafverfahren ergebe, dass diese von den Konten der Kläger noch weitere Beträge widerrechtlich entnommen habe als bis heute bekannt sei (act. 27 Rz. 5 ff.). Die Beklagte stellt in der Duplik den prozessualen Antrag, vor Fortsetzung des Verfahrens sei über die Zulässigkeit der Klageänderung zu entscheiden (act. 47 S. 2; Antrag erneuert in act. 71 S. 2 und act. 110 S. 2). Sie macht zum Rechtsbegehren 1 der Klage geltend, die Zulassung der Umwandlung einer Feststellungsklage in eine Leistungsklage setze voraus, dass die Feststellungsklage zulässig gewesen sei; vorliegend sei die Feststellungsklage nicht zulässig gewesen: Die Kläger hätten spätestens seit dem 2. Oktober 2007 Gewissheit gehabt, dass die Beklagte die Gültigkeit des IMA nicht anerkannt habe und die von den Klägern

- 21 - gestützt darauf geltend gemachten Ansprüche nicht anerkennen würde. Die Kläger hätten zur Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen wegen angeblicher Verletzung des IMA nicht die Fälligkeit abwarten müssen, sondern sie hätten umgehend vom Vertrag zurücktreten und Schadenersatz einklagen können (act. 47 Rz. 33). Die Rechtsbegehren 1.1 bis 1.4 der Replik stellten insoweit unzulässige Klageänderungen dar, als schon bei Klageeinleitung die Leistungsklagen möglich gewesen wären und, unterstellt die Leistungsklagen wären nicht möglich gewesen, die Feststellungsklagen gemäss Replik möglich gewesen wären. Da das Institut der Klageänderung nicht zur Verfügung stehe, um Mängel der Klageschrift zu korrigieren, sei die Klageänderung insgesamt unzulässig. Für diese und alle weiteren Rechtsbegehren gelte sodann, dass bei der Zulassung der neuen Rechtsbegehren die Rechtsstellung der Beklagten wesentlich beeinträchtigt würde, indem sie zu den umfangreichen Ausführungen der Kläger nur einmal Stellung nehmen könne (act. 47 Rz. 36 f.). Die Eventualrechtsbegehren 2 der Replik seien nicht zulässig, weil durch

sie die Rechtsstellung der Beklagten wesentlich beeinträchtigt und das Verfahren ungebührlich verzögert würde. Überdies wäre eine Schadenersatzklage aus culpa in contrahendo bereits bei Klageeinleitung möglich gewesen. Die Klageänderung sei deshalb nicht zuzulassen (act. 47 Rz. 38). Die Subeventualrechtsbegehren 3.1 und 3.2 der Replik stellten eine unzulässige Klageänderung dar, weil schon bei Klageeinleitung die Forderungsklage möglich gewesen wäre. Soweit Schadenersatz in richterlich zu bestimmender Höhe verlangt werde, liege überdies eine unzulässige Klageänderung vor, weil sich das Begehren nicht mehr auf das IMA vom 12. März 2007, sondern die Vermögensverwaltungsverträge 1 "E. _____", 3 "A. _____" und 2 "B. _____" und unerlaubte Handlung stützten, und weil das Verfahren durch die Einholung des neu beantragten Gutachtens ungebührlich verzögert würde (act. 47 Rz. 39 ff.). Die Kläger führen zum prozessualen Antrag Ziff. 2 der Beklagten in der Duplik im Wesentlichen aus, die Beklagte habe sich geweigert, das IMA anzuerkennen und dessen Rechtsgültigkeit sei somit strittig gewesen. Die Kläger hätten – mit Verweis auf die Schreiben der Beklagten vom 16. November 2007 (act. 3/38) und

- 22 - 11. Januar 2008 (act. 3/47) – bei Klageerhebung keine Gewissheit gehabt, dass diese die Gültigkeit des IMA nicht anerkannt habe (act. 55 Rz. 9 f.). Die Vermögenswerte der Kläger von über EUR 25 Mio. seien seit März 2007 "blockiert" gewesen. Hätten sie ihre Gelder vor Ablauf der Laufzeit des IMA für das erste Investitionsjahr abgezogen, wären sie ihrer vertraglichen Ansprüche gegenüber der Beklagten verlustig gegangen. Diese massive Einschränkung ihrer wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit sei für sie bei Klageerhebung unzumutbar gewesen (act. 55 Rz. 14 f.). Die Kläger hätten am 1. Februar 2007 (recte: 2008) keine Leistungsklage erheben können. Ihre Ansprüche für das erste Investitionsjahr seien erst im März 2008 resp. gegebenenfalls sechs Monate später fällig geworden (act. 55 Rz. 16). Weil die Feststellungsklage zulässig gewesen sei, sei die Klageänderung nicht dazu verwendet worden, um Mängel der Klageschrift zu korrigieren. Die Eventual- und Subeventualansprüche der Kläger stünden mit den bisher geltend gemachten Ansprüchen in engem (Sach-)Zusammenhang und würden demselben Lebenssachverhalt entspringen. Es stehe den Klägern zu, in der Replik neue Behauptungen aufzustellen und dazu Beweisofferten zu machen (act. 55 Rz. 25, 31 und 34). Dazu bringt die Beklagte wiederum vor, die Kläger hätten die tatsächlich bestehenden vertraglichen Vereinbarungen mit der Beklagten jederzeit auflösen können. Die Kläger hätten zur Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen nicht die Fälligkeit der Rendite des angeblichen IMA abwarten müssen, sondern sie hätten umgehend Schadenersatz einklagen können. Die Beklagte beharrt auch im Übrigen auf ihren mit der Duplik eingenommenen Standpunkten (act. 71 Rz. 17, 21 ff.).

2.5.2.2. Würdigung Die Rechtsbegehren 1.1 bis 1.4 der Replik stehen mit dem Rechtsbegehren 1 der Klage in einem engen Zusammenhang, da sie sich alle auf das IMA vom 12. März 2007 beziehen. Auch das rechtliche Interesse an der Feststellung gemäss Rechtsbegehren 1 der Klage im Sinne von § 59 ZPO/ZH ist zu bejahen, soweit

- 23 - dieses überhaupt eine Voraussetzung für die Klageänderung darstellt; darauf ist untenstehend zurückzukommen. Die Klageänderungen sind zuzulassen. Die Eventualbegehren 2.1 und 2.2 sind zuzulassen, da sie in engem Zusammenhang zum IMA vom 12. März 2007 stehen, und es für eine Klageänderung nicht entscheidend ist, ob die Begehren bereits bei Klageeinleitung hätten gestellt werden können. Die Subeventualbegehren 3.1 und 3.2 stützen sich auf Vermögensverwaltungsverträge, die bereits in der Klagebegründung thematisiert wurden. Diese stellen zum IMA vom 12. März

2007 einen benachbarten Sachverhalt dar, da sie ebenfalls den Anlagen bei der Beklagten zugrunde liegen. Die Subeventualbegehren sind somit zuzulassen. Die Rechtsbegehren 4.1 bis 4.3 hängen sodann eng mit dem IMA vom 12. März 2007 zusammen, so dass auch die diesbezügliche Klageänderung zuzulassen ist. Eine andere Frage ist, ob die Vorbehalte der Klageänderung bzw. der Nachklage zulässig sind. Bereits hier kann darauf hingewiesen werden, dass es bei einer Teilklage möglich ist, den Vorbehalt einer Nachklage anzubringen (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., § 54 N 17). Eine Klageänderung kann jedoch nach Abschluss des Hauptverfahrens ohne Vorliegen eines Falls von § 115 Ziff. 1 oder § 61 Abs. 2 ZPO/ZH nicht vorbehalten werden. Zu verneinen ist eine wesentliche Beeinträchtigung der Rechtsstellung der Beklagten oder eine ungebührliche Verzögerung des Verfahrens. Insbesondere wurde die Klageänderung vor dem Beweisverfahren beantragt und hätte über die Klage ohne Klageänderung nicht ohne Beweisverfahren sofort entschieden werden können.

2.5.3. Klageänderungen mit der Stellungnahme zu den neuen Behauptungen und Beilagen der Duplik vom 2. November 2009 (act. 62)

2.5.3.1. Parteistandpunkte Die Kläger führen aus, die in der Replik angekündigte, zulässige Klageänderung (Rechtsbegehren 4.1 der Replik) habe durch den Zeitablauf jetzt vorgenommen

- 24 - werden können (act. 62 Rz. 5). Aus Gründen der prozessualen Vorsicht und um nichts zu versäumen, ergänzten sie ihre Rechtsbegehren 2.1 und 2.2 sowie 3.1 und 3.2 mit den entsprechenden Eventualforderungsbegehren in Schweizer Franken. Dieses Vorgehen sei gemäss § 61 ZPO/ZH zulässig (act. 62 Rz. 187 f.). Die Beklagte erklärt dazu, die erneute Abänderung der Rechtsbegehren sei bereits aufgrund der Eventualmaxime unzulässig. Der Grundsatz der Eventualmaxime verlange, dass alle Rechtsbegehren mit der letzten ordentlichen Rechtschrift (für die Kläger also mit der Replik) zu stellen seien. Eine spätere Abänderung der Rechtsbegehren sei – selbst wenn damit keine Klageänderung im Sinne von § 61 ZPO/ZH vorgenommen werde – aufgrund der Eventualmaxime ausgeschlossen (act. 71 Rz. 14). Nachdem die Beklagte in der Duplik dargelegt habe, dass die Kläger betreffend die Eventualrechtsbegehren 2 der Replik in der falschen Währung klagen würden, vermeinten diese nun, ihre angeblichen Ansprüche eventualiter in der richtigen Währung geltend machen zu können. Eine solche Klageänderung sei unzulässig (act. 71 Rz. 23). Die Subeventualrechtsbegehren 3.1 und 3.2 stellten unzulässige Klageänderungen dar, weil schon bei Klageeinleitung die Forderungsklage möglich gewesen wäre. Soweit Schadenersatz in richterlich zu bestimmender Höhe verlangt werde, liege überdies eine unzulässige Klageänderung vor, weil sich das Begehren nicht mehr auf das IMA vom 12. März 2007, sondern die Vermögensverwaltungsverträge und unerlaubte Handlung stütze (act. 71 Rz. 24 f.).

2.5.3.2. Würdigung Zuzulassen ist die Klageänderung bezüglich der Begehren 1.2 und 1.4 aufgrund der erst zwischenzeitlich eingetretenen Fälligkeit. Zu verneinen ist diesbezüglich eine wesentliche Beeinträchtigung der Rechtsstellung der Beklagten oder eine ungebührliche Verzögerung des Verfahrens. Insbesondere wurde die Klageänderung vor dem Beweisverfahren beantragt und hätte über die Klage ohne Klageänderung nicht ohne Beweisverfahren sofort entschieden werden können. Entgegen den Ausführungen der Kläger wurden die Rechtsbegehren 2.1 und 3.1 in der Stellungnahme zur Duplik nicht geändert. Die Klageänderungen der Begeh-

- 25 - ren 2.2 und 3.2 erfolgten nach Abschluss des Hauptverfahrens, so dass sie nur zuzulassen sind, wenn sie sich auf einen Sachverhalt stützen, der sich erst durch die Duplik ergeben hat. Dies ist zu verneinen, da die Klägerin 2 die Klage nicht aufgrund neuer tatsächlicher Behauptungen der Beklagten, sondern aufgrund deren rechtlichen

erreicht, wenn durch die Klageänderung die Rechtsstellung des Beklagten nicht über Gebühr beeinträchtigt und das Verfahren nicht ungebührlich verzögert werde (act. 110 Rz. 19). Die erneut abgeänderten Rechtsbegehren seien nur schon deshalb nicht zuzulassen, weil damit eine ursprünglich bereits unzulässige Klageänderung erneut abgeändert werde (act. 110 Rz. 20). Die erneuten Klageänderungen seien aber auch darum nicht zuzulassen, weil bei deren Zulassung die

- 27 - Rechtsstellung der Beklagten wesentlich beeinträchtigt bzw. das Verfahren ungebührlich verzögert werde. Es sei anerkannt, dass eine Klageänderung, die – wie vorliegend – nach dem Beweisabnahmebeschluss vorgenommen werde, in der Regel zu einer Verzögerung über Gebühr i.S.v. § 61 Abs. 1 ZPO/ZH führe. Die Beklagte würde sich sodann nach Abschluss des Hauptverfahrens (nochmals) mit einer neuen Klage konfrontiert, d.h. ihre Stellung würde dadurch wesentlich beeinträchtigt (act. 110 Rz. 21). 2.5.4.2. Würdigung Mit den Klägern ist davon auszugehen, dass eine Modifikation der Rechtsbegehren angesichts der mittlerweile nicht mehr existierenden Konti unumgänglich geworden ist. Zu verneinen ist diesbezüglich eine wesentliche Beeinträchtigung der Rechtsstellung der Beklagten oder eine ungebührliche Verzögerung des Verfahrens, auch wenn die Modifikation der Rechtsbegehren nach dem Beweisverfahren beantragt worden ist. Die Klageänderungen bzw. -ergänzungen sind somit zuzulassen. Soweit die Kläger indessen die Verpflichtung der Beklagten zur Leistung in Schweizerfranken beantragen – neu auch für Rechtsbegehren 2.1 – sind die Klageänderungen jedoch nicht zuzulassen, da sie sich nicht auf einen neuen Sachverhalt stützen (vgl. Ziff. 2.5.3.2. hiervor). 2.5.5. Änderung des Betreffnisses der Klage Als Folge der Klageänderungen war das Betreffnis der Klage im Rubrum von "Feststellung und Rechenschaftsablegung" in "Forderung" zu ändern. 2.6. Rechtsschutzinteresse 2.6.1. Feststellungsklage 2.6.1.1. Parteistandpunkte Die Kläger bringen vor, ihr Rechtsschutzbedürfnis an der Feststellungsklage ergebe sich aus der Weigerung der Beklagten, das IMA für ihre bei der Beklagten geführten Kontobeziehungen anzuerkennen. Dadurch sei für sie ungewiss, ob die IMA Bestand hätten. Weil deren Laufzeit andauere und ihre Ansprüche erst im

- 28 - März 2008 resp. gegebenenfalls sechs Monate später fällig würden, besäßen sie keine Möglichkeit, eine Leistungs- oder eine andere Klage zu erheben. Der Fortbestand dieser Ungewissheit sei für sie angesichts ihrer bei der Beklagten im Rahmen der IMA deponierten Vermögenswerte unzumutbar, und sie seien dadurch in ihrer wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit behindert. Sie hätten weiter ein manifestes Interesse daran, dass ihre Vermögenswerte von der Beklagten gemäss den in den IMA vertraglich vereinbarten Bedingungen weiterbewirtschaftet würden. Auch dieser Fortbestand der Ungewissheit, ob sich die Beklagte weiterhin weigern werde, sämtliche Vertragsbestimmungen der IMA mit Bezug auf ihre bei der Beklagten geführten Kontobeziehungen korrekt zu erfüllen, sei für die Kläger unzumutbar (act. 1 Rz. 48 f.). Die Beklagte erklärt, es sei nicht auszumachen, inwiefern die Kläger in ihrer wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit beschränkt sein sollten. Sie wüssten, dass die Beklagte die Gültigkeit des IMA bestreite. Die Kläger könnten die bestehenden vertraglichen Vereinbarungen mit der Beklagten ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist auflösen. Die Beklagte habe im Übrigen seit Bekanntwerden der Machenschaften der Nebenintervenientin nie einen Zweifel darüber gelassen, dass sie das IMA nicht anerkenne. Es könne daher nicht gesagt werden, für die Kläger würde eine Ungewissheit darüber bestehen, ob sich die Beklagte weiterhin weigern werde, sämtliche Vertragsbestimmungen der IMA zu erfüllen (act. 10 Rz. 127). 2.6.1.2. Rechtliches Auf

Klagen betreffend Feststellung des Bestehens eines Rechtsverhältnisses wird nur eingetreten, wenn ein rechtliches Interesse an der Feststellung besteht (§ 59 ZPO/ZH). Als Rechtsschutzinteresse ist ein rechtliches, d. h. rechtserhebliches Interesse an der gerichtlichen Feststellung eines Rechts oder Rechtsverhältnisses vorausgesetzt. Es ist unter folgenden Voraussetzungen gegeben: 1. Ungewissheit, Unsicherheit oder Gefährdung der Rechtsstellung des Klägers, 2. Unzumutbarkeit der Fortdauer dieser Rechtsungewissheit und 3. Unmöglichkeit der Beseitigung der Ungewissheit auf andere Weise, insbesondere nicht durch Leistungs- oder Gestaltungsklage. Wenn eine Leistungs- oder Gestaltungs- klage möglich ist, ist die Feststel-

- 29 - lungsklage aber ausnahmsweise zulässig zur Feststellung des Rechtsverhältnisses für die Zukunft, wenn nur Teilleistungen fällig sind. Ein rechtliches Interesse liegt vor, wenn die gerichtliche Feststellung erforderlich ist, um eine Ungewissheit zu beseitigen, durch welche der Kläger in seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit behindert ist. Die Erhebung einer Feststellungsklage neben einer Leistungs- klage ist zulässig, wenn nicht nur die fällige Leistung verlangt, sondern die Gültigkeit des ihr zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses auch für dessen künftige Abwicklung festgestellt werden soll. Fehlen die Voraussetzungen, so ist auf die Feststellungsklage nicht einzutreten (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., § 59 N 13, 19 u. 28). 2.6.1.3. Würdigung Im Zeitpunkt der Klageerhebung war die Rechtsstellung der Kläger ungewiss, da sie nicht wussten, ob sie ihren Standpunkt rechtlich durchsetzen können, wonach die Beklagte das IMA gegen sich gelten lassen muss. Nicht entscheidend ist die Bestreitung des Anspruchs durch die Beklagte, könnte doch ansonsten nie eine Feststellungsklage erhoben werden, da es nur zu einer solchen kommt, wenn die Gegenseite nicht bereit ist, den Anspruch zu anerkennen. Die Kläger waren so- dann in ihrer wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit behindert, da es ihnen angesichts des bei der Beklagten angelegten Millionenvermögens nicht zumutbar war, die gerichtliche Klärung der Frage, ob die Beklagte das IMA gegen sich gelten zu lassen hat, weiter aufzuschieben bzw. dieses vorzeitig zu kündigen und damit der ihrer Ansicht nach geschuldeten Rendite verlustig zu gehen. Das Fortdauern dieser Rechtsungewissheit war für die Kläger somit unzumutbar. Schliesslich konnten sie zum Zeitpunkt der Klageeinleitung mangels Fälligkeit ihres behaupteten Anspruchs aus dem IMA auch keine Leistungs- klage erheben. Damit ist die Zulässigkeit der Feststellungsklage zu bejahen. Ebenso sind die Feststellungsbegehren 1.2 und 1.4 gemäss Replik zulässig, da in jenem Zeitpunkt erst die Zahlung für das erste Investitionsjahr fällig war und es um die Feststellung des Rechtsverhältnisses für die Zukunft ging.

- 30 - 2.6.2. Vorbehalte 2.6.2.1. Parteistandpunkte Betreffend die Klageänderungs- und Nachklagevorbehalte gemäss Rechtsbegehren 4 der Replik führen die Kläger aus, falls das Verfahren am 13. September 2009 noch nicht rechtskräftig abgeschlossen sein sollte, dürften die Kläger die Feststellungsbegehren in Leistungsbegehren umwandeln. Falls das Verfahren bis zum 31. Dezember 2009 nicht rechtskräftig abgeschlossen sei, hätten die Kläger das Recht, sich ihre Guthaben gemäss den Haupt- und Eventualforderungsbegehren an eine noch zu bezeichnende Zahl- oder Depotstelle leisten zu lassen. Diese Klageänderungsvorbehalte würden bereits jetzt angebracht. Der generelle Nachklagevorbehalt decke den Fall ab, dass noch mehr Vermögensdelikte der Nebenintervenientin (oder von anderen Mitarbeitern der Beklagten) zum Vorschein kommen sollten (act. 27 Rz. 185 f.). Die Beklagte macht geltend, für Rechtsbegehren 4 der Replik gebe es kein Rechtsschutzinteresse. Das Gericht habe von keinen Klageänderungs-

oder Nachklagevorbehalten der Kläger Vormerk zu nehmen. Klageänderungen seien entweder zulässig oder unzulässig, sie würden nicht von irgendwelchen Vorbehalten abhängen (act. 47 Rz. 42; act. 71 Rz. 26). 2.6.2.2. Rechtliches Nach der Dispositionsmaxime kann sich der Kläger damit begnügen, einen nicht individualisierten Teilbetrag einer grösseren Gesamtforderung als sog. Teilklage geltend zu machen. Alsdann kann im Dispositiv nicht der ganze Anspruch zugesprochen oder abgewiesen werden. Die materielle Rechtskraft des Urteils erstreckt sich nur auf den eingeklagten Teil. Der Vorbehalt einer Nachklage ist deshalb grundsätzlich nicht erforderlich, im einzelnen Fall aber zwecks Vermeidung von Unklarheit, ob auf den Rechtsanspruch verzichtet wird, empfehlenswert (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., § 54 N 17).

- 31 - 2.6.2.3. Würdigung Die Rechtsbegehren 4.1 und 4.2 der Replik sowie 4.1 der klägerischen Stellungnahme zu den neuen Behauptungen und Beilagen der Duplik erweisen sich nach den entsprechenden Klageänderungen als gegenstandslos und brauchen nicht geprüft zu werden. Sie sind als gegenstandslos geworden erledigt abzuschreiben. Die Rechtsbegehren 4.3 der Replik bzw. 4.2 der klägerischen Stellungnahme zu den neuen Behauptungen und Beilagen der Duplik umfassen sodann einen generellen Nachklagevorbehalt, ohne dass die Kläger ausführen würden, von welcher Gesamtforderung sie nur einen Teilbetrag eingeklagt hätten. Damit sind sie abzuweisen. 2.7. Noven 2.7.1. Parteistandpunkte Die Beklagte macht geltend, die act. 53, 55, 62 und 68 enthielten wiederholt und in unzulässiger Weise völlig neue Tatsachenbehauptungen und Bestreitungen. Auf diese weist sie im Einzelnen hin (act. 71 Rz. 28 ff.). Die Kläger bestreiten dies (act. 73 Rz. 4 ff.). 2.7.2. Rechtliches Gemäss § 114 ZPO/ZH sind die Parteien mit Anträgen zur Sache, Tatsachenbehauptungen, Einreden und Bestreitungen ausgeschlossen, die sie in ihrer letzten Rechtsschrift nicht vorgebracht haben. Die letzte Rechtsschrift der Kläger war die Replik, diejenige der Beklagten die Duplik (Beschluss des Kassationsgerichts des Kantons Zürich vom 8. Oktober 2008, Kass.-Nr. AA070172, E. II.13.a). Die Ausnahmen von § 115 ZPO/ZH sind eng auszulegen; im Zweifel darf auf ein Novum nicht mehr eingetreten werden (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., § 115 N 1). Ausgenommen von § 114 ZPO/ZH sind gemäss § 115 Ziff. 2 ZPO/ZH u.a. Behauptungen, die durch neu eingereichte Urkunden sofort bewiesen werden können. Gemäss dieser Bestimmung bleibt das Verschulden einer Partei an der Säumnis unberücksichtigt, wenn der Prozess keine Verzögerung erfährt. Eine neu

- 32 - eingereichte Urkunde ist zu berücksichtigen, wenn dadurch eine klare Rechtslage geschaffen wird oder erhebliche Gegenbehauptungen des Gegners ohne weiteres Beweisverfahren widerlegt werden können (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., § 115 N 8). Unstatthaft sind Verzögerungen des Prozesses wegen neuen Beweiserhebungen bzw. Sachverhaltsermittlungen (Zirkulationsbeschluss des Kassationsgerichts des Kantons Zürich vom 16. November 2004, Kass.-Nr. AA040128, E. II.2.3.2). Die Vorschrift stellt für die Zulässigkeit von Noven einzig auf die Liquidität, d.h. sofortige Beweisbarkeit, der neuen Vorbringen und damit auf den Umstand ab, dass deren nachträgliche Berücksichtigung wegen der Entbehrlichkeit beweismässiger Weiterungen zu keiner Verfahrensverzögerung führt (Zirkulationsbeschluss des Kassationsgerichts des Kantons Zürich vom 15. Januar 2010, Kass.-Nr. AA090146, E. II.3.3.3.c). 2.7.3. Würdigung Mit Verfügung vom 24. Juni 2009 wurde den Klägern Frist angesetzt, um zu den Beilagen der Duplik Stellung zu nehmen (Prot. S. 28). Mit Eingabe vom 2. November 2009 nahmen die Kläger Stellung zu den neuen Behauptungen und Beilagen der Duplik (act. 62). Auf die

Frage von unzulässigen Noven ist – soweit erforderlich und relevant – bei den jeweiligen Behauptungen zurückzukommen. 2.8. Sistierung der Schadenersatzbegehren 2.8.1. Parteistandpunkte Die Kläger stellen mit ihrer Stellungnahme zu den neuen Behauptungen und Beilagen der Duplik folgende Anträge (act. 62 S. 5): "1. Es sei die Behandlung der Schadenersatzbegehren gemäss den Rechtsbegehren 3.1. und 3.2. im vorliegenden Verfahren zu einem späteren, gerichtlich zu bestimmenden Zeitpunkt vorzunehmen und bis dann zu sistieren; 2. Es sei den Klägern nach Wiederaufnahme des gemäss dem prozessualen Antrag Ziff. 1 sistierten Verfahrens eine Frist von zwei Monaten anzusetzen, um das Quantum mit Bezug auf die Schadenersatzbegehren gemäss den Rechtsbegehren 3.1. und 3.2. definitiv zu bestimmen und zu begründen; 3. Eventualiter: Es sei den Klägern nach Herausgabe der von den Klägern bei der Beklagten deponierten Vermögenswerte per 31. Dezember 2009 eine Frist von zwei Monaten anzusetzen, um das Quantum mit Bezug auf die Schadenersatzbegehren gemäss Rechtsbegehren 3.1. und 3.2. definitiv zu bestimmen und zu begründen."

- 33 - Die Kläger führen dazu aus, die prozessualen Anträge würden aus prozessökonomischen Gründen gestellt: Es sei sinnvoll und angezeigt, dass zuerst über die Forderungsklagen aus Vertrag (Rechtsbegehren 1.1, 1.2, 1.3, 1.4) und dann – falls noch notwendig – über die Forderungsklagen auf Rückerstattung (Rechtsbegehren 2.1, 2.2) geurteilt werde. Erst danach – im Falle einer Abweisung dieser zwei Forderungsklagen – wären die Rechtsbegehren 3.1 und 3.2 auf Schadenersatz zu behandeln. Da das Quantum der beiden Forderungsklagen im Gegensatz zum mit den Rechtsbegehren 3.1 und 3.2 eingeklagten Schadenersatz relativ einfach zu berechnen sei, rechtfertige es sich, gestützt auf § 116 ZPO/ZH das Prozessthema zu beschränken und die Behandlung dieser Rechtsbegehren zeitlich hintan zu stellen. Die Beschränkung des Prozessthemas rechtfertige sich auch aus einem zweiten Grund: Erst nach Herausgabe der von ihnen bei der Beklagten deponierten Vermögenswerte per 31. Dezember 2009 zufolge Kündigung würden sie in der Lage sein, das Quantum der Schadenersatzbegehren gemäss Rechtsbegehren 3.1 und 3.2 definitiv zu bestimmen und zu begründen. Sollte das Gericht der beantragten Beschränkung des Prozessthemas nicht zustimmen wollen, sei den Klägern die gemäss dem prozessualen Antrag Ziff. 3 genannte Frist zu gewähren, um das Quantum der Schadenersatzbegehren gemäss den Rechtsbegehren 3.1 und 3.2 definitiv zu bestimmen und zu begründen (act. 62 Rz. 6). Die Beklagte erklärt, sie widersetze sich diesen Anträgen, mit welchen die Kläger zu kaschieren versuchten, dass sie überstürzt und verfrüht diesen Prozess anhängig gemacht hätten (act. 71 Rz. 27). 2.8.2. Rechtliches Gemäss § 53a Abs. 1 ZPO/ZH kann das Verfahren aus zureichenden Gründen eingestellt werden. § 116 ZPO/ZH ermöglicht dem Gericht, das Hauptverfahren zunächst auf einzelne Fragen zu beschränken, wenn anzunehmen ist, der Prozess lasse sich dadurch vereinfachen.

- 34 - 2.8.3. Würdigung Eine Sistierung von einzelnen Rechtsbegehren ist nicht vorgesehen. Auch eine Beschränkung des Hauptverfahrens gemäss § 116 ZPO/ZH kommt hier nicht in Frage, da dieses mit der Duplik grundsätzlich abgeschlossen war. Sodann ist nicht ersichtlich, weshalb den Klägern die Möglichkeit zur definitiven Bestimmung des Quantums der Schadenersatzbegehren 3.1 und 3.2 einzuräumen wäre, nachdem sie einen Schadenersatzbetrag in gerichtlich zu bestimmender Höhe zuzüglich genau bezifferter Beträge in Begehren 3.2 fordern und sie in ihren Rechtsschriften bereits die Möglichkeit hatten, ihre Begehren zu begründen. Der Antrag der Kläger ist damit abzuweisen. 2.9. Adresse des Klägers 1 Gemäss dem unbestritten gebliebenen Hinweis der Beklagten und

den Angaben der Kläger war die Adresse des Klägers 1 im Rubrum von "... in ..." zu ändern (act. 10 Rz. 85; act. 32 S. 1; act. 47 Rz. 24). 2.10. Einreichung des Originals des IMA (act. 54/216) durch die Kläger 2.10.1. Parteistandpunkte Die Kläger reichten mit der Klage Kopien der IMA vom 12. März 2007 ein (act. 3/4; act. 3/19). Mit Eingabe vom 15. Dezember 2008 verlangt die Beklagte, die Kläger seien in Anwendung von § 134 ZPO/ZH vor Ansetzung der Frist zur Einreichung der Duplik aufzufordern, das Original des IMA vom 12. März 2007 einzureichen. Dies er- scheine auch im Lichte der Prozessökonomie als zulässig und geboten, damit die Beklagte im Rahmen der Duplik dazu Stellung nehmen könne. Auch dürfe ange- nommen werden, dass sich durch die Vorlage des Originals des IMA vom 12. März 2007 ein weitläufiges Beweisverfahren erübrigen werde (act. 25 Rz. 4). Die Kläger erklären mit Eingabe vom 12. Januar 2009, sie hätten gesetzeskon- form im Hauptverfahren Kopien des IMA eingereicht und würden für das Beweis- verfahren auf gerichtliche Anordnung hin die Einreichung der Originale offerieren.

- 35 - Dieses Vorgehen sei gewählt worden, um die Originale nicht einfach aus der Hand zu geben bzw. zu riskieren, dass solche Unterlagen abhanden kommen könnten. Einer Aufforderung der Beklagten auf Vorlage von Beweismitteln hätten die Kläger nicht nachzukommen, schon gar nicht von Originalen. Die Kläger müssten solches erst auf gerichtliche Aufforderung hin tun, und das hätten sie of- feriert. Die Beklagte habe nicht substantiiert, weshalb sie das Original der IMA für die Erarbeitung der Duplik benötige, und sie substantiiere auch mit keinem Wort, weshalb sich durch die Vorlage der Originale ein weitläufiges Beweisverfahren erübrigen sollte (act. 32 Rz. 7 ff.). Auf die entsprechende gerichtliche Aufforderung hin (Prot. S. 13 f.) führen die Kläger mit Eingabe vom 6. Februar 2009 aus, dass sie über keine Originale der IMA vom 12. März 2007 (act. 3/4 und 3/19) verfügen würden. Der Kläger 1 habe am 12. März 2007 act. 3/4 und act. 3/19 unterzeichnet. Beide Dokumente habe er gleichentags an die Nebenintervenientin senden lassen, act. 3/4 per Post und act. 3/19 gescannt per E-Mail. Die Nebenintervenientin habe ihm act. 3/19 unter- zeichnet durch sie und H. _____ am 12. März 2007 wieder gescannt per E-Mail zukommen lassen. Die Nebenintervenientin habe zuvor offenbar auch die hand- schriftliche Korrektur des Beginns des ersten Investitionsjahrs ("13 March") in Ab- satz 5.1. von act. 3/19 angebracht. Das seitens der Beklagten durch die Nebenin- tervenientin und H. _____ unterzeichnete act. 3/4 habe der Kläger 1 von der Ne- benintervenientin an einem späteren Datum als Kopie des Originals erhalten. Die Originale von act. 3/4 und act. 3/19 habe die Nebenintervenientin als Bankdoku- mente bei der Beklagten aufbewahrt. Die Kläger stellen in diesem Zusammen- hang ein Wiedererwägungsgesuch mit dem Antrag, es sei der letzte Satz in Ziff. 2 des Dispositivs des Beschlusses, mit dem sie zur Einreichung der Originale der IMA vom 12. März 2007 aufgefordert worden waren ("Bei Säumnis würde act. 3/4 aus dem Recht gewiesen"), ersatzlos zu streichen. Zur Begründung führen sie an, die angedrohte Versäumnisfolge sei zu weitgehend bzw. zu schwerwiegend (act. 37 Rz. 1 ff.). Mit der Duplik erklärt die Beklagte, spätestens als sie die Vorlage des Originals des IMA verlangt habe, hätten die Kläger damit rechnen müssen, dass sie das Original vorzulegen haben würden. Es sei anzunehmen, dass sie schon damals

- 36 - gewusst hätten (wenn nicht schon bei Klageeinleitung), dass sie über kein Ori- ginal verfügten, oder zumindest hätten sie unter diesen Umständen Anlass gehabt, den Verbleib des Originals herauszufinden. Stattdessen hätten sie in ihrer Stel- lungnahme vom 12. Januar 2009 das Gericht und die Beklagte glauben gemacht, sie verfügten über ein Original – offenkundig hätten sie darauf spekuliert, das Edi- tionsbegehren würde abgewiesen. Die

Kläger seien mit Beschluss vom 17. Januar 2009 aufgefordert worden, die Originale von act. 3/4 und act. 3/19 einzureichen, andernfalls, so die Androhung, act. 3/4 aus dem Recht gewiesen würde. Die Kläger seien säumig geblieben, weshalb androhungsgemäss zu verfahren sei. Gleiches müsse für act. 3/19 gelten, für welches Aktenstück die Androhung der Säumnisfolge bislang unterblieben sei (act. 47 Rz. 25). Mit Eingabe vom 28. Mai 2009 reichten die Kläger das Original der Urkunde gemäss act. 3/4 ein (act. 54/216) und erklären, anlässlich einer Besprechung mit ihrem Rechtsvertreter vom 27. Mai 2009 seien nochmals die gesamten Fallakten durchsucht worden. Dabei sei das Original aufgefunden worden, von welchem seinerzeit für die Klageschrift act. 3/4 angefertigt worden sei. Damit sei der im Wiedererwägungsgesuch vom 9. Februar 2009 gestellte Antrag gegenstandslos geworden (act. 53). Mit Eingabe vom 2. November 2009 präzisieren die Kläger, der Kläger 1 habe act. 54/216 per Post an die Beklagte geschickt, nachdem er bei dieser Version das Datum eingefügt und sie unterschrieben habe. Die durch die Nebenintervenientin handelnde Beklagte habe das durch die Nebenintervenientin und H. _____ unterzeichnete Original anschliessend per Post an den Kläger 1 retourniert. Auf act. 3/19 sei das Datum vereinbarungsgemäss durch die Nebenintervenientin eingefügt worden, nachdem sie diese Version vom Kläger 1 unterzeichnet per E-Mail erhalten habe (act. 62 Rz. 10). Die Beklagte entgegnet hierzu mit Eingabe vom 1. März 2010, die Kläger könnten das Original des IMA vom 12. März 2007 nicht nachreichen. Die Kläger seien säumig geblieben, weshalb androhungsgemäss zu verfahren und act. 3/4 aus dem Recht zu weisen sei. Gleiches müsse für act. 3/19 und act. 54/216 gelten, für welche die Androhung der Säumnisfolge bislang unterblieben sei. Wer auf eine gerichtliche Aufforderung hin das Original nicht vorlege, habe das Beweismittel verwirkt. Die Beklagte würde vorsorglich bestreiten, dass es sich bei act. 54/216

- 37 - tatsächlich um das Original des IMA vom 12. März 2007 gemäss act. 3/4 handle. Schliesslich sei act. 54/216 offenkundig unvollständig, indem es die AGB ("Terms und Conditions") nicht enthalte. Das "Original" sei damit auch vor diesem Hintergrund aus dem Recht zu weisen. Dies gelte auch für die angeblichen Fotokopien (act. 71 Rz. 7 ff.).

2.10.2. Rechtliches Gemäss § 113 ZPO/ZH sollen Beweismittel schon im Hauptverfahren vorgelegt oder bezeichnet werden. Dabei handelt es sich indessen um eine blosser Ordnungsvorschrift (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., Rz. 18 zu § 113). Auf gerichtliche Anordnung hin hat eine Partei die sich in ihrem Gewahrsam befindlichen Urkunden einzureichen. Weigert sich die Partei, eine Urkunde vorzulegen, gibt sie über deren Verbleib keine Auskunft oder hat sie die Urkunde beseitigt, so würdigt das Gericht ihr Verhalten nach § 148 ZPO/ZH (§ 183 ZPO/ZH). Das Gericht kann die Edition aus Zweckmässigkeitsgründen (§ 134 Abs. 1 ZPO/ZH) oder zur Beweissicherung (§ 135 ZPO/ZH) auch schon im Hauptverfahren speziell anordnen. Grundsätzlich können Urkunden in Kopie eingereicht werden, wobei das Gericht die Vorlage des Originals oder einer amtlich beglaubigten Kopie verlangen kann (§ 185 Abs. 1 ZPO/ZH). Im Streitfall ist es Sache der richterlichen Beweiswürdigung, ob auf die Kopie abgestellt werden kann oder die Vorlage des Originals oder einer beglaubigten Abschrift verlangt werden muss, weil eine Verfälschung nicht ausgeschlossen ist oder es auf Einzelheiten besonders ankommt (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., § 185 Rz. 1). Schliesslich besagt § 186 Abs. 1 ZPO/ZH, dass jede Urkunde vollständig vorgelegt werden muss. Bezieht sich eine Urkunde auf andere Urkunden, wie Nebenverträge oder Rechnungsbeilagen, sind auch diese einzureichen. Dieser Vorschrift kommt allerdings ebenfalls lediglich Ordnungscharakter zu (ErgBd. Frank zu Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen

Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 2000, § 186 Rz. 1). Wo das Gesetz die Folgen der Versäumnis einer Frist nicht festsetzt, bestimmt sie das Gericht (§ 196 GVG/ZH). Die Androhung der Versäumnisfolgen im einzelnen Fall stellt einen Akt der Prozessleitung dar, der als solcher von der Rechtskraft nicht erfasst wird. Deshalb ist der Richter an die einmal ausgesprochene Andro-

- 38 - hung nicht gebunden. Er kann von sich aus oder auf Antrag einer Partei die erlassene Androhung jederzeit in Wiedererwägung ziehen und sie aufgrund veränderter Anschauung widerrufen oder durch eine andere ersetzen. Für alle Fälle, in denen der Richter die Versäumnisfolgen festlegen darf, stellt § 196 GVG/ZH den Grundsatz auf, dass die Androhung nicht weitergehen darf, als der ordentliche Fortgang des Prozesses es erfordert. Die Folgen der Fristversäumnis dürfen deshalb nicht strenger angesetzt werden, als der Zweck der Fristansetzung es erfordert (Hauser/Schweri, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, § 196 N 7 und 13). 2.10.3. Würdigung Die Einreichung des Originals des IMA vom 12. März 2007 war mit der Begründung angeordnet worden, dass ein allfälliger Vorhalt des Originaldokuments im Rahmen der Befragung der Nebenintervenientin, welche die Aussage verweigert hatte (Prot. S. 22 ff.), authentischer durchgeführt werden kann. Weiter wurde festgehalten, dass kein Grund bestehe, der Beklagten bis zur Einreichung dieser Originale die Frist zur Erstattung der Duplik abzunehmen (act. 34 S. 5). Mit den Klägern ist denn auch davon auszugehen, dass die Beklagte nicht darlegt, weshalb sie das Original der IMA für die Erarbeitung der Duplik benötigt hätte und sich durch die Vorlage der Originale ein weitläufiges Beweisverfahren hätte erübrigen sollen. Die Beklagte bestreitet zwar mit dem Hinweis auf die widersprüchlichen Ausführungen der Kläger bzw. mangels einer klägerischen Erklärung, wie die Kläger nun doch in den Besitz des Originals gekommen sein sollen, dass es sich bei der Urkunde gemäss act. 54/216 um das Original der Urkunde gemäss act. 3/4 handelt. Ein Vergleich der beiden Dokumente ergibt aber, dass es sich bei der Urkunde gemäss act. 3/4 um eine Kopie der Urkunde gemäss act. 54/216 handelt, da die handschriftlich eingefügten Teile exakt übereinstimmen. Damit ist es für den Prozessfortgang nicht erforderlich, die Kopie (act. 3/4) des Originals (act. 54/216) aus dem Recht zu weisen. Die Säumnisfolge (Satz 2) in Dispositiv Ziff. 2 des Beschlusses vom 17. Januar 2009 ist in Wiedererwägung zu ziehen und mangels Relevanz aufzuheben. Betreffend act. 3/19 und 54/216 ist eine Ausweisung aus

- 39 - dem Recht bereits aufgrund der fehlenden Androhung nicht angezeigt. Auf die widersprüchlichen Aussagen der Kläger betreffend den (Nicht-)Erhalt eines Originals eines IMA vom 12. März 2007 von der Beklagten sowie den Umstand, dass es sich bei der Urkunde gemäss act. 3/19 eventuell um eine Fälschung handelt, ist im Rahmen der Beweiswürdigung einzugehen (vgl. Ziff. 3.2.1.2.3. hiernach). Auch wegen einer allfälligen Unvollständigkeit sind die Urkunden gemäss act. 3/4, act. 3/19 und act. 54/216 nicht aus dem Recht zu weisen, da es sich bei § 186 ZPO/ZH wie erwähnt um eine Ordnungsvorschrift handelt. 2.11. Bedeutung des Strafurteils gegen die Nebenintervenientin 2.11.1. Parteistandpunkte Mit Eingabe vom 4. Dezember 2012 reichte die Beklagte das Strafurteil des Bezirksgerichts Zürich gegen die Nebenintervenientin vom 1. November 2012 als Novum ein, mit welchem die Nebenintervenientin u.a. der mehrfachen Urkundenfälschung im Sinne von Art. 251 Ziff. 1 StGB schuldig gesprochen wurde (act. 137; act. 138). Sie macht geltend, nachdem der dem Strafurteil zugrunde liegende Sachverhalt derselbe wie im vorliegende Verfahren sei, solle der Zivilrichter nicht

ohne Not von der Auffassung des Strafrichters abweichen. Es könne naturgemäss nur eine Richtlinie für die Entscheidung der Richter geben, wenn es um die Beurteilung ein und desselben Sachverhalts gehe: die Erforschung der materiellen Wahrheit (act. 137 Rz. 6 ff.). Das Urteil des Bezirksgerichts Zürich bestätige den Standpunkt der Beklagten (act. 137 Rz. 9 ff.). Die Kläger erklären dazu, die Beklagte halte einerseits fest, dass es sich bei dem H._____ in der Einvernahme vom 8. September 2008 vorgelegten IMA vom 12. März 2007 nicht um das angebliche Original gemäss act. 54/216 handle, versuche aber andererseits, die Ausführungen im besagten, nicht rechtskräftigen Strafurteil als Feststellungen zu act. 54/216 umzudeuten (act. 142 Rz. 2 f.). Es gelte im Übrigen die Unabhängigkeit des Zivilrichters (act. 142 Rz. 4 ff.).

- 40 - 2.11.2. Rechtliches Gemäss Art. 53 Abs. 1 OR ist das Zivilgericht bei der Beurteilung der Schuld oder Nichtschuld, Urteilsfähigkeit oder Urteilsunfähigkeit an die Bestimmungen über strafrechtliche Zurechnungsfähigkeit oder an eine Freisprechung durch das Strafgericht nicht gebunden. Ebenso ist das strafgerichtliche Erkenntnis mit Bezug auf die Beurteilung der Schuld und die Bestimmung des Schadens für den Zivilrichter nicht verbindlich (Art. 53 Abs. 2 OR). Diese etwas unklare Vorschrift regelt ihrem Wortlaut nach, an was der Zivilrichter nicht gebunden ist, ohne zu präzisieren, ob die Aufzählung in Abs. 1 und 2 abschliessend oder analog auch auf andere, nicht aufgeführte Fragen anwendbar ist. Heute gilt die Auslegung, dass für sämtliche kantonalen Zivilprozessordnungen zwingend ist, was Art. 53 OR ausdrücklich erwähnt bzw. dass insoweit der Zivilrichter nicht gebunden sein darf. Was Art. 53 OR nicht regelt, bleibt der Zuständigkeit des kantonalen Prozessrechts vorbehalten (Brehm, in: BK OR, Bd. VI/1/3/1, Allgemeine Bestimmungen, Die Entstehung durch unerlaubte Handlung, Art. 41-61 OR, 3. Aufl., Bern 2006, Art. 53 N 3 ff.). Das Stillschweigen von Art. 53 OR bezüglich Tatbestands- bzw. Sachverhaltsfragen lässt somit auch die kantonalen Gesetze (bzw. Rechtsprechungen) darüber entscheiden, ob der Zivilrichter an die tatsächlichen Feststellungen des Strafrichters gebunden ist (Brehm, a.a.O., Art. 54 N 24a). Auch mangels einer solchen kantonalrechtlichen Bindung stützt sich die zivilrechtliche Gerichtspraxis oft auf den Strafrichter ab, weil dessen Feststellungen und Erwägungen mit jenen des Zivilrichters in der Regel übereinstimmen und er meistens zeitlich näher zum Tatbestand steht, so dass seine Abklärungen oft zuverlässiger sind als das spätere Beweisverfahren vor dem Zivilrichter. In diesem Sinne kann sich der Zivilrichter bei seiner eigenen Würdigung an die Auffassung des Strafrichters anlehnen, wenn sich dies als zweckmässig erweist. Die Auffassung, dass der Zivilrichter nicht ohne Not oder zureichende bzw. sehr gewichtige Gründe vom Strafurteil abweichen darf, ist indessen abzulehnen (vgl. Brehm, a.a.O., Art. 54 OR N 30 ff.). Dem Gut der (dadurch in Einzelfällen tangierten) Rechtssicherheit sind die Unabhängigkeit des Zivilrichters sowie die Parteirechte im Zivilprozess gegenüber zu stellen, welche sogleich im Zusammenhang mit der Ausei-

- 41 - nandersetzung einer älteren Praxis des Obergerichts des Kantons Zürich (ZR 38 Nr. 1) zu erläutern sind. Nach dieser Praxis, die in ZR 65 Nr. 113 ohne genauere Prüfung der Frage übernommen wurde, wird aus allgemeinen Grundsätzen des zürcherischen Prozessrechts hergeleitet, eine Bindung des Zivilrichters an ein strafrechtliches Erkenntnis bestehe im Kanton Zürich insoweit, als die Rechtskraft des Strafurteils reiche. Der Zivilrichter sei an die tatsächlichen Feststellungen des Strafrichters gebunden, soweit sie notwendige Voraussetzungen der im Dispositiv ausgesprochenen Verurteilung bilden würden. Dazu gehöre, dass der Verurteilte die ihm im Dispositiv zur Last gelegte Handlung oder

Unterlassung begangen habe, und dass dies widerrechtlich sei. Diese Praxis wurde 1979 von der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich mit überzeugenden Argumenten in Frage gestellt: Die bisher vom Obergericht vertretene Auffassung könne sich nicht auf ausdrückliche Gesetzesbestimmungen abstützen, was hier, wo es um die Einschränkung der Entscheidungsfreiheit des Zivilrichters gehe, wohl verlangt werden müsste. Die Nichtbindung des Zivilrichters durch Strafurteile sei schon deshalb zu befürworten, weil an einem Strafverfahren in der Regel nur eine der beiden am Zivilprozess beteiligten Parteien teilnehme und die gesetzlich vorgesehenen Einflussmöglichkeiten des Geschädigten auf den Gang des Strafverfahrens, insbesondere der Beweisabnahme, gering seien und keinen Vergleich mit dem Zivilprozess aushalten würden, wie denn der Strafprozess überhaupt von völlig anderen Grundsätzen beherrscht sei. Jedenfalls würde es gegen fundamentale Rechtsprinzipien verstossen, wenn es dem Zivilrichter nicht freigestellt wäre, aufgrund neuer Parteivorbringen und eigener Beweiserhebung allenfalls einen bestimmten Sachverhalt und die damit zusammenhängende Frage der Widerrechtlichkeit anders zu beurteilen, als dies der Strafrichter getan habe. An der erwähnten älteren zürcherischen Praxis ist somit nicht festzuhalten und eine entsprechende kantonale Bindung des Zivilrichters ist zu verneinen (vgl. auch Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., § 191 ZPO N. 3, mit zahlreichen Hinweisen).

- 42 - 2.11.3. Würdigung Ob die beklagte Auffassung zutrifft, wonach dem Strafrichter im Allgemeinen mehr und tauglichere Mittel zur Verfügung stehen, um einen Tatbestand festzustellen (act. 137 Rz. 8), kann dahin gestellt bleiben; im Strafurteil gegen die Nebenintervenientin vom 1. November 2012 wurde von solchen jedenfalls kein Gebrauch gemacht. Vielmehr wurde der für das vorliegende Verfahren relevante Sachverhalt auf drei Seiten erstellt, wobei zur Hauptsache die Aussagen von H. _____ und (mittels Verweis) jene der Nebenintervenientin gewürdigt wurden (act. 138 S. 110 f. und 104). Die Protokolle der massgebenden entsprechenden Einvernahmen im Strafverfahren werden im vorliegenden Verfahren in Form von Urkunden als Beweismittel offeriert und mitgewürdigt. Damit ist klar, dass dem genannten Argument, der Strafrichter stehe näher zum Tatbestand, vorliegend keine Bedeutung zukommt. Nach dem Gesagten schaffen die Feststellungen im Strafurteil des Bezirksgerichts Zürich vom 1. November 2012 aber ohnehin kein Präjudiz für das vorliegende Verfahren. Der durch die Beklagte erwähnte Umstand, dass im Strafverfahren die *Offizialmaxime* gilt, ändert daran nichts. Das erkennende Gericht hat die ihm form- und fristgemäss angebotenen Beweismittel frei zu würdigen. Das Ergebnis dieser Beweiswürdigung kann naturgemäss von jener des Strafgerichts abweichen. Ob das besagte Strafurteil gegen die Nebenintervenientin vom 1. November 2012 inzwischen rechtskräftig ist, muss demnach nicht geklärt werden. 3. Materielles 3.1. Anwendbares Recht Unbestritten ist (act. 1 Rz. 8; act. 10 Rz. 91), dass die vorliegende Streitigkeit gemäss der Rechtswahl der Parteien dem schweizerischen materiellen Recht untersteht (Art. 116 IPRG; Art. 33 der General Conditions and Custody Account Regulations der Beklagten). Demnach ist schweizerisches Recht anzuwenden.

- 43 - 3.2. Vertragliche Ansprüche aus dem IMA 3.2.1. Zustandekommen 3.2.1.1. Vorbemerkung Die Kläger stellen sich auf den Standpunkt, das IMA vom 12. März 2007 sei namens und mit Wirkung für die Beklagte von der Nebenintervenientin und H. _____ abgeschlossen worden, welche damals kollektivzeichnungsberechtigt waren für die Beklagte. Die Beklagte bestreitet, durch das IMA gebunden zu sein und macht geltend, die Unterschrift von H. _____ sei gefälscht bzw. missbraucht worden. Zudem seien die Kläger

nicht gutgläubig. Keine Ansprüche leiten die Kläger aus dem IMA vom 6. Februar 2007 (act. 38/210; act. 3/18) ab. Auf dieses ist somit mangels Relevanz nicht weiter einzugehen. In einem ersten Schritt ist somit die Frage zu beantworten, ob neben der Nebenintervenientin auch H. _____ das IMA vom 12. März 2007 namens der Beklagten unterzeichnet hat. Falls die erste Frage bejaht wird, ist zu klären, ob sie dies auch mit Wirkung für die Beklagte getan haben. 3.2.1.2. Unterzeichnung des IMA vom 12. März 2007 namens der Beklagten 3.2.1.2.1. Parteibehauptungen Die Kläger machen in der Klagebegründung geltend, nach Austausch diverser E- Mails zwischen der Nebenintervenientin und J. _____ – das ist der Kläger 1 im Parallelverfahren HG080025 sowie ein Geschäftspartner und Freund des Klägers 1 – habe die Beklagte dem Kläger 1 mit Schreiben vom 31. Januar 2007 das IMA für das Konto Nr. 3 "A. _____" zur Unterzeichnung zugesandt, wobei das Dokument seitens der Beklagten bereits durch H. _____ und die Nebenintervenientin unterzeichnet gewesen sei (act. 1 Rz. 23). Der Kläger 1 habe das IMA seinerseits unterzeichnet, wobei er in Ziff. 5.1. das Datum vom 28. Februar 2007 auf den 13. März 2007 abgeändert habe, und das Agreement an die Beklagte zurückgesandt (act. 1 Rz. 24).

- 44 - Die Beklagte führt in der Klageantwort aus, das IMA vom 12. März 2007 (act. 3/19) sei, wenn überhaupt, nur von der Nebenintervenientin unterschrieben; die angeblich von H. _____ stammende Zweitunterschrift auf Seite fünf sei gefälscht. Auch trügen die einzelnen Seiten des Dokuments keine Initialen, die von H. _____ stammen würden. H. _____ habe keine Kenntnis von diesem Agreement. Die Nebenintervenientin habe die Unterschrift und die Initialen ihres Arbeitskollegen gefälscht. In einer solchen Situation liege keine rechtlich verbindliche Erklärung vor (act. 10 Rz. 5 f., 27, 41). In der Replik bestreiten die Kläger, dass die Unterschriften nicht alle von H. _____ stammten und er nicht gewusst habe, was er unterschrieben habe (act. 27 Rz. 92). Sie stellen sich auf den Standpunkt, dass H. _____ die IMA resp. deren Inhalt gekannt habe und im Bewusstsein über deren Inhalt unterzeichnet habe (act. 27 Rz. 95). Mit der Duplik führt die Beklagte aus, die Kläger reichten zwei Versionen des angeblich abgeschlossenen IMA vom 12. März 2007 ein (act. 3/4 und 3/19), könnten aber kein Original, unterzeichnet von beiden Parteien, vorlegen. Sodann stammten die Unterschriften in beiden Versionen nicht von H. _____. Betreffend act. 3/4 sei seine richtige Unterschrift, vermutlich durch die Nebenintervenientin, missbraucht worden; die Nebenintervenientin habe ihn offenbar andere Dokumente unterzeichnen lassen, um anschliessend eines seiner Unterschriftenblätter an einen anderen Vertrag anzuheften. Betreffend act. 3/19 sei seine Unterschrift gefälscht worden (act. 3/19; vertauscht in act. 47 Rz. 125). In beiden Fällen würden die Initialen nicht von ihm stammen. H. _____ seien andere Verträge mit "performance targets" unterbreitet worden. Diese habe er unterzeichnet, weil ein Performance-Ziel nicht einer garantierten Rendite entspreche (act. 47 Rz. 86 f. u. 324). Die Kläger führen in der Stellungnahme zur Duplik im Wesentlichen aus, act. 54/216 sei das Original des IMA vom 12. März 2007 (act. 62 Rz. 9). In act. 3/4 bzw. act. 54/216 sei das Datum vom Kläger 1 eingefügt worden. Bei act. 3/19 sei das Datum vereinbarungsgemäss von der Nebenintervenientin eingefügt worden, nachdem sie diese Version vom Kläger 1 unterzeichnet per E-Mail erhalten habe (act. 62 Rz. 10).

- 45 - 3.2.1.2.2. Rechtliches 3.2.1.2.2.1. Rechtsgeschäftliches Handeln für eine Aktiengesellschaft Juristische Personen handeln durch ihre Organe (vgl. Art. 55 ZGB). Gemäss Art. 718 Abs. 1 OR vertritt der Verwaltungsrat die Gesellschaft nach aussen. Die-

ser kann die Vertretung einem oder mehreren Mitgliedern (Delegierte) oder Dritten (Direktoren) übertragen (Art. 718 Abs. 2 OR) oder auch Prokuristen und andere Bevollmächtigte ernennen (Art. 721 OR), wobei er die gemeinsame Vertretung der Gesellschaft bzw. die Kollektiv-Prokura vorsehen kann (Art. 718a Abs. 2 OR und Art. 460 OR). "Andere Bevollmächtigte" im Sinne von Art. 721 OR bedeutet zunächst, dass der Verwaltungsrat Handlungsbevollmächtigte i.S.v. Art. 462 OR bestimmen kann, wobei diese im Handelsregister aber nicht eintragbar sind. Darüber hinaus erlaubt die Registerpraxis auch die Eintragung von Personen mit einem Zeichnungsrecht, ohne dass diese Personen explizit als Direktoren bezeichnet werden (Watter, in: BSK OR II, Art. 721 N 8). Zum Abschluss eines Vertrags ist die übereinstimmende gegenseitige Willensäußerung der Parteien erforderlich. Sie kann eine ausdrückliche oder stillschweigende sein (Art. 1 OR). Eine Willenserklärung besteht in der Mitteilung des Willens, dass ein Recht oder Rechtsgeschäft begründet, geändert oder beendet werden soll (Gauch/Schlupe et al., OR AT Band I, 9. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008, N 120), wobei diese Erklärung auch in schriftlicher Form erfolgen kann (Gauch/Schlupe et al., a.a.O., N 183). Unterschreibt jemand eine nicht gelesene Urkunde, so kommt aufgrund der Vertrauens- theorie der Vertrag mit dem Inhalt der Urkunde zustande, wobei in diesem Fall u.U. die Anfechtung wegen Erklärungsirrtums möglich ist (Schwenzer, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Bern 2012, N 37.18). Bei Einzelhandlungen einer lediglich kollektivzeichnungsberechtigten Person kommt indessen kein vertraglicher Anspruch zustande. Immerhin kommt ein Schadenersatzanspruch des Dritten in Betracht, wenn für den Dritten nicht erkennbar ist, dass nur ein kollektivzeichnungsberechtigter Vertreter handelt, weil der Handelnde etwa die Unterschrift des zweiten Vertreters fälscht (Watter, in: BSK OR II, Art. 718a N 23; Watter, Die Verpflichtung der AG aus rechtsgeschäftlichem Handeln ihrer Stellvertreter, Prokuristen

- 46 - und Organe, speziell bei sogenanntem "Missbrauch der Vertretungsmacht", Diss. Zürich 1985, N 96; BGE 105 II 289). Hier haftet der Geschäftsherr im Umfang des negativen Vertragsinteresses (BSK OR I-Watter, Art. 460 N 20).

3.2.1.2.2.2. Beweislast Nach der allgemeinen Regel gemäss Art. 8 ZGB hat grundsätzlich derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet. Rechtserzeugende (rechtsbegründende) Tatsachen hat zu beweisen, wer ein Recht oder Rechtsverhältnis geltend macht. Nach ständiger Praxis des Bundesgerichts ist die Frage der Beweislastverteilung gegenstandslos, wenn das Sachgericht in Würdigung von Beweisen zum Ergebnis gelangt, bestimmte Tatsachenbehauptungen seien bewiesen oder widerlegt (BGE 138 III 359 E. 6.3; BGE 130 III 591 E. 5.4; BGE 118 II 142 E. 3.a; BGE 114 II 289 E. 2a mit Hinweisen und Verweisen). In diesem Fall gibt es keine Folgen der Beweislosigkeit, welche von der einen oder anderen Partei zu tragen wären.

3.2.1.2.2.3. Grundsätze der Beweisabnahme und -würdigung In der Beweisantragungsschrift haben die Parteien gemäss § 137 ZPO/ZH sämtliche Beweismittel zu bezeichnen. Das gilt auch für die im Hauptverfahren bereits genannten Beweise, weil nur so klargestellt werden kann, mit welchen Mitteln eine Partei welche Beweisthemen wirklich beweisen will. Nach ständiger Praxis wird deshalb nur auf in der Beweisantragungsschrift genannte Beweismittel abgestellt, was den Parteien auch jeweils entsprechend angedroht wird (vgl. Prot. S. 35). Wo die Parteien im Rahmen ihrer Stellungnahme zum Beweisergebnis auch auf nicht genannte Beweismittel eingehen, kann diesen Ausführungen nicht gefolgt werden. Gemäss § 148 ZPO/ZH würdigt das Gericht die Beweise nach freier Überzeugung. Als erbracht hat der Beweis dabei dann zu gelten, wenn sich aus dem Beweisverfahren eine richterliche

Überzeugung ergibt, die jeden erheblichen Zweifel ausschliesst (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., § 148 N 3). Das Gericht berücksichtigt dabei auch das Verhalten der Parteien im Prozess, namentlich die Verweige-

- 47 - rung der Mitwirkung bei der Beweiserhebung. Freie Beweiswürdigung darf nicht willkürlich, sondern muss nach pflichtgemäßem Ermessen erfolgen (Frank/Sträuli/Mesmer, a.a.O., § 148 N 3). Bei der Würdigung des Verhaltens der Parteien im Prozess geht es nicht darum, ein bereits vorliegendes Beweisergebnis völlig umzustossen, sondern um dessen Ergänzung und das Ausfüllen von Lücken. Der in der Bestimmung ausdrücklich erwähnte Hauptanwendungsfall ist die Verweigerung der Mitwirkung an der Beweiserhebung. Der Vorschrift kommt indessen allgemeine Bedeutung zu. So kann sie z.B. auch bei wahrheitswidriger oder widersprüchlicher Prozessführung einer Partei Anwendung finden (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., § 148 N 10 f.). Bei der Würdigung von Aussagen ist insbesondere zwischen der Glaubwürdigkeit einer Person und der Glaubhaftigkeit ihrer Aussagen zu unterscheiden. Während die Glaubwürdigkeit einer Person von ihrer Persönlichkeit, ihren Motiven und der Aussagesituation abhängt und damit das Mass der Zutrauenswürdigkeit einer bestimmten Person umschreibt, beurteilt sich die Glaubhaftigkeit einer Aussage nach ihrem Inhalt und bezieht sich daher auf die Überzeugungskraft, Beschaffenheit und den Gehalt einer Aussage. Nach Literatur und Rechtsprechung steht weder die allgemeine Glaubwürdigkeit einer Person noch ihre prozessuale Stellung, sondern vielmehr die Glaubhaftigkeit ihrer konkreten Aussagen im Vordergrund (ZR 87 [1988] Nr. 123). 3.2.1.2.3. Würdigung 3.2.1.2.3.1. Beweisthema Notwendig im Hinblick auf die Abgabe der Willenserklärung bzw. die Verbindlichkeit des IMA vom 12. März 2007 ist, dass dieses neben der Nebenintervenientin auch der ebenfalls kollektivzeichnungsberechtigte H. _____ namens der Beklagten unterzeichnet hat. Es wurde deshalb ein Beweisverfahren zur damit im Widerspruch stehenden beklaglichen Behauptung durchgeführt, dass die Unterschrift von H. _____ auf der Urkunde gemäss act. 54/216, welche das IMA vom 12. März 2007 zum Gegenstand hat, einem anderen Vertrag entnommen wurde. Zudem

- 48 - wurde die Frage zum Beweis verstellt, ob seine Initialen gefälscht wurden (Prot. S. 35; act. 79). 3.2.1.2.3.2. Urkunde gemäss act. 54/216 Bei diesem durch beide Parteien angerufenen (act. 83 S. 2 f.; act. 85 S. 4) Beweismittel handelt es sich um eine Urkunde bzw. das schriftlich abgefasste IMA vom 12. März 2007, welches unbestrittenermassen mit der echten Unterschrift von H. _____ versehen ist. Der auf Seite sechs bzw. (gemäss Nummerierung im Dokument) vier am Seitenende angefangene Satz "Subject to clause 12.1, this Agreement supersedes all prior agreements, arrangements and undertakings between the Parties in relation to the services being provided under this [...]" wird auf Seite sieben bzw. fünf durch "[...] Agreement and constitutes the entire agreement between the Parties relating to the subject matter of this Agreement." zu Ende geführt. Wäre Seite sieben bzw. fünf mit der echten Unterschrift von H. _____ einem anderen Vertrag entnommen worden, müsste dies somit ein Vertrag sein, welcher denselben Satz an derselben Stelle enthalten würde. An derselben Stelle käme der Satz indessen nur zu stehen, wenn der Vertrag die gleiche Länge wie das IMA vom 12. März 2007 aufweisen würde. Weiter müsste es sich um einen Vertrag handeln, welcher am 12. März 2007 abgeschlossen wurde, ist doch Seite sieben bzw. fünf der Satz zu entnehmen: "The parties have executed this Agreement on 12 03 2007". Schliesslich müsste es sich um einen Vertrag zwischen denselben Parteien handeln, da Seite sieben bzw. fünf durch den Kläger 1 und die

Beklagte bzw. H._____ sowie die Nebenintervenientin (für die Beklagte) unterzeichnet ist. Dass der Kläger 1 und die Beklagte am 12. März 2007 einen Vertrag mit derselben Länge wie jener des IMA vom 12. März 2007 abgeschlossen hätten, wird von der Beklagten nicht behauptet. Zwar führt sie in der Duplik aus, H._____ habe andere Verträge mit "performance targets" unterzeichnet (act. 47 Rz. 87). Gemäss den Aussagen von H._____ in der Zeugeneinvernahme im Strafverfahren gegen die Nebenintervenientin vom 8. September 2008, worauf sich auch die Beklagte stützt (act. 133 Rz. 94), haben diese Vereinbarungen indessen nur drei bis vier Seiten umfasst (act. 48/3 S. 3 f.). Es wird nicht behauptet, dass die Parteien in dieser

- 49 - Zeit noch andere Verträge abgeschlossen hätten. Für die Echtheit der Urkunde bzw. gegen die Entnahme der durch H._____ unterzeichneten Seite sieben bzw. fünf aus einem anderen Vertrag spricht im Übrigen auch der Umstand, dass ausser dem Deckblatt sämtliche Vertragsseiten – auch die durch H._____ unterzeichnete – unten links mit dem Zeichen "... " versehen sind. Vermutungsweise handelt es sich dabei um eine Art Vertragsnummer, was ebenfalls auf das Zusammgehören der einzelnen Seiten zu einer einheitlichen Vertragsurkunde schliessen lassen würde. Im Sinne eines Zwischenfazit ist festzuhalten, dass nach Würdigung der Urkunde gemäss act. 54/216 nicht von einem Missbrauch der echten Unterschrift von H._____ auszugehen ist. Daran ändert nichts, dass die Initialen im IMA vom 12. März 2007 nicht von H._____ stammen (vgl. Ziff. 3.2.1.2.3.4. hiernach). Selbst wenn erstellt wäre, dass die Nebenintervenientin ihre Initialen auf den Seiten eins bis sechs des IMA vom 12. März 2007 in einer Weise angebracht hätte, dass der Eindruck entstehen sollte, neben ihr und dem Kläger 1 hätte auch H._____ seine Initialen darauf angebracht – die Beklagte bringt in diesem Zusammenhang vor, zwischen den angeblich für "D1._____" und "D2._____" stehenden Initialen sei ein deutlicher Abstand freigelassen worden, wobei die Nebenintervenientin ihre Initialen normalerweise anders anbringe (act. 133 Rz. 117) –, wäre nicht dargetan, dass die Seite mit der echten Unterschrift von H._____ einem anderen Vertrag entnommen wurde. Weiterhin wäre nämlich nicht erklärt, wie das Blatt mit der echten Unterschrift von H._____ die gemäss der Seitennummerierung fünfte Seite eines lediglich drei bis vier Seiten umfassenden Vertrags hätte bilden können. 3.2.1.2.3.3. Aussagen von H._____ (Prot. S. 51 ff.; act. 48/3) Die Beklagte hat im vorliegenden Verfahren die Einvernahme von H._____ als Zeuge verlangt (act. 85 S. 5). Beide Parteien haben als Urkunde sodann das Protokoll der Zeugeneinvernahme von H._____ im Strafverfahren gegen die Nebenintervenientin vom 8. September 2008 (act. 48/3) als Beweismittel genannt (act. 83 S. 3 ff.; act. 85 S. 5).

- 50 - a) Glaubwürdigkeit von H._____ Zur Glaubwürdigkeit von H._____ ist zu bemerken, dass dieser unter dem Hinweis auf die Straffolgen einer Falschaussage gemäss Art. 307 Abs. 1 StGB (Prot. S. 51; act. 48/3 S. 1) ausgesagt hat. Als langjähriger Mitarbeiter stand H._____ allerdings in einem gewissen Naheverhältnis zur Beklagten und war dieser untergeordnet. Kurz vor seiner Zeugeneinvernahme im vorliegenden Verfahren hat er seine Anstellung bei der Beklagten gekündigt (Prot. S. 52). Auf die Frage, ob die Beklagte mit Bezug auf die Beweisverhandlung vom 28. März 2012 irgendwann an ihn herantreten bzw. ob inhaltlich über den Prozess diskutiert worden sei, antwortete er, das sei innerhalb der letzten fünf Jahre natürlich schon diskutiert worden; er habe die verschiedenen Unterschriften usw. gesehen; in den letzten zwei Jahren aber eigentlich kaum, und kurz vor der Verhandlung habe man nicht über diese gesprochen (Prot. S. 53). Bei einem für die Beklagte negativen Prozessausgang bzw. falls festgestellt würde, dass

H._____ das IMA vom 12. März 2007 (eventuell entgegen allfälliger interner Richtlinien) unterzeichnet hätte, wäre zudem zu bedenken, dass H._____ Ansprüche der Beklagten gegen- über sich selbst befürchten könnte. Seine Aussagen sind deshalb mit einer gewissen Vorsicht zu würdigen. b) Wesentlicher Inhalt der Zeugenaussage im vorliegenden Verfahren vom

E. 28

März 2012: Auf die Frage, ob er wisse, worum gehe, führte H._____ aus, es gehe um einen oder mehrere Kontrakte mit "performance guarantees", bezüglich derer behauptet werde, dass sie seine Unterschriften tragen würden (Prot. S. 54). Nach Vorhalt von act. 34 im Verfahren mit Prozess Nr. HG080025 sagte H._____ aus, das be- sagte Dokumente trage seine Unterschrift auf Seite fünf, die Initialen seien aber nicht von ihm gesetzt worden. Ferner verneinte er die Frage, ob er einen Vertrag mit einer "performance guarantee" unterschrieben habe (Prot. S. 54 ff.). Auf Vor- halt von act. 3/4 im Verfahren mit Prozess Nr. HG080025 erklärte H._____, bei der Unterschrift auf Seite fünf oberhalb seines Namens handle es sich nicht um seine Unterschrift. In Bezug auf act. 34 im Verfahren mit Prozess Nr. HG080025 antwortete H._____ auf die Frage, wie er sich erklären könne, dass auf den Sei-

- 51 - ten eins bis vier Initialen seien, von denen er sage, diese seien nicht von ihm, und eine Seite fünf existiere, wo er sage, dass sei seine Unterschrift, er könne nur spekulieren, weil er diesen Kontrakt nicht gemacht habe. Auf Nachfrage, ob er über diese Umstände nichts wisse, erklärte H._____, er könne das nicht erklären; aus seiner Sicht habe er diesen Kontrakt nie unterschrieben, aber die Unterschrift auf Seite fünf sei seine (Prot. S. 58 f.). Auf Vorhalt der Urkunde gemäss act. 54/216 führte H._____ aus, dass es sich dabei um das IMA vom 12. März 2007 handle, welches auf Seite fünf seine Un- terschrift trage. Die Initialen auf Seiten eins bis vier würden aber nicht von ihm stammen. Auf die Frage, wie er sich die Differenz zwischen seiner Aussage, dass die Initialen in diesem Vertrag nicht von ihm stammen würden, dass aber die Un- terschrift auf Seite fünf offenbar von ihm stamme, erkläre, antwortete er, das sei dasselbe wie beim anderen Papier [gemeint ist act. 34 im Verfahren mit Prozess Nr. HG080025]: er könne nur spekulieren, wie das passiert sei. Aber er sei sich zu 100 % sicher, dass er diesen Kontrakt niemals unterschrieben habe. Das sei ganz klar für ihn (Prot. S. 59 f.). Auf die Frage, ob H._____ schildern könne, wie es zu und her ging, wenn für eine andere Person "die zweite Unterschrift geliefert" werden musste bzw. ob er Kon- trakte oder nur die letzte Seite unterschrieben habe, antwortete er, Kontrakte ha- be er im Prinzip niemals unterschrieben, ohne dass sie von der internen Compli- ance-Abteilung kontrolliert worden seien. Offerten hätten sie schon gemacht. Die- se seien nie länger als zwei bis maximal drei Seiten gewesen. Die habe er immer durchgelesen, einfach weil er auch habe wissen wollen, was seine Kolleginnen im Sinne von Offerten machen würden. Das habe er immer gemacht. So einen Kon- trakt hätte er aus mehreren Ursachen niemals unterschrieben. Die Nebeninterve- nientin sei vielleicht ein- oder zweimal pro Monat mit einer Offerte oder so was zu ihm gekommen wegen einer zweiten Unterschrift. Die habe er aber immer durch- gelesen und dann meistens unterschrieben. Auf Nachfrage erklärte H._____, zu wissen, was Blankunterschriften seien, und auf weitere Nachfrage, dass er nie- mals für Kolleginnen oder Kollegen Blankunterschriften leisten würde. Auf die erneute Frage, ob er einen Vertrag mit einer "performance guarantee" unter-

- 52 - geschrieben habe, antwortete H._____, das würde er niemals machen (Prot. S. 61 f.). c) Wesentlicher Inhalt der Urkunde gemäss act. 48/3 Bei dieser Urkunde handelt es sich – wie erwähnt – um das Protokoll der Zeu- geneinvernahme von H._____ im Strafverfahren der Staatsanwaltschaft Zürich - Sihl gegen die Nebenintervenientin vom 8. September 2008. Auf Seite sieben erklärte H._____ auf die Frage, ob das IMA vom 12. März 2007 (Beilage 19a/1-8) seine Unterschrift trage, nachdem er jede Seite angesehen ha- be, könne er sagen, dass keine der Seiten seine Unterschrift trage. Die Frage, ob er die einzelnen Seiten signiert habe, verneinte er ebenfalls. Auch die Frage, ob er diesen Vertrag unterschrieben hätte, verneinte er; es sei wieder dasselbe; der Vertrag beinhalte eine "performance guarantee". Auf Vorhalt des IMA vom 12. März 2007 (Beilage 19b/1-8) und die Frage, ob dieser Vertrag seine Unter- schrift trage, entgegnete H._____, bis auf die letzte Seite habe er keine der Seiten unterschrieben. Die Frage, ob er die einzelnen Seiten signiert habe, verneinte er, und die Frage, ob er sicher sei, dass die letzte Seite seine Unterschrift trage, be- jahte er. Auf die Frage, wie er sich erkläre, dass der Vertrag 19b seine Unter- schrift trage, Vertrag 19a hingegen nicht, antwortete er, seine einzige Erklärung sei, dass die letzte Seite der Verträge, die er unterschrieben habe, in diesen Ver- trag hinein geschoben worden sei. Die Frage, ob er seine Unterschrift auf diese Verträge gesetzt habe, verneinte er und begründete dies auf Nachfrage damit, weil es eine "performance guarantee" habe. Auf die Frage, wie es komme, dass er nur Seite fünf (Beilage 3a/7) dieses Ver- trags unterzeichnet habe, entgegnete H._____ auf den Seiten drei und vier, sie [gemeint ist die Nebenintervenientin] sei damals mit drei oder vier Agreements zu ihm gekommen, die alle drei bis vier Seiten "dick" gewesen seien. Diese Verträge hätten ein "performance target" beinhaltet. Er habe sie gefragt, ob sie sich mit "Legal & Compliance" diesbezüglich besprochen habe. Sie habe sein Büro ver- lassen, sei eine gewisse Zeit später wieder gekommen und habe gesagt, dass sie sich bei "Legal & Compliance" erkundigt habe. Ob sie das wirklich getan habe,

- 53 - wisse er aber nicht. Danach sei sie mehrmals zu ihm gekommen und habe ihm mehrmals diese Verträge mit kleineren Änderungen erneut zur Unterschrift vorge- legt. Er habe diese Verträge immer durchgelesen. Das habe er ohnehin immer so gemacht. Diese Verträge hätten alle ein "performance target" zum Inhalt gehabt. Er habe diese Verträge jeweils unterschrieben, nachdem er sie gelesen habe. Er wisse nicht, was die Nebenintervenientin mit den anderen durch ihn unterzeichne- ten Seiten jeweils gemacht habe. Er habe leider nicht verlangt, dass sie sie ver- nichte. Er vermute, dass sie Seiten mit seiner richtigen Unterschrift einem Vertrag mit anderem Inhalt angeheftet habe. Er hätte nämlich niemals einen Vertrag mit einer "performance guarantee" unterschrieben. Das sei das letzte, was eine Bank machen würde. Auf Seite 13 wies Rechtsanwalt Z2._____, Verteidiger der Nebenintervenientin, darauf hin, dass auf Beilage 3a/7 das Datum und die Versions-Nummer ersichtlich seien und H._____ gesagt habe, er habe den Vertrag gelesen, bevor er unter- schrieben habe. Im Anschluss fragte er H._____, wie es möglich sei, dass dieser einen Vertrag, der durchnummeriert sei, unterschreibe und dieser mit einem an- deren Vertrag zusammengesetzt werde. Darauf antwortete H._____, er wisse es nicht. Auf Seite neun antwortet H._____ auf die Frage, gestützt auf welche Informatio- nen er die Zweitunterschrift auf diesen Formularen ["Funds Transfer"] gemacht habe, dass normalerweise ein Fax oder Brief im Original beigelegt habe. Manchmal habe man Zahlungen auf telefonische Anweisung hin gemacht. Bei grösseren Beträgen sei das aber nicht ganz normal gewesen. Im Fall der Neben- intervenientin sei es so gewesen, dass die Anweisungen auf Chinesisch gewesen seien. Da er kein Chinesisch könne, habe er die Anweisungen nicht überprüfen können. Er habe der Nebenintervenientin vertraut. Auf die

Frage, ob es sein könne, dass er diese beiden Formulare [zwei "Funds Transfer" je vom 12. Dezember 2006] ohne vorgängige Akteneinsicht unterzeichnet habe, entgegnete H._____, das sei schon möglich. Auf die Frage, weshalb er seine Unterschrift ohne vorgängiges Aktenstudium geleistet habe, antwortete er, wenn das der Fall gewesen sei,

- 54 - dann deshalb, weil er Vertrauen zu ihr [gemeint ist die Nebenintervenientin] gehabt habe. Er habe schon mehrere Jahre mit ihr gearbeitet. Auf Seite 17 antwortet H._____ auf die Frage von Rechtsanwalt Z2._____, welche Rendite er – H._____ – den Kunden für die Jahre 2006 und 2007 in Aussicht gestellt habe, er "mache" keine Jahresrenditen, weil das unmöglich sei. Bei Anlagen über fünf Jahren rede er von einer Jahresrendite von durchschnittlich 7 bis 8 %. d) Glaubhaftigkeit und Würdigung der Aussagen von H._____ Auffallend ist, dass H._____ in seiner Zeugenaussage im vorliegenden Verfahren keine Begründung mehr liefert bzw. nicht spekulieren will, wie es dazu gekommen sein soll, dass das IMA vom 12. März 2007 seine Unterschrift trägt, obwohl er dieses nicht unterschrieben haben will. Die Behauptung, seine Unterschrift sei einem anderen Vertrag entnommen worden, stellte er lediglich in seiner Einvernahme als Zeuge im Strafverfahren gegen die Nebenintervenientin vom 8. September 2008 auf, worauf die Kläger zu Recht hinweisen. Die Beklagte macht geltend, dass H._____ auf Nachfrage bestätigt habe, niemals Blankounterschriften gegeben zu haben (act. 133 Rz. 78 f.; Prot. S. 61 f.). Mit den Klägern ist indessen davon auszugehen (act. 132 Rz. 11), dass diese Behauptung im Widerspruch zur Schilderung von H._____ in seiner Zeugeneinvernahme im Strafverfahren gegen die Nebenintervenientin vom 8. September 2008 steht, möglicherweise auch Dokumente ohne vorheriges Aktenstudium unterzeichnet zu haben, weil er der Nebenintervenientin vertraut habe (act. 48/3 S. 9). Weiter steht die Behauptung, niemals Blankounterschriften gegeben zu haben, im Widerspruch zu den Aussagen von K._____ im selben Strafverfahren (vgl. Ziff. 3.2.1.2.3.5. hier-nach). Selbst wenn die Beklagte belegen könnte, dass H._____ niemals seine Unterschrift unter einen nicht gelesenen Vertrag setzen würde oder gar wissentlich einen Vertrag mit einer "performance guarantee" für die Beklagte eingegangen wäre, wäre schliesslich nicht erklärt, wie die echte Unterschrift von H._____ auf das IMA vom 12. März 2007 gelangen konnte. Zur Aussage von H._____ betreffend seine echte Unterschrift im IMA vom 12. März 2007, wonach seine einzige Erklärung sei, dass die letzte Seite der Verträge, die er unterschrieben habe, in

- 55 - diesen Vertrag hineingeschoben worden sei, führt die Beklagte aus, mit Verträgen, die er unterschrieben habe, habe H._____ Verträge mit einem "performance target" gemeint, die drei bis vier Seiten umfasst hätten (act. 133 Rz. 94). Wie bereits erwähnt, ist diese Sachdarstellung nicht überzeugend, da die unterschriebene Seite gemäss Nummerierung die fünfte eines Vertrags ist, die erwähnten Verträge mit einem "performance target" gemäss dem beklagischen Standpunkt jedoch lediglich drei bis vier Seiten umfasst haben. Eine schlüssige Erklärung, weshalb das IMA vom 12. März 2007 (act. 54/216) mit der echten Unterschrift von H._____ versehen ist, obwohl er diesen Vertrag nicht unterschrieben haben will, ist den Aussagen von H._____ somit nicht zu entnehmen. In den wesentlichen Punkten erscheinen die Aussagen von H._____ demnach als wenig glaubhaft. e) Zwischenfazit Die Aussagen von H._____ deuten darauf hin, dass dessen echte Unterschrift im IMA vom 12. März 2007 (act. 54/216 bzw. act. 3/4) keinem anderen Vertrag entnommen wurde, sondern legen nahe, dass er dieses – allenfalls ohne vorgängige Durchsicht – unterzeichnet hat. 3.2.1.2.3.4. Gutachten vom 7. Mai 2012 gemäss act. 127 Zur Frage, ob die Initialen von H._____ im IMA vom 12. März 2007 gefälscht

sind, offerierte die Beklagte ein Gutachten als Beweismittel (act. 85 Rz. 12). Nach Erteilung der notwendigen Hinweise durch das Gericht (Prot. S. 63 ff.; act. 119) wurde es durch den ernannten Gutachter I._____ erstellt. Entgegen der Ansicht der Beklagten ist durch den Umstand, dass die Initialen auf dem IMA vom 12. März 2007 nicht von H._____ stammen, nicht erstellt, dass die Beklagte die Echtheit des IMA vom 12. März 2007 gemäss act. 54/216 zu Recht bestritten hat (act. 133 Rz. 84). Gemäss dem Gutachten ergeben sich zwar keine Anhaltspunkte, dass sich im IMA vom 12. März 2007 (act. 54/216) Initialen befinden, bei welchen es sich um solche von H._____ handelt. Ebenso wenig wird indessen davon ausgegangen, dass auf ihn lautende Fälschungen vorliegen (act. 127 S. 12). Die Beklagte macht geltend, aus der Tatsache allein, dass sich

- 56 - auf einer einzelnen Seite eines insgesamt acht Seiten umfassenden Dokuments die Unterschrift von H._____ befinde, könne nicht geschlossen werden, dass dieser auch tatsächlich das fragliche Dokument unterzeichnet und eine dem Inhalt der Urkunde entsprechende Willenserklärung abgegeben habe (act. 133 Rz. 84). Der damit implizit vorgebrachten Auffassung der Beklagten, wonach von einer dem Inhalt einer Urkunde entsprechenden Willenserklärung lediglich dann ausgegangen werden könnte, wenn jede Seite signiert wäre, kann nicht gefolgt werden. Vielmehr ist für eine solche Zurechnung ausreichend, wenn am Ende des Dokuments die Unterschrift angebracht wird. Wenn unbestritten ist, dass H._____ eine Seite des IMA unterschrieben hat, ist auch unbestritten, dass H._____ eine Willenserklärung abgegeben hat. Naheliegend ist, dass die Willenserklärung für den Inhalt der Urkunde abgegeben wurde, unter welche sie gesetzt wurde. Das Fehlen der Initialen von H._____ stellt weder eine Voraussetzung für die Gültigkeit des IMA noch ein Indiz für dessen Unechtheit dar. Im Gutachten wird ausgeführt, dass bei der ESDA-Untersuchung der fraglichen Dokumente auf fast allen Blättern latente Schreibdruckrillen sichtbar gemacht werden könnten. Diese würden zum grossen Teil von Initialen und Unterschriften sowie weiteren handschriftlichen Einträgen auf andern Blättern des gleichen Dokumentes stammen. Das bedeute, dass die Blätter mit den sichtbar gemachten Schreibdruckrillen bei der Erstellung dieser Schreibleistungen als Schreibunterlagen gedient hätten (act. 127 S. 7). Die Kläger folgern daraus, dass alle Blätter der Urkunde gemäss act. 54/216 zusammen ein einheitliches Dokument darstellen (act. 132 Rz. 9). Ob dies der Fall ist, hatte der Gutachter indessen nicht zu prüfen. Jedenfalls kann mit dem Gutachten der Beweis aber nicht erbracht werden, dass die Initialen von H._____ im IMA vom 12. März 2007 gemäss act. 54/216 (bzw. act. 3/4) gefälscht sind. Dieser Beweis hätte im Übrigen ohnehin höchstens ein Indiz für die beklagliche Behauptung dargestellt, dass die Unterschrift von H._____ im IMA vom 12. März 2007 gemäss act. 54/216 bzw. act. 3/4 einem anderen Vertrag entnommen wurde.

- 57 - 3.2.1.2.3.5. Aussagen von K._____ (act. 48/5) Beide Parteien haben als Urkunde das Protokoll der Zeugeneinvernahme von K._____ im Strafverfahren gegen die Nebenintervenientin vom 12. September 2008 (act. 48/5) als Beweismittel genannt (act. 83 S. 5.; act. 85 S. 5). a) Glaubwürdigkeit von K._____ K._____ sagte ebenfalls unter dem Hinweis auf die Straffolgen einer Falschaussage gemäss Art. 307 Abs. 1 StGB aus (act. 48/5 S. 1). Als Arbeitnehmerin der Beklagten steht sie dieser zwar auch nicht neutral gegenüber. Es sind indessen keine Gründe ersichtlich, weshalb sie nicht wahrheitsgetreu hätte aussagen sollen. b) Wesentlicher Inhalt der Urkunde gemäss act. 48/5 Bei dieser Urkunde handelt es sich – wie erwähnt – um das Protokoll der Zeugeneinvernahme von K._____ im Strafverfahren der Staatsanwaltschaft Zürich - Sihl gegen die

Nebenintervenientin vom 12. September 2008 (act. 48/5). Auf Seite acht bejahte K. _____ die Frage, ob zwischen der Nebenintervenientin, J. _____ und dem Kläger 1 Verträge abgeschlossen worden seien. Sie wisse nicht, ob diese Verträge noch von einem weiteren Mitarbeiter der Beklagten un- terzeichnet worden seien. Auf die Frage, woher sie wisse, dass Verträge abge- schlossen worden seien, entgegnete sie, sie habe das irgendwo gesehen. Auf die Frage, ob H. _____ die Verträge mitunterzeichnet habe, antwortete sie, H. _____ habe viele Sachen unterschrieben. Bei diesen Verträgen wisse sie aber nicht, ob er unterschrieben habe. Sie sei schon lange bei der Beklagten und H. _____ habe grosses Vertrauen in sie. Wenn sie ihm Unterlagen gebracht habe, habe er sie deswegen auch unterschrieben, ohne sie zu lesen. Diese spezifischen Verträge habe sie ihm aber nicht gebracht. Auf die Frage, weshalb sie ihm diese Verträge nicht gebracht habe, antwortete K. _____, weil sie sie nicht vorbereitet habe. Auf Seite 16 f. nannte K. _____ auch den Namen H. _____ als Antwort auf die Frage, wen sie informiert habe über ihr "komisches" Gefühl betreffend die vorge-

- 58 - fallenen Sachen. Auf Nachfrage erklärte sie, sie habe dieses Gefühl schon im Februar 2007 gehabt. Die Frage, ob sie zu H. _____ gesagt habe, dass er mit der Zweitunterschrift vorsichtiger sein solle, bejahte sie. c) Glaubhaftigkeit und Würdigung der Aussagen von K. _____ Die Ausführungen von K. _____ sind klar und ohne Widersprüche. Wenn H. _____ aufgrund seines grossen Vertrauens zu K. _____ Unterlagen, die sie ihm gebracht hat, unterschrieben hat, auch ohne diese zu lesen, heisst das, dass er seine Un- terschrift auch unter nicht gelesene Dokumente setzte, wenn er der Person, wel- che ihm diese vorlegte, vertraute. Dies räumte er im Fall der Nebenintervenientin denn auch selbst ein, indem er in seiner Zeugeneinvernahme im Strafverfahren gegen die Nebenintervenientin vom 8. September 2008 auf die Frage, weshalb er seine Unterschrift ohne vorgängiges Aktenstudium geleistet habe, antwortete, wenn das der Fall gewesen sei, dann deshalb, weil er Vertrauen zu ihr [gemeint ist die Nebenintervenientin] gehabt habe. Die Urkunde gemäss act. 48/5 spricht somit ebenfalls nicht dafür, dass die Unter- schrift von H. _____ im IMA vom 12. März 2007 gemäss act. 54/216 bzw. act. 3/4 einem anderen Vertrag entnommen wurde. Vielmehr ist aufgrund der Aussagen von H. _____ davon auszugehen, dass dieser entgegen seinen eigenen Äusse- rungen seine Unterschrift auch unter nicht gelesene Urkunden setzte. 3.2.1.2.3.6. Widersprüchliches Verhalten im Prozess (§ 148 ZPO/ZH) In der Duplik weist die Beklagte darauf hin, dass sich die Sachdarstellung der Kläger in der Klageschrift mit jener in der Replik nicht decken würde (act. 47 Rz. 95). Mit der Klageschrift führen die Kläger aus, nach Austausch diverser E- Mails zwischen der Nebenintervenientin und J. _____ habe die Beklagte dem Klä- ger 1 mit Schreiben vom 31. Januar 2007 das sog. IMA für das Konto Nr. 3 "A. _____" zur Unterzeichnung zugesandt, wobei das Dokument seitens der Be- klagten bereits durch H. _____ sowie die Nebenintervenientin unterzeichnet ge- wesen sei (act. 1 Rz. 23). Der Kläger habe das IMA seinerseits unterzeichnet, wobei er in Ziff. 5.1. der Vereinbarung das Datum vom 28. Februar 2007 auf

- 59 - 13. März 2007 abgeändert habe, und der Beklagten zurück gesandt (act. 1 Rz. 24). Dem Schreiben der Nebenintervenientin vom 31. Januar 2007 an den Kläger 1 liegt indessen eine Version des IMA bei, welche unter Ziff. 5.1. gar kein Datum enthält, welches hätte abgeändert werden können (act. 3/18). Dabei handelt es sich um das IMA vom 6. Februar 2007 (act. 38/210), auf welches sich die Kläger erst in der Replik beziehen, worauf die Beklagte zu Recht hinweist. Die Kläger führen aus, der Kläger 1 habe das IMA am 6.

Februar 2007 in den Niederlanden unterschrieben und der Nebenintervenientin persönlich übergeben, als er am 7. Februar 2007 bei der Beklagten in Zürich geweiht sei. Die Nebenintervenientin habe das IMA seitens der Beklagten unterzeichnet, habe auch H. _____ kollektiv unterzeichnen lassen und das vollständig unterzeichnete IMA dem Kläger 1 anschliessend wieder mitgegeben. Danach seien weitere Abklärungen und Präzisierungen erfolgt bis zur finalen Version vom 12. März 2007, welche der Kläger 1 unterzeichnet und an die Beklagte gesandt habe (act. 27 Rz. 73 ff.). Die Beklagte macht geltend, der Kläger 1 widerspreche sich damit selber, habe er doch anlässlich seiner Zeugeneinvernahme vom 4. Februar 2008 im Strafverfahren gegen die Nebenintervenientin ausgeführt, der Vertrag sei in Holland unterzeichnet worden, wobei er glaube, dass die Nebenintervenientin anwesend gewesen sei (act. 47 Rz. 100). Da der Kläger 1 seine Unsicherheit über die Anwesenheit der Nebenintervenientin selbst zum Ausdruck brachte, ist dieser Aussage keine grosse Bedeutung zuzumessen. Auch die weiteren Ungereimtheiten fallen nicht derart ins Gewicht, dass sie am Beweisergebnis etwas ändern würden. Dass mit der Klageschrift eine verkürzte und teilweise falsche Sachverhaltsdarstellung wiedergegeben wurde, ändert somit nichts an der Tatsache, dass die Beweislage gegen die Entnahme der echten Unterschrift von H. _____ im IMA vom 12. März 2007 gemäss act. 54/216 aus einem anderen Vertrag spricht.

- 60 - In ihrer Eingabe vom 1. März 2010 führt die Beklagte weiter aus, angesichts der widersprüchlichen "Aussagen" der Kläger müsse ernsthaft in Frage gestellt werden, ob es sich bei dem als act. 54/216 eingereichten Dokument tatsächlich um das Original von act. 3/4 handle. Wie das angebliche Original des IMA vom 12. März 2007 nun doch in ihren Besitz gekommen sein solle, würden die Kläger bezeichnenderweise nicht erklären. Die Beklagte bestreite daher vorsorglich, dass es sich bei act. 54/216 tatsächlich um das Original des IMA vom 12. März 2007 gemäss act. 3/4 handle. Jedenfalls verstosse das klägerische Verhalten in krasser Weise gegen das Gebot von Treu und Glauben und sei im Rahmen von § 148 ZPO/ZH zu würdigen (act. 71 Rz. 7 ff.). Bei der Urkunde gemäss act. 54/216 handelt es sich entgegen der Ansicht der Beklagten um das Original der Urkunde gemäss act. 3/4 (vgl. Ziff. 2.10.3. hiervor). Mit der Beklagten ist indessen davon auszugehen, dass die Kläger im Zusammenhang mit der Einreichung des Originals der Urkunde gemäss act. 3/4 ebenfalls widersprüchliche Sachdarstellungen machen. So erklären sie mit Eingabe vom 12. Januar 2009, sie würden auf gerichtliche Aufforderung hin die Einreichung der Originale der IMA offerieren (act. 32 Rz. 7). Nachdem diese Aufforderung erfolgt war (Prot. S. 13 f.; act. 34), führen sie mit Eingabe vom 6. Februar 2009 dann aber aus, sie verfügten über keine Originale der beiden IMA vom 12. März 2007 gemäss act. 3/4 und act. 3/19 (act. 37 Rz. 3 ff.). Im Widerspruch dazu reichen die Kläger mit Eingabe vom 28. Mai 2009 das Original der Version des IMA gemäss act. 3/4 ein (act. 53; act. 54/216, vgl. act. 62 Rz. 10). Der Hauptwiderspruch in der Darlegung der Sachlage durch die Kläger besteht in ihren wechselnden Angaben zur Frage, ob sie nun im Besitz eines Originals des IMA vom 12. März 2007 (act. 3/4) waren. Seit der Einreichung dieses Originals (act. 54/216) ist klar, dass dies der Fall war. Wie erwähnt geht es bei der Würdigung des Verhaltens der Parteien im Prozess nicht darum, ein bereits vorliegendes Beweisergebnis umzustossen, sondern lediglich um dessen Ergänzung und das Ausfüllen von Lücken. Aus dem Verhalten der Kläger kann die Beklagte somit nichts für sich ableiten; auch dieser Widerspruch ändert nichts an der Tatsache, dass die Beweislage gegen die Entnahme der echten Unterschrift von H. _____ im IMA vom 12. März 2007 aus einem anderen Vertrag spricht.

- 61 - 3.2.1.2.3.7. Fazit zur Würdigung Nach Würdigung der genannten und abgenommenen Beweismittel steht für das Gericht fest, dass die echte Unterschrift von H. _____ im IMA vom 12. März 2007 gemäss act. 54/216 keinem anderen Vertrag entnommen wurde. Dass die Neben- intervenientin in gewissen Fällen Unterschriften, u.a. jene von H. _____, gefälscht hat, ändert daran ebenso wenig wie die weiteren Vorbringen der Beklagten in ihrer Stellungnahme zum Beweisergebnis (Ausführungen zu act. 3/19, obwohl diese Urkunde in der Beweisantretungsschrift nicht als Beweismittel genannt wird; E- Mails seien vom privaten Account der Nebenintervenientin versandt worden; Un- gewöhnlichkeit des Vertragsinhalts des IMA; Bezeichnung der Kontoauszüge; später abgeschlossener Standardvermögensverwaltungsvertrag; kein Original des IMA im Besitz der Beklagten; act. 133); auch vor dem Hintergrund dieser Ausführungen der Beklagten ist nicht ersichtlich, wie die echte Unterschrift von H. _____ unter einen Vertrag gekommen sein sollte, den er angeblich nicht unterschrieben haben will. Insbesondere überzeugt die beklagtsche Sachdarstellung nicht, wo- nach die Seite mit der echten Unterschrift von H. _____ im IMA gemäss act. 54/216, welche die Seitenzahl fünf aufweist, einem lediglich drei bis vier Sei- ten umfassenden Vertrag mit einem "performance target" entnommen worden sei. Denn ein drei bis vier Seiten umfassender Vertrag weist naturgemäss keine fünfte Seite auf. Erstellt ist indessen, dass H. _____ aufgrund seines Vertrauens zur Nebenintervenientin auch Dokumente unterschrieben hat, ohne diese vorgängig durchzusehen. Nach eigener Aussage hat er sogar chinesische Zahlungsanwei- sungen unterzeichnet, obwohl er der chinesischen Sprache gar nicht mächtig ist (vgl. act. 48/3 S. 9). Folglich ist davon auszugehen, dass neben der Nebeninter- venientin auch H. _____ das IMA vom 12. März 2007 gemäss act. 54/216 na- mens der Beklagten unterzeichnet hat. Ob er dies wissentlich oder durch Abgabe seiner Unterschrift unter einen nicht gelesenen Vertrag getan hat, ist für die Frage des Zustandekommens des Vertrags nicht von Relevanz. Weil das Gericht in Würdigung von Beweisen zur Überzeugung gelangt, dass die streitige Behauptung der Beklagten (betreffend die Entnahme der echten Unter-

- 62 - schrift von H. _____ aus einem Vertrag) widerlegt ist, wird die Beweislastverteilung nach der erwähnten bundesgerichtlichen Rechtsprechung gegenstandslos. 3.2.1.3. Unterzeichnung des IMA vom 12. März 2007 mit Wirkung für die Beklagte 3.2.1.3.1. Behauptungen der Parteien Die Beklagte erklärt, die (Feststellungs-)Klage sei auch mangels Gutgläubigkeit der Kläger abzuweisen (act. 10 Rz. 8). Die Kläger hätten erkannt bzw. bei gehöri- ger Sorgfalt erkennen müssen, dass das Handeln der Nebenintervenientin nicht durch die Interessen und den Willen der Beklagten habe gedeckt sein können (act. 10 Rz. 44). Der geschäftserfahrene Kläger 1 und damit auch die Klägerin 2 hätten wissen müssen, dass eine Bank im Vermögensverwaltungsgeschäft nur ih- re eigenen Vertragstexte, gedruckt auf den nach ihren Standards erstellten For- mularen, akzeptiere. Sie hätten wissen müssen, dass bei einer Änderung der ge- schäftsüblichen Vertragstexte zu ihren Gunsten jedenfalls das "Legal & Compli- ance" Team der Bank hätte involviert werden müssen, und sie hätten auch wissen müssen, dass, wenn überhaupt, eine Änderung der üblichen Vertragstexte jeden- falls von der Geschäftsleitung zu genehmigen gewesen wäre und nicht zwei Kun- denberater von einem ausländischen Anwaltsbüro verfasste individuelle Vereinba- rungen mit Wirkung für die Beklagte hätten eingehen können (act. 10 Rz. 45; act. 47 Rz. 10). Das gelte in besonderem Masse für eine "performance guaran- tee" (act. 10 Rz. 46). Es sei auch den Klägern aufgefallen, dass das angebliche IMA untypisch gewesen sei. Zumal ihnen die Nebenintervenientin mitgeteilt habe: "[...] the guarantee is a special offer only offered to you and ... [gemeint ist der Kläger 1], it is not standard or usual practice that

we offer asset management service with guaranteed performance to everyone [...]". Umso mehr hätten die Kläger wissen müssen, dass bei einer Änderung der geschäftsüblichen Vertragstexte zu ihren Gunsten jedenfalls das "Legal & Compliance" Team der Bank hätte involviert werden müssen, und sie hätten auch wissen müssen, dass, wenn überhaupt, eine Änderung der üblichen Vertragstexte jedenfalls von der Geschäftsleitung zu genehmigen gewesen sei. Die Kläger hätten gewusst, dass die Beklagte überhaupt keine "performance guarantees" abgebe. Den Klägern habe auch auffallen müssen, dass ein Regelwerk mit einer solchen Tragweite für die Beklagte nicht

- 63 - innerhalb von ein paar Stunden sowohl von "Legal & Compliance" habe geprüft wie auch von der Geschäftsleitung genehmigt werden können. Offen bleiben müsse, ob auch beim IMA vom 6. Februar 2007 ein Zusatz eingefügt worden sei, gemäss dem das IMA habe beendet werden sollen, wenn die Kontobeziehung nicht mehr unter der Verantwortung der Nebenintervenientin stehen würde – dies sei der Fall betreffend das angebliche IMA von J._____ vom 31. Januar 2007 –, da das IMA vom 6. Februar 2007 einen Schedule 1 aufführe, der jedoch bei der entsprechenden klägerischen Beilage gemäss act. 3/18 nicht eingereicht worden sei. Wäre dies zutreffend, wobei in diesem Fall zu fragen wäre, weshalb der Schedule 1 nicht eingereicht worden sei, so hätte den Klägern auffallen sollen, dass die Beklagte keinen Willen zum Abschluss des IMA hätte haben können; dies umso mehr, als die involvierten Rechtsanwälte J._____ bzw. dem Kläger 1 mitgeteilt hätten: "[...] you are not doing business with her but with the bank." (act. 47 Rz. 82; act. 71 Rz. 152; act. 133 Rz. 139). Es werde vorsorglich behauptet, dass die Anwälte von L._____ bei ihrer Überprüfung der Vertretungsverhältnisse darauf hingewiesen hätten, dass der Vertrag mit einer "performance guarantee" bankunüblich sei und daher jedenfalls nicht von Personen habe unterschrieben werden dürfen, die nicht Mitglieder der Geschäftsleitung der Beklagten seien. Auch werde vorsorglich behauptet, dass L._____ in ihrer Antwort darauf hingewiesen hätten, dass das Vertrauen auf die handelsrechtlichen Verhältnisse nur bei Gutgläubigkeit zulässig sei (act. 10 Rz. 104; act. 47 Rz. 310). Auch der Umstand, dass sämtliche E-Mails im Zusammenhang mit den angeblichen Offerten bis hin zu den angeblichen Vertragsschlüssen vom privaten E-Mail-Account der Nebenintervenientin erfolgt seien, bedeute einzig, dass die angeblichen Vertragsverhandlungen bzw. ein allfällig späterer Vertragsschluss nicht im Interesse der Beklagten habe liegen können, ansonsten es keinen Grund gegeben hätte, die Korrespondenz nicht über den geschäftlichen E-Mail-Account zu führen, zumal die Nebenintervenientin die Möglichkeit gehabt hätte, auch von extern auf den geschäftlichen E-Mail-Account zuzugreifen. Dies alles hätte den geschäftserfahrenen Klägern auffallen müssen. Dass ein Prokurist komplexe Verträ-

- 64 - ge über sein privates E-Mail-Account versende, habe den geschäftserfahrenen Kläger 1 stutzig machen müssen (act. 47 Rz. 80; act. 71 Rz. 153 ff.; act. 133 Rz. 138). Die Kläger hätten erkennen müssen, dass die in ihr Banklagernd-Dossier gelegten und von ihnen von Zeit zu Zeit behändigten Kontoauszüge als "Non Discretionary Mandate" geführt gewesen seien, d.h. dass die Beklagte nicht von der Existenz eines Vermögensverwaltungsvertrags ausgegangen sei (act. 10 Rz. 48). Der Umstand, dass die Kläger plädieren würden, der Kläger 1 habe am 30. Mai 2007 den Standardvermögensverwaltungsvertrag der Beklagten unterschrieben, ohne dass er einen formellen Vorbehalt der Weitergeltung des IMA gemacht hätte, lege nahe, dass die Kläger selbst nicht an den gültigen Abschluss des IMA vom 12. März 2007 geglaubt hätten (act. 10 Rz. 49). Was die Kläger als klägerische Beilage

210 (act. 38/210) als Original der Kopie gemäss Klagebeilage 18 (act. 3/18) ins Recht legen würden, erheische auch einige Bemerkungen. So enthalte das Original den angeblichen Begleitbrief gemäss act. 3/18 nicht. Das Original enthalte zudem nur zwei original angebrachte Kurzzeichen. Weitere Kurzzeichen, unter anderem offenkundig jenes von J._____, würden sich auf anderen Seiten finden. Wäre das Original wirklich paraphiert, müsste es drei Kurzzeichen enthalten, zwei von den Personen der Beklagten und eines vom Kläger 1. Ferner stimme die Reihenfolge von act. 3/18 und act. 38/120 nicht überein. Schliesslich seien die Titelseite und weitere Seiten unprofessionell dargestellt. Es stelle sich die Frage, ob der Kläger 1 wirklich habe glauben können, es handle sich bei einem solcherart zusammengebastelten Dokument um ein Dokument aus dem Haus der Beklagten, einer Privatbank im Herzen von Zürich (act. 47 Rz. 27). Die Beklagte beanstandet – dieses Mal ohne Bezugnahme auf den guten Glauben der Kläger – schliesslich, die Nebenintervenientin habe weder die Entwürfe noch das Endresultat des IMA dem "Legal & Compliance" Team unterbreitet. Selbst wenn sie die Behauptung aufstelle, die Renditegarantie mit verschiedenen Portfoliomanagern diskutiert zu haben und diese ihr gesagt hätten, es sei realistisch, das zu erzielen, so bedeute das nicht, dass die Kundenberater eine solche

- 65 - "performance guarantee" auch hätten abschliessen dürfen. Dem Kundenberater werde nicht die Freiheit gelassen, auch Verträge zu schliessen, die die Beklagte in grösstem Masse schädigen könnten (act. 47 Rz. 89). Auf die entsprechenden klägerischen Entgegnungen ist im Rahmen der Würdigung einzugehen, soweit sich dies als erforderlich erweist. 3.2.1.3.2. Rechtliches 3.2.1.3.2.1. Vertretungsmacht und Vertretungsbefugnis Die zur Vertretung befugten Personen können gemäss Art. 718a Abs. 1 OR im Namen der Gesellschaft alle Rechtshandlungen vornehmen, die der Zweck der Gesellschaft mit sich bringen kann. Eine Beschränkung dieser Vertretungsbefugnis hat gemäss Art. 718a Abs. 2 OR gegenüber gutgläubigen Dritten grundsätzlich keine Wirkung. Das Bundesgericht fasst die Zweckgrenze in seiner Rechtsprechung weit auf. Nur Geschäfte, die der Zweck nicht mit sich bringen kann, d.h. die durch diesen geradezu ausgeschlossen sind, liegen jenseits der Zweckgrenze (Watter, in: BSK OR II, Art. 718a N 3 mit Verweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung). Bei der Vertretung geht es einerseits darum, inwieweit jemand berechtigt ist, für die Gesellschaft rechtlich verbindlich aufzutreten (Frage der Vertretungsbefugnis) und andererseits um die Frage, inwieweit das rechtsgeschäftliche Handeln im Namen der Gesellschaft dieser zuzurechnen ist (Frage der Vertretungsmacht). Während die Vertretungsmacht den Bereich des rechtlichen Könnens bezeichnet, befasst sich die Vertretungsbefugnis mit dem rechtlichen Dürfen des Vertreters oder Organs (Meier-Hayoz/Forstmoser, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 11. Aufl., Bern 2012, § 2 N 115). Wird ein Vertrag durch gemäss Handelsregistereintrag zeichnungsberechtigte Personen im Namen der Gesellschaft abgeschlossen, wird diese berechtigt und verpflichtet. Dass der Vertrag gegebenenfalls nicht in ihrem Interesse liegen könnte, ändert an ihrer Stellung als Vertragspartei nichts. Gesellschaftsintern macht sich das Vertretungsorgan verantwortlich, wenn es schädigende Geschäfte abschliesst, die ausserhalb seiner Kompetenzen liegen (Watter, in: BSK OR II, Art. 718a N 7). Im externen Verhältnis ist aber von Bedeutung, dass die Vertretungsmacht weitergehen kann als die

- 66 - (intern allfälliger beschränkter) Vertretungsbefugnis. Solange eine fragliche Handlung innerhalb des objektiv verstandenen Gesellschaftszwecks liegt, wird somit die Gesellschaft durch sie berechtigt und verpflichtet. Andernfalls müsste jeder potentielle Vertragspartner

einer juristischen Person vor Vertragsschluss jeweils abwägen, ob der abzuschliessende Vertrag im Interesse der Gegenpartei erfolgt, was oftmals nicht möglich ist. In diesem Sinne können zeichnungsberechtigte Personen auch für eine Gesellschaft unvorteilhafte Verträge abschliessen, soweit sie sich noch im (sehr weiten) vom Gesellschaftszweck erfassten Bereich bewegen. Mit Urteil vom 3. Juli 2000 (BGE 126 III 361) hat das Bundesgericht festgehalten, ein Konflikt zwischen den Interessen der juristischen Person und jenen des handelnden Organs vermöge die Vertretungsmacht zu begrenzen, wenn er für den Dritten erkennbar gewesen sei oder dieser ihn wenigstens bei gebührender Sorgfalt hätte erkennen müssen. Ein Teil der Lehre postuliert weitergehend, dass interessen- und pflichtwidriges Handeln stets ausserhalb der Organvollmacht liege (Watter, in: BSK OR II, Art. 718a N 5). Nach dieser Lehre ist zu untersuchen, ob eine Kundgabe einer nicht existierenden (oder begrenzten) Organvollmacht im Handelsregister oder anderswo stattgefunden hat und ob der gute Glaube des Dritten den Mangel in der Vollmacht heilen kann, was wiederum zur Frage führt, ob der Dritte mit der nötigen Sorgfalt handelte (Watter, in: BSK OR II, Art. 718a Rz. 9). Das Bundesgericht hat mit Urteil vom 8. April 2008 (4A_357/2007) indes festgehalten, der Umstand, dass das Handeln des Vertretungsberechtigten allenfalls nicht im Gesellschaftsinteresse oder sogar ausschliesslich im Interesse des Handelnden liege, habe keinen Einfluss darauf, dass die Gesellschaft durch die entsprechenden Handlungen verpflichtet werde. In diesem Sinne seien Handlungen der gemäss Handelsregistereintrag zur Vertretung ermächtigten Personen der Gesellschaft unabhängig davon zuzurechnen, ob die entsprechenden Organe die gesellschaftsinternen Kompetenz- und Handlungsrichtlinien beachtet hätten. Das Bundesgericht hält somit an der Unterscheidung zwischen Vertretungsmacht und Vertretungsbefugnis fest (Peyer, Vertretung der Aktiengesellschaft: Wirkung der Vertretungsmacht und einer Beschränkung der Vertretungsbefugnis - Besprechung des Urteils 4A_357/2007 des schweizerischen Bundesgerichts vom 8. April

- 67 - 2008, in: GesKR 2008 383). Während das Vorliegen des guten Glaubens beim Dritten gemäss der einen Ansicht den Mangel in der Vollmacht heilt, bewirkt dessen Fehlen nach der anderen Ansicht eine Beschränkung der Vertretungsmacht. Jedenfalls ist die zentrale Frage somit aber diejenige nach dem guten Glauben des Dritten (Watter, in: BSK OR II, Art. 718a N 10).

3.2.1.3.2.2. Der gute Glaube a) Im Allgemeinen Der gute Glaube wird vermutet (Art. 3 ZGB). Diese Bestimmung stellt nicht eine gesetzliche Vermutung auf, sondern eine einfache Regel der Beweislast: es muss nicht der gute, sondern der böse Glaube bewiesen werden. Die Partei, der die Beweislast zufällt, kann entweder die Vermutung des guten Glaubens zerstören, indem sie die Kenntnis des juristischen Mangels durch die gegnerische Partei und infolgedessen deren bösen Glauben beweist oder die Vermutung zulassen, aber in Übereinstimmung mit Art. 3 Abs. 2 ZGB darlegen, dass die andere Partei unter den gegebenen Umständen nicht gutgläubig sein konnte. Auf den guten Glauben kann sich somit nicht berufen, wer die Aufmerksamkeit vermissen lässt, die aufgrund der Umstände zu verlangen ist (BGE 119 II 23 25 E.3.a = Pra 84 (1995) Nr. 10). Aus Verkehrsschutzüberlegungen werden an die Sorgfalt des Dritten keine hohen Anforderungen gestellt. Eine Erkundigungspflicht bei der AG oder anderen Organen besteht gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nur, wenn sich Indizien einer mangelnden Vertretungsbefugnis zu einem an Sicherheit grenzenden Verdacht verdichten; nicht notwendig ist, dass sich eine Vertragspartei zum Schutz ihres guten Glaubens von den zur Vertretung der Gesellschaft befugten Personen einen entsprechenden Verwaltungsratsbeschluss vorlegen lässt. Bei Eigengeschäften, bei denen etwa ein

Vertretungsorgan namens der AG eine Bürgschaft für einen eigenen Kredit abschliesst, können allenfalls höhere Anforderungen gelten (Watter, in: BSK OR II, Art. 718a N 11; Peyer, a.a.O., 385; BGE 119 II 23).

- 68 - b) (Blosse) Überschreitung der internen Vertretungsbefugnis oder Missbrauch der Vertretungsmacht Im bereits zitierten sog. "Mövenpick-Fall" (BGE 119 II 23 = Pra 84 (1995) Nr. 10), auf welchen sich auch die Beklagte beruft, hatte ein Angestellter der Caves Mövenpick SA in leitender Funktion Kunden dazu bewogen, Geld für den angeblichen Kauf von Wein durch seine Arbeitgeberin zu investieren, wobei er ihnen für den Fall des vorgesehenen Wiederverkaufs Gewinne von mindestens 40 % garantierte. Ab einem Gewinn von über 40 % stand seiner Arbeitgeberin eine Kommission von 5 % zu. Seine Arbeitgeberin traf die Pflicht zur Weinaufbewahrung in der Zeitspanne zwischen Kauf und Wiederverkauf. Zudem war sie zum Rückkauf verpflichtet, falls bis zu einem bestimmten Zeitpunkt kein Erwerber für den Wiederverkauf gefunden würde, wobei dem Investor das Recht eingeräumt war, 10 % der Ware zu behalten. Später stellte sich heraus, dass der Angestellte den Kauf und Wiederverkauf des Weins durch seine Arbeitgeberin vorgegaukelt und das von den Investoren zur Verfügung gestellte Geld für eigene Bedürfnisse oder zur Verschleierung von Verlusten verwendet hatte, die der Gesellschaft infolge seiner ungetreuen Geschäftsführung zugefügt worden waren. Das Bundesgericht wies die Klage eines Investors gegen die Caves Mövenpick SA auf Erfüllung des Vertrags mit der Begründung ab, eine vertragliche Bindung der Caves Mövenpick SA sei nicht zustande gekommen, weil der Investor den Missbrauch der Vertretungsmacht durch den Angestellten hätte erkennen können und daher nicht gutgläubig gewesen sei. Das Bundesgericht gelangte mithin zur Annahme, der Investor habe Zweifel hegen müssen, ob die Vertreter das Geschäft wirklich für die Caves Mövenpick SA abgeschlossen hätten. Infolgedessen habe er den Verdacht haben müssen, dass die Vertreter mit den vorgeschlagenen Verträgen keinen Vertretungswillen gehabt und zum Schaden der Vertretenen gehandelt hätten. So seien die Verträge nicht wie eine gewöhnliche Subskription für Weine eines bestimmten Jahrgangs, sondern als rein finanzielles Geschäft erschienen. Sowohl die bestellten Mengen – mehr als 400 Kisten mit je 12 Flaschen – als auch die vereinbarten Preise – deutlich niedriger als jene der offiziellen Subskription – seien zweitrangig erschienen und hätten dem Geschäft einen rein fiktiven und abstrakten Charakter gegeben. Auch das von den Vertretern vorgeschlagene Ange-

- 69 - bot hätte angesichts der gesunden wirtschaftlichen Situation der Caves Mövenpick SA sowie der üblichen Bedingungen des Geldmarktes – mit einer Zinslast von 22.8 % – Fragen aufwerfen müssen; dies umso mehr als die Caves Mövenpick SA in Bezug auf die durch den Investor realisierten Vorteile nur einen minimalen Gewinn in Form einer Kommission von 5 % realisiert habe, während der Investor seine Kapitalanlage um 40 % erhöht wiedererlangt habe. Schliesslich habe die Bitte an den Investor, auf dem Check den Namen des Vertreters neben jenem des Begünstigten zu erwähnen, in diesem an und für sich schon eigenartigen Zusammenhang eine ungewöhnliche Forderung dargestellt. Alle diese Elemente hätten beim Investor als Finanzdirektor einer wichtigen Holdinggruppe den Verdacht bezüglich der wirklichen Absicht der Vertreter und damit eines eventuellen Missbrauchs zum Schaden der Vertretenen wecken müssen (Messerli, Die Sorgfalt beteiligter Parteien bei missbräuchlicher Ausübung der Vertretungsmacht durch ein Gesellschaftsorgan, in: SJZ 93/1997 17; Chappuis, L'abus de pouvoir du fondé de procuration, in: SZW 66 (1994) 233; BGE 119 II 23 27 E.3.c = Pra 84 (1995) Nr. 10). Das

Bundesgericht hat dabei in rechtlicher Hinsicht folgende Unterscheidung getroffen: Während sich der Dritte bei einer blossen Überschreitung der Vertretungsbefugnis ("simple dépassion") nur vergewissern muss, wenn er die interne Beschränkung kannte oder ernsthafte Zweifel an der Vertretungsbefugnis hat, kommt Art. 3 ZGB bei einem Missbrauch der Vertretungsmacht ("véritable abus de ce pouvoir") uneingeschränkt zur Anwendung und die Anforderungen an die Sorgfalt des Dritten sind erhöht. Während sich bei einer blossen Überschreitung der Vertretungsbefugnis die Aufmerksamkeitspflicht des Dritten grundsätzlich in der Einsichtnahme in das öffentliche Register erschöpft, lässt bei einem Missbrauch der Vertretungsmacht schon eine geringe Nachlässigkeit auf den bösen Glauben schliessen. Dies gilt v.a., wenn der Dritte das Geschäft abschliesst, ohne den objektiven Missbrauchsindizien Aufmerksamkeit zu schenken, die erkennen lassen, dass der Vertreter gegen die Interessen des Vertretenen handelt. Das Mass der vom Dritten angesichts der Umstände verlangten Aufmerksamkeit muss jenem entsprechen, das von einem ehrlichen bzw. durchschnittlichen Menschen in einer analogen Situation zu erwarten ist. Es hängt einerseits von den durch-

- 70 - schnittlichen Kenntnissen der betreffenden Berufsleute oder des betreffenden sozialen Umfeldes ab, wobei für Handelsgeschäfte die Anforderungen bezüglich der Aufmerksamkeit mit zunehmender Erfahrung des Dritten steigen. Andererseits bestimmt es sich gemäss der Natur und der Entwicklung des Geschäfts. Ausserordentlich vorteilhafte Angebote verlangen eine erhöhte Vorsicht, v.a. wenn im entsprechenden Tätigkeitsbereich ungewöhnliche Bedingungen vorgeschlagen werden. Das Gericht muss das Mass der erforderlichen Aufmerksamkeit im Einzelfall beurteilen und eine Gesamtwürdigung vornehmen (BGE 119 II 23 25 ff. E.3.b und c = Pra 84 (1995) Nr. 10). Massgebend ist zusammengefasst, ob der Dritte Umstände ignoriert hatte, die offensichtlich Verdacht erwecken mussten. Bei Anhaltspunkten auf einen Missbrauch der Vertretungsmacht sind demnach Erkundigungen anzustellen. Während bei einer (blossen) Überschreitung der Vertretungsbefugnis somit die Kenntnis offensichtlicher Hinweise notwendig ist, bedarf es bei einem Missbrauch der Vertretungsmacht lediglich der Kenntnis von Anhaltspunkten, um eine Erkundigungspflicht auszulösen (vgl. Messerli, a.a.O., 19). Zur Begründung, weshalb beim "Mövenpick-Fall" nicht von einer einfachen Überschreitung der Vertretungsbefugnis, sondern einem Missbrauch der Vertretungsmacht auszugehen war, führte das Bundesgericht aus, der Vertreter der Beklagten habe das streitige Geschäft tatsächlich in seinem eigenen Interesse zum Schaden des Vertretenen sowie in deliktischer Art und Weise abgeschlossen. In seinen Beziehungen zu Dritten habe er in Wirklichkeit nie die Absicht gehabt, auf Rechnung des Vertretenen zu handeln, sondern habe vielmehr den Rechtsschein der Eintragung seiner Vollmachten im Handelsregister benutzt (BGE 119 II 23 25 E.3.b und c = Pra 84 (1995) Nr. 10). Somit ist unter folgenden vier Voraussetzungen nicht mehr lediglich von einer Überschreitung der internen Vertretungsbefugnis, sondern von einem Missbrauch der Vertretungsmacht auszugehen: der Vertreter handelt erstens in seinem eigenen Interesse, zweitens zum Schaden des Vertretenen, drittens in deliktischer Art und Weise sowie viertens ohne in Wirklichkeit jemals die Absicht gehegt zu haben, auf Rechnung des Vertretenen zu handeln (Chappuis, a.a.O., 235).

- 71 - In der Lehre ist diese Rechtsprechung auf Ablehnung gestossen (Messerli, a.a.O., 19 mit entsprechenden Verweisen). Kritisiert wird u.a., dass aus Sicht des Dritten oft nicht erkennbar sei, ob eine blossen Überschreitung der Vertretungsbefugnis oder ein Missbrauch der Vertretungsmacht gegeben bzw. welches in einem konkreten Fall nun der zu

beachtende Sorgfaltsmassstab sei. Tatsächlich erscheint es unbillig und ist mit den Anliegen des Verkehrsschutzes schlecht vereinbar, wenn dieser Sorgfaltsmassstab nach starren Kriterien variiert und für den Dritten teilweise nicht erkennbar ist, ob diese Kriterien erfüllt sind (vgl. Chappuis, a.a.O., 238). Vor diesem Hintergrund ist insbesondere im Sinne des besagten Verkehrsschutzes zu fordern, dass es für die Auslösung einer Erkundigungspflicht deutlicher Anhaltspunkte für einen Missbrauch der Vertretungsmacht bedarf und nur in krassen Fällen wie dem geschilderten "Mövenpick-Fall" überhaupt von einem solchen auszugehen ist. Jedenfalls nicht ausreichend (und auch die oben genannten Voraussetzungen des Bundesgerichtes nicht erfüllend) ist deshalb ein lediglich ungewöhnlicher bzw. für eine Partei ungünstiger Vertrag. Wie schon bei den Ausführungen zur grundsätzlichen Vertretungsmacht ohne Berücksichtigung des guten Glaubens erwähnt, gilt, dass potentielle Vertragspartner einer juristischen Person vor Abschluss eines entsprechenden Vertrags nicht abwägen sollen müssen, ob dieser im Interesse der Gegenpartei erfolgt, da dies oftmals nicht möglich und vor dem legitimen Anspruch, für sich selbst ein gutes Verhandlungsergebnis zu erzielen, auch nicht zumutbar ist. Die gegenteilige Auffassung würde – konsequent zu Ende gedacht – zur unhaltbaren Situation führen, dass Vertreter einer juristischen Person gar nicht mehr mit Wirkung für diese handeln könnten, sobald es sich um ein schlechtes Geschäft handelte.

- 72 - 3.2.1.3.3. Würdigung 3.2.1.3.3.1. Abschluss des IMA vom 12. März 2007 im objektiv verstandenen Gesellschaftszweck der Beklagten Soweit die Beklagte ohne Bezugnahme auf die ihrer Ansicht nach fehlende Gutgläubigkeit der Kläger vorbringt, die Nebenintervenientin und H._____ hätten das IMA vom 12. März 2007 nicht abschliessen dürfen (act. 47 Rz. 89), ist sie darauf hinzuweisen, dass eine Verpflichtung der Beklagten nach dem Gesagten auch entgegen allfälliger interner Richtlinien bzw. ohne Einbezug des "Legal & Compliance" Teams sowie Genehmigung durch die Geschäftsleitung möglich war. Der oben erwähnten Rechtsprechung des Bundesgerichts folgend, wonach lediglich Geschäfte ausserhalb der Zweckgrenze liegen, die durch den Zweck geradezu ausgeschlossen sind, ist festzuhalten, dass der Abschluss des IMA vom 12. März 2007 mit einer "performance guarantee" innerhalb dieses Zweckbereichs der Beklagten anzusiedeln ist. Da die Nebenintervenientin und H._____ aufgrund ihrer Kollektivzeichnungsberechtigung gemäss Art. 718a Abs. 1 OR im Namen der Beklagten sämtliche Rechtshandlungen vornehmen konnten, die der Zweck der Beklagten mit sich bringen kann, verfügten sie somit grundsätzlich über die Vertretungsmacht, die Beklagte durch den Abschluss des IMA vom 12. März 2007 zu verpflichten. 3.2.1.3.3.2.

Gutgläubigkeit der Kläger a) Beweislast Da der gute Glaube der Kläger nach dem Gesagten vermutet wird, hat die Beklagte dessen Fehlen zu beweisen bzw. zu behaupten. Sie kann in diesem Zusammenhang entweder die Kenntnis der Kläger bezüglich der fehlenden Vertretungsbefugnis bzw. des Missbrauchs beweisen oder darlegen, dass die Kläger unter den gegebenen Umständen nicht gutgläubig sein konnten.

- 73 - b) Böser Glaube der Kläger Die Beklagte behauptet mit der Duplik, die Kläger hätten gewusst, dass sie, die Beklagte, überhaupt keine "performance guarantee" abgebe (act. 47 Rz. 82). Mit den Klägern ist festzuhalten, dass die Beklagte nicht ausführt, woher die Kläger dieses Wissen hätten nehmen sollen (act. 62 Rz. 32). In ihrer Eingabe vom 1. März 2010 führt die Beklagte dazu aus, es liege in der Natur der Sache und dürfe als erstellt gelten, dass eine Bank normalerweise keine Renditegarantien abgebe; ein solches Geschäft würde für die Bank lediglich Nachteile bergen (act. 71 Rz. 352). Somit leitet die Beklagte

die klägerische "Kenntnis", wonach die Beklagte keine Renditegarantien abgebe, aus dem ihrer Ansicht nach ungewöhnlichen Vertragsinhalt ab. Mithin macht sie nicht direkt den bösen Glauben der Kläger geltend, sondern stellt sich auf den Standpunkt, dass die Kläger unter den gegebenen Umständen nicht gutgläubig sein konnten. Darauf ist sogleich einzugehen. Anzumerken ist, dass die Beklagte durch den Zusatz "normalerweise" allfällige Ausnahmen vom Grundsatz, keine "performance guarantees" abzugeben, gleich selbst vorbehält. Mit den Klägern ist zudem davon auszugehen, dass sich aus der Urkunde gemäss act. 28/147 nicht ergibt, dass die Beklagte überhaupt keine "performance guarantees" abgibt (act. 62 Rz. 32). c) Die nach den Umständen gebotene Aufmerksamkeit der Kläger Nach dem Gesagten ist die Frage, ob H._____ und die Nebenintervenientin gemeinsam berechtigt (vertretungsbefugt) waren, das IMA vom 12. März 2007 namens der Beklagten abzuschliessen, von derjenigen zu unterscheiden, ob die Nebenintervenientin ihre Vertretungsmacht missbraucht hat. So bedarf es für die Auslösung einer Erkundigungspflicht der Kläger im Zusammenhang mit der ersten Frage stärkster Zweifel (im Hinblick auf das Vorliegen der Vertretungsbefugnis), während bezüglich der zweiten Frage klare Anhaltspunkte, die auf einen Missbrauch der Vertretungsmacht hindeuten, genügen. Es mag zutreffen, dass den beklagten Kundenberatern (intern) nicht die Freiheit gelassen wurde, auch Verträge abzuschliessen, welche die Beklagte in

- 74 - grösstem Masse hätten schädigen können (vgl. act. 47 Rz. 89). Der Abschluss eines ungünstigen Geschäfts stellt für sich genommen indessen noch keinen Missbrauch der Vertretungsmacht, sondern gegebenenfalls eine blosser Überschreitung der internen Vertretungsbefugnis dar. Auch ist die Konstellation vorliegend eine andere als beim "Mövenpick-Fall": Dort hatten die Geschäfte wie erwähnt einen rein abstrakten Charakter und waren zudem bereits im Kern zum Nachteil der Arbeitgeberin angelegt, was im Übrigen für die Gegenpartei ohne Weiteres erkennbar war. Hier ist immerhin unbestritten, dass die Beklagte "management fees" bezogen hat (act. 71 Rz. 32). Zudem waren die klägerischen Vermögenswerte bei der Beklagten deponiert. Die entsprechenden Ausführungen der Kläger, die Beklagte hätte für eine bestimmte Zeit hohe Kapitalbeträge fix zur Verfügung gehabt und zudem Gebühren, im Fall der Darlehensaufnahme entsprechend Zins und bei Übertreffen der Rendite eine Provision verdienen können (act. 27 Rz. 52), werden von der Beklagten nur pauschal und damit ungenügend bestritten (act. 47 Rz. 296). Das Bestehen einer "performance guarantee" ist zwar ungewöhnlich und für die Kläger vorteilhaft, doch kann allein daraus noch kein Missbrauch der Vertretungsmacht durch die Nebenintervenientin abgeleitet werden. H._____ hatte in seiner Zeugeneinvernahme im Strafverfahren gegen die Nebenintervenientin vom 8. September 2008 angegeben, bei Anlagen über fünf Jahren rede er von einer durchschnittlichen Jahresrendite von 7 bis 8 % (act. 48/3 S. 17). Bei einer besseren "performance", von welcher vor Ausbruch der Finanzkrise sicherlich ausgegangen wurde, hätte sich das (für die Beklagte zwar risikobehaftete) IMA vom 12. März 2007 mit einer vorgesehenen Renditegarantie in diesem Bereich demnach auch als für die Beklagte vorteilhaft erweisen können. Im Unterschied zu den Vertretern beim "Mövenpick-Fall" hatte die Nebenintervenientin vorliegend somit durchaus die Absicht, (nicht nur abstrakt, sondern tatsächlich) auf Rechnung der Beklagten zu handeln, auch wenn sie persönlich ebenfalls vom Geschäft profitiert haben sollte. Zum Vorbringen der Beklagten, den Klägern habe der Umstand, dass das IMA habe beendet werden sollen, wenn die Kontobeziehung nicht mehr unter der Verantwortung der Nebenintervenientin stehe, gezeigt, dass der Abschluss des IMA nicht im Interesse der Beklagten habe liegen können, ist zu sagen, dass die finale

Version des IMA diesen Passus nicht mehr enthält. Aus-

- 75 - serdem ist der Schluss auch falsch. Wie dargelegt handelt es sich nicht um einen (bereits im Kern) völlig einseitigen Vertrag, welcher keinerlei Vorteile für die Beklagte aufweisen würde; dass der Abschluss im Interesse der Nebenintervenientin war, bedeutet nicht, dass er nicht ebenfalls im Interesse der Beklagten hat liegen können.

Zusammengefasst ist festzuhalten, dass nicht von einem Missbrauch der Vertretungsmacht im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung durch die Nebenintervenientin auszugehen ist, da diese die Absicht hatte, tatsächlich auf Rechnung der Beklagten zu handeln. Ob die weiteren diesbezüglichen Voraussetzungen erfüllt sind, kann offen gelassen werden. Beschreiben die Vorbringen der Beklagten den Missbrauchstatbestand erst gar nicht, stellen sie erst recht keine objektiven Missbrauchsindizien bzw.

Anhaltspunkte dar, welche auf einen solchen hindeuten bzw. eine entsprechende Erkundigungspflicht der Kläger auslösen würden. Die durch die Beklagte behauptete und die Kläger bestrittene Geschäftserfahrung der Kläger spielt dabei keine Rolle. Im Folgenden bleibt zu prüfen, ob die Kläger offensichtliche Hinweise auf eine Überschreitung der Vertretungsbefugnis seitens der Nebenintervenientin und H._____ missachtet und ihrer Erkundigungspflicht nicht genügend nachgekommen sind. Vorab ist zu bemerken, dass solche Hinweise vor bzw. zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses, dem 12. März 2007, hätten vorliegen müssen. Nicht von Relevanz ist in diesem Zusammenhang deshalb, ob die Kontoauszüge nach Abschluss des IMA mit "Non Discretionary Mandate" bezeichnet waren (wie sie vor Abschluss des IMA bezeichnet worden waren, stellt natürlich ebenfalls keinen entsprechenden Hinweis dar) und ob die Kläger am 30. Mai 2007 – also über zweieinhalb Monate später – einen Standardvermögensverwaltungsvertrag unterzeichnet haben. Sollten die Anwälte von L._____ darauf hingewiesen haben, dass der Vertrag mit einer "performance guarantee" bankunüblich sei und jedenfalls von Personen unterschrieben werden müsse, die Mitglieder der Geschäftsleitung der Beklagten seien, so wäre diese Behauptung in dieser Allgemeinheit und soweit damit die Vertretungsmacht angesprochen sein sollte nach dem oben Gesagten falsch und würde deshalb die Gutgläubigkeit der Kläger nicht zerstören. Zu-

- 76 - treffend wäre der Hinweis, dass das Vertrauen auf die handelsregisterlichen Verhältnisse nur bei Gutgläubigkeit zulässig sei, wobei damit allerdings noch nichts über die Gutgläubigkeit im konkreten Fall gesagt ist. Es ist daran zu erinnern, dass sich bei einer blossen Überschreitung der Vertretungsbefugnis die Aufmerksamkeitspflicht des Dritten grundsätzlich in der Einsichtnahme in das öffentliche Register erschöpft. Dieser Pflicht sind die Kläger nachgekommen (act. 27 Rz. 81; act. 47 Rz. 322). In diesem Sinne ist mit den Klägern davon auszugehen, dass es grundsätzlich nicht ihre Sache als Bankkunden ist, bei Vertragsverhandlungen den Rechtsdienst oder andere Gremien der Beklagten einzuschalten (act. 62 Rz. 15). Sollte bei der Beklagten eine interne Beschränkung der Vertretungsbefugnis der Nebenintervenientin und von H._____ bestanden haben, wurde diese den Klägern durch die Beklagte nicht mitgeteilt. Vielmehr wurde – durch die entsprechenden Einträge im Handelsregister – mitgeteilt, dass die Nebenintervenientin und H._____ die Beklagte gemeinsam im Rahmen des (weitgefassten) Zwecks vertreten können. Die Kläger mussten deshalb nicht davon ausgehen, dass die je kollektivzeichnungsberechtigten, das IMA vom 12. März 2007 unterzeichnenden Personen – die Nebenintervenientin sowie H._____ – vor dessen Abschluss die Abteilung "Legal & Compliance" konsultieren oder eine Genehmigung durch die Geschäftsleitung einholen

mussten. Im Zusammenhang mit dem ungewöhnlichen Umstand, dass die Nebenintervenientin E-Mails von ihrem privaten E-Mail- Account versendet hat, ist zu berücksichtigen, dass H._____ das IMA vom 7. März 2007 mitunterzeichnet hat. Dadurch lag aus Sicht der Kläger sowohl ein Missbrauch der Vertretungsmacht durch die Nebenintervenientin als auch sonstiges Handeln der Nebenintervenientin auf eigene Faust fern. Daran ändert nichts, dass H._____ möglicherweise seine Unterschrift unter den nicht gelesenen Vertrag geleistet hat, denn dies wäre für die Kläger nicht ersichtlich gewesen. Mit den Klägern ist schliesslich davon auszugehen, dass diese keinen Anlass hatten, an Äusserlichkeiten der Urkunde gemäss act. 38/210 Anstoss zu nehmen, wenn dieses IMA inhaltlich enthalten hat, was mit der Beklagten verhandelt und vereinbart wurde (act. 62 Rz. 12). Jedenfalls begründet auch dies nicht stärksten Zweifel an der Vertretungsbefugnis der Nebenintervenientin und von H._____.

- 77 - Da keine offensichtlichen Hinweise für eine Überschreitung der Vertretungsbefugnis durch die Nebenintervenientin und H._____ vorliegen, wurde keine Erkundigungspflicht seitens der Kläger ausgelöst. Die Kläger haben sich sodann wie gesagt der Zeichnungsberechtigung der Nebenintervenientin sowie jener von H._____ vergewissert (act. 27 Rz. 81; act. 47 Rz. 322). Nach dem Gesagten und insbesondere vor dem Hintergrund der Verkehrssicherheit mussten sie deshalb unabhängig von einer allfälligen Geschäftserfahrung keine weitergehenden Abklärungen zur internen Vertretungsbefugnis der Nebenintervenientin und von H._____ treffen. Ob die interne Vertretungsbefugnis der Nebenintervenientin und von H._____ tatsächlich beschränkt war, kann offen gelassen werden. Ginge man entgegen der hier vertretenen Ansicht von einem Missbrauch der Vertretungsmacht im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung durch die Nebenintervenientin aus, würden im Übrigen die Vorbringen der Beklagten bzw. die diesen zugrundeliegenden (durch die Kläger teilweise bestrittenen) Umstände keine (deutlichen) Anhaltspunkte für einen solchen Missbrauch bilden, weshalb sich am Resultat nichts ändern würde. d) Fazit zur Gutgläubigkeit der Kläger Die Kläger waren gutgläubig. 3.2.1.3.3. Fazit zur Würdigung Der Abschluss des IMA vom 12. März 2007 lag im objektiv verstandenen Gesellschaftszweck der Beklagten, und die Nebenintervenientin sowie H._____ haben das IMA vom 12. März 2007 mit Wirkung für die Beklagte unterzeichnet, da die Kläger gutgläubig waren. 3.2.1.4. Fazit zum Zustandekommen des IMA vom 12. März 2007 Das IMA wurde durch zwei kollektivzeichnungsberechtigte Personen namens und mit Wirkung für die Beklagte unterzeichnet und ist deshalb zustande gekommen. Die unter den Parteien umstrittene Frage, ob die Beklagte an das IMA vom

- 78 - 12. März 2007 auch durch die Abgabe einer Anscheins- bzw. Duldungsvollmacht gebunden wäre, muss nicht geklärt werden. 3.2.2. Gültigkeit des IMA vom 12. März 2007 bzw. Irrtumsanfechtung 3.2.2.1. Parteibehauptungen Die Kläger bringen vor, mit Schreiben vom 10. September 2008 habe die Beklagte in einem Eventualstandpunkt einen wesentlichen Irrtum im Sinne von Art. 23 ff. OR geltend gemacht (act. 27 Rz. 157). Die Nebenintervenientin als Vertreterin der Beklagten habe den Vertrag, den wahren Sachverhalt, gekannt und diesem zugestimmt. Folglich liege kein Irrtum ihrerseits vor (act. 27 Rz. 158). H._____ habe das IMA vom 12. März 2007 auf der Unterschriftenseite unterschrieben. Das Vertrauen gegenüber der Nebenintervenientin resp. seine Sorglosigkeit habe ihn von einer Sachverhaltsabklärung abgehalten, was er hier eigentlich genau unterschrieben habe, falls er nicht ohnehin gewusst habe, was er unterschrieben

habe. An der unkritischen Vergabe seiner Zweitunterschriften auf ihm durch die Nebenintervenientin vorgelegten Dokumenten habe er nicht einmal dann etwas geäußert, als er von K._____ im Februar 2007 ausdrücklich gewarnt worden sei, diesbezüglich vorsichtig zu sein. H._____ habe im Zusammenhang mit der Unterzeichnung des IMA weiter zugegeben, dessen Inhalt und Form für ungewöhnlich gehalten zu haben. Er habe jedoch diese Ungewöhnlichkeiten in Kauf genommen und die Dokumente dennoch unterschrieben (act. 27 Rz. 160). Vizedirektor H._____ habe im Namen der Beklagten alle Unterlagen, die ihm von der Nebenintervenientin vorgelegt worden seien, unterschrieben. Die Beklagte habe zugelassen, dass in ihrem Betrieb Zweitunterschriften ohne Wissen über den wahren Sachverhalt, also jeweils ohne Aktenkenntnis und/oder Abklärungen, von ihren Vertretern gewährt worden seien. Die Beklagte habe trotz bereits bestehender Kenntnis ihres CEO M._____, dass die Nebenintervenientin "kriminelle Sachen" gemacht habe, zugelassen, dass die Nebenintervenientin vollkommen unkontrolliert weiterhin als Kundenberaterin der Beklagten gearbeitet habe (und im Handelsregister als für die Beklagte Kollektivzeichnungsberechtigte eingetragen geblieben sei). Die Nebenintervenientin habe in ihrer Funktion als Kundenberaterin einfach gemacht, was sie habe machen wollen (act. 27 Rz. 161). H._____ habe

- 79 - das IMA zugegebenermassen für ungewöhnlich gehalten und trotzdem keine Anstalten getroffen, sich über die Sachlage korrekt und vollständig zu informieren. Die durch die Kläger bestrittene Behauptung, wonach er nie einen Vertrag mit einer garantierten Rendite unterschrieben hätte, helfe H._____ nicht weiter, weil er Verträge ohne jegliche Kenntnis über deren Inhalt oder die dazugehörigen Akten unterschrieben habe. H._____ habe alle ihm von der Nebenintervenientin unterbreiteten Dokumente stets ohne kritisches Hinterfragen unterschrieben und somit inhaltlich zugestimmt (act. 27 Rz. 162). Die Beklagte verstosse auch gegen Treu und Glauben, indem sie nachträglich – am 10. September 2008 – die Anfechtung wegen Irrtums geltend mache. Diesen Irrtum habe sie fahrlässig verursacht. Durch ihre fehlende Kontrolle bzw. ihr Dulden habe sie den Anschein bei den für sie kollektivzeichnungsberechtigten Mitarbeitern erweckt, sie sei mit dieser laschen Zweitunterschriftenpraxis einverstanden. Ihr Verhalten sei zudem widersprüchlich und lasse vermuten, dass ihre Berufung auf die Irrtumsanfechtung einem vertragsfremden Motiv zugrunde liege. Folglich sei der Irrtum für die Beklagte auch unwesentlich (act. 27 Rz. 163). Weil der Kläger 1 (und damit auch die Klägerin 2) in der Finanzbranche unerfahren sei, habe er sich im Rahmen der Vertragsentwicklung des IMA gemeinsam mit seinem Geschäftspartner J._____ von einer niederländischen und einer schweizerischen Anwaltskanzlei beraten lassen. Die Anwälte hätten nie darauf hingewiesen, dass das IMA vom 12. März 2007 nicht im Interesse der Beklagten habe stehen können. Es habe dazu auch keinen Anlass gegeben, denn gemäss Handelsregistereintrag umfasse der Gesellschaftszweck der Beklagten auch die Erteilung von Garantien. Zudem würde das IMA vom 12. März 2007 mehr als nur eine garantierte Rendite enthalten. Die Beklagte könne über das fix investierte Kapital verfügen, "management fees" generieren (bei Übertreffen der garantierten Rendite sogar zu einem erhöhten Ansatz), und die Beklagte könne im entsprechenden Fall Darlehenszinse verdienen. Die Beklagte habe somit offenkundig selber ein materielles Interesse an diesem Vertrag, was für den Kläger 1 (und damit die Klägerin 2) evident gewesen sei (act. 27 Rz. 164). Schliesslich wisse die Beklagte aufgrund der Tatsache, dass K._____ die von der Nebenintervenientin aus den Kundendossiers des Klägers 1 und von J._____ weggenommenen "Discretionary Management Mandates" im

- 80 - April 2007 zur Abteilung "... " der Beklagten gebracht habe, dass die Kläger der Beklagten Vermögensverwaltungsaufträge erteilt und die Beklagte beauftragt hätten, die Vermögensverwaltung ohne Instruktionen der Kläger auszuführen. Damit wisse die Beklagte spätestens ab April 2007 oder sie habe es ab diesem Datum wissen können, dass vorliegend Vermögensverwaltungsverträge existiert hätten. Eine allfällige Irrtumsanfechtungsfrist sei somit im April 2008 abgelaufen, weshalb die Anfechtung der Vermögensverwaltungsverträge im September 2008 zu spät erfolgt sei (act. 27 Rz. 165). Die Beklagte führt aus, mit Schreiben vom 10. September 2008 (act. 28/90) habe sie die Anfechtung des IMA vom 12. März 2007 wegen wesentlichen Irrtums im Sinne von Art. 23 ff. OR erklärt (act. 47 Rz. 144). Es sei nicht alleine auf die Willensbildung der Nebenintervenientin, sondern vielmehr auch auf jene von H._____ abzustellen. Werde unterstellt, dass dieser das IMA vom 12. März 2007 (mit-)unterzeichnet habe, so sei er bei seiner Unterschrift einem wesentlichen Irrtum unterlegen, weil er nicht eine "performance guarantee" habe abgeben wollen und auch nicht damit habe rechnen müssen, dass eine derartige ungewöhnliche Klausel in diesem Vertrag enthalten sei (act. 47 Rz. 401). Wer sich in einem Irrtum befinde, habe eine falsche oder ungenaue Vorstellung über einen bestimmten Sachverhalt. Diesem Umstand gleichgestellt sei auch die fehlende Vorstellung (act. 47 Rz. 402). Bestritten werde, dass das von den Klägern behauptete Unterschriftenregime geherrscht habe und die Beklagte eine large Handhabung der Zweitunterschriften toleriert hätte. Unrichtig sei weiter, dass irgendwelche Verdachtsmomente bestanden hätten, die ein früheres Einschreiten der Beklagten als tatsächlich erfolgt, nötig oder auch nur angezeigt hätten erscheinen lassen. Unrichtig sei schliesslich, dass die Beklagte zugelassen hätte, dass die Nebenintervenientin im Betrieb der Beklagten habe machen können, was sie gewollt habe (act. 47 Rz. 403). H._____ habe keine Kenntnis der "performance guarantee" gehabt. Es habe seitens der Beklagten kein Verhalten bestanden, das die Kläger hätte veranlassen können, davon auszugehen, dass dieser Punkt für sie ohne Bedeutung gewesen wäre (act. 47 Rz. 405). Die Kläger bzw. ihre Rechtsanwälte, deren Wissen sie sich anrechnen lassen müssten, hätten nicht davon ausgehen können, dass eine "performance guarantee" branchenüblich sei. Die Kläger seien

- 81 - nicht geschäftsunerfahren gewesen. Sie hätten deshalb auch nicht davon ausgehen können, dass die Beklagte ihrer Vertragsunterbreitung zustimmen würde. Die grundlegende Bedeutung, welche der fälschlicherweise vorgestellte Sachverhalt für die Beklagte gehabt habe, sei für die Kläger somit erkennbar gewesen. Die Kläger könnten auch nichts aus dem im Handelsregister eingetragenen Geschäftszweck der Beklagten ableiten; gemeint sei mit "Garantie" die selbständige Garantie i.S.v. Art. 111 OR. Dass die Beklagte selber ein Interesse an den Vertragsschlüssen gehabt hätte, werde bestritten (act. 47 Rz. 407). Für die Beklagte seien erst am 12. September 2007 Verdachtsgründe für möglicherweise unautorisierte Transaktionen mit Kundenvermögen seitens der Nebenintervenientin aufgetreten. Am 18. September 2007 habe die Nebenintervenientin der Geschäftsleitung der Beklagten gegenüber ein teilweises Geständnis abgelegt, wonach sie in Einzelfällen Unterschriften gefälscht habe. Noch gleichentags sei ihre Entlassung erfolgt. Die Beklagte habe den Irrtum mit Schreiben vom 10. September 2008 geltend gemacht, also noch vor dem Fristablauf (act. 47 Rz. 408). 3.2.2.2. Rechtliches Gemäss Art. 23 OR ist der Vertrag für denjenigen unverbindlich, der sich beim Abschluss in einem wesentlichen Irrtum befunden hat. Wird der Vertrag durch einen Vertreter geschlossen, so kommt es allein auf dessen Vorstellungen an; ein Irrtum in der Person des Vertretenen wird nicht berücksichtigt (Schwenzer, in: BSK OR I, Art. 23 N 6). Die AG ist in diesem Zusammenhang zur

Anfechtung eines Rechtsgeschäftes auch dann befugt, wenn sich nur eine von zwei unterzeichnenden Personen mit Kollektivzeichnungsberechtigung in einem Irrtum befunden hat (Watter, Die Verpflichtung der AG aus rechtsgeschäftlichem Handeln ihrer Stellvertreter, Prokuristen und Organe, speziell bei sogenanntem "Missbrauch der Vertretungsmacht", Diss. Zürich 1985, N 266). Der Irrtum gehört zu den Tatbeständen der sog. Willensmängel (Art. 23-31 OR), in denen der Wille fehlerhaft gebildet oder geäußert wird (Schwenzer, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Bern 2012, N 36.01). Bei der erforderlichen Wesentlichkeit des Irrtums muss eine objektive und eine subjektive

- 82 - Komponente beachtet werden. So kann Wesentlichkeit nur bejaht werden, wenn nach allgemeiner Verkehrsanschauung und kumulativ aus der Sicht des Erklärenden ein Gebundensein an die nicht gewollte Erklärung als unzumutbar erscheint. Dabei sind die gesamten Umstände zu berücksichtigen (Schwenzer, in: BSK OR I, Art. 23 N 4). Gemäss der allgemeinen Regel von Art. 8 ZGB hat derjenige, welcher sich auf die Anfechtbarkeit beruft, den Irrtum, seine Wesentlichkeit sowie die Kausalität zwischen Irrtum und Erklärung (zu behaupten und) zu beweisen (Schwenzer, in: BSK OR I, Art. 23 N 12), wobei indessen bei den in Ziff. 1-3 gemäss Art. 24 Abs. 1 OR genannten Fällen die Wesentlichkeit des Erklärungsirrtums vermutet wird (Schwenzer, in: BSK OR I, Art. 24 N 9). Der Irrtum ist namentlich dann ein wesentlicher, wenn der Irrende einen andern Vertrag eingehen wollte als denjenigen, für den er seine Zustimmung erklärt hat bzw. wenn der Irrtum einen bestimmten Sachverhalt betraf, der vom Irrenden nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr als eine notwendige Grundlage des Vertrages betrachtet wurde (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 1 und 4 OR). Gemäss Art. 25 Abs. 1 OR ist die Berufung auf Irrtum unstatthaft, wenn sie Treu und Glauben widerspricht, und gemäss Art. 25 Abs. 2 OR hat der Irrende den Vertrag gelten zu lassen, wie er ihn verstanden hat, sobald der andere sich hierzu bereit erklärt. Hat der Irrende, der den Vertrag nicht gegen sich gelten lässt, seinen Irrtum der eigenen Fahrlässigkeit zuzuschreiben, so ist er zum Ersatze des aus dem Dahinfallen des Vertrages erwachsenen Schadens verpflichtet, es sei denn, dass der andere den Irrtum gekannt habe oder hätte kennen sollen. Wo es der Billigkeit entspricht, kann der Richter auf Ersatz des weiteren Schadens erkennen (Art. 26 OR). Wenn der durch Irrtum beeinflusste Teil binnen Jahresfrist weder dem anderen eröffnet, dass er den Vertrag nicht halte, noch eine schon erfolgte Leistung zurückfordert, so gilt der Vertrag als genehmigt. Die Frist beginnt mit der Entdeckung des Irrtums (Art. 31 Abs. 1 und 2 OR). Ein Erklärungsirrtum liegt vor, wenn jemand auf einer Erklärung behaftet wird, die nicht seinem Willen entspricht. Der Irrtum betrifft nicht die Willensbildung, sondern die Äusserung des fehlerfrei gebildeten Willens (Schwenzer, in: BSK OR I, Art. 24 N 2). Einer der praktisch wichtigsten Fälle des Irrtums im Erklärungsakt ist die Un-

- 83 - terschrift unter eine nicht gelesene Urkunde (Schwenzer, in: BSK OR I, Art. 24 N 3). Auf der Basis der Vertrauenstheorie kommt der Vertrag mit dem Inhalt der Urkunde zustande. Das Bundesgericht lässt keine Irrtumsanfechtung zu, sofern ersichtlich ist, dass der Erklärende im Bewusstsein der Unkenntnis des Inhalts des Erklärten sich allem, was der Gegner will, unterwirft. Man kann in diesen Fällen bereits das Vorliegen eines Erklärungsirrtums verneinen, da der Erklärende bewusst auf eine eigene Vorstellung verzichtet und mit der Unterschrift die Vorstellung dessen übernimmt, der die Urkunde ausgefüllt hat (Schmidlin, in: Berner Kommentar, Bd. VI/1/2/1b, Mängel des Vertragsabschlusses, Art. 23-31 OR, 2. Aufl., Bern 2013, Art. 23/24 N 51). Jedenfalls

würde die Berufung auf den Irrtum spätestens an Art. 25 OR scheitern. Eine Ausnahme hiervon ist insoweit zu machen, als die Urkunde Bestimmungen enthält, mit denen der Unterzeichnete nicht zu rechnen brauchte. Hier bleibt die Anfechtung wegen Erklärungsirrtums möglich (Schwenzer, in: BSK OR I, Art. 24 N 4). Diesfalls bedarf die Urkunde aber Bestimmungen, mit denen er nach der ganzen Sachlage nicht zu rechnen braucht; er ist nicht im Irrtum, soweit anzunehmen ist, dass er mit dem Inhalt der Urkunde, auch ohne sie im Einzelnen zu kennen, einverstanden war (von Tuhr/Peter, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band I, 3. Aufl. 1979 Zürich, 302). In diesem Sinne ist eine Anfechtungsberechtigung nur gegeben, wenn der Inhalt über den gewollten Regelungsbereich hinausgeht oder sonstwie Regelungen enthält, die der Erklärende keinesfalls erwarten konnte (Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Aufl., Zürich 1988, 198). Aus Verkehrsschutzüberlegungen bzw. da eine Person, welche eine Urkunde ohne Inhaltskenntnis unterschreibt, weniger schutzwürdig ist als jene, welche diese auf ihrer Unterschrift behaften will, muss es sich um eine völlig ungewöhnliche und unerwartete Bestimmung handeln. Grundsätzlich stellt sich die Frage, ob eine Irrtumsanfechtung zuzulassen sei, somit erst dann, wenn der Erklärende den ungelesenen Vertragstext mittels der Unterzeichnung global übernimmt und der Vertragsinhalt mit dem, was er sich vorgestellt hat, nicht übereinstimmt (Schmidlin, a.a.O., Art. 23/24 N 52). Die Zustimmung zu einem anderen Vertrag als dem gewollten liegt vor, wenn der gewollte Vertrag seinem gesamten Inhalt nach als ein wesentlich anderer zu qualifizieren ist als

- 84 - der geschlossene (z.B. bei einem entgeltlichen anstatt einem unentgeltlichen Vertrag oder einem Kauf anstatt einem Mietvertrag). Wenn sich jemand aber lediglich über die rechtliche Qualifikation eines von ihm gewollten Vertrags oder dessen Sekundärfolgen – z.B. Haftung – irrt, kommt eine Anfechtung nicht in Betracht (Schwenzer, in: BSK OR I, Art. 24 N 10). Im Unterschied zum Erklärungsirrtum wird beim Grundlagenirrtum der Wille nicht falsch erklärt, sondern falsch gebildet (Schwenzer, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Bern 2012, N 36.02). Neben der subjektiven und objektiven Wesentlichkeit setzt der Grundlagenirrtum die Erkennbarkeit des Irrtums für den Erklärungsgegner voraus. Subjektive Wesentlichkeit liegt vor, wenn der Sachverhalt, auf den sich die irrtümliche Vorstellung bezieht, für den Erklärenden eine *conditio sine qua non* bzw. eine unerlässliche Voraussetzung darstellte. Objektive Wesentlichkeit liegt vor, wenn auch vom Standpunkt oder nach den Anforderungen des loyalen Geschäftsverkehrs der zugrunde gelegte Sachverhalt sich als notwendige Grundlage des Vertrags darstellt. Dies ist vor allem dann der Fall, wenn vom irrtümlich vorgestellten Sachverhalt der Wert der Vertragsleistungen abhängt. Schliesslich muss die Bedeutung des irrtümlich vorgestellten Sachverhalts für den Vertragspartner des Irrenden erkennbar sein. Die Erkennbarkeit kann sich ergeben aus der zentralen Bedeutung, die einem bestimmten Sachverhalt für den Vertragsinhalt im Allgemeinen zukommt, den gemeinsamen Vorstellungen der Parteien oder den besonderen Vertragsumständen. Ein Grundlagenirrtum wird regelmässig bejaht, wenn es um zentrale Eigenschaften des Vertragsgegenstandes geht (Schwenzer, in: BSK OR I, Art. 24 N 20 ff.).

3.2.2.3. Würdigung Die Beklagte beanstandet nicht die fehlerhafte Bildung des Willens von H._____. Vielmehr macht sie einen Irrtum im Erklärungsakt geltend, indem sie ausführt, H._____ habe keine "performance guarantee" abgeben wollen. Zudem behauptet die Beklagte auch nicht schlüssig, das Nichtvorhandensein einer garantierten Rendite sei für H._____ eine unerlässliche Voraussetzung für den Vertragsschluss gewesen. Auf die Frage des Grundlagenirrtums ist

deshalb nicht weiter einzugehen.

- 85 - Mit dem Vorbringen, H. _____ habe nicht damit rechnen müssen, dass eine derartige ungewöhnliche Klausel wie eine "performance guarantee" in diesem Vertrag enthalten gewesen sei, erklärt die Beklagte implizit, H. _____ habe das IMA vom 12. März 2007 (zumindest nicht vollständig) gelesen oder verstanden, als er es unterschrieben habe. Die Beklagte führt aber nicht aus, von welchem Urkundeninhalt H. _____ bei der Unterzeichnung des IMA vom 12. März 2007 denn ausgegangen sein soll bzw. ob er sogar bewusst auf eine eigene Vorstellung verzichtet und mit der Unterschrift die Vorstellung der die Urkunde ausfüllenden Person übernommen haben soll. In anderem Zusammenhang bringt die Beklagte zwar vor, H. _____ hätte Verträge mit "performance targets" unterschrieben. Dort stellt sich die Beklagte indessen auf den Standpunkt, die Seite mit der echten Unterschrift von H. _____ sei einem Vertrag mit "performance target" entnommen und in das IMA vom 12. März 2007 hineingeschoben worden. Die Beklagte behauptet in ihrem Eventualstandpunkt somit nicht, dass H. _____ mit dem Abschluss des IMA vom 12. März 2007 einen Vertrag mit einem "performance target" für die Beklagte eingehen wollte. Sie behauptet aber auch nicht, H. _____ habe sich zwar grundsätzlich im Bewusstsein der Unkenntnis des Inhalts des IMA vom 12. März 2007 allem, was die Kläger bzw. die Nebenintervenientin gewollt hätten, unterworfen, habe aber in keinsten Weise mit der (ungewöhnlichen) Bestimmung einer "performance guarantee" rechnen müssen. Der Willensmangel eines wesentlichen Irrtums behauptet die Beklagte somit zu wenig schlüssig, weshalb sich im Prinzip Weiterungen erübrigen würden. Der Vollständigkeit halber ist aber darzulegen, dass ein wesentlicher Erklärungsirrtum ohnehin nicht gegeben wäre. Falls ersichtlich würde, dass sich H. _____ im Bewusstsein der Unkenntnis des Inhalts des IMA vom 12. März 2007 allem, was der Gegner wollte, unterworfen hätte, würde die Klausel betreffend die "performance guarantee" keine Bestimmung darstellen, mit welcher H. _____ in keinsten Weise hätte rechnen müssen. Indem die Beklagte ausführt, es liege in der Natur der Sache, dass eine Bank normalerweise keine Renditegarantien abgebe (act. 71 Rz. 352), behält sie – wie erwähnt – allfällige Ausnahmen vom Grundsatz, keine "performance guarantees" abzugeben, gleich selbst vor. Ferner war vorliegend nach der Darstellung der Beklagten zumindest von Verträgen mit "performance

- 86 - targets" die Rede gewesen. Das Erreichen dieser Ziele zu garantieren stellt keine Vertragserweiterung dar, die völlig fern liegt. Das IMA vom 12. März 2007 wäre sodann seinem gesamten Inhalt nach nicht als ein wesentlich anderer Vertrag zu qualifizieren, wenn es anstatt einer "performance guarantee" ein "performance target" aufweisen würde; die Renditegarantie bildet nicht den einzigen Vertragsbestandteil. Vielmehr würden die primären Leistungspflichten gleich bleiben und erst bei Nichterreichen der Rendite die Haftungsregelung greifen, wobei ein Irrtum über die Haftungsfragen nach dem Gesagten kein wesentlicher ist. Massgebend ist, dass die Beklagte das gleiche Ziel anstreben würde, dessen Erreichen sie im abgeschlossenen IMA garantierte. Damit wäre auch nicht von einem wesentlichen Erklärungsirrtum auszugehen, wenn angenommen würde, H. _____ habe eine Erklärung betreffend einen Vertrag mit einem "performance target" anstatt einer "performance guarantee" abgeben wollen. Somit liegt kein Willensmangel vor, weshalb von der Gültigkeit des IMA vom 12. März 2007 auszugehen ist.

3.2.3. Weitere Beanstandungen der Beklagten

3.2.3.1. Unterzeichnung der Dokumente "Special Discretionary Mandate" und "Investment Guidelines – Special Discretionary Mandate" am 30. Mai 2007"

3.2.3.1.1. Parteibehauptungen Mit der Klageschrift führen die Kläger aus, am 30. Mai 2007

hätte der Kläger 1 mit der Beklagten zusätzlich ein "Discretionary Management Mandate" für das Konto Nr. 3 mit dem Namen "A. _____" abgeschlossen, womit insbesondere festgelegt worden sei, dass die Beklagte ermächtigt gewesen sei, im Rahmen der Ausführung ihrer vertraglichen Verpflichtungen Verpfändungen eingehen zu dürfen, wobei das diesbezügliche Maximum bei EUR 1 Mio. festgelegt worden sei. Gleichentags habe der Kläger 1 auch ein Dokument "Investment Guidelines – Special Discretionary Mandate" unterzeichnet. Darauf sei ein ausdrücklicher Hinweis auf das früher unterzeichnete "Discretionary Management Mandate" angebracht gewesen (act. 1 Rz. 27).

- 87 - Die Beklagte entgegnet mit der Klageantwort, dass die Kläger selber nicht an den gültigen Abschluss des IMA vom 12. März 2007 geglaubt hätten, lege auch der Umstand nahe, dass sie plädieren würden, der Kläger 1 habe am 30. Mai 2007, also fast drei Monate später, den Standard-Vermögensverwaltungsvertrag der Beklagten unterschrieben, ohne einen Vorbehalt der Weitergeltung des IMA vom 12. März 2007 anzubringen (act. 10 Rz. 49). Der Verweis im Dokument "Investment Guidelines – Special Discretionary Mandate" beziehe sich auf das Dokument "Discretionary Management Mandate" und nicht etwa auf das angebliche IMA vom 12. März 2007 (act. 10 Rz. 108). Mit der Replik erklären die Kläger, bei ihrem Besuch am 30. Mai 2007 beim Kläger 1 in den Niederlanden habe die Nebenintervenientin diesem erklärt, die Dokumente würden für interne bzw. formelle Zwecke bei der Beklagten benötigt. Der Kläger 1 habe ihr das ohne Weiteres geglaubt. Der Kläger 1 wie auch J. _____ seien selbstredend von der Gültigkeit des IMA ausgegangen; sie hätten sonst ihre IMA nicht derart akribisch und kostenaufwendig durch ihre Anwälte ausarbeiten und überprüfen lassen und schliesslich nicht ihre beträchtlichen Vermögenswerte zur Beklagten gebracht, wenn sie sich nicht sicher gewesen wären, dass ihr Vermögen von der Beklagten in der von ihnen gewünschten und vertraglich festgelegten Form verwaltet werden würde. Der Kläger 1 habe keinen Anlass gehabt, der Nebenintervenientin nicht zu glauben. Der Titel "Investment Guidelines – Special Discretionary Mandate" habe ausdrücklich festgehalten, dass es um ein "Discretionary Mandate" gegangen sei. Zudem werde wörtlich festgehalten: "Addendum/in addition to the previous signed Discretionary Management Mandate". Damit habe sich diese Urkunde nach der nachvollziehbaren Auffassung des Klägers 1 auf die von ihm mit der Beklagten im IMA vereinbarte Tatsache bezogen, dass er der Beklagten keinerlei Anlageinstruktionen erteilt habe, sondern dass die Beklagte die ihr richtig erscheinenden Anlageentscheidungen getroffen habe, um die von ihr garantierte Rendite zu erreichen. Folgerichtig habe der Kläger 1 auf der Urkunde gemäss act. 3/32 auch keine Investitionsanweisungen angekreuzt (act. 27 Rz. 87 f. und Rz. 222).

- 88 - Die Beklagte macht mit der Duplik geltend, der Kläger 1 habe die Dokumente "Investment Guidelines – Special Discretionary Mandate" und "Special Discretionary Mandate" unterzeichnet. Dabei beziehe sich das erste auf das zweite Dokument und nicht auf das angebliche IMA vom 12. März 2007. Etwas anderes habe auch der Kläger 1 nicht wirklich annehmen können. Dies umso mehr, als er und J. _____ bisweilen keine Kosten gescheut hätten, sich für sämtliche offenen Fragen im Zusammenhang mit dem angeblichen IMA bei ihren Anwälten rückzusichern. Dass er nunmehr aber zwei ihm vorgelegte Formulare unterzeichnet habe, ohne selber bzw. durch J. _____ Rücksprache zu nehmen, erstaune doch sehr. Offensichtlich könne er selber nicht an den gültigen Abschluss des IMA vom 12. März 2007 geglaubt haben, seien doch auch die ihm bislang zugestellten Kontoauszüge mit "Non Discretionary Mandate" codiert gewesen (act. 47 Rz. 92). Da die

Kläger von allem Anfang an hätten erkennen müssen, dass die Beklagte mit ihnen keine IMA wie behauptet abschliessen würde, nütze ihnen die Behauptung, die Nebenintervenientin habe die Formulare lediglich aus rein formellen Gründen unterschrieben haben wollen, nichts (act. 47 Rz. 330). 3.2.3.1.2. Rechtliches Die Bestimmungen gemäss Art. 114 ff. OR enthalten zwar nur Bestimmungen über das Erlöschen von einzelnen Obligationen. Soll ein ganzes Schuldverhältnis aufgelöst werden, können die Erlöschensregeln indessen zum Teil analog angewendet werden. Die Parteien können nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit denn auch jederzeit gemeinsam einen Vertrag beenden oder modifizieren (sog. Aufhebungs- und Änderungsfreiheit; Huguenin, Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, Zürich/Basel/Genf 2012, N 639 u. 641; vgl. Art. 12 u. Art. 115 OR analog), wobei ein Vertrag auch geändert oder aufgehoben werden kann, indem die Parteien einen neuen Vertrag miteinander abschliessen, welcher mit den Bestimmungen des ursprünglichen Vertrags nicht übereinstimmt. In diesem Sinne liegt neben dem neu geschlossenen Vertrag gleichzeitig ein konkludent geschlossener Aufhebungsvertrag betreffend den alten Vertrag vor, falls die Auslegung zum Ergebnis führt, dass entsprechende auf Aufhebung bzw. Verzicht

- 89 - gerichtete Willensäusserungen vorliegen (vgl. Aepli, in: ZK OR, Teilband V 1h, Das Erlöschen der Obligationen, 3. Aufl., Zürich 1991, Art. 115 N 30 ff.). 3.2.3.1.3. Würdigung Auch wenn der Wortlaut von Ziffer 11. des "Discretionary Management Mandate" vom 30. Mai 2007 (act. 3/23) mit jenem des IMA vom 12. März 2007 – insbesondere im Hinblick auf dessen "performance guarantee" – im Widerspruch steht, stellt sich die Beklagte zu Recht nicht auf den Standpunkt, mit der Unterzeichnung des "Discretionary Management Mandate" sowie der "Investment Guidelines – Special Discretionary Mandate" am 30. Mai 2007 (act. 3/23) hätten die Parteien das IMA vom 12. März 2007 aufgehoben bzw. modifiziert. Die klägerische Behauptung, wonach durch die Unterzeichnung des "Discretionary Management Mandate" insbesondere der Beklagten die Ermächtigung erteilt worden sei, im Rahmen der Ausführung ihrer vertraglichen Verpflichtungen Verpfändungen eingehen zu dürfen, ist unbestritten geblieben. Die Beklagte bestreitet auch nicht schlüssig, dass die Nebenintervenientin die Formulare aus rein formellen bzw. internen Gründen unterschrieben hätte haben wollen und der Kläger 1 ihr dies ohne Weiteres geglaubt habe. Davon ist deshalb auszugehen. Bei der Urkunde gemäss act. 3/23 handelt es sich um vorgedruckte Standardformulare bzw. -verträge, was von der Beklagten ebenfalls nicht bestritten wird (act. 47 Rz. 330). Es ist nicht davon auszugehen, dass mit deren (einseitigen) Unterzeichnung (durch den Kläger 1) das individuell ausgehandelte IMA vom 12. März 2007 aufgehoben bzw. wesentlich modifiziert werden sollte. Wie gesagt wird dies auch nicht behauptet. Den Klägern ist im Übrigen darin zuzustimmen, dass im Formular keine der verschiedenen Investitionsanweisungsmöglichkeiten angekreuzt wurde, weshalb das Formular gar nicht vollständig ausgefüllt wurde. Mit der Beklagten ist zwar davon auszugehen, dass sich das Dokument "Investment Guidelines – Special Discretionary Mandate" auf das Dokument "Special Discretionary Mandate" bezieht. Diese beiden Dokumente stellen nach der Behauptungslage indessen gemeinsam eine blosser Ergänzung des IMA vom 12. März 2007 dar, welcher lediglich formelle Bedeutung für die internen Abläufe der Beklagten zukam. Es ist nicht ersicht-

- 90 - lich, was die Beklagte zu ihren Gunsten daraus ableiten könnte (zur Gutgläubigkeit der Kläger vgl. oben). 3.2.3.2. Erteilen von Anlageinstruktionen und Genehmigung der Transaktionen 3.2.3.2.1. Parteibehauptungen Mit der Duplik erklärt die Beklagte, die

Kontobeziehung "A._____" sei bis 30. Mai 2007 nie als "Discretionary Management Mandate" geführt worden (act. 47 Rz. 60). Bei Abschluss des durch die Kläger behaupteten IMA und der Vereinbarung, dass der Kläger 1 der Beklagten keine Anlageinstruktionen erteile, hätte diese bestimmt nicht geschrieben, er solle nicht zögern, sie zu kontaktieren, falls er "investment advise" benötige. Dem Kläger 1 habe aber auch aufgrund der Depotbewertungen, welche die Beklagte regelmässig in das die Kontobeziehung "A._____" betreffende Banklagernd-File geliefert habe, bewusst sein müssen, dass die Bank kein "Discretionary Mandate", also kein verwaltetes Depot, angenommen habe. Die Kläger würden anerkennen, dass diese Depotbewertungen allesamt als "Non Discretionary Mandate" codiert seien, und dass sie diese Codierung auf den jeweiligen Depotbewertungen bei der sporadischen Einsicht in das Banklagernd-File gesehen hätten (act. 47 Rz. 61). Das heisse, dass die Beklagte nicht von der Existenz der geltend gemachten Verträge ausgegangen sei. Auch der als Teil der Klagebeilage gemäss act. 3/31 eingereichte Kontoauszug betreffend das Subportfolio -3 trage den Vermerk "Non Discretionary" unter dem Titel "Mandate". Dem Kläger 1 habe deshalb bewusst sein müssen, dass die Beklagte nicht von einem Vermögensverwaltungsvertrag ausgegangen sei. Einzig bei der Beziehung 3 habe ein Vermögensverwaltungsvertrag bestanden, nämlich das standardisierte "Discretionary Management Agreement", ab 30. Mai 2007, für die Subportfolios -1 und -2 (act. 47 Rz. 91). Dass der Kläger 1 selber nicht davon ausgegangen sei, dass er der Beklagten keine Anlageinstruktionen erteilen werde, ergebe sich denn auch zweifelsfrei aus den von ihm im Zusammenhang mit der Konto-/Depoteröffnung gegenüber der Beklagten abgegebenen Erklärungen. So habe er am 30. Oktober 2006 unter anderem das Formular "Client instructions concerning unsolicited special purchases" und "Information and provisions applicable to securities, foreign exchange, derivative instruments and similar transac-

- 91 - tions" unterzeichnet. Daraus sei ersichtlich, dass der Kläger 1 vielmehr davon ausgegangen sei, er werde der Beklagten künftig Instruktionen bezüglich Anlagegeschäften mit Wertpapieren, Währungen, Zinsen, Edelmetallen und Rohstoffen etc. erteilen. Mit deren Unterzeichnung habe der Kläger 1 die Beklagte beauftragt, auf seinen Wunsch hin die aufgeführten Anlagen zu tätigen und habe bestätigt, dass er sich bewusst sei, dass die Käufe der Anlagen auf sein eigenes Risiko erfolgen würden. Er habe sodann zur Kenntnis genommen, dass alle von der Bank gemäss seinen Anweisungen ausgeführten Transaktionen auf sein alleiniges Risiko ausgeführt würden. Er habe bestätigt, dabei gegebenenfalls nach Konsultation und Beratung mit seinen eigenen Anlage-, Rechts-, Steuer-, Buchführungs- und sonstigen Beratern zu handeln und habe akzeptiert, dass die Beklagte keine Empfehlungen im Zusammenhang mit solchen Investitionen abgeben würde, und dass allfällige von der Beklagten im Zusammenhang mit den Anlagen zur Verfügung gestellte Beratungsdienste oder Informationen ohne jegliche Haftung oder Verantwortung der Beklagten gegenüber dem Kunden abgegeben würden. Aus den am 30. Oktober 2006 durch den Kläger 1 unterzeichneten Kontoeröffnungsunterlagen ergebe sich in aller Deutlichkeit, dass die Beklagte mit dem Kläger 1 keinen Vermögensverwaltungsvertrag für die Kontobeziehung 3 "A._____" abgeschlossen habe, bestätige er doch ausdrücklich, dass weder die Beklagte noch eine andere Person ihm gegenüber eine Gewinngarantie abgegeben hätte. Vielmehr habe er sein Bewusstsein um die Tatsache erklärt, dass er den investierten Betrag unter Umständen nicht zurückerhalten werde. Der Kläger habe somit um den höchst spekulativen Charakter solcher Anlagen gewusst und habe explizit akzeptiert, dass er den angelegten Betrag unter Umständen nicht

zurückerhalten werde (act. 47 Rz. 62 ff.). Es sei unzutreffend, dass die Kläger der Beklagten nie irgendwelche Anlageinstruktionen erteilt hätten. Die Kläger hätten immer wieder telefonischen Kontakt mit der Nebenintervenientin gehabt, um die Anlagesituation zu besprechen. Im Rahmen dieser Gespräche hätten sie auch Anlageinstruktionen erteilt, wobei die Nebenintervenientin einige dieser Telefongespräche in Aktennotizen festgehalten habe. Die Kläger hätten im Zusammenhang mit der Eröffnung ihrer Konto-/Depotbeziehung bei der Beklagten denn auch kundgetan, dass sie die mündliche – insbesondere telefonische – Auftragserteilung als rechts-

- 92 - genüchlich anschauen und gegen sich gelten lassen würden. Sie hätten die Beklagte ermächtigt, Mitteilungen und Aufträge irgendwelcher Art, die vom Kontoinhaber und/oder seinem Bevollmächtigten per Telefon, Telefax oder gesicherter E-Mail-Verbindung getätigt würden, entgegen zu nehmen. Bereits aufgrund der in der Duplik dargestellten Transaktionsaufträge (act. 47 Rz. 103) sei klar, dass die Kläger alles andere als eine vorsichtige Anlagestrategie hätten verfolgen wollen und keineswegs unbedarfte Anleger seien (act. 47 Rz. 103 ff.). Selbst wenn man davon ausgehen würde, dass die Kläger der Beklagten nie irgendwelche Anlageinstruktionen erteilt hätten, hätten die Investitionen jedenfalls zufolge fehlender Beanstandung durch die Kläger als genehmigt zu gelten (act. 47 Rz. 106 ff.). 3.2.3.2.2. Rechtliches Wie bereits erwähnt, kann ein Vertrag auch durch konkludentes Verhalten aufgehoben werden, wobei durch Auslegung zu ermitteln ist, ob eine auf Aufhebung gerichtete Willensäußerung des Gläubigers vorliegt. Von einem entsprechenden Verzichtswillen des Gläubigers ist auszugehen, wenn dessen Verhalten nach den konkreten Umständen gemäss der allgemeinen Lebenserfahrung und Verkehrsanschauung zu diesem Schluss führt. Da in der Regel aber niemand ohne Gegenleistung auf einen Anspruch verzichtet, ist ein durch Schweigen oder konkludentes Verhalten geäussertes Erlasswille des Gläubigers nicht leichthin anzunehmen (Aeppli, a.a.O., Art. 115 N 30). Wenn das eine abgemacht und dann (von beiden Seiten) das andere gelebt wird, kann somit nach dem Gesagten u.U. ebenfalls eine Vertragsaufhebung bzw.

-änderung vorliegen. 3.2.3.2.3. Würdigung Soweit die Beklagte aus den Kontoeröffnungsunterlagen etwas für sich ableiten will, scheitert sie bereits daran, dass diese am 30. Oktober 2006 und somit einige Monate vor dem Abschluss des IMA vom 12. März 2007 unterzeichnet worden sind. Im IMA wird unter Ziffer 12 denn auch ausdrücklich festgehalten, dass dieses im Konfliktfall mit den "Terms and Conditions" letzteren vorgeht und ältere Vereinbarungen zwischen den Parteien ersetzt: "[...] where there is a discrepancy or conflict between the terms of this Agreement and the Terms and Conditions,

- 93 - the terms of this Agreement shall prevail [...] this Agreement supersedes all prior agreements, arrangements and undertakings between the Parties in relation to the services being provided under this Agreement [...]." Ob die Depotbewertungen allesamt als "Non Discretionary Mandate" codiert waren, kann offen bleiben, da die Kläger angesichts des IMA vom 12. März 2007 annehmen durften, dass auch die Beklagte von einem Vermögensverwaltungsvertrag ausging. Falls die Beklagte bis 30. Mai 2007 nicht von einem verwalteten Konto ausgegangen sein sollte, könnte daraus aber ohnehin nicht die Aufhebung des IMA vom 12. März 2007 abgeleitet werden. Wovon die Beklagte diesbezüglich ausgegangen ist, ist nicht relevant; massgebend ist, was (in Anwendung des Vertrauensprinzips) abgemacht worden ist. Ein Aufhebungswille des Klägers 1 bezüglich des IMA vom 12. März 2007, insbesondere ein Erlasswille in Bezug auf die "performance guarantee", ist nicht ersichtlich. Aus der E-Mail von J. _____ – welcher

unbestrittenermassen auch für den Kläger 1 handelte – an die Nebenintervenientin vom 5. Juli 2007 geht vielmehr hervor, dass die Kläger von der Gültigkeit der "performance guarantee" ausgingen (act. 48/20). Der Inhalt der durch die Beklagte eingereichten Aktennotizen betreffend die durch die Beklagte behaupteten und die Kläger bestrittenen "Transaktionsaufträge" (act. 47 Rz. 103; act. 48/9-14) bringt zum Ausdruck, dass es sich dabei um Vorschläge der Nebenintervenientin gehandelt haben soll, denen der Kläger 1 zugestimmt habe. Wenn auf den Vorschlag der Nebenintervenientin hin der Entscheid für eine Investition getroffen wird, geschieht dies (auch) unter ihrer Verantwortung. Entscheidend ist aber ohnehin, dass allfällige Instruktionen nichts an der Verbindlichkeit des IMA vom 12. März 2007 zu ändern vermöchten. Dieses sieht kein Mitspracherecht des Klägers 1 betreffend die Anlageentscheide vor. So bestimmt Ziff. 3.1: "[...] the Client shall have no input in the decisions of the Bank in relation to the Investments." (act. 3/4 bzw. act. 54/216). Sollte die Beklagte trotzdem nach den Instruktionen – insbesondere im Sinne von Zustimmungen zu Vorschlägen der Nebenintervenientin – des Klägers 1 gehandelt haben, hätte sie dies auf eigene Verantwortung getan. An ihrer Pflicht, die garantierte Rendite zu erreichen bzw. für diese gerade zu stehen, hätte sich mithin nichts geändert. Ob es sich bei den durch die Beklagte eingereichten Aktennotizen (act. 48/9-14) um Fäl-

- 94 - schungen handelt, wie die Kläger behaupten (act. 62 Rz. 105 ff.), kann somit offen bleiben. Selbst die Beklagte schliesst aus den behaupteten Transaktionsaufträgen im Übrigen lediglich, dass die Kläger alles andere als eine vorsichtige Anlagestrategie verfolgen wollten (act. 47 Rz. 105). Insbesondere wird (zu Recht) nicht behauptet, dass das IMA vom 12. März 2007 aufgrund (allfälliger) Anlageentscheide der Kläger keine Geltung mehr gehabt hätte. Schliesslich hilft der Beklagten auch der Hinweis nicht weiter, dass die Kläger die beklagtischen Investitionen jedenfalls zufolge fehlender Beanstandung genehmigt hätten, da eine solche Beanstandungsobliegenheit im IMA vom 12. März 2007 nicht vorgesehen ist. Vielmehr bot das IMA vom 12. März 2007 gerade den grossen Vorteil einer garantierten Rendite, so, dass sich der Kläger 1 nicht um die einzelnen Investitionen zu sorgen brauchte. Nach dem Gesagten kann die Beklagte auch aus allfällig durch die Kläger erteilten Instruktionen bzw. dem Fehlen klägerischer Beanstandungen von Investitionen durch die Beklagte nichts für sich ableiten. 3.2.4. Rechte und Pflichten des Klägers 1 gegenüber der Beklagten aus dem IMA vom 12. März 2007 3.2.4.1. Aktiv- und Passivlegitimation Vertragsparteien des IMA vom 12. März 2007 sind der Kläger 1 und die Beklagte (act. 54/216). Sie sind somit aus dem Vertrag berechtigt und verpflichtet. 3.2.4.2. Leistung des "initial investment" durch den Kläger 1 3.2.4.2.1. Parteibehauptungen Die Kläger führen mit der Klageschrift aus, der Kläger 1 habe mit Valuta 13. März 2007 von seiner niederländischen Bank wie vereinbart den Betrag von EUR 25 Mio. an die Beklagte überwiesen (act. 1 Rz. 25). In der Replik präzisieren die Kläger, der Kläger 1 habe am 13. März 2007 auf sein Konto "A._____" bei der Beklagten den Betrag von EUR 24'999'983.86 von seinem Konto bei der Bank ... in Amsterdam überwiesen (act. 27 Rz. 84).

- 95 - Mit der Duplik erklärt die Beklagte, die Hauptbegehren der Kläger seien (auch) abzuweisen, weil das gemäss Vertragstext zum Erreichen der angeblich vereinbarten Rendite nötige "initial investment" von EUR 25 Mio. nicht einbezahlt worden sei (act. 47 Rz. 11). Der Kläger 1 habe am 13. März 2007 gemäss eigenen Angaben nicht den Betrag von EUR 25'000'000.– auf sein Konto 3 "A._____", sondern lediglich EUR 24'999'983.86 überwiesen. Die von den Klägern geltend gemachte Mindestrendite von 7.57 % p.a. ab dem

13. März 2007 wäre daher auch aus diesem Grund nicht geschuldet (act. 47 Rz. 136 und 142). Mit Bezug auf das Feststellungsbegehren, dass eine Rendite von 8.23 % für die Zeit vom 13. März 2008 bis 13. März 2009 auf den von den Klägern bei der Beklagten hinterlegten Vermögenswerten geschuldet sein solle, sei sodann festzuhalten, dass die Kläger nicht einmal behaupten würden, dass das für die Erreichung der Rendite nötige "initial investment" auf der entsprechenden Kontobeziehung einbezahlt gewesen sei (act. 47 Rz. 143). Die Kläger führen in der Stellungnahme zur Duplik im Wesentlichen aus, die Beklagte moniere eine Differenz von EUR 16.14. Sie habe bislang nie verlauten lassen, dass der Kläger 1 nicht den vollen Betrag von EUR 25 Mio. bei ihr deponiert habe. Der Kläger 1 sei zu Recht davon ausgegangen, dass diesbezüglich alles in Ordnung sei. Im Übrigen habe es dem Willen der Parteien entsprochen, dass die Vermögenswerte, welche bereits bei der Beklagten deponiert gewesen seien, zu den "Initial Investments" hinzuzurechnen gewesen seien. Der Kläger 1 habe am 13. März 2007 eine Überweisung von EUR 25 Mio. an die Beklagte veranlasst (act. 3/20). Die Beklagte habe die Summe von total EUR 24'999'983.86 als "initial investment" am 13. März 2007 eingebucht und entgegengenommen. Damit habe die Beklagte diesen Betrag als Investitionssumme akzeptiert und genehmigt. Die von der Beklagten nun erstmals mit Einreichung der Duplik am 14. April 2009 und damit rund zwei Jahre später erhobene "Rüge" erfolge rechtsmissbräuchlich – es gehe um eine Differenz im Promillebereich – resp. zu spät (act. 62 Rz. 44 f.). Die Behauptung, dass die Kläger zu Beginn des zweiten Investitionsjahres wiederum EUR 25 Mio. einzuzahlen gehabt hätten, sei falsch und unsubstanziert. Im IMA sei nichts Derartiges vereinbart worden. Vielmehr habe die Beklagte gemäss IMA die garantierte Rendite für das erste Investitionsjahr zu erreichen gehabt, bei voll-

- 96 - ständigem Kapitalerhalt. Somit sei die Beklagte verantwortlich gewesen für den Bestand des "initial investment" zu Beginn jedes neuen Investitionsjahrs (act. 62 Rz. 47). Die Beklagte erklärt dazu im Wesentlichen, diese Vorbringen der Kläger seien neu und damit unzulässig (act. 71 Rz. 62 ff.). Vertragsgegenstand des IMA vom 12. März 2007 sei ausschliesslich das Konto 3 "A._____" gewesen, und es habe weder ein Wille noch eine Vereinbarung bestanden, das "initial investment" für diese Beziehung mit Einlagen aus anderen Kontobeziehungen zusammenzurechnen (act. 71 Rz. 172). Bestehe Einigkeit zwischen den Parteien, dass das für den Erhalt der angeblich vereinbarten Mindestrendite von 7.57 % p.a. nötige "initial investment" von EUR 25'000'000.– nicht einbezahlt worden sei, könne dies nichts anderes bedeuten, als dass Letztere nicht geschuldet sei. Dies ergebe sich aus dem Wortlaut von Ziff. 11.1 des von den Klägern vorgelegten Vertragstexts des angeblichen IMA (act. 71 Rz. 176 ff.). 3.2.4.2.2. Rechtliches Der offenbare Missbrauch eines Rechtes findet keinen Rechtsschutz (Art. 2 Abs. 2 ZGB). Ob Rechtsmissbrauch vorliegt, ist nicht nach starren Regeln, sondern nach den Umständen des Einzelfalls zu entscheiden. Konkretisiert wird das Rechtsmissbrauchsverbot durch Fallgruppen. Ein rechtlich relevantes widersprüchliches Verhalten (venire contra factum proprium) liegt dann vor, wenn durch früheres Verhalten schutzwürdiges Vertrauen begründet wurde, welches durch neue Handlungen enttäuscht wird. Weiter muss der Vertrauende deswegen nachteilige Dispositionen getroffen haben (Middendorf/Grob, in: CHK ZGB 2 N 15 ff.; Honsell, in: BSK ZGB I, Art. 2 N 43). 3.2.4.2.3. Würdigung Unbestritten ist, dass nach der Überweisung des Klägers 1 auf sein Konto "A._____" am massgebenden Stichtag gemäss Ziff. 5.1 des IMA, dem 13. März 2007, lediglich EUR 24'999'983.86 anstatt der gemäss Ziff. 5.1 in Verbindung mit Ziff. 1.1 des IMA vom 12. März 2007 vorgesehenen EUR 25'000'000.– als Saldo ausgewiesen waren.

- 97 - Damit stellt sich die Frage, ob es im Sinne der Vorbringen der Kläger rechtsmissbräuchlich seitens der Beklagten ist, sich darauf zu berufen, es seien nicht (ganz) EUR 25 Mio. bzw. EUR 16.14 (25'000'000 - 24'999'983.86) zu wenig auf dem Konto gutgeschrieben gewesen. Vorweg ist festzuhalten, dass es sich bei den Ausführungen des Klägers 1 dazu nicht um unzulässige Noven (act. 71 Rz. 62 ff.), sondern um eine Stellungnahme zu neuen Ausführungen der Beklagten in der Duplik handelt. Indem die Beklagte den Betrag von EUR 24'999'983.86 entgegennahm, durfte der Kläger 1 darauf vertrauen, den gemäss dem IMA erforderlichen Betrag überwiesen zu haben, nachdem er keine gegenteilige Meldung erhielt bzw. – unbestrittenermassen (act. 10 Rz. 106) – den Auftrag für eine Überweisung über EUR 25 Mio. (act. 3/20) gegeben hatte. Wenn die Beklagte nun geltend macht, es seien nicht EUR 25 Mio. überwiesen worden, enttäuscht sie dadurch das berechnete Vertrauen des Klägers 1, der weitere Dispositionen unterliess, indem er keine weitere Überweisung tätigte. Das widersprüchliche Verhalten der Beklagten erweist sich im konkreten Fall als rechtsmissbräuchlich, so dass sie sich nicht darauf berufen kann, es seien nicht die gesamten EUR 25 Mio. überwiesen worden. Entgegen den Ausführungen der Beklagten ergibt sich aus Ziff. 5.1 des IMA auch nicht, dass für das zweite Jahr erneut EUR 25 Mio. zu überweisen gewesen wären. 3.2.4.3. Forderung des Klägers 1 gegenüber der Beklagten aus dem IMA 3.2.4.3.1. Parteistandpunkte 3.2.4.3.1.1. Kläger 1 In früheren Rechtsbegehren hatte der Kläger 1 für die jeweiligen Investitionsjahre per 13. September (2008 bzw. 2009) die Gutschrift des investierten Betrags zuzüglich der garantierten Rendite auf seinem Konto bei der Beklagten verlangt (act. 27 S. 2; act. 62 S. 2). Das entsprechende Konto wies am erwähnten Stichtag aber bereits einen bestimmten Vermögensstand auf, weshalb der Kläger 1 faktisch lediglich die Differenz zwischen diesem Vermögensstand und jenem verlangt hatte, welcher resultiert wäre, wenn das "initial investment" zwei Jahre lang mit dem jeweils vorgesehenen Prozentsatz der "performance guarantee" verzinst

- 98 - worden wäre. Nach der Saldierung und Schliessung dieses Kontos verlangt er mit der Klageänderung vom 16. Juni 2011 nun direkt die Differenz zwischen dem tatsächlichen Vermögensstand per 13. September des Jahres 2008 bzw. 2009 und dem Vermögensstand unter Berücksichtigung der "performance guarantee". Mithin beantragt er (wiederum mit zwei separaten Begehren für die Investitionsjahre 2007/2008 sowie 2008/2009) die Verpflichtung der Beklagten, ihm insgesamt EUR 8'130'634.52 zuzüglich Verzugszins von 5 % ab 14. September 2009 auf dem Betrag von EUR 3'030'327.16 zu bezahlen (act. 104 S. 1 f.). Nachdem der Kläger 1 ursprünglich die Gutschrift auf seinem Konto bei der Beklagten mit der Nr. 3 und der Bezeichnung "A._____" verlangt hatte, beantragt er nach dessen Saldierung und Schliessung die Gutschrift auf das Konto Nr. 4, lautend auf "A._____", bei der Bank F._____, ... [Adresse]. Der Kläger 1 führt mit der Klageänderung vom 16. Juni 2011 aus, nachdem der Beklagten gemäss dem IMA vom 12. März 2007 nach Ablauf eines Investitionsjahrs eine sechsmonatige Frist bis 13. September gewährt würde, um die allenfalls verpasste Rendite nachträglich noch zu erreichen (act. 104 Rz. 11), benötigte er zur Bezifferung der Rechtsbegehren die Kontosaldis per 13. September der betreffenden Jahre. Die diversen Versuche der Kläger, diese Kontostände bei der Beklagten erhältlich zu machen, seien gescheitert (act. 104 Rz. 12). Dem Kläger 1 sei es anhand der von der Beklagten u.a. gelieferten Bewertungen per 31. August 2008/09 und 30. September 2008/09 nicht möglich, die Rechtsbegehren jeweils für den 13. September auszurechnen bzw. zu beziffern. Die fraglichen Portfolios seien durch die Beklagte zusammengestellt worden. Weil der Kläger 1 die Zusammensetzung der Produkte, namentlich der

strukturierten, nicht kennen würde, sei es ihm auch nicht möglich, Vergleichsindices aus den betreffenden Zeitspannen beizuziehen, um die Bewertungen resp. die Vermögensstände für diese Daten festzustellen resp. Bewertungen durch spezialisierte Drittpersonen vornehmen zu lassen. Der Kläger 1 würde deshalb die Bezifferung seiner Rechtsbegehren anhand der von der Beklagten gelieferten Bewertungen annäherungsweise vornehmen, indem er die vereinfachte Annahme treffen würde, dass sich die Wertdifferenz zwischen den Vermögensständen per 31. August und 30. September linear verteilen lassen würden. Zum Kontostand per 31. August werde deshalb jeweils

- 99 - 13/30 der Wertdifferenz zum Kontostand per 30. September hinzugerechnet. Die Währungsumrechnungen würden zum jeweiligen Stichtag mittels der Wechselkurse von www.fxtop.com erfolgen (act. 104 Rz. 13). Aus dieser Berechnung würde für das Konto Nr. 3 mit der Bezeichnung "A. _____" per 13. September 2008 ein Kontostand von EUR 22'035'047.06 und per 13. September 2009 ein solcher von EUR 20'975'099.44 resultieren (act. 104 Rz. 14). Für die Bezifferung des gemäss Begehren 1.1 von der Beklagten verlangten Betrags von EUR 5'100'307.36 nimmt der Kläger 1 folgende Berechnung vor: EUR 24'999'983.86 zuzüglich der Mindestrendite von 7.57 % des Investitionsjahrs 2007/08 abzüglich des annäherungsweise berechneten Kontostands vom 13. September 2008 von EUR 22'035'047.06 zuzüglich Verzugszinsen (act. 104 Rz. 17). Für die Bezifferung des gemäss Begehren 1.2 von der Beklagten verlangten Betrags von EUR 3'030'327.16 nimmt der Kläger 1 folgende Berechnung vor: EUR 26'892'482.64 (EUR 24'999'983.86 zuzüglich der Mindestrendite von 7.57 % des Investitionsjahrs 2007/08) zuzüglich der Mindestrendite von 8.23 % des Investitionsjahrs 2008/09 abzüglich des annäherungsweise berechneten Kontostands vom 13. September 2009 von EUR 20'975'099.44 abzüglich des gemäss Begehren 1.1 zuzusprechenden Betrags von EUR 5'100'307.36 (act. 104 Rz. 19).

3.2.4.3.1.2. Beklagte Die Beklagte stellt sich mit ihrer Stellungnahme zur Klageänderung (act. 104) und Noveneingabe vom 7. Oktober 2011 auf den Standpunkt, dass die Nennung eines neuen Leistungsortes für die angeblich bestehenden Ansprüche der Kläger aus materiellrechtlichen Gründen unzulässig sei (act. 110 Rz. 26). Es sei in Erinnerung zu rufen, dass das IMA gemäss act. 54/216 offenkundig unvollständig sei, indem es die AGB ("Terms and Conditions") nicht enthalte. Denn auf die "Terms and Conditions" werde unter "1 Definitions and Interpretation" sowie in Ziff. 3.1 des IMA ausdrücklich Bezug genommen. Wenn man von der falschen Annahme der Gültigkeit des IMA ausgehen würde, müssten die "Terms and Conditions" konsequenterweise berücksichtigt werden. Da das IMA vom 12. März 2007 diese "Terms and Conditions" nicht enthalte bzw. da diese fehlen würden, müsste auf die bei der Beklagten üblichen "General conditions and custody account regulati-

- 100 - ons" zurückgegriffen werden. Diese würden als Leistungsort Zürich und nicht Amsterdam vorsehen. Die Kläger würden somit eine Leistung der Beklagten an einen Erfüllungsort verlangen, für den es auch bei Annahme der Geltung des IMA keine vertragliche Grundlage gebe und zu deren Leistung die Beklagte somit auch nicht verpflichtet werden könne (act. 110 Rz. 27 f.). Die Beklagte führt weiter aus, die Kläger würden die Kontoschliessung erwähnen, um ihre Klageänderung zu rechtfertigen. Was die Kläger jedoch unerwähnt lassen würden, seien die Beträge, welche ihnen im Rahmen der gesamten Kontobeziehungen letztendlich zugeflossen seien (act. 110 Rz. 34). Mit Schreiben vom 24. Dezember 2009 habe der Kläger 1 der Beklagten die Anweisung erteilt, sämtliche Positionen, d.h. sowohl cash-Positionen als auch alle anderen Vermögenswerte

des Portfolios Nr. 3 "A._____" per 4. Januar 2010 gemäss den dem Schrei- ben beiliegenden Instruktionen zu überweisen. Die Beklagte sei dieser Anweisung nachgekommen und habe die entsprechenden Überweisungen vorgenommen (act. 110 Rz. 37). Wie aus der von der Beklagten erstellten Übersicht ersichtlich werde, seien an den Kläger 1 bis zur Schliessung des Kontos von der Beklagten insgesamt EUR 20'859'934.22 zurückgeflossen (act. 110 Rz. 37). Die Beklagte listet in der Folge die einzelnen Überweisungen auf, welche sie in diesem Zu- sammenhang an die Bank F.____ vorgenommen habe (act. 110 Rz. 38 ff.), und erklärt, da sämtliche Vermögenswerte aus den Kontobeziehungen mit den Klä- gern an diese zurückgeflossen seien, bestünden zum heutigen Zeitpunkt keine Ansprüche mehr aus diesen Kontobeziehungen (act. 110 Rz. 127). Schliesslich stellt sich die Beklagte auf den Standpunkt, dass die Ansprüche der Kläger falsch berechnet worden seien, falls die Klageänderung zugelassen und die Ansprüche der Kläger im Grundsatz gutgeheissen würden (act. 110 Rz. 128). Zunächst sei der von den Klägern angenommene Istzustand des Kontos Nr. 3 per 13. September 2008 falsch berechnet worden, da nicht einfach die vereinfachte Annahme getroffen werden könne, dass sich die Wertdifferenz zwischen den Vermögensständen per 31. August und 30 September linear verteilen lasse. Es obliege den Klägern, substantiiert zu behaupten und zu beweisen, wie sie ihre angeblichen Ansprüche im Detail berechnen. Dazu hätten sie detailliert anhand - 101 - von Tatsachen den Istzustand des Kontos Nr. 3 per 13. September 2008 zu be- rechnen bzw. darzustellen gehabt (act. 110 Rz. 130). Die Kläger würden auch von einem falschen Sollzustand des Kontos Nr. 3 per 13. September 2008 ausgehen. Es sei nämlich zu berücksichtigen, dass die Beklagte zu Recht "management fees" belastet habe. Würde die Gültigkeit des IMA unterstellt, müssten die bis zum 13. September 2008 aufgelaufenen "management fees" deshalb vom von den Klägern angenommenen Sollzustand per 13. September 2008 abgezogen wer- den. Es handle sich dabei um einen Betrag in der Höhe von EUR 486'452.06 (act. 110 Rz. 131 ff.). Aus den gleichen Gründen seien auch der Ist- und der Soll- zustand des Kontos Nr. 3 per 13. September 2009 falsch berechnet worden (act. 110 Rz. 136 ff.).

3.2.4.3.2. Würdigung Der beklagtischen Herleitung des Leistungsortes Zürich unter Verweis auf ihre "General conditions and custody account regulations" ist nicht zu folgen. Wären die "Terms and Conditions" im Zusammenhang mit dem Leistungsort anwendbar, wovon die Beklagte auszugehen scheint, kann bei deren Fehlen nicht einfach auf die "General conditions and custody account regulations" der Beklagten zurück- gegriffen werden. Die Beklagte räumt ein, dass sie der Anweisung des Klägers 1 vom 24. Dezember 2009, seine Vermögenswerte auf ein Konto in Holland zu überweisen (act. 111/1), nachgekommen ist (act. 110 Rz. 36 ff.). Dies ist als kon- kudente Annahme einer klägerischen Offerte betreffend den Erfüllungsort zu qua- lifizieren; selbst wenn ursprünglich als Erfüllungsort Zürich abgemacht gewesen wäre, waren sich die Parteien spätestens durch diese Vereinbarung einig, dass die klägerischen Vermögenswerte auf ein Konto bei einer Bank in Amsterdam transferiert werden sollen. Wollte man einen solchen Parteiwillen im Sinne von Art. 74 Abs. 1 OR verneinen, wären Geldschulden mangels einer Vereinbarung unter den Parteien im Übrigen Bringschulden (Art. 74 Abs. 2 Ziff. 1 OR), was ebenfalls gegen Zürich als Erfüllungsort sprechen würde. Die anlässlich der Saldierung des klägerischen Kontos bei der Beklagten an den Kläger 1 zurückgeflossenen Vermögenswerte sind für die Frage, welcher Betrag die Beklagte dem Kläger 1 per 13. September 2009 aus dem IMA vom 12. März

- 102 - 2007 bzw. aufgrund der darin enthaltenen "performance guarantee" schuldete, nicht relevant; zurückgeflossen sind die vom Kläger 1 bei der Beklagten deponierten Vermögenswerte ohne Berücksichtigung des Betrags, welcher aufgrund der "performance guarantee" resultiert wäre. Im vorliegenden Verfahren geht es aber gerade um diesen Betrag. Die Beklagte verlangt ferner zu Unrecht den Abzug der "management fees" bei der Berechnung des Sollzustands, da die Beklagte selber angibt, solche bereits bezogen zu haben (act. 71 Rz. 32, Rz. 298 ff. und 481 ff.; act. 110 Rz. 131), wobei sie auch entsprechende Belastungsanzeigen ins Recht reichte (act. 111/97-106). Damit waren die "management fees" bereits bei der Ausweisung des Istzustands berücksichtigt, welcher sonst höher ausgefallen wäre. Nur im letzteren Fall wären die "management fees" bei der Berechnung des Sollzustands zu berücksichtigen gewesen. Die Kläger haben das IMA vom 12. März 2007 zwar erst auf den 31. Dezember 2009 gekündigt (act. 27 Rz. 5; act. 28/54), machen allerdings lediglich Ansprüche aus den ersten beiden Investitionsjahren vom 13. März 2007 bis 12. März 2008 sowie 13. März 2008 bis 12. März 2009 geltend. Am massgebenden 13. März 2007 befanden sich, wie erwähnt, EUR 24'999'983.86 auf den Konten der Beziehung "A._____". Diese Summe ist gemäss Ziff. 5.1 des IMA für das erste Jahr mit 7,57 % zu verzinsen. Neben dem zu erhaltenden "initial investment" von EUR 24'999'983.86 schuldete die Beklagte dem Kläger 1 aus dem ersten Investitionsjahr somit EUR 1'892'498.78 ($24'999'983.86 \times 0,0757$). Mithin wäre damals auf dem Konto ein Saldo von EUR 26'892'482.64 gutzuschreiben gewesen. Die Gutschrift hätte gemäss Ziff. 5.3 des IMA spätestens per 13. September 2008 erfolgen müssen. Für das zweite Jahr ist der Endsaldo des ersten Jahres von EUR 26'892'482.64 mit dem unbestrittenen Zinssatz von 8,23 % zu multiplizieren, was EUR 2'213'251.32 ($26'892'482.64 \times 0,0823$) ergibt, so dass spätestens per 13. September 2009 auf der Kontobeziehung "A._____" EUR 29'105'733.96 gutzuschreiben gewesen wären. Bei dieser Berechnungsweise ist die "performance guarantee" im Endsaldo des ersten Investitionsjahres berücksichtigt. Es entstehen dem Kläger 1 aus der Leistungsverspätung im Zusammenhang mit dem ersten Investitionsjahr demnach keine Nachteile durch die Vorenthaltung der geschuldeten Geldsumme, welche durch Schuldzinsen abzugelten wären

- 103 - (vgl. Wiegand, in: BSK OR I, Art. 104 N 1). Ohnehin zieht der Kläger 1 die Zinsen, welche er im ersten Schritt dazuschlägt, im zweiten Schritt wieder ab, und seine aufgegliederte Rechnung wirkt sich insofern zu seinen Ungunsten aus, als er nur auf einem reduzierten Betrag Schuldzinsen verlangt. Es reicht für die Berechnung der Forderungshöhe somit aus, die Differenz zwischen dem Ist- und dem Sollbetrag auf dem Konto per 13. September 2009 zu eruieren. Mit Schreiben vom 5. Mai 2011 teilte die Beklagte mit, dass bezüglich der genannten Stichtage keine Bewertungen der "Investments" geliefert werden könnten und stattdessen Depotauszüge zum vor- und nachgehenden Monatsende vorgelegt würden (act. 105/388). Mit Schreiben vom 24. Mai 2011 bekräftigte die Beklagte, dass Depotbewertungen nur per Monatsende erhältlich seien (act. 105/389). Eine Bewertung per 13. September 2009 ist demnach nicht möglich, angesichts der Bewertung per Ende September 2009 aber auch nicht erforderlich, da die Gutschrift des Klägers 1 gemäss dem IMA vom 12. März 2007 bzw. der darin enthaltenen "performance guarantee" ab dem 13. September 2009 mindestens EUR 29'105'733.96 betragen musste. Der Sollwert von EUR 29'105'733.96 per 13. September 2009 gilt somit auch per 30. September 2009 (theoretisch) zuzüglich Schuldzinsen für die Zeit vom 14. September 2009 bis 30. September 2009 auf dem Betrag, welcher der Differenz zwischen dem Soll- und dem nicht mehr eruierbaren Istwert per 13. September 2009 entspricht. Somit entspricht die Forderungshöhe der Kläger

der Differenz zwischen dem Soll- und Istwert per 30. September 2009, wobei der Schuldzins für die Zeit zwischen dem 14. bis 30. September 2009 mangels Eruiierbarkeit unberücksichtigt bleibt. Dieser würde das Resultat nur minimal zu Gunsten des Klägers 1 verändern, wo- bei der Kläger 1 mit seiner eigenen Berechnung aber ohnehin einen tieferen Be- trag verlangt, welcher ihm aufgrund der Dispositionsmaxime höchstens zugespro- chen werden kann. Somit ist der Istwert per 30. September 2009 von EUR 20'900'645.10 (bei einem Umrechnungskurs USD/EUR von 0.68532 per

E. 30

September 2009 von EUR 29'105'733.96 abzuziehen, was eine Differenz bzw. eine Forderungshöhe von EUR 8'205'088.86 ergibt. Nachdem in Ziff. 5.3 des IMA vom 12. März 2007 ein Verfalltag im Sinne von Art. 102 Abs. 2 OR vereinbart

- 104 - wurde, ist der Verzugszins von 5 % gemäss Art. 104 Abs. 1 OR antragsgemäss zuzusprechen, jedoch nach dem Gesagten erst ab dem 1. Oktober 2009. Somit ist von einer Forderungshöhe von EUR 8'205'088.86 auszugehen, wobei die Beklagte in Gutheissung der Rechtsbegehren 1.1 und 1.2 sowie in Anwen- dung der Dispositionsmaxime zu verpflichten ist, dem Kläger 1 EUR 8'130'634.52 zuzüglich Verzugszins von 5 % ab 1. Oktober 2009 auf dem Betrag von EUR 3'030'327.16 auf das Konto Nr. 4, lautend auf "A._____", bei der Bank F._____, ... [Adresse], zu bezahlen. Nachdem die Hauptbegehren des Klägers 1 gutzuheissen sind, erübrigt sich eine Auseinandersetzung mit den ihn betreffenden Eventual- und Subeventualbegeh- ren (2.1 und 3.1). 3.2.5. Ansprüche der Klägerin 2 gegen die Beklagte aus dem IMA vom 12. März 2007 3.2.5.1. Parteibehauptungen Die Kläger erklären mit der Klageschrift, mit Schreiben vom 4. Juni 2007 habe die Nebenintervenientin bestätigt, dass die Vertragsbedingungen und Konditionen des IMA vom 12. März 2007 auch Gültigkeit für die Kontobeziehung "B._____" mit der Konto Nr. 2 habe (act. 1 Rz. 29; act. 3/26). In der Klageantwort führt die Beklagte aus, es falle auf, dass das Schreiben vom 4. Juni 2007 auf eine Vereinbarung vom 15. März 2007 Bezug nehme. Eine sol- che liege der Beklagten nicht vor. Die Kläger machten auch nicht geltend, es handle sich um einen Verschrieb. Auf alle Fälle sei die Erklärung vom 4. Juni 2007 nur von der Nebenintervenientin allein unterschrieben. Deren Empfänger hätten sich bewusst sein müssen, dass keine die Beklagte bindende Erklärung habe vorliegen können. Entsprechend könne sich die Klägerin 2 nicht auf das IMA berufen (act. 10 Rz. 34 u. 38 ff.). Mit der Replik erklären die Kläger, der Kläger 1 hätte dargetan, dass er – wegen seiner Eigenschaft als Alleinaktionär und wirtschaftlich Berechtigter der "B._____" – die Kontobeziehung Nr. 2 stets als seine eigene betrachtet habe. Es sei für den

- 105 - Kläger 1 und die Nebenintervenientin, d.h. die Beklagte, immer selbstverständlich gewesen, dass das für die Kontobeziehungen des Klägers 1 abgeschlossene IMA auch für die Kontobeziehung "B._____" der Klägerin 2 gelte. Das sei sein Ver- tragswille und derjenige der Beklagten, vertreten durch die Nebenintervenientin, gewesen. Die Nebenintervenientin habe sich bezüglich des Datums verschrieben; 15. statt 12. März 2007. Er sei auch aufgrund des Wortlauts in Ziff. 1.1 des IMA davon überzeugt gewesen, dass das IMA auch für die Kontobeziehung "B._____" der Klägerin 2 gelte (act. 27 Rz. 85 f.). Die Beklagte führt mit der Duplik aus, Rechtsbegehren 1.3 und 1.4 seien im Wei- teren abzuweisen, weil die Klägerin 2 weder als Partei noch als Kontobeziehung vom Vertragstext des angeblichen IMA vom 12. März 2007 erfasst sei (act. 47 Rz. 12) 3.2.5.2. Würdigung Es ist zu prüfen, ob das IMA vom 12. März 2007 auch für die Kontobeziehung "B._____" Anwendung beanspruchen bzw. ob auch die Klägerin 2 daraus Rechte ableiten

kann, obwohl sie nicht Vertragspartei ist. Die Klägerin 2 stützt sich dafür auf das Schreiben vom 4. Juni 2007 (act. 3/26). Dieses ist von der Nebenintervenientin unterzeichnet, welche lediglich kollektivzeichnungsberechtigt war. Damit konnte sie die Beklagte nicht verpflichten. Die Klägerin 2 beruft sich sodann auf den Vertragswillen des Klägers 1 und jenen der Nebenintervenientin, welche die Beklagte vertreten habe. Diese Argumentation führt zum selben Ergebnis, da die Nebenintervenientin die Beklagte alleine nicht verpflichten konnte; auf Seiten der Beklagten hätte es des Vertragswillens einer weiteren zeichnungsberechtigten Person bedurft. Schliesslich beruft sich die Klägerin 2 auf den Wortlaut von Ziff. 1.1 des IMA. Dieser lautet wie folgt (act. 54/216 Blatt 3 bzw. S. 1): "Accounts means the account registered with the Bank, under the account name 3 A._____ as these accounts may be supplemented and/or changed to a different name or number from time to time". Das IMA bezieht sich somit auf das Konto mit der Nr. 3 und der Bezeichnung "A._____". Es wird zwar festgehalten, diese Konten könnten mit bzw. in andere Namen oder Nummern ergänzt bzw. geändert werden. Das bedeutet aber nicht, dass neben der Kontenbezeichnung auch der Konteninhaber

- 106 - auswechselbar wäre. Dieses Ergebnis wird dadurch bestätigt, dass eingangs der Vereinbarung festgehalten wird, diese gelte zwischen dem Kläger 1 und der Beklagten. Damit gilt das IMA vom 12. März 2007 nicht für die Klägerin 2, so dass die Rechtsbegehren 1.3 und 1.4, welche sich auf das IMA vom 12. März 2007 stützen, mangels Aktivlegitimation der Klägerin 2 abzuweisen sind. 3.3. Anspruch der Klägerin 2 auf Schadenersatz gegen die Beklagte aus culpa in contrahendo Die Klägerin 2 stellt ihr Eventualrechtsbegehren gemäss Ziffer 2.2 einerseits für den Fall, dass die Unterschrift von H._____ im IMA vom 12. März 2007 gefälscht ist und der ihrer Meinung nach unzutreffenden Meinung gefolgt werde, dass in diesem Fall (lediglich) ein Schadenersatzanspruch im Umfang des negativen Vertragsinteresses bestehe (act. 27 Rz. 180), und andererseits für den Fall, dass das Gericht zum Schluss kommen sollte, die Beklagte sei einem wesentlichen Irrtum unterlegen (act. 27 Rz. 181). Wie gezeigt wurde, ist die Urkunde gemäss act. 54/216 echt und ist die Beklagte keinem wesentlichen Irrtum unterlegen, weshalb sich Weiterungen zu dieser Anspruchsgrundlage erübrigen. Der Vollständigkeit halber ist festzuhalten, dass die Klägerin 2 ohnehin keine quasivertraglichen Ansprüche aus dem IMA vom 12. März 2007 für sich ableiten könnte, nachdem dargetan ist, dass ihr keine entsprechenden vertraglichen Ansprüche zustehen. Das Eventualrechtsbegehren gemäss Ziffer 2.2 ist demnach abzuweisen. 3.4. Anspruch der Klägerin 2 auf Schadenersatz gegen die Beklagte aus dem Vermögensverwaltungsvertrag betreffend die Kontobeziehung "B._____" 3.4.1. Parteistandpunkte Die Klägerin 2 macht in der Klagebegründung im Wesentlichen geltend, mit der Kontoeröffnung sei ein "Discretionary Management Mandate" für die Kontobeziehung "B._____" abgeschlossen worden. Es sei u.a. vereinbart worden, dass die Beklagte die sich auf diesem Konto befindlichen Vermögenswerte in ausgewählte Anlagen zu investieren gehabt habe, wobei sie eine jährliche Rendite von 5 % ga-

- 107 - rantiert habe. Ebenfalls sei vereinbart worden, dass sie der Beklagten keine Anlageinstruktionen erteile. Sie habe ihr deshalb in der Folge auch nie irgendwelche Anlageinstruktionen erteilt (act. 1 Rz. 17). Die Beklagte bringt in der Klageantwort im Wesentlichen vor, ein "Discretionary Management Mandate", das eine "performance guarantee" von 5 % enthalten würde, legten die Kläger nicht ins Recht. Sie bestreite die Existenz eines Vermögensverwaltungsauftrags (act. 10 Rz. 32 f.). Die Kontobeziehung

"B._____" sei nie als "Discretionary Management Mandate" geführt worden. Sämtliche Depot- bewertungen, welche die Beklagte regelmässig in das die Kontobeziehung betreffende Banklagernd-File geliefert habe, seien als "Non Discretionary Mandate" co- diert (act. 10 Rz. 35). In der Replik macht die Klägerin 2 im Wesentlichen geltend, der Kläger 1 habe die beklagte Offerte betreffend einen Vermögensverwaltungsvertrag mit einem "Discretionary Management Mandate" bezüglich der am 4. November 2004 eröff- neten Kontobeziehung "E._____" angenommen (act. 27 Rz. 30). Die Beklagte, vertreten und handelnd durch die Nebenintervenientin, habe dem Kläger 1 aus steuerlichen Gründen empfohlen, sie, die Klägerin 2, zu gründen. Sie habe die bereits bestehende Kontobeziehung "E._____" des Klägers 1 übernehmen sollen. Die entsprechenden Kontoeröffnungsunterlagen habe der Kläger 1 bereits am 10. Dezember 2004 ausgefüllt (act. 27 Rz. 46). Am 17. Juni 2006 habe die Ne- benintervenientin für die Beklagte die Kontobeziehung "E._____" geschlossen, den Vermögenstransfer auf das Konto Nr. 2 vorgenommen und die Beziehung neu als solche der "B._____" weitergeführt. Es habe dabei dem Willen des Klä- gers 1 und der Beklagten, vertreten und handelnd durch die Nebenintervenientin, entsprochen, dass der für die Kontobeziehung "E._____" geltende Vermögens- verwaltungsauftrag auch für die Nachfolgebeziehung "B._____" gelten sollte. Fol- gerichtig habe der Kläger 1 für diese Kontobeziehung nicht noch einmal das For- mular "Discretionary Management Mandate" ausgefüllt (act. 27 Rz. 47). Aufgrund der Tatsache, dass die Nebenintervenientin bei der Kontobeziehung "B._____" (recte: "A._____) strafbare und vertragsverletzende Handlungen vorgenommen habe, nehme die Klägerin 2 an, dass die Nebenintervenientin auch bei der Konto-

- 108 - beziehung "B._____" ohne Bewilligung der Beklagten selber Transaktionen durchgeführt habe, obwohl sie dafür unqualifiziert gewesen sei. Die Nebeninter- venientin habe zudem auf der Kontobeziehung "B._____" Darlehen aufgenom- men, um Wertschriften und strukturierte Produkte zu erwerben. Von alldem habe die Klägerin 2 nichts gewusst und sie hätte dem auch nie zugestimmt. Weiter ha- be die Beklagte eine riskante bis hoch riskante Anlagestrategie verfolgt und u.a. mit strukturierten Produkten gearbeitet, was sie gemäss dem Vermögensverwal- tungsvertrag nicht gedurft habe. Letzteren habe sie damit verletzt, weil die Be- klagte eine wachstumsorientierte Anlagestrategie ("growth oriented") zu verfolgen gehabt hätte, unter Vorgabe des Kapitalerhalts (act. 27 Rz. 116). Es sei für die Klägerin 2 aufgrund dieser bei der Beklagten geschehenen strafbaren Handlun- gen und Vertragsverletzungen nicht möglich, die konkreten Transaktionen nach- zuzvollziehen und die Schadenersatzforderung zu beziffern. Abgesehen von den durch die Nebenintervenientin dem Konto widerrechtlich entnommenen Beträgen, welche beziffert eingeklagt würden, gelte Art. 42 Abs. 2 OR. Bei der Kontobezie- hung "B._____" könne der Ausgangssaldo am 13. März 2007 anhand der vorlie- genden Belege und wegen den strafbaren Handlungen der Nebenintervenientin nicht eruiert werden; er müsse sich aufgrund der verfügbaren Unterlagen und In- formationen auf rund EUR 2.3 Mio. belaufen. Zur Bezifferung der Schadenersatz- forderung brauche es den Beizug eines Finanzanalysten, der den Kontosaldo am 13. März 2007 feststelle bzw. die tatsächlichen Kontobewegungen erfasse und feststelle, wie sich die Kontobeziehungen entwickelt hätten, wenn die Beklagte diese gesetzesgetreu und vertragsgemäss bzw. "growth oriented" für die Bezie- hung "B._____" verwaltet und keine unerlaubten Transaktionen durchgeführt hät- te. Die Differenz eines ordnungsgemäss verwalteten Vergleichsportfolios eines durchschnittlich erfolgreichen Vermögensverwalters während der gleichen Perio- de zu den von der Beklagten erwirtschafteten Beträgen sei der Schaden

(act. 27 Rz. 117). In der Duplik führt die Beklagte im Wesentlichen aus, die Kläger würden anerkennen, dass für die Kontobeziehung "B._____" kein "Discretionary Management Mandate" unterzeichnet worden sei. Es sei falsch, dass der Kläger 1 habe davon ausgehen dürfen, dass der (bestrittene) Vermögensverwaltungsvertrag für die

- 109 - Kontobeziehung "E._____" auch für die Nachfolgebeziehung "B._____" gelte, da zwischen dem Kläger 1 und der Klägerin 2 keine Parteiidentität bestehe (act. 47 Rz. 70). Die Kläger klagten auf Zahlung einer Summe in Euro, ohne anzugeben, weshalb die Beklagte einen allfälligen Schaden nicht in ihrer Währung, also in Schweizerfranken, zu ersetzen hätte (act. 47 Rz. 189). Zwischen den Klägern einerseits und der Beklagten andererseits hätten keine Vermögensverwaltungsverträge bestanden (act. 47 Rz. 194). Die Kläger legten hinsichtlich der Klägerin 2 nicht dar, inwiefern und ab wann die von ihnen geltend gemachte Anlagestrategie "growth oriented" seitens der Beklagten nicht eingehalten worden sein soll. Insbesondere könne dafür nicht genügen, einzig anzuführen, dass eine riskante bis hoch riskante Anlagestrategie verfolgt worden sei. Die Klägerin 2 habe nicht dargelegt, wie die Darlehensaufnahme zum Erwerb von Wertschriften und strukturierten Produkten die gewählte Anlagestrategie verletze, umso mehr, wenn bereits die Anlagestrategie von einem "high exposure to market risk" ausgehe (act. 47 Rz. 197 ff.). Die Kläger hätten allfällige abrede- und weisungswidrige Verwaltungshandlungen jedenfalls genehmigt (act. 47 Rz. 201 ff.). Die Kläger bestritten nicht, dass ihnen periodisch sowohl die Depotbewertungen als auch sämtliche Einzelbelege über die vorgenommenen Geschäfte zugestellt worden seien. Sie würden sodann anerkennen, dass sie sporadisch Einsicht in das Banklagernd-File genommen hätten. Aus diesen Depotbewertungen und Einzelbelegen lasse sich ersehen, welche Geschäfte getätigt worden seien. Die Kläger hätten mithin ohne Weiteres erkennen können, wenn sich die getätigten Investitionen nicht im zulässigen Rahmen der angeblich vereinbarten Portefeuille-Struktur bewegt hätten (act. 47 Rz. 205 und 207). Die Kläger substantiierten mit keinem Wort, wann die Nebenintervenientin die Beträge dem Konto "B._____" entnommen haben soll (act. 47 Rz. 215). Der für die Schadensberechnung massgebende Ausgangswert des Portefeuilles bestimme sich nach dem Zeitpunkt der angeblichen Vertragsverletzung. Die Kläger hätten mithin darzulegen gehabt, wann die Beklagte die angebliche Vertragsverletzung begangen haben soll (act. 47 Rz. 220). In der Zeit vom 13. bzw. 14. März 2007 bis 1. Dezember 2008 habe sich der benchmark, nämlich der Index der bei Privatbanken mit dem Risikoprofil "balanced" bzw. "growth oriented" geführten Portefeuilles, deutlich stärker negativ entwickelt als

- 110 - der Wertverlust, den die Kläger bei der Beklagten durch ihre Transaktionen in dieser Zeit erlitten hätten. Die Kläger hätten zur präzisen Bezifferung ihres Schadens die Aktiven, deren Erwerb sie der Beklagten letztlich vorwürfen, verkauft haben oder aber nachweisen müssen, dass ihr Wert auf Null gesunken sei und so bleiben werde. Der Kunde könne seine Aktiven nicht tatsächlich behalten und gleichzeitig Ersatz fordern (act. 47 Rz. 223 f.). Die Kläger verschwiegen, dass es auf ihren Konten einerseits von ihnen autorisierte Zahlungsabgänge gegeben habe und andererseits, dass die Nebenintervenientin die angeblich widerrechtlich entnommenen Beträge offenbar zurückerstattet bzw. kompensiert habe (act. 47 Rz. 225). Die Kläger hätten konkret behaupten müssen, welche Pflichtverletzung zu welchem Schaden geführt habe und zwar für jeden einzelnen Kläger gesondert. Ausserdem hätten die Kläger weder behauptet noch bewiesen, dass eine pflichtgemässe Alternativanlage zu einem Gewinn oder einem geringeren Verlust geführt hätte (act. 47 Rz. 231 f.). Die Kläger hätten sich grobes Selbstverschulden vorwerfen, da

sie der angeblichen Schadensbewirkung der Beklagten nicht entgegen gewirkt hätten, obwohl sie diese erkannt hätten. Ein solches Verhalten unterbreche einen allfälligen Kausalzusammenhang (act. 47 Rz. 234). Das Bankklagerndossier werde elektronisch geführt, eine Beeinflussung durch einen Kundenberater sei damit systemmässig ausgeschlossen. Die Abrechnungen über Wertschriftenkäufe und -verkäufe ergäben somit zwingend Dokumente, die kein Kundenberater habe unterschlagen können (act. 47 Rz. 359). In der Stellungnahme zur Duplik erklärt die Klägerin 2 u.a., die für die Schadenersatzforderungen relevanten Vermögensverwaltungsverträge – act. 3/6 und 3/12 – seien auf Basis einer ausgewogenen Strategie ("balanced") abgeschlossen worden. Auf act. 3/23 und 3/32 sei keine Strategie angekreuzt, weshalb diese Formulare unter diesem Titel irrelevant seien. Act. 3/33 mit einer angegebenen "equity-only"-Strategie sei ebenso unbeachtlich, weil dieses Dokument mit einer gefälschten Unterschrift und dem gefälschten Kürzel des Klägers 1 versehen worden sei (act. 62 Rz. 133; vgl. auch act. 1 Rz. 37). Die Beklagte sei gemäss dem Vermögensverwaltungsvertrag verpflichtet gewesen, die Kontobeziehung "B._____" im Interesse der Klägerin 2 sorgfältig, mit einem ausgewogenen Anlageprofil zu verwalten; der Hinweis auf die Anlagestrategie "growth-oriented" für das Konto

- 111 - "B._____" in act. 27 Rz 116 f. sei ein Schreibfehler gewesen und habe darauf beruht, dass diese Strategie für das Konto "E._____" gegolten habe (act. 62 Rz. 147). In ihrer Stellungnahme dazu führt die Beklagte u.a. aus, act. 3/6 beziehe sich auf die Konto-Beziehung 1 mit der Bezeichnung "E._____". Act. 3/12 betreffe die Beziehung 3 mit der Bezeichnung "A._____". Damit sei klar, dass die angeblichen Vertragsverletzungen unter der Konto-Beziehung 2 "B._____" nicht relevant sein könnten (act. 71 Rz. 221). 3.4.2. Würdigung Rechtsbegehren 3.2 bezieht sich auf die Kontobeziehung "B._____", wobei unbestritten ist, dass für diese kein Vermögensverwaltungsvertrag abgeschlossen wurde. Es stellt sich jedoch die Frage, ob der von der Klägerin 2 behauptete und von der Beklagten bestrittene Vermögensverwaltungsvertrag für die Kontobeziehung "E._____" auch für die Kontobeziehung "B._____" Geltung beanspruchen könnte. Die Kläger erklären dazu lediglich, dies habe dem Willen des Klägers 1 und demjenigen der Beklagten, vertreten und handelnd durch die Nebenintervenientin, entsprochen. Die näheren Umstände der angeblichen Willensübereinstimmung werden aber nicht dargelegt, weshalb fraglich ist, ob darüber überhaupt ein Beweisverfahren durchgeführt werden könnte. Entscheidend ist jedoch, dass lediglich behauptet wird, die Nebenintervenientin habe für die Beklagte gehandelt. Da erstere lediglich eine Kollektivunterschriftsberechtigung besass, hätte sie die Beklagte mit einer entsprechenden Willensäusserung nicht verpflichten können. Hinzu kommt, dass die Kontobeziehung "E._____" auf den Kläger 1, die Kontobeziehung "B._____" hingegen auf die gleichnamige Gesellschaft, die Klägerin 2, lautet, sich in den Kontoeröffnungsunterlagen für letztere jedoch kein Hinweis dafür findet, dass der allfällige Vermögensverwaltungsvertrag "E._____" übernommen worden wäre. Damit ist das Bestehen eines Vermögensverwaltungsvertrags für die Kontobeziehung "B._____" zu verneinen. Ihre Schadenersatzforderung leitet die Klägerin 2 jedoch aus der Verletzung eines solchen ab, so dass das Schadenersatzbegehren bereits am Fehlen der geltend gemachten Vertragsgrundlage scheitert. Damit erübrigt es sich, auf die weiteren Voraussetzungen einer Scha-

- 112 - denersatzpflicht (Vertragsverletzung, Schaden, Kausalzusammenhang und Verschulden) einzugehen. Das Rechtsbegehren 3.2 ist abzuweisen. 4. Gerichtskosten und

Prozessentschädigung 4.1. Gerichtskosten 4.1.1. Höhe Die Gerichtskosten bemessen sich in Anwendung von § 64 Abs. 1 ZPO/ZH nach den Bestimmungen des GVG/ZH bzw. gemäss dessen § 202 Abs. 1 nach der Verordnung des Obergerichts über die Gerichtsgebühren vom 4. April 2007 (GebV). Gemäss § 2 Abs. 1 und § 4 Abs. 1 GebV orientiert sich die Gebühr in erster Linie am Streitwert. Der Streitwert richtet sich nach dem Rechtsbegehren zur Zeit des Eintritts der Rechtshängigkeit (§ 18 Abs. 1 ZPO/ZH). Werden von einem Kläger oder von Streitgenossen im gleichen Prozess mehrere Rechtsbegehren erhoben, bestimmt sich der Wert nach dem Wert aller Rechtsbegehren, sofern sie sich nicht gegenseitig ausschliessen (§ 19 Abs. 1 ZPO/ZH). Gemäss § 22 Abs. 1 ZPO/ZH ist bei Klagen, die nicht auf Geldzahlung gehen, der Wert massgebend, welchen die Parteien dem Streitgegenstand übereinstimmend beilegen. Das Feststellungsbegehren gemäss der Klageschrift wurde in verschiedene Leistungsbegehren geändert. Der ursprünglich von den Klägern angenommene und von der Beklagten akzeptierte Streitwert von EUR 1'892'500.– (act. 1 Rz. 10; act. 10 Rz. 93) ist deshalb nicht mehr massgebend; vielmehr richtet sich der Streitwert nach den neuen Rechtsbegehren. Mit der letzten Klageänderung vom 16. Juni 2011 verlangen die Kläger insgesamt EUR 9'646'455.20 (act. 104) bzw. beim Umrechnungskurs EUR/CHF von 1.61223 per 4. Februar 2008 gemäss www.oanda.com CHF 15'552'304.45. Von diesem Betrag ist somit auszugehen. Betreffend das Begehren um Auskunftserteilung gemäss act. 1 führen die Kläger aus, diese Klage gehe nicht auf Geldzahlung, und schätzen den diesbezüglichen Streitwert auf EUR 2.5 Mio. (act. 1 Rz. 10). Die Beklagte widersetzt sich dieser Angabe nicht (act. 10 Rz. 93), weshalb beim Umrechnungskurs EUR/CHF von 1.61223 per 4. Februar 2008 gemäss www.oanda.com von einem Streitwert von

- 113 - CHF 4'030'575.– für das Auskunftsbegehren auszugehen ist. Nach dem Gesagten sind die Begehren zu addieren, weshalb der Streitwert insgesamt CHF 19'582'879.45 beträgt. In Anwendung von § 2 Abs. 1 in Verbindung mit § 4 Abs. 1 GebV beträgt die ordentliche Gerichtsgebühr somit CHF 168'664.40. In Anbetracht des aufwändigen Prozesses mit der Durchführung eines Beweisverfahrens ist eine Verdoppelung der Gerichtsgebühr gerechtfertigt (§ 4 Abs. 2 GebV; § 9 Ziff. 1. GebV), was einen Betrag von CHF 337'328.80 ergibt. Aufgrund der Erledigung des Auskunftsbegehrens ohne Anspruchsprüfung ist eine Reduktion im Sinne von § 10 Abs. 1 GebV angezeigt, weshalb auf einem Viertel der berechneten Gerichtsgebühr ein Abzug von maximal 50 % berücksichtigt werden kann. Dies führt zu einer Gerichtsgebühr von rund CHF 300'000.–.

4.1.2. Auferlegung der Gerichtskosten an die Parteien Die Gerichtskosten werden in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt. Ob siegt keine Partei vollständig, werden die Kosten verhältnismässig verteilt (§ 64 Abs. 2 ZPO/ZH). Im Hinblick auf das zurückgezogene Auskunftsbegehren gelten die Kläger als unterliegend (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., § 64 Rz. 18), weshalb ihnen unter solidarischer Haftung der entsprechende Anteil der Gerichtsgebühr von rund CHF 37'500.– aufzuerlegen ist. Dem Klagerückzug des Feststellungsbegehrens bezüglich des Kontos Nr. 1 mit der Bezeichnung "E._____" ist daneben kostenmässig keine eigenständige Bedeutung zuzumessen. Die Klägerin 2 unterliegt mit ihren Forderungsbegehren im Umfang von CHF 2'443'851.55 (EUR 1'273'378.79 plus EUR 242'441.89 beim Umrechnungskurs EUR/CHF von 1.61223 per 4. Februar 2008 gemäss www.oanda.com), was rund einem Achtel der Streitwerthöhe entspricht, weshalb ihr nochmals CHF 37'500.– der Gerichtsgebühr aufzuerlegen sind. Im Restumfang unterliegt die Beklagte, weshalb sie die übrigen Kosten von CHF 225'000.– zu tragen hat.

4.2. Prozessentschädigung Jede Partei hat in der Regel

die Gegenpartei im gleichen Verhältnis zu entschädigen, wie ihr Kosten auferlegt werden (§ 68 Abs. 1 ZPO/ZH).

- 114 - Gemäss § 69 ZPO/ZH wird die Prozessentschädigung nach Ermessen festgesetzt. Sind die Parteien durch Anwälte vertreten, ist dieses richterliche Ermessen indessen beschränkt, da die Prozessentschädigung im Rahmen der Ansätze der Verordnung des Obergerichts über die Anwaltsgebühren vom 21. Juni 2006 (AnwGebV) festzusetzen ist (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., § 69 N 2). Diese ist ebenfalls auf den Streitwert ausgerichtet und beträgt beim oben genannten Streitwert gemäss § 3 Abs. 1 AnwGebV CHF 154'314.40. In Anbetracht des aufwändigen Prozesses mit mehreren Rechtsschriften und einer Referentenaudienz bzw. Vergleichsverhandlung sowie der Durchführung eines Beweisverfahrens ist eine Verdoppelung der Prozessentschädigung gerechtfertigt (§ 3 Abs. 2 i.V.m. § 6 AnwGebV), was einen Betrag von CHF 308'628.80 ergibt. Ausgangsgemäss haben die Kläger der Beklagten unter solidarischer Haftung (vgl. § 70 Abs. 1 ZPO/ZH) eine Prozessentschädigung von einem Achtel zu bezahlen. Die Klägerin 2 hat der Beklagten eine Prozessentschädigung von einem weiteren Achtel zu bezahlen, wobei es sich in Anwendung § 70 Abs. 1 ZPO/ZH aufgrund der unbestrittenermassen wirtschaftlichen Identität der Kläger rechtfertigt, die solidarische Mithaftung des Klägers 1 anzuordnen. Die entsprechende Prozessentschädigung der Beklagten von CHF 77'157.20 ist gemäss dem Kreis schreiben der Verwaltungskommission vom 17. Mai 2006 gemäss dem unbestrittenen Antrag der Beklagten um einen Mehrwertsteuerzusatz von 5.09 % zu erhöhen (act. 10 Rz. 134). Am 1. Januar 2011 erfolgte eine Erhöhung der Mehrwertsteuer, weshalb die Beklagte mit bzw. ab ihrer Eingabe vom 7. Oktober 2011 einen Mehrwertsteuerzusatz von 5.36 % verlangt (act. 110 S. 2). Leistungen, die vor Änderung des Steuersatzes erbracht worden sind, sind nach dem alten Steuersatz zu versteuern (vgl. das Ergänzungsschreiben zum oben genannten Kreis schreiben vom 17. September 2010). Vorliegend war das Behauptungsverfahren zum Zeitpunkt der Erhöhung der Mehrwertsteuer abgeschlossen und auch die beklagte Beweisantrittungsschrift war bereits eingegangen (act. 85). Es erfolgten nach dem 1. Januar 2011 aber weitere Eingaben der Beklagten wie zum Beispiel die Stellungnahme zur klägerischen Klageänderung (act. 110) oder die Stellungnahme zum Beweisergebnis (act. 133). Ausserdem fand am 28. März 2012 eine Beweisverhandlung und mündliche Experteninstruktion statt (Prot. S. 49 ff.).

- 115 - Es rechtfertigt sich demnach im Sinne einer Schätzung, die Prozessentschädigung im Umfang von einem Viertel um einen Mehrwertsteuerzuschlag von 5.36 % anstatt 5.09 % zu erhöhen. Dies ergibt eine Prozessentschädigung von CHF 81'136.60. Die Beklagte hat dem Kläger 1 eine Prozessentschädigung von drei Vierteln und somit von CHF 231'471.60 bezahlen. Unter Berücksichtigung bzw. mittels Verrechnung der Prozessentschädigung, welche die Kläger der Beklagten zu leisten hätten, ist die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger 1 eine Prozessentschädigung von rund CHF 150'000.– zu bezahlen. Das Gericht beschliesst:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.