

# ZH\_HANDELSGERICHT HG140207 vom 13. August 2015

Zh Handelsgericht, 2015-08-13, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_handelsgericht\\_HG140207](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_handelsgericht_HG140207)

FR: ZH\_HANDELSGERICHT HG140207 du 13 août 2015

IT: ZH\_HANDELSGERICHT HG140207 del 13 agosto 2015

## 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

- 10 - 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 zuständig. Die Nebenintervenientin verfügte über Kollektivzeichnungsberechtigung für die Beklagte (act. 10 Rz. 2; act. 47 Rz. 2). Nachdem die Nebenintervenientin am 18. September 2007 gegenüber der Geschäftsleitung der Beklagten ein teilweises Geständnis abgelegt hatte, wonach sie in Einzelfällen Unterschriften gefälscht habe, wurde sie gleichentags von der Beklagten wegen schwerer Verfehlungen fristlos entlassen. Am 3. Dezember 2007 wurde sie als Folge einer Strafanzeige der Beklagten verhaftet und befand sich bis am 9. Dezember 2008 in Untersuchungshaft (act. 10 Rz. 3 f.; act. 47 Rz. 2 f.). E.\_\_\_\_\_ war ebenfalls ein Mitarbeiter der Beklagten mit Kollektivzeichnungsberechtigung. Zwischen den Parteien ist die Frage strittig, ob neben der Nebenintervenientin auch er das "Investment Management Agreement" (fortan IMA) vom

### E. 12

März 2007 unterzeichnet hat. Am 26. März 2012 kündigte er das Arbeitsverhältnis (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). 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 D2.\_\_\_\_\_ für die Gerichtskosten und die Prozessentschädigung eine Prozesskaution von CHF 174'000 (act. 6; act. 7). Mit Verfügung vom 21. Februar 2008 wurde der Beklagten Frist zur Einreichung ihrer Klageantwortschrift angesetzt (Prot. S. 4), welche am 9. Mai 2008 erstattet wurde (act. 10). Mit Verfügung vom 16. Mai 2008 wurde D2.\_\_\_\_\_ verpflichtet, vor dem Termin 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. September 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 Be- weisthemen genau zu bezeichnen und die Kosten der vorsorglichen Beweisab- nahme mit einer Barkauti- on sicherzustellen (Prot. S. 10). Mit Eingabe vom

## **E. 15**

Dezember 2008 stellte die Beklagte betreffend die Verfügung vom 9. Dezem- ber 2008 ein Wiedererwägungsgesuch bzw. erhob eventualiter Einsprache

- 11 - (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 Kauti- on ein (act. 29). Am 22. Dezember 2008 bezeichneten die Kläger die Beweisthemen (act. 30). Mit Verfügungen vom 8. Januar 2009 wurde der Be- klagten 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 Einspra- che abgewiesen und wurden die Kläger aufgefordert, das Original von act. 3/4 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 Säumnis- folgen des genannten Beschlusses (act. 37), welche der Beklagten mit Verfügung vom 2. März 2009 zugestellt wurde (Prot. S. 15). Nach einem entsprechenden An- trag 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 (Ein- gangsdatum) erklärte die Nebenintervenientin ihren Beitritt zum Rechtsstreit als Litisdenunziatin (act. 43), worauf ihr mit Verfügung vom 9. April 2009 Frist ange- setzt wurde, um zu erklären, ob sie dem Prozess als Nebenintervenientin beitre- ten 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 ange- setzt, um zu den prozessualen Anträgen der Beklagten in der Duplik Stellung zu nehmen (Prot. S. 19 f.). Nach einer entsprechenden Eingabe der Nebeninterven- entin (act. 50) wurde mit Verfügung vom 8. Mai 2009 von deren Beitritt als Neben- intervenientin 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 ange- setzt, um zu den Beilagen der Duplik Stellung zu nehmen und – nach entspre- chenden Eingaben (act. 56; act. 57) – davon Vormerk genommen, dass der Be- klagten nach Eingang der Stellungnahmen der Kläger eine abschliessende Stel- lungnahme zur klägerischen Sachdarstellung offen stehe (Prot. S. 28). Mit Schreiben vom 3. Juli 2009 befürworteten die Kläger die Durchführung einer zwei- ten 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) wur- de der Beklagten mit Verfügung vom 13. November 2009 Frist angesetzt, um 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

- 12 - 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 Beweisantwortungen schriftlich 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 D2.\_\_\_\_\_ (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 F.\_\_\_\_\_, 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 Zustellung des Entwurfs der Experteninstruktion an die Parteien zur freigestellten Stellungnahme (act. 91). Mit Verfügung vom 3. März 2011 wurde E.\_\_\_\_\_ 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 E.\_\_\_\_\_ 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 E.\_\_\_\_\_ 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 E.\_\_\_\_\_ 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 E.\_\_\_\_\_ in den Jahren 2005 und

- 13 - 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 E.\_\_\_\_\_ 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 E.\_\_\_\_\_ einzureichen, wobei sie berechtigt war, die in den Kopien geschwärzten 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 F.\_\_\_\_\_ ernannt und die Parteien sowie der Zeuge E.\_\_\_\_\_ 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 F.\_\_\_\_\_ 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 E.\_\_\_\_\_ 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 F.\_\_\_\_\_ 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 F.\_\_\_\_\_ sein Gutachten (act. 127), welches den Parteien mit Verfügung 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**

mit entsprechenden Verweisen). Kritisiert wird u.a., dass aus Sicht des Dritten oft nicht erkennbar sei, ob eine blosser 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 Verkehrs- schutzes zu fordern, dass es für die Auslösung einer Erkundigungspflicht deutli- cher Anhaltspunkte für einen Missbrauch der Vertretungsmacht bedarf und nur in krassen Fällen wie dem geschilderten "L. \_\_\_\_\_-Fall" überhaupt von einem sol- chen 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 Aus- führungen zur grundsätzlichen Vertretungsmacht ohne Berücksichtigung des gu- ten Glaubens erwähnt, gilt, dass potentielle Vertragspartner einer juristischen Person vor Abschluss eines entsprechenden Vertrags nicht abwägen sollen müs- sen, 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 – konse- quent zu Ende gedacht – zur unhaltbaren Situation führen, dass Vertreter einer ju- ristischen Person gar nicht mehr mit Wirkung für diese handeln könnten, sobald es sich um ein schlechtes Geschäft handelte. 3.2.1.3.3. Würdigung 3.2.1.3.3.1. Abschluss des IMA vom 12. März 2007 im objektiv verstandenen Ge- sellschaftszweck der Beklagten Soweit die Beklagte ohne Bezugnahme auf die ihrer Ansicht nach fehlende Gut- gläubigkeit der Kläger vorbringt, die Nebenintervenientin und E. \_\_\_\_\_ 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 & Compli- ance" Teams sowie Genehmigung durch die Geschäftsleitung möglich war. Der

- 45 - 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 Be- klagten anzusiedeln ist. Da die Nebenintervenientin und E. \_\_\_\_\_ aufgrund ihrer Kollektivzeichnungsberechtigung gemäss Art. 718a Abs. 1 OR im Namen der Be- klagten sämtliche Rechtshandlungen vornehmen konnten, die der Zweck der Be- klagten mit sich bringen kann, verfügten sie somit grundsätzlich über die Vertre- tungsmacht, 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 Be- klagte dessen Fehlen zu beweisen bzw. zu behaupten. Sie kann in diesem Zu- sammenhang entweder die Kenntnis der Kläger bezüglich der fehlenden Vertre- tungsbefugnis bzw. des Missbrauchs beweisen oder darlegen, dass die Kläger unter den gegebenen Umständen nicht gutgläubig sein konnten. 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 ungewöhn- lichen Vertragsinhalt ab. Mithin macht sie nicht direkt den bösen Glauben der Klä- ger geltend, sondern stellt sich auf den Standpunkt, dass die Kläger unter den gegebenen Umständen nicht gutgläubig sein konnten. Darauf ist sogleich einzu- gehen.

Anzumerken ist, dass die Beklagte durch den Zusatz "normalerweise" all- fällige 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 E.\_\_\_\_\_ und die Nebenintervenientin ge- meinsam berechtigt (vertretungsbefugt) waren, das IMA vom 12. März 2007 na- mens 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 stärkste Zweifel (im Hinblick auf das Vorliegen der Vertretungsbefugnis),

- 46 - während bezüglich der zweiten Frage klare Anhaltspunkte, die auf einen Miss- brauch der Vertretungsmacht hindeuten, genügen. Es mag zutreffen, dass den beklagten Kundenberatern (intern) nicht die Frei- heit gelassen wurde, auch Verträge abzuschliessen, welche die Beklagte in grösstem Masse hätten schädigen können (vgl. act. 47 Rz. 89). Der Abschluss ei- nes ungünstigen Geschäfts stellt für sich genommen indessen noch keinen Miss- brauch der Vertretungsmacht, sondern gegebenenfalls eine blosser Überschrei- tung der internen Vertretungsbefugnis dar. Auch ist die Konstellation vorliegend eine andere als beim "L. \_\_\_\_\_-Fall": Dort hatten die Geschäfte wie erwähnt einen rein abstrakten Charakter und waren zudem bereits im Kern zum Nachteil der Ar- beitgeberin angelegt, was im Übrigen für die Gegenpartei ohne Weiteres erkenn- bar war. Hier ist immerhin unbestritten, dass die Beklagte "management fees" be- zogen hat (act. 71 Rz. 32). Zudem waren die klägerischen Vermögenswerte bei der Beklagten deponiert. Die entsprechenden Ausführungen der Kläger, die Be- klagte 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. E.\_\_\_\_\_ 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 ei- ner 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 "L. \_\_\_\_\_-Fall" hatte die Nebenintervenientin vorliegend somit durchaus die Absicht, (nicht nur abstrakt, sondern tatsächlich) auf Rech- nung der Beklagten zu handeln, auch wenn sie persönlich ebenfalls vom Geschäft profitiert haben sollte. Zum Vorbringen der Beklagten, den Klägern habe der Um- stand, 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- 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 Be- klagte 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 Be-

- 47 - klagten 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 E.\_\_\_\_\_ 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 K.\_\_\_\_\_ 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. Zutreffend 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 E.\_\_\_\_\_ bestanden haben, wurde diese den Klägern durch die Beklagte nicht mitgeteilt. Vielmehr wurde – durch die entsprechenden Einträge im Handelsregister – mitgeteilt, dass die Nebenintervenientin und E.\_\_\_\_\_ 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 E.\_\_\_\_\_ – 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 E.\_\_\_\_\_ 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 E.\_\_\_\_\_ möglicherweise seine Unterschrift unter den nicht

gelesenen Vertrag geleistet hat, denn dies wäre für die Kläger nicht er-

- 48 - sichtlich 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 stärkster Zweifel an der Vertretungsbefugnis der Nebenintervenientin und von E.\_\_\_\_\_. Da keine offensichtlichen Hinweise für eine Überschreitung der Vertretungsbefugnis durch die Nebenintervenientin und E.\_\_\_\_\_ vorliegen, wurde keine Erkundigungspflicht seitens der Kläger ausgelöst. Die Kläger haben sich sodann wie gesagt der Zeichnungsberechtigung der Nebenintervenientin sowie jener von E.\_\_\_\_\_ 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 E.\_\_\_\_\_ treffen. Ob die interne Vertretungsbefugnis der Nebenintervenientin und von E.\_\_\_\_\_ 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 E.\_\_\_\_\_ 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 kollektivzeichnungsbeauftragte 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 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.

- 49 - 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). E.\_\_\_\_\_ 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 geändert, als er von J.\_\_\_\_\_ im Februar 2007 ausdrücklich gewarnt worden sei, diesbezüglich vorsichtig zu sein. E.\_\_\_\_\_ 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 E.\_\_\_\_\_ 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). E.\_\_\_\_\_ habe 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 E.\_\_\_\_\_ nicht weiter, weil er Verträge ohne jegliche Kenntnis über deren Inhalt oder die dazugehörigen Akten unterschrieben habe. E.\_\_\_\_\_ 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 D2.\_\_\_\_\_) in der Finanzbranche unerfahren sei, habe er sich im Rahmen der Vertragsentwicklung des IMA gemeinsam mit seinem Geschäftspartner I.\_\_\_\_\_ 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 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

- 50 - 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 D2.\_\_\_\_\_) evident gewesen sei (act. 27 Rz. 164). Schliesslich wisse die Beklagte aufgrund der Tatsache, dass J.\_\_\_\_\_ die von der Nebenintervenientin aus den Kundendossiers des Klägers 1 und von I.\_\_\_\_\_ weggenommenen "Discretionary Management Mandates" im 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 An-

fechtung 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 E.\_\_\_\_\_ 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). E.\_\_\_\_\_ 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 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

- 51 - 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 aufgekomen. 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 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

- 52 - 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 Unterschrift 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 brauchte; 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 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).

- 53 - 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 irri- ge 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 E.\_\_\_\_\_. Vielmehr macht sie einen Irrtum im Erklärungsakt geltend, indem sie ausführt, E.\_\_\_\_\_ habe keine "performance guarantee" abgeben wollen. Zudem behauptet die Beklagte auch nicht schlüssig, das Nichtvorhandensein einer garantierten Rendite sei für E.\_\_\_\_\_ eine unerlässliche Voraussetzung für den Vertragsschluss gewesen. Auf die Frage des Grundlagenirrtums ist deshalb nicht weiter einzugehen. Mit dem Vorbringen, E.\_\_\_\_\_ habe nicht damit rechnen müssen, dass eine derartige ungewöhnliche Klausel wie eine "performance guarantee" in diesem Vertrag enthalten gewesen sei, erklärt die Beklagte implizit, E.\_\_\_\_\_ 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 E.\_\_\_\_\_ 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, E. \_\_\_\_\_ hätte Verträge mit "performance targets" unterschrieben. Dort stellt sich die Beklagte indessen auf den Standpunkt, die Seite mit der echten Unterschrift von E. \_\_\_\_\_ 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 E. \_\_\_\_\_ 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, E. \_\_\_\_\_ 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 wesentli-

- 54 - chen 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 E. \_\_\_\_\_ 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 E. \_\_\_\_\_ 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 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, E. \_\_\_\_\_ 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 "D3. \_\_\_\_\_" 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. Gleichtags 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).

- 55 - 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 I. \_\_\_\_\_ 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). 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 I. \_\_\_\_\_ bisweilen keine Kosten gescheut hätten, sich für sämtliche offenen Fragen im Zusammenhang mit dem angeblichen IMA bei ihren Anwälten rückzuversichern. Dass er nunmehr aber zwei ihm vorgelegte Formulare unterzeichnet habe, ohne selber bzw. durch I. \_\_\_\_\_ 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).

- 56 - 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 Erlöschenregeln 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 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 ersichtlich, was die Beklagte zu ihren Gunsten daraus ableiten könnte (zur Gutgläubigkeit der Kläger vgl. oben).

- 57 - 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 "D3.\_\_\_\_\_" 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 "D3.\_\_\_\_\_" 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 transactions" 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

- 58 - keinen Vermögensverwaltungsvertrag für die Kontobeziehung 3 "D3.\_\_\_\_\_" 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 rechtsgenügend 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 Erlässwille 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, scheidet 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,

- 59 - 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 Erlässwille in Bezug auf die "performance guarantee", ist nicht ersichtlich. Aus der E-Mail von I. \_\_\_\_\_ – 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 Fälschungen 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.

- 60 - 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 "D3. \_\_\_\_\_" bei der Beklagten den Betrag von EUR 24'999'983.86 von seinem Konto bei der Bank N. \_\_\_\_\_ in Amsterdam überwiesen (act. 27 Rz. 84). 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 "D3. \_\_\_\_\_", 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

- 61 - 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- ständigem Kapitalerhalt. Somit sei die Beklagte verantwortlich gewesen für den Bestand des "initial investment" zu Beginn jedes neuen Investitionsjahres (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 "D3.\_\_\_\_\_" 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 "D3.\_\_\_\_\_" 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. 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 erforderli-

- 62 - chen 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 berechnigte Vertrauen des Klägers 1, der weitere Dispositionen un- terliess, 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 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 "D3.\_\_\_\_\_" verlangt hatte, beantragt er nach dessen Saldierung und Schliessung die Gutschrift auf das Konto Nr. 4, lautend auf "D3.\_\_\_\_\_", bei der Bank G.\_\_\_\_\_, ... [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

- 63 - 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 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 "D3.\_\_\_\_\_" 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). Hinsichtlich des Bezugs von Gebühren durch die Beklagte erklärt der Kläger 1 u.a., gemäss Ziff. 4.1 des IMA vom 12. März 2007 sei die Beklagte lediglich befugt, "management fees" in der Höhe von 0.3 % zu verlangen, und zwar nur unter der Voraussetzung, dass die garantierte Rendite erreicht worden sei, was die Beklagte indessen verfehlt habe (act. 62 Rz. 178). 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

- 64 - 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 regulations" 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

## **E. 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 "D3.\_\_\_\_\_" per 4. Januar 2010 gemäss den dem Schreiben 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 Zusammenhang an die Bank G.\_\_\_\_\_ vorgenommen habe (act. 110 Rz. 38 ff.), und erklärt, da sämtliche Vermögenswerte aus den Kontobeziehungen mit den Klägern

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 von Tatsachen den Istzustand des Kontos Nr. 3 per 13. September 2008 zu berechnen 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

- 65 - 13. September 2008 abgezogen werden. Es handle sich dabei um einen Betrag in der Höhe von EUR 486'452.06 (EUR 102'638.03 für das Quartal April 2007 bis Juni 2007, zuzüglich EUR 89'291.46 für das Quartal Juli 2007 bis September 2007, zuzüglich EUR 78'927.09 für das Quartal Oktober 2007 bis Dezember 2007, zuzüglich EUR 82'221.46 für das Quartal Januar 2008 bis März 2008, zuzüglich EUR 79'045.45 für das Quartal April 2008 bis Juni 2008 sowie zuzüglich EUR 54'328.57 [anteilmässige "management fees" für das Quartal Juli 2008 bis September 2008]; act. 110 Rz. 131 f.). Aus den gleichen Gründen seien auch der Ist- und der Sollzustand des Kontos Nr. 3 per 13. September 2009 falsch berechnet worden (act. 110 Rz. 136 ff.). Wiederum sei zu berücksichtigen, dass die Beklagte dem Konto Nr. 3 auch für die Zeit zwischen dem 13. September 2008 bis zum 13. September 2009 zu Recht "management fees" belastet habe. Bei Gültigkeit des IMA müssten diese vom Sollbetrag per 13. September 2009 abgezogen werden. Es handle sich dabei um einen Betrag in der Höhe von EUR 314'549.55 (EUR 27'164.29 [anteilmässige Management Fees für das Quartal Juli 2008 bis September 2008], zuzüglich EUR 78'516.23 für das Quartal Oktober 2008 bis Dezember 2008, zuzüglich EUR 79'785.96 für das Quartal Januar 2009 bis März 2009, zuzüglich EUR 77'178.10 für das Quartal April 2009 bis Juni 2009 sowie zuzüglich EUR 51'904.99 [anteilmässige Management Fees für das Quartal Juli 2009 bis September 2009]; act. 110 Rz. 140 f.). Den Klägern sei bereits vor Klageeinleitung am 1. Februar 2008 bekannt gewesen, dass und welche Gebühren die Beklagte den Klägern belastet habe. Sie hätten ihre tatsächlichen Vorbringen mit Bezug auf die angeblich von der Beklagten widerrechtlich erhobenen Gebühren mithin schon zu einem früheren Zeitpunkt in das vorliegende Verfahren einbringen können. Im jetzigen Zeitpunkt seien diese Vorbringen nicht mehr zu hören. Insbesondere helfe den Klägern die Berufung auf § 115 Ziff. 2 ZPO/ZH nicht, da sich mit der eingereichten Korrespondenz und den Belastungsanzeigen kein sofortiger Beweis darüber führen lasse, ob die von der Beklagten erhobenen Gebühren widerrechtlich gewesen seien (act. 71 Rz. 298).

- 66 - Sie, die Beklagte, habe in der Klageantwort und in der Duplik die zwischen den Klägern einerseits und der Beklagten andererseits bestehenden vertraglichen Beziehungen detailliert aufgezeigt. Sie habe dargelegt, dass mit Ausnahme der DMM vom 30. Mai 2007 keine Vermögensverwaltungsverträge zwischen den Parteien bestanden hätten und

bestehen würden (vgl. act. 10 Rz. 17 ff.; act. 47 Rz. 44 ff.) und habe aufgezeigt, dass sie vom 30. Mai 2007 an für den Kläger 1 zwei verwaltete Sub-Portfolios, nämlich 3-1 und 3-2, geführt habe (vgl. act. 10 Rz. 48 und act. 47 Rz. 69). Die Kläger hätten in der Klageschrift denn auch anerkannt, am 30. Mai 2007 den Standard-Vermögensverwaltungsvertrag der Beklagten für die Kontobeziehung 3 D3.\_\_\_\_\_ unterzeichnet zu haben (vgl. act. 1 Rz. 27 und 37). Bereits damit sei aber klar, weshalb die Beklagte zum Bezug von Management Fees berechtigt (gewesen) sei. Im Übrigen sei darauf hinzuweisen, dass die Kläger bis zum 23. Dezember 2008 den belasteten Gebühren nie widersprochen hätten, weshalb sie als genehmigt zu gelten hätten. Es werde bestritten, dass sie, die Beklagte, es trotz mehrmaligem Nachfragen und Abmahnen unterlassen habe, den Klägern nachvollziehbar zu erläutern, mit welcher Rechtfertigung und auf welcher Grundlage sie die erhobenen Gebühren berechne. Die Kläger seien bereits bei Abschluss der entsprechenden Vermögensverwaltungsverträge über die anfallenden Gebühren orientiert worden, und es seien ihnen auch später auf ihr Ersuchen hin die Grundlagen und die Berechnungsart der erhobenen Gebühren erklärt worden (act. 71 Rz. 32, 299 ff.). Dass die Höhe der von der Beklagten erhobenen Gebühren nicht mit derjenigen von Ziff. 4.1 des angeblichen IMA vom 12. März 2007 übereinstimme, sage nichts anderes aus, als dass ein solches IMA eben nicht bestanden habe (act. 71 Rz. 485). Ziff. 14 des am 30. Mai 2007 vom Kläger 1 unterzeichneten DMM stelle klar: "The Bank may charge a management fee in accordance with its fee schedule from time to time in force." Die betreffenden Broschüren zu den Standardkommissionen und Gebühren der Beklagten würden für Konten mit Vermögensverwaltungsauftrag eine "management fee" von 1.5 % p.a. (Tabelle vom April 2003) bzw. gar 2 % p.a. (Tabelle vom Mai 2007) vorsehen (act. 71 Rz. 488).

### 3.2.4.3.2. Würdigung

- 67 - Der beklagischen 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 zurückgegriffen 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 konkludente Annahme einer klägerischen Offerte betreffend den Erfüllungsort zu qualifizieren; 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 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 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 "D3.\_\_\_\_\_". 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 – ohne Berücksichtigung der "management fees" – auf dem Konto ein Saldo von EUR 26'892'482.64 gutzuschreiben gewesen. Erwähntermassen hat das Bundesgericht mit Urteil vom 9. Oktober 2014 in für das Handelsgericht verbindlicher Weise den beklagtischen Standpunkt gestützt, wonach die "management fees" bei der Berechnung des Sollzustands zu berücksichtigen sind (act. 149 E. 6.3; vgl. act. 110 Rz. 131, 140). Die Beklagte beziffert die geschuldeten "management fees" auf EUR 801'001.61, und unbestrittenermassen wurden den klägerischen Konten auch Gebühren in dieser Höhe belastet (act. 110 Rz. 132, 141; act. 113 Rz. 13). Damit ist aber noch

- 68 - nichts darüber gesagt, ob die Beklagte auch berechtigt war, diese Beträge unter dem Titel "management fee" zu verlangen. Der beklagtischen Ansicht, wonach der Kläger 1 seine tatsächlichen Vorbringen mit Bezug auf die angeblich von der Beklagten widerrechtlich erhobenen Gebühren zu einem früheren Zeitpunkt in das Verfahren hätte einbringen müssen (vgl. u.a. act. 71 Rz. 298), ist nicht zu folgen, weil der Kläger 1 – wenn auch zu Unrecht, wie dem Urteil vom 9. Oktober 2014 zu entnehmen ist (act. 149 E. 6.3) – den "management fees" bzw. deren Höhe bei seiner Berechnung gar keine Bedeutung zugemessen hatte. Im Gegenteil könnte die Frage aufgeworfen werden, weshalb die Beklagte erst mit Eingabe vom 7. Oktober 2011 die Berücksichtigung bzw. den Abzug der "management fees" bei der Berechnung des Sollzustands verlangte (act. 110), nachdem der Kläger 1 bereits mit seiner Replik vom 15. Dezember 2008 das erste Leistungsbegehren stellte, bei welchem der gutzuschreibende Betrag unter Berücksichtigung der "management fees" geringer ausgefallen wäre (vgl. act. 27 S. 2 und Rz. 177; act. 47 Rz. 419). Weil das Bundesgericht die Berücksichtigung der "management fees" angeordnet hat, erübrigen sich Weiterungen hierzu (vgl. aber § 115 Ziff. 2 ZPO/ZH). Festzuhalten ist, dass sich die Parteien über die Höhe der von der Beklagten berechtigterweise zu beziehenden – nicht aber über die tatsächlich bezogenen – "management fees" uneins sind. Die Beklagte begründet den Umstand, dass die Höhe der von der Beklagten erhobenen Gebühren nicht mit derjenigen gemäss Ziff. 4.1 des IMA vom 12. März 2007 (jährlich 0.3 % auf dem investierten Kapital; "0.3 % per annum of the total Investments"; act. 54/216) übereinstimmt, erwähntermassen mit dem Nichtbestand des IMA (act. 71 Rz. 485). Damit räumt sie implizit aber ein, dass sich bei Bestand bzw. im Fall der gegebenen Verbindlichkeit des IMA die Höhe der Gebühren nach diesem bemesse. Dies erscheint denn auch naheliegend. Die Unterzeichnung zusätzlicher Dokumente am 30. Mai 2007 ändert daran nichts (vgl. dazu Ziff. 3.2.3.1.3. hiervor). Auch ist nicht nachvollziehbar, inwiefern der Kläger 1 die belasteten Gebühren durch fehlenden Widerspruch hätte genehmigen sollen (act. 71 Rz. 299). Im Gegensatz zur (konkludenten) Genehmigung einer bestimmten, risikoreicheren Anlagestrategie, welche sich für den Anleger auch als vorteilhaft erweisen kann, ist nicht ersichtlich, weshalb sich die-

- 69 - ser mit höheren als den abgemachten Gebühren einverstanden erklären sollte. Die Beklagte war demnach berechtigt, eine jährliche "management fee" von 0.3 % auf dem investierten Kapital zu erheben. Bei einem investierten Betrag von EUR 24'999'983.86

ergibt dies eine Jahresgebühr von EUR 74'999.95 ( $24'999'983.86 \times 0.003$ ), welche bei der Berechnung des Sollzustands in Abzug zu bringen ist. Unter Berücksichtigung bzw. nach Abzug der "management fee" wäre damals auf dem Konto ein Saldo von EUR 26'817'482.69 ( $26'892'482.64 - 74'999.95$ ) gutzuschreiben gewesen (vgl. auch Ziff. 4.3 IMA). 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 26'817'482.69 mit dem unbestrittenen Zinssatz von 8,23 % zu multiplizieren, was EUR 2'207'078.83 ( $26'817'482.69 \times 0,0823$ ) ergibt. Die management fees für das zweite Investitionsjahr betragen EUR 80'452.45 ( $EUR 26'817'482.69 \times 0.003$ ). Unter Berücksichtigung bzw. nach Abzug der management fees wären somit spätestens per 13. September 2009 auf der Kontobeziehung "D3.\_\_\_\_\_" EUR 28'944'109.07 gutzuschreiben gewesen wären. Weiter müssen aber von diesem Betrag noch die management fees für die Vertragsdauer von 13. März bis 13. September 2009 abgezogen werden, weil diese von der Beklagten geltend gemacht (act. 110 Rz. 140), von den Klägern aber nicht bestritten werden und das IMA bis 31. Dezember 2009 läuft. Die Gebühren für diese Zeitperiode betragen EUR 43'416.16 ( $(EUR 28'944'109.07 \times 0.003):2$ ). Schliesslich wären somit per 13. September 2009 EUR 28'900'692.91 auf dem besagten Konto gutzuschreiben gewesen. 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 (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.

- 70 - 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). Mit Urteil vom 9. Oktober 2014 hielt das Bundesgericht fest, es sei im Ergebnis nicht zu beanstanden, wenn bei der Berechnung (schätzungsweise; vgl. Art. 42 Abs. 2 OR) von einem Istwert per 30. September 2009 (anstatt per 13. September 2009) ausgegangen wird (act. 149 E. 6.2.2). Somit ist der Istwert per 30. September 2009 von EUR 20'900'645.10 (bei einem Umrechnungskurs USD/EUR von 0.68532 per 30. September 2009 gemäss [www.oanda.com](http://www.oanda.com); act. 105/395) vom Sollwert per 30. September 2009 von EUR 28'900'692.91 abzuziehen, was eine Differenz bzw. eine Forderungshöhe von EUR 8'000'047.81 ergibt. Nachdem in Ziff. 5.3 des IMA vom 12. März 2007 ein Verfalltag im Sinne von Art. 102 Abs. 2 OR vereinbart wurde, ist der Verzugszins von 5 % gemäss Art. 104 Abs. 1 OR ab dem 1. Oktober 2009 zuzusprechen. In teilweiser Gutheissung der Rechtsbegehren 1.1 und 1.2 ist die Beklagte deshalb zu verpflichten, dem Kläger 1 EUR 8'000'047.81 zuzüglich Verzugszins von 5 % ab 1. Oktober 2009 auf dem Betrag von EUR 3'030'327.16 auf das Konto Nr. 4, lautend auf "D3.\_\_\_\_\_", bei der Bank G.\_\_\_\_\_, ... [Adresse], zu bezahlen. Nachdem die Hauptbegehren des Klägers 1 grösstenteils gutzuheissen sind, erübrigt sich eine Auseinandersetzung mit den ihn betreffenden

Eventual- und Sub- eventualbegehren (2.1 und 3.1). 3.2.5. Ansprüche von D2.\_\_\_\_\_ 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 "D2.\_\_\_\_\_" 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 solche 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

- 71 - habe vorliegen können. Entsprechend könne sich D2.\_\_\_\_\_ 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 "D2.\_\_\_\_\_" – die Kontobeziehung Nr. 2 stets als seine eigene betrachtet habe. Es sei für den 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 "D2.\_\_\_\_\_" der D2.\_\_\_\_\_ gelte. Das sei sein Vertragswille 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 "D2.\_\_\_\_\_" von D2.\_\_\_\_\_ gelte (act. 27 Rz. 85 f.). Die Beklagte führt mit der Duplik aus, Rechtsbegehren 1.3 und 1.4 seien im Weiteren abzuweisen, weil D2.\_\_\_\_\_ 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 "D2.\_\_\_\_\_" Anwendung beanspruchen bzw. ob auch die D2.\_\_\_\_\_ daraus Rechte ableiten kann, obwohl sie nicht Vertragspartei ist. D2.\_\_\_\_\_ 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. D2.\_\_\_\_\_ 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 D2.\_\_\_\_\_ 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 D3.\_\_\_\_\_ 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 "D3.\_\_\_\_\_". 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 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 D2.\_\_\_\_\_, so dass die Rechtsbegehren 1.3 und 1.4, welche sich auf das IMA vom 12. März 2007 stützen, mangels Aktivlegitimation der D2.\_\_\_\_\_ abzuweisen sind. 3.3. Anspruch der D2.\_\_\_\_\_ auf Schadenersatz gegen die Beklagte aus culpa in contrahendo

- 72 - D2.\_\_\_\_\_ stellt ihr Eventualrechtsbegehren gemäss Ziffer 2.2 einerseits für den Fall, dass die Unterschrift von E.\_\_\_\_\_ 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 D2.\_\_\_\_\_ 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 D2.\_\_\_\_\_ auf Schadenersatz gegen die Beklagte aus dem Vermögensverwaltungsvertrag betreffend die Kontobeziehung "D2.\_\_\_\_\_"

3.4.1. Parteistandpunkte D2.\_\_\_\_\_ macht in der Klagebegründung im Wesentlichen geltend, mit der Kontoeröffnung sei ein "Discretionary Management Mandate" für die Kontobeziehung "D2.\_\_\_\_\_" 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 % garantiert 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 "D2.\_\_\_\_\_" sei nie als "Discretionary Management Mandate" geführt worden. Sämtliche Depotbewertungen, welche die Beklagte regelmässig in das die Kontobeziehung betreffende Banklagernd-File geliefert habe, seien als "Non Discretionary Mandate" codiert (act. 10 Rz. 35). In der Replik macht D2.\_\_\_\_\_ im Wesentlichen geltend, der Kläger 1 habe die beklagte Offerte betreffend einen Vermögensverwaltungsvertrag mit einem "Discretionary Management Mandate" bezüglich der am 4. November 2004 eröffneten Kontobeziehung "D1.\_\_\_\_\_" angenommen (act. 27 Rz. 30). Die Beklagte, vertreten und handelnd durch die Nebenintervenientin, habe dem Kläger 1 aus steuerlichen Gründen empfohlen, sie, D2.\_\_\_\_\_, zu gründen. Sie habe die bereits bestehende Kontobeziehung "D1.\_\_\_\_\_" 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 Nebenintervenientin für die Beklagte die Kontobeziehung "D1.\_\_\_\_\_" geschlossen, den Vermögenstransfer auf das Konto Nr. 2 vorgenommen und die Beziehung neu als solche der "..." weitergeführt. Es habe dabei dem Willen des Klägers 1

- 73 - und der Beklagten, vertreten und handelnd durch die Nebenintervenientin, entsprechen, dass der für die Kontobeziehung "D1.\_\_\_\_\_" geltende Vermögensverwaltungsauftrag auch für die Nachfolgebeziehung "D2.\_\_\_\_\_" gelten sollte. Folgerichtig habe der Kläger 1 für diese Kontobeziehung nicht noch einmal das Formular "Discretionary Management Mandate" ausgefüllt (act. 27 Rz. 47). Aufgrund der Tatsache, dass die Nebenintervenientin bei der Kontobeziehung "D2.\_\_\_\_\_" (rec-te: "D3.\_\_\_\_\_") strafbare und vertragsverletzende Handlungen vorgenommen habe, nehme D2.\_\_\_\_\_ an, dass die Nebenintervenientin auch bei der Kontobeziehung "D2.\_\_\_\_\_" ohne Bewilligung

der Beklagten selber Transaktionen durchgeführt habe, obwohl sie dafür unqualifiziert gewesen sei. Die Nebenintervenientin habe zudem auf der Kontobeziehung "D2.\_\_\_\_\_" Darlehen aufgenommen, um Wertschriften und strukturierte Produkte zu erwerben. Von alledem habe D2.\_\_\_\_\_ nichts gewusst und sie hätte dem auch nie zugestimmt. Weiter habe die Beklagte eine riskante bis hoch riskante Anlagestrategie verfolgt und u.a. mit strukturierten Produkten gearbeitet, was sie gemäss dem Vermögensverwaltungsvertrag nicht gedurft habe. Letzteren habe sie damit verletzt, weil die Beklagte eine wachstumsorientierte Anlagestrategie ("growth oriented") zu verfolgen gehabt hätte, unter Vorgabe des Kapitalerhalts (act. 27 Rz. 116). Es sei für D2.\_\_\_\_\_ aufgrund dieser bei der Beklagten geschehenen strafbaren Handlungen und Vertragsverletzungen nicht möglich, die konkreten Transaktionen nachzuvollziehen 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 Kontobeziehung "D2.\_\_\_\_\_" könne der Ausgangssaldo am 13. März 2007 anhand der vorliegenden Belege und wegen den strafbaren Handlungen der Nebenintervenientin nicht eruiert werden; er müsse sich aufgrund der verfügbaren Unterlagen und Informationen auf rund EUR 2.3 Mio. belaufen. Zur Bezifferung der Schadenersatzforderung 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 Beziehung "D2.\_\_\_\_\_" verwaltet und keine unerlaubten Transaktionen durchgeführt hätte. Die Differenz eines ordnungsgemäss verwalteten Vergleichsportfolios eines durchschnittlich erfolgreichen Vermögensverwalters während der gleichen Periode 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 "D2.\_\_\_\_\_" kein "Discretionary Management Mandate" unterzeichnet worden sei. Es sei falsch, dass der Kläger 1 habe davon ausgehen dürfen, dass der (bestrittene) Vermögensverwaltungsvertrag für die Kontobeziehung "D1.\_\_\_\_\_" auch für die Nachfolgebeziehung "D2.\_\_\_\_\_" gelte, da zwischen dem Kläger 1 und D2.\_\_\_\_\_ 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 D2.\_\_\_\_\_ nicht dar, inwiefern und ab wann die von ihnen geltend gemachte Anlagestrategie "growth oriented" seitens der Beklagten nicht eingehalten worden sein soll. Insbe-

- 74 - sondere könne dafür nicht genügen, einzig anzuführen, dass eine riskante bis hoch riskante Anlagestrategie verfolgt worden sei. D2.\_\_\_\_\_ 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 Portfeuille-Struktur bewegt hätten (act. 47 Rz. 205 und 207). Die Kläger substantiierten mit keinem Wort, wann die Nebenintervenientin die Beträge dem Konto "D2.\_\_\_\_\_" entnommen haben soll (act. 47 Rz. 215). Der für die Schadensberechnung massgebende Ausgangswert des Portfeuillees 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 Portfeuillees, deutlich stärker negativ entwickelt als 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 Alternativenanlage 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 entgegengewirkt hätten, obwohl sie diese erkannt hätten. Ein solches Verhalten unterbreche einen allfälligen Kausalzusammenhang (act. 47 Rz. 234). Das Banklagerndossier 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 D2.\_\_\_\_\_ u.a., die für die Schadenersatzforderungen relevanten Vermögensverwaltungsverträge – act. 3/6 und 3/12 – seien auf Basis einer ausgewogenen Strategie ("balanced") abgeschlossen worden.

- 75 - 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 "D2.\_\_\_\_\_" im Interesse der D2.\_\_\_\_\_ sorgfältig, mit einem ausgewogenen Anlageprofil zu verwalten; der Hinweis auf die Anlagestrategie "growth-oriented" für das Konto "D2.\_\_\_\_\_" in act. 27 Rz 116 f. sei ein Schreibfehler gewesen und habe darauf beruht, dass diese Strategie für das Konto "D1.\_\_\_\_\_" 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 "D1.\_\_\_\_\_". Act. 3/12 betreffe die Beziehung 3 mit der Bezeichnung "D3.\_\_\_\_\_". Damit sei klar, dass die angeblichen Vertragsverletzungen unter der Konto-Beziehung 2 "D2.\_\_\_\_\_" nicht relevant sein könnten (act. 71 Rz. 221). 3.4.2. Würdigung Rechtsbegehren 3.2 bezieht sich auf die

Kontobeziehung "D2.\_\_\_\_\_", wobei un- bestritten ist, dass für diese kein Vermögensverwaltungsvertrag abgeschlossen wurde. Es stellt sich jedoch die Frage, ob der von D2.\_\_\_\_\_ behauptete und von der Beklagten bestrittene Vermögensverwaltungsvertrag für die Kontobeziehung "D1.\_\_\_\_\_" auch für die Kontobeziehung "D2.\_\_\_\_\_" 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 "D1.\_\_\_\_\_" auf den Kläger 1, die Kontobeziehung "D2.\_\_\_\_\_" hingegen auf die gleichnamige Gesellschaft, die D2.\_\_\_\_\_, lautet, sich in den Kontoeröffnungsunterlagen für letztere jedoch kein Hinweis dafür findet, dass der allfällige Vermögensverwaltungsvertrag "D1.\_\_\_\_\_" übernommen worden wäre. Damit ist das Bestehen eines Vermögensverwaltungsvertrags für die Kontobeziehung "D2.\_\_\_\_\_" zu verneinen. Ihre Schadenersatzforderung leitet D2.\_\_\_\_\_ 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 Schadenersatzpflicht (Vertragsverletzung, Schaden, Kausalzusammenhang und Verschulden) einzugehen. Das Rechtsbegehren 3.2 ist abzuweisen. 4. Gerichtskosten und Prozessentschädigung 4.1. Gerichtskosten

- 76 - 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](http://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](http://www.oanda.com) von einem Streitwert von 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 grundsätzlich zu einer Gerichtsgebühr von rund CHF 300'000.– (vgl. aber gleich nachstehend). 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

- 77 - 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 "D1.\_\_\_\_\_" ist daneben kostenmässig keine eigenständige Bedeutung zuzumessen. D2.\_\_\_\_\_ 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. Soweit der Entscheid über die Gerichtskosten (CHF 37'500.--) die D2.\_\_\_\_\_ betrifft, ist dieser bereits rechtskräftig (vgl. Urteil vom 21. Februar 2014, Geschäfts- Nr. HG080025). Somit betragen die offenen Gerichtskosten im vorliegenden Ver- fahren noch CHF 262'500.--, wovon dem Kläger 1 noch insgesamt Gerichtskosten von CHF 37'500.-- aufzuerlegen sind. Eine solidarische Mitverpflichtung der D2.\_\_\_\_\_ scheidet nun aus. Im Restumfang unterliegt die Beklagte – dass sie lediglich zur Leistung von EUR 8'000'247.81 anstatt der beantragten EUR 8'130'634.52 gemäss den Rechtsbegehren 1.1. und 1.2. von act. 104 zu verpflichten ist, fällt im Hinblick auf die Kostenfolgen nicht ins Gewicht –, 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 entschädi- gen, wie ihr Kosten auferlegt werden (§ 68 Abs. 1 ZPO/ZH). Gemäss § 69 ZPO/ZH wird die Prozessentschädigung nach Ermessen festge- setzt. 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

- 78 - 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 hat der Kläger 1, die Verpflichtung der Kläger zu solidarischer Haftung fällt nun weg, da die Klägerin 2 nicht mehr Prozesspartei ist, der Beklag- ten eine Prozessentschädigung von einem Achtel zu bezahlen. D2.\_\_\_\_\_ wurde mit Urteil vom 21. Februar 2014 zusätzlich verpflichtet, der Beklagten direkt eine Prozessentschädigung von einem weiteren Achtel zu bezahlen; dieser

Teil ist in Rechtskraft erwachsen. Die entsprechende Prozessentschädigung der Beklagten von CHF 77'157.20 ist gemäss dem Kreisschreiben 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 Kreisschreiben vom 17. September 2010). Vorliegend war das Hauptungsverfahren 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.). 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.

- 79 - Die Beklagte hat dem Kläger 1 eine Prozessentschädigung von drei Vierteln und somit von CHF 231'471.60 zu bezahlen. Unter Berücksichtigung bzw. mittels Verrechnung der Prozessentschädigung, welche der Kläger 1 und D2.\_\_\_\_\_ der Beklagten zu leisten hatten/hätten, ist die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger 1 nunmehr eine Prozessentschädigung von rund CHF 150'000.- zu bezahlen. Das Gericht erkennt:

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