

ZH_HANDELSGERICHT HG150075 vom 7. November 2017

Zh Handelsgericht, 2017-11-07, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_handelsgericht_HG150075

FR: ZH_HANDELSGERICHT HG150075 du 7 novembre 2017

IT: ZH_HANDELSGERICHT HG150075 del 7 novembre 2017

Erwägungen

E. 1

Formelles

E. 1.1

Zuständigkeit Die Kläger 1-3 beriefen sich auf die Gerichtsstandsklausel der allgemeinen Geschäftsbedingungen der O._____ Bank, welche von der Beklagten übernommen worden sei (act. 1 S. 4). Demnach sei als Gerichtsstand der Ort des Hauptsitzes oder jener der Zweigniederlassung der Beklagten vereinbart worden (act. 1 S. 4). Die Beklagte widersprach dieser Auffassung nicht.

- 12 - Das angerufene Handelsgericht ist örtlich und sachlich zuständig (vgl. Art. 23 Abs. 1 LugÜ, Art. 6 Abs. 3 ZPO, § 44 lit. b GOG).

E. 1.2

Anwendbares Recht Die Parteien sind sich einig, dass die vorliegende Streitigkeit gestützt auf die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten Schweizer Recht untersteht (act. 1 S. 4, act. 13 S. 12).

E. 1.3

Einfache Streitgenossenschaft Die Kläger 1-3 führten aus, die Beklagte führe Konten und Wertschriftendepots für den Kläger 1 und die Klägerin 2 [recte: den Kläger 2]. Die Verwaltung der Konten sei durch dieselbe Mitarbeiterin der Beklagten erfolgt. Diese Mitarbeiterin habe beiden durch unzulässige Transaktionen einen Schaden verursacht. Mithin beruheten sie auf gleichartigen Tatsachen und Rechtsgründen, weshalb eine einfache Streitgenossenschaft vorliege (vgl. act. 1 S. 5). Die Zulässigkeit der Prozessführung in einfacher Streitgenossenschaft ist als Prozessvoraussetzung von Amtes wegen zu prüfen (BSK-ZPO, Ruggle, N 18 zu Art. 71 m.w.H.). Gemäss Art. 71 Abs. 1 ZPO können mehrere Personen gemeinsam klagen oder beklagt werden, wenn Rechte und Pflichten beurteilt werden sollen, die auf gleichartigen Tatsachen oder Rechtsgründen beruhen. Es genügt, wenn die Streitgenossenschaft bloss zweckmässig erscheint, namentlich zur Vereinfachung von Verfahren und zur Vermeidung sich widersprechender Urteile (vgl. Ruggle BSK-ZPO, N 15 zu Art. 71 m.w.H.). Die Gemeinsamkeit der klägerischen Ansprüche besteht in der Behauptung eines Fehlverhaltens der Beklagten, namentlich ihrer Mitarbeiterin P._____. Grundsätzlich haben die Klagen einen Zusammenhang, nämlich die behauptete Ausführung von Transaktionen ohne entsprechende Vollmacht. Aus prozessökonomischen Gründen erscheint eine einfache Streitgenossenschaft zweckmässig und mithin

- 13 - zulässig. Die Kläger 1-3 waren stets durch die gleichen Rechtsanwälte vertreten und reichten gemeinsam entsprechende Schriften ein.

E. 1.4

Klageänderungen / Novenrecht

E. 1.4.1

Rechtliches Die Parteien haben das Recht, zweimal unbeschränkt Tatsachen zu behaupten und Beweise einzureichen bzw. zu beantragen. Hernach tritt der Aktenschluss ein (vgl. BGE 140 III 312 E. 6.3.2.3). Vor Aktenschluss ist gemäss Art. 227 Abs. 1 ZPO eine Klageänderung zulässig, wenn der geänderte oder neue Anspruch nach der gleichen Verfahrensart zu beurteilen ist und entweder mit dem bisherigen Anspruch in einem sachlichen Zusammenhang steht oder die Gegenpartei zustimmt. Gemäss Abs. 3 der genannten Bestimmung ist eine Beschränkung der Klage jederzeit zulässig. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist ein sachlicher Zusammenhang im Sinn dieser Bestimmung gegeben, wenn beide Klagen auf dem gleichen sachlichen oder rechtlichen Grund beruhen, sich insbesondere auf denselben Vertrag stützen oder ihnen derselbe Lebenssachverhalt zugrunde liegt (BGE 129 III 230 E. 3.1). Weiter ist die Möglichkeit zur Vornahme einer Klageänderung nach Art. 227 ZPO auf die gesetzlich vorgesehenen Parteivorträge zu beschränken. Eine Klageänderung mittels beliebiger Eingabe ist nicht zulässig (ZR 116 (2017) Nr. 52 E. 3.11). Nach Aktenschluss ist die Klageänderung nur noch zulässig, wenn die Voraussetzungen von Art. 227 ZPO gegeben sind und die Klageänderung zusätzlich auf neuen Tatsachen und Beweismitteln beruht, die nach Art. 229 Abs. 1 ZPO vorgebracht werden durften und ohne Verzug vorgebracht worden sind. Die neuen Tatsachen und Beweismittel können die Klageänderung damit nur begründen, wenn sie erst nach Abschluss des Schriftenwechsels entstanden sind oder bereits vor Abschluss des Schriftenwechsels vorhanden waren, aber trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vorher vorgebracht werden konnten (Art. 230 Abs. 1 ZPO; LEUENBERGER, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung,

E. 1.4.2

Änderungen des Rechtsbegehrens Ziffer 1

E. 1.4.2.1

Replik Die mit der Replik erhobene Klageänderung des Rechtsbegehrens Ziffer 1 erfolgte im Rahmen des zweiten Schriftenwechsels und somit vor Aktenschluss sowie im Rahmen eines gesetzlich vorgesehenen Parteivortrags. Der Kläger 1 stützte sich immer noch auf denselben Vertrag bzw. dieselbe behauptete Vertragsverletzung sowie auf eine von der Beklagten im Strafverfahren eingereichte Tabelle, welche ihm im Zeitpunkt der Klagebegründung zufolge fehlender Akteneinsicht im Strafverfahren nicht bekannt war. Diese Klageänderung erweist sich mithin ohne Weiteres als zulässig.

E. 1.4.2.2

Stellungnahmen zu den Dupliknoven Während der Kläger 1 mit der ersten Stellungnahme zu den Dupliknoven vom 28. Oktober 2016 noch darlegte, eine eingehende Schadensberechnung könne ihm nicht zugemutet werden, und seine Schadensberechnung gleichwohl nachsubstantiierte (act. 54 S. 9), erfolgte am 7. November 2016 eine weitere Eingabe

- 16 - mit einer Klageänderung bzw. Ergänzung des Rechtsbegehrens Ziffer 1 um ein Eventualbegehren sowie weiteren Substantiierungen (act. 58). Diese Noven bzw. diese Klageänderung erfolgten nach Aktenschluss und waren mithin nur noch un-

eingeschränkten Voraussetzungen zulässig. Der Kläger 1 brachte vor, seine Substantiierung sei zulässig. Man habe in der Replik bewusst keine eigene bzw. korrigierte Berechnung vorgenommen. Die Beklagte habe im Strafverfahren selbst eine eigene Aufstellung der Gewinne und Verluste des Klägers 1 als Beweismittel eingereicht. Anstatt die überaus aufwändige Berechnung selber (nochmals) vorzunehmen, habe sich der Kläger 1 auf diese - von der Beklagten gelieferten - Zahlen gestützt in der Annahme, dass die Beklagte diese Zahlen nicht bestreiten würde. Der Kläger 1 habe dies in guten Treuen getan, zumal er bei Erstellen der Replik nicht habe damit rechnen müssen, dass die Beklagte in der Duplik diese Tabelle bzw. deren Relevanz bestreiten würde. Das Eventualbegehren sei erst durch die nicht voraussehbaren neuen Vorbringen der Beklagten in der Duplik veranlasst worden (act. 58 S. 4 f.). Die Beklagte verlangte demgegenüber, die klägerischen Eingaben vom 28. Oktober 2016 und vom 7. November 2016 seien aus dem Recht zu weisen. Der Kläger 1 wolle dem Gericht weismachen, es träfe ihn im Rahmen des regulären Schriftenwechsels keine Obliegenheit zur Substantiierung des angeblichen Schadens. Vielmehr solle es nach dessen Auffassung ausreichen, dem Gericht in Klage und Replik irgendwelche widersprüchlichen Phantasiezahlen aufzutischen und darauf zu hoffen, dass diese von der Beklagten nicht bestritten würden. Sofern dies dann doch geschehe, solle die mangelhafte Schadenssubstantiierung mit Eingaben, die nahezu einen Monat nach Aktenschluss beim Gericht eintreffen würden, irgendwie doch noch zurecht gebogen werden können. Die klägerischen Vorstellungen seien mit dem geltenden Prozessrecht zweifelsohne nicht vereinbar (act. 61 S. 16). In Würdigung der Parteivorbringen wäre es dem Kläger 1 entgegen seiner Auffassung zuzumuten gewesen, spätestens in der Replik vom 28. Juni 2016 eine hinreichende Schadensberechnung und -substantiierung vorzunehmen. So verfügte er laut eigenen Angaben seit dem 5. Februar 2014 über die Kenntnis der fraglichen Transaktionen (act. 1 S. 12), welche er einem Experten zur Überprüfung des Schadens vorlegte (act. 1 S. 14). Ab 17. November 2014 verfügte er sodann über die massgeblichen Detailbelege und Kontounterlagen (act. 1 S. 13). Er verzichtete indes nach eigener Darstellung bewusst auf eine Berechnung in der Replik (so act. 58 S. 3), obwohl die Schadenssubstantiierung bereits mit der Klageantwort bestritten war. Er kann seine absichtlich unterlassene Substantiierung daher nicht in Stellungnahmen zu den Dupliknoten nachholen und einen neuen Eventualantrag stellen. Sein Einwand, er habe "in guten Treuen" davon ausgehen können, dass die von ihm mit der Replik eingereichten Tabellen ohne Weiteres von der Beklagten als hinreichende Schadenssubstantiierung übernommen bzw. unbestritten bleiben wird (act. 58 S. 4), ist abwegig. Der anwaltlich vertretene Kläger 1 musste den elementaren Grundsatz im Zivilprozess kennen, wonach es jeder Partei zusteht, sämtliche Tatsachenbehauptungen und Beweismittel der Gegenseite zu bestreiten, unabhängig von der Frage, wer das Beweismittel produziert hat oder in anderen Prozessen einreichte. Solche Umstände entbinden einen Anwalt nicht von einer gehörigen Substantiierung bzw. eigenen Berechnung des Schadens. Mithin erweist sich die Substantiierung und Klageerweiterung in den Stellungnahmen zu den Dupliknoten als verspätet, hätte sie doch mit der zumutbaren Sorgfalt bereits früher erfolgen können und müssen. Zusammenfassend hätte mit der nötigen Sorgfalt spätestens mit der Replik der Eventualantrag zum Rechtsbegehren Ziffer 1 sowie die entsprechende Substantiierung ohne Weiteres erfolgen können. Damit sind die Voraussetzungen für eine Klageänderung nach Aktenschluss bzw. Ergänzungen der Replik nicht zulässig. Massgeblich bleibt das Rechtsbegehren Ziffer 1 gemäss Replik. Entgegen der Ansicht der Beklagten folgt daraus jedoch nicht, dass die Eingaben vom 28. Oktober 2016 und vom 7. November 2016 "aus

dem Recht zu weisen" wären. Das Bundesgericht hat festgehalten, dass diese Floskel im Zusammen- hang mit der Ausübung des Replikrechts durch die Parteien grundsätzlich fehl am Platz ist, denn sie erwecke den Eindruck, die Eingaben würden tatsächlich unge- lesen aus den Akten entfernt (vgl. Urteil 5A_82/2015 vom 16. Juni 2015 E. 4.2.3.).

- 18 - Aus der Unzulässigkeit der Klageergänzung mit dem Eventualbegehren bzw. der Nachsubstantiierung folgt einzig, dass diese Vorbringen nicht zu beachten sind.

E. 1.4.3

Änderung der Rechtsbegehren Ziffer 2-4 Die mit der Replik vorgebrachte Klageänderung hinsichtlich der Rechtsbegehren 2 bis 4 erfolgte im Rahmen des zweiten Schriftenwechsels und somit vor Akten- schluss sowie im Rahmen eines gesetzlich vorgesehenen Parteivortrags. Die Kläger 1-3 stützten sich bei Rechtsbegehren 2 und 4 immer noch auf denselben Vertrag bzw. dieselbe behaupteten Vertragsverletzungen. Diese Klageänderun- gen bzw. Ergänzungen um Eventualanträge erweist sich mithin ohne Weiteres als zulässig. Dasselbe gilt für das Rechtsbegehren Ziffer 3, welches gemäss Fussnote zum Rechtsbegehren in der Replik "entfällt" (act. 42 S. 4). Aufgrund des "nicht weiter aufrecht erhaltenen Rechtsbegehrens" ist von einem Klagerückzug in diesem Punkt auszugehen, wobei der Kläger 1 den Anspruch neu im geänderten Rechts- begehren Ziffer 1 geltend machte (act. 42 S. 29).

E. 1.4.4

Änderung des Rechtsbegehrens Ziffer 5

E. 1.4.4.1

Streitpunkte Wie eingangs erwähnt divergierten die klägerischen Angaben zur Parteifähigkeit der Klägerin 3. Gemäss Klage handelte es sich bei der Klägerin 3 um eine Perso- nengesellschaft des türkischen Rechtes, entsprechend der schweizerischen Kol- lektivgesellschaft (act. 1 S. 3). Ihr Sitz befinde sich in der F.____ (act. 1 S. 4). Mit der Replik wurde neu geltend gemacht, die Klägerin 3 sei keine juristische Person und insofern auch nicht parteifähig. Der Anspruch gemäss Rechtsbegeh- ren Ziffer 5 stehe nicht der Klägerin 3 als solcher zu, sondern ihren Gesellschaf- tern, dem Kläger 1 und seiner Tochter M.____. Die Kläger 1-3 verlangten eine Saldoberichtigung. Immerhin sei die Klägerin 3 fähig gewesen, in eigenem Namen ein Konto bei der Beklagten zu eröffnen und zu unterhalten. Insofern könne es den Klägern 1 und 2 nicht schaden, wenn sie auch ihre Ansprüche gegen die Be-

- 19 - klagte aus dem betreffenden Vertragsverhältnis im Namen der Klägerin 3 gelten machten. Auf dem Formular A betreffend die Kontobeziehung sei der Kläger 1 und seine Tochter M.____ als wirtschaftlich Berechtigte ausgewiesen (act. 42 S. 36). Die Beklagte bestritt die Parteifähigkeit der Klägerin 3 bereits mit der Klageant- wort und machte geltend, als Personengesellschaft sei eine Kollektivgesellschaft weder rechts- noch parteifähig (act. 13 S. 12). Mit der Duplik wurde ergänzt, es werde unterlassen, die angebliche und bestrittene Gesellschaftereigenschaft des Klägers 1 und von Frau M.____ sowie deren bestrittene Kontoberechtigung dar- zutun. Zudem liege ein Parteiwechsel vor, welcher nur mit Zustimmung der Be- klagten möglich sei. Eine solche Zustimmung erteile sie nicht (act. 50 S. 12). Im Rahmen der beiden Stellungnahmen zur Duplik wurde auf diese Frage nicht eingegangen (vgl. act. 54, act. 58).

E. 1.4.4.2

Rechtliches Eine Klage hat unter anderem die Bezeichnung der Parteien und allfälliger Vertreterinnen und Vertreter zu enthalten (vgl. Art. 221 Abs. 1 lit. a ZPO). Die genaue Bezeichnung ist insbesondere mit Hinblick auf die Wirkungen der Rechtshängigkeit von Bedeutung, denn diese fixiert den Streitgegenstand und die Parteien. Eine Änderung ist nur noch unter den einschränkenden gesetzlichen Voraussetzungen möglich. Grundsätzlich bleibt der Prozess zwischen den ursprünglichen Parteien hängig, neue Tatsachen nach Rechtshängigkeit haben keinen Einfluss auf die Person der Partei (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_357/2016 vom 8. November 2016, E. 3.1.3.1). Ein Parteiwechsel liegt vor, wenn eine Partei während laufendem Verfahren durch einen Dritten ersetzt wird. Der Parteiwechsel unterscheidet sich von der Erweiterung der Parteien infolge Prozessbeitritts, von der alternativen oder eventuellen Klagenhäufung sowie von der gewöhnlichen Berichtigung der Parteibezeichnung durch einen Bruch in der subjektiven Identität der Parteien (BGE 131 I 57 = Pra 94 (2005) Nr. 135, E. 2.1).

- 20 - Der Parteiwechsel ist von der Berichtigung der Parteibezeichnung scharf zu unterscheiden. Trotz scheinbarer Ähnlichkeit stimmen die beiden Begriffe weder theoretisch noch prozessrechtlich überein. Eine Parteibezeichnung wird berichtigt, wenn ihre Bezeichnung mit einem Irrtum behaftet ist, so dass die Partei nicht ganz präzise identifiziert werden kann. In diesen Fällen handelt es sich somit um ein redaktionelles Versehen, welches zu keinem Parteiwechsel führt und das vom Gericht korrigiert werden darf, ohne die Nichtigkeit der betreffenden Klageschrift nach sich zu ziehen. Kann der Fehler vom Richter und der Gegenpartei leicht erkannt und berichtigt werden, besteht keine Verwechslungsgefahr und eine Berichtigung ist möglich. Im umgekehrten Fall ist die Klageschrift nichtig (BGE 131 I 57 = Pra 94 (2005) Nr. 135, E. 2.2 f.). Eine redaktionelle Berichtigung ist nur dann zulässig, wenn aufgrund der Umstände Gewissheit darüber besteht, dass die Gegenpartei den Irrtum in der Parteibezeichnung tatsächlich erkannt hat und durch den Verschieb in keiner Weise getäuscht wurde. Selbst geringfügige Zweifel schliessen eine rein redaktionelle Berichtigung aus, ansonsten ein Verstoss gegen das Willkürverbot vorliegt (BGE 131 I 57 = Pra 94 (2005) Nr. 135, E. 2.3). Ohne Veräusserung des Streitobjekts ist ein Parteiwechsel grundsätzlich nur mit Zustimmung der Gegenpartei zulässig (Art. 83 Abs. 4 ZPO). Sind mehrere Personen an einem Rechtsverhältnis beteiligt, über das nur mit Wirkung für alle entschieden werden kann, so müssen sie gemeinsam klagen oder beklagt werden (Art. 70 Abs. 1 ZPO).

E. 1.4.4.3

Würdigung Vorab ist festzuhalten, dass das Rechtsbegehren Ziffer 5 gemäss Klage sehr präzise ist. Es wurde eine Klage im Namen der "C._____" mit Sitz und Handelsregistereintrag in der F._____ erhoben. Mit dem Vergleich einer Kollektivgesellschaft nach Schweizer Recht wurde sinngemäss behauptet, sie sei parteifähig (vgl. Art. 562 OR). Weiter wurde mit dem Klagerubrum geltend gemacht, sie handle im Prozess durch ihre statutarischen Organe (act. 1 S. 1). Die Klägerin 3 wurde zu-

- 21 - nächst durch Rechtsanwalt X3._____ vertreten, welcher mit Einzelunterschrift im Namen der Klägerin 3 bevollmächtigt wurde (vgl. act. 2C). Mit Schreiben vom 16. Dezember 2015 teilte Rechtsanwältin Prof. Dr. X1._____ mit, die Kläger 1-3 neu zu vertreten (act. 26). Entsprechend reichte sie drei Vollmachten der Kläger 1-3 ein, wobei auf der Vollmacht der Klägerin 3 der Kläger 1 alleine für die Klägerin 3 unterzeichnete (act. 27C). Indem mit der Replik vom 28. Juni 2016 geltend gemacht wurde, die Klägerin 3 sei doch nicht rechtsfähig und statt dessen seien ihre Gesellschafter anspruchsberechtigt, geht

dies weit über einen formellen Fehler bzw. eine redaktionelle Ungenauigkeit hinaus. Neu wurde der Anspruch der Klägerin 3 in eigenem Namen aufgegeben und der Anspruch anderer Personen, namentlich des Klägers 1 und seiner Tochter, behauptet. Diese unterscheiden sich grundlegend vom ursprünglich klagenden Rechtssubjekt der Kollektivgesellschaft im Sinne der Klage, auch wenn sie in der Replik als einfache Gesellschaft auftreten. Unter diesen Umständen liegen keine identischen Parteien vor, weshalb keine Berichtigung der Parteibezeichnung vorgenommen werden kann. Die Beklagte stimmt jedoch einem Parteiwechsel nicht zu (act. 50 S. 12). Mithin sind die entsprechenden Voraussetzungen nicht erfüllt (vgl. Art. 83 Abs. 4 Satz 1 ZPO). Nachdem die Klägerin 3 nach klägerischer Darstellung nicht anspruchsberechtigt ist, ist ihre Klage daher abzuweisen. Zum gleichen Ergebnis würde gelangt, wenn lediglich eine ungenaue Parteibezeichnung vorliegen würde. Es ist nicht ersichtlich und wurde auch nicht behauptet, dass sich M._____ am ersten Schriftenwechsel im Verfahren beteiligte. Sodann mandatierte einzig der Kläger 1 namens der Klägerin 3 die neue Rechtsvertretung (vgl. act. 27C), weshalb nicht davon auszugehen ist, dass M._____ sich am weiteren Verfahren beteiligen wollte. Unter diesen Umständen wäre die Klage auch im Falle einer Berichtigung mangels Beteiligung eines notwendigen Streitgenossen abzuweisen.

- 22 - Aufgrund einer fehlenden Zustimmung der Beklagten kann im Übrigen auch kein Parteiwechsel zum Kläger 1 (gemäss Eventualantrag) oder zum Kläger 2 (gemäss Subeventualantrag) erfolgen. Hinsichtlich des Klägers 2 wurde auch nicht substantiiert, weshalb der Anspruch ihm zustehen könnte. Unter diesen Umständen kann die von der Beklagten aufgeworfene Frage offen gelassen werden, ob die Klägerin 3 (gemäss Klage) überhaupt parteifähig wäre.

E. 1.4.4.4

Fazit Die Klage (betreffend Klägerin 3) ist in Rechtsbegehren Ziffer 5 abzuweisen.

E. 1.4.5

Noveneingaben vom 28. August 2017 und 9. Oktober 2017

E. 1.4.5.1

Ausgangslage Mit Noveneingabe vom 28. August 2017 (act. 78) legten die Kläger 1-3 das am 23. August 2017 gegen P._____ (bzw. P1._____) ergangene, unbegründete Strafurteil des Bezirksgerichts Zürich ins Recht (act. 79/1). Mit Noveneingabe vom 9. Oktober 2017 (act. 84) reichten die Kläger 1-3 das vorgenannte Urteil des Bezirksgerichts Zürich in begründeter Fassung sowie das im Strafverfahren gegen P._____ erstellte Protokoll der Hauptverhandlung vor dem Bezirksgericht Zürich inklusive der Einvernahme der Beschuldigten, des Plädoyers der Staatsanwaltschaft und des Plädoyers der Verteidigung ein (act. 85/1-2). Es ist somit zu prüfen, ob diese neu eingereichten Beweismittel gestützt auf Art. 229 ZPO vorliegend zu berücksichtigen sind.

E. 1.4.5.2

Rechtliches Zum Novenbegriff ist vorab auf die Ausführungen unter Ziffer 1.4.1. hiervor zu verweisen. Erhält eine Partei nach dem zweiten Schriftenwechsel – sprich nach Aktenschluss – Kenntnis von Noven, bedeutet das Vorbringen ohne Verzug im Sinne von Art. 229 Abs. 1 ZPO, dass die Noven bereits vor der Hauptverhandlung innerhalb einer Frist von zehn Tagen seit deren Entdeckung in einer Noveneingabe in den Prozess eingeführt werden müssen. In der Noveneingabe ist auch darzulegen, dass die

Zulässigkeitsvoraussetzungen gemäss Art. 229 Abs. 1 lit. a o-

- 23 - der lit. b in inhaltlicher und zeitlicher Hinsicht erfüllt sind (LEUENBERGER, a.a.O., Art. 229 ZPO N 9a f.; KILLIAS, in: Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bd. II, 2012, Art. 228 N 18).

E. 1.4.5.3

Würdigung Das unbegründete Strafurteil ist am 23. August 2017 – mithin nach Aktenschluss – ergangen und wurde klägerischerseits mit Eingabe vom 28. August 2017 ins Recht gelegt. Es handelt sich dabei zweifelsohne um ein echtes Novum, welches fristgerecht in den Prozess eingebracht wurde. Dies stellt auch die Beklagte nicht in Abrede. Das begründete Strafurteil wurde den Klägern 1-3 unbestrittenermassen am 28. September 2017 zugestellt (act. 84 Rz. 1; act. 87) und von ihnen am 9. Oktober 2017 (Datum Poststempel) in den vorliegenden Prozess eingebracht. Auch bei der begründeten Fassung des gegen P._____ ergangen Strafurteils des Bezirksgerichts Zürich handelt es sich zweifelsohne um ein echtes Novum, welches ebenfalls fristgerecht vorgebracht wurde. Dies stellt die Beklagte ebenfalls nicht in Frage. Allerdings entfaltet das betreffende Straferkenntnis im vorliegenden Prozess insbesondere deshalb keine Bindungswirkung, da gegen das betreffende Urteil unbestrittenermassen Berufung angemeldet worden (act. 87 Rz. 9) und es entsprechend noch nicht in Rechtskraft erwachsen ist. Somit ist darauf im Folgenden nicht weiter einzugehen. In Bezug auf das mit der Noveneingabe vom 9. Oktober 2017 eingereichte Protokoll der Hauptverhandlung vor Bezirksgericht Zürich (inklusive der Einvernahme der Beschuldigten, des Plädoyers der Staatsanwaltschaft und des Plädoyers der Verteidigung) erhebt die Beklagte den Einwand, dass dieses von der Klägerschaft verspätet eingereicht worden sei. Sie macht dazu geltend, dass die betreffenden Dokumente allesamt aus der Hauptverhandlung im Strafverfahren gegen P._____ vom 23. August 2017 stammten, anlässlich welcher die Kläger 1-3 über ihren Rechtsvertreter teilgenommen hätten. Die entsprechenden Dokumente seien

- 24 - noch am selben Tag oder – in Bezug auf das ausgefertigte Protokoll der Hauptverhandlung – kurz darauf zu den Straftaten gelegt worden. Sie hätten daher spätestens Ende August/Anfang September 2017 von den im Strafverfahren als Privatkläger konstituierten Kläger 1-3 zur Kenntnis genommen werden können. Etwas anderes würden selbst die Kläger 1-3 nicht behaupten (act. 87 Rz. 2 ff.). Zunächst ist festzuhalten, dass es sich sowohl beim Protokoll der Hauptverhandlung vom 23. August 2017 wie auch bei den übrigen eingereichten Urkunden ohne weiteres um Noven handelt, wurden sie doch erst nach Aktenschluss erstellt. Tatsächlich legen die Kläger 1-3 in ihrer Noveneingabe vom 9. Oktober 2017 aber nicht dar, wann ihnen die betreffenden Urkunden zugegangen sind; die Rechtzeitigkeit der Einreichung der Noveneingabe wäre aber von ihnen darzulegen gewesen. Insbesondere führen die Kläger 1-3 nicht aus, wann sie ein diesbezügliches Akteneinsichtsgesuch an das Bezirksgericht Zürich gestellt haben und wann diesem Folge geleistet wurde. Immerhin war den Klägern 1-3 nicht zuletzt aufgrund der Teilnahme ihres Rechtsvertreters an der betreffenden Hauptverhandlung bereits am 23. August 2017 bewusst, dass die entsprechenden Urkunden existieren bzw. noch ausgefertigt werden müssen. Somit kann aufgrund der klägerischen Vorbringen nicht überprüft werden, ob die betreffenden Urkunden ohne Verzug und damit fristgerecht in das vorliegende Verfahren eingebracht wurden. Dieser Umstand hat sich vor dem Hintergrund vorstehender rechtlicher Erwägungen zuungunsten der in dieser Hinsicht behauptungsbelasteten Kläger 1-3 auszuwirken, zumal sie sich selbst auf entsprechenden Einwand der Beklagten hin dazu

nicht mehr vernehmen liessen. Entsprechend haben die betreffenden Urkunden (act. 85/2) im Folgenden unberücksichtigt zu bleiben. 2. Rechtsbegehren Ziffer 1 2.1. Streitpunkte Der Kläger 1 machte mit der Klage geltend, zahlreiche von P._____ durchgeführte Transaktionen zu Lasten seines Kontos seien von ihm nicht autorisiert oder genehmigt worden. Er habe sich lediglich telefonisch bei ihr über sein Portfolio und

- 25 - seine Aufträge informiert und sei von ihr über den Saldo und die vorgenommenen Transaktionen falsch unterrichtet worden (vgl. act. 1 S. 11 ff.). Er verlangte mit der Klage den Ausgleich zahlreicher Einzelpositionen in TRY (act. 1 S. 2) und änderte diese Währung mit der Replik zu USD. Neu wurde eine Bezahlung bzw. Gutschrift auf seinem Konto von USD 2'036'384.67 zuzüglich Zins zu 5% seit 27.01.2014 gefordert. Zur Begründung dieser Änderung führte der Kläger 1 aus, die mit der Klage gestellte Forderung habe nur die 2013 bei der Ausübung von Optionen entstandenen Kursverluste berücksichtigt. Der Nettogewinn von TRY 174'500.– aus den im Jahre 2013 erzielten und bezahlten Optionsprämien sei zwar erwähnt, aber in der Klageforderung nicht berücksichtigt worden, weil der Verfasser der Analyse und der Anwalt die "Transactions à terme sur devises" als eigenständige Geschäfte betrachtet habe, unabhängig von den "Transactions sur options call". Tatsächlich handle es sich bei den ersteren aber um nichts anderes als die unausweichliche Folge der letzteren. Zudem sei in der Klageschrift auch nicht berücksichtigt worden, zu welchem Zeitpunkt und in welcher Währung die Verluste tatsächlich entstanden seien. Die ausgeübten Kontrakte seien nämlich stets gerollt und die Prämien der neuen Kontrakte mit den beim Ausüben der vorangehenden Kontrakte entstandenen Kursverlusten verrechnet worden (act. 42 S. 27 f.). Die Beklagte habe im Strafverfahren eine R._____ - Tabelle eingereicht, welche den Verlust im Konto des Klägers 1 in Tabellenform darstelle. Die Kläger 1-3 würden diese Berechnungsmethode akzeptieren und übernehmen, zumal sie von der Beklagten selber stamme. Anstelle der ursprünglichen Rechtsbegehren Ziffer 1 und 3 forderten die Kläger 1-3 darum von der Beklagten die Zahlung von USD 2'036'384.67 zuzüglich Zins zu 5% seit 24. Januar 2014 bzw. eine entsprechende Gutschrift auf das Konto des Klägers 1 (act. 42 S. 29). Die Gewinne seien auf das USD-Konto übertragen worden, während die Verluste aufgrund der unautorisierten Transaktionen in TRY nur aufgrund des Rollens der Kontrakte in TRY geblieben und letztlich am 24. Januar 2014 in TRY realisiert worden seien (vgl. act. 42 S. 28). Die Beklagte wies darauf hin, dass ein simpler Verweis auf einen Bericht der R._____ keine hinreichende Substantiierung sei und dass offensichtlich die fal-

- 26 - sche Währung (USD statt TRY) verwendet werde. Die von der R._____ erstellte Tabelle erhebe keinen Anspruch darauf, eine Schadensquantifizierung darzustellen. Dafür fehle es ihr am erforderlichen Vergleich des aktuellen Vermögensstands mit dem hypothetischen Vermögensstand, der sich bei Ausbleiben des schädigenden Ereignisses per einen bestimmten Stichtag ergeben hätte, sowie an einer Bezugnahme auf die einschlägigen Transaktionsbelege (act. 50 S. 9). Die Schadenersatzansprüche im Zusammenhang mit dem Verkauf von Optionen seien gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts in 4C.191/2004 vom 7. September 2004 in derjenigen Währung zu erheben, in welcher dem Berechtigten die aus dem Verkauf der Optionen resultierenden Prämien gutgeschrieben wurden, i.c. TRY (act. 50 S. 10 und S. 35). Wie erwähnt sind zufolge der Novenschanke die Ausführungen des Klägers 1 hinsichtlich weiterer Substantiierung und Ergänzung der Klage um einen Eventualantrag in den Stellungnahmen zur Duplik unzulässig (s. Ziff. 1.4.2.2.). Die von der Beklagten aufgeworfene Frage nach der hinreichenden Substantiierung und dem

Beweiswert können jedoch offen gelassen werden. In erster Linie ist zu prüfen, ob der behauptete Schaden in der vom Kläger 1 behaupteten Währung eingetreten ist. 2.2. Rechtliches Grundsätzlich ist der Schuldner verpflichtet, Geldschulden in der geschuldeten Währung zu bezahlen (Art. 84 Abs. 1 OR). Das Gericht darf nur eine Zahlung in der geschuldeten Fremdwährung zusprechen (BGE 134 III 151 E. 2.4). Gemäss Art. 58 ZPO darf das Gericht einer Partei nicht mehr und nichts anderes zusprechen, als sie verlangt, und nicht weniger, als die Gegenpartei anerkannt hat. Hat die Partei Bezahlung in Schweizer Franken verlangt, würde die Zusprechung einer Geldleistung in einer geschuldeten Fremdwährung etwas "anderes" im Sinne dieser Bestimmung bedeuten und ist daher nicht statthaft (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_391/2015 vom 1. Oktober 2015, E. 3.). Nicht anders verhält es sich, wenn eine Partei die Zusprechung eines Betrags in einer bestimmten Fremdwäh-

- 27 - rung verlangt, obwohl der Betrag in einer anderen Fremdwährung geschuldet wäre. Durch die Eröffnung eines Kontos verpflichtet sich die Bank gegenüber dem Kunden, ihm - gemäss den vorgesehenen Modalitäten - das auf dem Konto bestehende Guthaben auszuzahlen, unabhängig davon, wie diese vertragliche Beziehung im Einzelnen zu qualifizieren ist. Mit der Auszahlung an einen unberechtigten Dritten bzw. einen Bevollmächtigten, der den Umfang der ihm erteilten Vollmacht überschreitet, wird die Bank von ihrer Leistungspflicht nicht befreit (BGE 132 III 449 E. 2 S. 451 f. mit Hinweisen; Urteil des Bundesgerichts 4A_536/2008 vom 10. Februar 2009 E. 5.2). Vielmehr leistet sie zunächst aus ihrem eigenen Vermögen und nicht aus demjenigen des Kunden, für dessen Rechnung sie handelt. Im Fall einer Auszahlung an einen Unberechtigten ist sie daher nicht berechtigt, das Konto des Kunden zu belasten (zit. Urteil 4C.377/2000 E. 1b). Verlangt der Kunde die Rückerstattung des Kontoguthabens, erhebt er mithin eine Klage auf Erfüllung des Vertrages und nicht eine Schadenersatzklage (Urteil des Bundesgerichts 4A_596/2013 vom 18. März 2014, E. 4.1). 2.3. Würdigung Die Beklagte anerkannte die klägerische Behauptung, dass die strittigen Transaktionen zu Lasten des TRY-Kontos 5 des Klägers 1 ausgeführt worden seien (act. 1 S. 17, act. 50 S. 10). Die entsprechenden Belastungen des TRY-Kontos sind aktenkundig (act. 3/33; jeweils TRY-Konto des Klägers 1, Auszug vom 30. Dezember 2011; Transaktion vom 31.08.2011; Auszug vom 31. Mai 2012; Transaktionen vom 29.02.2012, vom 7.03.2012, vom 14.03.2012, vom 11.05.2012; Auszug vom 30. September 2012, Transaktion vom 21. August 2012.; vgl. auch den Auszug vom 15. Mai 2013, welcher den Optionskauf aus dem TRY-Konto des Klägers 1 [5] speist). Verlangt der Kläger 1 wie vorliegend die Berichtigung des Kontosaldo, kann er diesen lediglich in der Währung des vorgeblich zu unrecht belasteten Kontos, mithin in TRY, fordern. Zutreffenderweise wurde mit der Klage ein Ausgleich der ent-

- 28 - sprechenden Belastungen in TRY gefordert (eingehend in act. 1 S. 14-19, S. 24), welche Währung in der Klageantwort unbestritten blieb (vgl. act. 13 S. 9 ff.). Soweit der Kläger 1 in der Replik eine Gutschrift auf das "Konto 2" beantragt, ist dies irreführend. Mit Blick auf die Klage erhellt sogleich, dass es sich bei der angeführten Zahl um die Portfolio-Nummer handelt, welche mehrere Konten in verschiedener Währung umfasst. Die belastete Kontonummer 5 betrifft das Konto in TRY (act. 1 S. 9). Entgegen der Auffassung der Parteien ist vorliegend jedoch nicht massgeblich, in welcher Währung der Gewinn der strittigen Optionsgeschäfte eintrat. Im von der Beklagten zitierten Bundesgerichtsurteil 4C.191/2004 vom 7. September 2004 hatte der betreffende Bankkunde

die Optionen selbst gekauft bzw. den Verkauf aufgrund falscher Informationen der Bank in Auftrag gegeben, worauf die Bank die falschen Optionen verkaufte. In der Folge erwog das Bundesgericht, der Schadenersatz sei grundsätzlich in jener Währung zu fordern, in welcher der Schaden eingetreten sei, unter den gegebenen Umständen rechtfertige es sich, auf die Währung der Option abzustellen. Dies sei insbesondere dann der Fall, wenn entgangener Gewinn als Schaden zu ersetzen sei (a.a.O., E. 6). Vorliegend ist jedoch in erster Linie die Rechtmässigkeit der Belastung des TRY-Kontos strittig. Unerheblich muss demnach bleiben, welche Anlagen im Gegenzug für das zu Unrecht belastete Konto erworben wurden, war die Wahl und die Währung dieser Anlagen doch eher zufällig und ausserhalb des Einflussbereichs des Klägers 1. Für die Bestimmung der massgeblichen Währung kann es vorliegend daher keine Rolle spielen, in welcher Währung die Parteien oder Dritte Excel-Tabellen erstellten. Zum gleichen Ergebnis würde gelangt, wenn der Gewinn bzw. der Verlust der Option massgeblich wäre, denn vorliegend trat beides in erster Linie in TRY ein. Insbesondere führte der Kläger 1 mit der Replik aus, dass ein Verlust am 24. Januar 2014 "in Form der beiden Ruckkaufspramien von TRY 3'550'000 und TRY 2'225'000" (vgl. act. 42 S. 28) eingetreten sei. Dies ist mit Blick auf die vom Kläger 1 in der Klage als Beweis offerierten Kontounterlagen (act. 1 S. 19) zutreffend. Der Minussaldo von TRY 5'724'369.65 wurde einerseits durch einen Konto-

- 29 - übertrag vom USD Konto mit Valuta vom 4. Februar 2013 (USD 957'517.06 zu TRY 2'175'000.–) und andererseits durch die Festgeldanlage bei der D. _____ ... [Ort] im Wert von TRY 3'576'419.58 aufgefangen (act. 3/58). Damit ist aber nicht bewiesen, dass der Schaden in USD eintrat, wurde er doch zum grösseren Teil durch eine Festgeldanlage in TRY gedeckt. Im übrigen machte der Kläger 1 bis Aktenschluss nicht geltend, ein Verlust auf dem TRY-Konto wäre jeweils sogleich vom USD-Konto gedeckt worden, worauf die Beklagte in der Duplik zu Recht hinwies (act. 50 S. 10). Der Kläger 1 erhob daraufhin eine entsprechende Behauptung im Rahmen der Stellungnahme zu den Dupliknoven vom 28. Oktober 2016 und machte erstmals geltend, der Schaden sei in USD eingetreten, weil die Verluste auf dem TRY-Konto sogleich durch Transaktionen vom USD-Konto ausgeglichen worden seien (act. 54 S. 12 f.). Wie bereits dargelegt, fusst diese Behauptung auf keiner neuen Tatsache bzw. hätte bei zumutbarer Sorgfalt bereits mit der Replik vorgebracht werden können und müssen. Das allgemeine Replikrecht nach Aktenschluss dient nicht dazu, Substantiierungsmangel in früheren Eingaben nachzuholen, weshalb diese neue Behauptung unberücksichtigt zu bleiben hat. Im übrigen würde die bestrittene Behauptung gestützt auf die zum Beweis offerierten Kontounterlagen ohnehin unbewiesen bleiben. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der vom Kläger 1 behauptete Schaden in der unberechtigten Belastung seines TRY-Kontos besteht. Ein allfälliger Schaden ist deshalb in erster Linie in TRY eingetreten, zumal nicht rechtzeitig behauptet wurde und auch nicht erwiesen ist, dass der Schaden durch einen Ausgleich vom USD-Kontokorrent gedeckt worden wäre. 2.4. Fazit Das Rechtsbegehren Ziffer 1 lautet unter Berücksichtigung der Novenschranke auf die Zusprechung von USD 2'036'384.67 zuzüglich Zins zu 5% seit 27. Januar 2014 (act. 42 S. 4). Es ist daher aufgrund der Dispositionsmaxime abzuweisen, denn dem Kläger 1 kann kein Betrag in der Währung USD zugesprochen werden, wenn sein Verlust in TRY bzw. auf einem TRY-Konto eintrat. Ob die übrigen Vo-

- 30 - raussetzungen für die klägerische Forderung gegeben sind, kann unter diesen Umständen offen bleiben.

E. 3

E. 3.1

Ausgangspunkt Die Beklagte belastete dem USD-Konto Nr. 1 des Klägers 1 am 24. Juni 2013 den Betrag von USD 22'399.– und am 11. Juli 2013 USD 178'000.–. Diese Beträge wurden dem Kläger 1 jeweils am 28. November 2014 mit Valuta 24. Juni bzw. 11. Juli 2013 rückerstattet (act. 1 S. 19, act. 42 S. 55). Weiter kaufte die Beklagte zu Lasten des Kontos des Klägers 1 am 19. November 2013 235 Anteile der L._____ zu einem Preis von USD 49'413.45, was Kommissionen von USD 345.89 und Abgaben von USD 74.12 mit sich brachte. Nach der Rüge des Klägers 1, er habe keinen Auftrag hierfür erteilt, wurden die Titel am 18. Februar 2014 für USD 49'300.35 verkauft und dem Kläger 1 gutgeschrieben. Der Kläger 1 verlangte zusammengefasst einen Zinsschaden für die Periode vom 25. Juni 2013 bzw. vom 11. Juli 2013 bis zum 28. November 2014, ausmachend USD 1'599.04 bzw. USD 12'286.94, total USD 13'885.98. Weiter verlangte er die Differenz zwischen dem ihm für den Kauf vom Konto abgebuchten Betrag von USD 49'833.46 und dem erhaltenen Verkaufserlös von USD 49'300.35, mithin USD 533.11 (act. 1 S. 19, act. 42 S. 4). Die Beklagte beantragte Klageabweisung.

E. 3.2

Entgangener Gewinn Mit der Klage machte der Kläger 1 pauschal einen "gesetzlichen Zinssatz" von 5% als Zinsschaden geltend (vgl. act. 1 S. 20). Die Beklagte wandte in der Klageantwort ein, bei der Rückerstattung der abgebuchten Beträge handle es sich nicht um Schadenersatz-, sondern vielmehr um Erfüllungsansprüche. Entsprechend wäre darauf kein Schadens-, sondern höchstens ein Verzugszins i.S.v. Art. 104 Abs. 1 OR geschuldet. Dass bzw. wann die

- 31 - Beklagte in Verzug gesetzt worden sei, lege der Kläger 1 jedoch nicht dar, weshalb die Beklagte keine Verzugszinsen schulde (act. 13 S. 41). Mit der Replik ergänzte der Kläger 1, er mache weder einen Erfüllungsanspruch noch Verzugszinsen auf einen Erfüllungsanspruch geltend. Die Rückerstattungsforderung habe die Beklagte bereits vorprozessual erfüllt, indem sie die beiden Beträge zurückerstattet bzw. "im Sinne einer Saldoberichtigung dem USD-Kontokorrent des Klägers 1 wieder gutgeschrieben habe." Der Kläger 1 fordere keinen Verzugszins auf diesem Erfüllungsanspruch, womit sich die Frage der Inverzugsetzung erübrige (act. 42 S. 55). Der Kläger 1 verlange vielmehr Ersatz des durch die unberechtigten Belastungen erlittenen Schadens in Form des in der Zwischenzeit entgangenen Ertrags, der durch die rückwirkende Gutschrift der beiden Beträge auf das zinslose Kontokorrent nicht wettgemacht worden sei. Dieser als Schadenszins oder Zinsschaden bezeichnete Schadenersatzanspruch bestehe ungehindert und unabhängig vom Erfüllungsanspruch und vom Verzug (act. 42 S. 56). Er mache geltend, das gesamte USD-Vermögen sei damals in Obligationen angelegt gewesen, die im Durchschnitt 5.6% Zins abgeworfen hätten. Die USD 178'000.– habe sich P._____ aus dem TRY-Kontokorrent beschafft. Der Zins auf diesen TRY-Anlagen habe sich in der fraglichen Zeit von 5% auf 9% bewegt. Ein effektiver Schaden von mindestens 5% sei damit substantiiert und nachgewiesen (act. 42 S. 56). Für die Zeit nach der Rückvergütung sei wiederum 5% geschuldet. Dabei handle es sich nicht um Verzugszins, sondern um Schadenersatz, nämlich um Ersatz des nachweislich entgangenen Ertrags auf dem per 28. November 2014 berechneten Schaden. Daher sei auch das Zinseszinsverbot nicht anwendbar (act. 42 S. 57). Die Beklagte bestritt in der Duplik, dass die Obligationen der

Klägers 1 im gewichteten Durchschnitt 5.6% Zins abgeworfen hätten und sich der Zins auf den TRY-Anlagen in der fraglichen Zeit von 5% auf 9% bewegt habe. Weiter wurde bestritten, dass der Kläger 1 die zwischenzeitlich belasteten Beträge tatsächlich in derartige Instrumente investiert hätte, zumal er hierfür keine Beweise offeriert habe (act. 50 S. 54).

- 32 -

E. 3.2.1

Rechtliches Zum Schaden gehört nach konstanter Rechtsprechung der Zins vom Zeitpunkt an, in welchem das schädigende Ereignis sich finanziell ausgewirkt hat. Er läuft bis zur Zahlung des Schadenersatzes und wird als Schadenszins bezeichnet. Dieser Schadenszins bezweckt, den Anspruchsberechtigten so zu stellen, wie wenn er für seine Forderung am Tage der unerlaubten Handlung bzw. für deren wirtschaftliche Auswirkungen befriedigt worden wäre (BGE 81 II 512 E. 6). Vom Verzugszins unterscheidet er sich vor allem dadurch, dass er den Verzug, namentlich eine Mahnung des Gläubigers nach Art. 102 Abs. 1 OR, nicht voraussetzt. Funktional erfüllt er jedoch denselben Zweck wie der Verzugszins (BGE 122 III 53 E. 4 m.w.H.) Das Bundesgericht hält fest, der Schadenszins in der Vertragshaftung sei satzmässig jedenfalls dort dem Verzugszins gleichzusetzen, wo ein Ersatzanspruch aus der Verletzung einer Hauptpflicht zu verzinsen ist. Verzug und Schlechterfüllung sind im Vertragsrecht beides Tatbestände von Leistungsstörungen, die auf dogmatisch einheitlicher Basis gründen und daher nach harmonisierten Rechtsfolgen rufen (vgl. BGE 122 III 53 E. 4 m.w.H. BGE 117 II 71). Unter Zins ist die Vergütung zu verstehen, die ein Gläubiger für die Entbehrung einer ihm geschuldeten Geldsumme fordern kann, sofern diese Vergütung sich nach der Höhe der geschuldeten Summe und der Dauer der Schuld bestimmt (BGE 130 III 591 E. 3. m.w.H.). Ist ein Schuldner mit einer Geldleistung in Verzug, so schuldet er grundsätzlich Verzugszinsen. Die Pflicht zur Leistung von Verzugszins besteht erst vom Zeitpunkt an, in welchem die Beklagte sich in Verzug befand (Art. 104 Abs. 1 OR). Verzug setzt eine Mahnung bzw. eine gehörige Kündigung voraus (Art. 102 OR). Ein Kläger kann jedoch ungehindert und unabhängig vom Erfüllungsanspruch sowie vom Verzug einen weiteren Schaden geltend machen, wenn die weiteren Voraussetzungen für die Entstehung eines Schadenersatzanspruches (namentlich Vertragsverletzung, Schaden, Kausalzusammenhang, keine Exkulpation) erfüllt sind (vgl. ZR 104/2005 S. 109, S. 124). Damit wird die Klage auf Schadenszins faktisch durch eine Klage auf Ersatz des entgangenen Gewinns ersetzt. Dies ist für einen Kläger insofern günstiger, als er keinen

- 33 - Verzug zu behaupten und zu beweisen hat (vgl. Art. 102 OR), und gleichzeitig unvorteilhafter, als auch die Bestimmungen zum gesetzlichen Zins (Art. 104 OR) nicht zum Tragen kommen. Mithin kann sich ein Kläger 1 zur Bestimmung der Höhe des Schadens nicht auf den pauschalisierten Schadenszins von Art. 104 Abs. 1 OR berufen, würde er doch durch dieses Vorgehen faktisch die gesetzliche Regelung der nötigen Inverzugsetzung unterlaufen. Wer eine Forderung aus Vertrag geltend macht, hat alle Sachumstände nachzuweisen, welche das Zustandekommen des Vertrags und den Inhalt der Schuld betreffen (BGE 125 III 78 E. 3b, Urteil des Bundesgerichts 4C.131/2000 vom 24. April 2001, E. 4.b). Demgegenüber obliegt der Beweis der quantitativ und qualitativ richtigen Erfüllung dem Schuldner (BGE 125 III 78 E. 3b; 111 II 263 E. 1b). Tatsachen sind in der Rechtsschrift selbst darzulegen. Wenn sie sich lediglich aus einer Beilage zu einer Rechtsschrift ergeben, sind sie vom Gericht – soweit das Verfahren von der

Verhandlungsmaxime beherrscht wird – nicht zu beachten. Auch der allgemeine Verweis in der Rechtschrift auf eine Beilage oder die allgemeine Erklärung, dass eingereichte Akten als "integrierender" Bestandteil der Rechtschrift gelten, genügt nicht. Werden Tatsachenbehauptungen trotz gerichtlicher Nachfrage oder Hinweis des Prozessgegners auf die ungenügende Substantiierung nicht genügend nachsubstantiiert, hat ein Sachentscheid ohne Beweisabnahme zu ergehen, weil die behauptete Tatsache von Anfang an so behandelt wird, wie wenn sie beweislos wäre (ZR 97 Nr. 87; WILLISEGGER, BSK ZPO, 2. Aufl., Art. 221 N 27 und N 30; NAEGELI/RICHERS, KUKO ZPO, Art. 221 N 20 ff.). Der Schaden ist vom Geschädigten grundsätzlich ziffernmässig nachzuweisen (Art. 42 Abs. 1 OR). Ist das nicht möglich, ist der Schaden vom Richter "mit Rücksicht auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge" abzuschätzen (Art. 42 Abs. 2 OR). Die Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR setzt voraus, dass ein strikter Beweis nach der Natur der Sache nicht möglich oder nicht zumutbar ist (BGE 128 III 271 E. 2b/aa S. 276f.; 122 III 219 E. 3a S. 221; Urteil des Bundesgerichts 4A_431/2015 vom 19. April 2016 E. 5.1.2). In diesem Fall gilt für den Beweis des Bestehens eines Schadens das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlich-

- 34 - keit (zit. Urteil 4A_431/2015 E. 5.1.2). Die ermessensweise Schadensschätzung nach Art. 42 Abs. 2 OR und damit die Bestimmung des Ausmasses des Schadens beruht auf Tatbestandsermessen. Sie beruht auf Beweiswürdigung, gehört zur Feststellung des Sachverhalts (BGE 131 III 360 E. 5.1 S. 364; 128 III 271 E. 2b/aa S. 277; 122 III 219 E. 3b S. 222; je mit Hinweisen). Auch im Rahmen von Art. 42 Abs. 2 OR muss der Geschädigte soweit möglich und zumutbar alle Umstände behaupten, die Indizien für den Bestand eines Schadens darstellen und die Schätzung des Umfangs des Schadens erlauben. Er kann nicht ohne nähere Angaben Schadenersatzforderungen in beliebiger Höhe stellen (BGE 131 III 360 E. 5.1 S. 363 f.; 122 III 219 E. 3a S. 221; zit. Urteil 4A_431/2015 E. 5.1.2). Daraus folgt, dass eine der Voraussetzungen von Art. 42 Abs. 2 OR nicht gegeben ist, wenn der Geschädigte nicht alle im Hinblick auf die Abschätzung des Schadens notwendigen Angaben liefert, selbst wenn feststeht, dass ein Schaden eingetreten ist. Nach den Grundsätzen des Obligationenrechts ist nur Ersatz für entgangenen Gewinn geschuldet, soweit es sich um einen üblichen oder sonst wie konkret in Aussicht stehenden Gewinn handelt (vgl. Urteil des Bundesgericht 4A_651/2015 vom 19. April 2016, E. 3 m.w.H.).

E. 3.2.2

Würdigung Die Beklagte bestritt die klägerische Behauptung nicht, dass es sich bei der Belastung des USD-Kontos des Klägers 1 um Transaktionen ohne Rechtsgrund gehandelt habe (act. 1 S. 20). Mithin ist davon auszugehen, dass die Überweisungen der USD 178'000.– und USD 22'399.– vom Konto des Klägers 1 ohne Rechtsgrund erfolgten, zumal die Rückerstattungen mit Valuta der ursprünglichen Belastung erfolgten. Wie oben dargelegt, leistete die Beklagte die überwiesenen Beträge aus eigenem Vermögen, um sie sodann dem Konto des Klägers 1 abzubuchen. Umstritten ist folglich, welcher Gewinn dem Kläger 1 dadurch entging, dass die Beträge nicht auf seinem Konto verbucht verblieben. Eine Verzinsung auf dem Konto wurde nicht geltend gemacht. Zu prüfen ist mithin, ob die Beträge von USD 22'399.– und USD 178'000.– im genannten Zeitraum vom Kläger 1 effektiv investiert worden

- 35 - wären, wie der Kläger 1 erstmals mit der Replik behauptete (act. 42 S. 56), und ob durch solche Investitionen ein Zins von 5% erzielt worden wäre. Der Kläger 1 unterliess jedoch Tatsachenbehauptungen, welche Anlagen er mit dem Guthaben hypothetisch getätigt

hätte, welche Renditen diese abgeworfen hätten und auf welche Umstände er sich dabei stützt (vgl. act. 1 S. 20, act. 42 S. 55 f.). Damit erweist sich die Klage in diesem Punkt als ungenügend substantiiert, denn der Kläger 1 unterliess eine Behauptung zu allen zumutbaren Umständen, die eine Schätzung des Umfangs des Schaden erlaubten. Infolgedessen kann keine Schätzung des Schadens gemäss Art. 42 Abs. 2 OR nach richterlichem Ermessen erfolgen. Selbst wenn die Andeutung des Klägers 1, wonach sein gesamtes Vermögen in USD in Bonds angelegt worden sei, den Anforderungen an eine genügende Substantiierung genügen würde, bliebe diese bestrittene Behauptung unbewiesen. Zum Beweis offerierte der Kläger 1 einzig die Kontoauszüge seines USD-Kontos vom 1. Januar 2011 bis 31 März 2014 (act. 43/26; vgl. act. 42 S. 56). Aus diesen Kontoauszügen ergibt sich jedoch nicht, dass das gesamte Vermögen des Klägers 1 in USD in Obligationen angelegt gewesen war, wie der Kläger 1 behauptete. Im fraglichen Zeitraum erscheinen Kontokorrentguthaben in Höhe von mehreren Hunderttausend USD (vgl. act. 43/26; Kontostand 30. Juni 2013: USD 167'597.03; 19. Juli 2013: USD 101'784.10, 23. August 2013: 32'697.47, 30. September 2013: 13'199.81; 28. Oktober 2013 USD 47'174.07, 29. November 2013 - USD 47'507.39; 31. Dezember 2013 - USD 48'152.21, 21. Januar 2014: USD 1'739'898.87, 13. Februar 2014: USD 808'710'81). Im massgeblichen Zeitraum sind auf dem USD-Konto im Wesentlichen Währungstransaktionen, Zinsgutschriften aus früher gekauften Bonds sowie eigene Darlehen des Klägers 1 samt Zinsen ersichtlich. Erst im Januar 2014 erfolgten die ursprünglich mit Rechtsbegehren Ziffer 3 gerügten Verkäufe der Obligationen und am 13. Februar 2014 die Rückerstattung von 235 L._____ Aktien (vgl. Auszug vom 29. Juni 2013, 1. Oktober 2013, 1. Januar 2014, 1. Juli 2014 und 1. Januar 2015 in act. 43/26). Auf letztere Buchung wird zurückzukommen sein. Weil der Kläger 1 seine zeitweise erheblichen Guthaben trotz Verfügbarkeit nicht in Obligationen anlegte, ist

- 36 - nicht davon auszugehen, dass er die ihm abgebuchten Beträge dennoch in Obligationen angelegt hätte. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass der klägerische Hinweis unbehelflich ist, wonach die unrechtmässige Transaktion von USD 178'000.– durch einen Übertrag vom TRY-Konto bzw. eine Liquidation einer Treuhandanlage in TRY ermöglicht worden sei (act. 42 S. 56). Wäre dies der Fall, wäre der Schaden auf dem TRY-Konto des Klägers 1, mithin in TRY eingetreten. Entsprechend wäre der Schadenszins in TRY zu fordern gewesen und die Klage müsste in diesem Punkt zufolge Forderung der falschen Währung abgewiesen werden (s. oben Ziff. 2.2 f.). Der Kläger 1 machte richtigerweise im Zusammenhang mit dem Rechtsbegehren Ziffer 2 keinen unberechtigten Kontobezug aus dem TRY-Konto bzw. keine unberechtigte Transaktion in TRY-Anlagen geltend (vgl. act. 42 S. 56). Weiter sei der guten Ordnung darauf hingewiesen, dass sich den Kontoauszügen ab Januar 2014 keine nennenswerten Investitionen mehr entnehmen lassen bzw. sämtliche Investitionen liquidiert wurden. Der Saldo von rund USD 800'000.– anfangs Januar 2014 erhöhte sich bis Dezember 2014 auf rund USD 1 Mio. und auch auf dem TRY-Konto des Klägers 1 fanden ab Januar 2014 keine weiteren Investitionen statt (vgl. act. 43/26). Mithin wäre ein Zins ohnehin lediglich bis Ende Januar 2014 geschuldet, da nicht davon auszugehen ist, der Kläger 1 hätte die zu unrecht verbuchten Beträge - entgegen seinem übrigen Vermögen - bei Vorhandensein investiert. Nachdem jedoch ohnehin ungenügend substantiiert wurde, in welche Anlagen das Kontokorrentguthaben investiert worden wäre, spielt die Frage des massgeblichen Zinsenlaufs vorliegend keine Rolle. Zusammenfassend ist die Klage in diesem Punkt zufolge ungenügender Substantiierung abzuweisen.

E. 3.3

Rückerstattung des Kaufs von L. _____ Anteilen

E. 3.3.1

Streitpunkte Mit der Klage wurde vorgebracht, die Beklagte habe am 19. November 2013 mit Valuta 25. November 2013 235 Anteile der L. _____ zu einem Preis von

- 37 - USD 49'413.45 zu Lasten des Kontos Nr. 1 gekauft. Diese Transaktion habe Kommissionen von USD 345.89 und Abgaben von USD 74.12 verursacht. Sie sei dem Kläger 1 erst am 10. Februar 2014 zur Kenntnis gelangt und er habe umgehend bei der Beklagten gerügt, nie einen Auftrag für dieses Geschäft erteilt zu haben. Er habe gleichzeitig verlangt, dass die Titel zu verkaufen seien und der seinem Konto belastete Betrag von USD 49'833.46 gutzuschreiben sei. Die Titel seien am 18. Februar 2014 zwar verkauft worden, dem Kläger 1 sei jedoch lediglich der erzielte Verkaufspreis von USD 49'300.35 gutgeschrieben worden. Der Kläger 1 fordere mithin den Differenzbetrag von USD 533.11 von der Beklagten (act. 1 S. 20). Die Beklagte machte geltend, es mangle an einer hinreichenden Schadensquantifizierung (act. 13 S. 41). Der Kauf von 235 Anteilen L. _____ Bond USD sei entgegen der Darstellung des Klägers 1 instruiert gewesen. Selbst wenn dem Kauf rein hypothetisch keine spezifische Instruktion zugrunde gelegen hätte, hätte Frau P. _____ keine spezifische Instruktion des Klägers 1 bedurft. Zudem habe der Kläger 1 nicht aufgezeigt, wie sich der hypothetische Wert einer angeblich instruktionsgemäss getätigten Alternativanlage im Vergleich zum Wert der tatsächlich gekauften Depotposition im streitrelevanten Zeitraum entwickelt hätte (act. 13 S. 29, S. 42 S. 57, act. 50 S. 54). Zum Beweis für seine Sachdarstellung offeriert der Kläger 1 die Belastungsanzeigen des USD-Kontos, eine Befragung von P. _____ als Zeugin sowie seine Parteibefragung (act. 1 S. 20). Mit der Noveneingabe vom 25. August 2016 stellte der Kläger 1 dem Gericht sodann die staatsanwaltschaftlichen Einvernahmen von P. _____ vom 4. und 5. August 2016 zu (act. 47/2+3) zu, um ihre Sachdarstellung weiter zu belegen, wonach es sich bei der vertraglichen Beziehung zur Beklagten um eine reine "execution-only-Beziehung" bzw. keinen Vermögensverwaltungsvertrag gehandelt habe. P. _____ habe im Zeitraum vom 31. August 2011 bis 10. Januar 2014 Fremdwährungsoptionsgeschäfte ohne Wissen und Zustimmung getätigt und die Transaktionen verschleiert (act. 46). Die Beklagte offerierte ihrerseits zur Frage einer vorgängigen Autorisation lediglich die Befragung von P. _____ als Zeugin (act. 13 S. 29). Nachdem die Aussa-

- 38 - gen von Frau P. _____ im Strafverfahren jedoch zu Ungunsten der Beklagten ausfielen, versuchte diese in der Duplik, den Beweiswert der Aussagen von P. _____ zu relativieren. Sie machte geltend, die bestrittene Aussage von Frau P. _____, wonach gewisse Transaktionen auf dem klägerischen Konto unbewilligt gewesen seien, seien nicht mit einer Vertragsverletzung auf zivilrechtlicher Ebene gleichzusetzen. Frau P. _____ habe in ihren Angaben weder berücksichtigt, dass zwischen den Beteiligten "de facto" ein Vermögensverwaltungsverhältnis vorgelegen habe, noch die nachträgliche Genehmigung der durchgeführten Geschäfte durch den Kläger 1. Frau P. _____ sei offensichtlich nicht bewusst gewesen, dass der Kläger 1 seine Kontounterlagen im streitrelevanten Zeitraum online konsultiert habe und von den entsprechenden Positionen Bescheid gewusst habe (act. 50 S. 21).

E. 3.3.2

Würdigung Im vorliegenden Punkt kann davon abgesehen werden, die Rechtsnatur des Vertrages zu bestimmen und ein Beweisverfahren zu dieser Frage sowie zur Autorisierung oder nachträglichen Genehmigung durchzuführen. Massgeblich ist, dass die Beklagte die klägerische Behauptung nicht bestritt, wonach der Kläger 1 den Verkauf der Titel verlangt und die Gutschrift des seinem Konto belasteten Betrags von USD 49'833.46 verlangt habe, er also so zu stellen sei, wie wenn der unberechtigte Kauf nicht stattgefunden hätte, worauf ihm in der Folge USD 49'300.35 gutgeschrieben worden seien (vgl. act. 1 S. 20; vgl. act. 13 S. 29, S. 43; act. 50 S. 44). Dass eine Rückbuchung stattfand, ergibt sich sodann sogleich aus dem USD-Kontoauszug des Klägers 1 vom 1. April 2014, denn am 13. Februar 2014 wurde ihm der Betrag in Höhe von USD 49'300.35 für 235 L._____ Bonds mit Valuta 18. Februar 2014 gutgeschrieben. Als Transaktionsgrund wurde "RPMT", also repayment (Rückzahlung), angegeben (vgl. act. 43/26). Im Gegensatz zu den übrigen Verkäufen von Bonds im gleichen Monat, welche mit dem Begriff "SALE" verkauft und dem Konto des Klägers 1 gutgeschrieben wurden, erfolgte bei den 235 L._____ Bonds mithin eine Rückzahlung bzw. Rückerstattung. Ein anderer Grund als eine Rückerstattung ist weder ersichtlich, zumal der Bond nicht fällig war, hatte der Kläger 1 doch erst im November dafür gezeichnet.

- 39 - Aus diesem Grunde ist davon auszugehen, dass die Beklagte dem unbestritten gebliebenen Begehren nach Rückabwicklung der Transaktion vom 13. Februar 2014 mit dem "repayment" bzw. der Rückerstattung der gekauften 235 L._____ Bonds nachkam. Unter diesen Umständen kann die Frage offen bleiben, ob der ursprüngliche Kauf autorisiert war oder nicht. Massgeblich ist, dass die klägerische Forderung nach Rückerstattung von der Beklagten durch die Verbuchung als Rückerstattung anerkannt wurde, weshalb dem Kläger 1 ein Anspruch auf den zuwenig erstatteten Betrag von USD 533.11 zusteht, samt verlangtem Zins seit Rückerstattung. An dieser Folgerung würden auch die von der Beklagten anbotenen Beweismittel, namentlich eine Befragung von P._____, Q._____ oder S._____ als Zeugen, nichts ändern, hat die Beklagte doch die Rechtzeitigkeit der Rüge mit der in der Folge vorgenommenen Rückerstattung faktisch anerkannt und entsprechend deklariert.

E. 3.4

Fazit Zusammenfassend ist die Klage (des Klägers 1) betreffend Rechtsbegehren 2 im Umfang von USD 533.11, zuzüglich Zins zu 5% seit 19. Februar 2014, gutzuheissen und im Übrigen abzuweisen.

E. 4

Rechtsbegehren Ziffer 3 Lediglich der Vollständigkeit halber ist an dieser Stelle daran zu erinnern, dass das Rechtsbegehren Ziffer 3 mit der Replik zurückgezogen wurde.

- 40 -

E. 5

Rechtsbegehren Ziffer 4

E. 5.1

Unbestrittener Sachverhalt Die Beklagte belastete diverse den Konten des Klägers 2 und erstattete ihm die Beträge zwischenzeitlich zurück. Es handelt sich um folgende Beträge: Abbuchung Rückerstattung TRY 50'000.– 10.09.2013 28.11.2014 TRY 130'000.– 13.09.2013 28.11.2014 TRY 90'000.– 13.09.2013 28.11.2014 TRY 245'000.– 30.09.2013

28.11.2014 TRY 215'000.– 02.10.2013 28.11.2014

E. 5.2

Streitpunkte Der Kläger 2 verlangte mit der Klage zusammengefasst einen entgangenen Zins für jene Zeiträume, in denen ihm die Beträge nicht zur Verfügung standen, zuzüglich Zins von 5% seit 29. November 2014. Er machte geltend, er hätte mit den seinem Konto zwischenzeitlich entzogenen Beträgen einen Gewinn bzw. 8% pro Jahr erzielt, was insgesamt TRY 68'766.65 entspreche. Die Gelder seien vor den unberechtigten Transaktionen und nach der Umbuchung für Treuhand- Geldanlagen bei der T. _____ ... [Europäischer Staat] eingesetzt worden. Solche Anlagen wären auch mit den unberechtigt abgezogenen Beträgen getätigt worden. In der fraglichen Zeit hätten diese Anlagen einen Zinsertrag von 7.1% - 9% p.a. ergeben, weshalb ein Zins von 8% p.a. geltend gemacht werde (act. 1 S. 26). Wie schon bei diesem Punkt in Rechtsbegehren Ziffer 2 wandte die Beklagte auch hier mit der Klageantwort ein, bei der Rückerstattung der abgebuchten Be-

- 41 - träge handle es sich nicht um Schadenersatz-, sondern vielmehr um Erfüllungsansprüche. Entsprechend wäre darauf kein Schadens-, sondern höchstens ein Verzugszins i.S.v. Art. 104 Abs. 1 OR geschuldet. Dass bzw. wann die Beklagte in Verzug gesetzt wurde, lege der Kläger 2 jedoch nicht dar, weshalb die Beklagte keine Verzugszinsen schulde. Im Übrigen habe der Kläger 2 den behaupteten entgangenen Gewinn nicht dargetan und das verlangte Quantum nicht hinreichend substantiiert. Überdies gehe aus dem Kontoauszug des Klägers 2 hervor, dass dieser ein Barguthaben von TRY 512'912.84 aufgewiesen habe. Weshalb der Kläger 2 ausgerechnet die belasteten Beträge, nicht aber den jederzeit verfügbaren Kontosaldo von TRY 512'912.84 in Festgeldanlagen bei der T. _____ ... hätte investieren wollen, sei unergründlich. Überdies gehe aus dem Kontoauszug hervor, dass die vom Kläger 2 behaupteten Festgeldanlagen im August und September 2013 lediglich mit Sätzen von zwischen 5.8% und 7.25% verzinst worden seien (act. 13 S. 31, S. 50). Mit der Replik verwies der Kläger 2 auf die Ausführungen zu Rechtsbegehren Ziffer 2 (s. oben) und brachte vor, auch hier werde nicht Verzugszins, sondern Ersatz des durch die unberechtigten Transfers erlittenen Schadens in Form des in der Zwischenzeit entgangenen Ertrags verlangt. Durch die Bezeichnung der vor und nach den unberechtigten Transaktionen tatsächlich bestehenden Treuhand- anlagen T. _____ ... und den in der fraglichen Zeit mit diesen Anlagen zu erzielenden Erträgen sei der Schaden hinreichend substantiiert worden. Der Kontosaldo von TRY 512'912.84 per 30. September 2013 sei eine zufällige Momentaufnahme und nur deshalb so hoch, weil P. _____ vor dem 10. September 2013 einige Anlagen liquidiert habe, um für die nachfolgenden fünf unrechtmässigen Transfers genügend Liquidität zu schaffen. Vor dem 10. September 2013 habe es keine grösseren Barguthaben in den Konten des Klägers 2 gegeben. Der letzte der fünf unberechtigten Transfers sei am 2. Oktober 2013 getätigt worden, wodurch sich der besagte Kontosaldo auf TRY 297'912.84 verringert habe. Dieser Saldo sei dann sogleich wieder in Festgeldanlagen bei der T. _____ ... investiert worden. Weder vor noch nach den fünf unberechtigten Transfers habe es einen "jederzeit verfügbaren Kontosaldo" grösseren Ausmasses im Konto des Klägers 2 gegeben (act. 42 S. 58). Anhand der effektiven Zinssätze bei der T. _____ ... bei

- 42 - einer angenommenen Laufdauer von jeweils 32 Tagen resultiere ein leicht höherer Schadenszins, welchen der Kläger 2 detailliert aufführt und neu mit TRY 88'501.– zuzüglich Zins zu 5% neu ab 28. Juni 2016 (dem Datum der Replik) berechnet (vgl. act. 42 S. 61 f.) Mit der Duplik stellt sich die Beklagte auf den Standpunkt, es leuchte nicht ein,

weshalb bei den Alternativenanlagen lediglich die ab Oktober 2013 gewährten Zinssätze massgebend sein sollen. Der Schadenszins werde ab Anfang/Mitte September 2013 verlangt, weshalb der Zins von September 2013 zu berücksichtigen wäre. Der Kläger 2 vermöge den Durchschnittszins von 5% nicht zu belegen. Der pauschale Hinweis auf ein Bündel von in das Jahr 2011 zurückreichenden Kontoauszügen genüge den Substantiierungsanforderungen nicht. Dies habe auch der Kläger 2 erkannt, weshalb er eine Aufstellung mit angeblich "effektiven Zinssätzen" präsentiert habe, welche gänzlich unbelegt seien und von der Beklagten bestritten würde (act. 50 S. 55).

E. 5.3

Rechtliches Zum Rechtlichen kann auf die rechtlichen Ausführungen in Bezug auf den entgangenen Gewinn verwiesen werden (vgl. oben Ziff. 3.2.1).

E. 5.4

Würdigung Die Beklagte bestritt auch unter diesem Rechtsbegehren die klägerische Behauptung nicht, wonach es sich bei der Belastung des TRY-Kontos des Klägers 2 um Transaktionen ohne Rechtsgrund gehandelt habe (act. 1 S. 20). Mithin ist davon auszugehen, dass die Überweisungen der oben aufgeführten Beträge ohne Rechtsgrund erfolgten, zumal die Rückerstattung per Valuta der ursprünglichen Belastungen erfolgte (vgl. act. 43/28; Auszug vom 1. Januar 2015). Im Gegensatz zum entgangenen Gewinn in Rechtsbegehren Ziffer 2 substantiierte der Kläger 2 vorliegend hinreichend, in welche Anlage er die ihm zurückerstatteten Beträge investiert hätte, wären sie ihm vorgelegen. Namentlich machte er geltend, er hätte die Beträge bei der T. _____ ... angelegt (act. 1 S. 26).

- 43 - Aus den vom Kläger 2 eingereichten Kontounterlagen erhellt, dass er am 3. Juni 2013 eine Festgeldanlage der T. _____ ... erwarb. Auf dem Konto verblieb ein Guthaben von TRY 781.61 (act. 43/28, Kontoauszug vom 29. Juni 2013). Weitere Investitionen erfolgten auf diesem Konto im August 2013 ebenfalls ausschliesslich in Festgeldanlagen der T. _____ ..., während im September jene Transaktionen auffallen, die dem Kläger 2 am 28. November 2014 zurückerstattet wurden. Nach der letzten Transaktion im Oktober 2013 wurde das Guthaben des Klägers 2 auf dem TRY-Konto bis Ende 2014 weiterhin in Festgeldanlagen der T. _____ ... investiert, ohne dass grössere Beträge über längere Zeit auf dem Konto verblieben (vgl. 43/28, Auszüge vom 1. Oktober 2013 bis 1. Januar 2015). Unter diesen Umständen ist hinreichend nachgewiesen, dass der Kläger 2 die ihm im September bzw. am 2. Oktober 2013 abgebuchten Beträge ebenfalls in Festgeldanlagen der T. _____ investiert hätte. Daran ändert auch der von der Beklagten vorgebrachte Umstand nichts, dass per Ende September 2013 ein grösseres Guthaben auf dem TRY-Konto war, war dies doch just der Zeitpunkt, in welchem die unerlaubten und zurückerstatteten Transaktionen stattfanden. Der Kontostand im September 2013 ist mithin in keiner Weise für das Investitionsverhalten des Klägers 2 repräsentativ. Mithin ist hinreichend nachgewiesen, dass der Kläger 2 die ihm entzogenen Gelder zusätzlich in die von ihm getätigten Festgelder der T. _____ investiert hätte. Die Beklagte verwies zum Nachweis ihrer anderen Sachdarstellung einzig auf die Kontounterlagen (vgl. act. 13 S. 31, act. 50 S. 53), welche ihre Sachdarstellung nicht belegen. Der Kläger 2 verwies zur Frage der Höhe des entgangenen Gewinns zunächst auf einen von ihm angenommenen Durchschnittszins, um hernach mit der Replik die "effektiven Zinssätze der T. _____ ..." in einer Liste aufzuführen. Der Kläger 2 offerierte jedoch für die "effektiven Zinssätze" keinen Beweis

(vgl. act. 42 S. 61 f.), worauf die Beklagte zu Recht hinwies (act. 50 S. 56). Er hatte aber mit der Klage zum Nachweis des ihm entgangenen Zinses auf seine Kontounterlagen verwiesen (act. 1 S. 27). Diese Kontounterlagen stimmen zwar hinsichtlich Zinshöhe nicht mit den Behauptungen des Klägers 2 überein, gleichwohl ist im Sinne einer rich-

- 44 - terlichen Schadensschätzung auf die im massgeblichen Zeitraum getätigten Investitionen abzustellen und davon auszugehen, der Kläger 2 hätte den ihm entzogenen Totalbetrag von TRY 730'000.– im massgeblichen Zeitraum ebenfalls in die von ihm gemäss Kontoauszug gewählten T._____-Anlagen investiert. Diese Anlagen hatten eine Laufzeit von rund einem Monat und wurden hernach samt Ertrag erneut investiert. In der nachfolgenden Tabelle sind die effektiven Zinssätze im massgeblichen Zeitraum aufgeführt, was zu folgenden Zinserträgen führt:

Anzahl Investierter	Zins gemäss Zeitraum	Tage	Betrag Kontoauszug	Zinsertrag	Total
10.09.2013 bis 14.10.2013	7.25%	34	730'000.00	4'930.00	734'930.00
14.10.2013 bis 18.11.2013	7.25%	35	734'930.00	5'109.27	740'039.27
18.11.2013 bis 20.12.2013	7.10%	32	740'039.27	4'606.49	744'645.76
20.12.2013 bis 22.01.2014	7.10%	33	744'645.76	4'780.01	749'425.78
22.01.2014 bis 24.02.2014	7.40%	33	749'425.78	5'013.97	754'439.74
24.02.2014 bis 28.03.2014	9.25%	32	754'439.74	6'118.20	760'557.94
28.03.2014 bis 30.04.2014	9.50%	33	760'557.94	6'532.46	767'090.40
30.04.2014 bis 02.06.2014	10.00%	33	767'090.40	6'935.34	774'025.74
02.06.2014 bis 04.07.2014	9.50%	32	774'025.74	6'446.68	780'472.42
04.07.2014 bis 06.08.2014	9.00%	33	780'472.42	6'350.69	786'823.12
06.08.2014 bis 10.09.2014	8.80%	35	786'823.12	6'639.49	793'462.61
10.09.2014 bis 13.10.2014	8.80%	33	793'462.61	6'312.92	799'775.53
13.10.2014 bis 18.11.2014	8.80%	36	799'775.53	6'941.61	806'717.14
18.11.2014 bis 28.11.2014	9.00%	10	806'717.14	1'989.17	808'706.31
Total					8.48% Ø

Zusammenfassend ist gestützt auf die Kontounterlagen davon auszugehen, dass dem Kläger 2 ein Gewinn in Höhe von TRY 78'706.31 an Zinsen entging, bis ihm der Betrag von TRY 730'000.– am 28. November 2014 zurückbezahlt wurde. Mit der Replik erweiterte der Kläger 2 den massgeblichen Zeitraum eines Zins-schadens bis zur Replik bzw. bis 27. Juni 2016 (act. 42 S. 61 f). Nachdem die Kontounterlagen jedoch lediglich bis Ende 2014 reichen und der Kläger 2 - trotz Erweiterung seiner Klage - keine Belege ab 2015 einreichte oder auch nur zum

- 45 - Beweis offerierte, ist der Zins ab Januar 2015 zu schätzen. Ein solches Vorgehen drängt sich auch auf, weil die vom Kläger 2 angegebenen Zeiträume und Zinsen von den Daten gemäss Kontoauszug 2014 abweichen. So nennt der Kläger 2 den Zeitraum vom 28. November 2014 bis 30. Dezember 2014 (Zins 9%) statt den auf dem Konto ersichtlichen 22. Dezember 2014 und den Zeitraum vom 30. Dezember 2014 bis 1. Februar 2015 (Zins 7.25%) statt dem Zeitraum vom 22. Dezember 2014 bis 26. Januar 2015 (Auszug vom 1. Januar 2015). Unter diesen Umständen ist der Zins gestützt auf den Durchschnittszins der bisherigen Zinse auf 8.5% zu schätzen:

Anzahl Investierter	Zins gemäss Zeitraum	Tage	Betrag Kontoauszug	Zinsertrag	Total
28.11.2014 bis 22.12.2014	9.00%	24	78'706.31	465.77	79'172.08
22.12.2014 bis 26.01.2015	7.25%	35	79'172.08	550.41	79'722.49
26.01.2015 bis 05.03.2015	8.50%	38	79'722.49	705.49	80'427.98
05.03.2015 bis 07.04.2015	8.50%	33	80'427.98	618.08	81'046.06
07.04.2015 bis 11.05.2015	8.50%	34	81'046.06	641.71	81'687.77
11.05.2015 bis 15.06.2015	8.50%	35	81'687.77	665.81	82'353.58
15.06.2015 bis 20.07.2015	8.50%	35	82'353.58	671.24	83'024.82
20.07.2015 bis 24.08.2015	8.50%	35	83'024.82	676.71	83'701.53
24.08.2015 bis 30.09.2015	8.50%	37	83'701.53	721.21	84'422.74
30.09.2015 bis 03.11.2015	8.50%	34	84'422.74	668.44	85'091.18

03.11.2015 bis 07.12.2015 34 85'091.18 8.50% 673.74 85'764.91 07.12.2015 bis
11.01.2016 35 85'764.91 8.50% 699.04 86'463.96 11.01.2016 bis 12.02.2016 32 86'463.96
8.50% 644.33 87'108.29 12.02.2016 bis 16.03.2016 33 87'108.29 8.50% 669.42 87'777.71
16.03.2016 bis 20.04.2016 35 87'777.71 8.50% 715.45 88'493.16 20.04.2016 bis
23.05.2016 33 88'493.16 8.50% 680.06 89'173.22 23.05.2016 bis 27.06.2016 35 89'173.22
8.50% 726.82 89'900.05 Total 11'193.74 Übertrag 78706.31 Gesamt 89'900.05

E. 5.5

Fazit Zusammenfassend ist der entgangene Gewinn des Klägers 2 bis 27. Juni 2016 auf total TRY 89'900.05 zu schätzen. Nachdem der Kläger 2 einen solchen in Höhe von TRY 88'501.– verlangte, ist ihm gestützt auf die Dispositionsmaxime der verlangte Betrag zuzusprechen, zuzüglich Zins zu 5% seit 28. Juni 2016.

- 46 -

E. 6

Rechtsbegehren Ziffer 5 Wie eingangs dargelegt, ist das Rechtsbegehren Ziffer 5 abzuweisen, nachdem der Anspruch gemäss übereinstimmenden Parteidarstellungen der Klägerin 3 in eigenem Namen nicht zusteht und der angebehrte Parteiwechsel unzulässig ist.

E. 7

Zusammenfassung In teilweiser Gutheissung der Klage ist die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger 2 TRY 88'501.– zuzüglich Zins zu 5% seit 28. Juni 2016 und dem Kläger 1 USD 533.11 zuzüglich Zins zu 5% seit 19. Februar 2014 zu bezahlen. Das Rechtsbegehren Ziffer 3 der Klage ist zufolge Rückzugs als erledigt abzuschreiben. Im Übrigen ist die Klage abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

E. 8

Kosten- und Entschädigungsfolgen

E. 8.1

Gerichtskosten Der Streitwert wird durch die Rechtsbegehren bestimmt (Art. 91 Abs. 1 ZPO) und wurde durch die Kläger 1-3 auf CHF 2.3 Mio. beziffert (act. 1 S. 5). In Anbetracht der komplexen Verhältnisse, der Komplexität der Rechtsfragen, des Umfangs der Akten und des grossen Aufwands, sowie unter Berücksichtigung, dass zwei Vergleichsverhandlungen und eine Hauptverhandlung vorbereitet und durchgeführt wurden, ist ein Zuschlag von 66% auf die Grundgebühr zu erheben. Die Gerichtsgebühr ist mithin auf CHF 73'000.– festzusetzen. Die Kläger 1-3 konstituierten sich als einfache Streitgenossen und liessen sich durch dieselben Rechtsvertreter vertreten. Ihre Rechtsbegehren überschneiden sich teilweise insofern, als der Hauptanspruch im Eventualbegehren den übrigen Klägern zuzusprechen sei. Unter diesen Umständen rechtfertigt es sich, die Kläger 1-3 zur Begleichung der Kosten- und Entschädigungsfolgen solidarisch zu verpflichten (Art. 106 Abs. 3 ZPO). Die Kosten- und Entschädigungsfolgen sind nach Obsiegen und Unterliegen der Parteien im Prozess festzulegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Hat keine Partei vollstän-

- 47 - dig obsiegt, so werden die Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt (Art. 106 Abs. 2 ZPO). Vorliegend werden die Rechtsbegehren Ziffer 2 teilweise und Ziffer 4 gänzlich gutgeheissen, was einem Obsiegen in Höhe von USD 533.11 und TRY 88'501.–

bzw. gesamthaft rund CHF 23'000.– (Umrechnungskurs 1 TRY = 0.25927 CHF, Stand 7. November 2017 [vgl. www.oanda.com]) entspricht. Die Kläger 1-3 obsie- gen somit lediglich im Umfang von 1 %, was bei der Verlegung der Prozesskosten ausser Ansatz zu fallen hat. Demzufolge sind die Gerichtskosten den Klägern 1-3 vollumfänglich aufzuerlegen, wobei der von den Klägern 1-3 geleistete Kosten- vorschuss zur teilweisen Deckung heranzuziehen ist (Art. 111 Abs. 1 ZPO).

E. 8.2

Parteientschädigungen Die Grundgebühr, auf die der Anspruch mit der Erarbeitung oder Beantwortung der Klage entsteht, deckt auch den Aufwand für die Teilnahme an der Hauptver- handlung ab. Für die Teilnahme an zusätzlichen Verhandlungen und weiteren notwendigen Rechtsschriften wird ein Einzelzuschlag von jeweils höchstens der Hälfte der Grundgebühr berechnet; diese darf insgesamt jedoch nicht überschrit- ten werden (§ 11 Abs. 1 - 3 AnwGebV). Die Grundgebühr beträgt beim vorliegenden Streitwert CHF 44'400.–. Sie ist um den Aufwand für die Erstattung des zweiten Schriftenwechsels samt Stellung- nahmen zu Noven, die Teilnahme an zwei Referentenaudienzen, den Schriften- wechsel im Zusammenhang mit den Sistierungsanträgen auf das Maximum von 200% bzw. CHF 88'800.– zu erhöhen. Ausgangsgemäss sind die Kläger 1-3 zu verpflichten, der Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 88'000.– zu be- zahlen. Bezüglich des Antrags der Beklagten auf Zusprechung der Parteientschädigung inkl. Mehrwertsteuer (act. 13; act. 50, je S. 2) ist grundsätzlich auf das Kreis- schreiben des Obergerichtes vom 17. Mai 2006 (mit Modifikation betreffend Mehrwertsteuer-Satz am 17. September 2010) hinzuweisen. Demgemäss hat ei- ne mehrwertsteuerpflichtige Partei, welche die Ersetzung der Mehrwertsteuer be-

- 48 - antragt (was vorliegend durch den Hinweis "inkl." der Fall ist), die Umstände, wel- che einen (vollen) Vorsteuerabzug nicht zulassen, zu behaupten und belegen. Dies gilt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung selbst dann, wenn die Ge- genseite gegen den Antrag auf Zusprechung des Mehrwertsteuerzusatzes nicht opponiert hat (Urteil des Bundesgerichts 4A_552/2015 vom 25. Mai 2016 E. 4.5). Angesichts der fehlenden Begründung und Belege ist der Beklagten unter dem Ti- tel "Mehrwertsteuer" daher kein Betrag zuzusprechen. Das Handelsgericht beschliesst:

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