Handelsgericht des Kantons Zürich

Geschäfts-Nr.: HG080025-O U/dz

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. Heinrich Andreas Müller, Vorsitzender, und Dr. Johann Zürcher, die Handelsrichter Christian Zuber, Fabio Oetterli und Ursula Suter sowie der Gerichtsschreiber Zeno Schönmann

Beschluss und Urteil vom 21. Februar 2014

in Sachen

1. **A._____**,
2. **B._____**,
3. **C._____**,

Kläger

1, 3 vertreten durch Fürsprecher X1._____

2 vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X2._____

gegen

D._____ AG,

Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y1._____

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y2._____

sowie

E._____,

Nebenintervenientin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Z1._____

betreffend **Forderung**

Inhaltsübersicht

1. Parteien und unbestrittener Sachverhalt 10
2. Prozessuales 12
2.1. Prozessverlauf 12
2.2. Anwendbares Prozessrecht 17
2.3. Zuständigkeit 17
2.4. Klagerückzug 17
2.5. Klageänderungen 19
2.6. Rechtsschutzinteresse 30
2.7. Noven 34
2.8. Sistierung der Schadenersatzbegehren 35
2.9. Einreichung des Originals des IMA (act. 34) durch die Kläger 37
2.10. Bedeutung des Strafurteils gegen die Nebenintervenientin 42
3. Materielles 45
3.1. Anwendbares Recht 45
3.2. Vertragliche Ansprüche aus dem IMA 46
3.2.1. Zustandekommen 46
3.2.1.1. Vorbemerkung 46
3.2.1.2. Unterzeichnung des IMA namens der Beklagten 46
3.2.1.3. Unterzeichnung des IMA mit Wirkung für die Beklagte 68
3.2.1.4. Fazit zum Zustandekommen 83
3.2.2. Gültigkeit des IMA bzw. Irrtumsanfechtung 83
3.2.3. Weitere Beanstandungen der Beklagten 92
3.2.3.1. Unterzeichnung zusätzlicher Dokumente am 30. Mai 2007 92
3.2.3.2. Erteilen von Anlageinstruktionen und Genehmigung 95
3.2.4. Rechte und Pflichten des Klägers 1 und der Klägerin 3 gegenüber der Beklagten aus dem IMA 101
3.2.4.1. Aktiv- und Passivlegitimation sowie Art der Gläubigerschaft 101
3.2.4.2. Leistung des "*initial investment*" 104
3.2.4.3. Forderungshöhe 108
3.2.5. Frage der Erstreckung der Wirkungen des IMA auf die "S._____ Limited" und Abtretung der Forderungen an den Kläger 1 114
3.3. An den Kläger 1 abgetretener Anspruch der "S._____ Limited" auf Schadenersatz gegen die Beklagte aus culpa in contrahendo 117
3.4. An den Kläger 1 abgetretener Anspruch der "S._____ Limited" auf Schadenersatz gegen die Beklagte aus dem Vermögensverwaltungsvertrag betreffend die Kontobeziehung Nr. 2 118
4. Gerichtskosten und Prozessentschädigung 124

Rechtsbegehren Klage:
(act. 1 S. 2)

" 1. Es sei gerichtlich festzustellen, dass die zwischen den Parteien am 7. März 2007 abgeschlossenen "Investment Management Agreements" für sämtliche Bankkontobeziehungen, welche die Kläger bei der Beklagten unterhalten, rechtsgültig sind;

2. Die Beklagte sei unter Androhung der gesetzlichen Folgen von Art. 292 StGB an ihre Organe im Widerhandlungsfall zu verpflichten, den Klägern mit Bezug auf ihre Bankkontobeziehungen, welche die Beklagte für die Kläger führt, vollständig Rechenschaft gemäss Art. 400 OR abzulegen;

   - Konto Nr. 1 des Klägers 1 mit dem Namen "F._____", für die Zeit ab dem 20. Juli 2004 bis zum heutigen Datum,
   - Konto Nr. 2 des Klägers 1 mit dem Namen "G._____", für die Zeit ab dem 20. Juli 2004 bis zum heutigen Datum,
   - Konto Nr. 3 des Klägers 2 mit dem Namen "H._____", für die Zeit ab dem 18. September 2004 bis zum heutigen Datum,
   - Konto Nr. 4 des Klägers 1 mit dem Namen "A._____", für die Zeit ab dem 4. November 2004 bis zum heutigen Datum,
   - Konto Nr. 5 der Klägerin 3 mit dem Namen "C._____ Foundation", für die Zeit ab dem 7. März 2007 bis zum heutigen Datum,
   - sämtliche weiteren Konti und/oder Unterkonti, welche die Beklagte für die Kläger führt;

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

Rechtsbegehren Replik:
(act. 16 S. 2 ff.)

"1. Hauptforderungsbegehren

1.1. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger 1 und der Klägerin 3 als Solidargläubiger auf dem Konto Nr. 5 mit dem Namen "C._____ Foundation" als Kontosaldo den Betrag von EUR 29'956'804.05 zuzüglich der vertraglich festgelegten Mindestrendite von 7.57% für die Zeit vom 1. März 2007 bis zum 1. März 2008, ausmachend EUR 2'267'730.07, total EUR 32'224'534.12, Valuta 1. September 2008 gutzuschreiben, zuzüglich Verzugszins von 5% ab 2. September 2008;

1.2. Es sei festzustellen, dass die Beklagte dem Kläger 1 und der Klägerin 3 als Solidargläubiger aus dem Investment Management Vertrag vom 7. März 2007 die vertraglich festgelegte Mindestren-

dite von 8.02% für die Zeit vom 1. März 2008 bis zum 1. März 2009 auf dem Betrag von EUR 32'224'534.12 schuldet;

1.3. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger 1 auf dem Konto Nr. 2 mit dem Namen "G._____ Limited" als Kontosaldo den Betrag von EUR 2'973'132.63 zuzüglich der vertraglich festgelegten Mindestrendite von 7.57% für die Zeit vom 1. März 2007 bis zum 1. März 2008, ausmachend EUR 225'066.14, total EUR 3'198'198.77, Valuta 1. September 2008 gutzuschreiben, zuzüglich Verzugszins von 5% ab 2. September 2008;

1.4. Es sei festzustellen, dass die Beklagte dem Kläger 1 aus dem Investment Management Vertrag vom 7. März 2007 die vertraglich festgelegte Mindestrendite von 8.02% für die Zeit vom 1. März 2008 bis zum 1. März 2009 auf dem Betrag von EUR 3'198'198.77 schuldet;

1.5. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger 2 mit Bezug auf die Kontobeziehung "H._____" mit der Konto-Nr. 3 einen Schadenersatzbetrag in gerichtlich zu bestimmender Höhe zuzüglich Verzugszins von 5% ab 29. Juni 2007 an eine noch zu bezeichnende Zahlstelle zu bezahlen, zuzüglich der Beträge von EUR 10'000.00, zuzüglich Verzugszins von 5% ab 6. Dezember 2006, EUR 11'432.80, zuzüglich Verzugszins von 5% ab 15. Januar 2007, und EUR 300'000.00, zuzüglich Verzugszins von 5% ab 29. Juni 2007;

2. Eventualforderungsbegehren

2.1. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger 1 und der Klägerin 3 als Solidargläubiger mit Bezug auf das Konto Nr. 5 mit dem Namen "C._____ Foundation" den Saldo von EUR 29'956'804.05 Valuta 1. März 2007 zuzüglich Verzugszins von 5% seit 2. März 2007 an eine noch zu bezeichnende Zahl- oder Depotstelle zu leisten, unter vorgängiger Gutschrift auf das genannte Konto der Beträge von

- CHF 50'000.00 Valuta 9. August 2005, zuzüglich Verzugszins von 5% ab 10. August 2005 bis 1. März 2007, ausmachend total CHF 53'902.80,
- CHF 49'000.00 Valuta 10. August 2005, zuzüglich Verzugszins von 5% ab 11. August 2005 bis 1. März 2007, ausmachend total CHF 52'817.90, und
- CHF 50'000.00 Valuta 23. Dezember 2005, zuzüglich Verzugszins von 5% vom 24. Dezember 2005 bis 1. März 2007, ausmachend total CHF 52'972.20;

2.2. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger 1 auf dem Konto Nr. 2 mit Bezug auf das Konto Nr. 2 mit dem Namen "G._____ Limited" den Saldo von EUR 2'973'132.63 Valuta 1. März 2007 zuzüglich Verzugszins von 5% seit 2. März 2007 an eine noch zu

bezeichnende Zahl- oder Depotstelle zu leisten, unter vorgängiger Gutschrift auf das genannte Konto der Beträge von

- EUR 10'000.00 Valuta 27. Oktober 2006, zuzüglich Verzugszins von 5% vom 28. Oktober 2006 bis 1. März 2007, ausmachend total EUR 10'172.20,
- CHF 100'000.00 Valuta 13. Dezember 2006, zuzüglich Verzugszins von 5% vom 14. Dezember 2006 bis 1. März 2007, ausmachend total CHF 101'083.30,
- CHF 275'000.00 Valuta 29. Dezember 2006, zuzüglich Verzugszins von 5% vom 30. Dezember 2006 bis 1. März 2007; ausmachend total CHF 277'368.05,
- EUR 120'000.00 Valuta 9. Juli 2007;

3. Sub-Eventualforderungsbegehren

3.1. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger 1 und der Klägerin 3 als Solidargläubiger mit Bezug auf die Kontobeziehung "C._____ Foundation" einen Schadenersatzbetrag in gerichtlich zu bestimmender Höhe zuzüglich Verzugszins von 5% ab 2. März 2007 an eine noch zu bezeichnende Zahlstelle zu bezahlen, zuzüglich der Beträge von

- CHF 50'000.00, zuzüglich Verzugszins von 5% ab 9. August 2005,
- CHF 49'000.00, zuzüglich Verzugszins von 5% ab 10. August 2005, und
- CHF 50'000.00, zuzüglich Verzugszins von 5% ab 23. Dezember 2005;

3.2. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger 1 mit Bezug auf die Kontobeziehung "G._____ Limited" einen Schadenersatzbetrag in gerichtlich zu bestimmender Höhe zuzüglich Verzugszins von 5% ab 2. März 2007 an eine noch zu bezeichnende Zahlstelle zu bezahlen, zuzüglich der Beträge von

- EUR 10'000.00, zuzüglich Verzugszins von 5% ab 27. Oktober 2006,
- CHF 100'000.00, zuzüglich Verzugszins von 5% ab 13. Dezember 2006,
- CHF 275'000.00, zuzüglich Verzugszins von 5% ab 29. Dezember 2006, und
- EUR 120'000.00, zuzüglich Verzugszins von 5% ab 9. Juli 2007;

4. Klageänderungsvorbehalt / Nachklagevorbehalt

4.1. (falls das vorliegende Verfahren bis zum 1. September 2009 nicht rechtskräftig abgeschlossen sein sollte)

Es sei vom Vorbehalt der Klageänderung des Klägers 1 und der Klägerin 3 von Feststellung auf Leistung der Hauptforderungsbegehren 1.2. und 1.4. Vormerk zu nehmen;

4.2. (falls das vorliegende Verfahren bis zum 31. Dezember 2009 nicht rechtskräftig abgeschlossen sein sollte)

Es sei vom Vorbehalt der Klageänderung des Klägers 1 und der Klägerin 3 von Gutschrift resp. von Feststellung auf Leistung der Hauptforderungsbegehren 1.1. bis 1.4. an eine noch zu bezeichnende Zahl- oder Depotstelle Vormerk zu nehmen;

4.3. Es sei vom generellen Nachklagevorbehalt des Klägers 1, des Klägers 2 und der Klägerin 3 Vormerk zu nehmen;

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

Geänderte Rechtsbegehren Stellungnahme Duplik:
(act. 51 S. 2 ff.)

"1. Hauptforderungsbegehren

1.5. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger 2 mit Bezug auf die Kontobeziehung "H._____" mit der Konto-Nr. 3 einen Schadenersatzbetrag in gerichtlich zu bestimmender Höhe zuzüglich Verzugszins von 5% ab 29. Juni 2007 an eine noch zu bezeichnende Zahlstelle zu bezahlen, zuzüglich der Beträge von

- EUR 10'000.00, eventualiter CHF 15'905.50 (Umrechnungskurs vom 6. Dezember 2006), zuzüglich Verzugszins von 5% ab 6. Dezember 2006,
- EUR 11'432.80, eventualiter CHF 18'434.20 (Umrechungskurs vom 15. Januar 2007), zuzüglich Verzugszins von 5% ab 15. Januar 2007, und
- EUR 300'000.00, eventualiter CHF 496'212.00 (Umrechnungskurs vom 29. Juni 2007), zuzüglich Verzugszins von 5% ab 29. Juni 2007;

2. Eventualforderungsbegehren

2.1. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger 1 und der Klägerin 3 mit Bezug auf das Konto Nr. 5 mit dem Namen "C._____ Foundation" den Saldo von EUR 29'956'804.05 Valuta 1. März 2007, eventualiter CHF 48'304'148.00 (Umrechnungskurs vom 1. März 2007), zuzüglich Verzugszins von 5% seit 2. März 2007 an eine noch zu bezeichnende Zahl- oder Depotstelle zu leisten, unter vorgängiger Gutschrift auf das genannte Konto der Beträge von

- CHF 50'000.00 Valuta 9. August 2005, zuzüglich Verzugszins von 5% ab 10. August 2005 bis 1. März 2007, ausmachend total CHF 53'902.80,

- CHF 49'000.00 Valuta 10. August 2005, zuzüglich Verzugszins von 5% ab 11. August 2005 bis 1. März 2007, ausmachend total CHF 52'817.90, und
- CHF 50'000.00 Valuta 23. Dezember 2005, zuzüglich Verzugszins von 5% vom 24. Dezember 2005 bis 1. März 2007, ausmachend total CHF 52'972.20;

2.2. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger 1 auf dem Konto Nr. 2 mit Bezug auf das Konto Nr. 2 mit dem Namen "G._____ Limited" den Saldo von EUR 2'973'132.63 Valuta 1. März 2007, eventualiter CHF 4'794'057.00 (Umrechnungskurs vom 1. März 2007), zuzüglich Verzugszins von 5% seit 2. März 2007 an eine noch zu bezeichnende Zahl- oder Depotstelle zu leisten, unter vorgängiger Gutschrift auf das genannte Konto der Beträge von

- EUR 10'000.00 Valuta 27. Oktober 2006, eventualiter CHF 15'929.20 (Umrechnungskurs vom 27. Oktober 2006), zuzüglich Verzugszins von 5% vom 28. Oktober 2006 bis 1. März 2007, ausmachend total EUR 10'172.20, eventualiter CHF 16'199.85),
- CHF 100'000.00 Valuta 13. Dezember 2006, zuzüglich Verzugszins von 5% vom 14. Dezember 2006 bis 1. März 2007, ausmachend total CHF 101'083.30,
- CHF 275'000.00 Valuta 29. Dezember 2006, zuzüglich Verzugszins von 5% vom 30. Dezember 2006 bis 1. März 2007; ausmachend total CHF 277'368.05,
- EUR 120'000.00 Valuta 9. Juli 2007, eventualiter CHF 199'225.00 (Umrechnungskurs vom 9. Juli 2007);

3. <u>Sub-Eventualforderungsbegehren</u>

3.1. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger 1 und der Klägerin 3 mit Bezug auf die Kontobeziehung "C._____ Foundation" einen Schadenersatzbetrag in gerichtlich zu bestimmender Höhe zuzüglich Verzugszins von 5% ab 2. März 2007 an eine noch zu bezeichnende Zahlstelle zu bezahlen, zuzüglich der Beträge von

- CHF 50'000.00, zuzüglich Verzugszins von 5% ab 9. August 2005,
- CHF 49'000.00, zuzüglich Verzugszins von 5% ab 10. August 2005, und
- CHF 50'000.00, zuzüglich Verzugszins von 5% ab 23. Dezember 2005;

3.2. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger 1 mit Bezug auf die Kontobeziehung "G._____ Limited" einen Schadenersatzbetrag in gerichtlich zu bestimmender Höhe zuzüglich Verzugszins von 5% ab 2. März 2007 an eine noch zu bezeichnende Zahlstelle zu bezahlen, zuzüglich der Beträge von

- EUR 10'000.00, eventualiter CHF 15'929.20 (Umrechnungskurs vom 27. Oktober 2006), zuzüglich Verzugszins von 5% ab 27. Oktober 2006,
- CHF 100'000.00, zuzüglich Verzugszins von 5% ab 13. Dezember 2006,
- CHF 275'000.00, zuzüglich Verzugszins von 5% ab 29. Dezember 2006, und
- EUR 120'000.00, eventualiter CHF 199'225.00 (Umrechnungskurs vom 9. Juli 2007), zuzüglich Verzugszins von 5% ab 9. Juli 2007;"

Rechtsbegehren gemäss Klageänderung vom 10. November 2009:
(act. 56 S. 1 f.)

"1.2. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger 1 und der Klägerin 3 als Solidargläubiger auf dem Konto Nr. 5 mit dem Namen "C._____ Foundation" als Kontosaldo den Betrag von EUR 32'224'534.12 zuzüglich der vertraglich festgelegten Mindestrendite von 8.02% für die Zeit vom 1. März 2008 bis zum 1. März 2009, ausmachend EUR 2'584'407.64, total EUR 34'808'941.76, Valuta 1. September 2009 gutzuschreiben, zuzüglich Verzugszins von 5% ab 2. September 2009;

1.4. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger 1 auf dem Konto Nr. 2 mit dem Namen "G._____ Limited" als Kontosaldo den Betrag von EUR 3'198'198.77 zuzüglich der vertraglich festgelegten Mindestrendite von 8.02% für die Zeit vom 1. März 2008 bis zum 1. März 2009, ausmachend EUR 256'495.54, total EUR 3'454'694.31, Valuta 1. September 2009 gutzuschreiben, zuzüglich Verzugszins von 5% ab 2. September 2009."

Rechtsbegehren gemäss Klageänderung vom 16. Juni 2011:
(act. 108 S. 1 ff.)

"1. Hauptforderungsbegehren

1.1. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger 1 und der Klägerin 3 als Solidargläubiger den Betrag von EUR 7'325'483.60, eventualiter CHF 11'767'656.86, auf das Konto Nr. ... lautend auf "C._____" bei der Bank I._____, ... [Adresse], zu bezahlen;

1.2. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger 1 und der Klägerin 3 als Solidargläubiger den Betrag von EUR 3'879'000.52, eventualiter CHF 5'877'849.48, auf das Konto Nr. ... lautend auf "C._____" bei der Bank I._____, ... [Adresse], zu bezahlen, zuzüglich Verzugszins von 5% ab 2. September 2009;

2. Eventualforderungsbegehren

2.1. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger 1 und der Klägerin 3 den Betrag von EUR 6'350'157.00, eventualiter CHF 9'421'092.93, auf das Konto Nr. ... lautend auf "C._____" bei der Bank I._____, ... [Adresse], zu bezahlen, zuzüglich Verzugszins von 5% ab 2. März 2007."

Das Gericht zieht in Erwägung:

1. Parteien und unbestrittener Sachverhalt

Die Kläger 1 und 2 sind Brüder und niederländische Staatsbürger mit Wohnsitz in den Niederlanden. Die Klägerin 3 ist eine Stiftung mit Sitz in den Niederlanden. Der Kläger 1 ist Vorsitzender der Klägerin 3 und ermächtigt, für sie einzeln resp. unabhängig zu handeln. Der Kläger 1 ist sodann Alleinaktionär und "Beneficial Owner" der "G._____ Limited" und verfügt über Einzelzeichnungsberechtigung für diese (act. 7 Rz. 1 f.). Die Klägerin 3 und die "G._____ Limited" sind somit Vermögensgefässe des Klägers 1 (act. 11 Rz. 1; act. 42 Rz. 1). Die Beklagte ist eine Privatbank mit Sitz in Zürich (act. 1 Rz. 2 f.; act. 11 Rz. 1).

Der Kläger 1 unterhielt seit dem Jahr 2004 Kontobeziehungen mit der Beklagten. Am 20. Juli 2004 wurde für ihn das Konto mit der Nr. 1 und der Bezeichnung "F._____" eröffnet, wobei dieses Konto per 6. Juli 2005 wieder geschlossen wurde. Am 4. November 2004 eröffnete der Kläger 1 die Kontobeziehung mit der Nr. 4 und der Bezeichnung "A._____".

Der Kläger 2 führte bei der Beklagten seit dem 18. September 2004 die Kontobeziehung mit der Nr. 3 und der Bezeichnung "H._____", die "G._____ Limited" seit dem 15. Dezember 2004 die Kontobeziehung mit der Nr. 2 und der Bezeichnung "G._____ Limited" und die Klägerin 3 seit dem 7. März 2007 die Kontobeziehung mit der Nr. 5 und der Bezeichnung "C._____".

Die Korrespondenz für alle Konti war banklagernd aufzubewahren (act. 1 Rz. 14; act. 7 Rz. 1; act. 11 Rz. 15 ff. u Rz. 92), bis die Kläger die entsprechenden Vereinbarungen gegenüber der Beklagten am 23. Oktober 2008 widerriefen (act. 16

Rz. 19; act. 42 Rz. 269). Insgesamt haben die Kläger etwa EUR 33 Mio. bei der Beklagten deponiert (act. 11 Rz. 1; act. 42 Rz. 1).

Im April 2007 wurden die bisher im eigenem Namen unter der Kontobeziehung mit der Nr. 4 und der Bezeichnung "A._____" gehaltenen Vermögenswerte des Klägers 1 auf die Klägerin 3 bzw. die Kontobeziehung mit der Nr. 5 und der Bezeichnung "C._____ Foundation" überführt (act. 11 Rz. 22 u. 25; act. 16 Rz. 45; act. 42 Rz. 57 u. 68). Dieses Konto wurde nach Abschluss des Abzugs der Vermögenswerte bei der Beklagten per 11. März 2011 geschlossen (act. 108 Rz. 7; act. 117 Rz. 31). Das Konto mit der Nr. 3 und der Bezeichnung "H._____" des Klägers 2 wurde per 15. März 2011 saldiert und per 17. März 2011 ebenfalls geschlossen (act. 119 Rz. 5). Schliesslich wurde auch das Konto mit der Nr. 2 und der Bezeichnung "G._____ Limited" per 15. Dezember 2011 saldiert und von der Beklagten per 23. Dezember 2011 geschlossen (act. 143 Rz. 4; act. 151 Rz. 5).

Bei der Beklagten war die Nebenintervenientin für die Betreuung der Kläger zuständig (act. 11 Rz. 2; act. 42 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 war bis am 9. Dezember 2008 in Untersuchungshaft (act. 11 Rz. 3 f.; act. 42 Rz. 2 f.).

J._____ 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 7. März 2007 unterzeichnet hat. Am 26. März 2012 kündigte er das Arbeitsverhältnis (Prot. S. 50).

2. Prozessuales

2.1. Prozessverlauf

Am 4. Februar 2008 (Eingangsdatum) wurde die Klageschrift eingereicht (act. 1). Mit Verfügung vom 4. Februar 2008 wurde der Beklagten Frist zur Einreichung ihrer Klageantwortschrift angesetzt (Prot. S. 2). Mit Eingabe vom 18. März 2008 präzisierten die Kläger eine Aussage in der Klageschrift (act. 7; Prot. S. 3). Am 28. April 2008 wurde die Klageantwort erstattet (act. 11; Prot. S. 4). Am 19. Juni 2008 fand eine Referentenaudienz und Vergleichsverhandlung statt, an welcher keine Einigung erzielt werden konnte (Prot. S. 5). Mit Verfügung vom 2. Juli 2008 wurde den Klägern Frist zur Einreichung ihrer Replik angesetzt und ergingen Substantiierungshinweise (Prot. S. 6 f.). Am 8. Dezember 2008 wurde die Replik mit geänderten Rechtsbegehren überbracht (act. 16). Nach einem entsprechenden Antrag der Kläger (act. 18 f.) wurde mit Verfügung vom 9. Dezember 2008 eine Beweissicherung angeordnet und den Klägern Frist angesetzt, um die Adresse der angerufenen Zeugin, der Nebenintervenientin, zu nennen, die Beweisthemen genau zu bezeichnen und die Kosten der vorsorglichen Beweisabnahme mit einem Barvorschuss sicherzustellen (Prot. S. 8). Mit Verfügung vom 10. Dezember 2008 wurde der Beklagten Frist zur Einreichung ihrer Duplik angesetzt (Prot. S. 9). Mit Eingabe vom 15. Dezember 2008 stellte die Beklagte gegen die Verfügung vom 9. Dezember 2008 ein Wiedererwägungsgesuch bzw. erhob eventualiter Einsprache (act. 22), wozu den Klägern am Tag darauf Frist zur Stellungnahme angesetzt wurde (Prot. S. 10). Nach Eingang des Barvorschusses (act. 25) bezeichneten die Kläger am 22. Dezember 2008 die Beweisthemen (act. 26) und nahmen am 5. Januar 2009 zum Wiedererwägungsgesuch bzw. zur Einsprache Stellung (act. 28). Mit Beschluss vom 16. Januar 2009 wurde die Einsprache abgewiesen und wurden die Kläger aufgefordert, das Original von act. 3/4 zu den Akten zu reichen (Prot. S. 11 f.; act. 30). Mit Eingabe vom 22. Januar 2009 reichten die Kläger ein Original des IMA vom 7. März 2007 ein (act. 33 f.). Am 9. April 2009 (Eingangsdatum) erklärte die Nebenintervenientin ihren Beitritt zum Rechtsstreit als Litisdenunziatin (act. 38), worauf ihr mit Verfügung vom 9. April 2009 Frist angesetzt wurde, um zu erklären, ob sie dem Prozess als Nebenintervenientin beitreten wolle, und wenn ja, auf welcher Seite (Prot. S. 14). Am 14. April 2009 wurde die Duplik eingereicht (act. 42). Mit Verfügung vom 17. April 2009 wurde den Klägern Frist angesetzt, um sich zu neuen Behauptungen bzw. Beilagen der

Duplik zu äussern (Prot. S. 15). Nach einer entsprechenden Eingabe der Nebenintervenientin (act. 45) wurde mit Verfügung vom 8. Mai 2009 von deren Beitritt als Nebenintervenientin der Beklagten Vormerk genommen (Prot. S. 16). Am 24. Juni 2009 fand die vorsorgliche Beweisabnahme mit Befragung der Nebenintervenientin statt (Prot. S. 17 ff.). Mit Schreiben vom 3. Juli 2009 befürworteten die Kläger die Durchführung einer zweiten Vergleichsverhandlung (act. 49). Mit Eingaben vom 24. August 2009 nahmen die Kläger Stellung zu den neuen Behauptungen und Beilagen der Duplik, wobei sie ihre Rechtsbegehren teilweise ergänzten (act. 51), sowie zu den prozessualen Anträgen der Beklagten (act. 53). Mit Verfügung vom 26. August 2009 wurde der Beklagten Frist angesetzt, um sich zu neuen Behauptungen bzw. Beilagen von act. 51 sowie zu act. 53 zu äussern (Prot. S. 24). Am 10. November 2009 reichten der Kläger 1 und die Klägerin 3 eine Klageänderung ein (act. 56) und am 7. Dezember 2009 Beilagen nach und korrigierten Fehler (act. 61). Mit Eingabe vom 13. Januar 2010 nahm die Beklagte zu den neuen Behauptungen bzw. Beilagen von act. 51, act. 53, act. 56 und act. 61 Stellung (act. 64), welche den Klägern und der Nebenintervenientin zugestellt wurde (Prot. S. 26). Dazu nahmen die Kläger mit Eingabe vom 28. Januar 2010 Stellung (act. 68). Dies veranlasste die Beklagte zur Eingabe vom 4. Februar 2010 (act. 70). Am 1. März 2010 teilte Rechtsanwalt X1._____ mit, dass er den Kläger 2 mit sofortiger Wirkung nicht mehr vertrete (act. 72). Mit Schreiben vom 30. März 2010 erklärte sodann die Beklagte, dass das Untersuchungsrichteramt … am 9. Februar 2010 sämtliche Vermögenswerte des Klägers 2 bei ihr beschlagnahmt habe (act. 74). Mit Verfügung vom 1. April 2010 wurde davon Vormerk genommen, dass Rechtsanwalt X1._____ den Kläger 2 nicht mehr vertritt und wurde Letzterer aufgefordert, einen (definitiven) Zustellungsempfänger in der Schweiz zu bezeichnen (Prot. S. 29). Am 20. April 2010 zeigte Rechtsanwältin X2._____ an, dass sie neu mit der rechtlichen Interessenwahrung des Klägers 2 beauftragt worden sei (act. 77) und nahm mit Schreiben vom 27. April 2010 zu act. 74 Stellung (act. 79).

Am 15. September 2010 erging der Beweisauflagebeschluss (Prot. S. 32; act. 80), worauf die Parteien mit Eingabe vom 3. November 2010 ihre Beweisantretungsschriften einreichten. Die Beklagte stellte gleichzeitig ein Wiedererwägungsge-

such des Beweisauflagebeschlusses (act. 86; act. 87/376-381; act. 88; act. 89). Mit Beschluss vom 16. Dezember 2010 erfolgte die Beweisabnahme, wobei – in Wiedererwägung des Beweisauflagebeschlusses – die durch die Kläger angebotenen Beweise lediglich für den Kläger 1 und die Klägerin 3 abgenommen wurden. Gleichzeitig wurde den Parteien K._____, …, Forensisches Institut Zürich, Urkundenlabor, als Sachverständiger vorgeschlagen, dem Kläger 1 und der Klägerin 3 sowie der Beklagten eine Frist zur Leistung eines Vorschusses für die Kosten der von ihnen verlangten Beweiserhebungen auferlegt sowie das Wiedererwägungsgesuch der Beklagten abgewiesen. Zudem wurde den Parteien mitgeteilt, dass die Beweisabnahme durch eine Delegation des Gerichts erfolgt, sofern nicht eine Partei die Durchführung vor dem Kollegialgericht verlangt (Prot. S. 34 f.; act. 90). Mit Schreiben vom 25. Januar 2011 erklärten der Kläger 1 und die Klägerin 3, dass sie mit dem vorgeschlagenen Sachverständigen sowie der Beweisabnahme durch eine Gerichtsdelegation einverstanden sind (act. 92). Den ihnen auferlegten Vorschuss leisteten sie fristgemäss (act. 94). Auch die Beklagte leistete den ihr auferlegten Vorschuss fristgemäss (act. 96) und teilte mit Schreiben vom 11. Februar 2011 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. 97). Mit Verfügung vom 3. März 2011 wurde J._____ 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. 36 ff.). Mit Schreiben vom 18. April 2011 teilte J._____ 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. 102). Den Parteien wurde mit Verfügung vom 21. April 2011 Frist angesetzt, um zu dieser Eingabe Stellung zu nehmen (Prot. S. 39). Mit Eingaben vom 12. Mai 2011 nannten die Kläger u.a. Gründe, weshalb ihrer Ansicht nach dem seitens von J._____ vorgebrachten Ansinnen, entsprechende Geschäftsunterlagen bei der Beklagten zu erheben, nicht zu folgen sei (act. 104; act. 105). Die

Beklagte beantragte mit Eingabe vom 12. Mai 2011, das kantonale Steueramt Zürich sei zu ersuchen, die von J._____ in den Jahren 2005 und 2006 eingereichten Steuererklärungen zu edieren, und sie, die Beklagte, sei aufzufordern, die Dokumente gemäss Beilagen – die Beklagte hatte Kopien von Bankbelegen mit Originalunterschriften und -initialen von J._____ eingereicht (act. 107/A+B) – im Original einzureichen, wobei ihr zu erlauben sei, die geschwärzten Passagen vorgängig auszuschneiden (act. 106). Der Kläger 1 und die Klägerin 3 reichten mit Eingabe vom 16. Juni 2011 Juni eine weitere Klageänderung ein (act. 108). Mit Beschluss vom 21. Juni 2011 wurden die Kläger verpflichtet, dem Gericht das Original von act. 3/12 sowie das Original von act. 3/18 Seite 1 (Begleitschreiben) des Prozesses Nr. HG080027 einzureichen. Die Beklagte wurde gleichzeitig verpflichtet, dem Gericht die Originale der act. 107/A S. 1, 2, 4, 5, 6, 7, 11, 12, 14, 16, 17, 18, 19 und 20 sowie der act. 107/B/1-3 einzureichen, wobei sie berechtigt war, die in den Kopien geschwärzten Stellen in den Originaldokumenten auszuschneiden (Prot. S. 40; act. 110). Diesen Aufforderungen kamen der Kläger 1 und die Klägerin 3 sowie die Beklagte innert Frist nach (act. 112; act. 113/393-396; act. 114; act. 115/107DIV.). Am 7. Oktober 2011 reichte die Beklagte ihre Stellungnahme zur weiteren Klageänderung (act. 108) sowie eine Noveneingabe ein (act. 117; act. 118/1-79). Gleichentags reichte sie eine Noveneingabe betreffend Hauptbegehren 1.5 des Klägers 2 ein (act. 119; act. 120/1-12). Mit Verfügung vom 17. November 2011 wurden diese Stellungnahmen (act. 117; act. 119) den Klägern und der Nebenintervenientin zugestellt mit dem Hinweis, dass über die Frage der Klageänderungen der Kläger und der Noveneingaben der Beklagten zu einem späteren Zeitpunkt des Verfahrens entschieden werde. Gleichzeitig wurde K._____ als Gutachter ernannt und wurden die Parteien sowie der Zeuge J._____ mit separater Vorladung zu einer Beweisverhandlung vorgeladen (Prot. S. 42 f.). Der Kläger 1 und die Klägerin 3 nahmen zur Eingabe der Beklagten vom 7. Oktober 2011 (act. 117) mit Eingabe vom 1. Dezember 2011 Stellung (act. 122). Am 28. März 2012 wurde eine Beweisverhandlung und mündliche Experteninstruktion durchgeführt (Prot. S. 47 ff.), wobei in Ergänzung der an der Verhandlung mündlich erfolgten Experteninstruktion am 2. April 2012 noch eine schriftliche Experteninstruktion erging (act. 127). Ebenfalls am 2. April 2012 wurde

das Protokoll der Beweisverhandlung und der mündlichen Experteninstruktion vom 28. März 2012 sowie der entsprechende schriftliche Gutachtensauftrag an den Gutachter K._____ den Parteien sowie der Nebenintervenientin zugestellt. Den Parteien wurde dabei Frist angesetzt, um Ergänzungsfragen zu stellen (Prot. S. 65). Der Kläger 1 und die Klägerin 3 verzichteten mit Schreiben vom 11. April 2012 auf das Stellen von Ergänzungsfragen und machten ferner darauf aufmerksam, dass dem Experten versehentlich act. 38/210 aus dem Geschäft Nr. HG080027 nicht zugestellt worden sei (act. 129). Mit Eingabe vom 13. April 2012 teilte auch die Beklagte mit, dass sie derzeit auf das Stellen von Ergänzungsfragen an den Gutachter K._____ verzichte (act. 130). Ebenfalls mit Eingabe vom 13. April reichte J._____ Originaldokumente ein (act. 131; act. 132/1-5), welche dem Gutachter K._____ in Ergänzung der bereits erhaltenen Unterlagen zusammen mit act. 38/210 aus dem Geschäft Nr. HG080027 zugestellt wurden (Prot. S. 66). Am 7. Mai 2012 erstattete der Gutachter K._____ sein Gutachten (act. 135), welches den Parteien mit Verfügung vom 31. Mai 2012 zugestellt wurde. Gleichzeitig wurde den Parteien Frist angesetzt, um zum Ergebnis des gesamten Beweisverfahrens Stellung zu nehmen (Prot. S. 67). Die entsprechenden Stellungnahmen der Parteien vom 19. November 2012 (act. 141; act. 142; act. 143) wurden je der Gegenpartei und der Nebenintervenientin zugestellt (Prot. S. 68). Am 4. Dezember 2012 reichte die Beklagte eine Noveneingabe ein (act. 145), welche den Klägern sowie der Nebenintervenientin am 6. Dezember 2012 zugestellt wurden (Prot. S. 69). Zu dieser Noveneingabe sowie zu act. 143 und act. 144/1-4 reichten der Kläger 1 und die Klägerin 3 die ihnen antragsgemäss (act. 147) gewährte (act. Prot. S. 70; act. 148) Stellungnahme vom 30. Januar 2013 ein (act. 151), welche der Beklagten und der Nebenintervenientin am 4. März 2013 zugestellt wurde (Prot. S. 71).

2.2. Anwendbares Prozessrecht

Am 1. Januar 2011 ist die eidgenössische Zivilprozessordnung (ZPO) in Kraft getreten. Nach deren Art. 404 Abs. 1 gilt für Verfahren, die bei Inkrafttreten dieses Gesetzes rechtshängig sind, das bisherige Verfahrensrecht bis zum Abschluss vor der betroffenen Instanz. Die örtliche Zuständigkeit bestimmt sich nach dem

neuen Recht, wobei eine bestehende Zuständigkeit nach dem alten Recht erhalten bleibt (Art. 404 Abs. 2 ZPO). Für das vorliegende Verfahren ist demnach das frühere kantonale Prozessrecht (ZPO/ZH und GVG/ZH) massgebend. Das Rechtsmittel richtet sich hingegen nach dem Recht, das bei der Eröffnung des Entscheides in Kraft ist, mithin nach dem neuen Prozessrecht (Art. 405 Abs. 1 ZPO).

2.3. Zuständigkeit

Die örtliche sowie sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons Zürich ist unbestritten (act. 1 Rz. 6; act. 11 Rz. 90) und ergibt sich aus Art. 2 Abs. 1 LugÜ i.V.m. Art. 112 Abs. 1 IPRG sowie § 63 Ziff. 1 i.V.m. § 62 GVG/ZH. Ob sich die örtliche Zuständigkeit auch auf eine Gerichtsstandsvereinbarung stützen lässt, kann offen gelassen werden.

2.4. Klagerückzug

2.4.1. Parteistandpunkte

Die Kläger bringen mit der Replik vor, soweit sie mit der mittlerweile möglichen Leistungsklage nun weniger verlangten, d.h. Ansprüche mit Bezug auf geschlossene Konti ("F._____", Konto Nr. 1) und das Rechenschaftsablegungsbegehren (vormals Rechtsbegehren 2) wegliessen, handle es sich um ein zulässiges Vorgehen gemäss § 107 Abs. 1 Ziff. 1 ZPO/ZH (act. 16 Rz. 4).

Die Beklagte stellt mit der Duplik den prozessualen Antrag, vor Fortsetzung des Verfahrens sei davon Vormerk zu nehmen, dass die Kläger die Klagen zurückgezogen hätten hinsichtlich des Feststellungsbegehrens (Rechtsbegehren 1) bezüglich der Kundenbeziehung "F._____" und betreffend das Auskunftsbegehren (Rechtsbegehren 2), und das Verfahren sei diesbezüglich als durch Klagerückzug erledigt abzuschreiben, unter Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen (act. 42 S. 2; Antrag erneuert in act. 64 S. 2 und act. 117 S. 2).

Die Kläger führen dazu aus, sie hätten ein Begehren auf Feststellung der Gültigkeit des IMA für sämtliche Bankkontobeziehungen gestellt, welche sie bei der Be-

klagten unterhielten. Aufgrund des Wortlauts wie auch des Sinns dieses Begehrens sei klar, dass sie nur für solche Konti eine Feststellungsklage erhoben hätten, welche im Zeitpunkt der Klageerhebung am 1. Februar 2008 noch nicht geschlossen gewesen seien. Da das Konto "F._____" bereits am 22. Juni 2005 geschlossen und das Geld auf die Kontobeziehung "G._____ Limited" transferiert worden sei, sei jenes Konto von der Feststellungsklage nicht erfasst gewesen (act. 53 Rz. 54).

Die Beklagte erklärt hierzu, mit Bezug auf die Beziehung 1 "F._____" hätten die Kläger noch in der Replik anerkannt, dass sie gemäss den Rechtsbegehren in der Replik weniger verlangten, als sie dies in der Klageschrift getan hätten (act. 64 Rz. 12).

2.4.2. Rechtliches

Eine Beschränkung des Rechtsbegehrens wie die quantitative Reduktion des Leistungsanspruchs oder das Fallenlassen einzelner oder mehrerer Rechtsbegehren ist zwar jederzeit zulässig, kommt indessen einem teilweisen Klagerückzug gleich (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen ZPO, 3. Aufl., Zürich 1997, § 107 N 7).

2.4.3. Würdigung

Die Kläger verlangen mit der Leistungsklage in der Replik weniger als mit der Feststellungsklage, indem sie Ansprüche mit Bezug auf das Konto "F._____" (Konto Nr. 1) und das Rechenschaftsablegungsbegehren (vormals Rechtsbegehren 2) weglassen. Damit haben sie diese Begehren zurückgezogen, so dass diese als durch Klagerückzug erledigt abzuschreiben sind.

Ist der Kläger 2 – wie untenstehend zu zeigen sein wird – mit der Klageänderung gemäss Rechtsbegehren 1.5 der Replik nicht zuzulassen, ist Rechtsbegehren 1 der Klage auch in Bezug auf den Kläger 2 als durch Rückzug erledigt abzuschreiben, da er erklärt, aus dem IMA keinen Anspruch zu erheben.

2.5. Klageänderungen

2.5.1. Rechtliches bezüglich Klageänderungen

Der Kläger kann in einem rechtshängigen Prozess im Rahmen der Zuständigkeit des angerufenen Gerichts einen anderen oder weiteren Anspruch erheben, sofern der neue Anspruch mit dem bisher geltend gemachten in engem Zusammenhang steht. Das Gericht kann die Zulassung der Klageänderung ablehnen, wenn durch sie die Rechtsstellung des Beklagten wesentlich beeinträchtigt oder das Verfahren ungebührlich verzögert wird (§ 61 Abs. 1 ZPO/ZH).

Ein neuer Anspruch steht mit dem bisher geltend gemachten dann i.S.v. § 61 Abs. 1 ZPO/ZH in engem Zusammenhang, wenn die Ansprüche dem gleichen Rechtsverhältnis, d. h. dem gleichen Lebensvorgang, entstammen oder das gleiche Objekt betreffen. Die mangelnde Aktiv- bzw. Passivlegitimation einer Partei kann nicht durch Klageänderung behoben werden. Zwischen Ansprüchen aus verschiedenen Lebensvorgängen besteht im Allgemeinen kein enger Zusammenhang. Der Kläger kann nicht anstelle des Vertrags 1 einen Vertrag 2 vorbringen oder anstelle einer unerlaubten Handlung A eine Handlung B, weder zur Begründung des bisherigen noch zur Begründung eines neuen Begehrens. Ein enger Zusammenhang i. S. von § 61 ZPO/ZH kann aber bestehen, wenn ein anderer oder ein weiterer Anspruch aus einem benachbarten Lebensvorgang erhoben wird. Erfolgt die Klageänderung erst nach Abschluss des Hauptverfahrens, so ist sie gemäss § 115 Ziff. 1 ZPO/ZH nur dann zuzulassen, wenn sie erst im Laufe des weiteren Verfahrens veranlasst wurde. Letzteres ist der Fall, wenn sie sich auf einen Sachverhalt stützt, der sich erst durch die Duplik ergeben hat. Wird während der Rechtshängigkeit der Feststellungsklage die entsprechende Leistungsklage möglich, kann eine entsprechende Umwandlung nach § 61 ZPO/ZH erfolgen. Eine Klageänderung ist in der Regel abzulehnen, wenn sie erst nach Schluss des erstinstanzlichen Beweisverfahrens vorgenommen wird. Eine gewisse Ermessensfreiheit wird dem Gericht in Abs. 1 Satz 2 eingeräumt, wenn zwar die oben erwähnten Voraussetzungen erfüllt sind, durch die Zulassung der Klageänderung aber die Rechtsstellung des Beklagten wesentlich beeinträchtigt oder das Verfahren ungebührlich verzögert wird. Eine solche Situation kann sich ergeben, wenn die Klageänderung erst während oder nach Abschluss des Beweisver-

fahrens beantragt wird, ferner, wenn über Klage oder Widerklage ohne Beweisverfahren sofort entschieden werden kann, das abgeänderte Klagebegehren aber die Durchführung eines Beweisverfahrens erheischt (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., § 59 N 11, § 61 N 3 f., 7, 11, 16 f. u. 19, § 114 N 1 und § 115 N 7; ZR 79 Nr. 87). Von keiner Klageänderung im Sinne von § 61 ZPO/ZH ist bei einer lediglich anderen Formulierung oder rechtlichen Qualifikation der Klage auszugehen (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., § 61 N 2); das Rechtsbegehren kann ohne inhaltliche Änderung zwecks Verdeutlichung anders formuliert (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., § 107 N 6) und es kann ohne Klageänderung ein anderer Rechtsgrund für den eingeklagten Anspruch geltend gemacht werden (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., § 61 N 13).

2.5.2. Klageänderungen mit der Replik vom 15. Dezember 2008 (act. 16)

2.5.2.1. Parteistandpunkte

Die Kläger bringen mit ihrer Replik vom 15. Dezember 2008 vor, der Kläger 1 und die Klägerin 3 hätten das IMA vom 7. März 2007 für alle ihre Kontobeziehungen mit Schreiben vom 24. November 2008 auf den 31. Dezember 2009 gekündigt. Zudem sei die sechsmonatige Frist des ersten Investitionsjahres gemäss Ziff. 5.3 des IMA am 1. September 2008 abgelaufen. Somit seien die vom Kläger 1 und der Klägerin 3 gegenüber der Beklagten aus dem IMA erhobenen Ansprüche für das erste Investitionsjahr jetzt zur Gutschrift auf den genannten Kontobeziehungen einklagbar (jedoch wegen der noch nicht abgelaufenen Kündigungsfrist noch nicht zur Auszahlung). Damit könne die vom Kläger 1 und der Klägerin 3 ursprünglich als Feststellungsklage (vormals Rechtsbegehren 1) anhängig gemachte Klage nun wie angekündigt in eine Leistungsklage (Rechtsbegehren 1.1, 1.3, 2.1, 2.2, 3.1, 3.2) umgewandelt werden. Der Kläger 2 mache keine Ansprüche aus einem IMA geltend. Die Kündigung mit Bezug auf seine Konti sei einzig aus Gründen der prozessualen Vorsicht erfolgt. Die für den Kläger 2 seit der Klageeinreichung namentlich im Strafverfahren gewonnenen Erkenntnisse ermöglichten es jedoch ebenfalls, seine ursprünglich als Feststellungsklage anhängig gemachte Klage nun in eine Leistungsklage umzuwandeln und die sofortige Leistung seiner Ansprüche zu verlangen (Rechtsbegehren 1.5). Das bislang geführte Verfahren

könne für die Urteilsfällung ausgewertet werden. Der jetzt für alle Kläger mögliche Leistungsanspruch hänge eng zusammen mit dem ursprünglich aus derselben Vertragsbeziehung geltend gemachten Feststellungsanspruch und beruhe auf demselben Lebensvorgang (act. 16 Rz. 3). Die Feststellungsbegehren (Rechtsbegehren 1.2 und 1.4) würden aus folgendem Grund angebracht: Der Kläger 1 und die Klägerin 3 hätten das IMA auf den 31. Dezember 2009 gekündigt. Sollte das Verfahren am 1. September 2009 nicht rechtskräftig abgeschlossen sein, würden ab diesem Datum auch ihre Ansprüche für das zweite Investitionsjahr auf Leistung einklagbar (Rechtsbegehren 4.1). Der weitere Klageänderungsvorbehalt (Rechtsbegehren 4.2) werde aus folgendem Grund angebracht: Die Kündigungsfrist des IMA laufe am 31. Dezember 2009 ab. Sollte das vorliegende Verfahren am 31. Dezember 2009 noch nicht rechtskräftig erledigt sein, sei per 1. Januar 2010 die Leistung der dem Kläger 1 und der Klägerin 3 zustehenden Ansprüche auf Leistung an eine noch zu bezeichnende Zahl- oder Depotstelle möglich. Der generelle Nachklagevorbehalt (Rechtsbegehren 4.3) werde umfassend für den Fall geltend gemacht, dass sich aus dem durch die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl gegen die Nebenintervenientin geführten Strafverfahren ergebe, dass diese von den Konti der Kläger noch weitere Beträge widerrechtlich entnommen habe als bis heute bekannt sei (act. 16 Rz. 5 ff.).

Die Beklagte stellt in der Duplik den prozessualen Antrag, vor Fortsetzung des Verfahrens sei über die Zulässigkeit der Klageänderung zu entscheiden (act. 42 S. 2; Antrag erneuert in act. 64 S. 2 und act. 117 S. 3). Sie macht zum Rechtsbegehren 1 der Klage geltend, die Zulassung der Umwandlung einer Feststellungsklage in eine Leistungsklage setze voraus, dass die Feststellungsklage zulässig gewesen sei; vorliegend sei die Feststellungsklage nicht zulässig gewesen. Die Kläger hätten spätestens seit dem 2. Oktober 2007 Gewissheit gehabt, dass die Beklagte die Gültigkeit des IMA nicht anerkannt habe und die von den Klägern gestützt darauf geltend gemachten Ansprüche nicht anerkennen würde. Die Kläger hätten zur Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen wegen angeblicher Verletzung des IMA nicht die Fälligkeit abwarten müssen, sondern sie hätten umgehend vom Vertrag zurücktreten und Schadenersatz einklagen können (act. 42 Rz. 27). Die Rechtsbegehren 1.1 bis 1.4 der Replik stellten insoweit unzu-

lässige Klageänderungen dar, als schon bei Klageeinleitung die Leistungsklagen möglich gewesen wären und, unterstellt die Leistungsklagen wären nicht möglich gewesen, die Feststellungsklagen gemäss Replik möglich gewesen wären. Da das Institut der Klageänderung nicht zur Verfügung stehe, um Mängel der Klageschrift zu korrigieren, sei die Klageänderung insgesamt unzulässig. Für diese und alle weiteren Rechtsbegehren gelte sodann, dass bei der Zulassung der neuen Rechtsbegehren die Rechtsstellung der Beklagten wesentlich beeinträchtigt würde, indem sie zu den umfangreichen Ausführungen der Kläger nur einmal Stellung nehmen könne (act. 42 Rz. 30 f.).

Zu Rechtsbegehren 1.5 der Replik macht die Beklagte geltend, anstatt die Klage zurückzuziehen, suche der Kläger 2 nun sein "Heil" in einer Klageänderung, indem er statt einer Feststellung der Vertragsgültigkeit die Leistung von Schadenersatz verlange. Eine solche Klageänderung sei in mehrfacher Hinsicht unzulässig. Der Kläger 2 sei für Rechtsbegehren 1 der Klage nicht aktivlegitimiert; entsprechend könne dieses von ihm nicht abgeändert werden. Eine Klageänderung sei dazu da, erst im Rahmen des Verfahrens gewonnene tatsächliche Erkenntnisse zu berücksichtigen, nicht aber dazu, Fehler der Klageschrift zu korrigieren; dass der Kläger 2 aus dem IMA nicht aktivlegitimiert habe sein können, hätte schon eine sorgfältige Lektüre des IMA vor Prozesseinleitung nahegelegt. Eine Klageänderung sei nur zulässig, wenn aus dem gleichen Lebensvorgang geklagt werde. Der Kläger könne nicht anstelle des Vertrages 1 einen Vertrag 2 vorbringen oder anstelle einer unerlaubten Handlung A eine Handlung B; genau dies tue aber der Kläger 2 in der Replik mit dem Rechtsbegehren 1.5, wenn er sich nun statt auf das IMA vom 7. März 2007 auf einen Vermögensverwaltungsvertrag vom 18. September 2004 stütze bzw. auf einen Anspruch aus unerlaubter Handlung, und aus diesen beiden Gründen eine Forderungsklage erhebe. Die Klageänderung sei schliesslich nicht zulässig, weil durch sie die Rechtsstellung der Beklagten wesentlich beeinträchtigt und das Verfahren ungebührlich verzögert werde; dass die Zulassung der Klageänderung vorliegend zu einer ungebührlichen Verzögerung des Verfahrens führen würde, ergebe sich bereits aus dem Umstand, dass die Kläger für ihr neues Rechtsbegehren 1.5 die Einholung eines Sachverständigen-Gutachtens beantragten (act. 42 Rz. 32 ff.).

Das Eventualrechtsbegehren 2 der Replik auf Schadenersatz aus culpa in contrahendo hätte schon bei Klageeinleitung gestellt werden können. Die Klageänderung sei deshalb nicht zuzulassen (act. 42 Rz. 37).

Die Subeventualrechtsbegehren 3.1 und 3.2 der Replik stellten eine unzulässige Klageänderung dar, weil schon bei Klageeinleitung die Forderungsklage möglich gewesen wäre. Soweit Schadenersatz in richterlich zu bestimmender Höhe verlangt werde, liege überdies eine unzulässige Klageänderung vor, weil sich das Begehren nicht mehr auf das IMA vom 7. März 2007, sondern die Vermögensverwaltungsverträge 1 "F._____", 4 "A._____" und 5-1 "C._____" und unerlaubte Handlung stützten, und weil das Verfahren durch die Einholung des neu beantragten Gutachtens ungebührlich verzögert würde (act. 42 Rz. 38 f.).

Die Kläger führen zum prozessualen Antrag Ziff. 2 der Beklagten in der Duplik im Wesentlichen aus, die Beklagte habe sich geweigert, das IMA anzuerkennen und dessen Rechtsgültigkeit sei somit strittig gewesen. Die Kläger hätten – mit Verweis auf das Schreiben der Beklagten vom 16. November 2007 (act. 3/49) – bei Klageerhebung keine Gewissheit gehabt, dass diese die Gültigkeit des IMA nicht anerkannt habe (act. 53 Rz. 9 f.). Die Vermögenswerte des Klägers 1 und der Klägerin 3 von rund EUR 33 Mio. seien seit Ende Februar 2007 "blockiert" gewesen. Hätten sie ihre Gelder vor Ablauf der Laufzeit des IMA für das erste Investitionsjahr abgezogen, wären sie ihrer vertraglichen Ansprüche gegenüber der Beklagten verlustig gegangen. Diese massive Einschränkung ihrer wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit sei für sie bei Klageerhebung unzumutbar gewesen (act. 53 Rz. 14 f.). Der Kläger 1 und die Klägerin 3 hätten am 1. Februar 2008 keine Leistungsklage erheben können. Ihre Ansprüche für das erste Investitionsjahr seien erst im März 2008 resp. gegebenenfalls sechs Monate später fällig geworden (act. 53 Rz. 16).

Weil die Feststellungsklage zulässig gewesen sei, sei die Klageänderung nicht dazu verwendet worden, um Mängel der Klageschrift zu korrigieren. Die Eventual- und Subeventualansprüche des Klägers 1 und der Klägerin 3 stünden mit den bisher geltend gemachten Ansprüchen in engem (Sach-)Zusammenhang und würden demselben Lebenssachverhalt entspringen. Es stehe den Klägern zu, in

der Replik neue Behauptungen aufzustellen und dazu Beweisofferten zu machen (act. 55 Rz. 25, 31 und 34).

Der Kläger 2 sei der Ansicht gewesen, das IMA gelte auch für ihn. Aus der damaligen Sicht bzw. mit damaligem Wissensstand habe er bei Einreichung der Klage ein Interesse besessen, denn er habe auf das Bestehen des IMA vertraut. Der Kläger 2 habe mit der Replik keine Ansprüche aus dem IMA geltend gemacht, sondern er sei aufgrund der aus dem Strafverfahren einstweilen gewonnenen Erkenntnisse in der Lage gewesen, eine zumindest teilweise bezifferte Schadenersatzklage zu erheben. Mit Rechtsbegehren 1.5 mache er Schadenersatzansprüche gegenüber der Beklagten aus ihrer Geschäftsbeziehung geltend. Damit sei er aktiv- und die Beklagte passivlegitimiert (act. 53 Rz. 37, 43 u. 48).

Dazu bringt die Beklagte wiederum vor, die Kläger hätten die tatsächlich bestehenden vertraglichen Vereinbarungen mit der Beklagten jederzeit auflösen können. Die Kläger hätten zur Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen nicht die Fälligkeit der Rendite des angeblichen IMA abwarten müssen, sondern sie hätten umgehend Schadenersatz einklagen können (act. 64 Rz. 11). Die Kläger machten neu geltend, der Kläger 1 und die Klägerin 3 würden ihre Ansprüche gegen die Beklagte als einfache Gesellschaft geltend machen; damit machten sie nicht nur neue Tatsachen geltend, sondern stützten ihre angeblichen Forderungen auf einen neuen Lebensvorgang, nämlich den Abschluss eines Gesellschaftsvertrages vom 23. August 2009 (act. 64 Rz. 25 f.).

2.5.2.2. Würdigung

Die Rechtsbegehren 1.1 bis 1.4 der Replik stehen mit dem Rechtsbegehren 1 der Klage in einem engen Zusammenhang, da sie sich alle auf das IMA vom 7. März 2007 beziehen. Auch das rechtliche Interesse an der Feststellung gemäss Rechtsbegehren 1 der Klage im Sinne von § 59 ZPO/ZH ist zu bejahen, soweit dieses überhaupt eine Voraussetzung für die Klageänderung darstellt; darauf ist untenstehend zurückzukommen. Die Klageänderungen sind zuzulassen.

Zu Rechtsbegehren 1.5 erklärt der Kläger 2, er mache keinen Anspruch aus dem IMA vom 7. März 2007 geltend. Er gesteht ein, aus diesem Vertrag nicht aktivlegi-

timiert zu sein. Da mit einer Klageänderung die fehlende Legitimation nicht behoben werden kann, ist diese für Rechtsbegehren 1.5 nicht zuzulassen. Damit bleibt es für den Kläger 2 beim Rechtsbegehren 1 gemäss der Klage. Da er erklärt, aus dem IMA keinen Anspruch zu erheben, ist Rechtsbegehren 1 der Klage in Bezug auf den Kläger 2 – wie obenstehend bereits ausgeführt – als durch Rückzug erledigt abzuschreiben.

Die Eventualbegehren 2.1 und 2.2 sind zuzulassen, da sie in engem Zusammenhang zum IMA vom 7. März 2007 stehen und es für eine Klageänderung nicht entscheidend ist, ob die Begehren bereits bei Klageeinleitung hätten gestellt werden können.

Die Subeventualbegehren 3.1 und 3.2 stützen sich auf Vermögensverwaltungsverträge, die bereits in der Klagebegründung thematisiert wurden. Diese stellen zum IMA vom 7. März 2007 einen benachbarten Sachverhalt dar, da sie ebenfalls den Anlagen bei der Beklagten zugrunde lagen. Die Subeventualbegehren sind somit zuzulassen.

Die Rechtsbegehren 4.1 bis 4.3 hängen sodann eng mit dem IMA vom 7. März 2007 zusammen, so dass auch die diesbezügliche Klageänderung zuzulassen ist. Eine andere Frage ist, ob die Vorbehalte der Klageänderung bzw. der Nachklage zulässig sind. Bereits hier kann darauf hingewiesen werden, dass es bei einer Teilklage möglich ist, den Vorbehalt einer Nachklage anzubringen (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., § 54 N 17). Eine Klageänderung kann jedoch nach Abschluss des Hauptverfahrens ohne Vorliegen eines Falls von § 115 Ziff. 1 oder § 61 Abs. 2 ZPO/ZH nicht vorbehalten werden.

Zu verneinen ist eine wesentliche Beeinträchtigung der Rechtsstellung der Beklagten oder eine ungebührliche Verzögerung des Verfahrens. Insbesondere wurde die Klageänderung vor dem Beweisverfahren beantragt und hätte über die Klage ohne Klageänderung nicht ohne Beweisverfahren sofort entschieden werden können.

2.5.3. Klageänderungen gemäss Stellungnahme zur Duplik und gemäss act. 56

2.5.3.1. Parteistandpunkte

Die Kläger machen geltend, aus Gründen der prozessualen Vorsicht und um nichts zu versäumen, würden der Kläger 1 und die Klägerin 3 den Begriff "Solidargläubiger" aus dem Eventualforderungsbegehren 2.1 sowie aus dem Sub-Eventualforderungsbegehren 3.1 streichen. Das sei zulässig, weil die Kläger mit dem Rechtsbegehren lediglich den Umfang des Streits umschreiben müssten, das Anfügen einer Begründung sowie die Nennung von Rechtsgründen sei unnötig (act. 51 Rz. 86). Weiter führen die Kläger aus, aus Gründen der prozessualen Vorsicht und um nichts zu versäumen, ergänzten der Kläger 1 und die Klägerin 3 ihre Rechtsbegehren 2.1 und 2.2 mit den entsprechenden Eventualforderungsbegehren in Schweizer Franken; sodann ergänzten der Kläger 2 sein Hauptforderungsbegehren 1.5 sowie der Kläger 1 und die Klägerin 3 ihre Subeventualforderungsbegehren 3.1 und 3.2 eventualiter mit Forderungsbeträgen in Schweizer Franken. Dieses Vorgehen sei gemäss § 61 ZPO zulässig (act. 51 Rz. 205 f.). Zu act. 56 bringen die Kläger vor, sie unterbreiteten die mit dem Klageänderungsvorbehalt 4.1. angekündigte Klageänderung mit Bezug auf die Hauptbegehren 1.2 und 1.4 (act. 56).

Die Beklagte erklärt dazu, die erneute Abänderung der Rechtsbegehren sei bereits aufgrund der Eventualmaxime unzulässig (act. 64 Rz. 8). Dass die Zulassung der Klageänderung zu einer ungebührlichen Verzögerung des Verfahrens führten, ergebe sich auch daraus, dass die Kläger neu den prozessualen Antrag betreffend Sistierung des Schadenersatzbegehrens 1.5 stellten (act. 64 Rz. 22 f.). Die Subeventualrechtsbegehren 3.1 und 3.2 stellten unzulässige Klageänderungen dar, weil schon bei Klageeinleitung die Forderungsklage möglich gewesen wäre. Soweit Schadenersatz in richterlich zu bestimmender Höhe verlangt werde, liege überdies eine unzulässige Klageänderung vor, weil sich das Begehren nicht mehr auf das IMA vom 7. März 2007, sondern die Vermögensverwaltungsverträge und unerlaubte Handlung stütze (act. 64 Rz. 27 f.).

2.5.3.2. Würdigung

Die Klageänderungen in der Stellungnahme zur Duplik erfolgten nach Abschluss des Hauptverfahrens, so dass sie nur zuzulassen sind, wenn sie sich auf einen Sachverhalt stützen, der sich erst durch die Duplik ergeben hat. Dies ist für die Begehren 1.5, 2.1, 2.2, 3.1 und 3.2 zu verneinen, da die Klägerin die Klage nicht aufgrund neuer tatsächlicher Behauptungen der Beklagten, sondern aufgrund deren rechtlichen Vorbringen geändert hat. Sodann hätte auch der Grundsatz der Eventualmaxime verlangt, dass die Klägerin ihre Eventualbegehren in den Rechtsbegehren 2.1, 2.2, 3.1 und 3.2 spätestens mit der Replik hätte stellen müssen. Die Klageänderung der Begehren 1.5, 2.1, 2.2, 3.1 und 3.2 ist damit nicht zuzulassen.

Zuzulassen ist die Klageänderung bezüglich der Begehren 1.2 und 1.4 gemäss act. 56 aufgrund der erst zwischenzeitlich eingetretenen Fälligkeit. Zu verneinen ist diesbezüglich eine wesentliche Beeinträchtigung der Rechtsstellung der Beklagten oder eine ungebührliche Verzögerung des Verfahrens. Insbesondere wurde die Klageänderung vor dem Beweisverfahren beantragt und hätte über die Klage ohne Klageänderung nicht ohne Beweisverfahren sofort entschieden werden können.

2.5.4. Klageänderungen mit der Eingabe vom 16. Juni 2011 (act. 108)

2.5.4.1. Parteistandpunkte

Der Kläger 1 und die Klägerin 3 weisen darauf hin, dass sie in ihrer Stellungnahme zur Duplik vom 24. August 2009 (act. 51) und mit ihrer Klageänderung vom 11. November 2009 (act. 56) je die Gutschrift auf das Konto/Depot Nr. 5 mit der Bezeichnung "C._____ Foundation" bei der Beklagten verlangt hätten. Dieses Konto (inkl. Subaccounts) würde heute nicht mehr bestehen, da es nach Abschluss des Abzugs der Vermögenswerte bei der Beklagten per 11. März 2011 saldiert und von der Beklagten anschliessend per 15. März 2011 geschlossen worden sei (act. 108 Rz. 6 f.). Zufolge der Saldierung und Schliessung dieses Kontos sei die vorliegende Klageänderung unumgänglich (act. 108 Rz. 9). Der neue Anspruch stehe mit dem bisher geltend gemachten in engem Zusammenhang, weil sich beide auf die gleichen Tatsachen und Rechtsgründe stützen wür-

den und lediglich die Gutschrift eines bestimmten Betrags auf ein anderes Konto verlangt werde. Praktisch gehe es um die "technische Erfüllung" eines den Klägern durch das Urteil zuzusprechenden Betrags, weshalb die Stellung der Beklagten im vorliegenden Verfahren durch diese Klageänderung nicht tangiert werde, weil ihr dadurch keine Nachteile erwachsen würden. Weiter werde das Verfahren durch diese Klageänderung auch nicht verzögert (act. 108 Rz. 10).

Die Ausformulierung resp. Bezifferung der Hauptbegehren 1.1 und 1.2 stelle keine inhaltliche Änderung, sondern bloss eine Verdeutlichung der Rechtsbegehren dar. Diese Verdeutlichung sei zulässig. Im Ergebnis habe die Beklagte den Klägern nach dieser Verdeutlichung der Rechtsbegehren dieselbe Summe zu leisten resp. zu überweisen, die sie gemäss den Rechtsbegehren vor der Verdeutlichung zu leisten bzw. gutzuschreiben gehabt hätte. Daraus folge, dass die Verdeutlichung keine Klageänderung darstelle. Dasselbe gelte, soweit die Beträge der Verzugszinsen ausgerechnet würden (act. 108 Rz. 14). Aus den gleichen Gründen sei auch durch die zulässige Klageänderung mit Bezug auf das Eventualbegehren 2.1 das Konto Nr. ... lautend auf "C._____" bei der Bank I._____ als neue Zahlstelle zu bezeichnen. Der Kläger 1 und die Klägerin 2 würden mit Bezug auf das Eventualbegehren 2.1 ebenfalls eine Ausformulierung resp. Bezifferung vornehmen, wobei diese Verdeutlichungen ebenfalls zulässig seien (act. 108 Rz. 16).

Die Beklagte führt aus, die Kläger würden mit ihrer Eingabe vom 16. Juni 2011 nach den Klageänderungen in act. 16 und act. 56 nunmehr ihre dritte Klageänderung präsentieren und würden bereits ihre vierte Klageänderung androhen. Eine derartige Häufung von Klageänderungen sei zunächst mit dem Grundsatz der Eventualmaxime nicht vereinbar (act. 117 Rz. 18). Die andauernden Klageänderungen der Kläger seien aber auch mit dem Zweck der Klageänderung kaum vereinbar. Dieser liege darin, eine möglichst kostengünstige, rasche und endgültige Erledigung zu erreichen. Dieser Zweck werde nur erreicht, wenn durch die Klageänderung die Rechtsstellung des Beklagten nicht über Gebühr beeinträchtigt und das Verfahren nicht ungebührlich verzögert werde (act. 117 Rz. 19). Die erneut abgeänderten Rechtsbegehren seien nur schon deshalb nicht zuzulassen, weil damit eine ursprünglich bereits unzulässige Klageänderung erneut abgeändert

werde (act. 117 Rz. 20). Die erneuten Klageänderungen seien aber auch darum nicht zuzulassen, weil bei deren Zulassung die Rechtsstellung der Beklagten wesentlich beeinträchtigt bzw. das Verfahren ungebührlich verzögert werde. Diese zeige sich bereits daran, dass die Kläger in act. 108 Rz. 18 weitere Klageänderungen ankündigen würden, was – bei deren Zulassung – unweigerlich eine weitere Verzögerung des Verfahrens durch einen weiteren Schriftenwechsel mit sich bringen würde. Denn der Beklagten wäre zur Wahrung des rechtlichen Gehörs zumindest Gelegenheit zu geben, zur neuerlichen Klageänderung und deren Begründung Stellung zu nehmen. Es sei deshalb anerkannt, dass eine Klageänderung, die – wie vorliegend – nach dem Beweisabnahmebeschluss vorgenommen werde, in der Regel zu einer Verzögerung über Gebühr i.S.v. § 61 Abs. 1 ZPO/ZH führe. Die Beklagte würde sich sodann nach Abschluss des Hauptverfahrens (nochmals) mit einer neuen Klage konfrontiert, d.h. ihre Stellung würde dadurch wesentlich beeinträchtigt (act. 117 Rz. 21).

2.5.4.2. Würdigung

Mit dem Kläger 1 und der Klägerin 3 ist davon auszugehen, dass eine Modifikation der Rechtsbegehren angesichts des mittlerweile nicht mehr existierenden Kontos Nr. 5 mit der Bezeichnung "C._____ Foundation" unumgänglich geworden ist. Zu verneinen ist diesbezüglich eine wesentliche Beeinträchtigung der Rechtsstellung der Beklagten oder eine ungebührliche Verzögerung des Verfahrens, auch wenn die Modifikation der Rechtsbegehren nach dem Beweisverfahren beantragt worden ist. Die Klageänderungen bzw. -ergänzungen sind somit zuzulassen. Soweit die Kläger indessen die Verpflichtung der Beklagten zur Leistung in Schweizerfranken beantragen – neu auch für Rechtsbegehren 1.1 und 1.2 – sind die Klageänderungen jedoch nicht zuzulassen, da sie sich nicht auf einen neuen Sachverhalt stützen (vgl. Ziff. 2.5.3.2. hiervor).

2.5.5. Änderung des Betreffnisses der Klage

Als Folge der Klageänderungen war das Betreffnis der Klage im Rubrum von "Feststellung und Rechenschaftsablegung" in "Forderung" zu ändern.

2.6. Rechtsschutzinteresse

2.6.1. Feststellungsklage

2.6.1.1. Parteistandpunkte

Die Kläger bringen vor, ihr Rechtsschutzbedürfnis an der Feststellungsklage ergebe sich aus der Weigerung der Beklagten, das IMA für ihre bei der Beklagten geführten Kontobeziehungen anzuerkennen. Dadurch sei für sie ungewiss, ob die IMA Bestand hätten. Weil deren Laufzeit andauere und ihre Ansprüche erst im März 2008 resp. gegebenenfalls sechs Monate später fällig würden, besässen sie keine Möglichkeit, eine Leistungs- oder eine andere Klage zu erheben. Der Fortbestand dieser Ungewissheit sei für sie angesichts ihrer bei der Beklagten im Rahmen der IMA deponierten Vermögenswerte von über EUR 30 Mio. unzumutbar, und sie seien dadurch in ihrer wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit behindert. Sie hätten weiter ein manifestes Interesse daran, dass ihre Vermögenswerte von der Beklagten gemäss den in den IMA vertraglich vereinbaren Bedingungen weiterbewirtschaftet würden. Auch dieser Fortbestand der Ungewissheit, ob sich die Beklagte weiterhin weigern werde, sämtliche Vertragsbestimmungen der IMA mit Bezug auf ihre bei der Beklagten geführten Kontobeziehungen korrekt zu erfüllen, sei für die Kläger unzumutbar (act. 1 Rz. 57 f.).

Die Beklagte erklärt, es sei nicht auszumachen, inwiefern die Kläger in ihrer wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit beschränkt sein sollten. Diese wüssten, dass die Beklagte die Gültigkeit des IMA bestreite. Die Kläger könnten die bestehenden vertraglichen Vereinbarungen mit der Beklagten ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist auflösen. Die Beklagte habe im Übrigen seit Bekanntwerden der Machenschaften der Nebenintervenientin nie einen Zweifel darüber gelassen, dass sie das IMA nicht anerkenne. Es könne daher nicht gesagt werden, für die Kläger würde eine Ungewissheit darüber bestehen, ob sich die Beklagte weiterhin weigern werde, sämtliche Vertragsbestimmungen der IMA zu erfüllen (act. 11 Rz. 130).

2.6.1.2. Rechtliches

Auf Klagen betreffend Feststellung des Bestehens eines Rechtsverhältnisses wird nur eingetreten, wenn ein rechtliches Interesse an der Feststellung besteht (§ 59 ZPO/ZH). Als Rechtsschutzinteresse ist ein rechtliches, d. h. rechtserhebliches Interesse an der gerichtlichen Feststellung eines Rechts oder Rechtsverhältnisses vorausgesetzt. Es ist unter folgenden Voraussetzungen gegeben: 1. Ungewissheit, Unsicherheit oder Gefährdung der Rechtsstellung des Klägers, 2. Unzumutbarkeit der Fortdauer dieser Rechtsungewissheit und 3. Unmöglichkeit der Behebung der Ungewissheit auf andere Weise, insbesondere nicht durch Leistungs- oder Gestaltungsklage. Wenn eine Leistungsklage möglich ist, ist die Feststellungsklage aber ausnahmsweise zulässig zur Feststellung des Rechtsverhältnisses für die Zukunft, wenn nur Teilleistungen fällig sind. Ein rechtliches Interesse liegt vor, wenn die gerichtliche Feststellung erforderlich ist, um eine Ungewissheit zu beseitigen, durch welche der Kläger in seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit behindert ist. Die Erhebung einer Feststellungsklage neben einer Leistungsklage ist zulässig, wenn nicht nur die fällige Leistung verlangt, sondern die Gültigkeit des ihr zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses auch für dessen künftige Abwicklung festgestellt werden soll. Fehlen die Voraussetzungen, so ist auf die Feststellungsklage nicht einzutreten (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., § 59 N 13, 19 u. 28).

2.6.1.3. Würdigung

Im *Zeitpunkt der Klageerhebung* war die Rechtsstellung der Kläger ungewiss, da sie nicht wussten, ob sie ihren Standpunkt rechtlich durchsetzen können, wonach die Beklagte das IMA gegen sich gelten lassen muss. Nicht entscheidend ist die Bestreitung des Anspruchs durch die Beklagte, könnte doch ansonsten nie eine Feststellungsklage erhoben werden, da es nur zu einer solchen kommt, wenn die Gegenseite nicht bereit ist, den Anspruch zu anerkennen. Die Kläger waren sodann in ihrer wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit behindert, da es ihnen angesichts des bei der Beklagten angelegten Millionenvermögens nicht zumutbar war, die gerichtliche Klärung der Frage, ob die Beklagte das IMA gegen sich gelten zu lassen hat, weiter aufzuschieben bzw. dieses vorzeitig zu kündigen und damit der ihrer Ansicht nach geschuldeten Rendite verlustig zu gehen. Das Fortdauern die-

ser Rechtsungewissheit war für die Kläger somit unzumutbar. Schliesslich konnten sie zum Zeitpunkt der Klageeinleitung mangels Fälligkeit ihres behaupteten Anspruchs aus dem IMA auch keine Leistungsklage erheben. Damit ist die Zulässigkeit der Feststellungsklage zu bejahen.

Ebenso sind die Feststellungsbegehren 1.2 und 1.4 gemäss Replik zulässig, da in jenem Zeitpunkt erst die Zahlung für das erste Investitionsjahr fällig war und es um die Feststellung des Rechtsverhältnisses für die Zukunft ging.

2.6.2. Vorbehalte

2.6.2.1. Parteistandpunkte

Betreffend die Klageänderungs- und Nachklagevorbehalte gemäss Rechtsbegehren 4 der Replik führen die Kläger aus, falls das Verfahren am 1. September 2009 noch nicht rechtskräftig abgeschlossen sein sollte, dürften der Kläger 1 und die Klägerin 3 die Feststellungsbegehren (1.2 und 1.4) in Leistungsbegehren umwandeln. Falls das Verfahren bis zum 31. Dezember 2009 nicht rechtskräftig abgeschlossen sei, hätten der Kläger 1 und die Klägerin 3 das Recht, sich ihre Guthaben gemäss den Haupt- und Eventualforderungsbegehren an eine noch zu bezeichnende Zahl- oder Depotstelle leisten zu lassen. Diese Klageänderungsvorbehalte würden bereits jetzt angebracht. Der generelle Nachklagevorbehalt decke den Fall ab, dass noch mehr Vermögensdelikte der Nebenintervenientin (oder von anderen Mitarbeitern der Beklagten) zum Vorschein kommen sollten (act. 16 Rz. 180 f.).

Die Beklagte macht geltend, für Rechtsbegehren 4 der Replik gebe es kein Rechtschutzinteresse. Das Gericht habe von keinen Klageänderungs- oder Nachklagevorbehalten der Kläger Vormerk zu nehmen. Klageänderungen seien entweder zulässig oder unzulässig, sie würden nicht von irgendwelchen Vorbehalten abhängen (act. 42 Rz. 40; act. 64 Rz. 29).

2.6.2.2. Rechtliches

Nach der Dispositionsmaxime kann sich der Kläger damit begnügen, einen nicht individualisierten Teilbetrag einer grösseren Gesamtforderung als sog. Teilklage

geltend zu machen. Alsdann kann im Dispositiv nicht der ganze Anspruch zugesprochen oder abgewiesen werden. Die materielle Rechtskraft des Urteils erstreckt sich nur auf den eingeklagten Teil. Der Vorbehalt einer Nachklage ist deshalb grundsätzlich nicht erforderlich, im einzelnen Fall aber zwecks Vermeidung von Unklarheit, ob auf den Rechtsanspruch verzichtet wird, empfehlenswert (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., § 54 N 17).

2.6.2.3. Würdigung

Die Rechtsbegehren 4.1 und 4.2 (letzteres lediglich in Bezug auf die Hauptforderungsbegehren 1.1 und 1.2) erweisen sich nach den entsprechenden Klageänderungen als gegenstandslos und brauchen nicht geprüft zu werden. Sie sind als gegenstandslos geworden abzuschreiben.

Das Rechtsbegehren 4.2 hinsichtlich der Hauptforderungsbegehren 1.3 und 1.4 ist abzuweisen, da bei gegebenen Voraussetzungen eine Nachklage vorbehalten werden kann, nicht aber eine Klageänderung.

Das Rechtsbegehren 4.3 umfasst sodann einen generellen Nachklagevorbehalt, ohne dass die Kläger ausführen würden, von welcher Gesamtforderung sie nur einen Teilbetrag eingeklagt hätten. Damit ist Rechtsbegehren 4.3 abzuweisen.

2.7. Noven

2.7.1. Parteistandpunkte

Die Beklagte macht geltend, die act. 51, 53, 56 und 61 enthielten wiederholt und in unzulässiger Weise völlig neue Tatsachenbehauptungen und Bestreitungen. Auf diese weist sie im Einzelnen hin (act. 64 Rz. 31 ff.). Die Kläger bestreiten dies (act. 68 Rz. 4 ff.).

2.7.2. Rechtliches

Gemäss § 114 ZPO/ZH sind die Parteien mit Anträgen zur Sache, Tatsachenbehauptungen, Einreden und Bestreitungen ausgeschlossen, die sie in ihrer letzten Rechtsschrift nicht vorgebracht haben. Die letzte Rechtsschrift der Kläger war die

Replik, diejenige der Beklagten die Duplik (Beschluss des Kassationsgerichts des Kantons Zürich vom 8. Oktober 2008, Kass.-Nr. AA070172, E. II.13.a). Die Ausnahmen von § 115 ZPO/ZH sind eng auszulegen; im Zweifel darf auf ein Novum nicht mehr eingetreten werden (Frank/Sträuli/ Messmer, a.a.O., § 115 N 1).

Ausgenommen von § 114 ZPO/ZH sind gemäss § 115 Ziff. 2 ZPO/ZH u.a. Behauptungen, die durch neu eingereichte Urkunden sofort bewiesen werden können. Gemäss dieser Bestimmung bleibt das Verschulden einer Partei an der Säumnis unberücksichtigt, wenn der Prozess keine Verzögerung erfährt. Eine neu eingereichte Urkunde ist zu berücksichtigen, wenn dadurch eine klare Rechtslage geschaffen wird oder erhebliche Gegenbehauptungen des Gegners ohne weiteres Beweisverfahren widerlegt werden können (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., § 115 N 8). Unstatthaft sind Verzögerungen des Prozesses wegen neuer Beweiserhebungen bzw. Sachverhaltsermittlungen (Zirkulationsbeschluss des Kassationsgerichts des Kantons Zürich vom 16. November 2004, Kass.-Nr. AA040128, E. II.2.3.2). Die Vorschrift stellt für die Zulässigkeit von Noven einzig auf die Liquidität, d.h. sofortige Beweisbarkeit, der neuen Vorbringen und damit auf den Umstand ab, dass deren nachträgliche Berücksichtigung wegen der Entbehrlichkeit beweismässiger Weiterungen zu keiner Verfahrensverzögerung führt (Zirkulationsbeschluss des Kassationsgerichts des Kantons Zürich vom 15. Januar 2010, Kass.-Nr. AA090146, E. II.3.3.3.c).

2.7.3. Würdigung

Mit Verfügung vom 17. April 2009 wurde den Klägern Frist angesetzt, um zu den neuen Behauptungen und Beilagen der Duplik Stellung zu nehmen (Prot. S. 15), worauf die Kläger mit Eingabe vom 24. August 2009 ihre entsprechende Stellungnahme einreichten (act. 51). Auf die Frage von unzulässigen Noven ist – soweit erforderlich und relevant – bei den jeweiligen Behauptungen zurückzukommen.

2.8. Sistierung der Schadenersatzbegehren

2.8.1. Parteistandpunkte

Die Kläger stellen mit ihrer Stellungnahme zu den neuen Behauptungen und Beilagen der Duplik folgende Anträge (act. 51 S. 6 f.):

> "1. Es sei die Behandlung der Schadenersatzbegehren gemäss den Rechtsbegehren 1.5., 3.1. und 3.2. im vorliegenden Verfahren zu einem späteren, gerichtlich zu bestimmenden Zeitpunkt vorzunehmen und bis dann zu sistieren;
>
> 2. Es sei den Klägern nach Wiederaufnahme des gemäss dem prozessualen Antrag Ziff. 1 sistierten Verfahrens eine Frist von zwei Monaten anzusetzen, um das Quantum mit Bezug auf die Schadenersatzbegehren gemäss den Rechtsbegehren 1.5., 3.1. und 3.2. definitiv zu bestimmen und zu begründen;
>
> 3. Eventualiter: Es sei den Klägern nach Herausgabe der von den Klägern bei der Beklagten deponierten Vermögenswerte per 31. Dezember 2009 eine Frist von zwei Monaten anzusetzen, um das Quantum mit Bezug auf die Schadenersatzbegehren gemäss Rechtsbegehren 1.5., 3.1. und 3.2. definitiv zu bestimmen und zu begründen."

Die Kläger führen dazu aus, die prozessualen Anträge würden aus prozessökonomischen Gründen gestellt: Es sei sinnvoll und angezeigt, dass zuerst über die Forderungsklagen aus Vertrag (Rechtsbegehren 1.1, 1.2, 1.3, 1.4) und dann – falls noch notwendig – über die Forderungsklagen auf Rückerstattung (Rechtsbegehren 2.1, 2.2) geurteilt werde. Erst danach – im Falle einer Abweisung dieser zwei Forderungsklagen – wären die Rechtsbegehren 1.5, 3.1 und 3.2 auf Schadenersatz zu behandeln. Da das Quantum der beiden Forderungsklagen im Gegensatz zum mit den Rechtsbegehren 1.5, 3.1 und 3.2 eingeklagten Schadenersatz einfach zu berechnen sei, rechtfertige es sich, gestützt auf § 116 ZPO/ZH das Prozessthema zu beschränken und die Behandlung dieser Rechtsbegehren zeitlich hintan zu stellen. Die Beschränkung des Prozessthemas rechtfertige sich auch aus einem zweiten Grund: Erst nach Herausgabe der von ihnen bei der Beklagten deponierten Vermögenswerte per 31. Dezember 2009 zufolge Kündigung würden sie in der Lage sein, das Quantum der Schadenersatzbegehren gemäss Rechtsbegehren 1.5, 3.1 und 3.2 definitiv zu bestimmen und zu begründen. Sollte das Gericht der beantragten Beschränkung des Prozessthemas nicht zustimmen wollen, sei den Klägern die gemäss dem prozessualen Antrag Ziff. 3 genannte Frist zu gewähren, um das Quantum der Schadenersatzbegehren gemäss den Rechtsbegehren 1.5, 3.1 und 3.2 definitiv zu bestimmen und zu begründen (act. 51 Rz. 7).

Die Beklagte erklärt, sie widersetze sich diesen Anträgen, mit welchen die Kläger zu kaschieren versuchen würden, dass sie überstürzt und verfrüht diesen Prozess anhängig gemacht hätten (act. 64 Rz. 30).

2.8.2. Rechtliches

Gemäss § 53a Abs. 1 ZPO/ZH kann das Verfahren aus zureichenden Gründen eingestellt werden. § 116 ZPO/ZH ermöglicht dem Gericht, das Hauptverfahren zunächst auf einzelne Fragen zu beschränken, wenn anzunehmen ist, der Prozess lasse sich dadurch vereinfachen.

2.8.3. Würdigung

Eine Sistierung von einzelnen Rechtsbegehren ist nicht vorgesehen. Auch eine Beschränkung des Hauptverfahrens gemäss § 116 ZPO/ZH kommt hier nicht in Frage, da dieses mit der Duplik grundsätzlich abgeschlossen war. Sodann ist nicht ersichtlich, weshalb den Klägern die Möglichkeit zur definitiven Bestimmung des Quantums der Schadenersatzbegehren 1.5, 3.1 und 3.2 einzuräumen wäre, nachdem sie einen Schadenersatzbetrag in gerichtlich zu bestimmender Höhe zuzüglich genau bezifferter Beträge fordern und sie in ihren Rechtsschriften bereits die Möglichkeit hatten, ihre Begehren zu begründen. Der Antrag der Kläger ist damit abzuweisen.

2.9. Einreichung des Originals des IMA (act. 34) durch die Kläger

2.9.1. Parteistandpunkte

Die Kläger reichten mit der Klage eine Kopie des IMA vom 7. März 2007 ein (act. 3/4).

Mit Eingabe vom 15. Dezember 2008 verlangt die Beklagte, die Kläger seien in Anwendung von § 134 ZPO/ZH vor Ablauf der Frist zur Einreichung der Duplik aufzufordern, das Original des IMA vom 7. März 2007 einzureichen. Dies erscheine auch im Lichte der Prozessökonomie als zulässig und geboten, damit die Beklagte im Rahmen der Duplik dazu Stellung nehmen könne. Auch dürfe ange-

nommen werden, dass sich durch die Vorlage des Originals des IMA vom 7. März 2007 ein weitläufiges Beweisverfahren erübrigen werde (act. 22 Rz. 4).

Die Kläger erklären mit Eingabe vom 5. Januar 2009, sie hätten gesetzeskonform im Hauptverfahren eine Kopie des IMA eingereicht und würden für das Beweisverfahren auf gerichtliche Anordnung hin die Einreichung des Originals offerieren. Dieses Vorgehen sei gewählt worden, um das Original nicht einfach aus der Hand zu geben bzw. zu riskieren, dass solche Unterlagen abhanden kommen könnten. Einer Aufforderung der Beklagten auf Vorlage von Beweismitteln hätten die Kläger nicht nachzukommen, schon gar nicht von Originalen. Die Kläger müssten solches erst auf gerichtliche Aufforderung hin tun, und das hätten sie offeriert. Die Beklagte habe nicht substantiiert, weshalb sie das Original der IMA für die Erarbeitung der Duplik benötige, und sie substantiiere auch mit keinem Wort, weshalb sich durch die Vorlage des Originals ein weitläufiges Beweisverfahren erübrigen sollte (act. 28 Rz. 7 ff.). Auf die entsprechende gerichtliche Aufforderung vom 16. Januar 2009 hin (Prot. S. 11 f.; act. 30) reichten die Kläger mit Eingabe vom 22. Januar 2009 die Urkunde gemäss act. 34 als Original des IMA vom 7. März 2007 ein (act. 33).

Mit der Duplik vom 14. April 2009 macht die Beklagte geltend, die Kläger würden dem Gericht zwar weismachen wollen, sie hätten mit Klagebeilage 224 (act. 34) fristgemäss das Original von Klagebeilage 4 (act. 3/4) eingereicht. Ein Vergleich der beiden Dokumente ergebe indessen eindeutig, dass dem nicht so sei. Die gesamte Darstellung der Kläger zum angeblichen Abschluss des IMA erscheine unglaubwürdig. Die Echtheit dieser Urkunde werde bestritten. Ferner sei act. 34 unvollständig eingereicht worden, indem es anders als act. 3/4 die AGB nicht enthalte, und daher als unvollständig im Sinne von § 186 ZPO/ZH aus dem Recht zu weisen. Man könne auch nicht annehmen, bei act. 3/4 handle es sich um eine von der Nebenintervenientin dem Kläger 1 per PDF übermittelte Kopie: Zwar habe der Kläger 1 ein solches PDF verlangt, doch habe der Kläger 1 die Zusendung verlangt, bevor er selber den Vertrag unterschreiben würde. Die Kopie gemäss act. 3/4 trage aber seine Unterschrift. Aus der eingereichten Korrespondenz sei auch nicht ersichtlich, dass zu einem späteren Zeitpunkt die Nebenintervenientin

einen beidseitig unterzeichneten Vertrag an den Kläger 1 als PDF gesandt habe (act. 42 Rz. 8 u. 272 ff.).

Die Kläger entgegnen dazu, act. 34 sei das Original des IMA vom 7. März 2007 und liege als Beweismittel bei den Prozessakten. Aus der Originalurkunde gemäss act. 34 sei ersichtlich, dass sie rechtsgültig unterzeichnet sei und auch die Originalunterschrift von J._____ trage. Dass act. 3/4 nicht die Kopie von act. 34 sei, sei irrelevant und rühre daher, dass die Kläger act. 3/4 als PDF-Dokument von der Nebenintervenientin erhalten und bei Klageeinreichung übersehen hätten, dass sie act. 3/4 und nicht eine Kopie von act. 34 eingereicht hätten. Act. 34 hätten die Kläger als "ihr" Original in ihrem Besitz stets im Tresor aufbewahrt und auf gerichtliche Aufforderung hin mit act. 33 zu den Prozessakten gegeben. Es sei erstellt, dass die fragliche Unterschrift auf dem Original des IMA gemäss act. 34 von J._____ stammen würde (act. 51 Rz. 10).

Die Beklagte weist in der Eingabe vom 13. Januar 2010 erneut darauf hin, dass act. 34 nicht identisch mit act. 3/4 sei. Aus dem Folienvergleich der beiden Dokumente (act. 43/32 S. 5) gehe deutlich hervor, dass die Unterschriften von J._____ nicht identisch seien. Die Begründung der Kläger, es sei zu einer Verwechslung mit einer PDF-Datei gekommen, könne darüber nicht hinwegtäuschen und werde zurückgewiesen. Die Kläger würden nicht darlegen, weshalb die beiden Dokumente voneinander abweichen würden. Im Weiteren sei bereits dargelegt worden, dass act. 34 unvollständig eingereicht worden sei, weshalb eine Ausweisung aus dem Recht zu erfolgen habe (act. 64 Rz. 154). In ihrer Stellungnahme zum Ergebnis des Beweisverfahrens vom 19. November 2012 stellt die Beklagte u.a. den Antrag, vor Fortsetzung des Verfahrens seien die Urkunden gemäss act. 3/4 und act. 34 aus dem Recht zu weisen (act. 143 S. 3). Zur Begründung erklärt sie, es sei erstellt, dass es die Kläger trotz der Aufforderung des Gerichts gemäss Beschluss vom 16. Januar 2009 versäumt hätten, das Original von act. 3/4 zu den Akten zu reichen. Die Kläger hätten denn auch eingestehen müssen, dass act. 3/4 nicht die Kopie von act. 34 sei. Es sei daher androhungsgemäss zu verfahren und act. 3/4 sowie act. 34 aus dem Recht zu weisen. Act. 34 sei ferner aus den Akten zu weisen, weil das Agreement unvollständig sei (act. 143 Rz. 51). Man könne sich nicht während des gesamten Behauptungsverfahrens eines Pro-

zesses auf die Kopie eines gefälschten Dokuments stützen und auf entsprechende gerichtliche Aufforderung hin ein völlig anderes Dokument als Original einreichen, das nun plötzlich mit der echten Unterschrift von J._____ versehen sein solle (act. 143 Rz. 52).

2.9.2. Rechtliches

Gemäss § 113 ZPO/ZH sollen Beweismittel schon im Hauptverfahren vorgelegt oder bezeichnet werden. Dabei handelt es sich indessen um eine blosse Ordnungsvorschrift (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., Rz. 18 zu § 113). Auf gerichtliche Anordnung hin hat eine Partei die sich in ihrem Gewahrsam befindlichen Urkunden einzureichen. Weigert sich die Partei, eine Urkunde vorzulegen, gibt sie über deren Verbleib keine Auskunft oder hat sie die Urkunde beseitigt, so würdigt das Gericht ihr Verhalten nach § 148 ZPO/ZH (§ 183 ZPO/ZH). Das Gericht kann die Edition aus Zweckmässigkeitsgründen (§ 134 Abs. 1 ZPO/ZH) oder zur Beweissicherung (§ 135 ZPO/ZH) auch schon im Hauptverfahren speziell anordnen. Grundsätzlich können Urkunden in Kopie eingereicht werden, wobei das Gericht die Vorlage des Originals oder einer amtlich beglaubigten Kopie verlangen kann (§ 185 Abs. 1 ZPO/ZH). Im Streitfall ist es Sache der richterlichen Beweiswürdigung, ob auf die Kopie abgestellt werden kann oder die Vorlage des Originals bzw. einer beglaubigten Abschrift verlangt werden muss, weil eine Verfälschung nicht ausgeschlossen ist oder es auf Einzelheiten besonders ankommt (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., § 185 Rz. 1). Schliesslich besagt § 186 Abs. 1 ZPO/ZH, dass jede Urkunde vollständig vorgelegt werden muss. Bezieht sich eine Urkunde auf andere Urkunden, wie Nebenverträge oder Rechnungsbeilagen, sind auch diese einzureichen. Dieser Vorschrift kommt allerdings ebenfalls lediglich Ordnungscharakter zu (ErgBd. Frank zu Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 2000, § 186 Rz. 1).

Wo das Gesetz die Folgen der Versäumnis einer Frist nicht festsetzt, bestimmt sie das Gericht (§ 196 GVG/ZH). Die Androhung der Versäumnisfolgen im einzelnen Fall stellt einen Akt der Prozessleitung dar, der als solcher von der Rechtskraft nicht erfasst wird. Deshalb ist der Richter an die einmal ausgesprochene Androhung nicht gebunden. Er kann von sich aus oder auf Antrag einer Partei die erlas-

sene Androhung jederzeit in Wiedererwägung ziehen und sie aufgrund veränderter Anschauung widerrufen oder durch eine andere ersetzen. Für alle Fälle, in denen der Richter die Versäumnisfolgen festlegen darf, stellt § 196 GVG/ZH den Grundsatz auf, dass die Androhung nicht weitergehen darf, als der ordentliche Fortgang des Prozesses es erfordert. Die Folgen der Fristversäumnis dürfen deshalb nicht strenger angesetzt werden, als der Zweck der Fristansetzung es erfordert (Hauser/Schweri, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, § 196 N 7 und 13).

2.9.3. Würdigung

Die Einreichung des Originals des IMA vom 7. März 2007 war mit der Begründung angeordnet worden, dass ein allfälliger Vorhalt des Originaldokuments im Rahmen der Befragung der Nebenintervenientin, welche die Aussage verweigert hatte (Prot. S. 17 ff.), authentischer durchgeführt werden könne. Weiter wurde festgehalten, dass kein Grund bestehe, der Beklagten bis zur Einreichung dieser Originale die Frist zur Erstattung der Duplik abzunehmen (act. 30 S. 5). Mit den Klägern ist denn auch davon auszugehen, dass die Beklagte nicht darlegt, weshalb sie das Original der IMA für die Erarbeitung der Duplik benötigt hätte und sich durch die Vorlage der Originale ein weitläufiges Beweisverfahren hätte erübrigen sollen. Abgesehen davon wurde das Original gemäss act. 34 aber sowieso über zweieinhalb Monate vor Einreichung der Duplik zu den Akten erhoben (act. 33; act. 34; act. 42). Die Beklagte konnte sich deshalb in der Duplik ausführlich zu dieser Urkunde äussern.

Betreffend die Urkunde gemäss act. 34 ist eine Ausweisung aus dem Recht bereits aufgrund der fehlenden entsprechenden Androhung nicht angezeigt. Ferner ist act. 34 entgegen der Ansicht der Beklagten auch nicht aufgrund einer allfälligen Unvollständigkeit aus dem Recht zu weisen, da es sich bei § 186 ZPO/ZH wie erwähnt um eine Ordnungsvorschrift handelt.

Nachdem die Kläger mit der Urkunde gemäss act. 34 ein Original des IMA vom 7. März 2007 eingereicht haben, ist es für den Prozessfortgang nicht erforderlich, die Urkunde gemäss act. 3/4 androhungsgemäss aus dem Recht zu weisen,

weshalb die Säumnisfolge (Satz 2) in Dispositiv Ziff. 2 des Beschlusses vom 16. Januar 2009 in Wiedererwägung zu ziehen und mangels Relevanz aufzuheben ist. Keine Rolle spielt dabei, dass die Urkunde gemäss act. 3/4 keine Kopie der Urkunde gemäss act. 34 ist; es stellt im Geschäftsleben den Normalfall dar, dass mehrere Vertragsexemplare angefertigt werden, weshalb die Beklagte aus dem Umstand, dass mehrere Exemplare des IMA vom 7. März 2007 bestehen, nichts für sich ableiten kann. Der Darstellung der Beklagten im Hinblick auf die Urkunde gemäss act. 3/4, wonach der Kläger 1 die Zusendung des unterzeichneten IMA im PDF-Format per E-Mail verlangt habe, bevor er selber den Vertrag unterschreiben würde, widersprechen die Kläger zumindest insofern, als sie sich auf den Standpunkt stellen, der Kläger 1 habe der Beklagten das durch ihn bereits unterzeichnete IMA am 7. März 2007 per E-Mail im PDF-Format zur Gegenzeichnung zugesandt (act. 16 Rz. 81). Ohnehin ist im Zusammenhang mit der Einreichung der Urkunde gemäss act. 34 als Original des IMA vom 7. März 2007 irrelevant, wie die Kläger in den Besitz der Urkunde gemäss act. 3/4 gekommen sind. Auf die Möglichkeit, dass es sich bei der Urkunde gemäss act. 3/4 eventuell um eine Fälschung handelt und den Umstand, dass sowohl die Urkunde gemäss act. 34 als auch jene gemäss act. 3/4 eine leere Seite als Anhang ("Schedule 1") enthalten, ist im Rahmen der Beweiswürdigung einzugehen.

Zum Einwand der Beklagten, man könne sich nicht während des gesamten Behauptungsverfahrens eines Prozesses auf die Kopie eines gefälschten Dokuments stützen und auf entsprechende gerichtliche Aufforderung hin ein völlig anderes Dokument als Original einreichen, das nun plötzlich mit der echten Unterschrift von J._____ versehen sein solle, ist schliesslich festzuhalten, dass es (nach zürcherischem Prozessrecht) grundsätzlich nicht zwingend ist, sich in der Behauptungsphase eines Prozesses überhaupt auf irgendwelche Dokumente zu stützen, da es sich bei der entsprechenden Bestimmung (§ 113 ZPO/ZH letzter Satz) – wie erwähnt – um eine Ordnungsvorschrift handelt. Erst auf gerichtliche Anordnung hin hat eine Partei die sich in ihrem Gewahrsam befindlichen Urkunden einzureichen und erst im Beweisverfahren hat sie die durch die Gegenpartei bestrittenen Behauptungen zu beweisen.

2.10. Bedeutung des Strafurteils gegen die Nebenintervenientin

2.10.1. Parteistandpunkte

Mit Eingabe vom 4. Dezember 2012 reichte die Beklagte das Strafurteil des Bezirksgerichts Zürich gegen die Nebenintervenientin vom 1. November 2012 als Novum ein, mit welchem die Nebenintervenientin u.a. der mehrfachen Urkundenfälschung im Sinne von Art. 251 Ziff. 1 StGB schuldig gesprochen wurde (act. 145; act. 146). Sie macht geltend, nachdem der dem Strafurteil zugrunde liegende Sachverhalt derselbe wie im vorliegende Verfahren sei, solle der Zivilrichter nicht ohne Not von der Auffassung des Strafrichters abweichen. Es könne naturgemäss nur eine Richtlinie für die Entscheidung der Richter geben, wenn es um die Beurteilung ein und desselben Sachverhalts gehe: die Erforschung der materiellen Wahrheit (act. 145 Rz. 6 ff.). Das Urteil des Bezirksgerichts Zürich bestätige den Standpunkt der Beklagten (act. 145 Rz. 9 ff.).

Der Kläger 1 und die Klägerin 3 erklären dazu, die Beklagte versuche, die Ausführungen des Bezirksgerichts Zürich als Feststellungen zu act. 34 umzudeuten, obwohl act. 34 nicht bei den Akten des Strafverfahrens gelegen habe, sondern eine andere Version des IMA (act. 151 Rz. 8). Es gelte im Übrigen die Unabhängigkeit des Zivilrichters (act. 151 Rz. 9 ff.).

2.10.2. Rechtliches

Gemäss Art. 53 Abs. 1 OR ist das Zivilgericht bei der Beurteilung der Schuld oder Nichtschuld, Urteilsfähigkeit oder Urteilsunfähigkeit an die Bestimmungen über strafrechtliche Zurechnungsfähigkeit oder an eine Freisprechung durch das Strafgericht nicht gebunden. Ebenso ist das strafgerichtliche Erkenntnis mit Bezug auf die Beurteilung der Schuld und die Bestimmung des Schadens für den Zivilrichter nicht verbindlich (Art. 53 Abs. 2 OR). Diese etwas unklare Vorschrift regelt ihrem Wortlaut nach, an was der Zivilrichter nicht gebunden ist, ohne zu präzisieren, ob die Aufzählung in Abs. 1 und 2 abschliessend oder analog auch auf andere, nicht aufgeführte Fragen anwendbar ist. Heute gilt die Auslegung, dass für sämtliche kantonalen Zivilprozessordnungen zwingend ist, was Art. 53 OR ausdrücklich er-

wähnt bzw. dass insoweit der Zivilrichter nicht gebunden sein darf. Was Art. 53 OR nicht regelt, bleibt der Zuständigkeit des kantonalen Prozessrechts vorbehalten (Brehm, in: BK OR, Bd. VI/1/3/1, Allgemeine Bestimmungen, Die Entstehung durch unerlaubte Handlung, Art. 41-61 OR, 3. Aufl., Bern 2006, Art. 53 N 3 ff.). Das Stillschweigen von Art. 53 OR bezüglich Tatbestands- bzw. Sachverhaltsfragen lässt somit auch die kantonalen Gesetze (bzw. Rechtsprechungen) darüber entscheiden, ob der Zivilrichter an die tatsächlichen Feststellungen des Strafrichters gebunden ist (Brehm, a.a.O., Art. 54 N 24a).

Auch mangels einer solchen kantonalrechtlichen Bindung stützt sich die zivilrechtliche Gerichtspraxis oft auf den Strafrichter ab, weil dessen Feststellungen und Erwägungen mit jenen des Zivilrichters in der Regel übereinstimmen und er meistens zeitlich näher zum Tatbestand steht, so dass seine Abklärungen oft zuverlässiger sind als das spätere Beweisverfahren vor dem Zivilrichter. In diesem Sinne kann sich der Zivilrichter bei seiner eigenen Würdigung an die Auffassung des Strafrichters anlehnen, wenn sich dies als zweckmässig erweist. Die Auffassung, dass der Zivilrichter nicht ohne Not oder zureichende bzw. sehr gewichtige Gründe vom Strafurteil abweichen darf, ist indessen abzulehnen (vgl. Brehm, a.a.O., Art. 54 OR N 30 ff.). Dem Gut der (dadurch in Einzelfällen tangierten) Rechtssicherheit sind die Unabhängigkeit des Zivilrichters sowie die Parteirechte im Zivilprozess gegenüber zu stellen, welche sogleich im Zusammenhang mit der Auseinandersetzung einer älteren Praxis des Obergerichts des Kantons Zürich (ZR 38 Nr. 1) zu erläutern sind.

Nach dieser Praxis, die in ZR 65 Nr. 113 ohne genauere Prüfung der Frage übernommen wurde, wird aus allgemeinen Grundsätzen des zürcherischen Prozessrechts hergeleitet, eine Bindung des Zivilrichters an ein strafrechtliches Erkenntnis bestehe im Kanton Zürich insoweit, als die Rechtskraft des Strafurteils reiche. Der Zivilrichter sei an die tatsächlichen Feststellungen des Strafrichters gebunden, soweit sie notwendige Voraussetzungen der im Dispositiv ausgesprochenen Verurteilung bilden würden. Dazu gehöre, dass der Verurteilte die ihm im Dispositiv zur Last gelegte Handlung oder Unterlassung begangen habe, und dass dies widerrechtlich sei. Diese Praxis wurde 1979 von der I. Zivilkammer des Oberge-

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

2.10.3. Würdigung

Mit dem Kläger 1 und der Klägerin 3 ist festzuhalten, dass im Strafverfahren gegen die Nebenintervenientin die Urkunde gemäss act. 34 nicht gewürdigt wurde, da sie nicht im Recht lag, sondern auf eine andere Version des IMA abgestellt wurde. Davon geht auch die Beklagte aus (act. 145 Rz. 26). Ob die beklagtische Auffassung zutrifft, wonach dem Strafrichter im Allgemeinen mehr und tauglichere Mittel zur Verfügung stehen, um einen Sachverhalt festzustellen (act. 145 Rz. 8), kann ferner dahin gestellt bleiben; im Strafurteil gegen die Nebenintervenientin vom 1. November 2012 wurde von solchen jedenfalls kein Gebrauch gemacht. Vielmehr wurde der für das vorliegende Verfahren relevante Sachverhalt auf vier Seiten erstellt, wobei zur Hauptsache die Aussagen von J._____ und jene der Nebenintervenientin gewürdigt wurden. Die Protokolle der massgebenden entsprechenden Einvernahmen im Strafverfahren werden im vorliegenden Verfahren

in Form von Urkunden als Beweismittel offeriert und mitgewürdigt. Damit ist klar, dass dem genannten Argument, der Strafrichter stehe näher zum Tatbestand, vorliegend keine Bedeutung zukommt. Nach dem Gesagten schaffen die Feststellungen im Strafurteil des Bezirksgerichts Zürich vom 1. November 2012 aber ohnehin kein Präjudiz für das vorliegende Verfahren. Der durch die Beklagte erwähnte Umstand, dass im Strafverfahren die Offizialmaxime gilt, ändert daran nichts. Das erkennende Gericht hat die ihm form- und fristgemäss angebotenen Beweismittel frei zu würdigen. Das Ergebnis dieser Beweiswürdigung kann naturgemäss von jener des Strafgerichts abweichen. Ob das besagte Strafurteil gegen die Nebenintervenientin vom 1. November 2012 inzwischen rechtskräftig ist, muss demnach nicht geklärt werden.

3. Materielles

3.1. Anwendbares Recht

Unbestritten ist (act. 1 Rz. 7; act. 11 Rz. 88), dass die vorliegende Streitigkeit gemäss der Rechtswahl der Parteien dem schweizerischen materiellen Recht untersteht (Art. 116 IPRG; Art. 33 der General Conditions and Custody Account Regulations der Beklagten). Demnach ist schweizerisches Recht anzuwenden.

3.2. Vertragliche Ansprüche aus dem IMA

3.2.1. Zustandekommen

3.2.1.1. Vorbemerkung

Die Kläger stellen sich auf den Standpunkt, das IMA vom 7. März 2007 sei namens und mit Wirkung für die Beklagte von der Nebenintervenientin und J._____ abgeschlossen worden, welche damals für die Beklagte kollektivzeichnungsberechtigt waren. Die Beklagte bestreitet, durch das IMA gebunden zu sein und macht geltend, die Nebenintervenientin habe die entsprechenden Vertragsurkunden gefälscht. Zudem seien die Kläger nicht gutgläubig. Keine Ansprüche leiten die Kläger aus dem IMA vom 6. Februar 2007 (act. 17/110; act. 52/225) ab. Auf dieses ist somit mangels Relevanz nicht weiter einzugehen.

In einem ersten Schritt ist somit die Frage zu beantworten, ob neben der Nebenintervenientin auch J._____ das IMA vom 7. März 2007 namens der Beklagten unterzeichnet hat. Falls die erste Frage bejaht wird, ist zu klären, ob sie dies auch mit Wirkung für die Beklagte getan haben.

3.2.1.2. Unterzeichnung des IMA vom 7. März 2007 namens der Beklagten

3.2.1.2.1. Parteibehauptungen

Die Kläger machen in der Klagebegründung geltend, nach Austausch diverser E-Mails zwischen der Nebenintervenientin und dem Kläger 1 habe die Beklagte dem Kläger 1 mit Schreiben vom 31. Januar 2007 das IMA für das Konto mit der Nummer Nr. 6 und der Bezeichnung "A._____" zur Unterzeichnung zugesandt, wobei das Dokument seitens der Beklagten bereits durch J._____ und die Nebenintervenientin unterzeichnet gewesen sei (act. 1 Rz. 25). Mit E-Mail vom 7. Februar 2007 habe der Kläger 1 den Erhalt des seitens der Beklagten unterzeichneten IMA bestätigt und die Nebenintervenientin um Erläuterung von drei ihm durch die Beklagte ebenfalls zugesandten Dokumenten gebeten. Mit E-Mail vom 7. Februar 2007 habe die Nebenintervenientin dem Kläger 1 die gestellten Fragen beantwortet. Daraufhin habe der Kläger 1 der Nebenintervenientin mit E-Mails vom 8. und 9. Februar 2007 die von ihm gegengezeichneten Dokumente zugesandt, was ihm durch die Nebenintervenientin bestätigt worden sei (act. 1 Rz. 26). Mit E-Mail vom 22. Februar 2007 habe die Nebenintervenientin den Kläger 1 gebeten, die gemäss Agreement vereinbarten Vermögenswerte an die Beklagte zu transferieren, was der Kläger 1 in der Folge getan habe. Mit E-Mail vom gleichen Tag an die Nebenintervenientin habe er um Zustellung eines aktuellen Auszugs betreffend das Konto mit der Nr. 4 und der Bezeichnung "A._____" gebeten. Die Nebenintervenientin habe ihm diesen Kontoauszug gleichentags zugestellt (act. 1 Rz. 28). Mit E-Mail vom 28. Februar 2007 habe die Nebenintervenientin dem Kläger bestätigt, dass der von ihm transferierte Betrag von EUR 27'529'983.96 bei der Beklagten eingetroffen sei. Zusammen mit den vom Kläger bereits auf dem Konto mit der Nr. 4 und der Bezeichnung "A._____" deponierten Vermögenswerten habe der Kläger 1 zu diesem Zeitpunkt bei der Beklagten EUR 30 Mio. angelegt gehabt (act. 1 Rz. 29). Mit E-Mail vom 1. März 2007

habe der Kläger 1 der Nebenintervenientin die Gesellschaftsdokumente der Klägerin 3 zugesandt und darum gebeten, die unter dem Konto mit der Nr. 4 mit der Bezeichnung "A._____" geführte Kontobeziehung neu unter der Bezeichnung "C._____ Foundation" zu führen. Mit E-Mail vom 2. März 2007 habe die Nebenintervenientin den Kläger 1 darüber informiert, dass dies nicht möglich sei und für die Klägerin 3 ein neues Konto eröffnet werde müsse. Die Nebenintervenientin habe dem Kläger 1 sodann mit E-Mail vom 2. März 2007 mitgeteilt, dass für das neu zu eröffnende Konto der Klägerin 3 die Nr. 5 reserviert sei (act. 1 Rz. 32). In der Folge hätten die Nebenintervenientin und der Kläger 1 verschiedene E-Mails betreffend das neu für die Klägerin 3 zu eröffnende Konto ausgetauscht. Auch sei das IMA inhaltlich unverändert neu für den Kläger 1 und die Klägerin 3 gemeinsam ausgestellt und seitens der Beklagten wiederum durch die Nebenintervenientin und J._____ sowie vom Kläger 1 für sich und für die Klägerin 3 unterzeichnet worden (act. 1 Rz. 33).

Die Beklagte führt in der Klageantwort aus, das IMA vom 7. März 2007 sei, wenn überhaupt, nur von der Nebenintervenientin unterschrieben; die Zweitunterschrift sei gefälscht. Auch trügen die einzelnen Seiten des Dokuments keine Initialen, die von J._____ stammen würden. J._____ habe keine Kenntnis von diesem Agreement. Die Nebenintervenientin habe die Unterschrift und die Initialen ihres Arbeitskollegen gefälscht (act. 11 Rz. 6 u. 28). J._____ habe bestätigt, das mit Schreiben vom 31. Januar 2007 versandte IMA nie gesehen zu haben. Im Übrigen sei dieses Agreement auch nicht Prozessthema (act. 11 Rz. 102). Auf dem Schreiben vom 16. Februar 2007, mit welchem sich der Kläger 1 an die Nebenintervenientin gewandt habe, um eine Präzisierung von Ziff. 5.1. des IMA vom 6. Februar 2006 zu erhalten, sei die als Gegenzeichnung neben der Unterschrift der Nebenintervenientin angebrachte Zweitunterschrift gefälscht. Sie stamme nicht von J._____ (act. 11 Rz. 103).

In der Replik erklären die Kläger, mit E-Mail vom 7. März 2007 habe der Kläger 1 der Nebenintervenientin das (durch die Aufnahme der Klägerin 3 in die Vereinbarung) geänderte, durch ihn bereits unterzeichnete IMA gesandt und sie gebeten, ihm das von ihr und J._____ für die Beklagte gegengezeichnete und auf jeder

Seite initialisierte IMA per E-Mail im PDF-Format zukommen zu lassen, worauf er zwei unterzeichnete Originale des IMA an sie per Kurier schicken werde. Die Nebenintervenientin habe mit E-Mail vom 7. März 2007 abends festgehalten, dass die Änderungen seitens der Beklagten akzeptiert würden und dass sie das IMA am nächsten Tag per DHL an den Kläger 1 senden werde. Der Kläger 1 habe mit E-Mail vom 8. März 2007 nochmals seine Wünsche betreffend Unterzeichnung und Initialisierung des IMA durch die Nebenintervenientin und J._____ und den Versand des IMA in elektronischer und Papierform festgehalten, was ihm die Nebenintervenientin mit Antwortmail vom selben Tag bestätigt habe. Der Kläger 1 habe sodann das seitens der Beklagten durch die Nebenintervenientin und J._____ kollektiv unterzeichnete IMA vom 7. März 2007 erhalten (act. 16 Rz. 81). Die Kläger würden bestreiten, dass nicht alle Unterschriften von J._____ stammten und er nicht gewusst habe, was er unterschrieben habe (act. 16 Rz. 90). Dieser habe das IMA resp. dessen Inhalt gekannt und das IMA entsprechend im Bewusstsein über dessen Inhalt unterzeichnet (act. 16 Rz. 93).

Mit der Duplik bestreitet die Beklagte die Echtheit der Urkunde gemäss act. 34 (act. 42 Rz. 8). Es sei etabliert, dass das IMA vom 7. März 2007 und dessen frühere Versionen, wenn überhaupt, nur durch die Nebenintervenientin unterschrieben seien. Die Zweitunterschrift im IMA vom 7. März 2007 sei gefälscht bzw. im IMA vom 6. Februar 2007 einem anderen Dokument entnommen und dem IMA angehängt worden (act. 42 Rz. 9). Das IMA vom 7. März 2007 führe auf Seite fünf J._____ zwar als Mitunterzeichner auf, dieser habe aber keine Kenntnis von dieser Vereinbarung. Die dortige Unterschrift stamme nicht von ihm. Auch die Initialen auf den einzelnen Vertragsseiten habe nicht er angebracht. Die Nebenintervenientin habe die Unterschrift und die Initialen ihres Arbeitskollegen gefälscht. J._____ habe mithin die von den Klägern behauptete Willenserklärung gerade nicht abgegeben (act. 42 Rz. 130). Das als Klagebeilage 224 (act. 34) eingereichte "Original" sei nicht das Original der Kopie gemäss Klagebeilage 4 (act. 3/4). Ferner sei act. 34 unvollständig eingereicht worden. Man könne auch nicht annehmen, bei act. 3/4 handle es sich um eine von der Nebenintervenientin dem Kläger 1 per PDF übermittelte Kopie: Zwar habe der Kläger 1 ein solches PDF verlangt, doch habe der Kläger 1 die Zusendung verlangt, bevor er selber den

Vertrag unterschreiben würde. Die Kopie gemäss act. 3/4 trage aber seine Unterschrift. Aus der eingereichten Korrespondenz sei auch nicht ersichtlich, dass zu einem späteren Zeitpunkt die Nebenintervenientin einen beidseitig unterzeichneten Vertrag an den Kläger 1 als PDF gesandt habe. Beide Textfassungen würden sodann eine leere Seite als Anhang ("Schedule 1") enthalten. Die betreffende Seite enthalte nur den Titel "Schedule 1, Terms and Conditions between the Parties". Es sei unglaubwürdig, dass geschäftserfahrene Parteien leere Seiten abzeichnen würden. Eine Manipulation des Dokuments könne nicht ausgeschlossen werden, zumal das sog. Original, die Urkunde gemäss act. 34, nicht mit der Kopie, der Urkunde gemäss act. 3/4, übereinstimme (act. 42 Rz. 272 ff.). Mit Bezug auf das IMA vom 6. Februar 2007 sei die von J._____ in anderem Zusammenhang geleistete Unterschrift missbraucht worden. Das IMA vom 7. März 2007 entbehre überhaupt einer Unterzeichnung durch J._____. Mit anderen Worten habe J._____ keine Kenntnis betreffend die Existenz oder den Inhalt der IMA bzw. der entsprechenden Entwürfe gehabt (act. 42 Rz. 354).

Die Kläger führen in der Stellungnahme zur Duplik im Wesentlichen aus, aus der Originalurkunde gemäss act. 34 sei ersichtlich, dass sie rechtsgültig unterzeichnet sei und auch die Originalunterschrift des kollektivzeichnungsberechtigten J._____ trage (act. 51 Rz. 10).

Die Beklagte bestreitet in ihrer Eingabe vom 13. Januar 2010 weiterhin, dass J._____ das IMA vom 7. März 2007 unterschrieben habe (act. 64 Rz. 154). Für den Fall, dass act. 34 wider Erwarten nicht aus dem Recht gewiesen werden sollte, bringt sie vor, dass die Unterschrift von J._____ nicht seinem Willen entsprochen habe, sondern ihm untergeschoben worden sei, falls die Unterschrift auf act. 34 tatsächlich der Hand von J._____ entstammen sollte (act. 64 Rz. 155 u. Rz. 352). Das IMA vom 7. März 2007 gemäss act. 3/4 sei lediglich von der Nebenintervenientin unterschrieben worden; die angeblich von J._____ stammende Zweitunterschrift sei gefälscht (act. 64 Rz. 156).

3.2.1.2.2. Rechtliches

3.2.1.2.2.1. Rechtsgeschäftliches Handeln für eine Aktiengesellschaft

Juristische Personen handeln durch ihre Organe (vgl. Art. 55 ZGB). Gemäss Art. 718 Abs. 1 OR vertritt der Verwaltungsrat die Gesellschaft nach aussen. Dieser kann die Vertretung einem oder mehreren Mitgliedern (Delegierte) oder Dritten (Direktoren) übertragen (Art. 718 Abs. 2 OR) oder auch Prokuristen und andere Bevollmächtigte ernennen (Art. 721 OR), wobei er die gemeinsame Vertretung der Gesellschaft bzw. die Kollektiv-Prokura vorsehen kann (Art. 718a Abs. 2 OR und Art. 460 OR). "Andere Bevollmächtigte" im Sinne von Art. 721 OR bedeutet zunächst, dass der Verwaltungsrat Handlungsbevollmächtigte i.S.v. Art. 462 OR bestimmen kann, wobei diese im Handelsregister aber nicht eintragbar sind. Darüber hinaus erlaubt die Registerpraxis auch die Eintragung von Personen mit einem Zeichnungsrecht, ohne dass diese Personen explizit als Direktoren bezeichnet werden (Watter, in: BSK OR II, Art. 721 N 8).

Zum Abschluss eines Vertrags ist die übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung der Parteien erforderlich. Sie kann eine ausdrückliche oder stillschweigende sein (Art. 1 OR). Eine Willenserklärung besteht in der Mitteilung des Willens, dass ein Recht oder Rechtsgeschäft begründet, geändert oder beendet werden soll, wobei diese Erklärung auch in schriftlicher Form erfolgen kann (Gauch/Schluep et al., OR AT Band I, 9. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008, N 120 u. 183). Unterschreibt jemand eine nicht gelesene Urkunde, so kommt aufgrund der Vertrauenstheorie der Vertrag mit dem Inhalt der Urkunde zustande, wobei in diesem Fall u.U. die Anfechtung wegen Erklärungsirrtums möglich ist (Schwenzer, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Bern 2012, N 37.18). Bei Einzelhandlungen einer lediglich kollektivzeichnungsberechtigten Person kommt indessen kein vertraglicher Anspruch zustande. Immerhin kommt ein Schadenersatzanspruch des Dritten in Betracht, wenn für den Dritten nicht erkennbar ist, dass nur ein kollektivzeichnungsberechtigter Vertreter handelt, weil der Handelnde etwa die Unterschrift des zweiten Vertreters fälscht (Watter, in: BSK OR II, Art. 718a N 23; Watter, Die Verpflichtung der AG aus rechtsgeschäftlichem Handeln ihrer Stellvertreter, Prokuristen und Organe, speziell bei sogenanntem "Missbrauch der Vertretungsmacht", Diss. Zürich 1985, N 96; BGE 105 II 289). Hier haftet der Geschäftsherr im Umfang des negativen Vertragsinteresses (BSK OR I-Watter, Art. 460 N 20).

3.2.1.2.2.2. Beweislast

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

3.2.1.2.2.3. Grundsätze der Beweisabnahme und -würdigung

In der Beweisantretungsschrift haben die Parteien gemäss § 137 ZPO/ZH sämtliche Beweismittel zu bezeichnen. Das gilt auch für die im Hauptverfahren bereits genannten Beweise, weil nur so klargestellt werden kann, mit welchen Mitteln eine Partei welche Beweisthemen wirklich beweisen will. Nach ständiger Praxis wird deshalb nur auf in der Beweisantretungsschrift genannte Beweismittel abgestellt, was den Parteien auch jeweils entsprechend angedroht wird (vgl. Prot. S. 32). Wo die Parteien im Rahmen ihrer Stellungnahme zum Beweisergebnis auch auf nicht genannte Beweismittel eingehen, kann diesen Ausführungen nicht gefolgt werden.

Gemäss § 148 ZPO/ZH würdigt das Gericht die Beweise nach freier Überzeugung. Als erbracht hat der Beweis dabei dann zu gelten, wenn sich aus dem Beweisverfahren eine richterliche Überzeugung ergibt, die jeden erheblichen Zweifel ausschliesst (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., § 148 N 3). Das Gericht berücksichtigt dabei auch das Verhalten der Parteien im Prozess, namentlich die Verweigerung der Mitwirkung bei der Beweiserhebung. Freie Beweiswürdigung darf nicht willkürlich, sondern muss nach pflichtgemässem Ermessen erfolgen (Frank/Sträuli/Mesmer, a.a.O., § 148 N 3). Bei der Würdigung des Verhaltens der Parteien im Prozess geht es nicht darum, ein bereits vorliegendes Beweisergeb-

nis völlig umzustossen, sondern um dessen Ergänzung und das Ausfüllen von Lücken. Der in der Bestimmung ausdrücklich erwähnte Hauptanwendungsfall ist die Verweigerung der Mitwirkung an der Beweiserhebung. Der Vorschrift kommt indessen allgemeine Bedeutung zu. So kann sie z.B. auch bei wahrheitswidriger oder widersprüchlicher Prozessführung einer Partei Anwendung finden (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., § 148 Rz. 10 f.).

Bei der Würdigung von Aussagen ist insbesondere zwischen der Glaubwürdigkeit einer Person und der Glaubhaftigkeit ihrer Aussagen zu unterscheiden. Während die Glaubwürdigkeit einer Person von ihrer Persönlichkeit, ihren Motiven und der Aussagesituation abhängt und damit das Mass der Zutrauenswürdigkeit einer bestimmten Person umschreibt, beurteilt sich die Glaubhaftigkeit einer Aussage nach ihrem Inhalt und bezieht sich daher auf die Überzeugungskraft, Beschaffenheit und den Gehalt einer Aussage. Nach Literatur und Rechtsprechung steht weder die allgemeine Glaubwürdigkeit einer Person noch ihre prozessuale Stellung, sondern vielmehr die Glaubhaftigkeit ihrer konkreten Aussagen im Vordergrund (ZR 87 [1988] Nr. 123).

3.2.1.2.3. Würdigung

3.2.1.2.3.1. Behauptungslage betreffend die Echtheit der verschiedenen Versionen des IMA vom 7. März 2007

Notwendig im Hinblick auf die Abgabe der Willenserklärung bzw. die Verbindlichkeit des IMA vom 7. März 2007 ist, dass dieses neben der Nebenintervenientin auch der ebenfalls kollektivzeichnungsberechtigte J._____ namens der Beklagten unterzeichnet hat.

Es ist daran zu erinnern, dass die Parteien mit neuen Tatsachenbehauptungen ausgeschlossen sind, die sie in ihrer letzten Rechtsschrift nicht vorgebracht haben, wenn diese nicht durch neu eingereichte Urkunden sofort bewiesen werden können (vgl. § 114 ZPO/ZH; § 115 Ziff. 2 ZPO/ZH). Die letzte Rechtsschrift der Beklagten war die Duplik (Beschluss des Kassationsgerichts des Kantons Zürich vom 8. Oktober 2008, Kass.-Nr. AA070172, E. II.13.a), mit welcher sie die Echt-

heit der Urkunde gemäss act. 34 bestreitet. Dabei stellt sich die Beklagte auf den Standpunkt, das IMA vom 7. März 2007 entbehre einer Unterzeichnung durch J._____ bzw. dessen Unterschrift sei gefälscht. Sie führt zwar auch aus, eine Manipulation der Urkunde gemäss act. 34 könne nicht ausgeschlossen werden. Diese Behauptung erfolgt indessen angesichts des Umstands, dass sowohl die Urkunde gemäss act. 3/4 als auch jene gemäss act. 34 eine leere Seite als Anhang ("Schedule 1") enthalten und vor dem Hintergrund, dass die Urkunde gemäss act. 34 nicht mit der Kopie, der Urkunde gemäss act. 3/4, übereinstimme (act. 42 Rz. 273 f.). Erst mit der Stellungnahme zu den neuen Behauptungen bzw. Beilagen von act. 51, act. 53, act. 56 und act. 61 vom 13. Januar 2010 stellt die Beklagte für den Fall, dass die Urkunde gemäss act. 34 nicht aus dem Recht gewiesen wird, die Behauptung auf, die Unterschrift von J._____ habe nicht seinem Willen entsprochen, sondern sei ihm untergeschoben worden, indem die Nebenintervenientin die unterschriebene Seite eines anderen Vertrags an das IMA angeheftet habe (act. 61 Rz. 155 mit Verweis auf Rz. 157 [recte: Rz. 158]). Diese Behauptung erfolgte somit verspätet. Da sie nicht durch neu eingereichte Urkunden sofort bewiesen werden kann, ist sie grundsätzlich nicht mehr zu hören.

Andernorts in der Eingabe vom 13. Januar 2010 wird ersichtlich, dass es sich bei der Behauptung, J._____ sei seine Unterschrift im IMA vom 7. März 2007 untergeschoben worden, um einen Alternativ- bzw. Eventualstandpunkt der Beklagten handelt; primär macht diese weiterhin geltend, es werde bestritten, dass die Urkunde gemäss act. 34 die Originalunterschrift von J._____ trage, und nur für den Fall, dass die Unterschrift auf Seite fünf dieses Dokuments tatsächlich der Hand von J._____ entstamme, geht die Beklagte von einer Unterschiebung der Unterschrift aus (act. 64 Rz. 352). Die Frage der Fälschung der Unterschrift von J._____ im IMA vom 7. März 2007 gemäss act. 34 war unter den Parteien somit zum Zeitpunkt des Beweisauflagebeschlusses nach wie vor strittig, weshalb ein Beweisverfahren zu dieser Frage durchgeführt wurde. Dieses hat unstreitig ergeben, dass die Unterschrift von J._____ im IMA vom 7. März 2007 gemäss act. 34 echt ist.

In ihrer Stellungnahme zum Ergebnis der Beweisabnahme erklärt die Beklagte indessen, das Beweisverfahren habe ergeben, dass J._____ das IMA vom 7. März 2007 (act. 34) nicht unterzeichnet habe (act. 143 Rz. 87). Es sei erstellt, dass die Unterschriften und Initialen von J._____ im IMA vom 7. März 2007 gemäss act. 34 in dem Sinne gefälscht seien, dass sich auf dem IMA keine von J._____ stammenden Initialen befinden würden und die Unterschrift auf Seite fünf zwar von J._____ stamme, dieser sich aber zu hundert Prozent sicher sei, diesen Vertrag mit einer *"performance guarantee"* niemals unterschrieben zu haben. Mithin äussert sich die Beklagte in einer Art und Weise, als wäre auch ihre verspätete Behauptung zum Beweis verstellt worden, J._____ sei seine Unterschrift in der Urkunde gemäss act. 34 untergeschoben worden, indem die Nebenintervenientin die unterschriebene Seite eines anderen Vertrags an das IMA angeheftet habe. Vorliegend hat die Nebenintervenientin zumindest in anderen Fällen Unterschriften (darunter auch jene von J._____) gefälscht. Das Gericht kann bei Anhaltspunkten, dass eine Urkunde nicht echt sein könnte, auch von Amtes wegen die gleichen Weiterungen wie bei einer ausreichenden (und rechtzeitigen) Bestreitung durch die Gegenpartei veranlassen (vgl. Müller, in DIKE-Komm-ZPO, Art. 178 N 7) bzw. zur Förderung der Feststellung des wahren Sachverhalts im Sinne von § 142 Abs. 2 ZPO/ZH von Amtes wegen Beweise erheben (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., § 142 Rz. 2). Eine Würdigung der abgenommenen Beweise führt indessen – wie zu zeigen sein wird – zur Feststellung, dass die Nebenintervenientin die echte Unterschrift von J._____ nicht im besagten Sinne missbraucht hat.

3.2.1.2.3.2. Urkunde gemäss act. 34

Bei diesem von den Klägern angerufenen Beweismittel handelt es sich um eine Urkunde bzw. das schriftlich abgefasste IMA vom 7. März 2007, welches unbestrittenermassen mit der echten Unterschrift von J._____ versehen ist.

Der auf Seite sechs bzw. (gemäss Nummerierung im Dokument) vier am Seitenende letztbehandelte Punkt ist die Vertragsziffer elf, während auf Seite sieben bzw. fünf als erstes die Vertragsziffer zwölf folgt. Dies stellt ein Indiz für die Einheit der einzelnen Seiten zu einem zusammengehörenden Dokument dar. Wäre

Seite sieben bzw. fünf mit der echten Unterschrift von J._____ einem anderen Vertrag entnommen worden, müsste dies somit ein Vertrag sein, welcher bis und mit Seite sechs bzw. vier erstens elf Vertragsziffern und zweitens die gleiche Länge wie das IMA vom 7. März 2007 aufweisen würde. Weiter müsste es sich um einen Vertrag handeln, welcher am 7. März 2007 abgeschlossen wurde, ist doch Seite sieben bzw. fünf der Satz zu entnehmen: *"The parties have executed this Agreement on 7 March 2007"*. Schliesslich müsste es sich um einen Vertrag zwischen denselben Parteien handeln, da Seite sieben bzw. fünf durch den Kläger 1 für sich selbst sowie die Klägerin 3 und durch J._____ sowie die Nebenintervenientin für die Beklagte unterzeichnet ist. Dass zwischen dem Kläger 1 und der Klägerin 3 einerseits sowie der Beklagten andererseits am 7. März 2007 ein Vertrag mit derselben Länge wie jener des IMA vom 7. März 2007 abgeschlossen worden wäre, wird von der Beklagten nicht behauptet. Zwar führt sie in der Duplik aus, J._____ habe andere Verträge mit *"performance targets"* unterzeichnet (act. 42 Rz. 99). Gemäss den Aussagen von J._____ in der Zeugeneinvernahme im Strafverfahren gegen die Nebenintervenientin vom 8. September 2008, auf welche auch die Beklagte hinweist (act. 143 Rz. 117 u. 147), haben diese Vereinbarungen indessen nur drei bis vier Seiten umfasst (act. 43/5 S. 3 f.). Es wird nicht behauptet, dass die Parteien in dieser Zeit bzw. an diesem Tag noch andere Verträge abgeschlossen hätten.

Für die Echtheit der Urkunde bzw. gegen die Entnahme der durch J._____ unterzeichneten Seite sieben bzw. fünf aus einem anderen Vertrag spricht im Übrigen auch der Umstand, dass ausser dem Deckblatt sämtliche Vertragsseiten – auch die durch J._____ unterzeichnete – unten links mit dem Zeichen "…" versehen sind. Vermutungsweise handelt es sich dabei um eine Art Vertragsnummer, was ebenfalls auf das Zusammengehören der einzelnen Seiten zu einer einheitlichen Vertragsurkunde schliessen lassen würde. Aus der Tatsache, dass die sechste bzw. achte Seite des IMA vom 7. März 2007 die Überschrift "Schedule 1", gefolgt von "Terms and Conditions between the Parties" enthält bzw. lediglich ein Verweis auf die "Terms and Conditions between the Parties" gemacht wird, kann die Beklagte schliesslich ebenfalls nichts ableiten, das für die Richtigkeit ihrer Be-

hauptung sprechen würde, die Seite mit der echten Unterschrift von J._____ sei einem Vertrag entnommen worden.

Im Sinne eines Zwischenfazits ist festzuhalten, dass nach Würdigung der Urkunde gemäss act. 34 nicht von einem Missbrauch der echten Unterschrift von J._____ auszugehen ist. Daran ändert nichts, dass die Initialen im IMA vom 7. März 2007 nicht von J._____ stammen (vgl. Ziff. 3.2.1.2.3.5. hiernach). Selbst wenn erstellt wäre, dass die Nebenintervenientin ihre Initialen auf den Seiten eins bis sechs des IMA vom 7. März 2007 in einer Weise angebracht hätte, dass der Eindruck entstehen sollte, neben ihr und dem Kläger 1 habe auch J._____ seine Initialen darauf angebracht – die Beklagte bringt in diesem Zusammenhang vor, zwischen den angeblich für "E._____" und "E._____" stehenden Initialen sei ein deutlicher Abstand freigelassen worden, wobei die Nebenintervenientin ihre Initialen normalerweise anders anbringe (act. 143 Rz. 132) –, wäre nicht dargetan, dass die Seite mit der echten Unterschrift von J._____ einem anderen Vertrag entnommen wurde. Weiterhin wäre nicht erklärt, wie das Blatt mit der echten Unterschrift von J._____ die gemäss der Seitennummerierung fünfte Seite eines lediglich drei bis vier Seiten umfassenden Vertrags hätte bilden können.

3.2.1.2.3.3. Urkunde gemäss act. 43/32

Bei diesem von der Beklagten angerufenen Beweismittel handelt es sich um eine Urkunde bzw. einen Folienvergleich zwischen act. 3/4 und act. 34. Dadurch wird lediglich belegt, dass act. 3/4 keine Kopie von act. 34 ist. Diese (unbestrittene) Tatsache erklärt indessen ebenfalls nicht, wie das Blatt mit der echten Unterschrift von J._____ die gemäss der Seitennummerierung fünfte Seite eines lediglich drei bis vier Seiten umfassenden Vertrags hätte bilden können. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern dieses Beweismittel für oder gegen die Entnahme der echten Unterschrift von J._____ aus einem anderen Vertrag sprechen sollte.

3.2.1.2.3.4. Aussagen von J._____ (Prot. S. 49 ff.; act. 43/5)

Die Beklagte hat im vorliegenden Verfahren die Einvernahme von J._____ als Zeuge verlangt (act. 88 S. 3). Beide Parteien haben als Urkunde sodann das Pro-

tokoll der Zeugeneinvernahme von J._____ im Strafverfahren gegen die Nebenintervenientin vom 8. September 2008 (act. 43/5) als Beweismittel genannt (act. 86 S. 5; act. 88 S. 3).

a) Glaubwürdigkeit von J._____

Zur Glaubwürdigkeit von J._____ ist zu bemerken, dass dieser unter dem Hinweis auf die Straffolgen einer Falschaussage gemäss Art. 307 Abs. 1 StGB (Prot. S. 49; act. 43/5 S. 1) ausgesagt hat. Als langjähriger Mitarbeiter stand J._____ allerdings in einem gewissen Naheverhältnis zur Beklagten und war dieser untergeordnet. Kurz vor seiner Zeugeneinvernahme im vorliegenden Verfahren hat er seine Anstellung bei der Beklagten gekündigt (Prot. S. 50). Auf die Frage, ob die Beklagte mit Bezug auf die Beweisverhandlung vom 28. März 2012 irgendwann an ihn herangetreten bzw. ob inhaltlich über den Prozess diskutiert worden sei, antwortete er, das sei innerhalb der letzten fünf Jahre natürlich schon diskutiert worden; er habe die verschiedenen Unterschriften usw. gesehen; in den letzten zwei Jahren aber eigentlich kaum, und kurz vor der Verhandlung habe man nicht über diese gesprochen (Prot. S. 51). Bei einem für die Beklagte negativen Prozessausgang bzw. falls festgestellt würde, dass J._____ das IMA vom 7. März 2007 (eventuell entgegen allfälliger interner Richtlinien) unterzeichnet hätte, wäre zudem zu bedenken, dass J._____ Ansprüche der Beklagten gegenüber sich selbst befürchten könnte. Seine Aussagen sind deshalb mit einer gewissen Vorsicht zu würdigen.

b) Wesentlicher Inhalt der Zeugenaussage im vorliegenden Verfahren vom 28. März 2012

Auf die Frage, ob er wisse, worum es gehe, führte J._____ aus, es gehe um einen oder mehrere Kontrakte mit *"performance guarantees"*, bezüglich derer behauptet werde, dass sie seine Unterschriften tragen würden. Nach Vorhalt von act. 34 sagte J._____ aus, das besagte Dokumente trage seine Unterschrift auf Seite fünf, die Initialen seien aber nicht von ihm gesetzt worden. Ferner verneinte er die Frage, ob er einen Vertrag mit einer *"performance guarantee"* unterschrieben habe (Prot. S. 52 ff.). Auf Vorhalt von act. 3/4 erklärte J._____, bei der Unterschrift

auf Seite fünf oberhalb seines Namens handle es sich nicht um seine Unterschrift. In Bezug auf act. 34 antwortete J._____ auf die Frage, wie er sich erklären könne, dass auf den Seiten eins bis vier Initialen seien, von denen er sage, diese seien nicht von ihm, und eine Seite fünf existiere, wo er sage, dass sei seine Unterschrift, er könne nur spekulieren, weil er diesen Kontrakt nicht gemacht habe. Auf Nachfrage, ob er über diese Umstände nichts wisse, erklärte J._____, er könne das nicht erklären; aus seiner Sicht habe er diesen Kontrakt nie unterschrieben, aber die Unterschrift auf Seite fünf sei seine (Prot. S. 55 ff.).

Auf Vorhalt der Urkunde gemäss act. 54/216 im Verfahren mit Prozess Nr. HG080027 führte J._____ aus, dass es sich dabei um das IMA vom 12. März 2007 handle, welches auf Seite fünf seine Unterschrift trage. Die Initialen auf Seiten eins bis vier würden aber nicht von ihm stammen. Auf die Frage, wie er sich die Differenz zwischen seiner Aussage, dass die Initialen in diesem Vertrag nicht von ihm stammen würden, dass aber die Unterschrift auf Seite fünf offenbar von ihm stamme, erkläre, antwortete er, das sei dasselbe wie beim anderen Papier [gemeint ist act. 34]: er könne nur spekulieren, wie das passiert sei. Aber er sei sich zu 100 % sicher, dass er diesen Kontrakt niemals unterschrieben habe. Das sei ganz klar für ihn (Prot. S. 57 f.).

Auf die Frage, ob J._____ schildern könne, wie es zu und her ging, wenn für eine andere Person "die zweite Unterschrift geliefert" werden musste bzw. ob er Kontrakte oder nur die letzte Seite unterschrieben habe, antwortete er, Kontrakte habe er im Prinzip niemals unterschrieben, ohne dass sie von der internen Compliance-Abteilung kontrolliert worden seien. Offerten hätten sie schon gemacht. Diese seien nie länger als zwei bis maximal drei Seiten gewesen. Die habe er immer durchgelesen, einfach weil er auch habe wissen wollen, was seine Kolleginnen im Sinne von Offerten machen würden. Das habe er immer gemacht. So einen Kontrakt hätte er aus mehreren Ursachen niemals unterschrieben. Die Nebenintervenientin sei vielleicht ein- oder zweimal pro Monat mit einer Offerte oder so was zu ihm gekommen wegen einer zweiten Unterschrift. Die habe er aber immer durchgelesen und dann meistens unterschrieben. Auf Nachfrage erklärte J._____, zu wissen, was Blankounterschriften seien, und auf weitere Nachfrage, dass er nie-

mals für Kolleginnen oder Kollegen Blankounterschriften leisten würde. Auf die erneute Frage, ob er einen Vertrag mit einer "*performance guarantee"* unterschrieben habe, antwortete J._____, das würde er niemals machen (Prot. S. 59 f.).

c) Wesentlicher Inhalt der Urkunde gemäss act. 43/5

Bei dieser Urkunde handelt es sich – wie erwähnt – um das Protokoll der Zeugeneinvernahme von J._____ im Strafverfahren der Staatsanwaltschaft Zürich - Sihl gegen die Nebenintervenientin vom 8. September 2008.

Auf Seite sieben erklärte J._____ auf die Frage, ob das IMA vom 12. März 2007 (Beilage 19a/1-8) seine Unterschrift trage, nachdem er jede Seite angesehen habe, könne er sagen, dass keine der Seiten seine Unterschrift trage. Die Frage, ob er die einzelnen Seiten signiert habe, verneinte er ebenfalls. Auch die Frage, ob er diesen Vertrag unterschrieben hätte, verneinte er; es sei wieder dasselbe; der Vertrag beinhalte eine *"performance guarantee"*. Auf Vorhalt des IMA vom 12. März 2007 (Beilage 19b/1-8) und die Frage, ob dieser Vertrag seine Unterschrift trage, entgegnete J._____, bis auf die letzte Seite habe er keine der Seiten unterschrieben. Die Frage, ob er die einzelnen Seiten signiert habe, verneinte er, und die Frage, ob er sicher sei, dass die letzte Seite seine Unterschrift trage, bejahte er. Auf die Frage, wie er sich erkläre, dass der Vertrag 19b seine Unterschrift trage, Vertrag 19a hingegen nicht, antwortete er, seine einzige Erklärung sei, dass die letzte Seite der Verträge, die er unterschrieben habe, in diesen Vertrag hinein geschoben worden sei. Die Frage, ob er seine Unterschrift auf diese Verträge gesetzt habe, verneinte er und begründete dies auf Nachfrage damit, weil es eine *"performance guarantee"* habe.

Auf die Frage, wie es komme, dass er nur Seite fünf (Beilage 3a/7) dieses Vertrags unterzeichnet habe, entgegnete J._____ auf den Seiten drei und vier, sie [gemeint ist die Nebenintervenientin] sei damals mit drei oder vier Agreements zu ihm gekommen, die alle drei bis vier Seiten "dick" gewesen seien. Diese Verträge hätten ein *"performance target"* beinhaltet. Er habe sie gefragt, ob sie sich mit "Legal & Compliance" diesbezüglich besprochen habe. Sie habe sein Büro ver-

lassen, sei eine gewisse Zeit später wieder gekommen und habe gesagt, dass sie sich bei "Legal & Compliance" erkundigt habe. Ob sie das wirklich getan habe, wisse er aber nicht. Danach sei sie mehrmals zu ihm gekommen und habe ihm mehrmals diese Verträge mit kleineren Änderungen erneut zur Unterschrift vorgelegt. Er habe diese Verträge immer durchgelesen. Das habe er ohnehin immer so gemacht. Diese Verträge hätten alle ein *"performance target"* zum Inhalt gehabt. Er habe diese Verträge jeweils unterschrieben, nachdem er sie gelesen habe. Er wisse nicht, was die Nebenintervenientin mit den anderen durch ihn unterzeichneten Seiten jeweils gemacht habe. Er habe leider nicht verlangt, dass sie sie vernichte. Er vermute, dass sie Seiten mit seiner richtigen Unterschrift einem Vertrag mit anderem Inhalt angeheftet habe. Er hätte nämlich niemals einen Vertrag mit einer *"performance guarantee"* unterschrieben. Das sei das letzte, was eine Bank machen würde.

Auf Seite 13 wies Rechtsanwalt Z2._____, Verteidiger der Nebenintervenientin, darauf hin, dass auf Beilage 3a/7 das Datum und die Versions-Nummer ersichtlich seien und J._____ gesagt habe, er habe den Vertrag gelesen, bevor er unterschrieben habe. Im Anschluss fragte er J._____, wie es möglich sei, dass dieser einen Vertrag, der durchnummeriert sei, unterschreibe und dieser mit einem anderen Vertrag zusammengesetzt werde. Darauf antwortete J._____, er wisse es nicht.

Auf Seite neun antwortet J._____ auf die Frage, gestützt auf welche Informationen er die Zweitunterschrift auf diesen Formularen ["Funds Transfer"] gemacht habe, dass normalerweise ein Fax oder Brief im Original beigelegen habe. Manchmal habe man Zahlungen auf telefonische Anweisung hin gemacht. Bei grösseren Beträgen sei das aber nicht ganz normal gewesen. Im Fall der Nebenintervenientin sei es so gewesen, dass die Anweisungen auf Chinesisch gewesen seien. Da er kein Chinesisch könne, habe er die Anweisungen nicht überprüfen können. Er habe der Nebenintervenientin vertraut. Auf die Frage, ob es sein könne, dass er diese beiden Formulare [zwei "Funds Transfer" je vom 12. Dezember 2006] ohne vorgängige Akteneinsicht unterzeichnet habe, entgegnete J._____, das sei schon möglich. Auf die Frage, weshalb er seine Unterschrift

ohne vorgängiges Aktenstudium geleistet habe, antwortete er, wenn das der Fall gewesen sei, dann deshalb, weil er Vertrauen zu ihr [gemeint ist die Nebenintervenientin] gehabt habe. Er habe schon mehrere Jahre mit ihr gearbeitet.

Auf Seite 17 antwortet J._____ auf die Frage von Rechtsanwalt Z2._____, welche Rendite er – J._____ – den Kunden für die Jahre 2006 und 2007 in Aussicht gestellt habe, er "mache" keine Jahresrenditen, weil das unmöglich sei. Bei Anlagen über fünf Jahren rede er von einer Jahresrendite von durchschnittlich 7 bis 8 %.

d) Glaubhaftigkeit und Würdigung der Aussagen von J._____

Auffallend ist, dass J._____ in seiner Zeugenaussage im vorliegenden Verfahren keine Begründung mehr liefert bzw. nicht spekulieren will, wie es dazu gekommen sein soll, dass das IMA vom 12. März 2007 (im Verfahren mit Prozess Nr. HG080027) seine Unterschrift trägt, obwohl er dieses nicht unterschrieben haben will. Die Behauptung, seine Unterschrift sei einem anderen Vertrag entnommen worden, stellte er lediglich in seiner Einvernahme als Zeuge im Strafverfahren gegen die Nebenintervenientin vom 8. September 2008 auf. Die Beklagte weist darauf hin, dass J._____ bestätigt habe, niemals Blankounterschriften gegeben zu haben (act. 143 Rz. 105 f.; Prot. S. 59 f.). Diese Behauptung steht indessen im Widerspruch zur Schilderung von J._____ in seiner Zeugeneinvernahme im Strafverfahren gegen die Nebenintervenientin vom 8. September 2008, möglicherweise auch Dokumente ohne vorheriges Aktenstudium unterzeichnet zu haben, weil er der Nebenintervenientin vertraut habe (act. 43/5 S. 9). Weiter steht die Behauptung, niemals Blankounterschriften gegeben zu haben, auch im Widerspruch zu den Aussagen von L._____ im selben Strafverfahren (vgl. Ziff. 3.2.1.2.3.6. hiernach). Selbst wenn die Beklagte belegen könnte, dass J._____ niemals seine Unterschrift unter einen nicht gelesenen Vertrag setzen würde oder gar wissentlich einen Vertrag mit einer *"performance guarantee"* für die Beklagte eingegangen wäre, wäre schliesslich nicht erklärt, wie die echte Unterschrift von J._____ auf das IMA vom 7. März 2007 gelangen konnte. Im Zusammenhang mit der Aussage von J._____ betreffend seine echte Unterschrift in gewissen Versionen des IMA, wonach er vermute, dass die Nebenintervenientin Seiten mit seiner richtigen Unterschrift einem anderen Vertrag entnommen und

dem IMA angeheftet habe (act. 43/5 S. 3 f.), verweist die Beklagte auf Verträge mit einem *"performance target"*, die drei bis vier Seiten umfasst hätten (act. 143 Rz. 147). Wie bereits erwähnt, ist diese Sachdarstellung nicht überzeugend, da die unterschriebene Seite die fünfte bzw. siebte eines Vertrags ist, die erwähnten Verträge mit einem *"performance target"* gemäss dem beklagtischen Standpunkt jedoch lediglich drei bis vier Seiten umfasst haben. Eine schlüssige Erklärung, weshalb das IMA vom 7. März 2007 (act. 34) mit der echten Unterschrift von J._____ versehen ist, obwohl er diesen Vertrag nicht unterschrieben haben will, ist den Aussagen von J._____ somit nicht zu entnehmen. In den wesentlichen Punkten erscheinen die Aussagen von J._____ demnach als wenig glaubhaft.

e) Zwischenfazit

Die Aussagen von J._____ deuten darauf hin, dass dessen echte Unterschrift im IMA vom 7. März 2007 gemäss act. 34 keinem anderen Vertrag entnommen wurde, sondern lege nahe, dass er dieses – allenfalls ohne vorgängige Durchsicht – unterzeichnet hat.

3.2.1.2.3.5. Gutachten vom 7. Mai 2012 gemäss act. 135

Zur Frage, ob die Unterschrift und die Initialen von J._____ im IMA vom 7. März 2007 gefälscht sind, wurde ein Gutachten als Beweismittel offeriert (act. 86 S. 5; act. 88 S. 3) und abgenommen (Prot. S. 34 f.; act. 90). Nach Erteilung der notwendigen Hinweise durch das Gericht (Prot. S. 61 ff.; act. 127) wurde es durch den ernannten Gutachter K._____ erstellt.

Entgegen der Ansicht der Beklagten ist durch den Umstand, dass die Initialen auf dem IMA vom 7. März 2007 nicht von J._____ stammen, nicht erstellt, dass die Beklagte die Echtheit des IMA vom 7. März 2007 gemäss act. 34 zu Recht bestritten hat (act. 143 Rz. 110). Gemäss dem Gutachten ergeben sich zwar keine Anhaltspunkte, dass sich im IMA vom 7. März 2007 (act. 34) Initialen befinden, bei welchen es sich um solche von J._____ handelt. Ebenso wenig wird indessen davon ausgegangen, dass auf ihn lautende Fälschungen vorliegen (act. 135 S. 11). Die Beklagte macht geltend, aus der Tatsache allein, dass sich auf einer einzel-

nen Seite eines insgesamt acht Seiten umfassenden Dokuments die Unterschrift von J._____ befinde, könne nicht geschlossen werden, dass dieser auch tatsächlich das fragliche Dokument unterzeichnet und eine dem Inhalt der Urkunde entsprechende Willenserklärung abgegeben habe (act. 143 Rz. 110). Der damit implizit vorgebrachten Auffassung der Beklagten, wonach von einer dem Inhalt einer Urkunde entsprechenden Willenserklärung lediglich dann ausgegangen werden könnte, wenn jede Seite signiert wäre, kann nicht gefolgt werden. Vielmehr ist für eine solche Zurechnung ausreichend, wenn am Ende des Dokuments die Unterschrift angebracht wird. Wenn unbestritten ist, dass J._____ eine Seite des IMA unterschrieben hat, ist auch unbestritten, dass J._____ eine Willenserklärung abgegeben hat. Naheliegend ist, dass die Willenserklärung für den Inhalt der Urkunde abgegeben wurde, unter welche sie gesetzt wurde. Das Fehlen der Initialen von J._____ stellt weder eine Voraussetzung für die Gültigkeit des IMA noch ein Indiz für dessen Unechtheit dar.

Mit dem Gutachten kann der Beweis nicht erbracht werden, dass die Initialen von J._____ im IMA vom 7. März 2007 gemäss act. 34 gefälscht sind. Dieser Beweis hätte im Übrigen ohnehin lediglich ein Indiz für die beklagtische Behauptung darstellen können, dass die Unterschrift von J._____ im IMA vom 7. März 2007 gemäss act. 34 einem anderen Vertrag entnommen wurde.

3.2.1.2.3.6. Aussagen von L._____ (act. 43/4)

Die Beklagte hat als Urkunde das Protokoll der Zeugeneinvernahme von L._____ im Strafverfahren gegen die Nebenintervenientin vom 12. September 2008 (act. 43/4) als Beweismittel genannt (act. 88 S. 3).

a) Glaubwürdigkeit von L._____

L._____ sagte ebenfalls unter dem Hinweis auf die Straffolgen einer Falschaussage gemäss Art. 307 Abs. 1 StGB aus (act. 43/4 S. 1). Als Arbeitnehmerin der Beklagten steht sie dieser zwar auch nicht neutral gegenüber. Es sind indessen keine Gründe ersichtlich, weshalb sie nicht wahrheitsgetreu hätte aussagen sollen.

b) Wesentlicher Inhalt der Urkunde gemäss act. 43/4

Bei dieser Urkunde handelt es sich – wie erwähnt –um das Protokoll der Zeugeneinvernahme von L._____ im Strafverfahren der Staatsanwaltschaft Zürich - Sihl gegen die Nebenintervenientin vom 8. September 2008 (act. 43/4).

Auf Seite acht bejahte L._____ die Frage, ob zwischen der Nebenintervenientin, dem Kläger 1 und M._____ [Kläger 1 im Verfahren mit Prozess Nr. HG080027] Verträge abgeschlossen worden seien. Sie wisse nicht, ob diese Verträge noch von einem weiteren Mitarbeiter der Beklagten unterzeichnet worden seien. Auf die Frage, woher sie wisse, dass Verträge abgeschlossen worden seien, entgegnete sie, sie habe das irgendwo gesehen. Auf die Frage, ob J._____ die Verträge mitunterzeichnet habe, antwortete sie, J._____ habe viele Sachen unterschrieben. Bei diesen Verträgen wisse sie aber nicht, ob er unterschrieben habe. Sie sei schon lange bei der Beklagten und J._____ habe grosses Vertrauen in sie. Wenn sie ihm Unterlagen gebracht habe, habe er sie deswegen auch unterschrieben, ohne sie zu lesen. Diese spezifischen Verträge habe sie ihm aber nicht gebracht. Auf die Frage, weshalb sie ihm diese Verträge nicht gebracht habe, antwortete L._____, weil sie sie nicht vorbereitet habe.

Auf Seite 16 f. nannte L._____ auch den Namen J._____ als Antwort auf die Frage, wen sie informiert habe über ihr "komisches" Gefühl betreffend die vorgefallenen Sachen. Auf Nachfrage erklärte sie, sie habe dieses Gefühl schon im Februar 2007 gehabt. Die Frage, ob sie zu J._____ gesagt habe, dass er mit der Zweitunterschrift vorsichtiger sein solle, bejahte sie.

c) Glaubhaftigkeit und Würdigung der Aussagen von L._____

Die Ausführungen von L._____ sind klar und ohne Widersprüche. Wenn J._____ aufgrund seines grossen Vertrauens zu L._____ Unterlagen, die sie ihm gebracht hat, unterschrieben hat, auch ohne diese zu lesen, heisst das, dass er seine Unterschrift auch unter nicht gelesene Dokumente setzte, wenn er der Person, welche ihm diese vorlegte, vertraute. Dies räumte er im Fall der Nebenintervenientin denn auch selbst ein, indem er in seiner Zeugeneinvernahme im Strafverfahren

gegen die Nebenintervenientin vom 8. September 2008 auf die Frage, weshalb er seine Unterschrift ohne vorgängiges Aktenstudium geleistet habe, antwortete, wenn das der Fall gewesen sei, dann deshalb, weil er Vertrauen zu ihr [gemeint ist die Nebenintervenientin] gehabt habe.

Die Urkunde gemäss act. 43/4 spricht somit ebenfalls nicht dafür, dass die Unterschrift von J._____ im IMA vom 7. März 2007 gemäss act. 34 einem anderen Vertrag entnommen wurde. Vielmehr ist aufgrund der Aussagen von J._____ davon auszugehen, dass dieser entgegen seinen eigenen Äusserungen seine Unterschrift auch unter nicht gelesene Urkunden setzte.

3.2.1.2.3.7. Urkunden gemäss act. 43/6 und act. 43/7

Die Beklagte hat als Urkunden die Protokolle der Beschuldigteneinvernahmen der Nebenintervenientin vom 22. Februar 2008 (act. 43/6) und 7. August 2008 (act. 43/7) als Beweismittel genannt (act. 88 S. 3).

Die Beklagte führt aus, in der Beschuldigteneinvernahme vom 22. Februar 2008 habe die Nebenintervenientin zugegeben, dass auf dem Schreiben vom 16. Februar 2007 die Unterschrift von J._____ gefälscht sei bzw. sie aus Zeitdruck für ihn unterschrieben habe, da er am 16. Februar 2007 in den Ferien gewesen sei (act. 143 Rz. 128; act. 43/6 S. 6). Weiter sei erstellt, dass die Nebenintervenientin die auf den verschiedenen Versionen der IMA enthaltenen Initialen (neben denen des Klägers 1) selber angebracht habe und zwar in einer Weise, dass der Eindruck habe entstehen sollen, die Nebenintervenientin, J._____ und der Kläger 1 hätten je ihre Initialen darauf angebracht (act. 143 Rz. 129 ff.). Die Beklagte führt weiter aus, auch durch das Protokoll der Beschuldigteneinvernahme vom 7. August 2008 (act. 43/7) sei erstellt, dass die Nebenintervenientin nicht davor zurückgeschreckt sei, die Unterschrift von J._____ zu fälschen (act. 143 Rz. 133 ff.).

Dass die Nebenintervenientin in gewissen Fällen Unterschriften, u.a. jene von J._____, gefälscht hat, trifft zu. Daraus kann aber nicht der Schluss gezogen werden, dass sie in Bezug auf das IMA vom 7. März 2007 gemäss act. 34 seine ech-

te Unterschrift missbraucht hat, indem sie die Unterschriftenseite eines anderen Vertrags in diesen Vertrag hineingeschoben hätte. Angesichts der Tatsache, dass sie zugegebenermassen Unterschriften gefälscht hat, könnte gar argumentiert werden, dies sei ein Indiz für die Echtheit der Urkunde gemäss act. 34, da davon auszugehen sei, dass sie bei der Herstellung einer unechten Urkunde nach ihrer angestammten Methode der Unterschriftenfälschung und nicht -manipulierung vorgegangen wäre.

Ob die Nebenintervenientin ihre Initialen in einer Weise angebracht hat, dass der Eindruck entstehen sollte, neben ihr hätte auch J._____ jede Seite signiert, kann offen gelassen werden. Selbst wenn dies der Fall wäre, würde dies noch keinen Missbrauch der echten Unterschrift von J._____ bzw. deren Entnahme aus einem anderen Vertrag belegen. Weiterhin fehlte es an einer schlüssigen Erklärung, wie die echte Unterschrift von J._____ unter einen Vertrag gekommen sein soll, den er angeblich nicht unterschrieben haben will.

3.2.1.2.3.8. Fazit zur Würdigung

Das Beweisverfahren hat ergeben, dass die Unterschrift von J._____ im IMA vom 7. März 2007 gemäss act. 34 echt ist. Nach Würdigung der genannten und abgenommenen Beweismittel steht für das Gericht fest, dass auch die Behauptung, seine Unterschrift im IMA vom 7. März 2007 sei einem anderen Vertrag entnommen worden, nicht zutrifft. Ob die Unterschrift von J._____ in der Urkunde gemäss act. 3/4, welche nicht als Beweismittel anerboten und abgenommen wurde, gefälscht wurde, kann offen bleiben. Sollte die Urkunde gemäss act. 3/4 gefälscht sein, würde dies nichts daran ändern, dass J._____ (u.U. ohne vorgängige Durchsicht des Vertrags) seine Unterschrift unter die andere Version, die Urkunde gemäss act. 34, gesetzt hat.

Die weiteren Vorbringen der Beklagten in ihrer Stellungnahme zum Beweisergebnis (E-Mails seien vom privaten Account der Nebenintervenientin versandt worden; Ungewöhnlichkeit des Vertragsinhalts des IMA; Bezeichnung der Kontoauszüge; später abgeschlossener Standardvermögensverwaltungsvertrag; kein Original des IMA im Besitz der Beklagten; act. 143) vermögen an der gerichtlichen

Feststellung nichts zu ändern; auch vor dem Hintergrund dieser Ausführungen der Beklagten ist nicht ersichtlich, wie die echte Unterschrift von J._____ unter einen Vertrag gekommen sein sollte, den er angeblich nicht unterschrieben haben will. Insbesondere überzeugt die beklagtische Sachdarstellung nicht, wonach die Seite mit der echten Unterschrift von J._____ im IMA gemäss act. 34, welche die Seitenzahl fünf aufweist, einem lediglich drei bis vier Seiten umfassenden Vertrag mit einem *"performance target"* entnommen worden sei. Denn ein drei bis vier Seiten umfassender Vertrag weist naturgemäss keine fünfte Seite auf. Erstellt ist indessen, dass J._____ aufgrund seines Vertrauens zur Nebenintervenientin auch Dokumente unterschrieben hat, ohne diese vorgängig durchzusehen. Nach eigener Aussage hat er sogar chinesische Zahlungsanweisungen unterzeichnet, obwohl er der chinesischen Sprache gar nicht mächtig ist (vgl. act. 43/5 S. 9). Folglich ist davon auszugehen, dass neben der Nebenintervenientin auch J._____ das IMA vom 7. März 2007 gemäss act. 34 namens der Beklagten unterzeichnet hat. Ob er dies wissentlich oder durch Abgabe seiner Unterschrift unter einen nicht gelesenen Vertrag getan hat, ist für die Frage des Zustandekommens des Vertrags nicht von Relevanz.

Weil das Gericht in Würdigung von Beweisen zur Überzeugung gelangt, dass die streitige Behauptung der Beklagten (betreffend die Entnahme der echten Unterschrift von J._____ aus einem Vertrag) widerlegt ist, wird die Beweislastverteilung nach der erwähnten bundesgerichtlichen Rechtsprechung gegenstandslos.

3.2.1.3. Unterzeichnung des IMA vom 7. März 2007 mit Wirkung für die Beklagte

3.2.1.3.1. Behauptungen der Parteien

Die Beklagte erklärt, die (Feststellungs-)Klage sei auch mangels Gutgläubigkeit der Kläger abzuweisen (act. 11 Rz. 8). Die Kläger hätten erkannt bzw. bei gehöriger Sorgfalt erkennen müssen, dass das Handeln der Nebenintervenientin nicht durch die Interessen und den Willen der Beklagten habe gedeckt sein können (act. 11 Rz. 43). Die geschäftserfahrenen Kläger hätten wissen müssen, dass eine Bank im Vermögensverwaltungsgeschäft nur ihre eigenen Vertragstexte, gedruckt auf den nach ihren Standards erstellten Formularen, akzeptiere. Sie hätten

wissen müssen, dass bei einer Änderung der geschäftsüblichen Vertragstexte zu ihren Gunsten jedenfalls das "Legal & Compliance" Team der Bank hätte involviert werden müssen, und sie hätten auch wissen müssen, dass, wenn überhaupt, eine Änderung der üblichen Vertragstexte jedenfalls von der Geschäftsleitung zu genehmigen gewesen wäre und nicht zwei Kundenberater von einem ausländischen Anwaltsbüro verfasste individuelle Vereinbarungen mit Wirkung für die Beklagte hätten eingehen können (act. 11 Rz. 44; act. 42 Rz. 10). Das gelte in besonderem Masse für eine *"performance guarantee"* (act. 11 Rz. 45). Es sei auch den Klägern aufgefallen, dass das angebliche IMA untypisch gewesen sei. Zumal ihnen die Nebenintervenientin mitgeteilt habe: *"[…] the guarantee is a special offer only offered to you and N._____ [gemeint ist der Kläger 1 im Verfahren mit Prozess Nr. HG080027], it is not standard or usual practice that we offer asset management service with guaranteed performance to everyone […]"*. Umso mehr hätten die Kläger wissen müssen, dass bei einer Änderung der geschäftsüblichen Vertragstexte zu ihren Gunsten jedenfalls das "Legal & Compliance" Team der Bank hätte involviert werden müssen, und sie hätten auch wissen müssen, dass, wenn überhaupt, eine Änderung der üblichen Vertragstexte jedenfalls von der Geschäftsleitung zu genehmigen gewesen sei. Die Kläger hätten gewusst, dass die Beklagte überhaupt keine *"performance guarantees"* abgebe. Den Klägern habe auch auffallen müssen, dass ein Regelwerk mit einer solchen Tragweite für die Beklagte nicht innerhalb von ein paar Stunden sowohl von "Legal & Compliance" habe geprüft wie auch von der Geschäftsleitung genehmigt werden können (act. 42 Rz. 94). Die Kläger hätten mit ihrer Klageschrift sodann unterschlagen, dass die Nebenintervenientin in den angeblichen Vertragsentwurf einen Zusatz eingefügt habe, gemäss dem das IMA hätte beendet werden sollen, wenn die Kontobeziehung nicht mehr unter ihrer Verantwortung stehen sollte. Es sei zu fragen, welches Interesse die Beklagte an einer solchen Klausel vernünftigerweise hätte haben können. Auch hier habe den Klägern auffallen müssen, dass die Beklagte keinen Willen zum Abschluss des IMA habe haben können; dies umso mehr, als die involvierten Rechtsanwälte dem Kläger 1 mitgeteilt hätten: *"you are not doing business with her but with the Bank"* (act. 42 Rz. 95; act. 143 Rz. 153 f.)

Es werde vorsorglich behauptet, dass die Anwälte von O._____ bei ihrer Überprüfung der Vertretungsverhältnisse darauf hingewiesen hätten, dass der Vertrag mit einer *"performance guarantee"* bankunüblich sei und daher jedenfalls nicht von Personen habe unterschrieben werden dürfen, die nicht Mitglieder der Geschäftsleitung der Beklagten seien. Auch werde vorsorglich behauptet, dass O._____ in ihrer Antwort darauf hingewiesen hätten, dass das Vertrauen auf die handelsregisterlichen Verhältnisse nur bei Gutgläubigkeit zulässig sei (act. 11 Rz. 101).

Auch der Umstand, dass sämtliche E-Mails im Zusammenhang mit den angeblichen Offerten bis hin zu den angeblichen Vertragsschlüssen vom privaten E-Mail-Account der Nebenintervenientin erfolgt seien, bedeute, dass die angeblichen Vertragsverhandlungen bzw. ein allfällig späterer Vertragsschluss nicht im Interesse der Beklagten habe liegen können, ansonsten es keinen Grund gegeben hätte, die Korrespondenz nicht über den geschäftlichen E-Mail-Account zu führen, zumal die Nebenintervenientin die Möglichkeit gehabt hätte, auch von extern auf den geschäftlichen E-Mail-Account zuzugreifen. Dass ein Prokurist komplexe Verträge über sein privates E-Mail-Account versende, habe den geschäftserfahrenen Kläger 1 stutzig machen müssen (act. 42 Rz. 93; act. 64 Rz. 169 ff.; act. 143 Rz. 152).

Die Kläger hätten erkennen müssen, dass die in ihr Banklagernd-Dossier gelegten und von ihnen von Zeit zu Zeit behändigten Kontoauszüge als *"Non Discretionary Mandate"* codiert gewesen seien, d.h. dass die Beklagte nicht von der Existenz eines Vermögensverwaltungsvertrags ausgegangen sei (act. 11 Rz. 47). Der Umstand, dass die Kläger plädieren würden, der Kläger 1 habe am 30. Mai 2007 den Standardvermögensverwaltungsvertrag der Beklagten unterschrieben, ohne dass er einen formellen Vorbehalt der Weitergeltung des IMA gemacht hätte, lege nahe, dass die Kläger selbst nicht an den gültigen Abschluss des IMA vom 7. März 2007 geglaubt hätten (act. 11 Rz. 48; act. 42 Rz. 105; act. 143 Rz. 157).

Aufgrund der vom Kläger 1 bzw. der Klägerin 3 gleichentags, d.h. am 7. März 2007, unterzeichneten Konto-Depoteröffnungsunterlagen ergebe sich ebenfalls deutlich, dass der Kläger 1 und die Klägerin 3 selber nicht an den gültigen Ab-

schluss des IMA geglaubt hätten, da erstere mit letzterem in krassem Widerspruch stehen würden (act. 42 Rz. 73 ff.; act. 143 Rz. 71 ff.).

Die Beklagte beanstandet – dieses Mal ohne Bezugnahme auf den guten Glauben der Kläger – schliesslich, die Nebenintervenientin habe weder die Entwürfe noch das Endresultat des IMA dem "Legal & Compliance" Team unterbreitet. Selbst wenn sie die Behauptung aufstelle, die Renditegarantie mit verschiedenen Portfoliomanagern diskutiert zu haben und diese ihr gesagt hätten, es sei realistisch, das zu erzielen, so bedeute das nicht, dass die Kundenberater eine solche *"performance guarantee"* auch hätten abschliessen dürfen. Dem Kundeberater werde nicht die Freiheit gelassen, auch Verträge zu schliessen, die die Beklagte in grösstem Masse schädigen könnten (act. 42 Rz. 101).

Auf die entsprechenden klägerischen Entgegnungen ist im Rahmen der Würdigung einzugehen, soweit sich dies als erforderlich erweist.

3.2.1.3.2. Rechtliches

3.2.1.3.2.1. Vertretungsmacht und Vertretungsbefugnis

Die zur Vertretung befugten Personen können gemäss Art. 718a Abs. 1 OR im Namen der Gesellschaft alle Rechtshandlungen vornehmen, die der Zweck der Gesellschaft mit sich bringen kann. Eine Beschränkung dieser Vertretungsbefugnis hat gemäss Art. 718a Abs. 2 OR gegenüber gutgläubigen Dritten grundsätzlich keine Wirkung. Das Bundesgericht fasst die Zweckgrenze in seiner Rechtsprechung weit auf. Nur Geschäfte, die der Zweck nicht mit sich bringen kann, d.h. die durch diesen geradezu ausgeschlossen sind, liegen jenseits der Zweckgrenze (Watter, in: BSK OR II, Art. 718a N 3 mit Verweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung). Bei der Vertretung geht es einerseits darum, inwieweit jemand berechtigt ist, für die Gesellschaft rechtlich verbindlich aufzutreten (Frage der Vertretungsbefugnis) und andererseits um die Frage, inwieweit das rechtsgeschäftliche Handeln im Namen der Gesellschaft dieser zuzurechnen ist (Frage der Vertretungsmacht). Während die Vertretungsmacht den Bereich des rechtlichen Könnens bezeichnet, befasst sich die Vertretungsbefugnis mit dem rechtlichen

Dürfen des Vertreters oder Organs (Meier-Hayoz/Forstmoser, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 11. Aufl., Bern 2012, § 2 N 115). Wird ein Vertrag durch gemäss Handelsregistereintrag zeichnungsberechtigte Personen im Namen der Gesellschaft abgeschlossen, wird diese berechtigt und verpflichtet. Dass der Vertrag gegebenenfalls nicht in ihrem Interesse liegen könnte, ändert an ihrer Stellung als Vertragspartei nichts. Gesellschaftsintern macht sich das Vertretungsorgan verantwortlich, wenn es schädigende Geschäfte abschliesst, die ausserhalb seiner Kompetenzen liegen (Watter, in: BSK OR II, Art. 718a N 7). Im externen Verhältnis ist aber von Bedeutung, dass die Vertretungsmacht weitergehen kann als die (intern allfällig beschränkte) Vertretungsbefugnis. Solange eine fragliche Handlung innerhalb des objektiv verstandenen Gesellschaftszwecks liegt, wird somit die Gesellschaft durch sie berechtigt und verpflichtet. Andernfalls müsste jeder potentielle Vertragspartner einer juristischen Person vor Vertragsschluss jeweils abwägen, ob der abzuschliessende Vertrag im Interesse der Gegenpartei erfolgt, was oftmals nicht möglich ist. In diesem Sinne können zeichnungsberechtigte Personen auch für eine Gesellschaft unvorteilhafte Verträge abschliessen, soweit sie sich noch im (sehr weiten) vom Gesellschaftszweck erfassten Bereich bewegen.

Mit Urteil vom 3. Juli 2000 (BGE 126 III 361) hat das Bundesgericht festgehalten, ein Konflikt zwischen den Interessen der juristischen Person und jenen des handelnden Organs vermöge die Vertretungsmacht zu begrenzen, wenn er für den Dritten erkennbar gewesen sei oder dieser ihn wenigstens bei gebührender Sorgfalt hätte erkennen müssen. Ein Teil der Lehre postuliert weiter gehend, dass interessen- und pflichtwidriges Handeln stets ausserhalb der Organvollmacht liege (Watter, in: BSK OR II, Art. 718a N 5). Nach dieser Lehre ist zu untersuchen, ob eine Kundgabe einer nicht existierenden (oder begrenzten) Organvollmacht im Handelsregister oder anderswo stattgefunden hat und ob der gute Glauben des Dritten den Mangel in der Vollmacht heilen kann, was wiederum zur Frage führt, ob der Dritte mit der nötigen Sorgfalt handelte (Watter, in: BSK OR II, Art. 718a Rz. 9). Das Bundesgericht hat mit Urteil vom 8. April 2008 (4A_357/2007) indessen festgehalten, der Umstand, dass das Handeln des Vertretungsberechtigten allenfalls nicht im Gesellschaftsinteresse oder sogar ausschliesslich im Interesse

des Handelnden liege, habe keinen Einfluss darauf, dass die Gesellschaft durch die entsprechenden Handlungen verpflichtet werde. In diesem Sinne seien Handlungen der gemäss Handelsregistereintrag zur Vertretung ermächtigten Personen der Gesellschaft unabhängig davon zuzurechnen, ob die entsprechenden Organe die gesellschaftsinternen Kompetenz- und Handlungsrichtlinien beachtet hätten. Das Bundesgericht hält somit an der Unterscheidung zwischen Vertretungsmacht und Vertretungsbefugnis fest (Peyer, Vertretung der Aktiengesellschaft: Wirkung der Vertretungsmacht und einer Beschränkung der Vertretungsbefugnis - Besprechung des Urteils 4A_357/2007 des schweizerischen Bundesgerichts vom 8. April 2008, in: GesKR 2008 383). Während das Vorliegen des guten Glaubens beim Dritten gemäss der einen Ansicht den Mangel in der Vollmacht heilt, bewirkt dessen Fehlen nach der anderen Ansicht eine Beschränkung der Vertretungsmacht. Jedenfalls ist die zentrale Frage somit aber diejenige nach dem guten Glauben des Dritten (Watter, in: BSK OR II, Art. 718a N 10).

3.2.1.3.2.2. Der gute Glaube

a) Im Allgemeinen

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

Schutz ihres guten Glaubens von den zur Vertretung der Gesellschaft befugten Personen einen entsprechenden Verwaltungsratsbeschluss vorlegen lässt. Bei Eigengeschäften, bei denen etwa ein Vertretungsorgan namens der AG eine Bürgschaft für einen eigenen Kredit abschliesst, können allenfalls höhere Anforderungen gelten (Watter, in: BSK OR II, Art. 718a N 11; Peyer, a.a.O., 385; BGE 119 II 23).

b) (Blosse) Überschreitung der internen Vertretungsbefugnis oder Missbrauch der Vertretungsmacht

Im bereits zitierten sog. "Mövenpick-Fall" (BGE 119 II 23 = Pra 84 (1995) Nr. 10), auf welchen sich auch die Beklagte beruft, hatte ein Angestellter der Caves Mövenpick SA in leitender Funktion Kunden dazu bewogen, Geld für den angeblichen Kauf von Wein durch seine Arbeitgeberin zu investieren, wobei er ihnen für den Fall des vorgesehenen Wiederverkaufs Gewinne von mindestens 40 % garantierte. Ab einem Gewinn von über 40 % stand seiner Arbeitgeberin eine Kommission von 5 % zu. Seine Arbeitgeberin traf die Pflicht zur Weinaufbewahrung in der Zeitspanne zwischen Kauf und Wiederverkauf. Zudem war sie zum Rückkauf verpflichtet, falls bis zu einem bestimmten Zeitpunkt kein Erwerber für den Wiederverkauf gefunden würde, wobei dem Investor das Recht eingeräumt war, 10 % der Ware zu behalten. Später stellte sich heraus, dass der Angestellte den Kauf und Wiederverkauf des Weins durch seine Arbeitgeberin vorgegaukelt und das von den Investoren zur Verfügung gestellte Geld für eigene Bedürfnisse oder zur Verschleierung von Verlusten verwendet hatte, die der Gesellschaft infolge seiner ungetreuen Geschäftsführung zugefügt worden waren.

Das Bundesgericht wies die Klage eines Investors gegen die Caves Mövenpick SA auf Erfüllung des Vertrags mit der Begründung ab, eine vertragliche Bindung der Caves Mövenpick SA sei nicht zustande gekommen, weil der Investor den Missbrauch der Vertretungsmacht durch den Angestellten hätte erkennen können und daher nicht gutgläubig gewesen sei. Das Bundesgericht gelangte mithin zur Annahme, der Investor habe Zweifel hegen müssen, ob die Vertreter das Geschäft wirklich für die Caves Mövenpick SA abgeschlossen hätten. Infolgedessen habe er den Verdacht haben müssen, dass die Vertreter mit den vorgeschlagenen

Verträgen keinen Vertretungswillen gehabt und zum Schaden der Vertretenen gehandelt hätten. So seien die Verträge nicht wie eine gewöhnliche Subskription für Weine eines bestimmten Jahrgangs, sondern als rein finanzielles Geschäft erschienen. Sowohl die bestellten Mengen – mehr als 400 Kisten mit je 12 Flaschen – als auch die vereinbarten Preise – deutlich niedriger als jene der offiziellen Subskription – seien zweitrangig erschienen und hätten dem Geschäft einen rein fiktiven und abstrakten Charakter gegeben. Auch das von den Vertretern vorgeschlagene Angebot hätte angesichts der gesunden wirtschaftlichen Situation der Caves Mövenpick SA sowie der üblichen Bedingungen des Geldmarktes – mit einer Zinslast von 22.8 % – Fragen aufwerfen müssen; dies umso mehr als die Caves Mövenpick SA in Bezug auf die durch den Investor realisierten Vorteile nur einen minimalen Gewinn in Form einer Kommission von 5 % realisiert habe, während der Investor seine Kapitalanlage um 40 % erhöht wiedererlangt habe. Schliesslich habe die Bitte an den Investor, auf dem Check den Namen des Vertreters neben jenem des Begünstigten zu erwähnen, in diesem an und für sich schon eigenartigen Zusammenhang eine ungewöhnliche Forderung dargestellt. Alle diese Elemente hätten beim Investor als Finanzdirektor einer wichtigen Holdinggruppe den Verdacht bezüglich der wirklichen Absicht der Vertreter und damit eines eventuellen Missbrauchs zum Schaden der Vertretenen wecken müssen (Messerli, Die Sorgfalt beteiligter Parteien bei missbräuchlicher Ausübung der Vertretungsmacht durch ein Gesellschaftsorgan, in: SJZ 93/1997 17; Chappuis, L'abus de pouvoir du fondé de procuration, in: SZW 66 (1994) 233; BGE 119 II 23 27 E.3.c = Pra 84 (1995) Nr. 10).

Das Bundesgericht hat dabei in rechtlicher Hinsicht folgende Unterscheidung getroffen: Während sich der Dritte bei einer blossen Überschreitung der Vertretungsbefugnis ("simple dépassion") nur vergewissern muss, wenn er die interne Beschränkung kannte oder ernsthafte Zweifel an der Vertretungsbefugnis hat, kommt Art. 3 ZGB bei einem Missbrauch der Vertretungsmacht ("véritable abus de ce pouvoir") uneingeschränkt zur Anwendung und die Anforderungen an die Sorgfalt des Dritten sind erhöht. Während sich bei einer blossen Überschreitung der Vertretungsbefugnis die Aufmerksamkeitspflicht des Dritten grundsätzlich in der Einsichtnahme in das öffentliche Register erschöpft, lässt bei einem Miss-

brauch der Vertretungsmacht schon eine geringe Nachlässigkeit auf den bösen Glauben schliessen. Dies gilt v.a., wenn der Dritte das Geschäft abschliesst, ohne den objektiven Missbrauchsindizien Aufmerksamkeit zu schenken, die erkennen lassen, dass der Vertreter gegen die Interessen des Vertretenen handelt. Das Mass der vom Dritten angesichts der Umstände verlangten Aufmerksamkeit muss jenem entsprechen, das von einem ehrlichen bzw. durchschnittlichen Menschen in einer analogen Situation zu erwarten ist. Es hängt einerseits von den durchschnittlichen Kenntnissen der betreffenden Berufsleute oder des betreffenden sozialen Umfeldes ab, wobei für Handelsgeschäfte die Anforderungen bezüglich der Aufmerksamkeit mit zunehmender Erfahrung des Dritten steigen. Andererseits bestimmt es sich gemäss der Natur und der Entwicklung des Geschäfts. Ausserordentlich vorteilhafte Angebote verlangen eine erhöhte Vorsicht, v.a. wenn im entsprechenden Tätigkeitsbereich ungewöhnliche Bedingungen vorgeschlagen werden. Das Gericht muss das Mass der erforderlichen Aufmerksamkeit im Einzelfall beurteilen und eine Gesamtwürdigung vornehmen (BGE 119 II 23 25 ff. E.3.b und c = Pra 84 (1995) Nr. 10). Massgebend ist zusammengefasst, ob der Dritte Umstände ignoriert hatte, die offensichtlich Verdacht erwecken mussten. Bei Anhaltspunkten auf einen Missbrauch der Vertretungsmacht sind demnach Erkundigungen anzustellen. Während bei einer (blossen) Überschreitung der Vertretungsbefugnis somit die Kenntnis offensichtlicher Hinweise notwendig ist, bedarf es bei einem Missbrauch der Vertretungsmacht lediglich der Kenntnis von Anhaltspunkten, um eine Erkundigungspflicht auszulösen (vgl. Messerli, a.a.O., 19).

Zur Begründung, weshalb beim "Mövenpick-Fall" nicht von einer einfachen Überschreitung der Vertretungsbefugnis, sondern einem Missbrauch der Vertretungsmacht auszugehen war, führte das Bundesgericht aus, der Vertreter der Beklagten habe das streitige Geschäft tatsächlich in seinem eigenen Interesse zum Schaden des Vertretenen sowie in deliktischer Art und Weise abgeschlossen. In seinen Beziehungen zu Dritten habe er in Wirklichkeit nie die Absicht gehabt, auf Rechnung des Vertretenen zu handeln, sondern habe vielmehr den Rechtsschein der Eintragung seiner Vollmachten im Handelsregister benutzt (BGE 119 II 23 25 E.3.b und c = Pra 84 (1995) Nr. 10). Somit ist unter folgenden vier Voraussetzun-

gen nicht mehr lediglich von einer Überschreitung der internen Vertretungsbefugnis, sondern von einem Missbrauch der Vertretungsmacht auszugehen: der Vertreter handelt erstens in seinem eigenen Interesse, zweitens zum Schaden des Vertretenen, drittens in deliktischer Art und Weise sowie viertens ohne in Wirklichkeit jemals die Absicht gehegt zu haben, auf Rechnung des Vertretenen zu handeln (Chauppuis, a.a.O., 235).

In der Lehre ist diese Rechtsprechung auf Ablehnung gestossen (Messerli, a.a.O., 19 mit entsprechenden Verweisen). Kritisiert wird u.a., dass aus Sicht des Dritten oft nicht erkennbar sei, ob eine blosse Überschreitung der Vertretungsbefugnis oder ein Missbrauch der Vertretungsmacht gegeben bzw. welches in einem konkreten Fall nun der zu beachtende Sorgfaltsmassstab sei. Tatsächlich erscheint es unbillig und ist mit den Anliegen des Verkehrsschutzes schlecht vereinbar, wenn dieser Sorgfaltsmassstab nach starren Kriterien variiert und für den Dritten teilweise nicht erkennbar ist, ob diese Kriterien erfüllt sind (vgl. Chappuis, a.a.O., 238). Vor diesem Hintergrund ist insbesondere im Sinne des besagten Verkehrsschutzes zu fordern, dass es für die Auslösung einer Erkundigungspflicht deutlicher Anhaltspunkte für einen Missbrauch der Vertretungsmacht bedarf und nur in krassen Fällen wie dem geschilderten "Mövenpick-Fall" überhaupt von einem solchen auszugehen ist. Jedenfalls nicht ausreichend (und auch die oben genannten Voraussetzungen des Bundesgerichtes nicht erfüllend) ist deshalb ein lediglich ungewöhnlicher bzw. für eine Partei ungünstiger Vertrag. Wie schon bei den Ausführungen zur grundsätzlichen Vertretungsmacht ohne Berücksichtigung des guten Glaubens erwähnt, gilt, dass potentielle Vertragspartner einer juristischen Person vor Abschluss eines entsprechenden Vertrags nicht abwägen sollen müssen, ob dieser im Interesse der Gegenpartei erfolgt, da dies oftmals nicht möglich und vor dem legitimen Anspruch, für sich selbst ein gutes Verhandlungsergebnis zu erzielen, auch nicht zumutbar ist. Die gegenteilige Auffassung würde – konsequent zu Ende gedacht – zur unhaltbaren Situation führen, dass Vertreter einer juristischen Person gar nicht mehr mit Wirkung für diese handeln könnten, sobald es sich um ein schlechtes Geschäft handelte.

3.2.1.3.3. Würdigung

3.2.1.3.3.1. Abschluss des IMA vom 7. März 2007 im objektiv verstandenen Gesellschaftszweck der Beklagten

Soweit die Beklagte ohne Bezugnahme auf die ihrer Ansicht nach fehlende Gutgläubigkeit der Kläger vorbringt, ihre Kundenberater hätten das IMA vom 7. März 2007 nicht abschliessen dürfen (act. 42 Rz. 101), ist sie darauf hinzuweisen, dass eine Verpflichtung der Beklagten nach dem Gesagten auch entgegen allfälliger interner Richtlinien bzw. ohne Einbezug des "Legal & Compliance" Teams sowie Genehmigung durch die Geschäftsleitung möglich war. Der oben erwähnten Rechtsprechung des Bundesgerichts folgend, wonach lediglich Geschäfte ausserhalb der Zweckgrenze liegen, die durch den Zweck geradezu ausgeschlossen sind, ist festzuhalten, dass der Abschluss des IMA vom 7. März 2007 mit einer *"performance guarantee"* innerhalb dieses Zweckbereichs der Beklagten anzusiedeln ist. Da die Nebenintervenientin und J._____ aufgrund ihrer Kollektivzeichnungsberechtigung gemäss Art. 718a Abs. 1 OR im Namen der Beklagten sämtliche Rechtshandlungen vornehmen konnten, die der Zweck der Beklagten mit sich bringen kann, verfügten sie somit grundsätzlich über die Vertretungsmacht, die Beklagte durch den Abschluss des IMA vom 7. März 2007 zu verpflichten.

3.2.1.3.3.2. Gutgläubigkeit der Kläger

a) Beweislast

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

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. 42 Rz. 94). Mit den Klägern ist festzuhalten, dass die Beklagte nicht ausführt, woher die Kläger dieses Wissen hätten nehmen sollen (act. 51 Rz. 30). In ihrer Eingabe vom

13. Januar 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. 64 Rz. 383). Somit leitet die Beklagte die klägerische "Kenntnis", wonach die Beklagte keine Renditegarantien abgebe, aus dem ihrer Ansicht nach ungewöhnlichen Vertragsinhalt ab. Mithin macht sie nicht direkt den bösen Glauben der Kläger geltend, sondern stellt sich auf den Standpunkt, dass die Kläger unter den gegebenen Umständen nicht gutgläubig sein konnten. Darauf ist sogleich einzugehen. Anzumerken ist, dass die Beklagte durch den Zusatz "normalerweise" allfällige Ausnahmen vom Grundsatz, keine *"performance guarantees"* abzugeben, gleich selbst vorbehält. Mit den Klägern ist zudem davon auszugehen, dass sich aus der Urkunde gemäss act. 17/158 nicht ergibt, dass die Beklagte überhaupt keine *"performance guarantees"* abgibt (act. 51 Rz. 30).

Der böse Glaube der Kläger ergibt sich auch nicht aus dem Umstand, dass die Kläger am 7. März 2007 die Kontoeröffnungsunterlagen für das Konto mit der Nr. 5 und der Bezeichnung "C._____" unterzeichnet haben, deren Inhalt teilweise im Widerspruch mit jenem des IMA vom 7. März 2007 steht. In letzterem wird unter Ziffer 12 festgehalten, dass es im Konfliktfall mit den "Terms and Conditions" diesen vorgeht: *"[…] where there is a discrepancy or conflict between the terms of this Agreement and the Terms and Conditions, the terms of this Agreement shall prevail"*. Somit mussten sich die Kläger im Zusammenhang mit den Wirkungen des IMA nicht um die Kontoeröffnungsunterlagen kümmern.

c) Die nach den Umständen gebotene Aufmerksamkeit der Kläger

Nach dem Gesagten ist die Frage, ob J._____ und die Nebenintervenientin gemeinsam berechtigt (vertretungsbefugt) waren, das IMA vom 7. März 2007 namens der Beklagten abzuschliessen, von derjenigen zu unterscheiden, ob die Nebenintervenientin ihre Vertretungsmacht missbraucht hat. So bedarf es für die Auslösung einer Erkundigungspflicht der Kläger im Zusammenhang mit der ersten Frage stärkste Zweifel (im Hinblick auf das Vorliegen der Vertretungsbefugnis), während bezüglich der zweiten Frage klare Anhaltspunkte, die auf einen Missbrauch der Vertretungsmacht hindeuten, genügen.

Es mag zutreffen, dass den beklagtischen Kundenberatern (intern) nicht die Freiheit gelassen wurde, auch Verträge abzuschliessen, welche die Beklagte in grösstem Masse hätten schädigen können (vgl. act. 42 Rz. 101). Der Abschluss eines ungünstigen Geschäfts stellt für sich genommen indessen noch keinen Missbrauch der Vertretungsmacht, sondern gegebenenfalls eine blosse Überschreitung der internen Vertretungsbefugnis dar. Auch ist die Konstellation vorliegend eine andere als beim "Mövenpick-Fall": Dort hatten die Geschäfte wie erwähnt einen rein abstrakten Charakter und waren zudem bereits im Kern zum Nachteil der Arbeitgeberin angelegt, was im Übrigen für die Gegenpartei ohne Weiteres erkennbar war. Hier ist immerhin unbestritten, dass die Beklagte *"management fees"* bezogen hat (act. 64 Rz. 36). Zudem waren die namhaften klägerischen Vermögenswerte bei der Beklagten deponiert. Die entsprechenden Ausführungen der Kläger, die Beklagte habe 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. 16 Rz. 54), werden von der Beklagten nur pauschal und damit ungenügend bestritten (act. 42 Rz. 318). 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. J._____ 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. 43/5 S. 17). Bei einer besseren *"performance"*, von welcher vor Ausbruch der Finanzkrise sicherlich ausgegangen wurde, hätte sich das (für die Beklagte zwar risikobehaftete) IMA vom 7. März 2007 mit einer vorgesehenen Renditegarantie in diesem Bereich demnach auch als für die Beklagte vorteilhaft erweisen können. Im Unterschied zu den Vertretern beim "Mövenpick-Fall" hatte die Nebenintervenientin vorliegend somit durchaus die Absicht, (nicht nur abstrakt, sondern tatsächlich) auf Rechnung der Beklagten zu handeln, auch wenn sie persönlich ebenfalls vom Geschäft profitiert haben sollte. Zum Vorbringen der Beklagten, den Klägern habe der Umstand, dass das IMA habe beendet werden sollen, wenn die Kontobeziehung nicht mehr unter der Verantwortung der Nebenintervenientin stehe, gezeigt,

dass der Abschluss des IMA nicht im Interesse der Beklagten habe liegen können, ist zu sagen, dass die finale Version des IMA diesen Passus nicht mehr enthält. Ausserdem ist der Schluss auch falsch. Wie dargelegt handelt es sich nicht um einen (bereits im Kern) völlig einseitigen Vertrag, welcher keinerlei Vorteile für die Beklagte aufweisen würde; dass der Abschluss im Interesse der Nebenintervenientin war, bedeutet nicht, dass er nicht ebenfalls im Interesse der Beklagten hat liegen können.

Zusammengefasst ist festzuhalten, dass nicht von einem Missbrauch der Vertretungsmacht im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung durch die Nebenintervenientin auszugehen ist, da diese die Absicht hatte, tatsächlich auf Rechnung der Beklagten zu handeln. Ob die weiteren diesbezüglichen Voraussetzungen erfüllt sind, kann offen gelassen werden. Beschreiben die Vorbringen der Beklagten den Missbrauchstatbestand erst gar nicht, stellen sie erst recht keine objektiven Missbrauchsindizien bzw. Anhaltspunkte dar, welche auf einen solchen hindeuten bzw. eine entsprechende Erkundigungspflicht der Kläger auslösen würden. Die durch die Beklagte behauptete und die Kläger bestrittene Geschäftserfahrenheit 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 J._____ missachtet und ihrer Erkundigungspflicht nicht genügend nachgekommen sind. Vorab ist zu bemerken, dass solche Hinweise vor bzw. zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses, dem 7. 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 O._____ 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. 16 Rz. 70 ff.; act. 42 Rz. 336 f.). 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. 51 Rz. 13). Sollte bei der Beklagten eine interne Beschränkung der Vertretungsbefugnis der Nebenintervenientin und von J._____ bestanden haben, wurde diese den Klägern durch die Beklagte nicht mitgeteilt. Vielmehr wurde – durch die entsprechenden Einträge im Handelsregister – mitgeteilt, dass die Nebenintervenientin und J._____ die Beklagte gemeinsam im Rahmen des (weitgefassten) Zwecks vertreten können. Die Kläger mussten deshalb nicht davon ausgehen, dass die je kollektivzeichnungsberechtigten, das IMA vom 7. März 2007 unterzeichnenden Personen – die Nebenintervenientin sowie J._____ – 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 J._____ 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 J._____ möglicherweise seine Unterschrift unter den nicht gelesenen Vertrag geleistet hat, denn dies wäre für die Kläger nicht ersichtlich gewesen.

Da keine offensichtlichen Hinweise für eine Überschreitung der Vertretungsbefugnis durch die Nebenintervenientin und J._____ vorliegen, wurde keine Erkundigungspflicht seitens der Kläger ausgelöst. Die Kläger haben sich sodann wie ge-

sagt der Zeichnungsberechtigung der Nebenintervenientin sowie jener von J._____ vergewissert. Nach dem Gesagten und insbesondere vor dem Hintergrund der Verkehrssicherheit mussten sie deshalb unabhängig von einer allfälligen Geschäftserfahrenheit keine weitergehenden Abklärungen zur internen Vertretungsbefugnis der Nebenintervenientin und von J._____ treffen. Ob die interne Vertretungsbefugnis der Nebenintervenientin und von J._____ 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.

3.2.1.3.3.3. Fazit zur Würdigung

Der Abschluss des IMA vom 7. März 2007 lag im objektiv verstandenen Gesellschaftszweck der Beklagten, und die Nebenintervenientin sowie J._____ haben das IMA vom 7. März 2007 mit Wirkung für die Beklagte unterzeichnet, da die Kläger gutgläubig waren.

3.2.1.4. Fazit zum Zustandekommen des IMA vom 7. März 2007

Das IMA wurde durch zwei kollektivzeichnungsberechtigte Personen namens und mit Wirkung für die Beklagte unterzeichnet und ist deshalb Zustande gekommen. Die unter den Parteien umstrittene Frage, ob die Beklagte an das IMA vom 7. März 2007 auch durch die Abgabe einer Anscheins- bzw. Duldungsvollmacht gebunden wäre, muss nicht geklärt werden.

3.2.2. Gültigkeit des IMA vom 7. März 2007 bzw. Irrtumsanfechtung

3.2.2.1. Parteibehauptungen

Die Kläger bringen vor, mit Schreiben vom 10. September 2008 habe die Beklagte in einem Eventualstandpunkt einen wesentlichen Irrtum im Sinne von Art. 23 ff. OR geltend gemacht (act. 16 Rz. 151). Die Nebenintervenientin als Vertreterin der Beklagten habe den Vertrag, den wahren Sachverhalt, gekannt und diesem zugestimmt. Folglich liege kein Irrtum ihrerseits vor (act. 16 Rz. 152). J._____ habe das IMA vom 7. 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 L._____ im Februar 2007 ausdrücklich gewarnt worden sei, diesbezüglich vorsichtig zu sein. J._____ 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. 16 Rz. 154). Vizedirektor J._____ 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 P._____, 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. 16 Rz. 155). J._____ 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 J._____ nicht weiter, weil er

Verträge ohne jegliche Kenntnis über deren Inhalt oder die dazugehörigen Akten unterschrieben habe. J._____ habe alle ihm von der Nebenintervenientin unterbreiteten Dokumente stets ohne kritisches Hinterfragen unterschrieben und somit inhaltlich zugestimmt (act. 16 Rz. 156). 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. 16 Rz. 157). Weil der Kläger 1 (und damit auch die Klägerin 3) in der Finanzbranche unerfahren sei, habe er sich im Rahmen der Vertragsentwicklung des IMA von einer niederländischen und einer schweizerischen Anwaltskanzlei beraten lassen. Die Anwälte hätten nie darauf hingewiesen, dass das IMA vom 7. März 2007 nicht im Interesse der Beklagten habe stehen können. Es habe dazu auch keinen Anlass gegeben, denn gemäss Handelsregistereintrag umfasse der Gesellschaftszweck der Beklagten auch die Erteilung von Garantien. Zudem würde das IMA vom 7. März 2007 mehr als nur eine garantierte Rendite enthalten. Die Beklagte könne über das fix investierte Kapital verfügen, *"management fees"* generieren (bei Übertreffen der garantierten Rendite sogar zu einem erhöhten Ansatz), und die Beklagte könne im entsprechenden Fall Darlehenszinse verdienen. Die Beklagte habe somit offenkundig selber ein materielles Interesse an diesem Vertrag, was für den Kläger 1 (und damit die Klägerin 3) evident gewesen sei (act. 16 Rz. 158). Schliesslich wisse die Beklagte aufgrund der Tatsache, dass L._____ die von der Nebenintervenientin aus den Kundendossiers des Klägers 1 und von M._____ 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 Anfechtung der Vermögensverwaltungsverträge im September 2008 zu spät erfolgt sei (act. 16 Rz. 159).

Die Beklagte führt aus, mit Schreiben vom 10. September 2008 habe sie die Anfechtung des IMA vom 7. März 2007 wegen wesentlichen Irrtums im Sinne von Art. 23 ff. OR erklärt (act. 42 Rz. 149). Es sei nicht alleine auf die Willensbildung der Nebenintervenientin, sondern vielmehr auch auf jene von J._____ abzustellen (act. 42 Rz. 406). Werde unterstellt, dass dieser das IMA vom 7. 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. 42 Rz. 408). 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. 42 Rz. 409). J._____ 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. 42 Rz. 411). 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 Garantie i.S.v. Art. 111 OR. Dass die Beklagte selber ein Interesse an den Vertragsschlüssen gehabt hätte, werde bestritten

(act. 42 Rz. 413). Für die Beklagte seien erst am 12. September 2007 Verdachtsgründe für möglicherweise unautorisierte Transaktionen mit Kundenvermögen seitens der Nebenintervenientin aufgekommen. 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. 42 Rz. 414).

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 ge-

mäss Art. 24 Abs. 1 OR genannten Fällen die Wesentlichkeit des Erklärungsirrtums vermutet wird (Schwenzer, in: BSK OR I, Art. 24 N 9).

Der Irrtum ist namentlich dann ein wesentlicher, wenn der Irrende einen andern Vertrag eingehen wollte als denjenigen, für den er seine Zustimmung erklärt hat bzw. wenn der Irrtum einen bestimmten Sachverhalt betraf, der vom Irrenden nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr als eine notwendige Grundlage des Vertrages betrachtet wurde (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 1 und 4 OR). Gemäss Art. 25 Abs. 1 OR ist die Berufung auf Irrtum unstatthaft, wenn sie Treu und Glauben widerspricht und gemäss Art. 25 Abs. 2 OR hat der Irrende den Vertrag gelten zu lassen, wie er ihn verstanden hat, sobald der andere sich hierzu bereit erklärt. Hat der Irrende, der den Vertrag nicht gegen sich gelten lässt, seinen Irrtum der eigenen Fahrlässigkeit zuzuschreiben, so ist er zum Ersatze des aus dem Dahinfallen des Vertrages erwachsenen Schadens verpflichtet, es sei denn, dass der andere den Irrtum gekannt habe oder hätte kennen sollen. Wo es der Billigkeit entspricht, kann der Richter auf Ersatz des weiteren Schadens erkennen (Art. 26 OR). Wenn der durch Irrtum beeinflusste Teil binnen Jahresfrist weder dem anderen eröffnet, dass er den Vertrag nicht halte, noch eine schon erfolgte Leistung zurückfordert, so gilt der Vertrag als genehmigt. Die Frist beginnt mit der Entdeckung des Irrtums (Art. 31 Abs. 1 und 2 OR).

Ein Erklärungsirrtum liegt vor, wenn jemand auf einer Erklärung behaftet wird, die nicht seinem Willen entspricht. Der Irrtum betrifft nicht die Willensbildung, sondern die Äusserung des fehlerfrei gebildeten Willens (Schwenzer, in: BSK OR I, Art. 24 N 2). Einer der praktisch wichtigsten Fälle des Irrtums im Erklärungsakt ist die 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).

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 irrige 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 1, Art. 24 N 20 ff.).

3.2.2.3. Würdigung

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

Mit dem Vorbringen, J._____ habe nicht damit rechnen müssen, dass eine derartig ungewöhnliche Klausel wie eine *"performance guarantee"* in diesem Vertrag enthalten gewesen sei, erklärt die Beklagte implizit, J._____ habe das IMA vom 7. März 2007 (zumindest nicht vollständig) gelesen oder verstanden, als er es unterschrieben habe. Die Beklagte führt aber nicht aus, von welchem Urkundeninhalt J._____ bei der Unterzeichnung des IMA vom 7. 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 über-

nommen haben soll. In anderem Zusammenhang bringt die Beklagte zwar vor, J._____ hätte Verträge mit *"performance targets"* unterschrieben. Dort stellt sich die Beklagte indessen auf den Standpunkt, die Seite mit der echten Unterschrift von J._____ sei einem Vertrag mit *"performance target"* entnommen und in das IMA vom 7. März 2007 hineingeschoben worden. Die Beklagte behauptet in ihrem Eventualstandpunkt somit nicht, dass J._____ mit dem Abschluss des IMA vom 7. März 2007 einen Vertrag mit einem *"performance target"* für die Beklagte eingehen wollte. Sie behauptet aber auch nicht, J._____ habe sich zwar grundsätzlich im Bewusstsein der Unkenntnis des Inhalts des IMA vom 7. März 2007 allem, was die Kläger bzw. die Nebenintervenientin gewollt hätten, unterworfen, habe aber in keinster Weise mit der (ungewöhnlichen) Bestimmung einer *"performance guarantee"* rechnen müssen. Der Willensmangel eines wesentlichen Irrtums behauptet die Beklagte somit zu wenig schlüssig, weshalb sich im Prinzip Weiterungen erübrigen würden.

Der Vollständigkeit halber ist aber darzulegen, dass ein wesentlicher Erklärungsirrtum ohnehin nicht gegeben wäre. Falls ersichtlich würde, dass sich J._____ im Bewusstsein der Unkenntnis des Inhalts des IMA vom 7. März 2007 allem, was der Gegner wollte, unterworfen hätte, würde die Klausel betreffend die *"performance guarantee"* keine Bestimmung darstellen, mit welcher J._____ in keinster Weise hätte rechnen müssen. Indem die Beklagte ausführt, es liege in der Natur der Sache, dass eine Bank normalerweise keine Renditegarantien abgebe (act. 64 Rz. 383), 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 7. 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, J._____ 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 7. 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, anlässlich eines Treffens der Nebenintervenientin mit dem Kläger 1 in NL-… vom 30. Mai 2007 habe die Nebenintervenientin dem Kläger 1 die neuen Kontodokumente für das Konto mit der Nr. 5 der Klägerin 3 übergeben. Der Kläger 1 habe diese Dokumente am selben Tag unterzeichnet. Auf dem von ihm unterzeichneten Dokument *"Investment Guidelines – Special Discretionary Mandate"* sei ein ausdrücklicher Hinweis auf das früher unterzeichnete *"Discretionary Management Mandate"* angebracht gewesen (*"Addendum/in addition to the previous signed Discretionary Management Mandate"*; act. 1 Rz. 37).

Die Beklagte entgegnet mit der Klageantwort, dass die Kläger selber nicht an den gültigen Abschluss des IMA vom 7. März 2007 geglaubt hätten, lege auch der Umstand nahe, dass sie plädieren würden, am 30. Mai 2007, also fast drei Monate später, den Standard-Vermögensverwaltungsvertrag der Beklagten unterschrieben zu haben, ohne einen formellen Vorbehalt der Weitergeltung des IMA vom 7. März 2007 anzubringen (act. 11 Rz. 48). Gemäss der Klagebeilage 35 (act. 3/35) habe der Kläger 1 die Dokumente *"Investment Guidelines – Special Discretionary Mandate"* und *"Discretionary Management Mandate"* am 30. Mai 2007 unterzeichnet. Zu unterstreichen sei, dass sich der Verweis im erstgenann-

ten Dokument auf das zweitgenannte beziehe, nicht etwa auf das angebliche IMA vom 7. März 2007 (act. 11 Rz. 112).

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 sei von der Gültigkeit des IMA ausgegangen; er hätte sonst sein IMA nicht derart akribisch und kostenaufwendig durch seine Anwälte ausarbeiten und überprüfen lassen und schliesslich nicht seine beträchtlichen Vermögenswerte zur Beklagten gebracht, wenn er sich nicht sicher gewesen wäre, dass sein Vermögen von der Beklagten in der von ihm 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. 16 Rz. 83 f.).

Die Beklagte macht mit der Duplik geltend, der Kläger 1 habe am 30. Mai 2007 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 7. März 2007. Etwas anderes habe auch der Kläger 1 nicht wirklich annehmen können. Dies umso mehr, als er bisweilen keine Kosten gescheut habe, sich für sämtliche offenen Fragen im Zusammenhang mit dem angeblichen IMA bei seinen Anwälten rückzuversichern. Dass er nunmehr aber zwei ihm vorgelegte Formulare unterzeichnet habe, ohne Rücksprache zu nehmen, erstaune doch sehr. Offensichtlich kön-

ne er selber nicht an den gültigen Abschluss des IMA vom 7. März 2007 geglaubt haben, seien doch auch die ihm bislang zugestellten Kontoauszüge mit *"Non Discretionary Mandate"* codiert gewesen (act. 42 Rz. 105). 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. 42 Rz. 346).

3.2.3.1.2. Rechtliches

Die Bestimmungen gemäss Art. 114 ff. OR enthalten zwar nur Bestimmungen über das Erlöschen von einzelnen Obligationen. Soll ein ganzes Schuldverhältnis aufgelöst werden, können die Erlöschensregeln indessen zum Teil analog angewendet werden. Die Parteien können nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit denn auch jederzeit gemeinsam einen Vertrag beenden oder modifizieren (sog. Aufhebungs- und Änderungsfreiheit; Huguenin, Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, Zürich/Basel/Genf 2012, N 639 u. 641; vgl. Art. 12 u. Art. 115 OR analog), wobei ein Vertrag auch geändert oder aufgehoben werden kann, indem die Parteien einen neuen Vertrag miteinander abschliessen, welcher mit den Bestimmungen des ursprünglichen Vertrags nicht übereinstimmt. In diesem Sinne liegt neben dem neu geschlossenen Vertrag gleichzeitig ein konkludent geschlossener Aufhebungsvertrag betreffend den alten Vertrag vor, falls die Auslegung zum Ergebnis führt, dass entsprechende auf Aufhebung bzw. Verzicht 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. 3/35) mit jenem des IMA vom 7. 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. 3/35) hätten die Parteien das IMA

vom 7. März 2007 aufgehoben bzw. modifiziert. Die Beklagte bestreitet 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. 3/35 handelt es sich um vorgedruckte Standardformulare bzw. -verträge, was von der Beklagten ebenfalls nicht bestritten wird (act. 42 Rz. 346). Es ist nicht davon auszugehen, dass mit deren (einseitigen) Unterzeichnung (durch den Kläger 1) das individuell ausgehandelte IMA vom 7. 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 blosse Ergänzung des IMA vom 7. 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).

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 mit der Bezeichnung "A._____" sei nie als *"Discretionary Management Mandate"* geführt worden (act. 42 Rz. 61). 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 mit der Bezeichnung "A._____" betreffende Banklagernd-File geliefert habe, bewusst sein müssen, dass die Bank kein *"Discretionary Mandate"*, also kein verwaltetes Depot, angenommen habe. Die Kläger würden anerkennen, dass diese

Depotbewertungen allesamt als *"Non Discretionary Mandate"* codiert seien, und dass sie diese Codierung auf den jeweiligen Depotbewertungen bei der sporadischen Einsicht in das Banklagernd-File gesehen hätten (act. 42 Rz. 62). 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 4. November 2004 unter anderem die Formulare *"Information and provisions applicable to securities, foreign exchange, derivate instruments and similar transactions"*, *"Waiver of information concerning special purchases"*, *"Waiver of information concerning derivative instruments"*, *"Waiver of information concerning unusual risks"* und *"Agreement concerning communications and banking secrecy between D._____ and other companies or offices of the D._____ Group"* 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. Auch habe er zur Kenntnis genommen, dass alle von der Beklagten gemäss seinen Anweisungen ausgeführten Transaktionen auf sein alleiniges Risiko ausgeführt würden (act. 42 Rz. 63). Dabei habe der Kläger 1 die Beklagte mit einem speziellen Formular ermächtigt, telefonische und elektronische Instruktionen entgegenzunehmen. Ferner habe er die Beklagte angewiesen, solche Instruktionen umgehend auszuführen (act. 42 Rz. 64). Aus den am 4. November 2004 durch den Kläger 1 unterzeichneten Kontoeröffnungsunterlagen ergebe sich mit aller Deutlichkeit, dass die Beklagte mit dem Kläger 1 keinen Vermögensverwaltungsvertrag mit einer garantierten Rendite von 5 % für die Kontobeziehung mit der Nr. 4 und der Bezeichnung "A._____" abgeschlossen habe, bestätige er doch ausdrücklich, dass weder die Beklagte noch eine andere Person ihm gegenüber eine Gewinngarantie abgegeben hätte. Vielmehr habe er sein Bewusstsein um die Tatsache erklärt, dass er den investierten Betrag unter Umständen nicht zurückerhalten werde (act. 42 Rz. 67). Im April 2007 habe der Kläger 1 seine im eigenen Namen unter der Beziehung mit der Nr. 4 und der Bezeichnung "A._____" auf die von ihm neu gegründete Klägerin 3 überführt (act. 42 Rz. 68). Aufgrund der vom Kläger 1 bzw. der Klägerin 3 am 7. März 2007 unter-

zeichneten Konto-/Depoteröffnungsunterlagen ergebe sich, dass die Kläger selbst nicht an den gültigen Abschluss des IMA geglaubt hätten. Im krassen Widerspruch zu den Ausführungen der Kläger, wonach mit dem IMA vom 7. März 2007 zwischen den Parteien vereinbart worden sei, dass die Kläger der Beklagten keinerlei Anlageinstruktionen erteilen würden, stünden die abgegebenen klägerischen Erklärungen im Zusammenhang mit der Konto-/Depoteröffnung. So habe der Kläger 1 unter anderem das Formular "*Client instructions concerning unsolicited special purchases*" unterzeichnet und erklärt, dass er unter der Kontobeziehung mit der Nr. 5 und der Bezeichnung "C._____" über die Beklagte Käufe bezüglich verschiedenster Arten von Anlagen tätigen wolle. Mit der Unterzeichnung des entsprechenden Formulars habe der Kläger 1 bzw. die Klägerin 3 die Beklagte beauftragt, auf den klägerischen Wunsch hin die entsprechenden Anlagen zu tätigen. Weiter habe der Kläger 1 damit bestätigt, dass er sich bewusst gewesen sei, dass die Käufe der Anlagen auf sein eigenes Risiko erfolgen würden (act. 42 Rz. 73). Auch aus dem Umstand, dass der Kläger 1 bzw. die Klägerin 3 am 7. März 2007 das Formular "*Information and provisions applicable to securities, foreign exchange, derivate instruments and similar transactions*" unterzeichnet hätten, sei ersichtlich, dass sie davon ausgegangen seien, dass sie der Beklagten künftig Instruktionen erteilen würden bezüglich verschiedener Anlagegeschäfte. Sie hätten sodann zur Kenntnis genommen, dass alle von der Beklagten gemäss ihren Anweisungen ausgeführten Transaktionen auf ihr alleiniges Risiko ausgeführt würden. Sie hätten bestätigt, dabei gegebenenfalls nach Konsultation und Beratung mit ihren eigenen Anlage-, Rechts-, Steuer-, Buchführungs- und sonstigen Beratern zu handeln und hätten 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 (act. 42 Rz. 74). Aufgrund der vom Kläger 1 bzw. der Klägerin 3 gegenüber der Beklagten am 7. März 2007 abgegebenen Erklärungen ergebe sich aber auch mit aller Deutlichkeit, dass jedenfalls der Kläger 1 bzw. die Klägerin 3 nicht davon ausgegangen sei, die Beklagte hätte den Klägern eine jährliche Rendite ihrer Vermögens-

anlagen garantiert, habe der Kläger 1 doch ausdrücklich bestätigt, dass weder die Beklagte noch eine andere Person ihm gegenüber eine Gewinngarantie abgegeben habe (act. 42 Rz. 75). Der Kläger 1 und die Klägerin 3 hätten somit um den höchst spekulativen Charakter solcher Anlagen gewusst und explizit akzeptiert, dass sie den angelegten Betrag unter Umständen nicht zurückerhalten werden (act. 42 Rz. 77).

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 (act. 42 Rz. 110). Die von den Klägern erteilten Instruktionen seien mithin grösstenteils mündlich bzw. telefonisch erfolgt. Im "Private Banking" sei es denn auch durchaus üblich und rechtsgenüglich, dass Anlageinstruktionen mündlich erteilt würden. 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 rechtsgenüglich 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 (act. 42 Rz. 111). Bereits aufgrund der in der Duplik dargestellten Transaktionsaufträge (act. 42 Rz. 110) sei klar, dass die Kläger alles andere als eine vorsichtige Anlagestrategie hätten verfolgen wollen und keineswegs unbedarfte Anleger seien (act. 42 Rz. 112). 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. 42 Rz. 113 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 geäusserter Erlasswille des Gläubigers nicht leichthin anzunehmen (Aepli, a.a.O., Art. 115 N 30). Wenn das eine abgemacht und dann (von beiden Seiten) das andere gelebt wird, kann somit nach dem Gesagten u.U. ebenfalls eine Vertragsaufhebung bzw. -änderung vorliegen.

3.2.3.2.3. Würdigung

Soweit die Beklagte aus den Kontoeröffnungsunterlagen etwas für sich ableiten will, scheitert sie daran, dass das IMA vom 7. März unter Ziffer 12 ausdrücklich festhält, 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, the terms of this Agreement shall prevail […] this Agreement supersedes all prior agreements, arrangements and untertakings 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 7. März 2007 annehmen durften, dass auch die Beklagte von einem Vermögensverwaltungsvertrag ausging. Falls die Beklagte nicht von einem verwalteten Konto ausgegangen sein sollte, könnte daraus aber ohnehin nicht die (konkludente) Aufhebung des IMA vom 7. März 2007 abgeleitet werden. Wovon die Beklagte diesbezüglich ausgegangen ist, ist nicht relevant; massgebend ist, was (in Anwendung des Vertrauensprinzips) abgemacht worden ist. Ein klägerischer Aufhebungswille bezüglich des IMA vom 7. März 2007, insbesondere ein Erlasswille in Bezug auf die *"performance guarantee"*, ist nicht ersichtlich. Aus der E-Mail des Klägers 1 an die Nebenintervenientin vom 5. Juli 2007 geht vielmehr hervor, dass die Kläger von der Gültigkeit der *"performance guarantee"* ausgingen (act. 3/40).

Ein Teil der durch die Beklagte eingereichten Aktennotizen bezüglich der umstrittenen "Transaktionsaufträge" erweist sich im Zusammenhang mit dem IMA vom

7. März 207 bereits deshalb als irrelevant, weil die behaupteten Aufträge entweder aus dem Zeitraum vor dem Abschluss des IMA stammen und/oder die Kontobeziehungen von Personen betreffen, welche aus dem IMA nicht berechtigt sind (vgl. dazu weiter unten; act. 43/8-13). Der Inhalt der übrigen durch die Beklagte eingereichten Aktennotizen betreffend die durch die Beklagte behaupteten und die Kläger bestrittenen "Transaktionsaufträge" (act. 42 Rz. 110; act. 43/14-18) 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 7. 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. 34). 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. 43/8-18) um Fälschungen handelt, wie die Kläger behaupten (act. 51 Rz. 112 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. 42 Rz. 112). Insbesondere wird (zu Recht) nicht behauptet, dass das IMA vom 7. 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 7. März 2007 nicht vorgesehen ist. Vielmehr bot das IMA vom 7. März 2007 gerade den grossen Vorteil einer garantierten Rendite, so, dass sich der Kläger 1 und die Klägerin 3 nicht um die einzelnen Investitionen zu sorgen brauchten.

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 und der Klägerin 3 gegenüber der Beklagten aus dem IMA vom 7. März 2007

3.2.4.1. Aktiv- und Passivlegitimation sowie Art der Gläubigerschaft

3.2.4.1.1. Parteibehauptungen

Die Kläger machen in der Replik geltend, der Kläger 1 und die Klägerin 3 seien mit Bezug auf die aus den Kontobeziehungen "A._____" und "C._____ Foundation" erhobenen Forderungen Solidargläubiger im Sinne von Art. 150 OR. Das folge aus dem IMA – der Kläger 1 und die Klägerin 3 seien beide Vertragsparteien – und aus der Tatsache, dass der Kläger 1 das Kapital am 28. Februar 2007 auf das Konto "A._____" eingebracht habe, von wo der Betrag durch die Nebenintervenientin von der Beklagten anschliessend auf das Konto "C._____ Foundation" weiterüberwiesen worden sei (act. 16 Rz. 8).

Die Beklagte bringt in der Duplik vor, Solidarität unter mehreren Gläubigern entstehe u.a., wenn der Schuldner erkläre, jeden einzelnen von ihnen auf die ganze Forderung berechtigen zu wollen, wobei die Beklagte vorliegend keine solche Erklärung abgegeben habe. Die Übertragung eines Vermögens – vom Kläger 1 auf das Konto "A._____" und von da auf das Konto "C._____ Foundation" – könne keine Solidargläubigerschaft begründen. Vielmehr sei die Tatsache, dass die Klägerin 3 am 7. März 2007 die Kontobeziehung Nr. 5 "C._____ Foundation" bei ihr, der Beklagten, eröffnet habe, massgeblich. Dies aber bedeute, dass die Klägerin 3, nicht aber der Kläger 1, am Konto Nr. 5 "C._____ Foundation" berechtigt sei. Der Kläger 1 könne somit keinerlei Ansprüche aus einer ihn nicht betreffenden Kontobeziehung ableiten bzw. einklagen. Überhaupt entstehe eine Solidargläubigerschaft nicht ohne Weiteres aus einem Vertrag, nur weil mehrere Gläubiger mit einem Schuldner Vertragsbeziehungen aufnehme würden. Bei teilbarer Leistung

ergebe sich grundsätzlich für jeden Gläubiger eine Teilforderung (act. 42 Rz. 151 f.).

Die Kläger führen in der Stellungnahme zur Duplik aus, die Beklagte würde verkennen, dass der Wortlaut des IMA offensichtlich eine Solidargläubigerschaft zwischen dem Kläger 1 und der Klägerin 3 im Sinne von Art. 150 OR vorsehe. Im IMA würden der Kläger 1 "A._____" und die Klägerin 3 *"Accountholder"* genannt. Gemäss *"Definitions"* würden der Kläger 1 und die Klägerin 3 zusammen mit dem Begriff "Client" bezeichnet (act. 51 Rz. 81). Folglich seien der Kläger 1 und die Klägerin 3 als Gemeinschaft zu betrachten. Als Solidargläubigerschaft werde in der Lehre und Rechtsprechung das Gemeinschaftskonto als Beispiel angeführt. Nichts anderes ergebe sich aus dem IMA, denn gemäss dessen Wortlaut habe die Beklagte sowohl dem Kläger 1 wie auch der Klägerin 3 (zusammen: "Client") die garantierte Rendite versprochen (act. 51 Rz. 82).

Die Beklagte wiederholt hierzu ihren bereits mit der Duplik eingenommen Standpunkt und führt weiter aus, das IMA halte unter Ziff. 1.1. *"Account"* fest, dass es sowohl das Konto 4 "A._____" als auch das Konto des *"Accountholders"* – gemäss Definition im IMA das Konto "C._____" – betreffe. Aus diesem Grund seien als Vertragsparteien des IMA der Kläger 1 und die Klägerin 3 aufgeführt. Die Auffassung der Kläger, daraus ableiten zu können, bezüglich des Kontos "C._____" bestehe eine Solidargläubigerschaft, könne nicht gefolgt werden. Auch die massgebenden Kontoeröffnungsunterlagen würden ausweisen, dass die Klägerin 3 Vertragspartnerin und Kontoinhaberin sei. Der Kläger 1 sei der wirtschaftlich Berechtigte an der Klägerin 3 und für sie zeichnungsberechtigt. Kontoinhaberin sei aber die Klägerin 3 (act. 64 Rz. 266). Daraus folge, dass es sich nicht um zwei Personen handle, die am Konto "C._____" berechtigt seien; berechtigt sei lediglich die Klägerin 3. Es werde ausdrücklich bestritten, dass es sich dabei um ein Gemeinschaftskonto des Klägers 1 und der Klägerin 3 handle, wie dies die Kläger behaupten würden. Der Kläger 1 und die Klägerin 3 würden keine Gemeinschaft darstellen und würden auch kein Gemeinschaftskonto führen (act. 64 Rz. 267).

3.2.4.1.2. Rechtliches

Bei der Sachlegitimation geht es um die Frage der Berechtigung der klagenden Partei(en), das eingeklagte Recht oder Rechtsverhältnis geltend zu machen (Aktivlegitimation). Die Sachlegitimation fehlt, wenn der Anspruch nicht dem Kläger zusteht oder nicht dem Beklagten gegenüber besteht (Spühler/Dolge/Gehri, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 9. Aufl. 2010, 5. Kap. N 105).

Solidargläubigerschaft bedeutet, dass bei einer Beteiligung von mehreren Gläubigern an einer Forderung jeder Gläubiger unter den gleichen Voraussetzungen berechtigt ist, die ganze Leistung an sich selbst zu verlangen. Umgekehrt kann der Schuldner jedem Gläubiger mit befreiender Wirkung leisten, solange er nicht von einem bestimmten Gläubiger belangt worden ist. Gemäss Art. 150 Abs. 1 OR entsteht Solidarität unter mehreren Gläubigern, wenn der Schuldner erklärt, jeden einzelnen auf die ganze Forderung berechtigen zu wollen, sowie in den vom Gesetz bestimmten Fällen. Solidargläubigerschaft entsteht somit nicht ohne Weiteres aus einem Vertrag, den mehrere Gläubiger mit einem Schuldner abschliessen, sondern bei teilbarer Leistung ergibt sich grundsätzlich für jeden Gläubiger eine Teilforderung, wobei beim Fehlen einer vertraglichen Abrede über die einzelnen Teile eine Aufteilung nach Köpfen erfolgt. Eine (vertraglich begründete) Solidargläubigerschaft liegt nur vor, wenn der Schuldner erklärt, jeden Einzelnen der Gläubiger auf die ganze Forderung zu berechtigen, wobei sich eine solche Vereinbarung aus einer ausdrücklichen Erklärung oder konkludent ergeben kann (Gauch/Schluep et al., OR AT Band II, 9. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008, N 3659 u. 3663; Heierli/Schnyder, in: BSK OR AT, Art. 150 Rz. 2).

3.2.4.1.3. Würdigung

Vertragsparteien des IMA vom 7. März 2007 sind der Kläger 1, die Klägerin 3 sowie die Beklagte (act. 34). Sie sind somit aus dem Vertrag berechtigt und verpflichtet. Unter den Parteien ist die Art der klägerischen Berechtigung an den Forderungen aus dem IMA gegenüber der Beklagten umstritten. Im Fall von Solidargläubigerschaft könnte nach dem Gesagten jeder Gläubiger die gesamte Forderung an sich selbst verlangen. Sollte den Klägern vorliegend lediglich Teilforderungen gegenüber der Beklagten zustehen, könnten sie einzeln nur ihren Teil an der Gesamtforderung einfordern. Der Kläger 1 und die Klägerin 3 machen den ih-

nen aus dem IMA vom 7. März 2007 insgesamt gegenüber der Beklagten zustehenden Betrag indessen gemeinsam geltend. Daran ändert nichts, dass sie die Gutschreibung auf einem Konto der Klägerin 3 bei der Beklagten (act. 16 S. 2; act. 56 S. 1) bzw. die Leistung auf ein auf den Namen der Klägerin 3 lautendes Konto verlangen (act. 108 S. 1 f.). Letzteres bedeutet in diesem Zusammenhang lediglich, dass die Beklagte mit der von beiden Klägern gewünschten Überweisung auf das angegebene Konto (auch bei Annahme von Teilgläubigerschaft) nicht nur ihren vertraglichen Verpflichtungen gegenüber der Klägerin 3, sondern auch jenen gegenüber dem Kläger 1 nachkommen würde. Ob in Bezug auf die klägerischen Forderungen gegenüber der Beklagten Solidar- oder Teilgläubigerschaft besteht, kann demnach offen gelassen werden.

3.2.4.2. Leistung des *"initial investment"*

3.2.4.2.1. Parteibehauptungen

Die Kläger führen aus, mit E-Mail vom 28. Februar 2007 habe die Nebenintervenientin dem Kläger 1 bestätigt, dass der von ihm transferierte Betrag von EUR 27'529'983.96 bei ihr eingetroffen sei. Zusammen mit den vom Kläger 1 bereits auf dem Konto mit der Nr. 4 und der Bezeichnung "A._____" deponierten Vermögenswerten habe der Kläger 1 zu diesem Zeitpunkt bei der Beklagten EUR 30 Mio. angelegt gehabt (act. 1 Rz. 29; act. 16 Rz. 79).

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 30 Mio. nicht einbezahlt worden sei (act. 42 Rz. 11). Der Kläger 1 habe am 28. Februar 2007 gemäss eigenen Angaben nicht den Betrag von EUR 30'000'000.– auf sein Konto 4 mit der Bezeichnung "A._____", sondern lediglich EUR 27'529'983.96 überwiesen. Offenbar habe die Nebenintervenientin auch den Erhalt genau dieses Betrags bestätigt. Die von den Klägern geltend gemachte Mindestrendite von 7.57 % p.a. ab dem 1. März 2007 wäre daher auch aus diesem Grund nicht geschuldet (act. 42 Rz. 144). Zudem habe der Kläger 1 auch zusammen mit den bereits auf dem Konto mit der Nr. 4 deponierten Vermögenswerten die nötigen EUR 30'000'000.–

nicht erreicht. Dies ergebe sich bereits aus dem Klagebegehren 1.1 (der Replik), verlangten doch die Kläger 1 und 3 nicht den Betrag von EUR 30'000'000.–, sondern EUR 29'956'804.05 (act. 42 Rz. 145). Die Kläger behaupteten betreffend die Rechtsbegehren 1.2 und 1.4 nicht einmal, dass das für die Erreichung der Rendite nötige *"initial investment"* auf den entsprechenden Kontobeziehungen einbezahlt gewesen sei. Der zur Erreichung der angeblich vereinbarten Rendite nötige Betrag sei nicht einbezahlt gewesen (act. 42 Rz. 148). Der Saldo auf dem Konto mit der Nr. 5 und der Bezeichnung "C._____" habe per 1. März 2007 nicht EUR 29'956'804.05 betragen. Dieses Konto habe am 1. März 2007 noch nicht existiert. Er habe auch auf dem Konto mit der Nr. 4 nicht EUR 29'956'804.05 betragen. Die Kläger verschwiegen das Subportfolio 2, auf welchem ein Minussaldo von CHF 298'911.02 bestanden habe (act. 42 Rz. 425).

Die Kläger führen in der Stellungnahme zur Duplik im Wesentlichen aus, richtig sei, dass der Kläger 1 und die Klägerin 3 sowie die Beklagte, handelnd durch die Nebenintervenientin, vereinbart hätten, dass der Kläger 1 und die Klägerin 3 zu dem bereits bei der Beklagten deponierten Vermögen des Klägers 1 auf dem Konto 4 "A._____" den Differenzbetrag überweisen würden, so dass der Saldo EUR 30 Mio. betragen habe. Beide Konti, das Konto "A._____" sowie das Konto "C._____", seien Vertragsgegenstand des IMA, womit beide Kontosaldi für das *"initial investment"* gemäss IMA zusammengezählt worden seien. Um diesen Differenzbetrag zu kennen, habe der Kläger 1 die Nebenintervenientin ausdrücklich nach dem genauen Kontostand auf dem Konto "A._____" gefragt, worauf der Kläger 1 am 28. Februar 2007 die Überweisung des Differenzbetrags von EUR 27'529'983.96 habe tätigen lassen. Mit E-Mail vom 28. Februar 2007 habe die Nebenintervenientin dem Kläger 1 bestätigt, den Betrag in Höhe von EUR 27'529'983.96 erhalten zu haben. Die Beklagte habe weder damals noch in der Folge je verlauten lassen, dass der Kläger 1 und die Klägerin 3 damit nicht den vollen Betrag von EUR 30 Mio. bei der Beklagten deponiert hätten, womit der Kläger 1 zu Recht davon ausgegangen sei, dass dies auch so erfolgt sei. Die Nebenintervenientin habe dem Kläger 1 den angeblichen Minussaldo von CHF 298'991.02 auf dem Konto 4-2 verschwiegen, weshalb dem Kläger 1 daraus kein Nachteil erwachsen dürfe. Indem die Beklagte die Summe von insgesamt EUR

29'956'804.05 als *"initial investment"* Ende Februar 2007 entgegengenommen habe – von dem angeblichen Minussaldo auf dem Subaccount 2 habe der Kläger 1 nichts gewusst –, habe sie diesen Betrag als Investitionssumme akzeptiert und damit genehmigt. Die von der Beklagten nun erstmals mit Einreichung der Duplik am 14. April 2009 und damit rund zwei Jahre später erhobene "Rüge" erfolge rechtsmissbräuchlich – es gehe um eine Differenz im Promillebereich – resp. zu spät. Die Behauptung, dass der Kläger 1 und die Klägerin 3 zu Beginn des zweiten Investitionsjahrs wiederum EUR 30 Mio. einzuzahlen gehabt hätten, sei falsch und unsubstanziiert. Im IMA sei nichts Derartiges vereinbart worden. Vielmehr habe die Beklagte gemäss IMA die garantierte Rendite für das erste Investitionsjahr zu erreichen gehabt, bei vollständigem Kapitalerhalt. Somit sei die Beklagte verantwortlich gewesen für den Bestand des *"initial investment"* zu Beginn jedes neuen Investitionsjahrs (act. 51 Rz. 40 ff.).

Die Beklagte erklärt dazu im Wesentlichen, diese Vorbringen der Kläger seien neu und damit unzulässig (act. 64 Rz. 63 ff.). Die Kläger übersähen, dass die Kontobeziehung 5 "C._____" zum massgeblichen Zeitpunkt (28. Februar 2007) noch nicht eröffnet gewesen sei; es habe mithin kein Konto-Saldo "C._____" existiert, der zum überwiesenen Betrag hätte hinzugerechnet werden können. Dass die Darstellung der Kläger, wonach lediglich der Saldo auf dem Konto 4 "A._____" am massgeblichen Stichtag EUR 30'000'000.– habe betragen müssen, nicht zutreffend sein könne, ergebe sich sodann bereits aus dem angeblichen Begleitschreiben der Nebenintervenientin und von J._____ vom 31. Januar 2007 (act. 3/20 = 17/169) an die Kläger. Bestehe Einigkeit zwischen den Parteien, dass das für den Erhalt der angeblich vereinbarten Mindestrendite von 7.57% p.a. nötige *"initial investment"* von EUR 30'000'000.– 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. Die Kontoauszüge für 4-1 und 4-3 hätten gesamthaft den Betrag von EUR 29'956'804.05 ausgewiesen. Würde man den Minussaldo von EUR 185'277.76 auf dem Subaccount 4-2 berücksichtigen, hätte der Saldo der Kontobeziehung 4 "A._____" zum massgeblichen Stichtag lediglich EUR 29'771'526.05 (recte: EUR 29'771'526.29) betragen (act. 64 Rz. 185 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 der Kläger 1 auf sein Konto mit der Nr. 4 und der Bezeichnung "A._____" lediglich EUR 27'529'983.96 überwiesen hatte und dass er auf diesem – unter Berücksichtigung des Minussaldos auf dem Subaccount 2 – am massgebenden Stichtag, dem 28. Februar 2007, lediglich EUR 29'771'526.29 anstatt EUR 30'000'000.– deponiert hatte.

Damit stellt sich die Frage, ob es im Sinne der Vorbringen der Kläger rechtsmissbräuchlich ist von der Beklagten, sich darauf zu berufen, es seien nicht (ganz) EUR 30 Mio. auf den Konten gutgeschrieben gewesen. Vorweg ist festzuhalten, dass es sich bei den Ausführungen des Klägers 1 dazu nicht um unzulässige Noven (act. 64 Rz. 186), sondern um eine Stellungnahme zu neuen Ausführungen der Beklagten in der Duplik handelt. Die Beklagte beruft sich auf das Schreiben vom 31. Januar 2007, gemäss welchem sie den Transfer von EUR 30 Mio. auf das Konto 4 erwartet (act. 3/20 = 17/169). Der Kläger 1 stützt sich demgegenüber auf seine spätere E-Mail vom 27. Februar 2007 an die Nebenintervenientin, in welcher er schreibt, er wolle das Geld morgen überweisen; er bitte um Zusendung des Instruktionsblattes, um Fehler zu vermeiden; um so nah wie möglich an den Investitionsbetrag heranzukommen, bitte er um Zusendung des letzten Auszugs für 4. Am folgenden Tag bestätigte die Nebenintervenientin dem Kläger 1 die Überweisung von EUR 27'529'983.96, stellte die Zusendung eines aktualisierten Auszugs für den Folgetag in Aussicht und bedankte sich fürs Loslegen (act. 3/27

= 17/178; act. 52/233 f.). Indem die Beklagte den Betrag von EUR 27'529'983.96 entgegennahm, durfte der Kläger 1 darauf vertrauen, den gemäss dem IMA erforderlichen Betrag überwiesen zu haben, nachdem er keine gegenteilige Meldung erhielt bzw. nach Absprache mit der Nebenintervenientin handelte und ausdrücklich schrieb, er wolle so nah wie möglich an den Investitionsbetrag herankommen. Hinzu kommt, dass er keinen Auszug vom Subaccount 2 mit dem Minussaldo erhalten hatte (vgl. act. 3/28). Wenn die Beklagte nun geltend macht, es seien nicht EUR 30 Mio. überwiesen worden, enttäuscht sie dadurch das berechtigte Vertrauen des Klägers 1, der weitere Dispositionen unterliess, indem er keine weitere Überweisung tätigte. Das widersprüchliche Verhalten der Beklagten erweist sich im konkreten Fall als rechtsmissbräuchlich, so dass sie sich nicht darauf berufen kann, es seien nicht die gesamten EUR 30 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 30 Mio. zu überweisen gewesen wären.

3.2.4.3. Forderungshöhe

3.2.4.3.1. Parteistandpunkte

3.2.4.3.1.1. Kläger

In früheren Rechtsbegehren hatten der Kläger 1 und die Klägerin 3 für die jeweiligen Investitionsjahre per 1. September (2008 bzw. 2009) die Gutschrift des investierten Betrags zuzüglich der garantierten Rendite auf dem Konto der Klägerin 3 mit der Nr. 5 und der Bezeichnung "C._____ Foundation" bei der Beklagten verlangt (act. 16 S. 2; act. 56 S.1). Das entsprechende Konto wies am erwähnten Stichtag aber bereits einen bestimmten Vermögensstand auf, weshalb der Kläger 1 und die Klägerin 3 faktisch lediglich die Differenz zwischen diesem Vermögensstand und jenem verlangt hatten, 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 verlangen sie mit der Klageänderung vom 16. Juni 2011 nun direkt die Differenz zwischen dem tatsächlichem Vermögensstand per 1. September des Jahres 2008 bzw. 2009 und dem Vermögensstand unter Berücksichtigung der

"performance guarantee". Mithin beantragen sie (wiederum mit zwei separaten Begehren für die Investitionsjahre 2007/2008 sowie 2008/2009) die Verpflichtung der Beklagten, ihnen insgesamt EUR 11'204'484.12 zuzüglich Verzugszins von 5 % ab 2. September 2009 auf dem Betrag von EUR 3'879'000.52 zu bezahlen (act. 108 S. 1 f.). Nachdem der Kläger 1 und die Klägerin 3 ursprünglich – wie erwähnt – die Gutschrift auf das Konto der Klägerin 3 bei der Beklagten mit der Nr. 5 und der Bezeichnung "C._____ Foundation" verlangt hatten, beantragen sie nach dessen Saldierung und Schliessung die Gutschrift auf das Konto mit der Nr. ..., lautend auf "C._____", bei der Bank I._____, ... [Adresse] (act. 108 S. 1 f.).

Der Kläger 1 und die Klägerin 3 erklären, da ihnen keine Kontoauszüge der Beklagten mit den Kontosaldi per 1. September 2008 und 2009 für das Konto Nr. 5 vorliegen würden, würden sie den Berechnungen bezüglich der verlangten Beträge gemäss der Hauptbegehren 1.1 und 1.2 jeweils die Kontostände des Vortags, per 31. August 2008 und 2009, zugrunde legen. Dabei würden sie von der Annahme ausgehen, dass der Kontostand vom Abend des 31. Augusts gegenüber demjenigen vom Morgen des 1. Septembers keine Veränderung erfahren habe. Für die Bezifferung des gemäss Begehren 1.1 von der Beklagten verlangten Betrags von EUR 7'325'483.60 nehmen der Kläger 1 und die Klägerin 3 folgende Berechnung vor: EUR 29'956'804.05 zuzüglich der Mindestrendite von 7.57 % des Investitionsjahrs 2007/08 abzüglich des Kontostands vom 31. August 2008 von EUR 22'035'047.06 zuzüglich Verzugszinsen. Für die Bezifferung des gemäss Begehren 1.2 von der Beklagten verlangten Betrags von EUR 3'879'000.52 nehmen der Kläger 1 und die Klägerin 3 folgende Berechnung vor:
EUR 32'224'534.12 (EUR 29'956'804.05 zuzüglich der Mindestrendite von 7.57 % des Investitionsjahrs 2007/08) zuzüglich der Mindestrendite von 8.02 % des Investitionsjahrs 2008/09 abzüglich des Kontostands vom 31. August 2009 von EUR 20'975'099.44 abzüglich des gemäss Begehren 1.1 zuzusprechenden Betrags von EUR 7'325'483.60 (act. 108 Rz. 11 ff.).

3.2.4.3.1.2. Beklagte

Die Beklagte stellt sich mit ihrer Stellungnahme zur Klageänderung (act. 108) 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. 117 Rz. 26). Wenn man von den falschen Annahmen einer zulässigen Klageänderung und der Gültigkeit des IMA ausgehen würde, würden die *"General conditions and custody account regulations"* des angeblichen IMA gelten (vgl. act. 3/4). 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. 117 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 der Klägerin 3 im Rahmen der gesamten Kontobeziehungen letztendlich zugeflossen seien (act. 117 Rz. 33). Mit Schreiben vom 24. Dezember 2009 habe die Klägerin 3 der Beklagten die Anweisung erteilt, sämtliche Positionen, d.h. sowohl cash-Positionen als auch alle anderen Vermögenswerte des Portfolios Nr. 5 "C._____ Foundation" 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. 117 Rz. 35). Wie aus der von der Beklagten erstellten Übersicht ersichtlich werde, seien an die Klägerin 3 bis zur Schliessung des Kontos Nr. 5 "C._____ Foundation" von der Beklagten insgesamt EUR 23'647'217.60 zurückgeflossen (act. 117 Rz. 36). Die Beklagte listet in der Folge die einzelnen Überweisungen auf, welche sie in diesem Zusammenhang an die Bank I._____ … vorgenommen habe (act. 117 Rz. 37 ff.), und erklärt, da sämtliche Vermögenswerte aus der Kontobeziehungen Nr. 5 "C._____ Foundation" an die Klägerin 3 zurückgeflossen seien, besitze diese zum heutigen Zeitpunkt keine Ansprüche mehr aus dieser Kontobeziehung (act. 117 Rz. 98).

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. 99). Die Kläger würden von einem falschen Sollzustand per 31. August 2008 und 2009

ausgehen. Es sei zu berücksichtigen, dass die Beklagte zu Recht *"management fees"* belastet habe. Würde die Gültigkeit des IMA unterstellt, müssten die bis zum 31. August 2008 bzw. 2009 aufgelaufenen *"management fees"* deshalb vom von den Klägern angenommenen Sollzustand per 31. August 2008 bzw. 2009 abgezogen werden (act. 117 Rz. 101 ff.).

3.2.4.3.2. Würdigung

Der beklagtischen Herleitung des Leistungsortes Zürich unter Verweis auf ihre "General conditions and custody account regulations" ist nicht zu folgen. Der entsprechende "Account" mit der Nr. 5 und der Bezeichnung "C._____ Foundation" wurde unbestrittenermassen geschlossen, und die Beklagte führt selbst aus, dass sie vor dessen Schliessung der Anweisung der Klägerin 3 vom 24. Dezember 2009 nachgekommen ist, deren Vermögenswerte auf ein Konto in Holland zu überweisen (act. 117 Rz. 35 ff.; act. 118/1). 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 eine 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 die Klägerin 3 zurückgeflossenen Vermögenswerte sind für die Frage, welcher Betrag die Beklagte dem Kläger 1 und der Klägerin 3 per 1. September 2009 aus dem IMA vom 7. März 2007 bzw. aufgrund der darin enthaltenen *"performance guarantee"* schuldete, nicht relevant; zurückgeflossen sind die bei der Beklagten deponierten Vermögenswerte ohne Berücksichtigung des Betrags, welcher aufgrund der *"performance guarantee"* resultiert wäre. Im vorliegenden Verfahren geht es aber gerade um diesen Betrag. Die Beklagte verlangt ferner zu Unrecht den Abzug der *"management fees"* bei der Berechnung des Sollzustands, da die Beklagte selber angibt, solche bereits bezogen zu haben (act. 64 Rz. 36 u. Rz. 327 ff.;

act. 117 Rz. 101), wobei sie auch entsprechende Belastungsanzeigen ins Recht reichte (act. 118/70-79). Damit waren die *"management fees"* bereits bei der Ausweisung des Istzustands berücksichtigt, welcher sonst höher ausgefallen wäre. Nur im letzteren Fall wären die *"management fees"* bei der Berechnung des Sollzustands zu berücksichtigen gewesen. Hingegen ist der Minussaldo auf dem Subaccount 2 von EUR 185'277.76 per 28. Februar 2007 (act. 43/35) beim *"initial investment"* in Abzug zu bringen.

Die Kläger haben das IMA vom 7. März 2007 zwar erst auf den 31. Dezember 2009 gekündigt (act. 16 Rz. 5; act. 17/62), machen allerdings lediglich Ansprüche aus den ersten beiden Investitionsjahren vom 1. März 2007 bis 29. Februar 2008 sowie 1. März 2008 bis 28. Februar 2009 geltend. Am massgebenden 28. Februar 2007 befanden sich, wie erwähnt, EUR 29'771'526.29 auf den Konten der Beziehung "A._____". Diese Summe ist gemäss Ziff. 5.1 des IMA für das erste Jahr mit 7,57 % zu verzinsen. Neben dem zu erhaltenden *"initial investment"* von EUR 29'771'526.29 schuldete die Beklagte dem Kläger 1 und der Klägerin 3 aus dem ersten Investitionsjahr somit EUR 2'253'704.54 (EUR 29'771'526.29 x 0,0757). Mithin wäre damals auf der Nachfolgebeziehung Nr. 5 mit der Bezeichnung "C._____ Foundation" ein Saldo von EUR 32'025'230.83 gutzuschreiben gewesen. Die Gutschrift hätte gemäss Ziff. 5.3 des IMA spätestens per 1. September 2008 erfolgen müssen. Für das zweite Jahr ist der Endsaldo des ersten Jahres von EUR 32'025'230.83 mit dem unbestrittenen Zinssatz von 8,02 % zu multiplizieren, was EUR 2'568'423.51 (32'025'230.83 x 0,0802) ergibt, so dass spätestens per 1. September 2009 EUR 34'593'654.34 auf dem besagten Konto der Klägerin 3 gutzuschreiben gewesen wären. Bei dieser Berechnungsweise ist die *"performance guarantee"* im Endsaldo des ersten Investitionsjahres berücksichtigt. Es entstehen dem Kläger 1 und der Klägerin 3 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 ziehen der Kläger 1 und die Klägerin 3 die Zinsen, welche sie im ersten Schritt dazuschlagen, im zweiten Schritt wieder ab, und ihre aufgegliederte Rechnung wirkt sich insofern zu ihren Ungunsten aus, als sie nur auf einem reduzierten Betrag

Schuldzinsen verlangen. Es reicht für die Berechnung der Forderungshöhe somit aus, die Differenz zwischen dem Ist- und dem Sollbetrag auf dem Konto per 1. September 2009 zu eruieren. Demnach ist der Istwert per 31. August 2009 bzw. 1. September 2009 von EUR 23'609'827.90 (bei einem Umrechnungskurs CHF/EUR von 0.65945 bzw. USD/EUR von 0.69909 per 1. September 2009 gemäss www.oanda.com; act. 109/387) vom Sollwert per 1. September 2009 von EUR 34'593'654.34 abzuziehen, was eine Differenz bzw. eine Forderungshöhe von EUR 10'983'826.44 ergibt. Nachdem in Ziff. 5.3 des IMA vom 7. 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 antragsgemäss zuzusprechen.

In teilweiser Gutheissung der Rechtsbegehren 1.1 und 1.2 sowie in Anwendung der Dispositionsmaxime ist die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger 1 und der Klägerin 3 EUR 10'983'826.44 zuzüglich Verzugszins von 5 % ab 2. September 2009 auf dem Betrag von EUR 3'879'000.52 auf das Konto Nr. ..., lautend auf "C._____", bei der Bank I._____, ... [Adresse], zu bezahlen. Eine Auseinandersetzung mit den Eventualbegehren 2.1 sowie dem Subeventualbegehren 3.1 erübrigt sich.

3.2.5. Frage der Erstreckung der Wirkungen des IMA vom 7. März 2007 auf die "G._____ Limited" und Abtretung der Forderungen an den Kläger 1

3.2.5.1. Parteibehauptungen

In der Klageschrift führen die Kläger aus, mit Schreiben vom 4. Juni 2007 habe die Nebenintervenientin für die Beklagte dem Kläger 1 bestätigt, dass die Vertragsbedingungen und Konditionen des IMA vom 7. März 2007 namentlich auch Gültigkeit hätten für die Kontobeziehung "G._____" mit der Konto Nr. 2 (act. 1 Rz. 38). Mit Eingabe vom 18. März 2008 erklären die Kläger, in der Klageschrift sei implizit ausgeführt worden, dass der Kläger 1 die Kontobeziehung "G._____" mit der Konto Nr. 2 bei der Beklagten unterhalte. Diese Aussage sei zu präzisieren und beruhe auf einem Missverständnis: Nicht der Kläger 1, sondern die "G._____ Limited" mit registriertem Sitz in …, Samoa, sei Inhaberin der genannten Kontobeziehung (act. 7 Rz. 1). Die Beklagte habe sich bislang geweigert, das

IMA vom 7. März 2007 mit Bezug auf die diese Kontobeziehung anzuerkennen und über diese Kontobeziehung vollständig Rechenschaft abzulegen. Die "G._____ Limited" besitze deshalb gegenüber der Beklagten dieselben Forderungen auf Feststellung/Leistung, Rechenschaftsablegung und Leistung von Schadenersatz, wie diese von den Klägern 1-3 im rubrizierten Verfahren gegenüber der Beklagten geltend gemacht würden (act. 7 Rz. 3). Die "G._____ Limited" habe diese Forderungen an den Kläger 1 zur Geltendmachung im rubrizierten Verfahren abgetreten (act. 7 Rz. 4).

Mit der Klageantwort entgegnet die Beklagte, die Erklärung vom 4. Juni 2007 sei für sie nicht bindend, weil sie allein durch die Nebenintervenientin unterschrieben sei und sich die Kläger bewusst gewesen seien, dass die Nebenintervenientin allein die Beklagte nicht habe binden können. Entsprechend könne sich die "G._____ Limited" nicht auf das IMA vom 7. März 2007 berufen (act. 11 Rz. 39 u. 21). Bei gehöriger Prozessvorbereitung hätten die Kläger die "G._____ Limited" als Kontoinhaberin der Beziehung "G._____" identifizieren und als weitere Klägerin benennen können (act. 11 Rz. 137). Die Rechtsgültigkeit der Abtretung der Ansprüche der "G._____ Limited" durch den Kläger 1 an sich selbst sei vorsorglich bestritten. Es mangle der Nachweis, dass die Transaktion nach dem anwendbaren samoanischen Recht zulässig ist und insbesondere nicht ein nach Schweizer Recht verbotenes Geschäft des Vertreters mit sich selbst darstellt (act. 11 Rz. 139).

Mit der Replik erklären die Kläger, sie hätten dem Gericht mit Eingabe vom 18. März 2008 angezeigt, dass die "G._____ Limited" ihre Forderungen gegenüber der Beklagten aus der Kontobeziehung "G._____ Limited" mit der Kontonummer 2 betreffend Feststellung/Leistung, Rechenschaftsablegung und Leistung von Schadenersatz an den Kläger 1 zur Geltendmachung im rubrizierten Verfahren abgetreten habe. Der neue Verwaltungsrat der "G._____ Limited", Q._____, habe diese Vereinbarung betreffend Abtretung mit Beschluss vom 29. August 2008 für die "G._____ Limited" genehmigt. Diese Abtretung stelle, nach entsprechender Genehmigung durch den neuen Verwaltungsrat, nach Schweizer Rechtsprechung kein Problem dar. Der Kläger 1 sei deshalb dazu legitimiert, die Forde-

rungen der "G._____ Limited" gegenüber der Beklagten im vorliegenden Verfahren geltend zu machen (act. 16 Rz. 9). Es sei für den Kläger 1 und die Nebenintervenientin, d.h. die Beklagte, immer selbstverständlich gewesen, dass das für seine Kontobeziehungen abgeschlossene IMA auch für die Kontobeziehung "G._____" gelte, und zwar grundsätzlich bereits ab November 2006, als der Kläger 1 bereits einen grösseren Betrag auf dieses Konto einbezahlt habe. Die Nebenintervenientin habe deshalb mit dem Bestätigungsschreiben vom 4. Juni 2007 (act. 3/36) festgehalten, dass sich das IMA auch auf die Kontobeziehung "G._____" bezogen habe, und zwar *"For S._____: per November each year"*. Damit sei die Geltung des IMA auch für die Kontobeziehung "G._____" bestätigt gewesen bzw. mit Klagebeilage 36 (act. 3/36) die Rechtsgültigkeit des IMA auch auf diese Kontobeziehung ausgedehnt worden. Das sei der Vertragswille des Klägers 1 und jener der Beklagten, vertreten durch die Nebenintervenientin, gewesen, und der Kläger 1 habe deshalb darauf vertraut, dass das IMA auch für die bereits bestehende Kontobeziehung "G._____" gelte. Der Kläger 1 sei aus den erläuterten Gründen zu Recht gar nicht auf den Gedanken gekommen, er müsse für die Kontobeziehung "G._____" noch ein zusätzliches IMA abschliessen. Der Kläger 1 sei auch aufgrund des Wortlauts in Ziff. 1.1 des IMA davon überzeugt, dass dieses auch für die Kontobeziehung "G._____" gelte. Vertragsgemäss fordere der Kläger 1 die garantierte Rendite aus dem IMA für diese Kontobeziehung, jedoch – wie bei den anderen Kontobeziehungen – erst ab März 2007 (act. 16 Rz. 86).

Mit der Duplik erklärt die Beklagte, die Kläger hätten die Gültigkeit der Abtretung der Ansprüche der "G._____ Limited" nach samoanischen Recht nicht dargetan (act. 42 Rz. 260). Die Erklärung vom 4. Juni 2007 sei für die Beklagte nicht bindend, weil sie allein von der Nebenintervenientin unterzeichnet sei und sich die Kläger anerkanntermassen bewusst gewesen seien, dass die Nebenintervenientin allein die Beklagte nicht habe binden können. Entsprechend könne sich die "G._____ Limited" nicht auf das IMA vom 7. März 2007 berufen und habe sie mit der Abtretungserklärung keinen diesbezüglichen Anspruch an den Kläger 1 abtreten können (act. 42 Rz. 347).

Die Kläger führen dazu aus, die Frage der Gültigkeit der Abtretung beurteile sich nach Schweizer Recht. Nach diesem sei die Abtretung gültig (act. 51 Rz. 207 ff.).

Die Beklagte vertritt in ihrer Eingabe vom 13. Januar 2010 weiterhin den Standpunkt, die Abtretung der Ansprüche der "G._____ Limited" sei ungültig (act. 64 Rz. 344 f).

3.2.5.2. Würdigung

Es ist zu prüfen, ob das IMA auch für die Kontobeziehung "G._____" Anwendung beanspruchen kann. Der Kläger 1 stützt sich dafür auf das Schreiben vom 4. Juni 2007 (act. 3/36). Dieses ist nur von der Nebenintervenientin unterzeichnet, welche lediglich kollektivzeichnungsberechtigt war. Damit konnte sie die Beklagte nicht verpflichten. Der Kläger 1 beruft sich sodann auf seinen Vertragswillen und denjenigen von 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 Beklagen hätte es des Vertragswillens einer weiteren zeichnungsberechtigten Person oder aber einer Erweiterung der Vollmacht der Nebenintervenientin (Einzelzeichnungsberechtigung) bedurft. Solches liegt nicht vor. Schliesslich beruft sich der Kläger 1 auf den Wortlaut von Ziff. 1.1 des IMA vom 7. März 2007. Dieser lautet wie folgt (act. 34 Blatt 3 bzw. S. 1): *"Accounts means the account registered with the Bank, under the account name 4 A._____ and the account of Accountholder registered with the bank under number 5 as these accounts may be supplemented, changed to a different name, number or foundation from time to time"*. Das IMA bezieht sich somit auf das Konto mir der Nr. 4 und der Bezeichnung "A._____" und dessen Nachfolgebeziehung mit der Nr. 5 und der Bezeichnung "C._____ Foundation". Es wird zwar festgehalten, diese Konten könnten mit bzw. in andere Namen, Nummern oder Grundlagen ergänzt bzw. geändert werden. Das bedeutet aber nicht, dass neben den Kontenbezeichnungen auch die Kontoinhaber auswechselbar wären. Dieses Ergebnis wird dadurch bestätigt, dass eingangs der Vereinbarung festgehalten wird, diese gelte zwischen dem Kläger 1 und der Klägerin 3 sowie der Beklagten. Damit gilt das IMA vom 7. März 2007 nicht für die "G._____ Limited". Die Rechtsbegehren 1.3 gemäss act. 51 und 1.4 gemäss act. 56, welche sich auf

an den Kläger 1 abgetretene Ansprüche der "G._____ Limited" aus dem IMA vom 7. März 2007 stützen, sind somit abzuweisen, da solche Ansprüche nie entstanden sind und folglich auch nicht abgetreten werden konnten. Ob die umstrittene Abtretung der Ansprüche an den Kläger 1 gültig erfolgt wäre, kann an dieser Stelle offen gelassen werden.

3.3. An den Kläger 1 abgetretener Anspruch der "G._____ Limited" auf Schadenersatz gegen die Beklagte aus culpa in contrahendo

Der Kläger 1 stellt sein Eventualrechtsbegehren gemäss Ziffer 2.2 einerseits für den Fall, dass die Unterschrift von J._____ im IMA vom 7. März 2007 gefälscht ist und der seiner Meinung nach unzutreffenden Meinung gefolgt werde, dass in diesem Fall (lediglich) ein Schadenersatzanspruch im Umfang des negativen Vertragsinteresses bestehe (act. 16 Rz. 175), und andererseits für den Fall, dass das Gericht zum Schluss kommen sollte, die Beklagte sei einem wesentlichen Irrtum unterlegen (act. 16 Rz. 176). Wie gezeigt wurde, ist die Urkunde gemäss act. 34 echt und ist die Beklagte keinem wesentlichen Irrtum unterlegen, weshalb sich Weiterungen zu dieser Anspruchsgrundlage erübrigen. Der Vollständigkeit halber ist festzuhalten, dass die "G._____ Limited" ohnehin keine quasivertraglichen Ansprüche aus dem IMA vom 7. März 2007 für sich ableiten könnte, nachdem dargetan ist, dass ihr keine entsprechenden vertraglichen Ansprüche zustehen. Das Eventualrechtsbegehren gemäss Ziffer 2.2 ist bereits aus diesem Grund abzuweisen. Ob die umstrittene Abtretung der Ansprüche der "G._____ Limited" gegenüber der Beklagten an den Kläger 1 gültig erfolgt wäre, braucht nicht geprüft zu werden.

3.4. An den Kläger 1 abgetretener Anspruch der "G._____ Limited" auf Schadenersatz gegen die Beklagte aus dem Vermögensverwaltungsvertrag betreffend die Kontobeziehung Nr. 2

3.4.1. Parteistandpunkte

Der Kläger 1 macht in der Klagebegründung im Wesentlichen geltend, betreffend seine am 20. Juli 2004 eröffnete Kontobeziehung bei der Beklagten mit der Nr. 1

mit der Bezeichnung "F._____" habe er am 18. September 2004 ein sogenanntes *"Discretionary Management Mandate"* unterzeichnet. Es sei u.a. vereinbart worden, dass die Beklagte die Vermögenswerte des Klägers 1 in Anlagen ihrer Wahl investiere, wobei sie eine jährliche Rendite von 5 % garantiert habe. Ebenfalls sei vereinbart worden, dass der Kläger 1 der Beklagten keine Anlageinstruktionen erteile. Er habe ihr deshalb in der Folge auch nie irgendwelche Anlageinstruktionen erteilt (act. 1 Rz. 16). Mit Schreiben vom 18. Oktober 2004 habe die Nebenintervenientin dem Kläger 1 die Kontoführungsbedingungen bestätigt (act. 1 Rz. 18).

Die Beklagte erklärt in der Klageantwort, das nur als Kopie ins Recht gelegte *"Discretionary Management Mandate"* vom 18. September 2004 sei von ihr nicht akzeptiert, und es trage auch keinen Hinweis, dass es von ihr je akzeptiert worden wäre. Das Bestätigungsschreiben der Nebenintervenientin an den Kläger 1 vom 18. Oktober 2004 trage keine Zweitunterschrift der Beklagten (act. 11 Rz. 15). Die Beklagte bestreitet die Existenz eines Vermögensverwaltungsvertrags; hätte sie diesen mit dem Kläger 1 abgeschlossen, wäre das Original in ihrem Besitz, von ihrer Abteilung "Legal & Compliance" geprüft sowie in elektronischer Form als Scan mit den übrigen Vertragsdokumenten jederzeit verfügbar (act. 11 Rz. 16). Die Kontobeziehung "F._____" sei denn auch nie als *"Discretionary Management Mandate"* geführt worden. Sämtliche Depotbewertungen seien gut sichtbar auf der ersten Seite mit *"Non Discretionary Mandate"* codiert. Dem Kläger 1 habe daher bewusst sein müssen, dass die Bank kein *"Discretionary Mandate"*, also kein verwaltetes Mandat, angenommen habe (act. 11 Rz. 18). Am 6. Juli 2005 habe der Kläger 1 das auf seinen Namen lautende Konto mit der Nr. 1 und der Bezeichnung "F._____" geschlossen und habe die Beziehung neu unter der von ihm neu gegründeten Offshore-Gesellschaft "G._____ Limited" geführt (act. 11 Rz. 19). Auch für deren Kontobeziehung habe kein Vermögensverwaltungsvertrag bestanden (act. 11 Rz. 20).

In der Replik macht der Kläger 1 im Wesentlichen geltend, er habe die beklagtische Offerte betreffend einen Vermögensverwaltungsvertrag mit einem *"Discretionary Management Mandate"* bezüglich der Kontobeziehung "F._____" am 18. September 2004 angenommen. Er habe das Original des von ihm unterzeich-

neten *"Discretionary Management Mandate"* der Nebenintervenientin von der Beklagten anlässlich ihres Treffens vom 18. September 2004 in seinem damaligen Büro in NL-… übergeben und für sich eine Kopie behalten (act. 16 Rz. 30 u. 38). Die Beklagte, vertreten und handelnd durch die Nebenintervenientin, habe dem Kläger 1 aus steuerlichen Gründen empfohlen, die "G._____ Limited" zu gründen. Diese habe die bereits bestehende Kontobeziehung "F._____" des Klägers 1 übernehmen sollen. Die entsprechenden Kontoeröffnungsunterlagen hätte der Kläger 1 bereits am 15. Dezember 2004 ausgefüllt (act. 16 Rz. 46). Am 6. Juli 2005 habe die Nebenintervenientin für die Beklagte die Kontobeziehung "F._____" geschlossen, habe den Vermögenstransfer auf das Konto Nr. 2 vorgenommen und habe die Beziehung neu als solche der "G._____ Limited" weitergeführt. Es habe dabei dem Willen des Klägers 1 und der Beklagten, vertreten und handelnd durch die Nebenintervenientin, entsprochen, dass der mit dem *"Discretionary Management Mandate"* für die Kontobeziehung "F._____" geltende Vermögensverwaltungsauftrag auch für die Nachfolgebeziehung "G._____ Limited" gelten sollte. Folgerichtig habe der Kläger 1 für diese Kontobeziehung nicht noch einmal ein *"Discretionary Management Mandate"* ausgefüllt. Der Kläger 1 habe als Bankkunde sodann darauf vertrauen dürfen, dass der geltende Vermögensverwaltungsvertrag von der Beklagten auch für die Kontobeziehung "G._____ Limited" weiterhin korrekt ausgeführt werde, so wie ihm dies von der Nebenintervenientin zugesichert bzw. bestätigt worden sei (act. 16 Rz. 47). Aufgrund der Tatsache, dass die Nebenintervenientin bei der Kontobeziehung "C._____ Foundation" strafbare und vertragsverletzende Handlungen vorgenommen habe, nehme der Kläger 1 an, dass die Nebenintervenientin auch bei der Kontobeziehung "G._____ Limited" ohne Bewilligung der Beklagten selber Transaktionen durchgeführt habe, obwohl sie dafür unqualifiziert gewesen sei. Die Nebenintervenientin habe zudem auf der Kontobeziehung "G._____ Limited" Darlehen aufgenommen, um Wertschriften und strukturierte Produkte zu erwerben. Von alldem habe der Kläger 1 nichts gewusst und er 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 Be-

klagte eine moderate Anlagestrategie (*"balanced"*) zu verfolgen gehabt hätte (act. 16 Rz. 109). Es sei für den Kläger 1 aufgrund dieser bei der Beklagten geschehenen Gesetzes- 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. Der Ausgangssaldo am 1. März 2007 habe EUR 2'973'132.63 betragen. Zur Bezifferung der Schadenersatzforderung brauche es den Beizug eines Finanzanalysten, der die tatsächlichen Kontobewegungen erfasse und feststelle, wie sich die Kontobeziehung "G._____ Limited" entwickelt hätte, wenn die Beklagte diese gesetzesgetreu und vertragsgemäss bzw. *"balanced"* 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. 16 Rz. 110).

In der Duplik führt die Beklagte im Wesentlichen aus, sie bestreite, je eine bindende Offerte zum Abschluss eines Vermögensverwaltungsvertrags für die Kontobeziehung "F._____" des Klägers 1 abgegeben zu haben. Die Nebenintervenientin – in der relevanten Zeit mit Kollektivprokura zu zweien, beschränkt auf den Hauptsitz, im Handelsregister eingetragen – habe keine für die Beklagte bindende Offerte zum Vertragsabschluss abgeben können. Die Unterzeichnung des von der Beklagten verfassten Standard-Formulars *"Discretionary Management Mandate"* durch den Kläger 1 stelle lediglich einen Antrag des Klägers 1 zuhanden der Beklagten dar, mit ihm einen Vermögensverwaltungsvertrag abzuschliessen; entsprechend sei im Formular auch nur vorgesehen, dass es vom Kunden unterzeichnet werde. Die Bank könne dann, müsse aber nicht, den Antrag des Kunden annehmen. Die Beklagte habe gegenüber dem Kläger 1 auch nie den Eindruck erweckt, den angeblichen Antrag zum Abschluss eines Vermögensverwaltungsvertrags angenommen zu haben (act. 42 Rz. 44 ff.). Der Kläger 1 habe nicht davon ausgehen dürfen, dass der bestrittene Vermögensverwaltungsvertrag für die Kontobeziehung "F._____" auch für die Nachfolgebeziehung "G._____ Limited" gelte, da zwischen dem Kläger 1 und der "G._____ Limited" keine Parteiidentität

bestehe und weil die Beklagte keinen Vermögensverwaltungsvertrag mit dem Kläger 1 für die Kontobeziehung "F._____" abgeschlossen habe (act. 42 Rz. 51). 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. 42 Rz. 202). Zwischen den Klägern einerseits und der Beklagten andererseits hätten keine Vermögensverwaltungsverträge bestanden (act. 42 Rz. 209 ff.). Die Kläger legten nicht dar, inwiefern und ab wann die von ihnen geltend gemachte Anlagestrategie *"balanced"* seitens der Beklagten nicht eingehalten worden sein solle (act. 42 Rz. 211). Insbesondere könne dafür nicht genügen, einzig anzuführen, dass eine riskante bis hoch riskante Anlagestrategie verfolgt worden sei (act. 42 Rz. 213). Die Kläger hätten allfällige abrede- und weisungswidrige Verwaltungshandlungen jedenfalls genehmigt (act. 42 Rz. 215 ff.). Die Kläger substantiierten mit keinem Wort, wann die Nebenintervenientin die Beträge den jeweiligen Konten entnommen haben soll (act. 42 Rz. 229). Ferner hätten die Kläger auch das Vorliegen eines Schadens nicht hinreichend substantiiert (act. 42 Rz. 233 ff.) Der für die Schadensberechnung massgebende Ausgangswert des Portefeuilles bestimme sich nach dem Zeitpunkt der angeblichen Vertragsverletzung. Die Kläger hätten mithin darzulegen gehabt, wann die Beklagte die angebliche Vertragsverletzung begangen haben soll (act. 42 Rz. 236). In der Zeit vom 1. März 2007 bis 1. Dezember 2008 habe sich der benchmark, nämlich der Index der bei Privatbanken mit dem Risikoprofil *"balanced"* geführten Portefeuilles, deutlich stärker negativ entwickelt als der Wertverlust, den die Kläger bei der Beklagten durch ihre Transaktionen in dieser Zeit erlitten hätten (act. 42 Rz. 239). 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. 42 Rz. 240). 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. 42 Rz. 241). So habe der Kläger 1 bzw. die "G._____ Limited" über das Konto 2 "G._____ Limited"

die Spesenabrechnungen für die Aufrechterhaltung der Firma "G._____ Limited" und die Kreditkartenabrechnungen der Banque R._____ begleichen lassen (act. 42 Rz. 242). Im Weiteren habe die "G._____ Limited" auf dem Konto 2 mit der Bezeichnung "G._____ Limited" "Kompensationszahlungen" erhalten (act. 42 Rz. 243). Die Kläger hätten konkret behaupten müssen, welche Pflichtverletzung zu welchem Schaden geführt habe und zwar für jeden einzelnen Kläger gesondert (act. 42 Rz. 248). Ausserdem hätten die Kläger weder behauptet noch bewiesen, dass eine pflichtgemässe Alternativanlage zu einem Gewinn oder einem geringeren Verlust geführt hätte (act. 42 Rz. 249). Die Kläger hätten sich grobes Selbstverschulden vorzuwerfen, da sie der angeblichen Schadensbewirkung der Beklagten nicht entgegengewirkt hätten, obwohl sie diese erkannt hätten. Ein solches Verhalten unterbreche einen allfälligen Kausalzusammenhang (act. 42 Rz. 251). Die Beklagte treffe schliesslich kein Verschulden, da sie mit der gehörigen Sorgfalt vorgegangen sei (act. 42 Rz. 253).

In der Stellungnahme zur Duplik erklären die Kläger u.a., die für die Schadenersatzforderungen relevanten Vermögensverwaltungsverträge – act. 3/5 und 3/7 – seien auf Basis einer ausgewogenen Strategie (*"balanced"*) abgeschlossen worden. Auf act. 3/35 und 3/43 sei keine Strategie angekreuzt, weshalb diese Formulare unter diesem Titel irrelevant seien. Act. 3/44 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. 51 Rz. 140; vgl. auch act. 1 Rz. 37 u. 46).

In ihrer Stellungnahme dazu führt die Beklagte u.a. aus, die Kläger seien darauf zu behaften, dass sie in Bezug auf die Schadenersatzbegehren lediglich act. 3/5 und act. 3/7 als relevant betrachten würden. Act. 3/5 würde den angeblichen Vermögensverwaltungsvertrag zwischen dem Kläger 2 und der Beklagten vom 18. September 2004 betreffen und beziehe sich auf die Kontobeziehung mit der Nr. 3 und der Bezeichnung "H._____". Act. 3/7 betreffe den angeblichen Vermögensverwaltungsvertrag zwischen dem Kläger 1 und der Beklagten vom 18. September 2004 für die Beziehung mit der Nr. 1 und der Bezeichnung "F._____" (act. 64 Rz. 490).

3.4.2. Würdigung

Rechtsbegehren 3.2 bezieht sich auf die Kontobeziehung "G._____ Limited", wobei unbestritten ist, dass für diese kein Vermögensverwaltungsvertrag abgeschlossen wurde. Es stellt sich jedoch die Frage, ob der vom Kläger 1 behauptete und von der Beklagten bestrittene Vermögensverwaltungsvertrag für die Kontobeziehung "F._____" auch für die "G._____ Limited" Geltung beanspruchen könnte. Der Kläger 1 erklärt dazu lediglich, dies habe seinem Willen und demjenigen der Beklagten, vertreten und handelnd durch die Nebenintervenientin, entsprochen. Der Kläger 1 legt die näheren Umstände der angeblichen Willensübereinstimmung nicht dar, so dass fraglich ist, ob darüber überhaupt ein Beweisverfahren durchgeführt werden könnte. Entscheidend ist jedoch, dass der Kläger 1 lediglich behauptet, die Nebenintervenientin habe für die Beklagte gehandelt. Da sie lediglich eine Kollektivunterschriftsberechtigung besass, hätte sie die Beklagte mit einer entsprechenden Willensäusserung nicht verpflichten können. Hinzu kommt, dass die Kontobeziehung "F._____" auf den Kläger 1, die Kontobeziehung "G._____ Limited" hingegen auf die gleichnamige Gesellschaft lautet, sich in den Kontoeröffnungsunterlagen für letztere jedoch kein Hinweis dafür findet, dass der allfällige Vermögensverwaltungsvertrag "F._____" übernommen worden wäre. Damit ist das Bestehen eines Vermögensverwaltungsvertrags für die Kontobeziehung "G._____ Limited" zu verneinen. Seine Schadenersatzforderung leitet der Kläger 1 jedoch aus der Verletzung eines Vermögensverwaltungsvertrags mit der Anlagestrategie *"balanced"* 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. Auch die Frage, ob die Abtretung der Ansprüche der "G._____ Limited" gegenüber der Beklagten an den Kläger 1 gültig erfolgt wäre, kann offen gelassen werden. Rechtsbegehren 3.2 ist abzuweisen.

4. Gerichtskosten und Prozessentschädigung

4.1. Gerichtskosten

4.1.1. Höhe

Die Gerichtskosten bemessen sich in Anwendung von § 64 Abs. 1 ZPO/ZH nach den Bestimmungen des GVG/ZH bzw. gemäss dessen § 202 Abs. 1 nach der Verordnung des Obergerichts über die Gerichtsgebühren vom 4. April 2007 (GebV). Gemäss § 2 Abs. 1 und § 4 Abs. 1 GebV orientiert sich die Gebühr in erster Linie am Streitwert. Der Streitwert richtet sich nach dem Rechtsbegehren zur Zeit des Eintritts der Rechtshängigkeit (§ 18 Abs. 1 ZPO/ZH). Werden von einem Kläger oder von Streitgenossen im gleichen Prozess mehrere Rechtsbegehren erhoben, bestimmt sich der Wert nach dem Wert aller Rechtsbegehren, sofern sie sich nicht gegenseitig ausschliessen (§ 19 Abs. 1 ZPO/ZH). Gemäss § 22 Abs. 1 ZPO/ZH ist bei Klagen, die nicht auf Geldzahlung gehen, der Wert massgebend, welchen die Parteien dem Streitgegenstand übereinstimmend beilegen.

Das Feststellungsbegehren gemäss der Klageschrift wurde in verschiedene Leistungsbegehren geändert. Der ursprünglich von den Klägern angenommene und von der Beklagten akzeptierte Streitwert von EUR 2'271'000.– (act. 1 Rz. 9; act. 11 Rz. 90) ist deshalb nicht mehr massgebend; vielmehr richtet sich der Streitwert nach den neuen Rechtsbegehren. Dies gilt nicht für den Kläger 2, da dessen Klageänderung gemäss Rechtsbegehren 1.5 der Replik nicht zuzulassen ist. In Bezug auf den Kläger 2 erweist sich das Rechtsbegehren 1 der Klage somit weiterhin als relevant. Es ist diesbezüglich von einem Fünftel des akzeptierten Streitwerts von EUR 2'271'000.– bzw. beim Umrechnungskurs EUR/CHF von 1.61223 per 4. Februar 2008 gemäss www.oanda.com von einem Streitwert von CHF 732'274.87 auszugehen. Mit Eingabe vom 10. November 2009 beantragt der Kläger 1 gemäss Begehren 1.4 die Verpflichtung der Beklagten, ihm auf dem Konto Nr. 2 mit der Bezeichnung "G._____ Limited" per 1. September 2009 als Kontosaldo den Betrag von EUR 3'454'694.31 gutzuschreiben (act. 56). Neben dem Begehren 1.4 gemäss act. 56 kommt dem Begehren 1.3 gemäss der Stellungnahme zur Duplik vom 24. August 2009 (act. 51 S. 2) keine eigenständige Bedeutung zu, verlangt der Kläger 1 doch auf demselben Konto die Gutschreibung eines bestimmten Betrags – einfach zu einem früheren Zeitpunkt; wäre per 1. September 2009 der verlangte Betrag auf dem Konto gutzuschreiben, spielte

es keine Rolle mehr, welcher Betrag zuvor tatsächlich ausgewiesen wurde bzw. hätte ausgewiesen werden sollen (vgl. zur Schuldzinsenproblematik weiter oben). Der verlangte Betrag von EUR 3'454'694.31 entspricht dem *"initial investment"* von CHF 2'973'132.63 zuzüglich der *"performance guarantee"* von 7.57 % für das Investitionsjahr 2007/08 sowie jener von 8.02 % für das Investitionsjahr 2008/09. Der Streitwert entspricht demnach der Differenz dieser beiden Beträge und ist beim Umrechnungskurs EUR/CHF von 1.61223 per 4. Februar 2008 gemäss www.oanda.com auf CHF 776'388.19 festzusetzen. Mit der letzten Klageänderung vom 16. Juni 2011 verlangen die Kläger 1 und 3 für die Hauptbegehren 1.1 und 1.2 insgesamt EUR 11'204'484.12 (act. 108) bzw. beim Umrechnungskurs EUR/CHF von 1.61223 per 4. Februar 2008 gemäss www.oanda.com CHF 18'064'205.43. Für die Begehren 1.1 und 1.2 ist somit von diesem Betrag als Streitwert 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 3 Mio. (act. 1 Rz. 9). Die Beklagte widersetzt sich dieser Angabe nicht (act. 11 Rz. 90), weshalb beim Umrechnungskurs EUR/CHF von 1.61223 per 4. Februar 2008 gemäss www.oanda.com von einem Streitwert von CHF 4'836'690.– für das Auskunftsbegehren auszugehen ist. Nach dem Gesagten sind die Begehren zu addieren, weshalb der Streitwert insgesamt CHF 24'409'558.49 beträgt. In Anwendung von § 2 Abs. 1 in Verbindung mit § 4 Abs. 1 GebV beträgt die ordentliche Gerichtsgebühr somit CHF 192'798.–. 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 385'596.–. ergibt. Aufgrund der Erledigung des Auskunftsbegehrens sowie des Feststellungsbegehrens betreffend den Kläger 2 ohne Anspruchsprüfung ist eine Reduktion im Sinne von § 10 Abs. 1 GebV angezeigt, weshalb auf einem Fünftel der berechneten Gerichtsgebühr ein Abzug von maximal 50 % berücksichtigt werden kann. Dies führt zu einer Gerichtsgebühr von rund CHF 350'000.–.

4.1.2. Auferlegung der Gerichtskosten an die Parteien

Die Gerichtskosten werden in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt. Obsiegt keine Partei vollständig, werden die Kosten verhältnismässig verteilt (§ 64 Abs. 2 ZPO/ZH). Im Hinblick auf das zurückgezogene Auskunftsbegehren gelten die Kläger als unterliegend (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., § 64 Rz. 18), weshalb ihnen unter solidarischer Haftung der entsprechende (ermässigte) Anteil der Gerichtsgebühr von rund CHF 35'000.– aufzuerlegen ist. Der Kläger 2 gilt sodann auch in Bezug auf das Feststellungsbegehren gemäss act. 1 als unterliegend, weshalb ihm der entsprechende (ebenfalls ermässigte) Anteil der Gerichtsgebühr von rund CHF 5'000.– aufzuerlegen ist. Der Kläger 1 unterliegt mit den Rechtsbegehren 1.3 und 1.4, weshalb er den entsprechenden Anteil der Gerichtsgebühr von rund CHF 11'000.– zu tragen hat, wobei es sich in Anwendung § 70 Abs. 1 ZPO/ZH aufgrund der unbestrittenermassen wirtschaftlichen Identität zwischen dem Kläger 1 und der Klägerin 3 rechtfertigt, die solidarische Mithaftung der Klägerin 3 anzuordnen. Im Restumfang unterliegt die Beklagte – dass sie lediglich zur Leistung von EUR 10'983'826.44 anstatt der beantragten EUR 11'204'484.12 gemäss den Rechtsbegehren 1.1 und 1.2 zu verpflichten ist, fällt im Hinblick auf die Kostenfolgen nicht ins Gewicht –, weshalb sie die übrigen Kosten von CHF 299'000.– zu bezahlen hat.

4.2. Prozessentschädigung

Jede Partei hat in der Regel die Gegenpartei im gleichen Verhältnis zu entschädigen, wie ihr Kosten auferlegt werden (§ 68 Abs. 1 ZPO/ZH).

Gemäss § 69 ZPO/ZH wird die Prozessentschädigung nach Ermessen festgesetzt. Sind die Parteien durch Anwälte vertreten, ist dieses richterliche Ermessen indessen beschränkt, da die Prozessentschädigung im Rahmen der Ansätze der Verordnung des Obergerichts über die Anwaltsgebühren vom 21. Juni 2006 (AnwGebV) festzusetzen ist (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., § 69 N 2). Diese ist ebenfalls auf den Streitwert ausgerichtet und beträgt beim oben genannten Streitwert gemäss § 3 Abs. 1 AnwGebV CHF 178'448.– 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 356'896.– ergibt.

Ausgangsgemäss haben die Kläger der Beklagten unter solidarischer Haftung (vgl. § 70 Abs. 1 ZPO/ZH) eine Prozessentschädigung von rund einem Zehntel bzw. CHF 36'000.– zu bezahlen (Auskunftsbegehren gemäss act. 1). Der Kläger 2 hat der Beklagten eine Prozessentschädigung von 1/66 bzw. CHF 5'400.– zu bezahlen (Feststellungsbegehren gemäss act. 1). Schliesslich hat der Kläger 1 der Beklagten eine Prozessentschädigung von rund 1/31 bzw. CHF 11'500.– zu bezahlen (Begehren 1.3 gemäss act. 51 und 1.4 gemäss act. 56), wobei es sich in Anwendung § 70 Abs. 1 ZPO/ZH aufgrund der unbestrittenermassen wirtschaftlichen Identität zwischen dem Kläger 1 und der Klägerin 3 rechtfertigt, die solidarische Mithaftung der Klägerin 3 anzuordnen. Die Prozessentschädigung der Beklagten 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. 11 Rz. 140). 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. 117 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 Behauptungsverfahren zum Zeitpunkt der Erhöhung der Mehrwertsteuer abgeschlossen und auch die beklagtische Beweisantretungsschrift war bereits eingegangen (act. 88). Es erfolgten nach dem 1. Januar 2011 aber weitere Eingaben der Beklagten wie zum Beispiel die Stellungnahme zur klägerischen Klageänderung (act. 117) oder die Stellungahme zum Beweisergebnis (act. 143). Ausserdem fand am 28. März 2012 eine Beweisverhandlung und mündliche Experteninstruktion statt (Prot. S. 47 ff.). Bezüglich der zum Zeitpunkt der Erhöhung der Mehrwertsteuer am 1. Januar 2011 bereits zurückgezogenen Auskunftsbegehren der Kläger sowie des Feststellungsbegehrens des Klägers 2 ist keine Erhöhung der Mehrwertsteuer angezeigt. Es rechtfertigt sich indessen im Sinne einer Schätzung, die Prozessentschädigung betreffend die Begehren 1.3 und 1.4 im Umfang

von einem Viertel um einen Mehrwertsteuerzuschlag von 5.36 % anstatt 5.09 % zu erhöhen.

Die Beklagte hat dem Kläger 1 und der Klägerin 3 eine Prozessentschädigung von knapp drei Vierteln und somit von rund CHF 260'000.– bezahlen. Unter Berücksichtigung bzw. mittels Verrechnung der Prozessentschädigungen, welche die Kläger gemeinsam (Auskunftsbegehren gemäss act. 1; CHF 36'000 zuzüglich 5.09 % MWST) bzw. der Kläger 1 unter solidarischer Mithaftung der Klägerin 3 (Rechtsbegehren 1.3 und 1.4; CHF 11'500.– zuzüglich 5.09 % MWST auf dem Betrag von CHF 8'625.– und 5.36 % MWST auf dem Betrag CHF 2'875.–) der Beklagten zu leisten hätten, ist die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger 1 und der Klägerin 3 eine Prozessentschädigung von insgesamt CHF 210'000.– zu bezahlen.

Das Gericht beschliesst:

1. Das Rechtsbegehren 1 bezüglich des Kontos mit der Nr. 1 und der Bezeichnung "F._____" sowie das Rechtsbegehren 2 gemäss act. 1 werden als durch Rückzug erledigt abgeschrieben.

2. Die Klageänderungen der Rechtsbegehren 1.1 - 1.4 und 2.1 - 4.3 gemäss act. 16 werden zugelassen.

3. Die Klageänderung des Rechtsbegehrens 1.5 gemäss act. 16 wird nicht zugelassen.

4. Die Klageänderungen der Rechtsbegehren 1.5, 2.1, 2.2, 3.1 und 3.2 gemäss act. 51 werden nicht zugelassen.

5. Die Klageänderungen der Rechtsbegehren 1.2 und 1.4 gemäss act. 56 werden zugelassen.

6. Die Klageänderungen der Rechtsbegehren 1.1 - 2.1 gemäss act. 108 werden nicht zugelassen, soweit die Verpflichtung der Beklagten zur Leistung in

Schweizerfranken beantragt wird. Im Übrigen werden die Klageänderungen bzw. -ergänzungen zugelassen.

7. Die Rechtsbegehren 4.1 und 4.2 (letzteres in Bezug auf die Hauptforderungsbegehren 1.1 und 1.2) gemäss act. 16 und act. 51 werden als gegenstandslos geworden abgeschrieben.

8. Die Rechtsbegehren 4.2 (hinsichtlich der Hauptforderungsbegehren 1.3 und 1.4) und 4.3 gemäss act. 16 bzw. act. 51 werden abgewiesen.

9. Die klägerischen prozessualen Anträge 1 - 3 gemäss act. 51 werden abgewiesen.

10. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis.

und erkennt sodann:

1. Die Beklagte wird in teilweiser Gutheissung der Rechtsbegehren 1.1 und 1.2 gemäss act. 108 verpflichtet, dem Kläger 1 und der Klägerin 3 EUR 10'983'826.44 zuzüglich Verzugszins von 5 % ab 2. September 2009 auf dem Betrag von EUR 3'879'000.52 auf das Konto Nr. ..., lautend auf "C._____", bei der Bank I._____, ... [Adresse], zu bezahlen.
   Im Restumfang werden die Begehren 1.1 und 1.2 abgewiesen.

2. Die Rechtsbegehren 1.3, 1.4, 2.2 und 3.2 werden abgewiesen.

3. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 350'000.–.

4. Die Gerichtsgebühr wird im Umfang von CHF 299'000.– der Beklagten, im Umfang von CHF 35'000.– den Klägern gemeinsam unter solidarischer Haftung, im Umfang von CHF 11'000.– dem Kläger 1 und der Klägerin 3 unter solidarischer Haftung sowie im Umfang der restlichen CHF 5'000.– dem Kläger 2 auferlegt.

5. Der Kläger 2 wird verpflichtet, der Beklagten eine Prozessentschädigung von CHF 5'400.– zu bezahlen.

6. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger 1 und der Klägerin 3 eine Prozessentschädigung von insgesamt CHF 210'000.– zu bezahlen.

7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und die Nebenintervenientin.

8. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Der Streitwert beträgt CHF 24'409'558.49.

Zürich, 21. Februar 2014

Handelsgericht des Kantons Zürich

Vorsitzender:	Gerichtsschreiber:
Dr. Heinrich Andreas Müller	Zeno Schönmann