



Mitwirkend: die Oberrichter Peter Helm, Präsident, und Dr. Johann Zürcher, die Handelsrichter Martin Fischer, Thomas Steinebrunner und Christian Zuber sowie die Gerichtsschreiberin Claudia Feier

## Urteil vom 23. Mai 2013

in Sachen

1. **A.** \_\_\_\_\_,

2. **B.** \_\_\_\_\_,

Kläger

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_

sowie

**C.** \_\_\_\_\_,

Nebenintervenient

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. \_\_\_\_\_

gegen

**D.** \_\_\_\_\_ **AG**,

Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Z1. \_\_\_\_\_

vertreten durch Rechtsanwältin M.A. HSG in Law Z2. \_\_\_\_\_

betreffend **Forderung**

**Rechtsbegehren:**

(act. 1 S. 1)

- "1. Es sei die Beklagte zu verpflichten, den Klägern den Betrag von CHF 870'000.00 zu zahlen, zuzüglich Zins von 5% auf CHF 800'000.00 seit dem 28. April 2006 und 5% auf CHF 70'000.00 seit dem 19. Juli 2006. Zudem sei die Beklagte zu verpflichten, den Klägern die Kosten für das Friedensrichterverfahren in der Höhe von CHF 1'060.00 zu ersetzen.
2. Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

**Geändertes Rechtsbegehren:**

(act. 39 S. 2)

- "1. Es sei die Beklagte zu verpflichten, den Klägern den Betrag von CHF 580'000 zu zahlen, zuzüglich Zins von 5% auf CHF 800'000 seit dem 28. April 2006 bis zum 3. Februar 2011, 5% auf CHF 550'000 vom 3. Februar 2011 bis zum 2. März 2011, 5% auf CHF 540'000 vom 2. März 2011 bis zum 1. April 2011, 5% auf CHF 510'000.00 seit 1. April 2011 und 5% auf CHF 70'000.00 seit dem 19. Juli 2006. Zudem sei die Beklagte zu verpflichten, den Klägern die Kosten für das Friedensrichterverfahren in der Höhe von CHF 1'060.00 zu ersetzen.
2. Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

**Das Gericht zieht in Erwägung:**

1. Prozessverlauf

1.1. Am 10. März 2010 reichten die Kläger die Klage und die Weisung ein (act. 1; act. 3). Da der Kläger 2 bei Zürcher Gerichten Kosten schuldet, wurde ihm mit Verfügung vom 12. März 2010 Frist angesetzt, um für Gerichtskosten und Prozessentschädigung eine Prozesskaution zu leisten (Prot. S. 2 f.). Nach rechtzeitiger Leistung in Form einer Bankgarantie (act. 8, 9 und 11) wurde mit Verfügung vom 1. April 2010 der Beklagten Frist angesetzt, um allfällige Einwendungen gegen diese Bankgarantie geltend zu machen und, wenn keine solchen Einwendungen erhoben werden, eine Klageantwort einzureichen (Prot. S. 4 f.). Die Kla-

geantwortet datiert vom 25. Juni 2010 (act. 13). Da die Beklagte Rechtsanwälte mandatiert hatte und – demzufolge – die geleistete Prozesskaution nicht mehr ausreichte, wurde mit Verfügung vom 28. Juni 2010 dem Kläger 2 Frist angesetzt, um eine zusätzliche Prozesskaution zu leisten (Prot. S. 5 f.). Nach rechtzeitiger Leistung der zusätzlichen Prozesskaution (Prot. S. 7; act. 17) wurde mit Verfügung vom 24. August 2010 die Streitverkündung der Beklagten an C.\_\_\_\_\_ vorgemerkt (Prot. S. 8) und zu einer Referentenaudienz und Vergleichsverhandlung vorgeladen (act. 19). Mit Eingabe vom 28. Oktober 2010 erklärte der Streitberufene den Prozessbeitritt (act. 21), was mit Verfügung vom 8. November 2010 vorgemerkt wurde (Prot. S. 9). Am 9. November 2010 fand eine Referentenaudienz und Vergleichsverhandlung statt, anlässlich welcher die Parteien keine Einigung finden konnten (Prot. S. 10 f.). Nachdem auch die aussergerichtlichen Vergleichsgespräche zu keinem Ergebnis geführt hatten (Prot. S. 11; act. 24; act. 26), wurde mit Verfügung vom 27. Januar 2011 den Klägern Frist zur Replik angesetzt (Prot. S. 13). Nach Eingang der Replik vom 10. März 2011 (act. 29) wurde mit Verfügung vom 17. März 2011 der Beklagten Frist zur Duplik angesetzt (Prot. S. 14). Mit Eingabe vom 30. Mai 2011 führten die Kläger die Verurteilung des Streitberufenen in zweiter Instanz (durch das Obergericht des Kantons Zürich) als Novum in den Prozess ein (act. 32-33). Nach Eingang der Duplik vom 8. Juni 2011 (act. 35) wurde mit Verfügung vom 14. Juni 2011 den Klägern Frist angesetzt, um zu allfälligen Noven der Duplik Stellung zu nehmen, der Beklagten, um sich zur Eingabe der Kläger vom 30. Mai 2011 zu äussern (Prot. S. 16). Die Stellungnahme zu den Noven in der Duplik datiert vom 6. September 2011 (act. 39). Zu dieser Stellungnahme nahm die Beklagte ihrerseits – unaufgefordert – mit Eingabe vom 22. September 2011 (act. 42) Stellung. Mit Eingabe vom 26. September 2011 beantragten die Kläger – in der Folge – diese Stellungnahme (als verspätet) aus dem Recht zu weisen (act. 44); die Eingabe wurde der Beklagten zugestellt (Prot. S. 19).

1.2. Mit Urteil vom 22. Juni 2012 (HG100074) hat das Handelsgericht die Klage im Betrag von CHF 435'000 nebst Zins zu 5 % seit dem 28. April 2006 gutgeheissen und im Betrag von CHF 290'000 zufolge Klagereduktion als gegenstandslos geworden abgeschrieben (act. 46). Gegen das Urteil erhob die Beklagte Be-

schwerde ans Bundesgericht, welches diese mit Urteil vom 22. Januar 2013 teilweise guthiess und die Sache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückwies (act. 51 und 52; Urteil des Bundesgerichts 4A\_477/2012 vom 22. Januar 2013). Das Bundesgericht schützte das Urteil in den grundsätzlichen Haftungsfragen, hielt allerdings zur Höhe des Schadenersatzanspruches fest, die Argumentation der Vorinstanz sei "*in sich widersprüchlich und nicht nachvollziehbar*" (Urteil des Bundesgerichts 4A\_477/2012 vom 22. Januar 2013, E. 3-4). Beide Parteien haben unaufgefordert Stellungnahmen zum Urteil des Bundesgerichts eingereicht (act. 53 und 55). Der Prozess erweist sich als spruchreif, weshalb das Urteil zu fällen ist (§ 188 Abs. 1 ZPO/ZH).

#### 1. Parteien/Sachverhalt

1.1. Bei den Klägern handelt es sich um kurdischstämmige Türken, welche seit über 30 Jahren in der Schweiz leben und – offenbar erfolgreich – im Kebap-Gewerbe tätig sind. Sie haben ihren Wohnsitz in E. \_\_\_\_\_ ZH.

Die Beklagte, eine international tätige Bank, ist eine Aktiengesellschaft nach schweizerischem Recht mit Sitz in Zürich (act. 1 S. 3; act. 13 S. 11).

1.2. Zwischen den Parteien besteht seit vielen Jahren eine Geschäftsbeziehung: Die Kläger bewahren ihre Ersparnisse auf einem Konto bei der Beklagten sowie in einem bei der Beklagten gemieteten Schrankfach (Safe) auf (act. 1 S. 3; act. 13 S. 11). Zu Beginn des Jahres 2006 lernten die Kläger über einen Bekannten F. \_\_\_\_\_ kennen, der ihnen bei der Einrichtung eines Nummernkontos helfen sollte. F. \_\_\_\_\_ seinerseits kannte C. \_\_\_\_\_, den Nebenintervenienten, der im Private Banking der Beklagten als Kundenberater arbeitete. In der Folge wurden die Kläger – im Beisein von F. \_\_\_\_\_ – mindestens zwei Mal vom Nebenintervenienten an seinem Arbeitsplatz (in den Büroräumlichkeiten der Beklagten) empfangen und übergaben F. \_\_\_\_\_ gesamthaft CHF 870'000, welche er, anstelle sie auf einem Nummernkonto bei der Beklagten zu deponieren, anderweitig verwendete. F. \_\_\_\_\_ wurde für sein Verhalten zum Nachteil der Kläger wegen Betrugs, der Nebenintervenient wegen Beihilfe dazu verurteilt (vgl. act. 4/2; act. 33). Mit der

vorliegenden Klage fordern die Kläger nunmehr von der Beklagten den obgenannten Betrag; die Beklagte bestreitet einen Anspruch.

## 2. Formelles

2.1. Der eidgenössischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (Datum des Inkrafttretens: 1. Januar 2011) ist nicht ausdrücklich zu entnehmen, welches Recht zur Anwendung gelangt, wenn die Rechtsmittelinstanz den angefochtenen Entscheid aufhebt und zur Neuurteilung an die untere Instanz zurückweist. Die Rückweisung bewirkt, dass der Prozess in die Lage zurückversetzt wird, in der er sich vor Ausfällung des angefochtenen Entscheids befunden hat. Das Verfahren vor der unteren Instanz ist somit nicht zum Abschluss gekommen, so dass für die Fortsetzung des Verfahrens bisheriges Recht weitergilt (Art. 404 Abs. 1 ZPO). War der Rechtswechsel bei Eröffnung des angefochtenen Entscheids noch nicht eingetreten, brachte die obere Instanz mithin altes Verfahrensrecht zur Anwendung, gilt dieses Recht auch für die Rückweisung (FREI/WILLISEGGER, in: Basler Kommentar, ZPO, N 13 zu Art. 404). Demgemäss bleibt für das (Rückweisungs-) Verfahren die "alte" zürcherische Zivilprozessordnung vom 13. Juni 1976 (ZPO/ZH) anwendbar.

2.2. Die örtliche Zuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons Zürich ergibt sich aus Art. 3 Abs. 1 lit. b und Art. 25 GestG, die sachliche aus § 63 Ziff. 1 GVG.

2.3. Mit der Replik reduzierten die Kläger ihre Klage von CHF 870'000 auf CHF 610'000 (act. 29 S. 2), und mit der Stellungnahme zu den Noven in der Duplik auf CHF 580'000.00 (act. 39 S. 2), da – gemäss den Klägern – mit für die Beklagte befreiender Wirkung am 3. Februar 2011 der Betrag von CHF 250'000, am 2. März 2011 der Betrag von CHF 10'000 und nach Einreichung der Replik der Betrag von CHF 30'000 auf Rechnung der klägerischen Forderung bezahlt wurde (act. 29 S. 3; act. 39 S. 3).

Damit wurde die Klage im Betrag von CHF 290'000 gegenstandslos (vgl. FRANK/STRÄULI/MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung,

3. Auflage, Zürich 1997, § 188 N11a), weshalb sie als dadurch erledigt abzuschreiben ist. Gleiches gilt für die entsprechend reduzierte Verzugszinsforderung.

2.4. Nach Ansicht der Kläger ergibt sich aus dem Verhalten der Beklagten während der Strafuntersuchung, dass der Anspruch anerkannt sei: Von der zuständigen Staatsanwältin mit dem Vorwurf der Obstruktion konfrontiert, habe Herr G.\_\_\_\_\_ (zuständiger Kaderangestellter bei der Beklagten in der Abteilung "Estates and Inquiries") zunächst keine Erklärung für das Vorgehen der Beklagten gehabt und nach einer gewissen Zeit zu bedenken gegeben, dass es in dieser Angelegenheit schliesslich auch Geschädigte gebe. Diese Äusserung zeige, dass die Beklagte genau wisse, dass sie die Kläger geschädigt habe, sich aber der Haftung entziehen wolle (act. 1 S. 18 f.; act. 29 S. 37 f.).

Das Schuldbekenntnis oder auch Schuldanerkenntnis ist die Erklärung des Schuldners gegenüber dem Gläubiger, dass eine bestimmte Schuld bestehe. Das Schuldbekenntnis ist ein einseitiger Vertrag. Es bedarf keiner besonderen Form. Auch ein mündliches, selbst ein konkludentes Schuldbekenntnis ist möglich. Kein Schuldbekenntnis i.e.S. sind i.d.R. Erklärungen der Beteiligten nach einem Verkehrsunfall, einem Ladendiebstahl oder einem sonstigen Schadensereignis. Solche Erklärungen beschreiben i.d.R. nur einen faktischen Vorgang und wollen keine konkreten Leistungspflichten begründen (BSK OR I-SCHWENZER, Art. 18 N 3 f., mit Hinweisen).

Die von den Klägern herangezogene (mutmassliche) Äusserung von Herrn G.\_\_\_\_\_, dass es in dieser Angelegenheit schliesslich auch Geschädigte gebe, und dass diese bestimmt im Zusammenhang mit einem allfälligen Zivilprozess Interesse an diesen Unterlagen hätten (act. 4/19), genügt den Anforderungen an ein (selbst konkludentes) Schuldbekenntnis bei Weitem nicht: Weder wird ein konkreter Anspruch genannt – im Gegenteil, die Rede ist von einem allfälligen Zivilprozess – noch ergibt sich aus der Äusserung von Herrn G.\_\_\_\_\_, dass die Beklagte sich zu einer Leistung gegenüber Dritten verpflichten wollte. Vielmehr ist ihr – unter Zugrundelegung des Vertrauensprinzips – zu entnehmen, dass die Beklagte sich gegen allfällige zivilprozessuale Ansprüche Dritter verteidigen/wehren wollte;

nichts anderes ergibt sich aus den anderen, von den Klägern eingereichten Dokumenten (act. 4/18-20).

2.5. Mit Eingabe vom 22. September 2011 beantragte die Beklagte unter anderem, die klägerische Stellungnahme zu den Noven in der Duplik vom 6. September 2011 aus dem Recht zu weisen. Die Kläger hätten – obwohl vom Handelsgesicht ausdrücklich dazu angehalten – es unterlassen, in ihrer Stellungnahme substantiiert aufzuzeigen, welche der in der Duplik gemachten Behauptungen, Bestreitungen und Einreden Noven seien. Stattdessen plädierten sie zu Tatsachenbehauptungen, welche von ihr bereits in der Klageantwort vorgebracht worden seien (act. 42 S. 2).

Zwar ist zutreffend, dass die Kläger mit der Ansetzung der entsprechenden Frist aufgefordert wurden, Noven präzise zu bezeichnen (Prot. S. 16). Inwiefern die Kläger diesem Erfordernis in ihrer Eingabe nicht nachgekommen wären, wurde von der Beklagten nicht näher ausgeführt und ist auch nicht evident. Im Gegenteil, die Kläger bezeichneten in ihrer Stellungnahme die – nach ihrer Ansicht – neuen Tatsachenbehauptungen in der Duplik. Das Gericht wird nunmehr zu entscheiden haben, ob es sich dabei tatsächlich um neue Vorbringen handelte und – demzufolge – die klägerischen Ausführungen im Prozess zulässigerweise erfolgten.

Die klägerische Stellungnahme vom 6. September 2011 als Ganzes aus dem Recht zu weisen, kommt auch dann nicht in Frage, wenn sich einige der klägerischen Ausführungen als verspätet erweisen sollten; vielmehr würden solche Ausführungen – wie in der Verfügung vom 14. Juni 2011 angedroht (Prot. S. 16) – einfach nicht beachtet.

Damit erübrigen sich weitere Ausführungen zur Zulässigkeit der beklagischen Eingabe vom 22. September 2011 (act. 42) resp. der klägerischen vom 26. September 2011 (act. 44).

### 3. Materielles

3.1. Die Kläger stützen ihre Forderung auf verschiedene Anspruchsgrundlagen:

#### A. *Vertrag*

3.2. Nach Ansicht der Kläger hat die Beklagte, handelnd durch C.\_\_\_\_\_, die ihr obliegenden Auskunfts-, Aufklärungs- und Beratungspflichten verletzt und dadurch den von ihnen erlittenen Vermögensverlust von CHF 870'000 adäquat kausal verursacht. Sie – die Kläger – hätten bereits seit vielen Jahren eine Konto- sowie eine Safe-Beziehung zur Beklagten unterhalten; sie hätten ihre Ersparnisse auf einem Konto bei der Beklagten sowie in einem bei der Beklagten gemieteten Safe aufbewahrt. Aufgrund dieser vertraglichen Beziehung, von welcher er gewusst habe, sei C.\_\_\_\_\_ als Kadermitglied der Beklagten verpflichtet gewesen, ihre Bedürfnisse bezüglich der beabsichtigten Geldanlagen sorgfältig abzuklären und die Beratung diesen Bedürfnissen anzupassen. Da die Kundenberatung im Allgemeinen und die Anlageberatung im Speziellen ein Kerngeschäft der Beklagten sei, dürfe der Bankkunde an die Qualität der Auskünfte auch hohe Erwartungen stellen, zumal die Beklagte mit ihren Kenntnissen in diesem Bereich werbe und höchste Professionalität verspreche. Mit anderen Worten: Es sei ein hoher Sorgfaltsmassstab anzulegen. Nichts anderes ergebe sich aus der eigenen Geschäftsauffassung der Beklagten: Da sie es als ihre Aufgabe im Rahmen ihrer Bankaktivitäten ansehe, ihren Kunden eine Plattform für Geschäftsbeziehungen mit Dritten zu bieten, habe die Beklagte eine Pflicht, alle, die auf dieser Plattform Geschäfte tätigten, über wesentliche ihr bekannte Tatsachen – beispielsweise das ausserordentlich hohe Gegenparteirisiko, wenn unter Mitwirkung von F.\_\_\_\_\_ ein Vertrag geschlossen werde – aufzuklären. Dies gelte erst recht, wenn die Beklagte nicht nur eine Plattform schaffe, sondern – wie vorliegend – sich aktiv beteilige, indem sie Verträge entwerfe, Räumlichkeiten zur Verfügung stelle, Geld zähle, Geldflüsse quittiere usw.

Aus den verschiedenen Gesprächen im Frühling 2006 zwischen ihnen – den Klägern – einerseits und F.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ andererseits sei klar hervorgegangen, dass sie eine sichere Anlage ihres Geldes gewünscht hätten und zu einem späte-

ren Zeitpunkt – bei Erreichen des Startbetrags von CHF 1 Mio. – ihr Geld auf einem Nummernkonto bei der Beklagten hätten anlegen wollen. Gleichzeitig habe die Beklagte aber gewusst, dass F.\_\_\_\_\_ seinen Verpflichtungen nicht fristgerecht nachgekommen sei, über kein regelmässiges Einkommen oder sonstige Einkünfte in der Schweiz verfügt habe und von ihm bewirkte Kontounterdeckungen durch C.\_\_\_\_\_ hätten ausgeglichen werden müssen. Daher habe der Beklagten klar sein müssen, dass das Aushändigen ihrer Gelder keine sichere und zinstragende Anlage gewesen sei, wie sie es sich gewünscht hätten. Dennoch habe die Beklagte, handelnd durch C.\_\_\_\_\_, sie über die Risiken nicht aufgeklärt, im Gegenteil: Die Beklagte habe die exklusiven Räumlichkeiten an der Zürcher ...strasse ... für die Treffen mit F.\_\_\_\_\_ zur Verfügung gestellt. C.\_\_\_\_\_, Kadermitglied der Beklagten, habe auf EDV-Systemen der Beklagten mit deren exklusiv lizenzierten Schrifttype die Vereinbarungen vom 28. April 2006 und vom 2. Juni 2006 verfasst, obwohl die Beklagte (und C.\_\_\_\_\_) gewusst habe, dass die in Ziffer 5 der späteren Vereinbarung enthaltene Garantie wertlos gewesen sei. Zudem seien die Vereinbarungen so verfasst gewesen, dass sie schwierig zu verstehen und durchzusetzen seien, was der Position von C.\_\_\_\_\_ genützt habe. C.\_\_\_\_\_ habe in seiner Eigenschaft als Kundenberater der Beklagten einen Vertrauensbonus zugunsten F.\_\_\_\_\_s geschaffen, welcher sie – die Kläger – schliesslich dazu gebracht habe, ihre Ersparnisse ohne eine anderweitige Sicherheit F.\_\_\_\_\_ zuhanden der Beklagten zu übergeben, was – wie sich nun erwiesen habe – gerade nicht der sicheren Anlage entsprochen habe, welche sie sich gewünscht hätten (act. 1 S. 20 f.).

Die Beklagte hafte aber nicht nur aufgrund der vorbestehenden Konto- und Safe-Beziehung, sondern auch aus eigenständigem Vertrag (durch Verständigung über die Eröffnung eines Nummernkontos): Sie – die Kläger – hätten nicht beabsichtigt, ihr Geld bei F.\_\_\_\_\_ anzulegen, sondern es auf einem Nummernkonto bzw. "Geheimkonto" bei der Beklagten zu deponieren. Dabei habe F.\_\_\_\_\_ mit seinen guten Kontakten zur Beklagten behilflich sein sollen. Vor diesem Hintergrund hätten sie den Kontakt zur Beklagten an der ...strasse in Zürich gesucht. Die Beklagte habe ihren Wunsch, ein Nummernkonto zu eröffnen, aufgenommen: C.\_\_\_\_\_ habe – auf diesen Wunsch angesprochen – entgegnet, dass für die Eröffnung eines

Nummernkontos der Mindestbetrag von CHF 1 Mio. erforderlich sei, aber eine Zwischenlösung möglich sei. Damit sei ein vertragliches Verhältnis zustande gekommen, des Inhalts, dass ein Nummernkonto eröffnet werde und bis zum Erreichen des Mindestbetrags von CHF 1 Mio. eine Zwischenlösung unter Einbezug der Beklagten getroffen werde.

Ein vertragliches Verhältnis sei selbst dann zustande gekommen, wenn man – wie die Beklagte – davon ausginge, dass eine Geldanlage bei F.\_\_\_\_\_ beabsichtigt gewesen sei. In jedem Fall sei es ihre Absicht gewesen, dass die Beklagte als Vertragspartei involviert sei; sie habe eine tragende Rolle spielen sollen. So hätten alle fraglichen Handlungen – und namentlich die Übergabe von CHF 800'000 in bar – bei der Beklagten stattgefunden (und ohne Mitwirkung der Beklagten gar nicht stattfinden können). Indessen: Wer im Rahmen eines Geschäfts eine tragende Rolle spiele, sei Vertragspartner (act. 29 S. 6 ff.).

Im Übrigen sei zwischen den Parteien auch ein selbständiger Auftrag betreffend Rat- und Auskunftserteilung bezüglich der Anlage des klägerischen Vermögens entstanden: Sie – die Kläger – hätten sich auf Vermittlung von F.\_\_\_\_\_ hin, mit dem Wunsch, ein Nummernkonto bei der Beklagten zu eröffnen, an C.\_\_\_\_\_ gewandt und bei diesem angefragt, unter welchen Bedingungen dies möglich sei. Der Zweck der Beklagten als internationales Finanzinstitut sei es, ihren Kunden bei der Geldanlage behilflich zu sein und sie dabei zu beraten. Unter den von ihr angebotenen Dienstleistungen befinde sich auch die Führung des von ihnen gewünschten Nummernkontos. Mit anderen Worten: Bei der Anlageberatung handle es sich um eine Kernkompetenz der Beklagten, welche sie gewerbsmässig und entgeltlich anbiete. Indem C.\_\_\_\_\_ sie als Hilfsperson der Beklagten in deren Räumen empfangen und – über ihren Wunsch informiert – erklärt habe, dass die Grössenordnung der Einlage für solche Nummernkonti bei plus minus CHF 1 Mio. sei, gleichzeitig aber Flexibilität bei der Limite signalisiert habe, sei zwischen den Parteien stillschweigend ein Auftrag über die Erteilung von Beratungsleistungen entstanden. Diese Beratungsleistung habe die Beklagte nicht mit der nötigen Sorgfalt erbracht, indem C.\_\_\_\_\_ – gestützt auf die Instruktionen von F.\_\_\_\_\_ – die Vereinbarungen vom 28. April 2006 und vom 2. Juni 2006 verfasst habe, wel-

che den zuvor geäusserten Wünschen nicht entsprochen habe, ohne sie auf diesen Widerspruch hinzuweisen oder sie darauf hinzuweisen, dass eben gerade kein Nummernkonto bei der Beklagten angelegt, sondern das Geld zunächst F.\_\_\_\_\_ anvertraut werde. Sodann habe die Beklagte – trotz des Wissens, dass F.\_\_\_\_\_ im Zeitpunkt der Geldübergabe keine Vermögenswerte bei der Beklagten besessen sowie über kein regelmässiges Einkommen oder andere Einkünfte verfügt habe – sie nicht über die Tragweite der Vereinbarung und die Risiken der Geldanlage bei F.\_\_\_\_\_ aufgeklärt, sondern – im Gegenteil – die Schilderungen von F.\_\_\_\_\_ bestätigt und durch ihr aktives Mitwirken das Zustandekommen der Vereinbarungen unterstützt (act. 29 S. 9 f.).

3.3. Die Beklagte bestreitet eine vertragliche Anspruchsgrundlage: Die Klägerin 1 besitze ein blosses Kontokorrent-Konto und sei Mieterin eines Schrankfaches bei ihrer Filiale in E.\_\_\_\_\_; der Kläger 2 besitze kein Konto bei ihr. Da zwischen den Klägern und ihr weder ein Vermögensverwaltungs- noch ein Anlageberatungsvertrag bestanden habe, sei sie lediglich zur Konto- bzw. Depotführung verpflichtet gewesen und hafte der Klägerin 1 somit lediglich für die getreue und sorgfältige Ausführung des Zahlungsverkehrs. Sie habe folglich keine Beratungs- oder Aufklärungspflichten gegenüber den Klägern gehabt. Im Gegenteil: Am 26. April 2006 habe die Klägerin 1 bei der Filiale E.\_\_\_\_\_ CHF 325'000 abgehoben und dabei ihrem Kundenberater wahrheitswidrig erklärt, sie benötige den Betrag von CHF 325'000 für einen Landkauf in der Türkei, weshalb sie keine direkte Überweisung machen könne, um den Betrag ungestört F.\_\_\_\_\_ übergeben zu können. Damit hätten die Kläger unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, dass sie bereits einen Anlageentscheid gefasst hätten und dieses Geschäft ohne ihre Mitwirkung hätten umsetzen wollen. Offenbar hätten die Kläger bis zum 28. April 2006 F.\_\_\_\_\_ insgesamt CHF 800'000 übergeben, ohne sie um die Einholung einer Bonitätsauskunft zu beauftragen. Weder sei sie um Erteilung einer Auskunft betreffend F.\_\_\_\_\_ angefragt worden noch sei sie selbst Vertragspartei bei den zwischen den Klägern und F.\_\_\_\_\_ geschlossenen vertraglichen Vereinbarungen gewesen oder habe dabei eine beratende Stellung eingenommen. Sie – die Beklagte – habe deshalb keine Aufklärungspflicht gegenüber den Klägern getroffen. Im Übrigen wäre das Bankgeheimnis verletzt worden, wenn C.\_\_\_\_\_ von sich aus

die Kläger über die Vermögensverhältnisse von F.\_\_\_\_\_ informiert hätte. Beim Geschäft zwischen den Klägern und F.\_\_\_\_\_ habe es sich um ein rein privates Geschäft gehandelt. C.\_\_\_\_\_ habe in diesem Zusammenhang lediglich einen Freundschaftsdienst für F.\_\_\_\_\_ geleistet. Der Streitberufene sei somit nicht als Kundenberater tätig gewesen. C.\_\_\_\_\_ habe nicht einmal in Erfüllung des Kontokorrent- und Girovertrags zwischen der Klägerin 1 und der Beklagten gehandelt, sondern in eigener Sache, im Rahmen eines privaten Freundschaftsdienstes. C.\_\_\_\_\_ sei somit gar nicht ihr Erfüllungsgehilfe im Sinne von Art. 101 OR gewesen. Schliesslich hätten sich die Kläger und F.\_\_\_\_\_ privat kennengelernt und die Möglichkeit einer Geldanlage ebenfalls untereinander privat ohne ihre Beteiligung besprochen. Sie – die Beklagte – habe die vertragliche Beziehung zwischen F.\_\_\_\_\_ und den Klägern in keiner Weise vermittelt. Auch aus diesem Grund habe sie keine Aufklärungs- oder Beratungspflicht getroffen.

Darüber hinaus hätten die Kläger schon vor der Geldübergabe an F.\_\_\_\_\_ ihren Anlageentscheid getroffen gehabt. Dies lasse sich einerseits daraus schliessen, dass sich die Kläger mit F.\_\_\_\_\_ bereits im Vorfeld der Geldübergabe mehrmals getroffen hätten, um das geplante Anlagegeschäft zu finalisieren. F.\_\_\_\_\_ sei ihnen nämlich ausdrücklich als Geschäftspartner zur Tätigung von Anlagegeschäften von ihren Landsleuten empfohlen worden. Es sei demnach nur konsequent, dass die Vereinbarungen vom 28. April 2006 und vom 2. Juni 2006 nur zwischen den Klägern und F.\_\_\_\_\_ abgeschlossen worden seien und C.\_\_\_\_\_ bzw. sie in keiner Weise verpflichteten. Im Übrigen hätten die Kläger sowie F.\_\_\_\_\_ an den beiden in den Räumlichkeiten der Beklagten abgehaltenen Besprechungen oft ins Türkische gewechselt; darin zeige sich, dass die Kläger es nicht für nötig erachtet hätten, dass C.\_\_\_\_\_ dem Gespräch zwischen ihnen und F.\_\_\_\_\_ habe folgen können. Demnach würden sich die Kläger widersprüchlich verhalten, wenn sie behaupteten, F.\_\_\_\_\_ das Geld lediglich aufgrund der Anwesenheit von C.\_\_\_\_\_ übergeben zu haben. Die Kläger hätten ihren Entscheid, den Betrag von insgesamt CHF 870'000 F.\_\_\_\_\_ zur Anlage und treuhändigen Verwaltung anzuvertrauen, bereits vor ihrer Bekanntschaft mit C.\_\_\_\_\_ geschlossen. Die beiden mit F.\_\_\_\_\_ geschlossenen Vereinbarungen stellten eine reine nachträgliche Formalisierung dieses Anlagegeschäfts dar (act. 13 S. 31 ff.).

Über den Kontokorrent- und Safemietvertrag hinaus habe keine weitergehende vertragliche Beziehung zu den Klägern bestanden: Die Kläger hätten bei ihr gerade kein Nummernkonto eröffnet. Ob sie dies beabsichtigt hätten oder nicht, sei völlig irrelevant. Entscheidend sei, dass sie das Geld willentlich und wissentlich F.\_\_\_\_\_ übergeben hätten. Die von den Klägern verwendete euphemistische Umschreibung als "Zwischenlösung" ändere nichts daran. Somit habe es zwischen den Klägern und ihr keine sog. "Verständigung über die Eröffnung eines Nummernkontos" gegeben (act. 35 S. 14 f.).

Es sei auch kein Beratungsvertrag zustande gekommen, weil die Kläger von C.\_\_\_\_\_ Auskunft über die Eröffnung eines Nummernkontos gewollt hätten; es käme den Klägern ja auch nicht in den Sinn, zu behaupten, es sei ein Vertrag zustande gekommen, weil sich ein Interessent bei einer Bank nach den Modalitäten über die Eröffnung eines Lohnkontos erkundigt habe. Selbst wenn – wider Erwarten – von einem (stillschweigenden) Beratungsvertrag ausgegangen werde, könne ihr keine Vertragsverletzung vorgeworfen werden. Denn zum einen hätten die Kläger – nach ihrer eigenen Darstellung – lediglich Auskunft über die Voraussetzungen für die Eröffnung eines Nummernkontos verlangt. Diese Auskunft sei korrekt erteilt worden. Zum anderen hätten sich die Kläger ohne Zutun von C.\_\_\_\_\_ entschlossen, ihr Geld F.\_\_\_\_\_ zu übergeben (act. 35 S. 16 f.).

3.4. Der bundesgerichtlichen Rechtsprechung lässt sich im Wesentlichen entnehmen, dass die Bank ihrem Kunden gegenüber Aufklärungs- und Beratungspflichten zu erfüllen hat, die bei gegebenem Auftragsverhältnis in Art. 398 OR als Sorgfalts- und Treuepflichten institutionalisiert sind, ausserhalb eines solchen im Vertrauensgrundsatz (Art. 2 ZGB) gründen. Rechtliche Bedeutung können sie sowohl im Rahmen der Anbahnung (Vertragsverhandlungen) wie bei der Abwicklung als auch nach Beendigung des Vertrags erlangen und begründen bei ihrer Verletzung eine Verantwortung (Vertrauenshaftung bzw. culpa in contrahendo im vorvertraglichen Verhandlungsstadium). Auch bankrechtlich gehört die Sorgfalt dergestalt zum Inhalt jeder vertraglichen oder vertragsgerichteten Verhaltens- und Schuldpflicht, ist damit nicht nur für eigentliche Auftragsverhältnisse kennzeichnend. Ihr an der Branchenusanz objektiviertes Mass richtet sich einerseits nach

dem normativen oder privatautonom bestimmten Inhalt des in Frage stehenden Geschäfts, andererseits nach dessen Art und dem Beratungsbedarf des Kunden. Das Bundesgericht stellt in seiner Rechtsprechung differenzierte Anforderungen an die Aufklärungspflicht der Banken. Demnach ist im Einzelfall unaufgefordert und umfassend einmal dann aufzuklären, wenn die Aufklärung Mitinhalt der Hauptschuld ist, namentlich im Vermögensverwaltungsvertrag auf Beratungsbasis. Wahrheitsgemäss und umfassend ist sodann stets aufzuklären, wenn im Einzelfall Auskunft oder Rat vom Kunden gewünscht und seitens der fachkundigen Bank erteilt wird.

Diese Grundsätze gelten mutatis mutandis im vorvertraglichen oder vertragsanbahnenden Verhältnis. So wenig wie jeder andere Verhandlungspartner ist die Bank verpflichtet, dem potentiellen Kunden in der Vorstufe des Vertrags das Entscheidungsrisiko abzunehmen; vielmehr steht auch hier das Prinzip der Selbstverantwortung im Vordergrund. Mithin ist es grundsätzlich nicht Sache der Bank, den Kreditbedarf und die Verwendungsabsichten des Kunden zu hinterfragen, auf deren sachliche Rechtfertigung und Zweckmässigkeit zu überprüfen und sich zum Vormund oder Vermögensverwalter aufzuspielen. Nur ausnahmsweise ist sie daher aus dem Loyalitätsgebot gehalten, den Kunden umfassend aufzuklären, etwa wenn sie zu ihm bereits in einem gefestigten, über den punktuellen Vertragsabschluss hinausreichenden Vertrauensverhältnis steht. Vorvertragliche Warnpflichten können die Bank sodann treffen, wenn der unerfahrene Kunde erkennbar auf Auskunft, Rat oder Aufklärung durch die fachkundige Bank vertraut, oder wenn die Bank aus fachspezifischem Wissensvorsprung um eine drohende Gefahr einer Anlage weiss, welche der Kunde nicht zu erkennen vermag (Bundesgericht, 4C.20/2005, Urteil vom 21. Februar 2006, E. 4.2.3, mit Hinweisen).

3.5. Zwischen der Klägerin 1 und der Beklagten bestand – unstreitig – seit geraumer Zeit eine Geschäftsverbindung: Die Klägerin 1 hatte bei der Filiale H.\_\_\_\_\_ ein Kontokorrent-Konto und bei der Filiale E.\_\_\_\_\_ ein Schrankfach / einen Safe gemietet (vgl. Kontoeröffnungsunterlagen, act. 14/1). Dass die Klägerin 1 weitere Dienstleistungen der Beklagten – insbesondere betreffend Anlageberatung und/oder Vermögensverwaltung – in Anspruch genommen hätte, wurde von

ihr nicht vorgebracht. Demgemäss handelte es sich bei der Klägerin 1 im Rahmen dieser vorbestehenden Vertragsbeziehung grundsätzlich um eine sog. Execution-only-Kundin, bei welcher sich die Kundenbeziehung auf die blosser Konto- bzw. Depotführung beschränkte.

3.6. Der Kontovertrag ist ein sog. Innominatvertrag und bildet (regelmässig) die Basis der Geschäftsbeziehungen zwischen einer Bank und einem Bankkunden. Er beinhaltet minimal stets die Pflicht der Bank zur Eröffnung und Führung eines Kontos sowie zur entsprechenden Rechnungsablage gegenüber dem Kunden. Konto meint dabei die fortlaufend geführte Aufzeichnung von (wechselseitigen) Geschäftsvorgängen zwischen Bank und Kunde, unter gegenseitiger Verrechnung (vgl. EMCH/RENZ/ARPAGAU, Das schweizerische Bankgeschäft, 7. Auflage, Zürich 2011, S.223). Auf den Kontovertrag kommen – je nach zur Debatte stehender Sachfrage – die auftrags- und darlehensrechtlichen Bestimmungen des OR zur Anwendung, ferner die Normen zum Kontokorrentverhältnis (statt vieler: ZK-HIGI, N. 87 Vorbem. zu Art. 312-318), soweit die Parteien nichts Abweichendes vereinbart haben, wie z.B. durch die Vereinbarung der Geltung von sog. Allgemeinen Vertragsbestimmungen.

3.7. Die Vermietung von Schrankfächern – auch Tresorfächer, Schliessfächer oder Safes genannt – gehört ebenfalls zu den Dienstleistungsgeschäften der Banken. Von den übrigen Bankverwahrungsgeschäften unterscheidet sich das Safegeschäft dadurch, dass der Kunde, der bei der Bank ein Schliessfach mietet, die Selbstverwahrung ausüben will. Über den Inhalt, den er im Tresorfach einschliesst, wird die Bank nicht orientiert. Die herrschende Lehre geht heute davon aus, dass es sich beim Schrankfachvertrag um einen gemischten Vertrag mit Elementen des Mietvertrages und des einfachen Auftrages handelt. Das mietvertragliche Element, das die Hauptkomponente bildet, liegt in der entgeltlichen Überlassung eines Schrankfaches zum Gebrauch. Auftragsrechtliche Elemente bestehen etwa in den Pflichten der Bank, für Überwachung, Sicherung und Kontrolle der Tresoranlage zu sorgen sowie bei jeder Öffnung und Schliessung des Tresorfachs mitzuwirken. Das Bundesgericht geht von einem Mietvertrag aus (EMCH/RENZ/ARPAGAU, a.a.O., S.279 ff.).

3.8. Aus dieser vorbestehenden Vertragsbeziehung ergaben sich – mit Blick auf den streitgegenständlichen Sachverhalt – keine Auskunfts-, Aufklärungs- und/oder Beratungspflichten der Beklagten, da die anvisierte Eröffnung eines Nummernkontos gerade nicht im Kontext dieser Vertragsbeziehung erfolgte. Der entsprechende Wunsch wurde denn auch nicht gegenüber den für die Abwicklung der vorbestehenden Vertragsbeziehung hauptsächlich zuständigen Mitarbeitern in den Filialen H.\_\_\_\_/E.\_\_\_\_ geäußert – im Gegenteil, bei der Barabhebung vom 28. April 2007 wurde ein anderer Verwendungszweck angegeben (act. 29 S. 26) –, sondern die Klägerin 1 trat an einer anderen Örtlichkeit – an der ...strasse ... in Zürich – der Beklagten quasi wie eine Neukundin gegenüber. Die Tätigkeiten von C.\_\_\_\_ erfolgten mithin nicht in Erfüllung der vorbestehenden Vertragsbeziehung zwischen der Klägerin 1 und der Beklagten; die vorbestehende Vertragsbeziehung wurde C.\_\_\_\_ erst im Zusammenhang mit der bei der Barabhebung belasteten Rückzugskommission bekannt gegeben (act. 1 S. 10). Deshalb beschlagen allfällige der Beklagten zuzurechnende Pflichtverletzungen von C.\_\_\_\_ nicht diese vorbestehende Vertragsbeziehung. Dass anderen Mitarbeitern der Beklagten, insbesondere den Mitarbeitenden in den Filialen H.\_\_\_\_/E.\_\_\_\_, mit Blick auf den streitgegenständlichen Sachverhalt ein Fehlverhalten vorzuwerfen wäre, wurde von den Klägern nicht behauptet (und ist auch nicht auszumachen).

3.9. Auch Auskunfts-, Aufklärungs- und/oder Beratungspflichten der Beklagten aus eigenständigem Vertrag durch Verständigung über die Eröffnung eines Nummernkontos sind zu verneinen:

3.10. Unter einem Nummernkonto versteht man ein Konto, das nicht mit dem Namen des Kontoinhabers, sondern mit einer Nummer gekennzeichnet wird. Zur Diskussion steht somit lediglich die "Beschriftung" eines Kontos. Mit der Eröffnung eines Nummernkontos beabsichtigen die Kunden eine zusätzliche Verbesserung des Schutzes vor Indiskretionen. Die Kunden möchten vermeiden, dass ihr Name und ihre Geschäftsbeziehungen einem grossen Teil der Angestellten in einer Bank bekannt werden. Über diesen zusätzlichen internen oder technischen Dis-

ktionsschutz hinaus gibt es kaum Unterschiede zwischen einem Namen- und einem Nummernkonto (EMCH/RENZ/ARPAGAU, a.a.O., S.229 f.).

3.11. Ein Kontovertrag kommt grundsätzlich dann zustande, wenn die Bank den Antrag des Kunden akzeptiert. In formeller Hinsicht gilt dabei, dass der Kontovertrag als sog. Innominatvertrag (vgl., statt vieler: ZK-HIGI N. 87 Vorbem. zu Art. 312-318) formlos abgeschlossen werden kann, es sei denn, die Parteien hätten (etwa im standardisierten Antragsformular) die Beachtung einer besonderen Form (vgl. Art. 16 OR) vereinbart.

3.12. Der für den Vertragsschluss gemäss Art. 1 OR notwendige Austausch von (inhaltlich übereinstimmenden) Willenserklärungen ist dann erfolgt, wenn eine Partei der Gegenpartei einen Antrag unterbreitet, der von der Gegenpartei durch Zustimmung formkorrekt akzeptiert und dadurch zum Vertragsinhalt wird.

3.13. Von den Klägern wurde – unstreitig – kein Antrag zur Eröffnung eines Nummernkontos unterzeichnet. Zwar hätte eine mündliche Antragserklärung der Kläger formlos akzeptiert werden können, etwa dadurch, dass ein dem Antrag der Kläger entsprechendes Konto eröffnet worden wäre. Indessen: Ein Konto (auf Nummer bzw. den durch die Nummer verdeckten Namen der Kläger) hat die Beklagte – ebenfalls unstreitig – nicht eröffnet. Rein äusserlich gesehen hat demnach der für den Abschluss eines Vertrags erforderliche Austausch von Willenserklärungen zwischen den Parteien nicht stattgefunden. Daher ist auch kein Kontovertrag zwischen den Parteien zustande gekommen, auf dessen Verletzung die Kläger ihre Forderung stützen könnten.

3.14. Was den von den Klägern ins Feld geführten selbständigen Auftrag betreffend Rat- und Auskunftserteilung bezüglich der Anlage des klägerischen Vermögens angeht, wird – gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung – die Entstehung eines Auftragsverhältnisses (mit entsprechender Haftung) angenommen, wenn zwischen dem Raterteilenden und dem Ratsuchenden eine vorbestehende Rechtsbeziehung (z.B. ein als Rahmenvertrag ausgestalteter allgemeiner Bankvertrag) vorhanden ist und wenn der Raterteilende hätte erkennen müssen, dass

der Ratsuchende eine verlässliche Antwort für weitergehende Dispositionen erwartet (BSK OR I-WEBER, Art. 394 N 19 f., mit Hinweisen).

3.15. Wie dargelegt bestand zwischen der Klägerin 1 und der Beklagten bereits eine Vertragsbeziehung (vgl. Ziff. 4.5 oben), von welcher C.\_\_\_\_\_ – unbestrittenmassen – seit dem 28. April 2006 Kenntnis hatte (act. 1 S. 10; act. 13 S. 20). Diese Vertragsbeziehung diente der Aufbewahrung der Ersparnisse beider Kläger (act. 1 S. 3; act. 13 S. 11) und auch die Beklagte differenzierte hinsichtlich der Berechtigung am Konto/Schrankfach offenbar nicht zwischen den Klägern (vgl. act. 14/7), weshalb nicht ins Gewicht fällt, dass offizielle Konto-/Schrankfachinhaberin nur die Klägerin 1 (und nicht auch der Kläger 2) war.

3.16. Wenn – bei dieser Ausgangslage – die Kläger zwecks Eröffnung eines Nummernkontos an C.\_\_\_\_\_ gelangten, einen Vice-President bei der Beklagten, und er in den Räumlichkeiten der Beklagten über die Modalitäten zur Eröffnung eines solchen Kontos informierte (act. 1 S. 9 f.; act. 13 S. 19 f.), der Übergabe von mehreren hunderttausend Schweizerfranken (mindestens) beiwohnte (act. 1 S. 9 f.; act. 13 S. 19 f.), F.\_\_\_\_\_ behilflich war, auf Computern der Beklagten (in einer exklusiv für die Beklagte lizenzierten Schrift) die beiden Vereinbarungen zu verfassen (act. 1 S. 10 f.; act. 13 S. 20) und – nicht zuletzt – den Klägern beschied, dass er sich darum kümmern werde, dass die bei der Barabhebung belastete Rückzugskommission ihrem Sparkonto wieder gutgeschrieben werde (act. 1 S. 10; act. 13 S. 20), so musste C.\_\_\_\_\_ klar sein, dass dieses Verhalten für die weiteren Dispositionen der Kläger nicht ohne Einfluss war. Denn durch sein Verhalten konnte – objektiv betrachtet – bei den Klägern der Eindruck entstehen, dass er bzw. die Beklagte ganz direkt in das weitere Schicksal des übergebenen Geldes involviert war.

Zwar wurde in der am 28. April 2006 aufgesetzten Vereinbarung festgehalten, dass das Geld an F.\_\_\_\_\_ ausgehändigt werde und mindestens für ein Jahr bei ihm bleibe (act. 4/11). Jedoch steht in derselben Vereinbarung auch geschrieben, dass als Rendite 7% p.a. ausgeschüttet werden und die Kläger die Vollmacht erhalten, jederzeit bei Bedarf Geld zu beziehen (act. 4/11), was im Einklang mit der (unbestrittenen) Sachverhaltsdarstellung der Kläger steht, wonach F.\_\_\_\_\_ – im

Beisein von C.\_\_\_\_\_ – vorgeschlagen hatte, das Geld zunächst in einen Fonds bei der Beklagten einzuzahlen, bis der Restbetrag für die Eröffnung eines Nummernkontos zusammen sei (act. 1 S. 10; act. 13 S. 19 f.). Die Ausschüttung einer Rendite ist typisch für (ausschüttende) Fonds, und auch die Erteilung einer Vollmacht macht nur Sinn, wenn das Geld bei einem Dritten – der Beklagten – angelegt werden sollte.

Mit anderen Worten war die Vereinbarung vom 28. April 2006 mindestens so unklar formuliert, dass sie obgenannten (Gesamt-)Eindruck nicht zu korrigieren vermochte.

Ganz deutlich geht die der Beklagten (von den Klägern) zugeordnete Rolle schliesslich aus der Vereinbarung vom 2. Juni 2006 hervor, der gemäss F.\_\_\_\_\_ das übergebene Geld "bei seiner Hausbank, der D.\_\_\_\_\_, Zürich, unter der Beziehung Nr. ... deponiert [hat]" und "als Garantie für den hinterlegten Anlagebetrag [...] die Vermögenswerte von Herr F.\_\_\_\_\_ bei der D.\_\_\_\_\_, Zürich [dienen]".

3.17. Dass sich auch C.\_\_\_\_\_ der Verfänglichkeit seines Verhaltens bewusst war, erhellt seine im Rahmen der gegen ihn (und F.\_\_\_\_\_) geführten Strafuntersuchung gemachte Aussage, er könne sich vorstellen, dass die Klägerin 1 damals den Eindruck gewonnen habe, das Geld sei bei der Beklagten angelegt worden (vgl. Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 2. Dezember 2009, act. 4/2 S. 58).

3.18. Demzufolge ist davon auszugehen, dass zwischen den Parteien ein Auftragsverhältnis zustande gekommen ist.

3.19. Der Einwand der Beklagten, dass C.\_\_\_\_\_ nicht in seiner Funktion als ihr Angestellter gehandelt habe, sondern die Unterstützung von F.\_\_\_\_\_ beim Abschluss des Geschäftes mit den Klägern ein reiner Freundschaftsdienst von C.\_\_\_\_\_ gewesen sei, und sie – die Beklagte – sich diese privaten Handlungen nicht anrechnen lassen müsse (act. 13 S. 8 ff.; act. 35 S. 8), verfährt angesichts des unter Ziff. 4.16 oben dargestellten Sachverhalts nicht. Der Kontakt zu C.\_\_\_\_\_ erfolgte, um die Modalitäten zur Eröffnung eines Nummernkontos bei der Beklagten zu erfahren, also mit der Intention einer (späteren) Geldanlage bei der

Beklagten. Die Akquisition von Kundengeldern, z.B. über die Eröffnung eines Nummernkontos, gehörte unbestreitbar zu den (Kern-)Aufgaben von C.\_\_\_\_\_ (vgl. die Antwort auf Frage 23 der polizeilichen Befragung von C.\_\_\_\_\_ vom 1. Juli 2008, act. 36/18 S. 8), weshalb ein Konnex zu seiner beruflichen Tätigkeit ohne Weiteres gegeben ist. Sodann trat C.\_\_\_\_\_ den Klägern auch nicht im privaten Rahmen, sondern an seinem Arbeitsort gegenüber und händigte den Klägern seine geschäftliche Visitenkarte aus (act. 1 S. 9; act. 13 S. 19). Wie er selbst sein Handeln einordnete, ob als privaten Freundschaftsdienst für F.\_\_\_\_\_ oder als Verrichtung seiner geschäftlichen Tätigkeit für die Beklagte, ist nicht entscheidend (und kann deshalb offenbleiben). Massgebend ist allein, dass er – bei objektiver Betrachtungsweise – seine geschäftliche Tätigkeit verrichtete.

3.20. Folglich stellt sich die Frage, ob C.\_\_\_\_\_ durch sein Verhalten die Pflichten aus dem Auftragsverhältnis verletzte; der Schuldner (Geschäftsherr) haftet auch für Hilfspersonen (Gehilfen), die er zur Erfüllung einer gegenüber dem Gläubiger bestehenden Verpflichtung hinzuzieht (Art. 101 OR). Dabei kann die "Erfüllung" als solche in einem beliebigen Verhalten der Hilfsperson bestehen, d.h. sowohl in einem Handeln als auch in einem Unterlassen; entscheidend ist allein, dass es sich um ein vom Schuldner geschuldetes Verhalten handelt (BSK OR I-WIEGAND, Art. 101 N 5).

3.21. Der Beauftragte ist verpflichtet, die ihm übertragenen Aufgaben getreu und sorgfältig auszuführen, er schuldet sorgfältiges Tätigwerden unter Wahrung der Treuepflichten (Art. 398 Abs. 2 OR). Dem Beauftragten werden durch das Auftragsrecht also Sorgfalts- und Treuepflichten auferlegt. (STÖCKLI, Die Organisation von Banken, Zürich 2008, S. 42). Dogmatisch werden sie, soweit sie nicht unmittelbaren Vertragsinhalt bilden und damit als Hauptleistungspflichten erscheinen, als Nebenpflichten verstanden, die entweder aus einem sogenannten allgemeinen Bankvertrag oder einem gesetzlichen Schuldverhältnis ausserhalb primärer Leistungspflichten hergeleitet werden (Bundesgericht, 4C.410/1997, Urteil vom 23. Juni 1997, E. 3).

Die Sorgfaltspflichten gebieten dem Beauftragten, den Auftrag nach bestem Wissen und Gewissen und mit der nach den Umständen gebotenen Sorgfalt auszu-

führen, die Treuepflichten, alles zu unterlassen, was den Interessen des Auftraggebers zuwiderlaufen könnte. So hat der Beauftragte beispielsweise Kollisionen mit eigenen Interessen oder mit solchen eines anderen Mandanten zu vermeiden oder – wenn sich solche in einem Einzelfall nicht vermeiden lassen – den betroffenen Mandanten offenzulegen. Ein wesentlicher Teilaspekt der Treuepflicht ist die Aufklärungspflicht des Beauftragten (STÖCKLI, Die Organisation von Banken, Zürich 2008, S. 42).

3.22. Das Verhalten von C.\_\_\_\_\_ stellt eine Verletzung dieser Pflichten dar: Bereits aufgrund seines verfänglichen Verhaltens rund um die Vereinbarung vom 28. April 2006 hätte er die Kläger deutlich darauf hinweisen müssen, dass die Beklagte bzw. er in das weitere Schicksal des übergebenen Geldes nicht involviert war. Dies tat er nicht, weil er sich – so seine eigenen Angaben – erhoffte, dass F.\_\_\_\_\_ danach die ihm gegenüber bestehenden Schulden begleichen würde (act. 1 S. 12; act. 4/2 S. 65; act. 13 S. 21). C.\_\_\_\_\_ hatte nämlich am 30. Dezember 2005 eine auf dem Konto von F.\_\_\_\_\_ bei der Beklagten bestehende Unterdeckung wegen befürchteter negativer Konsequenzen auf seine Stellung als Kadermitglied bei der Beklagten mittels privat beschaffter CHF 110'000 ausgeglichen (act. 1 S. 7; act. 13 S. 16). Diesen Interessenkonflikt verschwieg C.\_\_\_\_\_ auch im Zusammenhang mit der (zweiten) Vereinbarung vom 2. Juni 2006, und er klärte die Kläger auch nicht darüber auf, dass – entgegen der Vereinbarung – F.\_\_\_\_\_ den ihm ausgehändigten Betrag nicht bei der Beklagten deponierte und auch über keine Vermögenswerte bei der Beklagten (als Garantie) verfügte. Von den am 26. Juni 2006 übergebenen CHF 800'000 waren nur CHF 400'000 auf das in der Vereinbarung genannte Konto von F.\_\_\_\_\_ bei der Beklagten einbezahlt worden (act. 1 S. 11; act. 4/2 S. 28; act. 13 S. 20) und F.\_\_\_\_\_ verfügte bei der Beklagten über keine Vermögenswerte, welche den genannten Betrag sichergestellt hätten (act. 1 S. 7; act. 13 S. 16 f.).

3.23. Einer entsprechenden Aufklärung / Warnung hätte auch das Bankgeheimnis nicht entgegengestanden. Eine Beschränkung der Geheimhaltungspflicht ergibt sich einerseits aus dem Rechtsmissbrauchsverbot, wenn sich das Schweigen als zweckwidrig erweist, jedes Interesse daran fehlt oder ein krasses Missverhältnis

der Interessen besteht, andererseits in Notstands(-hilfe)situationen (BODMER/KLEINER/LUTZ, Kommentar zum schweizerischen Bankengesetz, Zürich 2009, Art. 47 N 319 ff.), so dass sich – mit Sicherheit – nicht auf das Bankgeheimnis berufen kann, wer einem Dritten gegenüber seine Bankbeziehung grundsätzlich offenlegt, dann aber falsche Angaben über angeblich bei dieser Bank vorhandene Vermögenswerte macht.

3.24. Weitere Voraussetzung für die Geltendmachung eines Schadenersatzanspruches nach Art. 97 OR ist ein Schaden, der durch die Vertragsverletzung verursacht wurde.

Schaden ist eine unfreiwillige Vermögensverminderung, die in der Verminderung der Aktiven, der Vermehrung der Passiven oder im entgangenen Gewinn bestehen kann. Sie entspricht der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem hypothetischen Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte (BSK OR I-WIEGAND, Art. 97 N 38).

3.25. Die Kläger machen geltend, dass der übergebene Betrag von CHF 870'000 von F. \_\_\_\_\_ zu seinem eigenen Nutzen verbraucht worden sei, und verweisen auf das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 2. Dezember 2009, welches einen Vermögensverlust – und damit einen Schaden – von CHF 870'000 erstellt habe (act. 4/2 S. 58).

3.26. Art. 53 OR, der im ganzen Privatrecht anwendbar ist, regelt die Unabhängigkeit des Zivilrichters gegenüber dem Strafgesetz, dem freisprechenden Urteil des Strafgerichts und dem Urteil des Strafrichters überhaupt; diese Unabhängigkeit betrifft die Bestimmungen über die strafrechtliche Zurechnungsfähigkeit bei der Beurteilung der zivilrechtlichen Schuld oder Nichtschuld und die Freisprechung (Abs. 1) sowie die strafgerichtlichen Erkenntnisse hinsichtlich Schuld und Schaden (Abs. 2). Seine Unabhängigkeit in der Feststellung und Beurteilung des Sachverhalts hindert den Zivilrichter zwar nicht daran, die Beweisergebnisse der Strafuntersuchung abzuwarten und mitzuberücksichtigen; dass er dannzumal nicht grundlos von der Auffassung des Strafrichters abgehen wird, ist jedoch eine

Frage der Zweckmässigkeit und nicht ein Satz des Bundesrechts (BGE 125 III 401, E. 3, mit Nachweisen).

3.27. Tatsächlich ist gemäss Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 2. Dezember 2009 ausgewiesen, dass der Angeklagte F.\_\_\_\_\_ den übergebenen Betrag von CHF 870'000 anstatt wie vorgegeben für die Kläger anzulegen für eigene Zwecke verwendete (act. .4/2 S. 142). Gründe, von dieser (in Dispositiv-Ziff. 3 des Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 17. Mai 2010 bestätigten, act. 33 S. 3) Feststellung des Strafrichters abzuweichen, liegen nicht vor.

3.28. Allerdings bringt die Beklagte vor, dass F.\_\_\_\_\_ einen Teil des erhaltenen Geldes in das Restaurant "I.\_\_\_\_\_" investiert habe und dieses Lokal anschliessend auf eine vom Kläger 2 beherrschte Gesellschaft übertragen worden sei. Der Kläger 2 habe während der Strafuntersuchung ausgesagt, dass er zu 50 Prozent Miteigentümer der J.\_\_\_\_\_ GmbH sei, für das Inventar des Restaurants "I.\_\_\_\_\_" CHF 300'000 bezahlt worden seien und entsprechende Verträge bestünden. Solange die Kläger nicht detailliert darlegten, wie und zu welchem Preis sie (oder eine von ihnen beherrschte Gesellschaft) das Restaurant "I.\_\_\_\_\_" erworben hätten, sei davon auszugehen, dass dies in Anrechnung an die F.\_\_\_\_\_ übergebenen Beträge geschehen sei (act. 13 S. 10 f.; act. 35 S. 6 f.).

3.29. Die Kläger bestreiten einen Kauf des Restaurants "I.\_\_\_\_\_": F.\_\_\_\_\_ habe das Restaurant "I.\_\_\_\_\_" an einen Dritten verkauft; der Kläger 2 und eine Drittperson hätten die J.\_\_\_\_\_ GmbH von einer weiteren Person abgekauft (act. 29 S. 19). Auch habe C.\_\_\_\_\_ in der Strafuntersuchung aussagen müssen, dass zwar F.\_\_\_\_\_ das Geld für den aufwendigen Betrieb des Restaurants "I.\_\_\_\_\_" verwendet habe, aber dies nicht im Sinne der Kläger gewesen und erst recht nicht mit deren Wissen geschehen sei. Auch vor diesem Hintergrund breche der beklagten Argumentation, dass die Zahlung von CHF 870'000 eine Investition in die J.\_\_\_\_\_ GmbH (oder überhaupt ins Restaurant "I.\_\_\_\_\_") darstelle, das Fundament weg (act. 39 S. 4).

3.30. Damit ist unbestritten, dass F.\_\_\_\_\_ ein Teil des erhaltenen Geldes in das Restaurant "I.\_\_\_\_\_" investierte bzw. für dessen Betrieb verwendete und es spä-

ter an einen Dritten verkaufte. Indessen: Inwieweit dem Kläger 2 dadurch ein anrechenbarer Vorteil entstand, wenn er – ebenso unbestrittenermassen – zu einem späteren Zeitpunkt (wann?) zusammen mit einem Dritten (wem?) ein in der Lokalität des (früheren) Restaurants "I.\_\_\_\_\_" betriebenes Bistro erwarb (act. 36/17 S. 35), wurde von der Beklagten nicht genügend dargelegt. Umso weniger, als in den (Strafverfahrens-)Akten zwar ein Verkauf des Restaurants "I.\_\_\_\_\_" und/oder der J.\_\_\_\_ GmbH erwähnt wird (act. 4/2 S. 106; act. 35/17 S. 35), jedoch nirgends, dass der Kläger 2 das Bistro – umfassend welche Vermögenswerte? – zu einem "Freundschaftspreis", d.h. unter Anrechnung der zuvor an F.\_\_\_\_ übergebenen und in das Restaurant "I.\_\_\_\_\_" investierten Gelder, übernehmen konnte.

3.31. Im Ergebnis ist – demzufolge – davon auszugehen, dass bei den Klägern ein Schaden in der Höhe von CHF 870'000 eintrat; in der Zwischenzeit hat sich dieser Schaden durch die an die Kläger geleisteten (Rück-)Zahlungen (vgl. Ziff. 3.2 oben) auf CHF 580'000 verringert.

3.32. Zwischen Nichterfüllung bzw. nichtgehöriger Erfüllung und Schaden muss sodann ein adäquat kausaler Zusammenhang bestehen (BSK OR I-WIEGAND, Art. 97 N 41).

3.33. Gemäss den Klägern hätten sie ihr Geld F.\_\_\_\_ nicht anvertraut, hätte C.\_\_\_\_ sie über die Risiken des Anvertrauens des Geldes an F.\_\_\_\_ – anstatt an die Beklagte – und über das Zahlungsverhalten und die fehlenden sonstigen Einkünfte und Sicherheiten von F.\_\_\_\_ aufgeklärt (act. 1 S. 22; act. 29 S. 13).

3.34. Demgegenüber bemängelt die Beklagte, dass die Kläger mit keiner Silbe darlegten, was sie – die Beklagte – hätte vorkehren müssen, um die Übergabe des Geldes an F.\_\_\_\_ zu verhindern (act. 13 S. 6) und sehen – falls ein adäquater Kausalzusammenhang vom Gericht bejaht werden sollte – den adäquaten Kausalzusammenhang durch das überaus schwerwiegende Selbstverschulden der Kläger ausgeschlossen. Die Kläger hätten fundamentale Vorsichtsmassnahmen unterlassen: Zunächst hätten sie keine weiteren Abklärungen über die Integrität von F.\_\_\_\_ als Geschäftspartner vorgenommen. Dann sei völlig unklar,

weshalb die Kläger das Geld F.\_\_\_\_\_ übergeben hätten, wenn sie lediglich ein Nummernkonto hätten errichten wollen. Falls der Betrag für ein Nummernkonto nicht ausreichend gewesen sei, hätten sie das Geld bis zum Erreichen der erforderlichen Gesamtsumme auf dem Konto der Klägerin 1 stehen lassen und anschliessend von ihrem Kundenberater in F.\_\_\_\_\_ das Nummernkonto eröffnen lassen können. Die mit F.\_\_\_\_\_ abgeschlossenen Vereinbarungen seien klar und unmissverständlich formuliert. Der Kläger 2 habe ausdrücklich anerkannt, diese richtig verstanden zu haben. Angesichts der damaligen Wirtschaftslage hätten die Kläger aufgrund des vereinbarten Zinssatzes von 7 Prozent misstrauisch werden müssen. Hinzu komme, dass sie von F.\_\_\_\_\_ keinerlei Sicherheiten verlangt und nicht einmal vereinbart hätten, wie das Geld anzulegen sei (act. 35 S. 26 f.).

3.35. Ein Ereignis gilt als adäquate Ursache eines Erfolgs, wenn es nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung an sich geeignet ist, einen Erfolg von der Art des eingetretenen herbeizuführen, der Eintritt des Erfolgs also durch das Ereignis als allgemein begünstigt erscheint. Bei vertragswidriger Unterlassung stellt sich i.S. der hypothetischen Kausalität die Frage, ob bei rechtmässigem Handeln der eingetretene Schaden nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung hätte vermieden werden können. Nach der Rechtsprechung "ist der Kausalzusammenhang zwischen Sorgfaltspflichtverletzung und Schaden dann zu bejahen, wenn die unterlassene Rechtshandlung mit überwiegender Wahrscheinlichkeit zum Erfolg geführt hätte (BSK OR I-WIEGAND, Art. 97 N 41, mit Hinweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung). Überwiegend ist eine Wahrscheinlichkeit, wenn für die Richtigkeit der Sachbehauptung nach objektiven Gesichtspunkten derartige gewichtige Gründe sprechen, dass andere denkbare Möglichkeiten vernünftigerweise nicht massgeblich in Betracht fallen (BSK OR I-HEIERLI/SCHNYDER, Art. 41 N 15, mit Hinweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung).

Bei einer Unterlassung beruht der natürliche Kausalzusammenhang wie gesehen auf der hypothetischen Annahme, der Schaden wäre bei rechtmässigem Handeln nicht eingetreten. Daraus ergibt sich – wie das Bundesgericht anerkannt hat – gegenüber dem Fall der Handlung die Besonderheit, dass der Sachrichter bereits

bei der Feststellung dieses Zusammenhangs i.d.R. auch auf die allgemeine Lebenserfahrung abstellt. Die wertenden Gesichtspunkte, welche sonst erst bei der Beurteilung der Adäquanz zum Tragen kommen, spielen deshalb schon bei der Feststellung der hypothetischen Kausalität eine Rolle. Die Beachtung der konkreten Umstände und deren Würdigung führen somit zu einer Vorverlegung der Adäquanzfrage. Die Prüfung der hypothetischen Kausalität bei einer Unterlassung stellt trotz der enthaltenen Adäquanzfragen i.d.R. eine Tatfrage dar (BSK OR I-HEIERLI/SCHNYDER, Art. 41 N 19, mit Hinweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung).

An sich hat der Geschädigte die natürliche Kausalität nachzuweisen, d.h. er muss dartun, dass er sich bei rechtmässigem Handeln anders verhalten hätte. Die Rechtsprechung erleichtert diesen Kausalitätsbeweis mit einer Vermutung des aufklärungsgemässen Verhaltens (BSK OR I-WIEGAND, Art. 97 N 62, mit Hinweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung).

3.36. Hätte C.\_\_\_\_\_ die Kläger darauf hingewiesen, dass er bzw. die Beklagte in das weitere Schicksal des übergebenen Geldes nicht involviert war, resp. sie darüber aufgeklärte, dass F.\_\_\_\_\_ das Geld nicht bei der Beklagten deponierte und auch über keine Vermögenswerte bei der Beklagten (als Garantie) verfügte, hätten die Kläger – wie gestützt auf die allgemeine Lebenserfahrung angenommen werden muss – das Geld am 28. April 2006 (CHF 800'000) und 19. Juli 2006 (CHF 70'000) nicht übergeben resp. das am 2. Juli 2006 auf dem Konto von F.\_\_\_\_\_ bei der Beklagten noch vorhandene Geld – offenbar war die Kontobeziehung erst am 13. September 2006 im Minus (act. 1 S. 14) – wieder zurückverlangt.

3.37. Der Umstand, dass die Kläger bereits am 26. April 2006 CHF 100'000 an F.\_\_\_\_\_ übergeben hatten, ist nicht von Bedeutung, da dieses Geld – so die unbestrittene Sachverhaltsdarstellung der Kläger – anlässlich des Treffens vom 28. April 2006 im Sitzungszimmer auf dem Tisch lag und zusammen mit den neu beigebrachten CHF 700'000 von C.\_\_\_\_\_ behändigt wurde (act. 1 S. 10; act. 13 S. 19 f.).

3.38. Andere Umstände, welche darauf hindeuten würden, dass die Kläger das Geld auch bei einem entsprechenden Hinweis von C.\_\_\_\_\_ übergeben hätten, wurden von der Beklagten nicht vorgebracht (und sind auch aus den Akten nicht ersichtlich), weshalb das (der Beklagten anzurechnende) Fehlverhalten von C.\_\_\_\_\_ für den aufgrund der Übergabe des Geldes an F.\_\_\_\_\_ eingetretenen Schaden adäquat kausal war.

3.39. Ein an sich gegebener adäquater Kausalzusammenhang kann durch hinzutretende weitere Ursachen unterbrochen bzw. aufgehoben werden. Da indessen die Adäquanz einer Primärursache an sich bejaht wird, muss die neue Ursache eine gewisse Intensität aufweisen, um eine Unterbrechung des Kausalzusammenhangs zu bewirken und nicht lediglich als mitwirkende Teilursache betrachtet zu werden. Selbstverschulden ist nur dann ein Grund für eine Unterbrechung des adäquaten Kausalzusammenhangs, wenn das betreffende Verschulden derart grob und sehr intensiv ist, d.h. derart ausserhalb des normalen Geschehens liegt, derart unsinnig ist, dass damit nicht zu rechnen war (BSK OR I-HEIERLI/SCHNYDER, Art. 41 N 19 ff., mit Hinweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung).

3.40. Das Selbstverschulden der Kläger erreicht kein solches Mass. Indessen ist der Beklagten zuzustimmen, als sie – eventualiter – ihre Haftung aufgrund des Selbstverschuldens der Kläger reduziert sieht (vgl. Ziff. 4.46 unten).

3.41. Gemäss Art. 398 Abs. 1 OR hat der Beauftragte dem Auftraggeber jeden absichtlich oder fahrlässig zugefügten Schaden zu ersetzen. Das Verschulden wird vermutet (Art. 97 Abs. 1 OR); es obliegt dem Schuldner nachzuweisen, dass die Vertragsverletzung entschuldbar sei. Im Zusammenhang mit einer Sorgfaltpflichtverletzung bei der Schlechterfüllung von auf Dienstleistungen gerichteten Verträge und bei der Verletzung von Nebenpflichten besteht nahezu kein Raum für eine derartige Exkulpation, da die Massstäbe für die Pflichtverletzung und der objektivierte Fahrlässigkeitsbegriff im Falle eines solchen auf Dienstleistung ausgerichteten Vertrags praktisch identisch sind (BSK OR I-WIEGAND, Art. 97 OR N 43, mit Hinweis auf BGE 120 II 248 ff.).

3.42. Damit ist das Verhalten von C.\_\_\_\_\_ – unter Verweis auf die Ausführungen unter Ziff. 4.22 oben – ohne Weiteres als schuldhaft zu qualifizieren. Die von der Beklagten (zur Geschäftsherrenhaftung i.S.v. Art. 55 OR) ins Feld geführte sachgemässe Auswahl, Instruktion und Überwachung von C.\_\_\_\_\_ (act. 13 S. 34 ff.) entbinden sie nicht von der Haftung für ihre Hilfsperson.

3.43. Wie erwähnt lastet die Beklagte den Klägern ein haftungsreduzierendes schwerwiegendes Selbstverschulden an. Dabei bringt sie – nebst obgenannten Versäumnissen (vgl. Ziff. 4.34 oben) – vor, dass die Kläger den Geldbetrag von CHF 870'000 freiwillig und bewusst F.\_\_\_\_\_ zur treuhänderischen Verwaltung übergeben hätten, obwohl sie ihn nicht gut gekannt hätten, sondern er ihn ihnen lediglich von ihren Landsleuten als Geschäftspartner für Anlagegeschäfte empfohlen worden sei. Die Kläger hätten somit keine verifizierten Angaben über die Person von F.\_\_\_\_\_ besessen, sondern sich gänzlich auf das Hörensagen von Freunden und auf Erfahrungsberichte aus zweiter Hand verlassen. Angesichts der Höhe des F.\_\_\_\_\_ übergebenen Betrags sowie der Behauptung der Kläger, es habe sich dabei um ihr ganzes Ersparnes gehandelt, sei ein solch unvorsichtiges Vorgehen umso weniger verständlich. Die mit F.\_\_\_\_\_ geschlossenen Vereinbarungen hätten ferner kein Logo von ihr – der Beklagten – und auch keine für Bankgeschäfte üblichen Formularverträge enthalten. Darüber hinaus besage der Wortlaut beider Vereinbarungen deutlich, dass die Kläger ihr Geld F.\_\_\_\_\_ aushändigten und zur treuhänderischen Verwaltung anvertrauten (act. 13 S. 41).

3.44. Der am vorliegenden Prozess nicht beteiligte F.\_\_\_\_\_ und der Nebenintervenient C.\_\_\_\_\_ wurden mit Bezug auf den hier zu beurteilenden Sachverhalt mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich wegen Betruges bzw. Gehilfenschaft zu Betrug verurteilt und unter solidarischer Haftbarkeit zur Leistung von Schadenersatz im Umfang von CHF 870'000 verpflichtet (act. 4/2). Die Schuldsprüche wurden von der II. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich bestätigt (act. 33). C.\_\_\_\_\_ und F.\_\_\_\_\_ sind den Geschädigten demnach für den daraus erwachsenen Schaden grundsätzlich ersatzpflichtig. Nachdem nun auch die Beklagte aus den vorstehend ausgeführten Gründen für den dadurch entstandenen Scha-

den einzustehen hat, liegt eine Haftung mehrerer im Sinne von Art. 50 f. OR vor. Da die Haftung der Beklagten auf einer ihr über Art. 101 OR zuzurechnenden Vertragsverletzung beruht, handelt es sich um eine Haftung aus verschiedenen Rechtsgründen im Sinne von Art. 51 OR (BK OR-BREHM, Art. 51 N 57; BSK OR I-HEIERLI/SCHNYDER, Art. 51 N 15; BGE 80 II 247 E. 5 = Pra [44] 1955, Nr. 18). Die solidarische Haftung einer Mehrheit von Ersatzpflichtigen steht einer Schadenersatzreduktion zufolge Selbstverschuldens nicht entgegen (BK OR-BREHM, a.a.O., Art. 50 N 59). Dies gilt umso mehr für die unechte Solidarität, bei welcher die Regeln der echten Solidarität höchstens analog zur Anwendung gelangen, mithin die Geltendmachung von persönlichen Entlastungsgründen im externen Verhältnis nicht generell ausgeschlossen ist (BK OR-BREHM, a.a.O., Art. 51 N 17 ff. und 27; WEBER, Reduktion von Schadenersatzleistungen, in: Personen-Schaden-Forum 2007, S. 148). Weil das Selbstverschulden eines Geschädigten nicht notwendigerweise gegenüber jedem Schuldner gleich zu begründen ist und die Ersatzpflicht prozentual gleich stark ermässigt, ist die Frage, inwieweit jeder Schuldner dem Geschädigten Ersatz schulde, für jeden von ihnen getrennt zu prüfen (BGE 97 II 339 E. 3 und 4). Das Vorliegen und der Umfang eines Selbstverschuldens ist nachfolgend deshalb nur mit Bezug auf die Beklagte zu prüfen.

3.45. Nach Art. 44 Abs. 1 OR, der gemäss Art. 99 Abs. 3 OR auch auf die vertragliche Haftung entsprechend anwendbar ist, kann der Richter die Ersatzpflicht ermässigen oder ganz von ihr entbinden, wenn der Geschädigte in die schädigende Handlung eingewilligt hat, oder wenn Umstände, für die der Geschädigte einzustehen hat, auf die Entstehung oder Verschlimmerung des Schadens eingewirkt oder die Stellung des Ersatzpflichtigen sonst erschwert haben. Zu den Umständen im vorerwähnten Sinne gehört insbesondere das Verhalten des Geschädigten. Es muss ihm vorgehalten werden können, dass er die in seinem eigenen Interesse aufzuwendende Sorgfalt nicht beachtet, dass er nicht genügend Sorgfalt und Umsicht zu seinem eigenen Schutz aufgewendet hat. Vorwerfbar ist ihm dieses Verhalten allerdings nur, wenn er die Möglichkeit einer Schädigung voraussehen kann oder könnte und sein Verhalten dieser Voraussicht nicht anpasst. Das Selbstverschulden wird nach einem objektiven Massstab beurteilt. Das tatsächliche Verhalten des Geschädigten wird verglichen mit dem hypothetischen Verhal-

ten eines durchschnittlich sorgfältigen Menschen in der Lage des Geschädigten (Bundesgericht, 4C.68/2007, Urteil vom 13. Juni 2008, E. 12.1).

3.46. Vorzuhalten ist den Klägern zunächst, beim Bezug der CHF 325'000 ihrem Kundenberater wahrheitswidrige Angaben zum Verwendungszweck des Geldes gemacht zu haben. Hätte die Klägerin 1 erwähnt, dass ein Nummernkonto bei der Beklagten eröffnet werden sollte, hätte – so ist gestützt auf die allgemeine Lebenserfahrung anzunehmen – ihr Kundenberater zu einer Banküberweisung geraten und/oder bei Offenlegung des Einbezugs von F.\_\_\_\_\_ auf die Gefahren des Anvertrauens von Geldern an einen privaten Dritten und die zu treffenden Vorsichtsmassnahmen aufmerksam gemacht.

Sodann ist der Beklagten zuzustimmen, dass es bei einem Geschäft in dieser Grössenordnung angezeigt gewesen wäre, genauere Abklärungen zur Person von F.\_\_\_\_\_ zu treffen und – im Besonderen – sich nicht auf mündliche Versicherungen seiner Bonität zu verlassen, sondern ihn zum Beibringen entsprechender Dokumente (Bankauszüge, Grundbuchauszüge etc.) anzuhalten. Zwar ist den Klägern zugute zu halten, dass die mündlichen Versicherungen zumindest zum Teil in Anwesenheit von C.\_\_\_\_\_ erfolgten, was deren Gewicht erhöhte, da – wie gezeigt (vgl. Ziff. 4.22 oben) – von einem Bankangestellten eine Richtigstellung erwartet werden durfte. Jedoch wäre es gerade in dieser Situation, wo man sich in den Räumlichkeiten der Beklagten befand, ein leichtes gewesen, Einsicht in entsprechende Dokumente zu verlangen.

Dass die beiden Vereinbarungen nicht klar und unmissverständlich formuliert waren, wurde bereits an anderer Stelle ausgeführt (vgl. Ziff. 4.16 oben). Es trifft nicht zu, dass der Kläger 2 anerkannt hat, diese richtig verstanden zu haben. Vielmehr führte er in der Einvernahme als Auskunftsperson aus, ihm sei erst später, als sie dort weggegangen seien, aufgegangen, dass der Inhalt nichts bedeute, dass sie ja aber in der Bank gewesen seien und mit dem Vize-Präsidenten gesprochen hätten (act. 36/17 S. 21). Dennoch ist den Klägern auch bezüglich der Vereinbarungen eine ungenügende Prüfung vorzuhalten. So hätte ihnen bei einer genaueren Prüfung auffallen müssen, dass in der (ersten) Vereinbarung vom 28. April 2006 die Anlage des Geldes bei der Beklagten eben nicht ausdrücklich festgehal-

ten wurde. Hingegen erscheint die vereinbarte Rendite von 7 Prozent nicht derart übersetzt, dass die Kläger alleine deswegen hätten misstrauisch werden müssen. Zu Gunsten der Kläger dürfen auch betreffend die Vereinbarungen die Begleitumstände nicht ausser Acht gelassen werden; schliesslich wurden die Vereinbarungen in den Räumlichkeiten der Beklagten und unter Mitwirkung eines Vice-President der Beklagten aufgesetzt und unterzeichnet.

3.47. Im Ergebnis ist festzuhalten, dass die Kläger bei etwas mehr Aufmerksamkeit durchaus in der Lage gewesen wären, die Risiken/Ungereimtheiten des Geschäfts zumindest in gewissem Umfang auch selber zu erkennen. Auch wenn sie dem kurdisch-türkischen Kulturkreis entstammen, handelt es sich bei den Klägern nicht um in Finanzfragen gänzlich unbedarfte Leute. Immerhin sind sie seit Jahrzehnten erfolgreich im Kebap-Gewerbe tätig (vgl. Ziff. 2.1 oben), was ein gewisses (Geschäfts-)Verständnis voraussetzt. In Anbetracht aller aufgeführten Umstände ist deshalb eine Schadenersatzreduktion auf rund die Hälfte angezeigt. Dies führt dazu, dass der von der Beklagten zu leistende Schadenersatz auf CHF 435'000 zu bemessen ist.

3.48. Nach Angaben der Kläger wurden während des hängigen Verfahrens insgesamt CHF 290'000 auf Rechnung der klägerischen Forderung bezahlt. Die Kläger haben sich im Behauptungsverfahren nicht dazu geäußert, wer diese Zahlung geleistet hat. Sie sind jedoch auf ihre im Prozess deponierten Erklärungen zu behaften, wonach dieser Betrag mit "*für die Beklagte befreiender Wirkung*" bezahlt worden sei (act. 29 S. 3 Rz 5, act. 39 S. 3 Rz 4 f.). Das durfte und darf so verstanden werden, dass diese Summe vom gerichtlich bemessenen Schadenersatzanspruch gegen die Beklagte abzuziehen ist. Der Schadenersatzanspruch gegen die Beklagte beträgt CHF 435'000, weshalb den Klägern unter Abzug der für die Beklagte mit befreiender Wirkung geleisteten Zahlung CHF 145'000 (nebst Zins) zuzusprechen sind (vgl. zu dieser Berechnungsweise BGE 93 II 329 E. 7d).

#### *B. Culpa in contrahendo*

3.49. Eine Haftung der Beklagten wäre auch zu bejahen, würde man nicht von einem Auftragsverhältnis zwischen den Parteien ausgehen: Bei Fehlen eines Ver-

tragsverhältnisses soll eine solche nämlich eintreten, wenn der Raterteilende wider besseres Wissen oder leichtfertig unrichtige Angaben macht, sowie wenn er ihm bekannte Tatsachen verschweigt, von denen er annehmen muss, dass sie für den Ratsuchenden von erheblicher Bedeutung sein könnten (BSK OR I-WEBER, Art. 394 N 19 f., mit Hinweisen; vgl. auch BERGER/MOSER, Vertrauenshaftung auch im Bankgeschäft, in: AJP 1999, S. 541 ff.).

3.50. Mithin wäre C. \_\_\_\_\_ auch ohne Bestehen eines Auftragsverhältnisses gehalten gewesen, die Kläger über die Risiken des Anvertrauens des Geldes an F. \_\_\_\_\_ – anstatt an die Beklagte – und über das Zahlungsverhalten und die fehlenden sonstigen Einkünfte und Sicherheiten von F. \_\_\_\_\_ aufzuklären.

#### *C. Übrige Anspruchsgrundlagen*

Nachdem sich eine Haftung der Beklagten bereits aus Vertrag und/oder culpa in contrahendo ergibt, kann offen bleiben, wie es sich hinsichtlich der anderen von den Klägern angeführten Anspruchsgrundlagen (Organhaftung, Geschäftsherrenhaftung, Deliktshaftung) verhält.

#### *D. Zins*

3.51. Die Kläger fordern Zins von 5% auf CHF 800'000 seit dem 28. April 2006 bis zum 3. Februar 2011, 5% auf CHF 550'000 vom 3. Februar 2011 bis zum 2. März 2011, 5% auf CHF 540'000 vom 2. März 2011 bis zum 1. April 2011, 5% auf CHF 510'000 seit 1. April 2011 und 5% auf CHF 70'000 seit dem 19. Juli 2006 (act. 39 S. 2).

3.52. Der Geschädigte ist möglichst so zu stellen, als wäre der Schaden nicht eingetreten. Neben dem eigentlichen Schadenersatz ist deshalb – als Teil der Schadenersatzforderung – Schadenszins geschuldet. Schadenszins ist zu zahlen vom Zeitpunkt an, in welchem das schädigende Ereignis sich finanziell ausgewirkt hat. Er läuft bis zum Tag der Zahlung des Schadenersatzes. Der Satz des Schadenszinses beträgt grundsätzlich 5 % (HEIERLI/SCHNYDER, a.a.O., N 5 zu Art. 42, mit Hinweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung).

3.53. Die Kläger übergaben F. \_\_\_\_\_ am 28. April 2006 CHF 800'000 und am 19. Juli 2006 CHF 70'000. Folglich bestehen zwei Schadenseintrittsdaten. Sodann erfolgte die Rückzahlung von gesamthaft CHF 290'000 gestaffelt. Namentlich wurden am 3. Februar 2011 CHF 250'000, am 2. März 2011 CHF 10'000 und am 1. April 2011 CHF 30'000 zurückgezahlt. Da der Schadenersatz zufolge Selbstverschuldens um die Hälfte zu reduzieren ist, ist für die Berechnung des Schadenszinses vom hälftigen Schadensbetrag auszugehen. Die Beklagte ist demnach zu verpflichten den Klägern wie folgt Schadenszins zu leisten:

- Zins zu 5% auf CHF 400'000 vom 28. April 2006 bis 19. Juli 2006,
- Zins zu 5% auf CHF 435'000 vom 19. Juli 2006 bis 3. Februar 2011,
- Zins zu 5% auf CHF 185'000 vom 3. Februar 2011 bis 2. März 2011,
- Zins zu 5% auf CHF 175'000 vom 2. März 2011 bis 1. April 2011 und
- Zins zu 5% auf CHF 145'000 seit 1. April 2011.

#### 4. Kosten- und Entschädigungsfolgen

4.1. Der Streitwert richtet sich nach dem Rechtsbegehren des Klägers zur Zeit des Eintritts der Rechtshängigkeit (§ 18 Abs. 1 ZPO/ZH), weshalb auf die ursprünglich eingeklagten CHF 870'000 abzustellen ist.

4.2. Die nach der Verordnung des Obergerichts über die Gerichtsgebühren vom 4. April 2007 (GebV) zu bemessende Gerichtsgebühr ist auf CHF 35'000 festzusetzen.

4.3. Gemäss § 64 Abs. 2 ZPO/ZH werden die Gerichtskosten der unterliegenden Partei auferlegt bzw. bei teilweisem Obsiegen und Unterliegen verhältnismässig verteilt. Wird der Prozess gegenstandslos, entscheidet das Gericht nach Ermessen über die Kostenfolge (§ 65 Abs. 1 ZPO/ZH). Dabei ist in Betracht zu ziehen, wer die Gegenstandslosigkeit veranlasst hat, welche Partei vermutlich obsiegt hätte oder welche Partei das gegenstandslos gewordene Verfahren veranlasst hat (FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a.O., § 65 N 1).

Vorliegend obsiegen / unterliegen die Parteien je zur Hälfte. Dies muss auch für den gegenstandslos gewordenen Teil der Klage gelten, da das haftungsreduzierende Selbstverschulden der Kläger auch diesen Teil der Klage beschlagen hätte. Mithin sind die Gerichtskosten zu  $\frac{1}{2}$  der Beklagten und zu je  $\frac{1}{4}$  den Klägern aufzuerlegen, unter solidarischer Haftung der Kläger für die ganze, ihnen auferlegte Kostenhälfte.

4.4. Prozessentschädigungen sind – demzufolge – grundsätzlich keine zuzusprechen (vgl. § 68 Abs. 1 ZPO/ZH). Die Beklagte ist jedoch zu verpflichten, den Klägern die Hälfte der Kosten des Sühnverfahrens zu ersetzen.

#### **Das Gericht beschliesst:**

1. Im Betrag von CHF 290'000 wird die Klage als gegenstandslos geworden abgeschrieben.
2. Schriftliche Mitteilung an die Parteien mit nachstehendem Erkenntnis.

#### **Das Gericht erkennt:**

1. Die Beklagte wird verpflichtet, den Klägern CHF 145'000 nebst Zins zu 5% seit dem 1. April 2011 sowie
  - Zins zu 5% auf CHF 400'000 vom 28. April 2006 bis 19. Juli 2006,
  - Zins zu 5% auf CHF 435'000 vom 19. Juli 2006 bis 3. Februar 2011,
  - Zins zu 5% auf CHF 185'000 vom 3. Februar 2011 bis 2. März 2011  
und
  - Zins zu 5% auf CHF 175'000 vom 2. März 2011 bis 1. April 2011zu bezahlen.

Im Mehrbetrag wird die Klage abgewiesen.

2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 35'000.

3. Die Kosten werden zu  $\frac{1}{2}$  der Beklagten und zu je  $\frac{1}{4}$  den Klägern auferlegt, unter solidarischer Haftung der Kläger für die ganze, ihnen auferlegte Kostenhälfte.

Die den Klägern auferlegte Kostenhälfte wird aus der von ihnen geleisteten Prozesskaution bezogen.

4. Die Beklagte wird verpflichtet, den Klägern die Hälfte der Kosten des Sühnverfahrens (CHF 530) zu ersetzen. Im Übrigen werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, je gegen Empfangsbestätigung.
6. 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 870'000.

Zürich, 23. Mai 2013

---

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter lic. iur. Peter Helm

lic. iur. Claudia Feier