

## Entscheidbesprechungen Discussions d'arrêts actuels

### 2. Privatrecht / Droit privé

#### 2.3. Personenrecht / Droit des personnes

##### (1) Guter Glauben des Bankkunden (Art. 3 Abs. 1 und 2 ZGB).

Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteile vom 9.10.2014 i.S. *Bank A. AG vs. B. und E., Nebenintervenientin seitens der Bank A. AG (BGer 4A\_208/2014)* sowie i.S. *Bank A. AG vs. C., Stiftung D. und E., Nebenintervenientin seitens der Bank A. AG (BGer 4A\_212/2014)*; Handelsgericht des Kantons Zürich.



**DANIEL MARUGG**

Fürsprecher, LL.M., ALTENBURGER LTD legal + tax,  
Küsnacht/Genf/Lugano

#### I. Zusammenfassung des Sachverhalts

B. und C., niederländische Staatsbürger und Geschäftspartner mit Wohnsitz in den Niederlanden, unterhielten seit November 2004 Kontobeziehungen bei der Bank A. AG, einer Privatbank mit Sitz in Zürich. Die Stiftung D. mit Sitz in den Niederlanden – C. ist ihr Vorsitzender und ermächtigt, für sie allein zu handeln – eröffnete im März 2007 ihrerseits eine Kontobeziehung bei der Bank A. AG, worauf im April 2007 die sich auf der Kontobeziehung von C. befindlichen und weitere Vermögenswerte überführt wurden.

B. und C. für sich sowie C. auch für die Stiftung D. unterzeichneten im März 2007 je ein «Investment Management Agreement» (nachfolgend IMA). Diese sahen ein sog. «Initial Investment» von EUR 25 Mio. durch B. bzw. EUR 30 Mio. durch C. und D. vor, das der Bank A. AG für eine fixe Vertragsdauer von jeweils einem Jahr zur Verfügung stehen musste, und sie enthielten eine jährliche, durch die Bank A. AG zu erzielende «Guaranteed Performance» von mindestens «Euribid (Euro interbank bid rate) plus 3.77%». Im Zeitpunkt der Vertragsabschlüsse betrug die «Guaranteed Performance» 7,57% (Euribid: 3,8% plus 3,77%) p.a. Die IMA wurden von der kollektivzeichnungsberechtigten E. (Nebenintervenientin) im Namen der Bank A. AG unterzeichnet. E. war bei der Bank A. AG die zuständige Kundenberaterin für die Betreuung von B., C. sowie die Stiftung D. Strittig war, ob auch F., ein weiterer damaliger Mitarbeiter der Bank A. AG mit Kollektivzeichnungsberechtigung, die IMA unterzeichnet hatte.

Im 18. September 2007 legte E. gegenüber der Geschäftsleitung der Bank A. AG ein teilweises Geständnis ab, sie habe in Einzelfällen Unterschriften gefälscht, worauf sie gleichentags fristlos entlassen wurde. Das aufgrund einer Strafanzeige der Bank A. AG gegen E. eingeleitete Strafverfahren ist mittlerweile abgeschlossen; E. wurde erst- und zweitinstanzlich mit Bezug auf verschiedene Delikte schuldig gesprochen, eine von E. dagegen erhobene Beschwerde wurde vom Bundesgericht abgewiesen.

B. und C. für sich sowie C. für die Stiftung D. kündigten die IMA auf den 31. Dezember 2009. Nach Ablauf des zweiten Vertragsjahres der IMA zogen B. und C. für die Stiftung D. ihre Vermögenswerte bei der Bank A. AG zu Beginn des Jahres 2011 ab, worauf die Konten im März 2011 saldiert und von der Bank A. AG geschlossen wurden.

Im Februar 2008 machten B. (erstes Verfahren: HG080027) C. und die Stiftung D. (zweites Verfahren: HG080025) beim Handelsgericht des Kantons Zürich je eine Klage gegen die Bank A. AG hängig, welche sie im Laufe des Verfahrens mehrmals abänderten. Sie klagten zunächst auf Feststellung der Gültigkeit der IMA und änderten ihre Feststellungsklage, nach Ablauf des ersten bzw. des zweiten Vertragsjahres gemäss den IMA, in Leistungsklagen um. Dafür berechneten sie zuerst die Gesamtbeträge, die unter Berücksichtigung der festgelegten Mindestrendite an den gemäss IMA massgebenden Daten (1. bzw. 13. September 2008 und 2009) hätten ausgewiesen sein müssen, und beantragten, diese Beträge insgesamt auf den Konten mit den Namen «B.» und «D.» bei der Bank A. AG gutzuschreiben. Zuletzt, zufolge der Auflösung dieser Konten bei der Bank A. AG, verlangten B. sowie C. und die Stiftung D. von der Bank A. AG die Bezahlung der Differenz zwischen dem Kontostand per 13. September bzw. 31. August 2008 und 2009, unter Berücksichtigung der garantierten Rendite und dem geschätzten bzw. tatsächlichen Kontostand per 13. September bzw. per 31. August 2008 und 2009, auf Konti bei einer Drittbank in Amsterdam. Betragsmässig verlangten B. im ersten Verfahren und C. und die Stiftung D. im zweiten Verfahren im Hauptbegehren, die Bank A. AG sei zu verpflichten, ihnen EUR 5'100'307.36 sowie EUR 3'030'327.16 resp. EUR 7'325'483.60 sowie EUR 3'879'000.52 zuzüglich Verzugszins auf die Konten bei der Drittbank zu bezahlen.

Mit nicht Gegenstand der Beschwerdeverfahren bildenden Beschlüssen vom 21. Februar 2014 schrieb das Handelsgericht verschiedene Begehren zufolge Rückzugs bzw. Gegenstandslosigkeit ab, liess gewisse Klageänderungen zu und wies u.a. verschiedene prozessuale Anträge ab. Mit zwei Urteilen vom 21. Februar 2014 ([http://www.gerichtszh.ch/fileadmin/user\\_upload/entscheide/oeffentlich/HG080027-O33.pdf](http://www.gerichtszh.ch/fileadmin/user_upload/entscheide/oeffentlich/HG080027-O33.pdf); <http://www.gerichte-zh.ch/fileadmin/>

Der Autor hat B., C. und die Stiftung D. in den vorliegenden Verfahren vertreten und dankt seinem Prozessteam, den Rechtsanwältinnen Carolina Keller Jupitz und Anna Neukom Chaney ([www.altenburger.ch](http://www.altenburger.ch)).

user\_upload/entscheide/oeffentlich/HG080025-O27.pdf) verpflichtete das Handelsgericht die Bank A. AG, an B. EUR 8'130'634.52 nebst Verzugszins von 5% ab 1. Oktober 2009 auf dem Betrag von EUR 3'030'327.16 sowie an C. und D. EUR 10'983'826.44 nebst Verzugszins von 5% ab 1. Oktober 2009 auf dem Betrag von EUR 3'879'000.52 auf die Konten bei der Drittbank in Amsterdam zu bezahlen.

Die Bank A. AG als Beschwerdeführerin beantragte dem Bundesgericht mit Beschwerden in Zivilsachen in beiden Verfahren (erstes Verfahren: 4A\_208/2014; zweites Verfahren: 4A\_212/2014) sinngemäss im Wesentlichen, die Klagen von B., C. und der Stiftung D. seien kostenfällig abzuweisen. B., C. und die Stiftung D. beantragten ihrerseits, die Beschwerden seien abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei. Die Bank A. AG beantragte in beiden Verfahren zudem die Gewährung der aufschiebenden Wirkung und brachte dafür u.a. vor, eine allfällige Rückforderung der gemäss den Handelsgerichtsurteilen zu bezahlenden Geldbeträge könnte sich wegen des Wohnsitzes bzw. Sitzes der Beschwerdegegner in den Niederlanden als sehr aufwendig und schwierig erweisen. Die Präsidentin der I. zivilrechtlichen Abteilung wies die Gesuche am 1. Juli 2014 mit der Begründung ab, allfällige Entscheidungen von schweizerischen Gerichten könnten in Staaten wie den Niederlanden als EU-Mitglied ohne besondere Schwierigkeiten vollstreckt werden.

Das Bundesgericht wies die Beschwerden grösstenteils ab. In jeweils einem – relativ geringfügigen – Punkt wies es die Klagen zur Neuurteilung an das Handelsgericht zurück. Diese Neuurteilungen sind noch hängig und somit nicht Gegenstand dieser Urteilsbesprechung. Über Teilaspekte dieser Sachverhalte bzw. dieser Verfahren wurde u.a. auch in der Tagespresse berichtet (siehe u.a. Neue Zürcher Zeitung vom 29.7., 30.7. und 22.10.2014).

Prozessgegenstand dieser Entscheide waren neben verschiedenen prozessrechtlichen Aspekten und solchen der Beweiswürdigung namentlich die Fragen, *wieweit* die Zweckgrenze der zur Vertretung einer Gesellschaft befugten Personen gemäss Art. 718a Abs. 1 und 2 OR reicht, sowie insbesondere, *wie* die Vermutung des guten Glaubens eines Bankkunden entweder zerstört werden kann oder, von dieser Vermutung ausgehend, *wann* dieser Bankkunde nicht berechtigt ist, sich auf den guten Glauben zu berufen, weil dieser nicht mit der Aufmerksamkeit zu vereinbaren ist, die von ihm aufgrund der Umstände verlangt werden darf (Art. 3 Abs. 1 und 2 ZGB).

## II. Zusammengefasste Erwägungen und Bemerkungen

*Erwägungen 3.-3.3:* Darin befasste sich das Bundesgericht mit verschiedenen Rügen der Beschwerdeführerin,

das Handelsgericht habe kantonales Prozessrecht (nach Art. 404 Abs. 1 ZPO kommt auf die vorliegenden Verfahren bis zum Abschluss vor der betreffenden Instanz die Zivilprozessordnung des Kantons Zürich vom 12. März 2007 und das Gerichtsverfassungsgesetz vom 13. Juni 1976 zur Anwendung) willkürlich angewendet.

In den Klageschriften stützten die Beschwerdegegner ihre Ansprüche zunächst auf Kopien der IMA. Die Vorinstanz hatte auf Verlangen der Beschwerdeführerin angeordnet, die Beschwerdegegner hätten die Originale der IMA bereits im Hauptverfahren im Rahmen einer vorgezogenen Beweisabnahme (Zeugeneinvernahme der Nebenintervenientin E.) einzureichen, ansonsten die Kopien der IMA aus dem Recht gewiesen werden. Im zweiten Verfahren wurde das Original des IMA innert der gerichtlich angesetzten Frist eingereicht, im ersten Verfahren erst danach, jedoch vor dem Beginn des Beweisverfahrens. Das Handelsgericht liess die Originale der IMA in beiden Verfahren als Beweismittel zu. Die Beschwerdeführerin rügte in beiden Verfahren eine willkürliche Anwendung des kantonalen Prozessrechts. Besprochen werden hier nur die im ersten Verfahren erhobenen Rügen. Die Vorinstanz hielt fest, dass § 113 ZPO/ZH – Beweismittel sollten schon im Hauptverfahren vorgelegt oder bezeichnet werden – eine blosser Ordnungsvorschrift darstellt, das Gericht jedoch gemäss § 134 Abs. 1 ZPO/ZH eine Edition aus Zweckmässigkeitsgründen auch schon im Hauptverfahren anordnen könne. Die Androhung von Säumnisfolgen könne das Gericht gemäss § 196 GVG/ZH festsetzen, soweit das Gesetz dies für die Folgen der Versäumnis einer Frist nicht selber tut. § 196 GVG/ZH enthalte den Grundsatz, dass die Androhung der Säumnisfolge nicht weiter gehen dürfe, als der ordentliche Fortgang des Prozesses es erfordere (vgl. auch ROBERT HAUSER/ERHARD SCHWERI, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, 2002, N. 7 und 13 zu § 196). Die Androhung der Säumnisfolgen im einzelnen Fall sei zudem ein Akt der Prozessleitung, der von der Rechtskraft nicht erfasst sei und in Wiedererwägung gezogen werden könne. Letzteres hat die Vorinstanz getan. Zur Begründung führte sie u.a. an, es sei ohne weiteres ersichtlich, dass die zuerst eingereichte Kopie eine solche des danach eingereichten Originals des IMA sei, und dass es für den Prozessfortgang nicht erforderlich war, die Kopie des IMA aus dem Recht zu weisen. Das Original des IMA sei darum nicht aus dem Recht zu weisen, weil eine diesbezügliche Androhung nie erfolgt war.

Die Beschwerdeführerin rügte nebst anderem, «die Vorinstanz habe in Verletzung des Willkürverbots (Art. 9 BV) § 113 ZPO/ZH anstelle von § 138 i.V.m. § 115 bzw. § 183 ZPO/ZH angewendet, indem sie die verspätete Einreichung des Originals des IMA [...] als zulässig erachtete, anstatt

die entsprechenden Dokumente (Kopien und Original) androhungsgemäss aus den Akten zu weisen bzw. zumindest die Säumnis des Beschwerdegegners im Zusammenhang mit der Einreichung des Originals des IMA im Sinne von § 183 ZPO im Rahmen der Beweiswürdigung zu Gunsten der Beschwerdeführerin zu würdigen.»

Das Bundesgericht bezeichnet die angeordnete Edition des Originals des IMA als vorgezogene Beweisabnahme (§ 134 ZPO/ZH) noch im Behauptungsverfahren. Es könne jedoch offen bleiben, ob die Bestimmungen von § 133 ff. ZPO/ZH im Einzelnen anzuwenden sind, wenn ein einzelner Beweis bereits in diesem Verfahrensstadium erhoben wird. Weil die Vorinstanz aber ohnehin nicht verfügt habe, dass eine Beibringung des Originals des IMA nach Fristablauf verwirkt und nur noch eingeschränkt gemäss § 115 ZPO/ZH möglich wäre, sei eine willkürliche Anwendung von § 138 i.V.m. 115 und 113 ZPO/ZH zu verneinen. Dasselbe gilt mit Bezug auf die Willkürüge hinsichtlich § 183 ZPO/ZH, weil das Original des IMA ja (zulässigerweise) eingereicht worden ist und aus der verspäteten Einreichung nichts zugunsten der Beschwerdeführerin abgeleitet werden kann.

*Erwägung 4.–4.3:* Die IMA in beiden Verfahren waren von den für die Beschwerdeführerin kollektiv zeichnungsberechtigten E. und F. unterzeichnet worden. Die Echtheit der Unterschrift von F. auf den IMA war im ersten Verfahren unbestritten und im zweiten im Beweisverfahren von F. anerkannt sowie durch ein gerichtlich eingeholtes graphologisches Gutachten des Forensischen Instituts Zürich als echt festgestellt worden. Die Beschwerdeführerin bestritt dennoch, durch die IMA gebunden zu sein, weil E. F. dessen Unterschrift auf jeweils der Seite 5 der IMA unterschoben habe, indem sie unterschriebene Seiten aus anderen, drei bis vier Seiten umfassenden Verträgen, welche lediglich «performance targets» enthielten, entnommen habe. Die Beweiswürdigung der Vorinstanz hinsichtlich der Fälschung sei willkürlich und gleichzeitig für das Ergebnis entscheidend, da bei einer Fälschung selbst bei Bejahung des guten Glaubens des Beschwerdegegners keine vertragliche Bindung bestehe.

Insbesondere aufgrund einer Analyse der Originale der IMA und der Zeugenaussage von F. im Strafverfahren gegen E. schloss das Handelsgericht, die Seiten fünf der IMA mit den echten Unterschriften von F. seien weder unterschoben noch gefälscht worden. Weil sich ein Satz von Seite 4 der IMA auf die Unterschriftsseite 5 hinzog, hätte sich derselbe Satz an derselben Stelle auch auf denjenigen Verträgen befinden müssen, denen die Unterschriften von F. entnommen worden wären. Zudem hätten diese Verträge an denselben Daten sowie zwischen denselben Parteien wie die IMA abgeschlossen worden sein und dieselben Ver-

tragsziffern aufweisen müssen, weil alle diese Informationen auf den Unterschriftenseiten der IMA enthalten waren. Weiter sei nicht erklärbar, wie ein Blatt mit der echten Unterschrift von F. – die gemäss Seitennummerierung fünfte Seite der IMA – die Seite 5 eines bloss drei bis vier Seiten umfassenden Vertrags hätte bilden können. Es sei nach dem Ganzen davon auszugehen, dass F. die IMA unterzeichnet habe, gegebenenfalls ohne vorgängige Durchsicht, wie das F. mit Bezug auf andere Dokumente zugegeben hatte, weil er E. vertraut habe.

Die Beschwerdeführerin machte dagegen vor Bundesgericht u.a. geltend, dieser Schluss sei spekulativ, denn es sei gerade nicht erstellt, dass E. F. an denselben Tagen nicht andere Verträge (insbesondere solche mit einem «performance target») zur Unterschrift unterbreitet habe, die genau so viele Seiten und den gleichen Seitenumbruch aufgewiesen haben. Zudem enthielten die unterzeichneten Seiten der IMA keine Spezifika, die auf eine «performance guarantee» schliessen lassen würden, und F. habe ausgesagt, er habe in der fraglichen Zeitspanne mehrere Verträge mit «performance targets» unterzeichnet. Das Bundesgericht erachtet diesbezüglich, eine rechtsgenügende Rüge durch die Beschwerdeführerin vorausgesetzt, die Würdigung des Handelsgerichts als nicht willkürlich. Zwar enthielten die letzten Seiten der IMA keine derartigen Spezifika, und es könne auch offen bleiben, ob der Aussage von F. in der Tat entnommen werden könne, er habe an den Daten gemäss IMA Verträge mit (lediglich) «performance targets» unterzeichnet, weil die Beschwerdeführerin dem Kernargument der Vorinstanz – der mehrmals wiederholte Hinweis auf die Seitennummerierung – nichts entgegensetzen und nicht erklären könne, wie es möglich sein soll, dass sich eine Unterschrift auf Seite *fünf* (der IMA) befindet, wenn die (einzig) Verträge, die F. in jenem Zeitraum unterzeichnet haben will («performance target agreements»), nach seinen eigenen Angaben nur *drei bis vier* Seiten umfasst haben. Somit könne der Vorinstanz auch hier keine willkürliche Beweiswürdigung vorgeworfen werden.

*Erwägung 5.:* Die Beschwerdeführerin machte weiter geltend, das rechtsgeschäftliche Handeln durch E. und F. – die Verpflichtung der Beschwerdeführerin zu einer «Guaranteed Performance» in der gemäss den IMA festgelegten Höhe – dürfe ihr nicht zugerechnet werden, weil sich die Beschwerdegegner diesbezüglich nicht auf den guten Glauben berufen könnten.

*Erwägung 5.1–5.2:* Zuerst ging es darum, wieweit die Zweckgrenze der zur Vertretung einer Gesellschaft befugten Personen gemäss Art. 718a Abs. 1 OR reicht. Gemäss Vorinstanz fasse die bundesgerichtliche Rechtsprechung diese Grenze weit auf; nur solche Geschäfte, die der Gesell-

schaftszweck nicht mit sich bringen könne, lägen jenseits dieser Zweckgrenze. Im Rahmen der konkreten Würdigung stellte das Handelsgericht fest, unabhängig davon, ob allenfalls interne Richtlinien den Abschluss einer «performance guarantee» verboten hätten (wie dies die Beschwerdeführerin geltend machte), sei der Abschluss des IMA noch im objektiv verstandenen Gesellschaftszweck der Beschwerdeführerin gelegen. Die Beschwerdeführerin habe zum einen für das angelegte Vermögen unbestrittenermassen sog. «Management Fees» bezogen. Zum anderen habe sie – was sie auch nicht substantiiert bestritten habe – aufgrund der IMA für eine bestimmte Zeit hohe Kapitalbeträge fix zur Verfügung gehabt, und sie hätte bei Übertreffen der vereinbarten (Mindest-)Rendite eine Provision verdienen können. Bei einer besseren Performance, wovon vor Ausbruch der Finanzkrise habe ausgegangen werden können, hätten sich die für die Beschwerdeführerin zwar risikobehafteten IMA auch für sie als vorteilhaft erweisen können. Die Nebenintervenientin E. habe tatsächlich auf Rechnung der Beschwerdeführerin handeln wollen, auch wenn sie persönlich (v.a. durch einen höheren Bonus) ebenfalls vom Geschäft profitiert habe. Ein eigentlicher Missbrauch der Vertretungsmacht durch E. und F. sei deshalb zu verneinen. Die Vorinstanz verneinte ebenfalls, dass die Beschwerdegegner «im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses offensichtliche Hinweise auf eine Überschreitung der Vertretungsbefugnis missachtet» hätten. Das Bundesgericht ist an diese tatsächlichen Feststellungen des Handelsgerichts gebunden. Es konzentriert sich vielmehr auf die Prüfung, ob die Vorinstanz den guten Glauben der Beschwerdegegner im Ergebnis zu Recht bejaht hat.

*Erwägung 5.2.1–5.2.4.3 bzw. 5.2.5.4:* Das Bundesgericht hält fest, dass gemäss Art. 3 Abs. 1 ZGB der gute Glaube vermutet wird, weshalb nicht der gute, sondern der böse Glaube zu beweisen ist. Somit konnte die beweisbelastete Beschwerdeführerin entweder versuchen, die Vermutung des guten Glaubens der Beschwerdegegner zu zerstören, indem sie nachwies, dass diese den rechtlichen Mangel kannten und damit bösgläubig waren. Oder sie ging von der Vermutung des guten Glaubens der Beschwerdegegner aus, versuchte jedoch gemäss Art. 3 Abs. 2 ZGB darzulegen, dass die Beschwerdegegner nicht berechtigt waren, sich auf den guten Glauben zu berufen, weil dieser nicht mit der Aufmerksamkeit zu vereinbaren war, die von ihnen aufgrund der Umstände verlangt werden durfte (BGE 131 III 511 E. 3.2.2 S. 519 mit Hinweis). Und weiter: «Das Mass der vom Dritten angesichts der Umstände verlangten Aufmerksamkeit bestimmt sich nach einem objektiven Kriterium, das jenem entsprechen muss, das von einem ehrlichen Menschen oder einem durchschnittlichen Menschen in einer analogen Situation zu erwarten ist. Das Mass die-

ser Aufmerksamkeit hängt einerseits von den durchschnittlichen Kenntnissen der betreffenden Berufsleute oder des betreffenden sozialen Umfeldes ab. Für Handelsgeschäfte steigen die Anforderungen bezüglich der Aufmerksamkeit mit zunehmender Erfahrung des Dritten. Andererseits bestimmt sie sich gemäss der Natur und der Entwicklung des Geschäfts. Ausserordentlich vorteilhafte Angebote verlangen eine erhöhte Vorsicht, insbesondere wenn im entsprechenden Tätigkeitsbereich ungewöhnliche Bedingungen vorgeschlagen werden (BGE 119 II 23 E. 3c/aa S. 27 mit Hinweisen). Das Gericht hat das Mass der erforderlichen Aufmerksamkeit unter Würdigung sämtlicher Umstände zu bestimmen (BGE 131 III 511 E. 3.2.2 S. 519; 119 II 23 E. 3c/aa S. 27; Urteil des Bundesgerichts 5C.122/2006 vom 6. Oktober 2006 E. 2.2.4, publ. in: SJ 2007 I S. 209).»

Die Vorinstanz hat die tatsächliche Bösgläubigkeit der Beschwerdegegner verneint, was die Beschwerdeführerin nicht beanstandet. Sie rügt jedoch das Mass, welches das Handelsgericht an die objektiv gebotene Aufmerksamkeit der Beschwerdegegner bzw. an die ihrerseits gebotenen, hinreichenden Abklärungen gelegt hat. Das Bundesgericht überprüft diese Rechtsfrage frei (BGE 131 III 418 E. 2.3.1 S. 421; zit. Urteil 5C.122/2006 E. 2.2.4), wobei Tatfrage das tatsächliche Ausmass dieser Abklärungen bleibt (HANS PETER WALTER, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Einleitungstitel des ZGB in den Jahren 2000 bis 2006, ZBJV 143/2007, 725 ff., 747) und sich der Grad der Aufmerksamkeit nach den Umständen im Einzelfall richtet, was grundsätzlich eine Ermessensfrage darstellt (Art. 4 ZGB; BGE 131 III 418 E. 2.3.2 S. 421 f.; 122 III 1 E. 2a/aa S. 3). Solche Ermessensentscheide prüfe das Bundesgericht zwar an sich ebenfalls frei, es schreite jedoch nur mit Zurückhaltung ein (vgl. dazu u.a. Urteile des Bundesgerichts 5C.50/2003 vom 13. August 2003 E. 3.4.3, publ. in: SJ 2004 I S. 85; 4C.28/2003 vom 15. Dezember 2003 E. 3.2.3, publ. in: Pra 93/2004 Nr. 160 S. 908; sowie allgemein zur Überprüfung von Ermessensentscheiden: BGE 138 III 669 E. 3.1 S. 671 mit Hinweisen). Auch bei einem eigentlichen Missbrauch der Vertretungsmacht bedürfe es zur Zerstörung des guten Glaubens des Dritten zudem «objektiver Missbrauchsindizien» bzw. «objektiver Anhaltspunkte, die auf einen Missbrauch hindeuten» (BGE 131 III 511 E. 3.2.2 S. 519; BGE 119 II 23 E. 3c/aa S. 27), mithin «des doutes sérieux» bzw. ernste Zweifel (BGE 119 II 23 E. 3c/aa S. 27 und BGE 131 III 511 E. 3.2.2 S. 519) im Hinblick auf eine allfällige Überschreitung der Vertretungsbefugnis.

Bundesgericht und Vorinstanz sind sich einig, dass entscheidend ist, wovon die Beschwerdegegner vorliegend als aussenstehende Bankkunden ausgehen mussten und durften. Den Beschwerdegegnern war aus einer E-Mail der Nebenintervenientin E. an C. zum einen bewusst, dass für sie

mit den IMA mit den «performance guarantees» eine Ausnahmeregelung vereinbart worden war. Damit mussten die Beschwerdegegner gemäss Bundes- und Handelsgericht aber noch nicht per se eine Überschreitung der Vertretungsbefugnisse von E. und F. annehmen, zumal die IMA mit den vom Handelsgericht anerkanntermassen «ungewöhnlichen» und für die Beschwerdegegner vorteilhaften «performance guarantees» auch für die Beschwerdeführerin hätten profitabel sein können. Die Beschwerdeführerin hatte – was die Vorinstanz berücksichtigte – die hohen Kapitalbeträge der Beschwerdegegner für eine bestimmte Zeit fix zur Verfügung, bezog auf den angelegten Vermögen «Management Fees» und konnte bei Übertreffen der Rendite eine Provision verdienen, womit vor Ausbruch der Finanzkrise habe gerechnet werden können. Die für die Beschwerdeführerin «risikobehafteten» IMA hätten also auch für sie vorteilhaft sein können.

Zum anderen wurde vorinstanzlich festgestellt, dass der Entwurf für die schliesslich abgeschlossenen IMA von einem von den Beschwerdegegnern beigezogenen niederländischen Anwaltsbüro stammte. Das spricht gemäss Bundesgericht dafür, dass diese IMA nicht mehr in den Bereich standardisierter Vermögensverwaltungsgeschäfte falle. Deshalb lässt es Vergleiche zu einem «standardisierten Vermögensverwaltungsgeschäft», welche die Beschwerdeführerin wiederholt anstellt, nicht zu. Somit konnte den Beschwerdegegnern entgegen der Beschwerdeführerin auch nichts aus den Umständen vorgeworfen werden, dass die IMA nicht auf dem offiziellen Briefpapier und/oder standardisierten Formularen der Beschwerdeführerin erstellt worden waren.

Die Beschwerdeführerin weist im Zusammenhang mit den Vertragsabschlüssen sodann darauf hin, dass die Beschwerdegegner selbst betont hätten, sie seien davon ausgegangen, dass das Legal & Compliance Team der Beschwerdeführerin die IMA überprüft habe. Aus den Akten (E-Mail-Verkehr zwischen C. und der Nebenintervenientin E. vor Abschluss der Verträge) ergebe sich jedoch, dass eine solche interne Prüfung nur rund vier Stunden und vierzig Minuten inklusive obligatorischer Mittagspause umfasst habe. Das sei bei derart komplizierten Verträgen ein ungewöhnlicher Umstand, der die Beschwerdegegner hätte stutzig machen sollen. Laut Bundesgericht verfangen diese Vorbringen – soweit rechtsgenügend gerügt – nicht, weil sich die Verpflichtung, die der Abschluss einer Erfolgsgarantie im Einzelfall mit sich bringen kann, für eine Bank ohne grösseren Aufwand abschätzen lässt, da sie primär die Höhe des Risiko einschätzen muss, dass der garantierte Ertrag nicht erreicht werden könnte.

Im zweiten Verfahren (Erwägung 5.2.5.3) machte die Beschwerdeführerin u.a. auch noch geltend, die dortigen

Beschwerdegegner hätten wegen den Umständen der Eröffnung des Kontos der Stiftung D. im März 2007 ernsthafte Zweifel haben müssen, weil sie bei dieser Kontoeröffnung Formulare unterzeichnet hatten, deren Inhalt teilweise im Widerspruch zum Inhalt des IMA gestanden hätten. Letzteres stellte die Vorinstanz in der Tat fest, meinte jedoch, die Beschwerdegegner hätten sich darum nicht kümmern müssen, weil das IMA eine Bestimmung enthielt, wonach dieses im Konfliktfall den allgemeinen Geschäftsbedingungen, den sog. «Terms and Conditions», voringing. Das Bundesgericht stimmt den Ausführungen der Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerde insoweit zu, als angesichts des fehlenden Anhangs des IMA keine Grundlage dafür besteht, die bei der Kontoeröffnung im März 2007 unterzeichneten Formulare als «Terms and Conditions» im Sinne des IMA zu verstehen. Trotzdem habe das Handelsgericht richtig entschieden, indem es aus diesen Kontoeröffnungsunterlagen nichts Wesentliches ableitet. Das Bundesgericht zitiert dazu aus dem IMA, wo unter dem Titel «Entire Agreement» u.a. festgehalten ist, dass «this Agreement supersedes all prior agreements, arrangements and undertakings between the Parties in relation to the services being provided under this Agreement and constitutes the entire agreement between the Parties relating to the subject matter of this Agreement». Das kann nur so verstanden werden, dass das individuell vereinbarte IMA die alleinige Grundlage («Entire Agreement») für die Vertragsbeziehung war und allen anderen – z.B. standardisierten – Vereinbarungen voringing. Somit schliesst auch der Umstand, dass die Kontoeröffnungsformulare widersprüchliche Regelungen enthielten, die Berufung der Beschwerdegegner auf den guten Glauben nicht aus.

Die Beschwerdeführerin führt weiter in beiden Verfahren verschiedene Umstände im Vorfeld der Vertragsunterzeichnung an, welche bei den Beschwerdegegnern hätten Verdacht erwecken sollen. Die Vorinstanz stellte diesbezüglich den «ungewöhnlichen Umstand» fest, «dass die Nebenintervenientin E-Mails von ihrem privaten E-Mail-Account versendet hat [...]». Entscheidend war für das Bundesgericht diesbezüglich die anschliessende Feststellung des Handelsgerichts, dass F. die IMA schliesslich mitunterzeichnet hatte, womit die Beschwerdegegner keinen Anlass gehabt hätten, von einem versteckten Handeln der Nebenintervenientin E. auszugehen. Deshalb könne auch aus der «Nichtinvolvierung» von F. «während den ganzen Vertragsverhandlungen» kein Verdacht abgeleitet werden, wie das die Beschwerdeführerin ebenfalls geltend machte.

Schliesslich verwirft das Bundesgericht die Vorbringen der Beschwerdeführerin, den Beschwerdegegnern hätte der Umstand auffallen müssen, dass gemäss den Vertragsentwürfen die IMA hätte beendet werden sollen, wenn ihre

Kontobeziehungen nicht mehr von der Nebenintervenientin E. betreut worden wären, weil die Vorinstanz in tatsächlicher Hinsicht verbindlich festgestellt hatte, dass die finalen Versionen der IMA diesen Passus nicht mehr enthielten und die Beschwerdegegner «mangels völliger Einseitigkeit» der Verträge deswegen auch nicht Verdacht schöpfen mussten.

Das Bundesgericht stellt somit fest, dass die Vorinstanz den guten Glauben der Beschwerdegegner zu Recht bejaht hat und die Beschwerdeführerin durch die beiden IMA gegenüber den Beschwerdegegnern berechtigt und verpflichtet wurde.

### III. Bemerkungen und Fazit

#### 1. Voraussetzungen der bundesrechtlichen Beschwerde und Praxis betreffend Gewährung der aufschiebenden Wirkung

Die Urteile fassen in den Erwägungen 1.–1.2 die Voraussetzungen der bundesrechtlichen Beschwerde in Zivilsachen zusammen, insbesondere auch diejenigen der Willkürbeschwerde mit Bezug auf Sachverhaltsfeststellungen und Beweiswürdigung der Vorinstanz, unter Verweisung auf die aktuelle bundesgerichtliche Rechtsprechung. In Erwägung 1.3 der Urteile hält das Bundesgericht fest, dass sich eine Partei vor Bundesgericht z.B. auf neue Urteile als Angriffs- bzw. Verteidigungsmittel rechtlicher Natur berufen kann (als echte Noven tatsächlicher Natur sind solche Urteile unzulässig), jedoch müssten solche Urteile wie Rechtsgutachten binnen der Rechtsmittelfrist eingereicht werden. Eine Eingabe danach ist verspätet und bleibt unbeachtet (konkret hatte die Beschwerdeführerin mit einer Noveneingabe das im Strafverfahren gegen E. in zweiter Instanz ergangene Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, das von E. an das Bundesgericht weitergezogen worden ist, eingereicht). Mit Bezug auf die Gewährung der aufschiebenden Wirkung gilt Art. 103 Abs. 1 BGG, wonach einer Beschwerde in der Regel keine aufschiebende Wirkung zukommt. Das Bundesgericht gewährt diese bei Verpflichtungen zu einer Geldzahlung nach ständiger Praxis lediglich dann, wenn die Zahlung den Schuldner in finanzielle Schwierigkeiten bringt oder wenn im Fall der Gutheissung des Rechtsmittels die Rückforderung ungewiss erscheint. Das Vorliegen dieser Voraussetzungen hat die gesuchstellende Partei zumindest glaubhaft zu machen.

#### 2. Prozessrechtliche Bemerkungen

Mit Bezug auf die verschiedenen Rügen willkürlicher Anwendung des kantonalen Prozessrechts durch die Vorinstanz ist den vorstehend zusammengefasste Feststellungen von Vorinstanz und Bundesgericht wenig beizufügen. Das kantonale wie auch das eidgenössische Prozessrecht die-

nen «der Verwirklichung des Bundesprivatrechts und des verbliebenen kantonalen Privatrechts», somit der «Durchsetzung der im Privatrecht begründeten subjektiven Rechte». Das Prozessrecht ist nie Selbstzweck, sondern hat den ordentlichen Fortgang des Prozesses zu gewährleisten und nach den «Grundsätzen formaler Gleichbehandlung der beteiligten Prozessparteien die gesetzlichen Mittel zur Verwirklichung des materiellen Rechts bereitzustellen» (siehe u.a. FRANK/STRÄULI/MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A. Zürich 1997, N. 14 der Einführung, mit weiteren Hinweisen). Sind betroffene Normen der Prozessordnung nicht zwingend, sondern Ordnungsvorschriften, fungieren sie in diesem Sinne als Leitlinien für die Prozessparteien und teilweise auch für die Gerichte. Das Gericht leitet das Verfahren und besitzt im Rahmen der ihm durch die Prozessordnung zugeteilten Kompetenzen – wenn auch nicht gleich weitreichende wie in der Regel solche für Schiedsgerichte – eine gewisse Flexibilität bei der Verfahrensleitung und -gestaltung, wozu auch Wiedererwägungen von prozessleitenden Akten gehören.

Die Verfahrensleitung der Gerichte wird in letzter Zeit bekanntlich tangiert durch das unbedingte Replikrecht der Parteien gemäss Art. 29 Abs. 1 und 2 BV und Art. 6 EMRK (vgl. dazu auch das Merkblatt «Schriftenwechsel und freiwillige Bemerkungen» des Bundesgerichts, Korrespondenznummer 23.3.6). Dieses Replikrecht (auch «ewiges» genannt) ist Fluch und Segen zugleich – mitunter eher «Fluch». Jeder Prozessanwalt kennt das Dilemma bzw. Abwägenmüssen zwischen der Notwendigkeit einer nochmaligen Stellungnahme mit den damit verbundenen Kosten und dem «Mut zum Schweigen», auf die Gefahr hin, im Urteil dann lesen zu müssen, man hätte sich zu diesem und jenem nicht vernehmen lassen. In den vorliegenden Verfahren war dieses Replikrecht einer der Faktoren, welche die Verfahren verteuerten und in die Länge zogen: Das Aktenverzeichnis des Handelsgerichts im ersten Verfahren endet mit Beschluss und Urteil als act. 143, dasjenige des zweiten mit Beschluss und Urteil als act. 152. Mit den erwähnten, hohen Streitsummen ist jedoch auch ein gewisses Verständnis dafür angebracht, dass die Parteien vorliegend ihre prozessualen Möglichkeiten auszuschöpfen versuchten.

#### 3. Guter Glauben

Wiewohl als Rechtsvertreter in diesen Verfahren natürlich nicht mehr der rein objektive Berichterstatter, sei die Feststellung gestattet, dass das Handelsgericht und alsdann das Bundesgericht den guten Glauben der Bankkunden vorliegend zu Recht bejaht bzw. geschützt haben. Sie waren bereits seit einigen Jahren mit beträchtlichen Vermögen

Kunden der Bank A. AG. Sie wurden dabei von ihrer Kundenberaterin, der Nebenintervenientin E., betreut, wobei auch ein Vertrauensverhältnis aufgebaut wurde. Nachdem die Eckpunkte für diese Investment Management Agreements von ihrer Kundenberaterin E. an sie herangetragen worden waren, haben die Beschwerdegegner wie vorstehend dargestellt das unternommen, was von ihnen in dieser Situation als Bankkunden verlangt werden durfte. Das Handelsgericht hat dies mit sorgfältigen Erwägungen, unter Behandlung aller vorgebrachten Argumente und mit Durchführung eines Beweisverfahrens, in Übereinstimmung mit Lehre und Praxis zu Recht erkannt. Das Bundesgericht hat keinen Anlass gesehen, in diese Ermessensentscheidungen einzuschreiten.