

ZH_BEZIRKSGERICHT_ZUERICH CG090091-L vom 28. Februar 2011

Zh Bezirksgericht Zuerich, 2011-02-28, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_bezirksgericht_zuerich_CG090091-L

FR: ZH_BEZIRKSGERICHT_ZUERICH CG090091-L du 28 février 2011

IT: ZH_BEZIRKSGERICHT_ZUERICH CG090091-L del 28 febbraio 2011

Erwägungen

E. 7

Oktober 2008 in Folge der fortschreitenden Finanzkrise, welche u.a. zum rasi- den Kurszerfall der von der Klägerin gehaltenen Wertschriften geführt habe, leider nicht mehr bestanden. 4.6.2. Die Beklagte bestreitet den behaupteten entgangenen Gewinn. Zunächst vermöge die Klägerin in keiner Weise zu beweisen, dass sie den hypothetischen Verkaufserlös bei einem Verkauf der Aktien am 2. September 2008 effektiv in eine Festgeldanlage investiert hätte. Die von ihr dokumentierten Festgeldinvestitionen seien zu diesem Zweck unbehelflich. Dass die Klägerin bei einer am 2. Septem- ber 2008 bereits rund acht Jahre dauernden Kontobeziehung lediglich viermal Festgeldanlagen getätigt habe, vermöge die von ihr vorgebrachte Behauptung, sie habe vorhandene Liquidität regelmässig in Festgeldanlagen investiert, gerade nicht zu belegen. Im Gegenteil zeige es, dass solche Anlagen nur sporadisch und nur mit relativ geringen Beträgen erfolgt seien. Die Anlagestrategie der Klägerin sei vielmehr dahin gegangen, die durch Aktienverkäufe freigesetzten liquiden Mit- tel jeweils für neue Aktienkäufe zu verwenden. Träfe es zu, dass sie "mit Sicher- heit am 2. September 2008 eine entsprechende Festgeldanlage von dreimonati- ger Dauer" getätigt hätte, wäre ausserdem zu erwarten gewesen, dass sie ihren Kundenberater gleichzeitig mit Erteilung des Verkaufsauftrages am 1. September

- 32 - 2008 angewiesen hätte, mit dem Verkaufserlös eine entsprechende Investition vorzunehmen. Dies sei jedoch nicht der Fall gewesen, was die Klägerin auch nicht behauptete. Dass sie am 2. September 2008 in Wirklichkeit keine Festgeldan- lage getätigt hätte, ergebe sich schliesslich auch daraus, dass sie eine solche auch nicht vorgenommen habe, nachdem die Aktien am 7. Oktober 2008 effektiv verkauft worden waren. Unzutreffend sei dabei, dass eine entsprechende Investi- tion am 7. Oktober 2008 nicht möglich gewesen wäre. Aufgrund der hohen Volati- lität der Märkte in der fraglichen Zeit, hätte die Klägerin bei der Bank Z. für eine Festgeldanlage für drei Monate an jenem Tag sogar einen erheblich höheren Zinssatz, nämlich einen solchen von 4.07%, erhalten. Bestritten werde des Weite- ren, dass die Klägerin am 2. September 2008 bei Drittbanken für Festgeldanlagen für drei Monate einen Zinssatz von 2.74% erhalten hätte. Es sei im Übrigen auch unerheblich. Denn die wenigen Festgeldanlagen, welche die Klägerin von ihrem Konto in der Vergangenheit getätigt habe, seien ausnahmslos bei der Bank Z. und nie bei Drittbanken erfolgt. Hätte sie am 2. September 2008 in der Tat in Festgeld investiert, hätte sie dies wie bis anhin bei der Bank Z. zu einem Zinssatz von 2.37% getan. Schliesslich hätte die Klägerin in jedem Fall ihre Schadenminde- rungspflicht verletzt. Diese verlange vom Geschädigten die ihm zumutbaren Massnahmen zu treffen, um eine Verschlimmerung des Schadens zu verhindern. Im vorliegenden Fall hätte die entsprechende Massnahme darin bestanden, die Festgeldanlage im Anschluss an den effektiven Verkauf der

Wertschriften am 7. Oktober 2008 (bei der Bank Z. zu einem Zinssatz von 4.07%) zu tätigen. Ausgehend vom gutgeschriebenen Nettoerlös des Verkaufs vom 7. Oktober 2008 in der Höhe von USD 19'853'565.25 hätte die Klägerin bis am 2. Dezember 2008 somit USD 123'973.28 verdienen können (56 Tage). Dieser Betrag wäre von einem all-fälligen Investitionsgewinn der Klägerin in Abzug zu bringen. 4.6.3.1. Entgangener Gewinn liegt vor, wenn sich das Vermögen des Geschädigten ohne die schädigende Handlung in Zukunft vergrößert hätte. Im Falle einer Vertragsverletzung bzw. Schlechterfüllung eines Vertrags geht es um die geldwerten Vorteile, die der Gläubiger aus der rechtzeitig und vollständig erbrachten Leistung hätte ziehen können und gezogen hätte, d.h. es wird berücksichtigt, wie der Gläubiger die vertragliche Leistung produktiv eingesetzt hätte (Lüchinger, a.a.O.,

- 33 - Rz. 152). Nach den Grundsätzen des Obligationenrechts ist nur dann Ersatz von entgangenem Gewinn geschuldet, wenn es sich um einen üblichen oder sonst wie sicher in Aussicht stehenden Gewinn handelt (BGE 132 III 379 E. 3.3.3 S. 384; 82 II 397 E. 6 S. 401). Der Schaden ist vom Geschädigten grundsätzlich ziffernmässig nachzuweisen (Art. 42 Abs. 1 OR). Ist das nicht möglich, ist der Schaden vom Richter "mit Rücksicht auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge" abzuschätzen (Art. 42 Abs. 2 OR). Diese Bestimmung bezieht sich sowohl auf das Vorhandensein wie auf die Höhe des Schadens. Dieser gilt als erwiesen, wenn sich genügend Anhaltspunkte ergeben, die geeignet sind, auf seinen Eintritt zu schliessen. Der Schluss muss sich mit einer gewissen Überzeugungskraft aufdrängen (BGE 132 III 379, 381; 122 III 219, 222). Eine Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR setzt voraus, dass ein strikter Beweis nach der Natur der Sache nicht möglich oder nicht zumutbar ist. Die Herabsetzung des Beweismasses darf im Ergebnis nicht zu einer Umkehr der Beweislast führen. Die beweispflichtige Partei hat alle Umstände, die für die Verwirklichung des behaupteten Sachverhalts sprechen, soweit möglich und zumutbar zu behaupten und zu beweisen (BGE 128 III 271, 276 f.). Von Bedeutung sind insbesondere die „vom Geschädigten getroffenen Massnahmen“ (Art. 42 Abs. 2) bzw. die „getroffenen Anstalten und Vorkehrungen“ (so § 252 BGB; Lüchinger, a.a.O., Rz. 156). 4.6.3.2.1. Nachdem die Klägerin in der Klagebegründung nur allgemein behauptet hatte, sie hätte im September 2008 mit Sicherheit eine Festgeldanlage von drei Monaten bei einer Drittbank zu einem Zinssatz von 2.74% getätigt, wurden ihr anlässlich der Referentenaudienz u.a. folgende Substanziierungshinweise gegeben: "A. Allgemein [...] (2) Jede Behauptung ist so konkret aufzustellen, dass sie ohne weiteres zum Beweissatz erhoben werden kann. Dabei ist zu beachten, dass unbestimmte Beweissätze nicht zulässig sind. B. An die Klägerin Die Klägerin hat hinreichende konkrete Anhaltspunkte darzutun, aus denen sich ergibt, dass sie bei Ausführung des Verkaufsauftrags am 2.

- 34 - September 2008 eine (und welche genaue) Festgeldanlage getätigt hätte." 4.6.3.2.2. Die Klägerin ging in der Folge auf die Substanziierungshinweise nicht ein. Sie beschränkte sich auch in der Replik darauf pauschal zu behaupten, sie hätte bei einer Ausführung des Verkaufsauftrags am 2. September 2008 eine Festgeldanlage von dreimonatiger Dauer zu einem Zinssatz von 2.74% getätigt, wie sie damals "bei Drittbanken" erhältlich gewesen sei. Sie unterliess es aber nach wie vor konkret darzutun, welche genaue Festgeldanlage bei welcher "Drittbank" (die einen Zins von 2.74 % offerierte) sie vorgenommen hätte. Die Klägerin kommt damit ihrer Behauptungspflicht nicht nach. Ihre unbestimmten Tatsachenbehauptungen sind nicht zum Beweis zu verstellen, dient doch das Beweisverfahren nicht dazu, ungenügende Parteivorbringen zu vervollständigen (BGE 108 II 337 E. 3).

4.6.3.3. Im Weiteren werden von der Klägerin auch keine ausreichenden Anhaltspunkte dargetan, aufgrund derer sich darauf schliessen liesse, dass sie im September 2008 mit dem durch den Wertschriftenverkauf erlösten Geld im Grundsatz eine Festgeldanlage getätigt hätte. Zwar verweist die Klägerin in der Replik auf vier in der Vergangenheit getätigte Anlagen (am 1. Januar 2003 über USD 125'000, am 22. April 2003 über USD 146'072, am 14. März 2007 über USD 100'000.--, am 16. Januar 2008 über USD 131'000), welche zeigen, dass es der Klägerin nicht fremd war, liquide Mittel entsprechend anzulegen (zumindest bei Volumen zwischen USD 100'000 bis USD 150'000). Viel mehr lässt sich daraus aber nicht ableiten. Die vier angeführten Anlagen (mit einem Volumen im tiefen sechsstelligen Bereich) genügen nicht, um eine ausreichende Wahrscheinlichkeit für eine Festgeldanlage über USD 25 Mio. im September 2008 zu begründen. Zu beachten ist nämlich insbesondere die Situation, in welcher von der Klägerin der Auftrag zum Verkauf der U.S.-Wertschriften gegeben wurde: Ganz offenbar handelte es sich um eine Art "Notverkauf" vor dem Hintergrund des Steuerstreits USA-Y. und den Bestrebungen der U.S.-Steuerbehörde, amerikanische Staatsbürger, die Steuerverkürzung betreiben, zu belangen (s. vorne Erw. 3.3.1.). Es deutet einiges darauf hin, dass es der Klägerin zunächst einfach darum ging, die U.S.-Wertschriften abzustossen und den Erlös alsdann von Y. abzuziehen, wie

- 35 - sie dies im Dezember 2008 denn auch getan hat. Unter diesen Umständen hätte im vorliegenden Fall eine genügende Wahrscheinlichkeit für die Tötigung einer Festgeldanlage im September 2008 nur angenommen werden können, wenn die Klägerin eine entsprechende Absicht im damaligen Zeitpunkt kundgetan oder wenn sie eine solche (oder eine zumindest ähnlich geartete) Anlage unmittelbar nach der Ausführung der Verkaufsauftrag im Oktober getätigt hätte. Die Klägerin tut keine solchen konkreten Massnahmen bzw. Anstalten und Vorkehrungen dar. Sie bringt einzig vor, im Oktober 2010 habe eine entsprechende Anlagemöglichkeit in Folge der fortschreitenden Finanzkrise leider nicht mehr bestanden. Ob dem (entgegen der Behauptung der Beklagten, wonach zu jenem Zeitpunkt bei der Bank Z. sogar ein Zinssatz von 4.07% angeboten worden sei) so war, kann offen bleiben. Denn auch wenn im Oktober keine Angebote für Festgeldanlagen bestanden hätten, würde dies keine Aussage hinsichtlich der Vornahme einer Festgeldanlage im September erlauben, schon gar nicht mit der Gewissheit, wie sie BGE 132 III 379 für einen Ersatz entgangenen Gewinns fordert. Schliesslich tut die Klägerin auch nicht dar, was sie mit dem zur Drittbank U. transferierten Geld konkret unternommen hat, so dass sich auch hieraus nichts zu ihren Gunsten ableiten lässt.

4.6.4. Nach dem Ausgeführten ist kein entgangener Gewinn anzunehmen. 4.6.5. Mangels Schadens wegen entgangenem Gewinn braucht auf den von der Beklagten vorgebrachten Einwand, die Klägerin habe wegen der unterlassenen Tötigung einer Festgeldanlage im Anschluss an den tatsächlichen Verkauf der Wertschriften am 7. Oktober 2008 ihre Schadenminderungspflicht verletzt, nicht eingegangen zu werden. Ein "zum Mindernden" Schaden steht insoweit nicht zur Debatte.

4.7.1. Die Klägerin macht einen "Verzugszins" von 5% seit 24. Dezember 2008 geltend, der von der Beklagten (mangels Mahnung) bestritten wird. 4.7.2. Zum Schaden gehört der Zins vom Zeitpunkt an, in welchem das schädigende Ereignis sich finanziell ausgewirkt hat. Er läuft bis zur Zahlung des Schadenersatzes und wird als Schadenszins bezeichnet. Vom Verzugszins unterscheidet er sich vor allem dadurch, dass er den Verzug, namentlich eine Mah-

- 36 - nung nach Art. 102 Abs. 1 OR, nicht voraussetzt. Funktional erfüllt er jedoch denselben Zweck wie der Verzugszins und kann daher nicht kumulativ beansprucht werden. Geschuldet ist er sowohl bei deliktischer wie vertraglicher Haftpflicht. Der Satz des Schadenszinses wird in Anlehnung an Art. 73 Abs. 1 OR auf 5% festgelegt (BGE 122 III 53, 54 f.; BGE 130 III 591, 599). Nachdem im von der Klägerin geltend gemachten Zeitpunkt des Beginns des Zinsenlaufs (24.12.2008) der Schadenseintritt jedenfalls bereits erfolgt ist (vgl. vorne Erw. 4.5.), ist damit Zins zu 5% seit 24. Dezember 2008 zuzusprechen. Auf eine Mahnung kommt es nicht an. Nur nebenbei sei darauf hingewiesen, dass auch eine Mahnung (im Sinne einer unmissverständlichen Zahlungsaufforderung; vgl. BGE 130 III 591, 597) vorliegen würde: Mit Schreiben vom 23. Dezember 2004 [recte: 2008] wiesen die klägerischen Rechtsvertreter gegenüber den Rechtsvertretern der Beklagten u.a. darauf hin, dass durch die verspätete Ausführung ihrer Weisung zum Verkauf der US-Wertschriften ein Schaden im Betrag von mindestens USD 6'824'418.33 entstanden sei. Weiter: "Wir fordern Ihre Klientin auf, den Betrag von USD 6'824'418.33, zuzüglich Schadenszins zu 5% seit dem 1. September 2008, Valuta 24. Dezember 2008 auf das USD-Klientenkonto Nr. [...] zu überweisen. Die Geltendmachung weitergehender Schadenersatzansprüche aus der ungerechtfertigten Blockierung der Vermögenswerte unserer Klientin bleibt ausdrücklich vorbehalten". Sodann kündigten sie namens der Klägerin "sämtliche bei der Y. bestehenden Konten und Depots mit sofortiger Wirkung" und forderten sie die Beklagte auf, "das Guthaben unserer Klientin sowie die im Depot befindlichen Wertschriften Valuta 24. Dezember 2008 auf das USD-Klientenkonto [...] zu übertragen" (ebd.). 5. Zwischen Vertragsverletzung und Schaden muss ein adäquater Kausalzusammenhang bestehen. Ein natürlicher Ursachenzusammenhang ist gegeben, wenn ein Verhalten nicht weggedacht werden kann, ohne dass auch der eingetretene Erfolg entfiel. Adäquate Kausalität liegt vor, wenn die schädigende Handlung nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet war, den entstandenen Schaden herbeizuführen.

- 37 - Die verspätete – nicht am 2. September, sondern erst am 7. Oktober 2008 erfolgte – Ausführung der Verkaufsinstruktion ist in diesem Sinne adäquat Kausal für den aufgrund eines Kurszerfalls eingetretenen Schaden. 6. Nachdem sich die Beklagte freiwillig entschlossen hat, die Verkaufsinstruktion der Klägerin nicht zu erfüllen (vorne Erw. 3.3), ist schliesslich auch ein Verschulden zu bejahen.

E. 7.1

Nach Art. 43 OR, der gemäss Art. 99 Abs. 3 OR auch auf die vertragliche Haftung entsprechend anwendbar ist, bestimmt der Richter Art und Grösse des Ersatzes für den eingetretenen Schaden, wobei er hierbei sowohl die Umstände als die Grösse des Verschuldens zu würdigen hat. Gemäss Art. 44 Abs. 1 OR kann der Richter sodann die Ersatzpflicht ermässigen oder gänzlich von ihr entbinden, wenn Umstände, für die der Geschädigte einstehen muss, auf die Entstehung oder Verschlimmerung des Schadens eingewirkt oder die Stellung des Ersatzpflichtigen sonst erschwert haben. Zu den Umständen im vorerwähnten Sinn gehört insbesondere das Verhalten des Geschädigten. Im Vordergrund steht vorliegend die Frage, ob der Ersatz infolge Selbstverschuldens der Klägerin zu reduzieren ist. Ein Selbstverschulden liegt vor bei einem Verhalten, von dem erwartet werden muss, dass der Geschädigte dessen Gefährlichkeit einsieht oder hätte einsehen können (Gutzwiller, Rechtsfragen der Vermögensverwaltung, Zürich 2008, S. 244 m.H.), bzw. wenn es der Geschädigte unterlässt, die in seinem eigenen Interesse

aufzuwendende Sorgfalt und Umsicht zu beachten. Vorwerfbar ist ihm dieses Verhalten allerdings nur, wenn er die Möglichkeit einer Schädigung voraussehen kann oder könnte und sein Verhalten dieser Voraussicht nicht anpasst (BGer, 13.06.08, 4C.68/2007, E. 12.1.). Es obliegt dem Haftpflichtigen, ersatzreduzierende Umstände wie das Selbstverschulden zu behaupten und zu beweisen (Gutzwiller, a.a.O., S. 245). 7.2.1. Die Beklagte bringt in der Klageantwort vor, die Klägerin habe vernünftigerweise gar nicht damit rechnen können, dass sie weiter uneingeschränkt über ihre Vermögenswerte verfügen konnte. Die Klägerin selbst habe am besten ge-

- 38 - wusste, dass aufgrund der konkreten Umstände in Wirklichkeit ein zu Umgehungs- zwecken vorgeschobenes Konstrukt vorgelegen habe. Sie hätte es jederzeit in der Hand gehabt, durch sofortige Klärung der steuerlichen Verhältnisse (insbesondere jener ihres wirtschaftlich Berechtigten) bei den amerikanischen Behörden dafür zu sorgen, dass die Vermögenswerte wieder frei verfügbar waren. Dies habe sie jedoch nicht getan, sondern in der Folge alle erdenklichen Schritte ergriffen, um eine Offenlegung dieser Kontobeziehung gegenüber dem IRS zu verhindern. Im Rahmen ihrer Ausführungen zum Qualified Intermediary System und dem Ausfüllen der entsprechenden Formulare durch die Klägerin verweist die Beklagte im Weiteren darauf, dass die Klägerin (ursprünglich sowie anlässlich der Erneuerung alle drei Jahre) auf dem Formular W-8BEN angegeben habe, selbst wirtschaftlich Berechtigte an den von ihr gehaltenen Vermögenswerten zu sein, während sich die wirtschaftliche Berechtigung von XXX. aus dem Directorship Agreement und dem Formular A ergebe. In der Duplik führt die Beklagte aus, dass XXX. in einem gegen ihn in den USA eingeleiteten Strafverfahren ausdrücklich anerkannt habe, mit der Eröffnung der Kontobeziehung bei ihr eine Steuerverkürzung in den USA bezweckt zu haben. Die Offshore Lösung sei (entgegen den Behauptungen der Klägerin nicht von ihr, der Beklagten, sondern) von den klägerischen Organen, A. und B., aufgesetzt worden, und zwar mit dem einzigen Zweck der Steuerverkürzung in den USA. Die sich aus diesem gesetzeswidrigen Konstrukt ergebenden allfälligen negativen Konsequenzen habe sich die Klägerin somit selbst zuzuschreiben. Vor diesem Hintergrund erschiene es stossend, wenn die Klägerin in vollem Umfang Ersatz für eine Verminderung des Vermögens auf einem Konto bzw. Depot verlangen könnte, das sie lediglich als Vehikel eines in den USA Steuerpflichtigen zum Zwecke der widerrechtlichen Verringerung von dessen Steuerschulden in den USA eröffnet habe. 7.2.2. Die Klägerin verneint jegliches Selbstverschulden und macht insbesondere geltend, es fehle an der adäquaten Kausalität zwischen ihrem Verhalten und der Entstehung oder Verschlimmerung des Schadens. Selbst wenn hypothetisch angenommen würde, sie (die Klägerin) bzw. ihr wirtschaftlich Berechtigter hätten mit

- 39 - der Eröffnung der Kontobeziehung bei der Beklagten eine Steuerverkürzung bezweckt oder daran mitgewirkt (was bestritten werde), wäre ein solches Verhalten nämlich nicht adäquat kausal für den eingetretenen Schaden. Denn selbst wer eine Steuerverkürzung begehe, müsse nicht damit rechnen, dass er einen Schaden auf dem Depot einzig und allein deshalb erleide, weil die Bank sich rund zehn Jahre später pflichtwidrig weigere, einen Verkaufsauftrag auszuführen. Dies gelte vorliegend insbesondere schon deshalb, weil eine solche Massnahme weder im QIA noch sonstwo im massgeblichen Recht vorgesehen sei. Im Weiteren würde es an der für ein (Selbst-)Verschulden notwendigen (konkreten) Voraussehbarkeit mangeln. Schliesslich liege auch kein Handeln auf eigene Gefahr vor. Im Übrigen sei zu berücksichtigen, dass die Beklagte im Deferred Prosecution

Agreement vom 18. Februar 2009 eingeräumt habe, in grober und schuldhafter Weise gegen die massgebenden Regulierungen verstossen zu haben und ihre Kunden zu den – aus amerikanischer Sicht – unzulässigen Bankbeziehungen veranlasst zu haben. Die nachträglich von den U.S.-Behörden stipulierte Unzulässigkeit sei jedoch der Klägerin und dem an ihr wirtschaftlich Berechtigten nicht bekannt gewesen. Die Beklagte habe denn auch gestützt auf mehrere externe Gutachten und auf die von der Schweizerischen Bankiervereinigung in dieser Frage erzielten Verhandlungsergebnisse der Klägerin resp. dem wirtschaftlich Berechtigten versichert, dass die von ihr ausgearbeitete und empfohlene Offshore-Lösung mit dem anwendbaren U.S.-Recht kompatibel sei. 7.3.1. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass das von der Klägerin gehaltene Vermögen wirtschaftlich vollumfänglich XXX. zuzuordnen ist. Die Klägerin selbst nennt ihn „deren Eigentümer“ und bezeichnet ihn auch auf dem Formular A als wirtschaftlich Berechtigten. Das Directorship Agreement klärt zudem überdeutlich, dass XXX. (ohne formelle Organstellung) allein das Sagen hat und die eigentlichen Organe einzig eine formelle Rolle inne haben. Gleichwohl bezeichnete sich die Klägerin auf dem Formular W-8BEN jeweils selbst als Beneficial Owner. Es bestehen unter diesen Umständen keine Zweifel, dass die Klägerin Gegenstand eines Steuervermeidungs- bzw. Steuerverkürzungskonstrukts ist.

- 40 - Auf der anderen Seite war die Beklagte – um den Status eines sog. Qualified Intermediary (QI) zu erlangen – verpflichtet, eindeutig festzustellen, welche ihrer Kunden "Non-U.S.-Persons" sind, um damit in den Genuss der Quellensteuerentlastung gelangen zu können, und andererseits sicherzustellen, dass die für U.S.-Steuerpflichtige geltenden Vorschriften eingehalten werden. Die Beklagte war alsdann nicht nur durch die Angabe auf dem Formular A, sondern vor allem auch aufgrund des Directorship Agreement als zusätzlicher Information auf dem Laufenden, dass die Klägerin sich auf dem Formular W-8BEN zu Unrecht als Beneficial Owner bezeichnete. Es ist davon auszugehen, dass auch die Beklagte um die Steuerverkürzungsbestrebungen der Klägerin wusste, jedenfalls aber bei Anwendung angemessener Sorgfalt darum hätte wissen müssen. 7.3.2. Im Grundsatz ist festzuhalten, dass, wer derartige „Umgehungs- bzw.- Vermeidungsgeschäfte“ tätigt, zumindest einen Teil der Folgen tragen muss, wenn sich die von ihm (mit-)geschaffenen Risiken verwirklichen. Dies gilt sowohl für die Klägerin wie für die Beklagte. Allerdings müssen diese Folgen – um ein relevantes Selbstverschulden der Klägerin zu begründen – voraussehbar gewesen sein. In Betracht zu ziehen wäre die Voraussehbarkeit bei der vorliegenden Konsultation bei einer – auf direktem oder indirektem Zwang der amerikanischen Steuerbehörden beruhenden – Blockierung von Vermögenswerten. Hierauf schienen zunächst die Ausführungen der Beklagten in der Klagebegründung, dass „[i]m Oktober 2008 [...] der IRS zumindest damit einverstanden [gewesen sei], dass U.S.-Wertschriften wieder verkauft werden konnten, womit die temporären Vermögenssperren insofern aufgehoben werden konnten“, bzw. wonach „[d]ie Bereitschaft der Beklagten, die U.S.-Wertschriften im Oktober 2008 nunmehr zu verkaufen, [...] nicht die Folge der Marktentwicklung [gewesen sei], sondern [geschehen sei] nachdem der IRS sein Einverständnis dazu erteilte“, hinzudeuten. Ebenso die Behauptung, die Klägerin hätte es jederzeit in der Hand gehabt, durch sofortige Klärung der steuerlichen Verhältnisse (insbesondere jener ihres wirtschaftlich Berechtigten) bei den amerikanischen Behörden dafür zu sorgen, dass die Vermögenswerte wieder frei verfügbar waren. Trotz entsprechender Substanziierungs-

- 41 - hinweise unterliess es die Beklagte aber in der Folge, hierzu Konkreteres auszuführen. Es ist damit davon auszugehen, dass die Beklagte aus freien Stücken die Sperre anordnete (dazu auch vorne Erw. 3.3.). Mit einer solchen Vertragsverletzung durch die Beklagte musste die Klägerin aber nicht rechnen. 7.3.3. Mangels Voraussehbarkeit ist ein relevantes Selbstverschulden der Klägerin damit zu verneinen. Eine Reduktion des Schadenersatzes ist nicht vorzunehmen. V. - Rückgriffsrecht der Beklagten - 1. Es wurde vorne (Erw. VI/4.3.5.) festgehalten, dass der gegen die Schadenersatzforderung der Klägerin vorgebrachte Einwand der Beklagten, wonach die Backup Withholding Tax (im Rahmen der Bestimmung des hypothetischen Vermögensstands bei einem Verkauf der Wertschriften am 2. September 2008) zu berücksichtigen sei, richtig besehen nicht die Schadensberechnung, sondern die Frage eines Rückgriffsrechts beschlägt. Konkret geht es um die Frage, ob der Beklagten, die sich im mit den amerikanischen Behörden ("United States Department of Justice Tax Division" und "United States Attorney's Office for the Southern District of Florida") abgeschlossenen Deferred Prosecution Agreement vom 18. Februar 2009 ("DPA") zu einer Zahlung von insgesamt USD 780'000'000.-- verpflichtet hat, gegenüber der Klägerin ein Anspruch auf (teilweise) nachträgliche Überwälzung zukommt. 2. Ein solcher – allfälliger – Rückgriffsanspruch wäre im Rahmen eines separaten Verfahrens geltend zu machen. Er hätte auch im vorliegenden Prozess (im Rahmen eines Eventualstandpunkts) widerklage- oder verrechnungsweise geltend gemacht werden können. Dies hat die Beklagte indessen unterlassen. 3. Aufgrund der bestehenden Behauptungslage kommt es im Übrigen nicht in Frage, einen allfälligen Rückgriffsanspruch der Beklagten gleichwohl in die Beurteilung miteinzubeziehen und zur Grundlage eines Urteils zu machen. Zunächst

- 42 - kann niemand gezwungen werden, ein ihm zustehendes Recht wider seinen Willen oder früher, als er will, geltend zu machen (Dispositionsmaxime; Walder-Richli/Grob-Andermacher, Zivilprozessrecht, 5. A. Zürich 2009, § 16 Rz. 1). Im Weiteren verfügen die Parteien auch über die Art und Weise, in welcher sie die Durchsetzung eines Anspruchs erkämpfen oder ihn abwehren wollen (ebd., § 17 Rz. 1). So ist es Sache der Parteien, dem Gericht das Tatsächliche des Rechtsstreits darzulegen. Dieses legt seinem Verfahren nur behauptete Tatsachen zugrunde (§ 54 Abs. 1 ZPO/ZH; Verhandlungsmaxime). Ergibt sich aus den tatsächlichen Vorbringen zwar das Vorliegen einer Verrechnungslage, genügt dies sodann noch nicht: Zum einen bewirkt erst die im Prozess erhobene Einrede der Verrechnung, dass die entsprechende Frage – die nicht von Amtes wegen zu berücksichtigen ist (vgl. ZK-Schraner, Art. 82 OR N 202 f.; ZK-Aeppli, vor Art. 120-126 N 117) – zum Prozessgegenstand wird (Leuenberger/Uffer-Tobler, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St. Gallen, Bern 1999, Art. 70 N 2a; BGE 123 III 16, 19). Zweitens bedarf es der (materiellen) Verrechnungserklärung: "Mag ein Beklagter auch von Forderungen sprechen, die ihm dem Kläger gegenüber zustünden, so darf die Klage nicht wegen Untergangs der Forderung zufolge Verrechnung abgewiesen werden, falls der Beklagte nicht spätestens im Prozess eine Verrechnungserklärung abgibt, sein bezügliches Gestaltungsrecht ausgeübt und die Tatsachen, auf welche er sich mit seinem Gegenanspruch stützt, behauptet hat" (Walder-Richli/Grob-Andermacher, a.a.O., § 17 Rz. 3). Schliesslich sind die Parteien mit Anträgen zur Sache, Tatsachenbehauptungen, Einreden und Bestreitungen ausgeschlossen, die sie mit ihrem letzten Vortrag oder in ihrer letzten Rechtsschrift nicht vorgebracht haben (§ 114 ZPO/ZH). Die Parteien haben ihre Angriffs- und Verteidigungsmittel also konzentriert vorzubringen und sich auch eventuell für den Fall zu äussern, dass ihrem

Hauptstandpunkt kein Erfolg be- schieden oder das gegnerische Vorbringen wider Erwar- ten richtig sein sollte (Eventualmaxime; vgl. Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A. Zürich 1979, 181 ff.; Walder-Richli/Grob-Andermacher, a.a.O., § 19 Rz. 1 f.). Die Beklagte nahm im vorliegenden Verfahren zwecks Abwehr der Klage ei- nen Hauptstandpunkt (Verneinung einer Vertragsverletzung) sowie Eventual- standpunkte ein (Verneinung eines Schadens bzw. eines Schadens in der geltend

- 43 - gemachten Höhe; vgl. vorne Erw. III./3.). Sie war sich damit bewusst, dass sie sich nicht auf die Begründung eines (Haupt-)Standpunkts beschränken kann und es ihr nicht gestattet ist, erst später "dazu überzugehen, neue Angriffs- oder Ver- teidigungsmittel zur Begründung eines Eventualstandpunktes vorzubringen" (Wal- der-Richli/Grob-Andermacher, a.a.O., § 19 Rz. 1). Der Beklagten war sodann klar, dass die Frage, ob die Backup Withholding Tax im Rahmen der Schadensbe- rechnung zu berücksichtigen ist, einen zentralen Streitpunkt bildet. (Hierauf be- ziehen sich z.B. ihre Ausführungen auf den Seiten 6 bis 23 der Duplik.) Ange- sichts des klägerischen Standpunkts musste sie auch damit rechnen, dass die Backup Withholding Tax entgegen ihrer eigenen Auffassung im Rahmen der Schadensberechnung nicht berücksichtigt wird. Es musste ihr entsprechend auch bewusst sein, dass sie für diesen Fall einen allfälligen Rückgriffsanspruch gegen die Klägerin (ausgehend von der Inanspruchnahme durch die amerikanischen Behörden und das am 18. Februar 2009 zwischen ihr und dem Department of Justice abgeschlossene Deferred Prosecution Agreement) zu behaupten und dar- zulegen sowie die Einrede der Verrechnung und eine Verrechnungserklärung er- heben müsste, wenn sie solches im vorliegenden Verfahren hätte geltend machen wollen. Dies hat sie nicht – auch nicht andeutungsweise – getan, was angesichts der Dispositionsmaxime ihr gutes Recht und vermutlich wohlüberlegt ist. (Die Be- klagte belässt es bei einem pauschalen Hinweis auf ihre Zahlung aufgrund des Deferred Prosecution Agreement von insgesamt USD 780'000'000 in der "auch USD 400'000'000 für Backup Withholding Tax, Bussen sowie nicht bezahlte Steu- ern aufgrund von Geschäftsbeziehungen der Beklagten mit Kunden [...], deren Konten/Depots wie im vorliegenden Fall von U.S.- Personen für die widerrechtli- che Verringerung ihrer Steuerschulden in den USA verwendet worden" seien, enthalten seien, und hält dafür, dies müsse bei der Schadensberechnung berück- sichtigt werden. Weitere Ausführungen macht sie nicht, insbesondere auch nicht zum Betrag, der aufgrund der Geschäftsbeziehung mit der Klägerin an die ameri- kanischen Steuerbehörde abgeführt werden musste und überhaupt Gegenstand einer Überwälzung sein könnte.) Es ist nun nicht am Gericht nachzufragen, ob nicht doch noch entsprechende Vorbringen gemacht werden wollen. Nur wenn

- 44 - rechtzeitig erfolgte Vorbringen unklar, unvollständig oder unbestimmt bleiben, be- steht richterliche Fragepflicht im Sinne von § 55 ZPO/ZH. 4. Festzuhalten ist damit, dass die Frage eines allfälligen Rückgriffsanspruchs der Beklagten gegenüber der Klägerin hinsichtlich der Backup Withholding Tax nicht Gegenstand des vorliegenden Prozesses und entsprechend nicht zu behan- deln ist. Es bleibt beim Schadenersatzanspruch der Klägerin gemäss Erw. IV. VI. - Kosten- und Entschädigungsfolgen - Die Kosten werden in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt. Obsiegt keine Partei vollständig, werden die Kosten verhältnismässig aufgeteilt (§ 64 Abs. 2 ZPO/ZH). Im gleichen Verhältnis, wie ihr Kosten auferlegt werden, hat jede Par- tei in der Regel die Gegenpartei für aussergerichtliche Kosten und Umtriebe zu entschädigen (§ 68 Abs. 1 Satz 2 ZPO/ZH). Die Klägerin obsiegt zu rund 95%. Entsprechend sind die Kosten- und Ent- schädigungen im Verhältnis 95% zu

5% aufzuteilen. Die gegenseitig zu leistenden Entschädigungen sind zu "verrechnen", so dass sich die von der Beklagten an die Klägerin zu zahlende Entschädigung entsprechend reduziert. Aufgrund des ausländischen Sitzes der Klägerin ist ihr kein Mehrwertsteuerzusatz zuzusprechen (Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts vom 17. Mai 2006, Ziff. 2.1.1.). Das Gericht erkennt:

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