

# ZH\_HANDELSGERICHT HE120253 vom 8. November 2012

Zh Handelsgericht, 2012-11-08, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_handelsgericht\\_HE120253](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_handelsgericht_HE120253)

FR: ZH\_HANDELSGERICHT HE120253 du 8 novembre 2012

IT: ZH\_HANDELSGERICHT HE120253 del 8 novembre 2012

## Erwägungen

### E. 2

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich Mehrwertsteuer) zulasten der Klägerin." Der Einzelrichter zieht in Erwägung: 1. Mit Eingabe vom 19. Juni 2012 (Datum Poststempel) machte die Klägerin ihr Gesuch um Rechtsschutz in klaren Fällen anhängig (act. 1). Mit Verfügung vom 21. Juni 2012 wurde der Beklagten Frist zur Klageantwort und der Klägerin Frist zur Leistung eines Gerichtskostenvorschusses angesetzt (Prot. S. 2 f., Dispositiv Ziffern 2 und 5). Mit Eingabe vom 29. Juni 2012 beantragte die Beklagte die Sicherstellung einer allfälligen Parteientschädigung (act. 6). Nach Leistung des Gerichtskostenvorschusses (act. 5) und der mit Verfügung vom 3. Juli 2012 (Prot. S. 4, Dispositiv Ziffer 2) verlangten Sicherheit für die Parteientschädigung (act. 9) erstattete die Beklagte am 31. Juli 2012 ihre Klageantwort (act. 12). Das Verfahren nahm seine Fortsetzung mit einer weiteren Stellungnahme der Klägerin vom 30. August 2012 (act. 15) und einer Duplik vom 12. Oktober 2012 (act. 19).

- 3 -

### E. 2.1

Die Klägerin ist eine Gesellschaft panamaischen Rechts mit Sitz in Panama. Der Zweck der Gesellschaft umfasst generell sämtliche Handelstätigkeiten. Einzelzeichnungsberechtigter Direktor der Klägerin ist mit anderen C.\_\_\_\_\_, wohnhaft in der Schweiz. Wirtschaftlicher Berechtigter der Klägerin ist D.\_\_\_\_\_, ... Staatsbürger [des Staates E.\_\_\_\_\_] (act. 1 Rz. 6, act. 12 Rz. 11). Die Beklagte ist eine als Aktiengesellschaft ausgestaltete schweizerische Bank mit Sitz in F.\_\_\_\_\_ (act. 1 Rz. 8, act. 12 Rz. 12).

### E. 2.2

Die Parteien schlossen am 4. November 2010 ein "Account and Securities Deposit Agreement" (Depotvertrag), worin die Klägerin die Beklagte ermächtigte, zu ihren Gunsten ein Kontokorrentkonto in verschiedenen Währungen sowie ein Securities Depot zu eröffnen. Die Klägerin deponierte alsdann bei der Beklagten die streitgegenständlichen Anlagemünzen (act. 1 Rz. 10 und 12; nicht bestritten in act. 12). Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist die Herausgabe dieser Münzen.

### E. 2.3

Die Klägerin stellt sich auf den Standpunkt, dass die Beklagte gestützt auf Art. 475 Abs. 1 OR zur jederzeitigen Herausgabe der hinterlegten Münzen verpflichtet sei. Diese Bestimmung sei zwingender Natur, weshalb auch durch Parteiabrede nicht davon abgewichen werden könne. Eine solche Vereinbarung sei zwischen den Parteien auch nicht getroffen worden. Der Passus im Depotvertrag wonach die Rückgabe innert einer ortsüblichen Frist zu erfolgen habe, sei in casu irrelevant. Die Beklagte könne sich ferner

nicht auf ein Retentionsrecht berufen. Zweifelsohne liege kein Fall von Geldwäscherei vor. Andere Rechtfertigungsgründe für die Weigerung der Rückgabe der Anlagemünzen existierten nicht. Insbesondere könne die Rückgabe nicht mit dem Argument verweigert werden, dass die Beklagte beabsichtige, mit den amerikanischen Steuerbehörden ein sogenanntes FFI Agreement abzuschliessen und die Rückgabe der Münzen von den amerikanischen Steuerbehörden als Verstoß gegen den Geist der FATCA Regeln verstanden werden könnte. Auch sei Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG keine Rechtsgrundlage zur Beschränkung der vertraglichen Rechte eines Kunden (act. 1 Rz. 21 ff., act. 15 Rz. 5 ff.).

- 4 -

#### **E. 2.4**

Die Beklagte verweigert die Herausgabe der streitgegenständlichen Münzen mit der Begründung, dass ihr ansonsten straf-, steuer- und aufsichtsrechtliche Folgen drohten, solange die Klägerin nicht die betreffend Einhaltung der US-Steuerpflichten erforderlichen Dokumente vorgelegt habe. Zunächst führt die Beklagte aus, dass sich die Klägerin zur Beibringung der entsprechenden Dokumente vertraglich verpflichtet habe. Diese Verpflichtung sei dadurch zustande gekommen, dass sie der Klägerin mit Schreiben vom 30. Dezember 2011 (act.13/2) mitgeteilt habe, dass sie zusätzliche Informationen betreffend Einhaltung der US-Steuerpflichten benötige. In diesem Schreiben habe sie der Klägerin verschiedene Auswahlmöglichkeiten zur Beibringung der erforderlichen Informationen gelassen. Ferner habe sie der Klägerin eingeräumt, bis zum 31. Januar 2012 schriftlich zu erklären, dass sie die notwendigen Schritte unternehmen würde, um die Dokumente bis zum 30. Juni 2012 beizubringen. Von dieser Möglichkeit habe die Klägerin mit Schreiben vom 12. Januar 2012 Gebrauch gemacht (act. 13/3) und sich damit vertraglich verpflichtet, ihr – der Beklagten – die verlangten Dokumente in einer der verlangten Formen zu liefern. Weiter macht die Beklagte geltend, dass sich auch aus dem Depotvertrag kein bedingungsloses Rückforderungsrecht ergeben würde. Dieses stünde unter dem Vorbehalt von anderen (entgegenstehenden) gesetzlichen oder vertraglichen Bestimmungen. Gesetzliche und regulatorische Pflichten, die sie zu beachten habe, stünden im heutigen Zeitpunkt einer physischen Herausgabe der Münzen an die Klägerin entgegen. Dies sei insbesondere deshalb der Fall, weil im heutigen Zeitpunkt die physische Auslieferung der Goldstücke als ungewöhnliches Geschäft taxiert würde, nachdem die Klägerin bislang die erforderliche Dokumentation über die Einhaltung der US-Steuerpflichten nicht geliefert habe. Würde sie – die Beklagte – dieses Geschäft ausführen, so würde sie die von ihr als Bank zu erfüllende Anforderung der Gewähr für eine einwandfreie Geschäftsführung verletzen, was im schlimmsten Fall den Entzug der Banklizenz durch die FINMA zur Folge haben könne. Schliesslich schliesse die amerikanische Rechtslage die physische Herausgabe der Anlagemünzen aus. In naher Zukunft werde sie – die Beklagte – aufgrund des "Foreign Account Tax Compliance Act" (FATCA) mit der US-Steuerbehörde einen Vertrag abschliessen müssen, welcher detaillierte Identifikations-

- 5 -  
fiktions- und Meldepflichten für Konten und Depots von amerikanischen Kunden vorsehe. Nur so könne eine zusätzliche Quellensteuer zulasten der Bankkunden in Höhe von 30% vermieden werden, welche andernfalls auf sämtlichen Einkünften aus amerikanischen Wertschriften anfallen werde. In diesem Zusammenhang müsse sie eine Bestätigung abgeben, dass sie keine Kunden bei der Nichtdeklaration von Vermögenswerten unterstützt habe. Bei Ausführen der von der Klägerin gewünschten Transaktion wäre es ihr nicht mehr möglich, nach bestem Wissen und Gewissen und ohne

sich einem Risiko auszusetzen, diese Erklärung zu un- terzeichnen, denn es könne nicht ausgeschlossen werden, dass die verlangte physische Herausgabe von den US-Behörden als Verletzung von Sinn und Geist des künftigen Abkommens beurteilt werden könnte (act. 1 Rz. 7 ff., 14 ff., 25 ff., 28 ff. und 45 ff., act. 19 Rz. 13 ff., 22 ff. und 39 ff.).

### **E. 3**

Da die Klägerin Sitz in Panama und die Beklagte Sitz in F.\_\_\_\_\_ hat, liegt ein internationaler Sachverhalt vor. Die örtliche Zuständigkeit richtet sich deshalb nach den Bestimmungen des IPRG. Gemäss Art. 6 IPRG begründet die vorbehaltlose Einlassung in vermögensrechtlichen Streitigkeiten die Zuständigkeit des angerufenen schweizerischen Gerichtes. Die Beklagte hat die Zuständigkeit des Handelsgerichts Zürich nicht bestritten und eine Ablehnung durch das Gericht ist gemäss Art. 5 Abs. 3 lit. a und b IPRG nicht zulässig, weshalb das Handelsgericht sich als örtlich zuständig erweist und die Frage der gültigen Gerichtsstandsvereinbarung offen bleiben kann. Da der Streitwert von CHF 30'000 überschritten wird, beide Parteien im Handelsregister oder einem vergleichbaren ausländischen Register eingetragen sind, und Geschäftstätigkeit der Beklagten betroffen ist, erweist sich das Handelsgericht auch als sachlich zuständig (Art. 6 Abs. 2 ZPO in Verbindung mit § 44 lit. b GOG).

### **E. 4**

Der im Summarverfahren nach Art. 248 lit. b ZPO erteilte Rechtsschutz in klaren Fällen setzt voraus, dass der Sachverhalt unbestritten oder sofort beweisbar und die Rechtslage klar ist (Art. 257 Abs. 1 lit. a und b ZPO). Fehlt eine dieser beiden

- 6 - Voraussetzungen, ist auf das Gesuch um Gewährung dieses Rechtsschutzes nicht einzutreten (Art. 257 Abs. 3 ZPO). Die Rechtslage ist klar, wenn sich die Rechtsfolge bei der Anwendung des Gesetzes unter Berücksichtigung der Lehre und Rechtsprechung ohne Weiteres ergibt und damit die Rechtsanwendung zu einem eindeutigen Ergebnis führt (Urteil des Bundesgerichts 4A\_443/2011 vom 22. Februar 2012 E. 2). Wo richterliches Ermessen mit Bezug auf den Tatbestand oder die Rechtsfolge eine wesentliche Rolle spielt, liegt kein klares Recht vor (BSK ZPO-Hofmann, Art. 257 N 11). Nicht nur objektives Recht, sondern auch Verträge, Statuten etc. dürfen weder ausgelegt noch ergänzt oder angepasst werden, denn dabei muss der Richter auf den Grundsatz von Treu und Glauben zurückgreifen und letztlich von seinem Ermessen Gebrauch machen (siehe KUKO ZPO-JENT-SØRENSEN, Art. 257 N 8; HANS SCHMID, «Klares Recht» als Prozessvoraussetzung im zürcherischen Befehlsverfahren, in: Festschrift für Oscar Vogel, Beiträge zum schweizerischen und internationalen Zivilprozessrecht, 1991, S. 118; siehe auch ISAAK MEIER, Rechtsschutz im summarischen Verfahren als Alternative zum ordentlichen Zivilprozess im schweizerischen Recht: Beiträge zur Strukturanalyse der Rechtspflege, Köln 1997, § 8 II.1.d., S. 89). Wo der Gesuchsgegner liquid nachweisen kann, dass kein Anspruch gegen ihn besteht, wird das Gesuch um schnellen Rechtsschutz materiell abgewiesen (SUTTER-SOMM/LÖTSCHER, in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich Basel Genf 2010, Art. 257 N 25).

### **E. 5.1**

Zwischen den Parteien ist umstritten, ob sich die Klägerin gestützt auf die Korrespondenz vom 30. Dezember 2011/12. Januar 2012 verpflichtet hat, der Beklagten Unterlagen betreffend Einhaltung der US-Steuerpflichten zukommen zu lassen (act. 12 Rz. 19 ff., act.

15 Rz. 5 ff., act. 19 Rz. 13 ff.). Ein tatsächlicher Parteiwille der Parteien wurde nicht behauptet, weshalb das Zustandekommen einer Vereinbarung durch Auslegung zu ermitteln wäre. Dies ist nach dem Gesagten im Rechtsschutzverfahren nicht zulässig. Relevant ist dies allerdings nur, soweit die

- 7 - umstrittene Sachverhaltsfrage für den Anspruch der Klägerin überhaupt von Bedeutung ist.

### **E. 5.2**

Als unbedeutend taxiert wird die Frage von der Klägerin, die sich auf Art. 475 Abs. 1 OR beruft und geltend macht, es handle sich dabei um eine zwingende Norm, die von den Parteien nicht wegbedungen werden könne. Die klägerische Rechtsauffassung findet ihre Anhänger in der Lehre und Rechtsprechung. So schreibt GAUTSCHI, dass in der Formulierung von Art. 475 Abs. 1 OR zum Ausdruck komme, dass vom Hinterleger auf das Recht zu jederzeitiger Restitution nicht gültig verzichtet werden könne (BK-Gautschi, Bern 1962, Art. 475 Rz. 8c). STUPP führt aus, dass der Hinterleger jederzeit und somit auch vor Ablauf einer vereinbarten Dauer die Sache zurückfordern könne. Diese Vorschrift sei zwingend und könne nicht wegbedungen werden (CHK-Stupp, 2. Aufl. 2012, Art. 475 OR N 12). KOLLER teilt diese Auffassung mit Verweis auf weitere Lehrmeinungen und einen Entscheid der Obergerichts des Kantons Zürich, indem er ausführt, dass diese Bestimmung [gemeint ist Art. 475 OR] zwingendes Recht sei (BSK OR- Koller, 5. Aufl., Basel 2011, Art. 475 N 1). OSER/SCHÖNENBERGER führen indes aus, dass die Wegbedingung des Rückforderungsanspruches zu beliebiger Zeit nicht ausgeschlossen sei. Sie mache allerdings die auf Hinterlegung gerichtete Vereinbarung zu einer anderen Vertragsart (ZK-Oser/Schönenberger, Zürich 1945, Art. 475 N 5). Das Bundesgericht hat sich mit dieser Frage bislang nicht eindeutig auseinandergesetzt: In BGE 91 II 442 E. 5b hielt es lediglich fest, dass der Gesetzestext [in Art. 400 Abs. 1 resp. Art. 475 Abs. 1 OR] in Wirklichkeit bedeute, dass der Auftraggeber oder Hinterleger jederzeit die Möglichkeit habe, den Verwaltungsauftrag bzw. den Hinterlegungsvertrag aufzuheben. Nichts gesagt ist damit zur Frage, welche Rückgabemodalitäten zwischen den Parteien vereinbart werden können. Zentral war in diesem Fall die Frage, wann die Verjährungsfrist im Hinterlegungsvertrag zu laufen beginnt. Um dieselbe Frage ging es auch in dem von der Klägerin zitierten Entscheid BGE 133 III 37 (= PRA 96 [2007] Nr. 91): Das Bundesgericht hat in Erwägung 3.1 einzig festgehalten, dass der Hinterlegungsvertrag durch den Umstand gekennzeichnet sei, dass die einbezahlten Vermögenswerte dem Kunden zurückerstattet oder entsprechend den Instruktionen des Letzteren verwendet werden müssten. Auch daraus lässt sich der unbe-

- 8 - dingte und unabänderbare Rückgabeanspruch des Hinterlegers nicht zweifelsfrei erkennen.

### **E. 5.3**

Von einer klaren und gefestigten Rechtsprechung kann folglich nicht die Rede sein. Auch die Lehre ist, wenn doch klar zugunsten der klägerischen Rechtsauffassung tendierend, nicht einhellig derselben Meinung. Der Zürcher Kommentar wirft die interessante Frage auf, ob der vorliegend zu beurteilende Depotvertrag – anders als üblich – nicht als gemischter Vertrag mit Elementen der Hinterlegung und des Auftrags zu qualifizieren wäre (ZK-Oser/Schönenberger, Zürich 1945, Art. 475 N 5). Für die Klärung dieser Frage ist im Rechtsschutzverfahren nach Art. 257 ZPO kein Raum und es sind die Parteien auf das

ordentliche Verfahren zu verweisen.

#### **E. 5.4**

Im Übrigen ist festzuhalten, dass die genannten Kommentatoren sich nicht mit der Frage auseinandergesetzt haben, ob der zwingende Charakter von Art. 475 OR auch im internationalen Verhältnis uneingeschränkt gilt. In diesem Zusammenhang ist auf Art. 19 Abs. 1 IPRG zu verweisen, wonach anstelle des Rechts, das durch dieses Gesetz bezeichnet wird, die Bestimmung eines andern Rechts, die zwingend angewandt sein will, berücksichtigt werden kann, wenn nach schweizerischer Rechtsauffassung schützenswerte und offensichtlich überwiegende Interessen einer Partei es gebieten und der Sachverhalt mit jenem Recht in engem Zusammenhang steht. Wesentliches Anliegen des IPRG ist die Ausrichtung auf ein bei internationalen Verhältnissen angemessenes Resultat (VISCHER FRANK, Zwingendes Recht und Eingriffsgesetze nach dem schweizerischen IPR-Gesetz, in: *RabelsZ* 53 [1989], S. 438 ff., 449). In casu beruft sich die Beklagte auf den amerikanischen "Foreign Account Tax Compliance Act" (FATCA), gestützt auf den sie zum Vertragsabschluss mit der US-Steuerbehörde verpflichtet werde, in welchem sie bestätigen müsse, keine Kunden bei der Nichtdeklaration von Vermögenswerten unterstützt zu haben. Inwiefern der FATCA resp. der gestützt darauf zu schliessende Vertrag das Vertragsverhältnis mit der Klägerin zu beeinflussen vermag, wäre im Lichte von Art. 19 IPRG zu prüfen. Diese Prüfung bedarf einer intensiven Auseinandersetzung mit den einschlägigen Be-

- 9 - stimmungen, wofür im summarischen Rechtsschutzverfahren ebenfalls kein Raum besteht.

#### **E. 5.5**

Schliesslich stellt sich die Frage, ob das Verhalten der Klägerin als rechtsmissbräuchlich zu taxieren wäre, falls sie sich einerseits bereit erklärte, die für den Nachweis der US-Steuerkonformität verlangten Dokumente innert einer bestimmten Frist zu liefern und andererseits kurz vor Ablauf der Frist unerwartet die Herausgabe der Münzen verlangte und die Aushändigung der Dokumente verweigerte, im Wissen darum, dass sie damit die Beklagte in (zumindest standesrechtliche) Schwierigkeiten bringt. Auch diese Auslegung wäre mit einem grossen Ermessen des Gerichts verbunden und würde keineswegs eine klare Rechtslage im Sinne von Art. 257 ZPO entspringen. Damit ist auch aus diesem Gesichtspunkt die Klägerin auf den ordentlichen Prozessweg zu verweisen. In diesem Zusammenhang zeigt sich auch, dass es durchaus von Bedeutung ist, ob zwischen den Parteien überhaupt eine Vereinbarung zustande gekommen ist betreffend Aushändigung von Unterlagen zur Bescheinigung der US-Steuerkonformität (siehe Ziffer 5.1. der Erwägungen).

#### **E. 5.6**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass zwar Anhaltspunkte bestehen, welche für den klägerischen Herausgabeanspruch sprechen. Allerdings sind zu viele rechtliche Komponenten unklar und auch möglicherweise wesentliche Sachverhaltselemente umstritten, sodass nicht von einer klaren Rechts- und Sachlage gesprochen werden kann und die Parteien auf das ordentliche Verfahren zu verweisen sind. Auf die Klage ist damit nicht einzutreten. Nicht gefolgt werden kann dem Antrag der Beklagten auf Abweisung der Klage, denn es ist keineswegs liquida et certa festgestellt, dass die Klägerin keinen Herausgabeanspruch für sich geltend machen kann.

### **E. 6.1**

Obsiegt keine Partei vollständig, sind die Kosten nach dem Ausgang des Verfahrens zu verteilen (act. 106 Abs. 2 ZPO). Die Klägerin unterliegt mit ihrem Begehren; aber auch die Beklagte unterliegt mit ihrem Hauptantrag auf Abweisung des Gesuchs. Es rechtfertigt sich unter diesen Umständen, die Kosten zu

- 10 - 2/3 der Klägerin und zu 1/3 der Beklagten aufzuerlegen. Alsdann ist die Klägerin zu verpflichten, der Beklagten eine reduzierte Parteientschädigung zu bezahlen, wobei deren anwaltlichen Vertretung in Anwendung von § 4 Abs. 1 und § 9 Anw- GebV angemessen Rechnung zu tragen ist.

### **E. 6.2**

Die Beklagte macht einen Mehrwertsteueranspruch geltend (act.12 S. 2). Die Klägerin bestreitet den Anspruch der Beklagten auf Mehrwertsteuerersatz. Die Beklagte könne die Mehrwertsteuer in vollem Umfang als Vorsteuer in Abzug bringen und erleide deshalb keinen zusätzlichen Schaden (act. 15 Rz. 20). Die Beklagte entgegnet duplicando, dass sie die Mehrwertsteuer nicht in vollem Umfang als Vorsteuer in Abzug bringen könne, sondern bloss in Höhe von 38.18% (act. 19 Rz. 42).

### **E. 6.3**

Nachdem die Beklagte selbst eingesteht, dass sie einen Vorsteuerabzug von 38.18% tätigen könne, bestätigt sie, dass sie in diesem Umfang keinen Mehrwertsteueranspruch hat. Darüber hinaus hat sie nicht begründet, weshalb sie "nur" einen Vorsteuerabzug von 38.18% tätigen könne. Als Beweismittel nannte sie einen Zeugen. Zeugen sind im Summarverfahren indes nur dann als Beweismittel zuzulassen, wenn deren Einvernahme nicht zu einer wesentlichen Verfahrensverzögerung führt (Art. 254 Abs. 2 lit. a ZPO). Dies wäre vorliegend aber der Fall, weil der Zeuge eigens für die Befragung vorgeladen werden müsste. Mithin ist der Mehrwertsteueranspruch der Beklagten weder substantiiert behauptet worden noch wurden taugliche Beweismittel für den erforderlichen Nachweis erbracht. Damit ist der Antrag auf Entschädigung der Mehrwertsteuer abzuweisen. Der Einzelrichter erkennt:

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