

ZH_HANDELSGERICHT HG080050 vom 23. August 2012

Zh Handelsgericht, 2012-08-23, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_handelsgericht_HG080050

FR: ZH_HANDELSGERICHT HG080050 du 23 août 2012

IT: ZH_HANDELSGERICHT HG080050 del 23 agosto 2012

Erwägungen

E. 1

Parteien

E. 1.1

Der Streitwert richtet sich nach dem Rechtsbegehren des Klägers zur Zeit des Eintritts der Rechtshängigkeit (§ 18 Abs. 1 ZPO/ZH). Demzufolge beträgt der für die Bemessung der Gerichtsgebühr und der Prozessentschädigung massgebende Streitwert der Klage CHF 54'670'000.– (act. 1 S. 2; act. 22 S. 2).

E. 1.2

Der für die Zulässigkeit von Rechtsmitteln entscheidende Streitwert beträgt ebenfalls CHF 54'670'000.– (§ 18 Abs. 2 ZPO/ZH; Art. 51 Abs. 1 lit. a und Art. 112 Abs. 1 lit. d BGG). 2. Gerichtsgebühr und Prozessentschädigung

E. 1.3

Die Bestimmung des anwendbaren Rechts richtet sich im internationalen Verhältnis nach dem IPRG (Art. 1 Abs. 1 lit. b IPRG). Wie bereits bezüglich der Zuständigkeit festgehalten, macht die Klägerin Ansprüche aus Vertrag, unerlaubter Handlung und ungerechtfertigter Bereicherung geltend. Gemäss Art. 116 Abs. 1 IPRG untersteht der Vertrag primär dem von den Parteien gewählten Recht. Zwischen der Klägerin und der Beklagten besteht kein Vertrag, die Klägerin macht aber Ansprüche gegen die Beklagte gestützt auf eine

- 14 - Verletzung des Vertrages zwischen der Beklagten und E._____, dem Subcustodian Agreement von 1991 (act. 3/6), geltend. Dieses Subcustodian Agreement enthält in Ziffer 15(a) eine Rechtswahlklausel, wonach Schweizerisches Recht anwendbar ist ("Choice of Law: This Agreement shall be governed by and construed in accordance with the Laws of Switzerland"). Die Frage der Verletzung dieses Vertrages ist daher nach Schweizerischem Recht zu prüfen. Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung unterstehen nach Art. 128 Abs. 1 IPRG dem Recht, dem das bestehende oder das vermeintliche Rechtsverhältnis unterstellt ist, aufgrund dessen die Bereicherung stattgefunden hat. Besteht kein Rechtsverhältnis, so unterstehen die Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung dem Recht des Staates, in dem die Bereicherung eingetreten ist (Art. 128 Abs. 2 IPRG).

Vorliegend besteht zwischen der Klägerin und der Beklagten kein Rechtsverhältnis. Eine allfällige Bereicherung wird bei der Beklagten behauptet. Diese ist in der Schweiz domiziliert, weshalb auch bezüglich Ansprüchen aus ungerechtfertigter Bereicherung Schweizerisches Recht anzuwenden ist. Betreffend Ansprüchen aus unerlaubter Handlung bestimmt Art. 132 IPRG, dass die Parteien nach Eintritt des schädigenden Ereignisses stets vereinbaren können, dass das Recht am Gerichtsort anwendbar ist. Dies ist vorliegend nicht geschehen. Nach Art. 133 Abs. 1 IPRG unterstehen Ansprüche aus unerlaubter

Handlung dem Recht des Staates, in dem Schädiger und Geschädigter ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben. Art. 133 Abs. 2 IPRG hält für den Fall, dass – wie vorliegend – Schädiger und Geschädigter ihren gewöhnlichen Aufenthalt nicht im gleichen Staat haben, fest, dass das Recht des Staates anzuwenden ist, in dem die unerlaubte Handlung begangen wurde. Tritt der Erfolg nicht in dem Staat ein, in dem die unerlaubte Handlung begangen worden ist, ist das Recht des Staates anzuwenden, in dem der Erfolg eintritt, wenn der Schädiger mit dem Eintritt des Erfolges in diesem Staat rechnen musste. Der Handlungsort ist der Ort, an dem eine unerlaubte Handlung ganz oder teilweise ausgeführt wird, also ein für den Schaden ursächliches Geschehen stattgefunden hat (UMBRICHT/ZELLER, in: HONSELL/VOGT/SCHNYDER/BERTI, Basler Kommentar Internationales Privatrecht, 2. Aufl. 2007, N 19 zu Art. 129 IPRG). Der Erfolgsort ist derjenige Ort, an dem das

- 15 - unmittelbar betroffene Rechtsgut sich zur Zeit der Verletzung befindet, also wo die erste, unmittelbare Einwirkung auf das durch den Tatbestand einer Deliktsgeschützte Rechtsgut stattgefunden hat. Der Erfolgsort muss nicht mit dem Ort des Schadenseintritts, d.h. dem Ort, an dem weiterer Schaden eintritt, identisch sein (UMBRICHT/ZELLER, a.a.O., N 25 f. zu Art. 129 IPRG). Für einen vom Handlungsort abweichenden Erfolgsort trägt nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung der Kläger die Beweislast (UMBRICHT/ZELLER, a.a.O., N 12 zu Art. 133 IPRG unter Hinweis auf BGE 125 III 203, E.3.b, S. 7 f.). Die allfällig unerlaubte Handlung der Beklagten, die Belastung des Kontos der Klägerin mit den die von der Klägerin akzeptierten 65% übersteigenden 100% der Dividendenzahlung, erfolgte in der Schweiz. Einen vom Handlungsort abweichenden Erfolgsort macht die Klägerin nicht geltend. Demnach ist bezüglich Ansprüchen aus unerlaubter Handlung ebenfalls Schweizer Recht anzuwenden.

E. 1.4

Sämtliche von der Klägerin geltend gemachten Ansprüche sind somit nach Schweizerischem Recht zu prüfen. 2. Verrechnungssteuerproblematik von Dividendenzahlungen bei Leerverkäufen (Short-Bestand) und deren Lösung in der Praxis

E. 2

Sachverhalt

E. 2.1

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Klägerin kosten- und entschädigungspflichtig (§§ 64 Abs. 2 und 68 Abs. 1 ZPO/ZH).

E. 2.2

Die Bemessung von Gerichtsgebühr und Prozessentschädigung richten sich nach § 4 Abs. 1 der Verordnung des Obergerichts über die Gerichtsgebühren vom 4. April 2007 (GebV OG) respektive § 3 Abs. 1 i.V.m. § 6 Abs. 1 lit. a und c der Verordnung des Obergerichts über die Anwaltsgebühren (AnwGebV) vom 21. Juni 2006. Mehrwertsteuer ist nicht zuzusprechen (ZR 104 (2005) Nr. 76).

E. 2.3

Short-Verkauf (short-sale) Ein short-sale liegt vor, wenn der Verkäufer bei Abschluss des Verpflichtungsgeschäfts nicht über die Titel verfügt. Die zu liefernden Titel werden vor dem Settlement beschafft.

E. 2.4

Cum / ex-Transaktion Liegt bei einem Short Verkauf das trade-date vor dem Ex-Tag, das Settlement jedoch am oder nach dem Ex-Tag muss der Verkäufer dem Käufer eine Dividendenersatzzahlung leisten (manufactured dividend). Gegenüber dem Käufer wird auch in diesem Fall eine Dividendengutschrift in Höhe von 65 Prozent vorgenommen und auf der Ertragsabrechnung bzw. Abzugsbescheinigung ein Verrechnungssteuerabzug von 35 Prozent ausgewiesen. Ohne zusätzliche Massnahmen befinden sich nach solchen cross / ex-Transaktionen aus Short- Verkäufen somit Belege über mehr Verrechnungssteuer im Umlauf als effektiv von der ausschüttenden Gesellschaft abgeliefert worden ist. 3. Massnahmen zur Vermeidung der Rückerstattung nicht abgelieferter Verrechnungssteuer

E. 2.5

Die Beklagte ist genau so vorgegangen: Wie erwähnt verkaufte die Klägerin die Titel "cum div" und erzielte damit "einen leicht höheren Preis (dem Marktpreis entsprechend)", weil der Käufer davon ausgehen durfte, dass ihm die Nettodividende gutgeschrieben wird. Dies geschieht durch eine automatische Korrektur des (Computer-)Systems (act. 1 S. 14 Rz. 37). Die Klägerin glied das Gegengeschäft mittels Kauf derselben Menge Aktien aus. Mit dem an diesem Tag abgeschlossenen und vollzogenen Kauf der Aktien konnte die wenige Tage zuvor eingegangene Verpflichtung zum Verkauf erfüllt werden, indem die Aktien (erhalten vom Aktienverkäufer) gleich an den Käufer der Aktien ausgeliefert wurden (act. 1 S. 11 Rz. 22). Die Klägerin verfügte demnach vorerst nicht über die entsprechenden Titel, tätigte also sogenannte "Leerverkäufe" oder war "short". Daher wurden ihr bei all diesen Geschäften 65% der Nettodividende belastet (act. 1 S. 14 Rz. 38, S. 17 Rz. 51, S. 19 Rz. 62, S. 22 Rz. 73, S. 25 Rz. 87 und S. 27 Rz. 99; act. 14 S. 21 f. Rz. 79 ff.). Nachträglich wurden dem von der Beklagten geführten Unterkonto der Klägerin zuerst diese je 65% der Bruttodividenden wieder gutge-

- 20 - geschrieben, hernach aber 100% der Bruttodividenden belastet (act. 1 S. 28 f. Rz. 102 ff., insbes. Tabelle Rz. 105; act. 14 S. 22 f. Rz. 83 ff.). Rechnerisch wurden damit die den jeweiligen Käufern geschuldeten Ersatzleistungen (manufactured dividend) kompensiert, auf die sie an Stelle der Dividende Anspruch hatten (65%) sowie die Betreffnisse, welche die Beklagte gemäss Zirkular Nr. 6584 der SBVG an die ESTV abzuführen hatte (35%) und abgeführt hat (act. 3/67 S. 3). 3. Vertraglicher Anspruch der Klägerin

E. 2.6

Daher nahm die Klägerin mit der ESTV Kontakt auf und ersuchte nach einem vorangehenden Telefongespräch mit Schreiben vom 11. Juli 2007 (act. 3/65) um eine Feststellungsverfügung. Dem entsprach die ESTV nach weiteren Telefongesprächen und Korrespondenzen (vgl. act. 3/66; act. 3/67) mit Schreiben vom 15. November 2007 (act. 3/68 S. 2 f.), mit der Begründung, der Klägerin komme im Erhebungsverfahren keine Parteistellung zu, indes nicht. Auch mit Schreiben vom 28. November 2007 (act. 3/70) verweigerte die ESTV den Erlass einer anfechtbaren Verfügung und empfahl der Klägerin, angeblich zu Unrecht vorgenommene Verrechnungssteuerabzüge von der Beklagten zurückzufordern. In der Folge wurde eine Rechtsverweigerungsbeschwerde der Klägerin vom 19. Dezember 2007 (vgl. act. 23/7 S. 1 = act. 17 S. 1; act. 42/1 S. 4) vom Bundesverwaltungsgericht mit Urteil vom 21. April 2008 (Prozess Nr. A-8595/2007; BGVE 2008 Nr. 15 S. 190 ff.) gutgeheissen, worauf die ESTV mit Datum vom 16. Juli 2008 eine förmliche Nichteintretensverfügung erliess und eine Einsprache der Klägerin

dagegen mit Entscheid vom 9. Dezember 2008 abwies (vgl. act. 42/1 S. 5). Gegen diesen Einsprachentscheid erhob die Klägerin mit Eingabe vom 26. Januar 2009 (act. 42/1) Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht, welches diese mit Urteil vom 9. August 2010 (Prozess Nr. A-561/2009) guthiess und die ESTV anwies, über die Regressforderung der Klägerin eine Verfügung zu erlassen. Dem kam die ESTV nach und erliess am 12. Januar 2011 eine Verfügung (act. 50A S. 4 f.), mit welcher sie feststellte, dass die Belastung der Beklagten gegenüber der Klägerin in der Höhe von CHF 54.67 Mio. zu Recht erfolgt sei. Dies sinngemäss mit der Begründung, die Abführung der 35% der Ersatzzahlung stelle zwar mangels Vorliegen eines Kapitalertrags keine Verrechnungssteuer im Sinne von Art. 4 VStG dar, aber die Beklagte habe mit dem Ziel der Schadloshaltung des Bundes und zwecks Vermeidung der Teilnahme an einer Steuerstraftat, indem durch die Beklagte zum Vorteil eines anderen eine ungerechtfertigte Rückerstattung der Verrechnungssteuer oder ein anderer unrechtmässiger Steuervorteil gemäss Art. 61 lit. c VStG hätte erwirkt werden können, richtig gehandelt. Gegen diese Verfügung erhob die Klägerin Einsprache (vgl. act. 51 S. 7). Der Stand dieses Einspracheverfahrens bei der ESTV ist weiter nicht bekannt.

- 6 - Offenbar fordert die Klägerin den eingeklagten Betrag auch mittels Schadenersatzklage beim Eidgenössischen Finanzdepartement ein (act. 23/8 = act. 42/2 S. 6 f. und S. 9).

E. 3

Rechtsgutachten

E. 3.1

Parteivorbringen der Klägerin Die Klägerin macht geltend, der Vertrag zwischen E. _____ und der Beklagten, ein Konto bei der Beklagten einzurichten und zu führen, sei als Auftrag zu qualifizieren. E. _____ habe die Beklagte zur Erfüllung ihres Auftrages herangezogen. Die Beklagte habe gewusst, dass sie von E. _____ für E. _____'s Kunden und für E. _____ selbst für die Abwicklung der Geschäfte in der Schweiz beigezogen werde. Umgekehrt habe die Klägerin gewusst, dass E. _____ ausserhalb der Vereinigten Staaten Dritte zur Erfüllung des Vertrages beiziehe. Sie habe aber nicht gewusst, welche Bank es sein würde. Alle drei Parteien seien von einem Substitutionsverhältnis ausgegangen. Die Übertragung der Geschäfte an einen Dritten sei daher vertraglich vorgesehen und gewollt gewesen, auch wenn die Details des jeweiligen anderen Vertrages nicht bekannt gewesen seien. Die Beklagte sei damit Substitutin ohne direktes Auftragsverhältnis zur Klägerin. Damit habe die Klägerin keinen eigentlichen vertraglichen Anspruch gegen die Beklagte. E. _____ hätte das vertragliche Recht, das eigenmächtige Handeln der Beklagten, das als Vertragsverletzung zu qualifizieren sei, geltend zu machen und die eingezogenen Vermögenswerte zurückzuverlangen. Diesen Anspruch könne die Klägerin basierend auf Art. 399 Abs. 3 OR gegenüber der Beklagten direkt geltend machen. Aufgrund des vorliegenden Sachverhalts, einer indirekten Stellvertretung aufgrund eines Vertrages zwischen der Klägerin und E. _____ sowie eines solchen zwischen E. _____ und der Beklagten, wobei insbesondere letzterer eine klare Schutzwirkung zugunsten der Klägerin habe oder als Vertrag zugunsten Dritter zu qualifizieren sei, habe die Klägerin einen Direktanspruch gegen die Beklagte für

- 21 - den bei ihr (der Klägerin) eingetretenen Schaden (act. 1 S. 64 f. Rz. 213 ff. und S. 75 f. Rz. 252 f.; act. 22 S. 7 Rz. 8). Die Klägerin wirft der Beklagten vor, diese habe zumindest einzelne Absichtsgeschäfte der Klägerin für eigene Geschäfte (sog.

"Trittbrettgeschäfte") genutzt und mit diesen einen Verlust erlitten. Um diesen Verlust zu decken, habe die Beklagte das Unterkonto der Klägerin mit total CHF 54.67 Mio. belastet und diese Belastung damit begründet, dass sie hierzu gemäss dem Zirkular der SBVg von 1990 verpflichtet sei. Die Beklagte könne jedoch Verluste eigener Geschäfte nicht durch Fremdmittel decken. Durch das (eigennützige und unnötige) Einweben von Eigengeschäften habe die Beklagte einen Sachverhalt geschaffen, der durch das Zirkular Nr. 6584 nicht abgedeckt werde. Indem die Beklagte am Handelstag die ausgeliehenen Titel (als Teil ihrer Eigengeschäfte) an die Käufer der Klägerin ausgeliefert habe, sei gar kein sog. Leerverkauf erfolgt. Die Aktien seien durch die Beklagte noch vor dem Tag der Dividendenfälligkeit übertragen worden. Liege kein Leer-Verkauf vor, könne auch nicht von einer "Short"-Position gesprochen werden. Das Zirkular sei auf die geschilderten Sachverhalte nicht anwendbar. Da aber die Beklagte im Rahmen ihrer Eigengeschäfte Titel ausgeliehen habe, werde sie gemäss dem Kreisschreiben Nr. 13 vom 1. September 2006 für diese sog. Securities Lending Geschäfte ("SLB-Geschäfte") selber verrechnungssteuerpflichtig. Eine Überwälzung dieser Pflicht auf die Klägerin sei weder von Gesetzes wegen möglich noch im Zirkular Nr. 6584 noch im Kreisschreiben Nr. 13 noch vertraglich vorgesehen (act. 1 S. 7 f. Rz. 10, S. 38 Rz. 133, S. 42 f. Rz. 146 f. und S. 61 Rz. 198 ff.; act. 22 S. 18 Rz. 31). Die Abrechnungsbelege der Beklagten vom 25. April, 4. und 9. Mai 2007 zeigten, dass sie nicht einheitlich ausgestaltet seien, was darauf hinweise, dass das Vorgehen der Beklagten nicht routinemässig respektive standardisiert gewesen sei (act. 1 S. 36 Rz. 123). Die Klägerin führt weiter aus, selbst wenn das Zirkular anwendbar wäre, fehle diesem und den sich darauf stützenden Handlungen die gesetzliche Grundlage (act. 1 S. 8 Rz. 10; act. 22 S. 18 f. Rz. 33). Das Verrechnungssteuergesetz bestimme, dass auf jedem Aktientitel, auf dem eine Dividende ausbezahlt werde, 35% von der dividendenzahlenden Gesellschaft direkt an die ESTV zu überwei-

- 22 - sen seien und dem Aktionär (durch seine Bank) hierzu ein Rückerstattungsbeleg auszustellen sei. Wenn es aufgrund von Fehlern des Systems und der involvierten Banken dazu kommen könne, dass die Banken für einen Titel plötzlich zwei Belege im Umlauf brächten, könne kein Schweizer Verein mit internen (nicht öffentlichen) Regelungen bestimmen, dass ein (ehemaliger) Aktionär (und Nichtmitglied dieses Vereins) nun 35% des Dividendenertrags zu leisten habe. Dies gehe auch dann nicht, wenn die ESTV bei der Ausarbeitung der internen Vereinsregelung mitwirke und dabei ihre Interessen, nicht zu viele Rückerstattungen leisten zu müssen, wahren wolle. Das Einziehen von 35% des Dividendenertrages auf "virtuellen", gar nicht existierenden Aktientiteln bei einem ehemaligen Aktionär, um damit das Problem der zuviel im Umlauf befindlichen Belege zu lösen, bedürfe einer gesetzlichen Grundlage, die vorliegend fehle (act. 1 S. 39 Rz. 134). Die Gesetzgebungskompetenz zur Verrechnungssteuer liege beim Bund. Die ESTV übe, indem sie Weisungen erlasse, lediglich Verwaltungstätigkeit aus. Diese fände ihren Massstab und ihre Schranke gemäss Legalitätsprinzip im Gesetz im formellen Sinne (Art. 5 Abs. 1 und Art. 127 Abs. 1 BV). Namentlich der Kreis der Steuerpflichtigen, der Gegenstand der Steuer und deren Bemessung in den Grundzügen seien im Gesetz selbst zu regeln. Art. 34 VStG stelle die gesetzliche Grundlage für den Erlass einer Weisung durch die ESTV dar. Die Weisungen müssten stets mit dem höherrangigen Recht vereinbar sein und sich in dessen Rahmen bewegen. Denn die Kompetenz des Bundesrates und letztendlich der ESTV sei auf den Vollzug des VStG beschränkt (Art. 73 VStG). In der Regel seien diese Weisungen als Kreisschreiben, Rundschreiben oder ähnliches ausgestaltet. Gelegentlich arbeite die ESTV mit der SBVg gemeinsam Weisungen aus (wie

im vorliegenden Fall das Zirkular Nr. 6584). Solche Weisungen würden aus praktischen Gründen von der SBVg im Namen der ESTV publiziert und seien in den meisten Fällen (auch vorliegend) nur für die Mitglieder der SBVg zugänglich; somit also nicht für das Publikum bestimmt. Das Zirkular Nr. 6584 verpflichtete die Mitgliedbanken zur Entrichtung der zusätzlichen Verrechnungssteuer und nicht die Bankkunden respektive den Leerverkäufer. Die Beklagte hätte daher ihre eigenen Mittel zur Erfüllung dieser Pflicht verwenden müssen. Die Beklagte könne sich daher in Bezug auf das Behändigen der Vermögenswerte der Klägerin nicht

- 23 - auf das Zirkular Nr. 6584 berufen. Das Zirkular habe nur die Funktion einer verbandsinternen Orientierung über eine von der ESTV akzeptierte Besteuerungslösung, deren korrekte Umsetzung der Kontrolle durch die Vertreter der Steuerverwaltung vorbehalten sei. Keines der Zirkulare der SBVg könne weitergehende steuerliche Ansprüche und Pflichten begründen als das Gesetz selber. Was für das Zirkular Nr. 6584 als Orientierung an die Vereinsmitglieder (auf privatrechtlicher Ebene) gelte, habe das Bundesgericht selbst für sog. Verwaltungsverordnungen nicht anders bestimmt. Derartige Verordnungen gälten nicht als verbindliche Rechtssätze (act. 1 S. 48 ff. Rz. 165 ff., S. 54 Rz. 182 und S. 62 Rz. 201 und 204). Verhaltensanweisungen eines Vereins bänden lediglich die Mitglieder. Solle die Verhaltensanweisung Dritten gegenüber Wirkung haben, müssten diese vertraglich eingebunden werden (act. 1 S. 60 Rz. 196 f.). Das VStG sehe die zusätzliche Erhebung einer Verrechnungssteuer nicht vor (act. 1 S. 50 ff. Rz. 170 ff.). Schon das Konzept der VSt mache deutlich, dass die Klägerin als Steuersubjekt nicht in Frage komme (act. 1 S. 45 Rz. 154). Die Verrechnungssteuer sei eine reine Objektsteuer. Als Objekt komme einzig die Dividende in Betracht. Das Gesetz sehe nicht vor, dass das Vermögen einer Bank oder eines Aktionärs oder vertragliche Zahlungen oder Surrogatzahlungen Steuerobjekt seien. Es könne daher keine Verrechnungssteuer auf solchen Vermögenswerten erhoben werden (act. 1 S. 52 Rz. 178 und S. 54 Rz. 181). Auch für das Kreisschreiben Nr. 13 vom 1. September 2006 bezüglich Securities Lending and Borrowing sowie Repo-Transaktionen fehle es an einer gesetzlichen Grundlage (act. 1 S. 53 Rz. 179). Gemäss Art. 3 Abs. 3 VStG dürfe für jede steuerbare Leistung nur eine Bescheinigung ausgestellt werden. Adressat dieser Pflicht sei die Steuerpflichtige (die dividendenausschüttende Schweizer Gesellschaft) und allenfalls ihre Bank. Sollte es in der Praxis in der Tat vorkommen, dass zwei Belege für ein und dieselbe Dividende ausgegeben würden, hätte die Folgen der Verletzung dieser Pflicht nicht ein Aktionär (die Klägerin) zu tragen (act. 1 S. 55 Rz. 183). Es sei undenkbar, dass eine fehlende gesetzliche Grundlage von einer während mehr als eineinhalb Jahrzehnten mehr oder weniger gelebten Praxis ersetzt werden könne (act. 22 S. 32 f. Rz. 62 ff.).

- 24 - Die von der Klägerin beauftragten Gutachter seien auch zum Schluss gekommen, dass die (zusätzliche) Belastung im Umfang von 35% der Bruttodividenden keine schweizerische Verrechnungssteuer, keine Abgabe in der Art einer Steuer, ja gar keine öffentliche Abgabe, darstelle und dass die durch die Beklagte ergriffenen Massnahmen sich nicht unter Verweisung auf die schweizerische Verrechnungssteuer rechtfertigen liessen (wobei allerdings nicht a priori ausgeschlossen werden könne, dass dafür eine andere gesetzliche oder vertragliche Grundlage vorhanden sei). Eine öffentlichrechtliche Abgabe bedürfe einer formell-gesetzlichen Grundlage. Gewohnheitsrecht könne nicht an deren Stelle treten. Demnach bestehe für die Anwendung des Zirkulars Nr. 6584 kein Raum (act. 1 S. 57 f. Rz. 187 ff.; act. 22 S. 19 Rz. 34 und S. 22 f. Rz. 38 ff.). Die Klägerin legt alsdann

dar, es fehle an einer vertraglichen Grundlage. Das Vertragsverhältnis mit E._____ lasse eine derartige Belastung und die allenfalls später erfolgte Weiterleitung an die ESTV nicht zu (act. 1 S. 8 Rz. 10 und S. 63 Rz. 207). Allenfalls könne die Beklagte das Zirkular Nr. 6584 zur Grundlage für ein vertraglich zu vereinbarendes Recht machen. Ein solches Recht habe die Beklagte jedoch nie geltend gemacht und bestehe, abgesehen davon, auch nicht (act. 1 S. 48 Rz. 166). Das Zirkular Nr. 6584 könne nur gegenüber der Beklagten Verpflichtungen begründen (act. 22 S. 27 Rz. 47). Zwar bestimme Ziffer 4(f) des Vertrages zwischen E._____ und der Beklagten, dass Letztere berechtigt sei, Steuern dem Konto und damit auch dem Unterkonto der Klägerin zu belasten. Nach Ansicht der ESTV handle es sich eben nicht um eine Steuer sondern um einen Teil der Dividende. Eine Dividende sei auch keine Abgabe, weshalb sich das Recht aus Ziffer 4(f) gerade nicht ableiten lasse. Im Gegenteil bestimme Ziffer 3(b) des Vertrages, dass die Gelder der E._____ bzw. ihrer Kunden nicht zugunsten der Beklagten belastet bzw. verwendet werden dürfen. Diese Unterlassungspflicht habe die Beklagte verletzt. Dies stelle eine Vertragsverletzung dar (act. 1 S. 62 Rz. 203 f., S. 65 f. Rz. 216 und S. 69 Rz. 226). Wie der genannte Vertrag in Ziffer 17 weiter festhalte, regle er das gesamte Vertragsverhältnis zwischen E._____ und der Beklagten. Schriftliche von beiden Seiten unterzeichnete Ergänzungen oder Änderungen des Vertrages seien von der

- 25 - Beklagten bis heute nicht vorgelegt worden und existierten nicht. Jedenfalls seien solche der Klägerin nicht bekannt (act. 1 S. 62 f. Rz. 205). Die Frage, ob der von der Beklagten dem Unterkonto der E._____ (lautend auf die Klägerin) belastete Betrag von CHF 54.67 Mio., der in der Folge an die ESTV überführt worden sei, eine öffentliche Abgabe darstelle oder nicht, sei die zentrale Frage dieses Verfahrens. Als Ausnahme des vertraglichen Grundsatzes, dass das Vermögen auf den Konten der E._____ bei der Beklagten nicht für irgendwelche Abzüge verwendet werden dürfe, habe Ziffer 4(f) unter dem Titel "Payment of Taxes" [übersetzt: Bezahlung von Steuern] Eingang in den Vertrag gefunden. Die Beklagte sollte unter klar festgehaltenen Voraussetzungen das Recht haben, die Bezahlung von Steuern – wie der Titel es besage – vorzunehmen (act. 22 S. 11 ff. Rz. 16 ff. und S. 27 f. Rz. 48 ff.). Wie der Titel von Ziffer 4(f) bereits deutlich mache ("Payment of Taxes"), habe für die Beklagte lediglich das eingeschränkte Recht bestanden, öffentliche Abgaben zu bezahlen. Es hätten Steuern sein müssen oder "levies in the nature of taxes", Kausalabgaben. Insgesamt hätten die Parteien nur öffentliche Abgaben gemeint haben können. Hätten die Parteien öffentliche, durch eine staatliche Behörde auferlegte Abgaben als ausnahmsweise bezahlbar definiert, könne es sich nur um Geldleistungen handeln, die Private dem Staat kraft öffentlichen Rechts schulden. Das Erheben solcher öffentlicher Abgaben gehöre in den Bereich der Eingriffsverwaltung durch den Staat und unterstehe damit den für diesen Bereich besonders strengen Anforderungen des Legalitätsprinzips. Die verwendeten Begriffe in Titel und Text machten deutlich, dass es sich um eine Steuer; im weitesten Sinne um öffentliche Abgaben, erhoben durch eine staatliche Behörde, handeln müsse. Ausserhalb dieser Begriffe existierten nur "Nichtsteuern" und "Nichtabgaben", die die Beklagte als steuerähnlich qualifizieren wolle. Steuerähnliche oder abgabeähnliche Geldleistungen gebe es per definitionem nicht. Es komme hinzu, dass es der Wille von E._____ gewesen sei, dass sich die Beklagte an die gesetzlichen Vorgaben in der Schweiz halte. Dies manifestiere die entsprechende Bestimmung im Vertrag (Ziffer 2(e)). Mithin sei es nicht der Wille der E._____ gewesen, dass die bereits für sich als Ausnahmeziffer zu qualifizierende Ziffer 4(f)

- 26 - weit ausgelegt werde und Geldleistungen ausserhalb öffentlicher Abgaben mitumfasse, die zudem einen gesetzwidrigen Zustand stützten und das Resultat einer ungesetzlichen Finanzierungsmethode seien. Massgebend sei der übereinstimmende Parteiwille, der die Bezahlung von öffentlichen Abgaben vorsehe. In diesem Sinne sei auch Ziffer 4(f) zu verstehen. Losgelöst davon zeige sich, dass die Begriffe "taxes" und "levies in the nature of taxes", wie in Ziffer 4(f) verwendet, nur Geldleistungen bezeichnen, die nach schweizerischem Rechtsverständnis einer öffentlichen Abgabe (Steuern oder Kausalabgaben) entsprechen und rechtmässig erhoben würden. Zu diesem Schluss kämen auch die beiden Gutachter Rechtsanwälte und Steuerexperten Dr. G. _____ und Dr. H. _____ sowie Prof. Dr. I. _____. Sie hätten zudem festgestellt, dass sich die zusätzlich abzuführenden Geldmittel gemäss Zirkular Nr. 6584 nicht als öffentliche Abgabe nach schweizerischem Recht qualifizieren würden, weshalb auch die Belastungen des Unterkontos der E. _____ (lautend auf die Klägerin) durch die Beklagte nicht als Begleichung einer "tax" bzw. einer "levy in the nature of tax" zu würdigen seien (act. 22 S. 11 ff. Rz. 16 ff. und S. 28 f. Rz. 51 ff.). Weiter komme hinzu, dass sich die ESTV in Bezug auf die Überweisungen aufgrund des Zirkulars Nr. 6584 selbst nicht einmal als die steuererhebende Behörde qualifiziere. Unter diesen Umständen sei auch die weitere Voraussetzung "imposed on the Property by any governmental authority" nicht erfüllt. Folgerichtig könne sich die Beklagte nicht auf Ziffer 4(f) berufen, um Belastungen des Unterkontos vorzunehmen. Mache sie es trotzdem verletze sie den Vertrag (act. 22 S. 30 Rz. 55 f.). Die Beklagte "shall use its best efforts to secure relief from taxation"; entsprechende Anstrengungen habe die Beklagte unterlassen und seien bis dato weder substantiiert noch ansatzweise behauptet worden. Um ihre eigenen Interessen zu schützen habe die Beklagte solches erst gar nicht vorgenommen. Vielmehr habe sie ihren Kunden (inklusive E. _____) "verkauft", dass sie eine Verrechnungssteuer belaste. Daher sei eine weitere Voraussetzung zur Belastung des Unterkontos nicht erfüllt gewesen. Sei die Belastung trotzdem erfolgt, habe die Beklagte den Vertrag verletzt (act. 22 S. 30 Rz. 57). "The Payment of Taxes" setze weiter voraus, "provided that Subcustodian shall provide to Custodian an advice or notification as to any such payments". Das Bezahlen von öffentlichen

- 27 - Abgaben (Steuern oder Kausalabgaben) setze weiter voraus, dass die Beklagte die E. _____ berate oder über solche Belastungen notifiziere. Notifikationen in Bezug auf die einzelnen Belastungen Ende April und anfangs Mai 2007 seien erst mehrere Wochen nach Ausführung der Belastung erfolgt. Wäre die Anzeige rascher erfolgt, hätte die Klägerin einen grossen Teil der nun im Streit stehenden Transaktionen noch rechtzeitig durch andere Geschäfte ersetzen können. Die Besonderheit des gesetzwidrigen Zustandes und des ungesetzlichen Finanzierungssystems habe die Beklagte dazu verpflichtet, die Kunden wahrheitsgemäss zu informieren und nicht die Belastung einer Verrechnungssteuer zu suggerieren, um die eigenen Interessen zu schützen. Sie habe davon ausgehen müssen, dass gerade ausländische Kunden derartige "Feinheiten" nicht kennen konnten. So sei es auch bei E. _____ und der Klägerin gewesen, ansonsten hätten sie der Beklagten vor den Transaktionen mitgeteilt, dass eine allfällige Belastung nicht unter Ziffer 4(f) falle. Die Beklagte sei ihren Beratungs- und Informationspflichten nicht nachgekommen (act. 22 S. 31 Rz. 58 f.). "Subcustodian [Die Beklagte] will furnish Custodian with written explanations of its efforts to secure such relief". Eine schriftliche Erklärung darüber, welche Anstrengungen die Beklagte vorgenommen hatte, um die Vermeidung der öffentlichen Abgabe sicherzustellen, habe weder E. _____ noch die Klägerin erhalten.

Entsprechendes sei denn auch bis dato weder substantiiert noch ansatzweise behauptet worden. Auch diese Voraussetzung zur Belastung gemäss Ziffer 4(f) des Vertrages sei vorliegend nicht erfüllt. Eine Vertragsverletzung liege vor (act. 22 S. 31 f. Rz. 60 f.). Die Einwilligung der E. _____ zu den Belastungen von total CHF 54.67 Mio. werde bestritten. Und wenn sie erfolgt sei, seien sie aufgrund der wahrheitswidrigen Darstellungen der Beklagten erfolgt. Es sei der Wille von E. _____ gewesen, dass sich die Beklagte an die gesetzlichen Vorgaben in der Schweiz halte. Dies manifestiere Ziffer 3(e) im Vertrag. Gemäss Ziffer 2(e) habe E. _____ in guten Treuen davon ausgehen dürfen, dass die Beklagte bei der Erfüllung ihrer vertraglichen Pflichten hiesige Gesetze befolge, keine gesetzwidrigen Zustände aufrechterhalte und dabei auch keine ungesetzlichen Finanzierungssysteme zu ihrem eigenen Nutzen stütze. Sollte gerichtlich festgestellt werden, dass der Totalbetrag von CHF 54.67 Mio. nicht als öffentliche Abgabe zu qualifizieren sei, sei der Bezug

- 28 - unter dem Titel von Ziffer 4(f) des Subcustodian Agreements nicht gerechtfertigt und E. _____ habe sich im Moment der Zustimmung in einem objektiv und subjektiv wesentlichen und erkennbarem Irrtum befunden. Die Zustimmung der E. _____ sei nur erfolgt, weil sie den Darstellungen der Beklagten vertraut habe und es sich bei den von der Beklagten in Aussicht gestellten Kontobelastungen auch tatsächlich um öffentliche Abgaben gehandelt habe, die aufgrund von gesetzlichen Bestimmungen gegenüber der zuständigen Steuerbehörde geschuldet gewesen seien. E. _____ halte fest, dass sie den Ausführungen der Beklagten voll und ganz Glauben geschenkt habe und keine eigenen Abklärungen vorgenommen habe um festzustellen, ob die Entscheide der Beklagten zur Verrechnungssteuer schweizerischem Recht entsprächen. Jedenfalls sei sie davon ausgegangen, dass die Beklagte die Transaktionen in Übereinstimmung mit dem schweizerischen Recht korrekt behandelt habe (act. 22 S. 15 ff. Rz. 23 ff., S. 29 Rz. 53 und S. 47 f. Rz. 116). Die Klägerin bringt sodann vor, die Beklagte müsse im Rahmen von Ziffer 4(f) zum Nutzen und nicht zum Schaden des Vermögens der E. _____ und ihrer Kunden handeln. Die Beklagte habe auch um ihre Verantwortung gemäss Ziffer 11 des Subcustodian Agreements gewusst, wonach sie auch für den Schaden der Kunden der E. _____ aufzukommen habe. Die Beklagte habe weiter die Problematik im Zusammenhang mit dem Zirkular Nr. 6584 gekannt. Sie habe die E. _____ diesbezüglich nicht wahrheitsgemäss informiert. E. _____ und ihre Kunden hätten ein besonderes Interesse daran gehabt zu wissen, ob es sich um eine Steuer handle oder nicht und ob die Praxis nach dem Zirkular Nr. 6584 von den Gerichten geduldet werde oder nicht. Durch Vorspiegelung falscher Tatsachen und Verletzung ihrer Beratungs- und Informationspflichten habe die Beklagte ihren Vertrag mit E. _____ verletzt (act. 22 S. 13 f. Rz. 19 ff.). Schliesslich macht die Klägerin geltend, zwischen der Schweiz und F. _____ bestünde ein Doppelbesteuerungsabkommen. Demnach bestünde für die Klägerin das Recht, wenigstens einen Teil zurückzufordern. Dieses Recht werde ihr nicht zugestanden (act. 1 S. 55 Rz. 184). Falls Short-Positionen als erstellt zu betrachten seien, sei zu beachten, dass sich solche nicht als Dividenden oder sonstige

- 29 - Kapitalerträge eines inländischen Ertragsschuldners im Sinne des DBA CH-F. _____ qualifizierten. Short-Positionen bzw. "manufactured dividends" seien keine wirklichen Einkünfte oder Kapitalerträge für die das DBA ein Quellenbesteuerungsrecht zugunsten des Quellenstaates vorsehe. Vielmehr handle es sich um rein fiktive, rechnerische Positionen, die insbesondere nicht unter den Dividendenbegriff des DBA CH-F. _____

fielen. Unter dem auf die Klägerin anwendbaren DBA CH-F. _____ sei daher keine Schweizer Steuerhoheit für solche Short-Positionen gegeben; die Klägerin dürfe für ihre Verkaufserlöse und Verkaufsgewinne auf Wertschriften ausschliesslich in F. _____ besteuert werden. Selbst wenn davon ausgegangen würde, dass die zusätzliche "Verrechnungssteuer" auf Short-Positionen als vom Verrechnungssteuergesetz gedeckt anerkannt würde, müsste sie vor dem übergeordneten abweichenden Staatsvertragsrecht (DBA) zurücktreten, welches kein Besteuerungsrecht des Quellenstaates für solche Positionen vorsehe. Allfällige erhobene und bezahlte "zusätzliche Verrechnungssteuer" müsse deshalb vollumfänglich zurückerstattet werden, da die Erhebung gegen das DBA CH-F. _____ verstosse (act. 1 S. 63 f. Rz. 209 ff.). Zusammenfassend bestehe das Zirkular Nr. 6584 und sei nach wie vor in Kraft. Es möge für die Beklagte verbindlich sein, nicht jedoch für die Klägerin. Es sei auf den vorliegenden Sachverhalt nicht anwendbar und habe zudem keine gesetzliche Grundlage. Die Klägerin könne daher nicht zur Zahlung verpflichtet werden. Der Eingriff der Beklagten in das Vermögen der Klägerin lasse sich weder vertraglich noch gesetzlich rechtfertigen. Zwischen der Handlung der Beklagten und dem entstandenen Schaden bestehe zweifellos ein Kausalzusammenhang. Als Folge der nichtgehörigen Erfüllung hafte die Beklagte (Art. 398 OR i.V.m. Art. 97 ff. OR). Indem die Beklagte ohne Berechtigung und ohne Weisung Bezüge vom Konto der Klägerin vornehme, begehe sie eine Vertragsverletzung nach Art. 397 OR (act. 1 S. 43 Rz. 146 und Rz. 148, S. 66 Rz. 216).

E. 3.2

Parteivorbringen der Beklagten Die Beklagte hält den Ausführungen der Klägerin entgegen, Art. 399 Abs. 3 OR bilde für sich allein keine Grundlage, den Substituten für Schäden des Auftraggebers zu belangen. Zudem könne sich die Klägerin nach Sinn und Zweck der Bestimmung nicht auf Art. 399 Abs. 3 OR berufen. Nach richtiger Ansicht solle diese Norm einen Ausgleich schaffen für das gesetzliche Haftungsprivileg des Beauftragten gemäss Art. 399 Abs. 2 OR. Die Haftungsbeschränkung von E. _____ ergebe sich jedoch nicht aus Gesetz, sondern aus dem zwischen Klägerin und E. _____ geschlossenen Vertrag (Section 4.05 (a)). Eine Haftungsbeschränkung, der die Klägerin vertraglich zugestimmt habe, begründe nicht die besondere Schutzbedürftigkeit auf ihrer Seite, die der Regelung von Art. 399 Abs. 3 OR zugrunde liege. Diese Bestimmung sei hier deshalb nicht anwendbar (act. 14 S. 56 f. Rz. 203 ff.). Die einzige von der Klägerin genannte Vertragsklausel, woraus sich die angebliche, bestrittene "klare Schutzwirkung" zu ihren Gunsten ergeben solle, sei die Präambel des Subcustodian Agreements. Das sei mitnichten eine ausreichende Basis für den von der Klägerin angerufenen juristischen Ausnahmetatbestand. Zudem zeigten verschiedene Umstände, dass es gerade nicht dem Parteiwillen entsprochen habe, der Klägerin vertragliche Ansprüche gegen die Beklagte zuzugestehen (act. 14 S. 57 ff. Rz. 209 ff.). Die Behauptung, so die Beklagte weiter, sie habe Eigengeschäfte "eingewoben", entbehre jeglicher Grundlage und sei schlicht unzutreffend. Die Beklagte habe im Zusammenhang mit den streitgegenständlichen Transaktionen einzig und allein vertragsgemäss Instruktionen von E. _____ befolgt und keine Eigengeschäfte damit verbunden. Solche Eigengeschäfte hätten für die Beklagte auch keinen erkennbaren wirtschaftlichen Sinn gemacht. Es sei notorisch, dass Custodians bzw. Sub-Custodians Lieferaufträge ihrer Kunden nur dann ausführten, wenn entsprechende Bestände im Depot vorhanden seien. Ansonsten würden sie das unsinnige Risiko auf sich nehmen, Lieferungen vorzunehmen, ohne sicher zu sein, dass der Kunde später

entsprechende Deckung beschaffe (act. 14 S. 17 f. Rz. 61 ff.). Aufgrund der Daten auf den Auftragsbestätigungen ergebe sich, dass die Aktien weisungsgemäss am jeweiligen Settlement-Datum geliefert worden seien. Es habe somit entgegen der Behauptung der Klägerin weder eine sofortige Lieferung stattgefunden noch sei eine Securities Lending and Borrowing ("SLB") Transaktion erfolgt (act. 14 S. 21 Rz. 78). Die Übereinstimmung der Referenznummern der Dividendenabrechnungen mit der Auftragsnummer von E._____ auf der via SWIFT erteilten Instruktion zur Auslieferung der betreffenden Titel belege eben-

- 31 - falls, dass die Cross-Ex-Compensation aufgrund ebendieser Auslieferung erfolgt sei (act. 14 S. 22 Rz. 80). Ein "Einweben" sei auch gar nicht möglich gewesen, denn die technische Abwicklung, worauf sich die Funktion der Beklagten als Sub-custodian beschränkte, laufe vollautomatisiert ab (act. 22 S. 14 ff. Rz. 55 ff.). Weiter führt die Beklagte aus, die Praxis gemäss Zirkular Nr. 6584 sei für die Beklagte in mehrfacher Weise verbindlich, weshalb sie verpflichtet gewesen sei, ihr Verhalten daran zu orientieren. Zum einen sei das Zirkular in enger Zusammenarbeit zwischen SBVg und ESTV entstanden und widerspiegele, was gemäss ESTV schon von Gesetzes wegen gelte und von den Banken bei Vermeidung steuerlicher Nachteile zu beachten sei. Das Zirkular Nr. 6584 gebe zudem eine bereits bestehende Verwaltungspraxis wieder. Zum andern qualifiziere Zirkular Nr. 6584 als "Instruktion" der SBVg an die Mitgliedbanken und sei für die Beklagte daher auch standesrechtlich bindend. Und drittens hätte die ständige Beachtung des Zirkulars durch alle Schweizer Banken seit nahezu zwei Jahrzehnten – wäre das Zirkular nicht ohnehin Abbild der Anwendung des VStG durch die ESTV – selbst Gewohnheitsrecht geschaffen und wäre auch daher verbindlich. Nebst der Einhaltung der Gesetze und der Standesregeln gehöre auch die Beachtung der Gebräuche des Geschäftsverkehrs ("usages de la profession") zur Gewähr für einwandfreie Geschäftstätigkeit i.S.v. Art. 3 Abs. 2 it. c BankG. Die Beklagte als reguliertes Institut unter Aufsicht der EBK [heute: FINMA] habe sich auch deshalb strikt an die Rechtsordnung sowie (u.a.) an die Vorgaben der Selbstregulierung zu halten (vgl. auch Subcustodian Agreement mit E._____, Ziffer 2(b)). Zusammengefasst sei die Beklagte wie alle Schweizer Banken zur Beachtung von Zirkular Nr. 6584 verpflichtet. Sie verfüge diesbezüglich über keinerlei Ermessen (act. 14 S. 7 Rz. 15 und S. 48 f. Rz. 171 ff.). Dass Zirkular Nr. 6584 dem Verständnis der ESTV entspreche, belege schon der Umstand, dass die ESTV eigens das Formular 102 M "Verrechnungssteuer auf Zins- und Dividendeneträgen, die aus Short-Positionen, dem Securities Lending bzw. Borrowing oder dem Repo-Geschäft entstanden sind (Manufactured payments)" geschaffen habe, das von Banken bei Entrichtung der Verrechnungssteuer auf Dividendenausgleichszahlungen zu verwenden und von der Beklagten

- 32 - verwendet worden sei. Zudem Sorge die ESTV selber für die Durchsetzung von Zirkular Nr. 6584 und fordere nicht entrichtete Abgaben von Amtes wegen nach (Ziffer IV). Tatsächlich fänden regelmässig derartige Kontrollen bei der Beklagten statt. Die ESTV habe die in Zirkular Nr. 6584 festgehaltene Praxis mit Kreisschreiben Nr. 21 vom 1. April 2008 bestätigt und die bestehende Praxis durch Einführung eines Tax-Voucher-Systems auf ausländische Banken ausgedehnt. Im selben Kreisschreiben habe die ESTV auch im Einzelnen den Ablauf rekapituliert, wie er sich abspielen müsse und auch im vorliegenden Fall abgespielt habe. Die ESTV habe mit diesem Kreisschreiben nochmals ausdrücklich bestätigt, dass Schweizer Banken verpflichtet gewesen seien und seien, das im Zirkular Nr. 6584 beschriebene Prozedere einzuhalten. Nichts anderes habe die Beklagte getan (act. 14

S. 49 ff. Rz. 178 ff.). Die Beklagte habe eine steuerstrafrechtliche Garantenpflicht gegenüber der ESTV getroffen, zu verhindern, dass aus Short-Positionen, welche die Beklagte erkannt hatte, Beträge rückerstattet würden, die nie abgeliefert worden seien (act. 14 S. 52 Rz. 186). Auch der von der Beklagten beauftragte Gutachter Prof. Dr. J. _____ bestätige, dass die Beklagte verpflichtet gewesen sei, die ständige Verwaltungspraxis gemäss Zirkular Nr. 6584 vorliegend einzuhalten, und dass sie dabei in jeder Hinsicht korrekt vorgegangen sei (act. 14 S. 47 f. Rz. 166 ff. und S. 51 Rz. 184). Die Frage, ob die Praxis der ESTV gemäss Zirkular Nr. 6584 über eine hinreichende gesetzliche Grundlage verfüge, sei im vorliegenden Zivilprozess irrelevant. Die Beklagte sei aufgrund der als Subcustodian übernommenen beschränkten vertraglichen Pflichten nicht verpflichtet, und sie sei auch nicht befugt, behördliche und standesrechtliche Anordnungen wie ein Gericht akzessorisch zu prüfen und ihnen im Einzelfall nach eigenem Ermessen die Anwendung zu versagen. Schon gar nicht könne dies zutreffen für Anordnungen, die bereits bei Vertragsschluss (und dies schon seit langem) angewandt würden, und deren Anwendung der Vertragsgegenpartei bekannt sei. Wie das Gutachten J. _____ aber aufzeige, lasse sich die Verwaltungspraxis gemäss Zirkular Nr. 6584 sehr wohl und in mehrfacher Hinsicht auf eine gesetzliche Grundlage zurückführen. Ausgangspunkt sei der dem System der Verrechnungssteuer immanente Grundsatz, dass nur Verrechnungssteuer zurückerstattet werde, welche zuvor vom Schuldner der

- 33 - steuerbaren Leistung auch abgeliefert und nach Art. 14 VStG überwältigt worden sei. Es dürfe im System der Verrechnungssteuer keine Rückerstattung nicht abgelieferter Verrechnungssteuern geben. Die Dividendenersatzzahlung beim Käufer, der weder wissen noch wissen könne, dass er keine originäre Dividende erhalte, werde steuerlich als Dividende behandelt; der Käufer erhalte von seiner Bank eine Coupongutschrift mit Abzugsbescheinigung und könne gestützt darauf die Rückerstattung der Verrechnungssteuer von 35% der Bruttodividende beantragen. Mit andern Worten wandle sich die Ersatzleistung des Short-Verkäufers auf dem Weg zum Aktienkäufer, bei dem sie als echte Dividende erscheine. Damit das Einkommens- und Verrechnungssteuersystem geschlossen bleibe, müsse diese Leistung konsequenterweise auch als Dividende behandelt werden. Art. 4 Abs. 1 lit. b VStG erkläre als Gegenstand der Verrechnungssteuer unter anderem "Gewinnanteile und sonstige Erträge" auf dem Ertrag beweglichen Kapitalvermögens inländischer Aktien, Partizipations- und Genussscheine. Die Leistung des Short-Verkäufers, der dem Aktienkäufer eine Dividende verspreche und im Ergebnis auch leiste, lasse sich zwanglos unter den Wortlaut "sonstige Erträge" subsumieren. Steuersubjekt sei der Schuldner der steuerbaren Leistung, vorliegend also die Klägerin bzw. die für sie handelnde Bank (hier: die Beklagte), welche die entsprechenden Titel samt Dividende (und über das Bankensystem entsprechende Dividendenbestätigungen) liefere. Die vorliegende Konstellation sei auch nicht singulär, sondern analog zum Fall des Terminkaufs zu beurteilen, wo derjenige, der dem Terminkäufer die Verrechnungssteuer belaste, nach unbestrittener Ansicht verpflichtet sei, diese Steuer der ESTV abzuliefern. Sichergestellt werde die Ablieferungspflicht durch die Strafbestimmungen von Art. 61 ff. VStG. Würde in der gegebenen Konstellation die Verrechnungssteuer nicht abgeliefert, würde sich insbesondere die Frage eines Verstosses gegen Art. 62 Abs. 1 lit. b VStG stellen. Hätte die Beklagte die Verrechnungssteuer nicht abgeführt oder der Klägerin eine Abzugsbescheinigung ausgestellt, so hätte sie sich dem Risiko ausgesetzt – und mit ihr alle andern Banken, die mit derselben Situation konfrontiert seien –, der Teilnahme am Gefährdungstatbestand von Art. 62 VStG beschuldigt zu werden. Die Beklage, die neben

der Klägerin als einzige die Short-Position habe erkennen können, hätte zugelassen, dass durch die Käuferbank eine Abzugs-

- 34 - bescheinigung ausgestellt werde, die ungerechtfertigte Rückforderungen der Verrechnungssteuer ermöglicht hätte. Die Entrichtung der Verrechnungssteuer sei damit auch mit Blick auf Art. 62 VStG gesetzlich geboten: Die Bank, welche für den Short-Verkäufer Aktien ohne Dividendencoupon liefere, müsse, um nicht Strafbarkeit wegen Gehilfenschaft bei Ausstellung einer unrichtigen Abzugsbescheinigung zu riskieren, den Betrag abliefern, welcher vom Aktienkäufer – gestützt auf den Rückerstattungsbeleg – bei der ESTV zurückgefordert werden könne. Was die Klägerin als vermeintlich gesetzmässig unterstelle, werfe sogar (gemein-)strafrechtliche Fragen auf. Es sei der Beklagten und den für sie handelnden Personen nicht zuzumuten, sich dem Risiko gemeinstrafrechtlicher Verfolgung auszusetzen (act. 14 S. 52 ff. Rz. 187 ff.; act. 26 S. 33 f. Rz. 147 ff.). Die Beklagte bringt sodann vor, keine Vertragsverletzung begangen zu haben, insbesondere weil E._____ erwartet habe, dass die Beklagte sich wie jede andere Schweizer Bank an die hier geltenden Regeln halte (Subcustodian Agreement Ziff. 2 lit. e: "... the execution, delivery and performance of this Agreement by Subcustodian do not violate any Swiss applicable laws or regulations"). Zu diesen "regulations" gehöre auch Zirkular Nr. 6584 als Ausdruck der geltenden Verwaltungspraxis und Teil der Selbstregulierung (act. 26 S. 12 Rz. 46). Die Beklagte habe sich gegenüber E._____ nicht verpflichtet gehabt, der ständigen Praxis der ESTV und Zirkular Nr. 6584 zuwiderzuhandeln (act. 14 S. 5 Rz. 9). Die Beklagte könne der Klägerin weiter alle Einwendungen und Einreden aus ihrem Vertragsverhältnis mit E._____ entgegenhalten. Die Klägerin müsse sich das Wissen und die Zustimmung von E._____ zur Vorgehensweise der Beklagten vollumfänglich zurechnen lassen. Massgebend wäre somit allein, ob E._____ Ansprüche aus Vertragsverletzung gegenüber der Beklagten zustehen würden. Das sei aus einer Reihe von Gründen zu verneinen. Selbst wenn, was aber nicht zutrefte, das Zirkular sich nicht auf eine ausreichende gesetzliche Grundlage stützen könne, so stehe die Verbindlichkeit des Zirkulars Nr. 6584 für die Klägerin aus vertragsrechtlicher Sicht vorliegend gar nicht zur Debatte: Die Beklagte habe sich im Subcustodian Agreement verpflichtet, gewisse Aufgaben bei der Abwicklung von Wertschriftentransaktionen zu übernehmen. E._____ als Auftraggeberin habe sich demgegenüber einzig zur Entschädigung dieser Leistungen verpflichtet. Dann

- 35 - aber entfalle mit dem zutreffenden Eingeständnis der Klägerin, dass die Beklagte an das Zirkular Nr. 6584 gebunden gewesen sei, von vornherein jegliche Vertragsverletzung. Tatsächlich gehe es darum, welche Art der Vertragserfüllung E._____ nach dem Vertrauensprinzip von der Beklagten gestützt auf das Subcustodian Agreement habe erwarten dürfen. Das Subcustodian Agreement habe der Beklagten klar umrissene technische Aufgaben beim Settlement von Wertschriftentransaktionen zugewiesen. Dabei habe E._____ gerade deshalb mit der Beklagten kontrahiert, weil es sich bei ihr um eine Bank handle, die Gewähr für eine einwandfreie Geschäftsführung zu bieten habe (Subcustodian Agreement, Ziffer 2 lit. b). E._____ habe nach dem Vertrauensprinzip davon ausgehen können – was E._____ auch tatsächlich getan habe – dass die Beklagte sich an das für sie verbindliche Zirkular Nr. 6584 halte. Und E._____ habe auch positiv darum gewusst, dass die Beklagte sich daran halte. Weder nach dem Wortlaut noch dem Sinn des Subcustodian Agreements sei es demgegenüber vertragliche Pflicht der Beklagten gewesen, noch habe E._____ dies erwarten können und dürfen, dass die Beklagte eine seit Jahrzehnten bestehende behördliche Praxis missachte, insbesondere wenn deren

Missachtung zu steuerrechtlichen und möglicherweise (steuer-) strafrechtlichen Konsequenzen für die Beklagte geführt hätte. E._____ habe nicht erwarten können und dürfen, dass die Beklagte im Rahmen ihrer rein finanztechnischen Abwicklungsrolle nach Jahr und Tag eine akzessorische Prüfung eines Zirkulars vornehmen werde. Weder lasse sich eine derartige Vertragspflicht aus dem Wortlaut des Subcustodian Agreements ableiten, noch habe dies dem Parteiwillen entsprochen. Es wäre auch gänzlich ungewöhnlich. Es wäre umso ungewöhnlicher, als die fragliche Praxis schon längst gegolten habe, als E._____ mit der Beklagten das Subcustodian Agreement abgeschlossen habe. Mangels einer vertraglichen Pflicht, das für die Beklagte verbindliche Zirkular Nr. 6584 zu missachten, entfalle auch aus diesem Grund eine Vertragsverletzung (act. 14 S. 59 ff. Rz. 212 ff.). Die Beklagte sei auch nicht nur ermächtigt, das anwendbare Zirkular Nr. 6584 zu beachten, sondern gemäss dem einschlägigen Wortlaut des Subcustodian Agreements sei sie dazu verpflichtet. In Ziffer 4 lit. f habe sich die Beklagte verpflichtet, alle Steuern und ähnlichen Abgaben zu bezahlen, die im Zusammen-

- 36 - hang mit der Verwahrung bzw. Ein- und Auslieferung der Wertschriften für E._____ angefallen seien. Die von der Beklagten an die ESTV entrichtete Verrechnungssteuer sei davon mit umfasst gewesen. Das Gutachten J._____ komme richtigerweise zum Schluss, dass die Manufactured Dividend unter Art. 4 Abs. 1 lit. b VStG subsumiert werden könne und damit eine Steuer darstelle. Selbst wenn man mit der Klägerin davon ausgehen wollte, dass es sich bei der Verrechnungssteuer auf einer Manufactured Dividend dogmatisch nicht um eine Steuer handle, so stelle sie doch zweifelsohne eine "Abgabe in der Art einer Steuer" ("levies in the nature of taxes") dar: Sie werde von der ESTV, einer "governmental authority", erhoben, die auch deren Abführung kontrolliere und sie werde vom Käufer cum dividend bei der ESTV auch als Verrechnungssteuer zurückgefordert. Die gegenteilige Lesart der Klägerin sei nicht haltbar. Sie lasse sich weder auf den Wortlaut des Subcustodian Agreements noch auf den mutmasslichen Parteiwillen von E._____ und der Beklagten stützen: Im Rahmen der Erfüllung des Subcustodian Agreements durch die Beklagte seien keine Kausalabgaben angefallen. Es sei einzig und allein Verrechnungssteuer angefallen, weshalb die Parteien mit Ziffer 4 lit. f. auch nur diese Abgabe hätten gemeint haben können. Obwohl das Gutachten I._____ die in der Schweiz bekannten Kausalabgaben breit abhandle, schweige sich die Klägerin denn auch darüber aus, welche Kausalabgabe im Subcustodian Agreement konkret hätte gemeint sein können. Die Klägerin stütze ihre Auslegung von Ziffer 4 lit. f allein auf die Systematik des Schweizer Abgabenrechts. Auch vor diesem dogmatischen Hintergrund – der vertraglich nicht massgebend gewesen sei – könne ihre Lesart nicht stimmen. "Levies" (= nach klägerischer Auslegung "Kausalabgaben") "in the nature of taxes" (= laut Klägerin: "in der Art einer Steuer") wären ein Widerspruch in sich: Steuern seien im Gegensatz zu Kausalabgaben voraussetzungslos und gerade nicht um einer bestimmten staatlichen Leistung willen ("causa") geschuldet. Die Verpflichtung der Beklagten, E._____ Steuern und steuerähnliche Kosten zu belasten, sei nicht beschränkt auf Abgaben, deren Verfassungsmässigkeit gerichtlich festgestellt oder die nach Beurteilung von E._____ oder deren Kunden verfassungsrechtlich unanfechtbar seien. Derart unpraktikable Abgrenzungen sollten mit der Formulierung "levies in the nature of taxes" gerade vermieden werden. Es müsse genügen, wenn die zustän-

- 37 - dige Steuerverwaltung deren Abführung verlange und durchsetze. E._____ habe sich den Regeln des Finanzplatzes freiwillig unterworfen, und die Klägerin könne deshalb nicht

rückwirkend eine Sonderbehandlung beanspruchen. Dies umso weniger, als das Rechtsverständnis der Klägerin zum unhaltbaren Ergebnis führen würde, dass ihr zu Lasten der Eidgenossenschaft ungerechtfertigte Gewinne garantiert würden (act. 14 S. 62 Rz. 221 ff.; act. 26 S. 27 f. Rz. 114 ff.). Entgegen der Darstellung der Klägerin sei Ziffer 4 lit. f des Vertrages nicht als Ausnahme zu dessen Ziffer 3 lit. b formuliert. In Ziffer 3 lit. b sichere die Beklagte E._____ zu, sie werde die verwarnten Wertschriften nicht zur Deckung oder Sicherung eigener Forderungen (abgesehen von den vertraglich vereinbarten) oder von Forderungen von SIS oder eigener Gläubiger beanspruchen. Die Verrechnungssteuer auf der Dividendenersatzzahlung sei weder eine Forderung der Beklagten noch habe sie zu deren Deckung Wertschriften aus dem Depot von E._____ in Anspruch genommen. Der angebliche innere Zusammenhang zwischen Ziffer 3 lit. b und Ziffer 4 lit. f des Vertrages bestehe nicht (act. 26 S. 29 Rz. 121 ff.). Ebenso wenig helfe der Klägerin die Berufung auf den Passus in Ziffer 4 lit. f, wonach die Beklagte sich bemühen werde, E._____ in den Genuss von Steuererleichterungen kommen zu lassen. Die Klägerin behaupte aus gutem Grund nicht, die ihr belastete Verrechnungssteuer auf "Manufactured Dividends" könne unter irgendwelchen, von der Beklagten nicht berücksichtigten Umständen erlassen oder ermässigt werden. Das sei auch nicht der Fall gewesen. Was die Klägerin – selbst nicht Partei des Subcustodian Agreements – post festum in dieses hineinlese, sei im Übrigen ebenso wenig massgebend wie das Vertragsverständnis der von ihr beauftragten Gutachter. Massgebend sei das subjektive Vertragsverständnis von E._____ und der Beklagten, und nach deren gemeinsamem Verständnis seien der Klägerin die eingeklagten CHF 54.67 Mio. zu belasten und an die ESTV abzuführen gewesen (act. 26 S. 29 f. Rz. 124 ff.). E._____ habe der Belastung der Verrechnungssteuer ausdrücklich zugestimmt. Angesichts der Höhe der Belastungen habe sich die Beklagte entschieden, E._____ vorgängig zu avisieren. Am 20. März 2007 habe sie E._____ über die eine Shortposition informiert. Am 3. Mai 2007 sei die Beklagte auf die Position zu-

- 38 - rückgekommen und habe E._____ mitgeteilt, dass mit deren Einverständnis die zuvor systemmässig belasteten 65% der Dividende wieder gutgeschrieben und dafür 100% belastet würden. E._____ habe der Belastung gleichentags zugestimmt. Zugleich habe E._____ die Beklagte ersucht, die Verrechnungssteuer auf einer zweiten Position zu belasten (act. 14 S. 26 Rz. 92 ff.). Dass die Beklagte nach dem mutmasslichen Parteiwillen vertraglich nicht verpflichtet gewesen sei, die langjährige, bereits bei Vertragsschluss bestehende Verwaltungspraxis zu missachten, zeige sich schon daran, dass E._____ positiv darum gewusst habe, dass die Beklagte auf Manufactured Dividends 35% Verrechnungssteuer abführe. E._____ sei mit diesem Vorgehen der Beklagten einverstanden gewesen, denn sonst hätte sie dieser Auffassung widersprochen, was sie nicht getan habe. Die Beklagte habe nach dem Vertrauensprinzip davon ausgehen dürfen, dass E._____ Widerspruch erhoben hätte, wenn sie denn, was aber nicht zutrefte, von der Beklagten ein anderes Verhalten erwartet hätte. Zudem habe E._____ der Abführung der Verrechnungssteuer klar zugestimmt, und ein Verständnis der Vertragspflichten der Beklagten bekundet, das diametral dem widerspreche, was die Klägerin heute in den Vertrag zwischen E._____ und der Beklagten hineinlesen wolle. E._____ habe sich nicht in einem Irrtum befunden. Die Klägerin mache im Übrigen zu Recht nicht geltend, E._____ habe ihre Einwilligung angefochten. Weil eine Anfechtung wegen Willensmängeln eine entsprechende Erklärung seitens E._____ voraussetzen würde, gingen die Vorbringen der Klägerin auch insoweit ins Leere (act. 14 S. 63 Rz. 227 f.; act. 26 S. 12 Rz. 48 und S. 30 Rz. 129 ff.). Die vertragliche Funktion der Beklagten sei auf die technische Abwicklung des

Settlements beschränkt gewesen. E._____ habe erwartet, dass die Beklagte sich dabei an die aus ihrer Sicht massgeblichen Regeln halte. Auch heute vertrete E._____ den Standpunkt, dass es vertraglich Aufgabe der Beklagten gewesen sei, zu beurteilen, was zu tun sei, um die Ein- und Auslieferungen korrekt vorzunehmen. Auch weil E._____ die diesbezügliche Beurteilung bewusst der Beklagten überlassen habe, sei ein Grundlagenirrtum ausgeschlossen (act. 26 S. 31 Rz. 136 f.). Die Ausführungen der Klägerin, bei richtiger Anwendung des Zirkulars Nr. 6584 hätte die Beklagte die Verrechnungssteuer aus eigenen Mitteln aufbringen müs-

- 39 - sen, denn das Zirkular richte sich nur an Banken, sei abwegig. Auch aus der Interessenwahrungspflicht des Auftragsrechts lasse sich nicht ableiten, dass eine Depotbank Geschäfte von Kunden in Millionenbeträgen subventionieren müsse – erst recht nicht, wo ihre Rolle wie hier auf eine rein technische Funktion beschränkt sei. Im Gegenteil müsse E._____ die Beklagte für derartige Folgekosten klägerischer Transaktionen schadlos halten (Art. 402 OR; act. 26 S. 32 f. Rz. 140 ff.). Die Beklagte führt weiter aus, sie habe mit E._____ einen regelmässigen Informationsaustausch geführt. So fänden regelmässige Treffen zwischen Vertretern der Beklagten und E._____ statt. Darüber hinaus würde E._____ regelmässig über die relevanten Rahmenbedingungen auf dem Schweizer Markt informiert. So habe die Beklagte E._____ mehrfach detailliert über die Rahmenbedingungen betreffend Verrechnungssteuer im sog "Withholding Tax Guide" informiert, mit welchem unzählige Mitarbeiter der E._____ bedient würden. Im Withholding Tax Guide sei klargestellt worden, dass die bei Short-Verkäufen über den Dividendensterichtag anfallende Belastung von 100% der Bruttodividende (wovon 35% weiterzuleiten an die ESTV) vom Kunden und nicht etwa von der Beklagten zu tragen seien (act. 14 S. 13 f. Rz. 43 ff.; act. 26 S. 7 f. Rz. 19 ff.). Der Klägerin fehle es schliesslich auch an einem ersatzfähigen Schaden (act. 14 S. 64 Rz. 230 ff.; act. 26 S. 35 Rz. 153). Ein allfälliger Kausalzusammenhang sei zufolge eklatanten Selbstverschuldens der Klägerin unterbrochen (act. 14 S. 65 ff. Rz. 234 ff.; act. 26 S. 36 Rz. 155).

E. 3.3

Vertragsverletzung

E. 3.3.1

Das zwischen der Beklagten und der E._____ geschlossene Subcustodian Agreement vom 11. Februar 1991 (act. 3/6) hält in Ziffer 2 verschiedene Zusicherungen und Gewährleistungen der Beklagten als Subcustodian ("Representations and Warranties of Subcustodian") fest (act. 3/6 S. 2). So bestimmt es in lit. e dieser Bestimmung: "Der Zwischenverwahrer sichert zu und gewährleistet, dass die Abwicklung, Auslieferung und Erfüllung dieser Vereinbarung durch den Zwischenverwahrer kein geltendes Schweizerisches Recht oder Ausführungsrichtlinien verletzt (...). [Subcustodian hereby represents and warrants that: the execution, de-

- 40 - livery and performance of this Agreement by Subcustodian do not violate any Swiss applicable laws or regulations (...)]." Die Beklagte hat demnach der E._____ zugesichert und leistet ihr Gewähr, dass sie (die Beklagte) sich im Rahmen der Erfüllung des Subcustodian Agreements an die Schweizerischen Gesetze und "regulations" hält. Das Wort "regulation" lässt sich in diesem Zusammenhang im Allgemeinen als Rechtsverordnung/Rechtsvorschrift übersetzen. Es bedeutet indes auch (Ausführungs-)Verordnung oder Durchführungsbestimmung. In der amerikanischen ("American") Finanzwelt ("finance")

bedeutet es insbesondere im Zusammenhang mit dem Steuerwesen Ausführungsrichtlinie (Quelle: <http://dict.leo.org/ende?lp=ende&lang=de&searchLoc=0&cmpType=relaxed§Hdr=on&spellToler=&search=regulation> und http://dict.leo.org/pages.ende/abbrev_de.html?lp=ende&lang=de, Abrufdatum: 25. Mai 2012). Demzufolge ist die Beklagte gegenüber E._____ verpflichtet, sich bei der Erfüllung des Subcustodian Agreements an die geltenden Schweizerischen Gesetze und Ausführungsrichtlinien zu halten.

E. 3.3.2

Wie oben ausführlich dargelegt (vgl. Erw. 2.), ist das Problem der doppelten Rückforderungsbelege bei manufactured dividends (bisher) weder durch Gesetz noch Verordnung gelöst worden. Aufgrund dessen sah sich die Schweizerische Bankiervereinigung (SBVg, SwissBanking) veranlasst, eine Anweisung an ihre Mitgliedbanken zu erlassen, wie in solchen Fällen zu verfahren sei und verfasste in Zusammenarbeit mit der ESTV das Zirkular Nr. 6584 vom 22. Mai 1990 betreffend "Quellensteuerregelung bei Couponabrechnungen" (act. 15/26). Es stellen sich nun die Fragen nach der Rechtsnatur und der Verbindlichkeit dieses Zirkulars für die Beklagte. Gemäss der Generalklausel in Art. 34 VStG erlässt die eidgenössische Steuerverwaltung (ESTV) für die Erhebung und Rückerstattung der Verrechnungssteuer alle Weisungen, Verfügungen und Entscheide, die nicht ausdrücklich einer anderen Behörde vorbehalten sind. Die ESTV schreibt in Merkblättern und Kreisschreiben im Interesse einer einheitlichen Gesetzesanwendung vor, wie die zuständigen Behörden das geltende Bundesrecht zu vollziehen haben (JONAS MIS-

- 41 - TELI, Dividenden-Stripping, Diss. St. Gallen 2001, N 33 f.). Die ESTV arbeitet gelegentlich zusammen mit der SBVg Weisungen aus (BANGERTER/KÜPFER, in: ZWEIFEL/ATHANAS/BAUER-BALMELLI, Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Band II/2, Bundesgesetz über die Verrechnungssteuer (VStG), 2005, N 12 zu Art. 34 VStG). Die Schweizerische Bankiervereinigung ist der als Verein organisierte Spitzenverband der Banken und Bankiers in der Schweiz mit Sitz in Basel. Ihr Zweck besteht in der Wahrnehmung und Vertretung der Interessen und Rechte der Anbieter von Finanzdienstleistungen mit Domizil in der Schweiz, namentlich Banken; in der Selbstregulierung, namentlich zum Schutz der Gläubiger und Anleger; sowie in der Förderung des Finanzplatzes Schweiz (Quelle: Homepage SBVg: <http://www.swissbanking.org/home.htm> sowie Statuten SBVg: http://www.swissbanking.org/statuten_sbv_g_2010.pdf, Abrufdatum 25. Mai 2012). Eine der Hauptaufgaben der SBVg ist die Selbstregulierung (EMCH/RENZ/ARPAGAU, Das Schweizerische Bankgeschäft, 7. Aufl. 2011, N 349). Selbstregulierung ist die Schaffung von Regeln durch einen begrenzten Kreis von Menschen oder Unternehmen für sich selbst (BOEMLE/GSELL/JETZER/NYFFELER/THALMANN, Geld-, Bank- und Finanzmarktlexikon der Schweiz, 2002, S. 953). Zur Wahrnehmung und Vertretung der Interessen und Rechte des schweizerischen Bankgewerbes gehört unter anderem, dass Vertreter der Steuerkommission der SBVg auf Expertenebene regelmässig oder bei Bedarf Gespräche mit Vertretern der ESTV führen. Dabei erzielte Ergebnisse fliessen entweder direkt in von der ESTV verfasste Merkblätter/Kreisschreiben oder werden in Zirkularform den SBVg-Mitgliedern bekannt gegeben (MISTELI, a.a.O., N 37). Die Beziehungen zwischen der Schweizerischen Bankiervereinigung und ihren Mitgliedbanken sind mehrschichtig und vielfältig. Das gesamte Regelwerk enthält Standesrecht im eigentlichen

Sinn, Absprachen kartellistischer und technischer Art, Verhaltensvorschläge, allgemeine Empfehlungen und Anregungen. Als Formen kommen Konventionen, Vereinbarungen, Richtlinien und Empfehlungen in Betracht. Die Form gibt keinerlei Hinweis darauf, ob ihr Inhalt standesrechtlicher Natur ist, oder es sich nur um unverbindliche Verhaltensvorschläge, Rechtsbeleh-

- 42 - rungen oder Kartelle handelt (VIKTOR FÜGLISTER, in: Festschrift für Beat Kleiner, Die Standesregeln der Schweizer Banken, 1993, S. 229 ff., S. 233). Die Standesregeln wurden bis zum 1. Januar 2009 der Eidgenössischen Bankenkommission (EBK) und werden seither der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht (FINMA) als staatlichen Aufsichtsbehörden vorgelegt und waren bzw. sind in der Regel, nach deren Zustimmung, für die Banken als Mindeststandard verbindlich. Die EBK bzw. FINMA prüft(e) über die bankengesetzlichen Revisionsstellen, ob die Banken die freiwilligen Normen ebenso einhalten wie die Gesetze, Verordnungen oder die Richtlinien der Aufsichtsbehörde. Diese Prüfpflicht wurde bzw. wird den bankengesetzlichen Revisionsstellen im EBK-Rundschreiben (EBK-RS 04/2) vom 21. April 2004 "Selbstregulierung als Mindeststandard" bzw. unter Abschnitt III. des FINMA-Rundschreibens 2008/10 "Selbstregulierung als Mindeststandard" mit Verweis auf FINMA-RE 08/41 "Prüfwesen" ausdrücklich vorgeschrieben. Bei Verletzung der Standesregeln konnte die EBK bzw. kann die FINMA Sanktionen verhängen (EMCH/RENZ/ARPAGAUS, Das Schweizerische Bankgeschäft, 6. Aufl. 2004, N 315, bzw. 7. Aufl. 2011, N 349). Die EBK anerkannte 14 Standesregeln der SBVg im Rahmen der als Mindeststandards anerkannten Selbstregulierungen. Diese sind im Anhang des Berichts der EBK zur Selbstregulierung im Schweizer Finanzsektor ("EBK-Bericht Selbstregulierung") vom Juli 2007 zu finden (Quelle: http://www.finma.ch/archiv/ebk/d/publik/medienmit/20070704/20070704_02_d.pdf, Abrufdatum: 25. Mai 2012). Zu den von der FINMA anerkannten Selbstregulierungen zählen verschiedene Richtlinien, Empfehlungen und Verhaltensregeln, welche im Anhang zum FINMA-Rundschreiben 2008/10 "Selbstregulierung als Mindeststandard" aufgeführt sind (Quelle: <http://www.finma.ch/d/regulierung/Documents/finma-rs-2008-10-d.pdf>, Abrufdatum: 25. Mai 2012). Das hier relevante Zirkular Nr. 6584 vom 22. Mai 1990 betreffend "Quellensteuerregelung bei Couponabrechnungen" findet sich in diesen Dokumenten nicht; es wurde demnach weder von der EBK noch der FINMA als verbindlicher Mindeststandard bestimmt. Dem Zirkular der SBVg kommt damit zumindest vordergründig lediglich die Funktion einer verbandsinternen Orientierung über eine von der ESTV akzeptierte Be-

- 43 - steuerungslösung zu (vgl. MISTELI, a.a.O., N 38). Indes sind auch blosse Empfehlungen der SBVg fallweise geeignet, Standards zu schaffen, deren Einhaltung für die Banken de facto verbindlich wird (EMCH/RENZ/ARPAGAUS, Das Schweizerische Bankgeschäft, 7. Aufl. 2011, N 360). Empfehlungen haben einerseits den Zweck, die Banken z.B. auf neue Gesetze und Verordnungen aufmerksam zu machen und ihnen konkrete Vorschläge für deren Anwendung zu geben. Sie sind andererseits zum Teil dazu angelegt, Usancen zu schaffen oder Gewohnheitsrecht zu untermauern. Sie orientieren etwa die Mitgliedbanken darüber, wie gesetzliche Vorschriften nach Meinung der Bankiervereinigung und deren Fachgremien zu verstehen oder anzuwenden sind. Sie bezwecken damit unter anderem, die Banken vor rechtlichen, z.B. steuerlichen Konsequenzen bei Missachtung zu schützen (FÜGLISTER, a.a.O., S. 233). Neben der

Einhaltung der Rechtsordnung und der Standesregeln gehört indes auch die Beachtung der Gebräuche des Geschäftsverkehrs ("les usages de la profession") und der internen Richtlinien bzw. bankinterner Verwaltungsrichtlinien (Selbstregulierungen) zur Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit im Sinne von Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG (Urteil des Bundesgerichts 2A.261/2004 vom 27. Mai 2004, E.1, in: EBK-Bulletin 46/2004 S. 31 ff.; EBK-Bulletin 18/1988, Verfügung der Bankenkommission vom 8. März 1988, S. 26 ff., E.2, S. 28; KLEINER/SCHWOB, in: BODMER/KLEINER/LUTZ, Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen, Ausgabe April 2005, N 192 und N 196 ff. zu Art. 3 BankG; CHRISTOPH WINZELER, in: WATTER/VOGT/BAUER/WINZELER, Basler Kommentar Bankengesetz, 2005, N 27 zu Art. 3 BankG). So werden denn auch die aufsichtsrechtlichen Vorgaben lediglich als Mindeststandards bezeichnet. Eine Bank hat demnach nicht nur die von EBK bzw. FINMA zu Mindeststandards erho-benen Selbstregulierungsbestimmungen zu beachten, sondern sich auch an die Usancen des Bankenverkehrs zu halten, um eine einwandfreie Geschäftstätigkeit nach Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG zu gewährleisten. Das Zirkular Nr. 6584 beruht wie gesehen auf einer langjährigen Praxis (vgl. Erw. V.2). Es ist daher ohne Weiteres als Geschäftsgebrauch ("usage de la profession") zu betrachten.

- 44 - Weiter ist vorliegend zu beachten, dass Verrechnungssteuern Abgaben sind, welche die Banken in besonderem Masse berühren: Obwohl es sich um Steuern zu Lasten der Bankkunden handelt, obliegt die Steuerpflicht den Banken. Diese unterstützen den Fiskus in dem Sinne, als sie beim Vollzug aktiv mitwirken und dafür Sorge tragen, dass diese Steuern korrekt und möglichst rationell erhoben und abgeliefert werden. Die Kontrolle darüber obliegt der Eidgenössischen Steuerverwaltung. Kontrolle allein würde jedoch nicht genügen, um die richtige Durchführung der Steuergesetze sicherzustellen. Zweckmässiger sind generelle und detaillierte Instruktionen. Beim Zirkular Nr. 6584 handelt es sich um eine Instruktion der SBVg an ihre Mitgliedbanken (vgl. VIKTOR FÜGLISTER, Eidgenössische Steuerverwaltung und Schweizerische Bankiervereinigung: Fruchtbare Spannungsfeld, ASA 59 [1990-1991] S. 97 ff. S. 100 und S. 107). Sodann ist in Ziffer III des Zirkulars Nr. 6584, das unbestritten in Zusammenarbeit mit der ESTV entwickelt wurde (act. 1 S. 60 Rz. 197; act. 14 S. 39 f. Rz. 142), ausdrücklich festgehalten, dass die ESTV die richtige Abwicklung überprüft und unterlassene Steuerablieferungen von Amtes wegen nachfordert. Die ESTV hat zur Deklaration von manufactured payments auch ein Formular ausgegeben (Formular 102 M, act. 15/25). Verweigerte die Beklagte ein Vorgehen nach dem Zirkular, riskierte sie die Nachforderung der unterlassenen Steuerablieferungen. Insbesondere riskierte sie aber auch, sich nach Art. 61 lit. c VStG strafbar zu machen, indem durch sie zum Vorteil eines anderen eine ungerechtfertigte Rückerstattung der Verrechnungssteuer oder ein anderer unrechtmässiger Steuervorteil erwirkt würde (vgl. act. 50A S. 4 f., Entscheid der ESTV vom 12. Januar 2011, E.5). Dies liesse sich mit der Gewährleistung einer einwandfreien Geschäftsführung gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. c BankG nicht vereinbaren. Die Beklagte riskierte entsprechende Sanktionen, allenfalls bis zum Entzug der Bewilligung (vgl. Art. 23quiquies BankG). Folglich war und ist die Beklagte an die Einhaltung des Zirkulars Nr. 6584 gebunden. Schliesslich ist auch die Klägerin der Ansicht, dass das Zirkular Nr. 6584 für die Beklagte verbindlich ist (vgl. z.B. act. 1 S. 46 Rz. 157, S. 47 Rz. 164, S. 60 Rz. 197; act. 22 S. 10 Rz. 13, S. 27 Rz. 47 und S. 47 f. Rz. 116).

- 45 - Im Übrigen kann von der Beklagten nicht verlangt werden, dass sie jedes von der SBVg erlassene Zirkular oder andere Empfehlungen vorab abstrakt auf dessen Gesetzmässigkeit hin überprüft. Sie darf im Gegenteil davon ausgehen, dass die von der SBVg als Selbstregulierungsorganisation, deren Zweck gerade in der Selbstregulierung liegt (vgl. § 2 Statuten SBVg vom 16. September 2010, Quelle: http://www.swissbanking.org/statuten_sbv_g_2010.pdf, Abrufdatum 25. Mai 2012), erlassenen Empfehlungen den geltenden Gesetzen entsprechen. Insbesondere wenn diese mit der verantwortlichen staatlichen Behörde, hier der ESTV, erarbeitet wurden.

E. 3.3.3

Es stellt sich nun weiter die Frage, ob das Zirkular Nr. 6584 unter die in Ziffer 2 lit. e des Subcustodian Agreements erwähnten Ausführungsrichtlinien ("regulations") fällt, für deren Einhaltung die Beklagte Gewähr zu leisten hat. Der Inhalt eines Vertrages bestimmt sich in erster Linie durch subjektive Auslegung, d.h. nach dem übereinstimmenden wirklichen Parteiwillen (Art. 18 Abs. 1 OR). Nur wenn eine tatsächliche Willensübereinstimmung unbewiesen bleibt, sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten (BGE 132 III 626, E.3.1, S. 632; BGE 118, E.1, S. 365 f.). Die Beklagte macht geltend, zu den "regulations" gehöre auch das Zirkular Nr. 6584 als Ausdruck der geltenden Verwaltungspraxis und Teil der Selbstregulierung (act. 26 S. 12 Rz. 46). Die Klägerin bestreitet dies nicht. Insbesondere macht sie nicht geltend, E._____ als Vertragspartei der Beklagten hätte unter "regulations" etwas anderes verstanden (act. 1; act. 22; act. 32 S. 9 ff. Rz. 19 ff.). Indes bringt sie unter Verweisung und Zitierung von Ziffer 2 lit. e des Subcustodian Agreements ebenfalls mehrfach vor, E._____ habe in guten Treuen davon ausgehen dürfen, dass die Beklagte bei der Erfüllung ihrer vertraglichen Pflichten hiesige Gesetze befolge (act. 22 S. 15 Rz. 23, S. 48 Rz. 116 und S. 84 f. Rz. 248).

- 46 - Es kann demnach mit Fug davon ausgegangen werden, dass das Zirkular Nr. 6584, welches die Beklagten einzuhalten hat, unter die in Ziffer 2 lit. e des Subcustodian Agreements genannten Ausführungsrichtlinien ("regulations") fällt, deren Einhaltung die Beklagte (zusätzlich zu den Gesetzen) zu gewährleisten hat. Dies ergibt sich auch bei objektiver Betrachtung: Das Zirkular Nr. 6584 enthält Grundsätze dazu, wie die Banken bei aufgrund von Short-Positionen entstehenden manufactured dividends vorzugehen haben. Wie gesehen hat sich die Beklagte vorliegend an diese Anweisungen zu halten. Sie sind somit als Richtlinien für die Ausführung von (Quellensteuer-)Abzügen bei manufactured dividends, die aufgrund von Leerverkäufen entstehen, zu verstehen. Das Zirkular Nr. 6584 als Ausdruck der geltenden Verwaltungspraxis und Teil der Selbstregulierung fällt daher unter die mit "regulations" bezeichneten Ausführungsrichtlinien. Aufgrund des Gesagten ergibt sich, dass die Beklagte gegenüber E._____ Gewähr zu leisten hatte, dass sie sich an die schweizerischen Gesetze und Ausführungsrichtlinien hält. Die Beklagte hatte sich weiter aufgrund der zur Gewährleistung einer einwandfreien Geschäftstätigkeit nach Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG erforderlichen Einhaltung der Gebräuche des Geschäftsverkehrs sowie der ihr im Wiederhandlungsfalle drohenden Konsequenzen an die im Zirkular Nr. 6584 dargelegten Instruktionen der SBVg zu halten, und zwar ohne dessen Gesetzmässigkeit akzessorisch überprüfen zu müssen. Die Beklagte hat somit mit ihrem Verhalten das Subcustodian Agreement mit E._____ eingehalten und ihre daraus fließenden Pflichten

nicht verletzt.

E. 3.3.4

In Ziffer 4 lit. f des Subcustodian Agreements heisst es unter dem Titel "Bezahlen von Steuern", dass die Beklagte als Subcustodian, soweit von der Depotbank nicht anders instruiert, jegliche und sämtliche Steuern und Abgaben in der Natur einer Steuer, welche durch eine staatliche Behörde dem Eigentum auferlegt werden, bezahlt oder die Bezahlung vom Konto veranlasst und sich nach besten Kräften bemüht, die Befreiung von Steuern sowie andere Privilegien und Vorteile in Bezug auf das Eigentum zu erlangen; vorausgesetzt die Beklagte reicht der Depotbank eine Anzeige oder Ankündigung bezüglich jeder solchen Zahlung ein und weiter vorausgesetzt, dass die Beklagte keine Wertpapiere liquidiert, um sol-

- 47 - che Zahlungen vorzunehmen, ohne die vorgängige schriftliche Zustimmung der Depotbank. Die Beklagte legt der Depotbank schriftliche Erklärungen ihrer Bemühungen, solche Befreiungen zu erlangen, vor. ["Payment of taxes. Unless Custodian otherwise instructs Subcustodian, Subcustodian shall pay or cause to be paid from the Account any and all taxes and levies in the nature of taxes imposed on the Property by any governmental authority and shall use its best efforts to secure relief from taxation and other privileges and benefits with respect to the Property; provided that Subcustodian shall provide to Custodian an advice or notification as to any such payments, and provides further that Subcustodian shall not liquidate any Securities in order to make such payments without the prior written consent of Custodian. Subcustodian will furnish Custodian with written explanations of its efforts to secure such relief."]. Die Beklagte ist somit grundsätzlich berechtigt, Steuern und Abgaben in der Natur einer Steuer dem Konto der E._____ respektive deren Unterkonten zu belasten. Wie die Klägerin zutreffend ausführt, hält die ESTV in ihrem Schreiben vom 28. August 2007 fest, dass die 35%-Belastung einen Teil der Dividende darstelle (act. 3/67 S. 3). Dies ist bezogen auf die Brutto-Dividende (100%) durchaus richtig, ändert indes nichts daran, dass dieser Dividendenteil als Steuer bezeichnet an die ESTV abgeführt werden kann. Sodann ist die ESTV der Ansicht, dass die Abführung der 35% der Ersatzzahlung an sie mangels Vorliegen eines Kapitalertrages keine Verrechnungssteuer im Sinne von Art. 4 VStG betreffe (act. 50A S. 6 E.4). Das Zirkular Nr. 6584 vom 22. Mai 1990 betreffend "Quellensteuerregelung bei Couponabrechnungen" spricht indes in der hier relevanten Ziffer III nicht von Verrechnungssteuer, sondern von Quellensteuer. Die Verrechnungssteuer ist eine (schweizerische) Form der Quellensteuer (vgl. FÜGLISTER, ASA 59 [1990-1991] S. 97 ff., S. 102). Der Begriff der Quellensteuer ist somit ein weiterer als derjenige der Verrechnungssteuer. Dass die ESTV davon ausgeht, dass es sich vorliegend nicht um eine Verrechnungssteuer im Sinne von Art. 4 VStG handelt, bedeutet somit nicht, dass es sich grundsätzlich nicht um eine (Quellen-)Steuer handeln könnte, welche unter die in Ziffer 4 lit. f des Subcustodian Agreements genannten "taxes" fällt. Quellensteuer nennt man eine Steuer auf Einkünfte, die direkt an der Quelle abgezogen und an das zuständige Finanzamt abgeführt wird (Quelle:

- 48 - <http://de.wikipedia.org/wiki/Quellensteuer>, besucht am 25. Mai 2012). Im Englischen wird die Quellensteuer als "tax (deducted) at source", insbesondere in der amerikanischen Finanzwelt auch als "withholding tax", bezeichnet (Quelle: <http://dict.leo.org/ende?lp=ende&lang=de&searchLoc=0&cmpType=relaxed§Hdr=on&spellToler=&search=quellensteuer>, besucht am 25. Mai 2012). Die vorliegend

von der Beklagten in Anwendung des für sie verbindlichen Zirkulars Nr. 6584 dem Unterkonto der Klägerin bei der E._____ aufgrund einer in Ziffer 2 lit. e des Subcustodian Agreements mit E._____ getroffenen vertraglichen Vereinbarung belastete Abgabe (Quellensteuer) kann somit ohne Weiteres als Steuer ("tax") unter Ziffer 4 lit. e des Subcustodian Agreements subsumiert werden. Es erübrigt sich daher, der Frage, ob der Wille der Parteien auch "Abgaben in der Art einer Steuer" ["levies in the nature of taxes"] umfasst, weiter nachzugehen. Die nach Ziffer 4 lit. f des Subcustodian Agreements belastbare Steuer muss weiter von einer staatlichen Behörde auferlegt worden sein ["imposed (...) by any governmental authority"], was die Klägerin ebenfalls bestreitet. Es wurde bereits erwähnt, dass die ESTV an der Ausarbeitung des Zirkulars Nr. 6584 mitwirkte. Die ESTV kontrolliert auch die richtige Abwicklung und fordert unterlassene Quellensteuerablieferungen nach (vgl. Ziffer IV des Zirkulars Nr. 6584). Auch wenn das Zirkular Nr. 6584 von der SBVg (in Zusammenarbeit mit der ESTV) erlassen wurde, ist es letztlich die ESTV – und damit eine staatliche Behörde – welche die Quellensteuerablieferung verlangt, kontrolliert sowie durchsetzt und sie vorliegendfalls auch erhalten sowie entgegengenommen hat. Die streitgegenständliche Zahlung wurde somit von einer staatlichen Behörde auferlegt. Da das Zirkular Nr. 6584 wie gesehen für die Beklagte verbindlich ist und sie sich gegenüber E._____ vertraglich zu dessen Einhaltung verpflichtet hat, kann sie nichts unternehmen, um sich um eine Befreiung von dieser Steuer zu bemühen. Dementsprechend sind auch Erklärungen zu entsprechenden Bemühungen obsolet. Die Beklagte hat diese Belastungen weiter auch angezeigt (act. 3/54-59), was die Klägerin nicht bestreitet. Sie macht indes geltend, die Notifikationen bezüglich der Belastungen Ende April und Anfangs Mai seien erst mehrere Wochen nach Aus-

- 49 - führung der Belastung erfolgt. Wäre eine Anzeige rascher erfolgt, hätte sie einen grossen Teil der nun im Streit stehenden Transaktionen noch rechtzeitig durch andere Geschäfte ersetzen können (act. 22 S. 31 Rz. 58). Das Subcustodian Agreement enthält keine Angaben, in welchem Zeitraum die Notifikationen betreffend Steuerbelastungen zu erfolgen haben. Doch können diese nicht zu einem beliebigen Zeitpunkt erfolgen, sondern haben zeitnah zu geschehen. Vorliegend ergingen die Anzeigen rund drei bis sieben Wochen nach dem value date. Dies erscheint aufgrund der erforderlichen manuellen Korrekturen kein übermässig langer Zeitraum. Auch die ESTV führt im Schreiben vom 28. August 2007 (act. 3/67 S. 2) aus, dass es durchaus mehr als sechs Wochen dauern könne, bis die Banken bei Short Transaktionen eine 35%-Korrektur vornähmen. Dies sei systembedingt, denn die Transaktionen müssten einzeln überprüft und die Angaben manuell eingegeben werden. Die Klägerin führt denn auch nicht näher aus, welcher Zeitraum angemessen gewesen wäre. Sie legt sodann nicht substantiiert dar, inwiefern sie bei einer rascheren Anzeige "einen grossen Teil der nun im Streit stehenden Transaktionen noch rechtzeitig durch andere Geschäfte hätte ersetzen können" (act. 22 S. 31 Rz. 58), weshalb darauf nicht weiter einzugehen ist. Gemäss Ziffer III des Zirkulars Nr. 6584 ist die "involvierte Bank" verpflichtet, auf einem allfälligen Short-Bestand (der Bank oder eines Kunden) zusätzlich die Quellensteuer an den Fiskus zu entrichten, was die Klägerin zur Behauptung veranlasst, es seien die Mitgliedbanken, nicht der Bankkunde respektive der Leerverkäufer zur Entrichtung der zusätzlichen Verrechnungssteuer verpflichtet (act. 1 S. 48 Rz. 166). Diese Auffassung ist indes nicht zutreffend. Per definitionem ist die Quellensteuer eine Steuer auf Einkünften, die direkt an der Quelle abgezogen und an das Steueramt abgeliefert wird. Weist der Bankkunde einen Short-Bestand auf, verursacht er manufactured dividends, welche Einkünfte darstellen und von welchen nach dem Zirkular

Nr. 6584 die Quellensteuer abzuziehen ist. Die Bank ist lediglich ausführendes Institut. Der von der Beklagten vorgenommene Abzug war nach dem Zirkular Nr. 6584 und dem Subcustodian Agreement mit E._____ korrekt. Dementsprechend kann von der Einwilligung der E._____ in das vertragskonforme Verhalten der Beklag-

- 50 - ten ausgegangen werden. E._____ fand sich auch nicht in einer falschen Vorstellung über diesen Sachverhalt (Irrtum).

E. 3.3.5

Die Klägerin wirft der Beklagten vor, diese habe zumindest einzelne Absicherungsgeschäfte der Klägerin für eigene Securities Lending ("SLB-Geschäfte") Geschäfte (sog. "Trittbrettgeschäfte") genutzt und mit diesen einen Verlust erlitten. Um diesen Verlust zu decken, habe die Beklagte das Unterkonto der Klägerin mit CHF 54.67 Mio. belastet und diese Belastung damit begründet, dass sie hierzu gemäss dem Zirkular der SBVg von 1990 verpflichtet sei. Die Beklagte könne jedoch Verluste eigener Geschäfte nicht durch Fremdmittel decken. Des Weiteren sei als Folge der Eigengeschäfte der Beklagten gar kein sog. Leerverkauf erfolgt bzw. bestünden gar keine Short-Positionen, wie vom genannten Zirkular vorausgesetzt werde, sodass das Zirkular auf die geschilderten Sachverhalte nicht anwendbar sei. Die Beklagte hält entgegen, die Behauptung, sie habe Eigengeschäfte "eingewoben", entbehre jeglicher Grundlage und sei schlicht unzutreffend. Die Klägerin verkaufte Aktien cum dividend ohne – nach ihrer eigenen Darstellung des Sachverhalts (act. 1 S. 10 ff. Rz. 20 ff.) – über diese Aktien zu verfügen. Folglich führte sie einen Leerverkauf aus bzw. befand sie sich in einer Short-Position. Nur dies ist entscheidend. Denn aufgrund dessen musste die Beklagte der Klägerin den dem Zirkular Nr. 6584 entsprechenden Abzug auf der manufactured dividend belasten und an die ESTV abliefern. Auch die ESTV führt in ihrer Vernehmung vom 18. Februar 2009 (act. 23/8 = act. 42/2 S. 12) aus, der Umstand, dass die Klägerin die betroffenen Titel "short" und "cum" verkauft habe, und nicht etwa allfällige Zusatzgeschäfte der Beklagten, habe dazu geführt, dass die ESTV die CHF 54.67 Mio. erhalten habe. Der Vorwurf der Eigengeschäfte an die Beklagte gehe daher an der Sache vorbei. Entsprechend ist auch Ziffer 3(b) des Subcustodian Agreements nicht beeinträchtigt, wonach die Gelder der E._____ bzw. ihrer Kunden nicht zugunsten der Beklagten belastet bzw. verwendet werden dürften.

E. 3.3.6

Die Klägerin wendet weiter in ausführlicher Argumentation ein, dass es dem Zirkular Nr. 6584 an einer gesetzlichen Grundlage fehle (vgl. act. 1 S. 39 Rz. 134 und S. 48 ff. Rz. 165 ff.; act. 22 S. 18 ff. Rz. 33 ff. und S. 32 f. Rz. 62 ff.).

- 51 - Wie vorstehend dargelegt, ist die Beklagte an die Einhaltung des Zirkulars Nr. 6584 gebunden und hat dieses nicht vorgängig auf seine Gesetzmässigkeit zu überprüfen. Weiter hat sie sich gegenüber E._____ vertraglich zu dessen Einhaltung verpflichtet. Dem steht die Bemerkung in BGE 84 I 178, E.4., S. 186, ein Gericht müsse sich an die Regelung im Gesetz halten und eine mit dieser nicht im Einklang stehende "Sonderordnung" könne für es nicht massgebend sein, nicht entgegen; ist es privaten Parteien doch unbenommen, sich vertraglich zu verpflichten, zusätzlich zu den anwendbaren Gesetzen eine für sie (oder eine der Parteien) verbindliche Sonderordnung einzuhalten. Dies auch wenn wie vorliegend fraglich sein kann, ob diese Sonderordnung auf einer genügenden gesetzlichen Grundlage basiert. Denn das Vorgehen der Beklagten beruht zumindest auf einer von der SBVg und der ESTV begründeten langjährigen Praxis, sodass nicht gesagt werden kann,

eine vertragliche Vereinbarung zu dessen Einhaltung sei nach Art. 20 OR nichtig. Dies bringt die Klägerin denn auch nicht vor. Es erübrigt sich daher eine weitergehende Auseinandersetzung mit den Argumenten der Klägerin bezüglich einer fehlenden gesetzlichen Grundlage für das Zirkular Nr. 6584. Auch kann die Frage offen gelassen werden, ob es sich vorliegend um eine Verrechnungssteuer im Sinne des Verrechnungssteuergesetzes handelt oder nicht sowie ob eine Verletzung des Doppelbesteuerungsabkommens mit dem Vereinigten Königreich gegeben ist.

E. 3.3.7

Wie dargetan, ist die Beklagte gegenüber E._____ gestützt auf das Subcustodian Agreement vertraglich zur Einhaltung des Zirkulars Nr. 6584 verpflichtet. Es besteht somit eine vertragliche Grundlage für die vorliegend vorgenommenen Bezüge. Nachdem das Vorgehen der Beklagten sich als korrekt und mit dem Subcustodian Agreement übereinstimmend erweist, kann von Vorspiegeln falscher Tatsachen gegenüber E._____ nicht die Rede sein. Ebenso wenig bestehen Anhaltspunkte für eine Verletzung von Informationspflichten oder der best-effort-Klausel durch die Beklagte. Sie hat das Subcustodian Agreement mit E._____ nicht verletzt und nicht zu deren Schaden oder zu dem von deren Kunden gehandelt. Mangels einer Verletzung des Vertrages zwischen der Beklagten und E._____ erübrigt es sich zu prüfen, ob und gestützt auf welche Grundlage die

- 52 - Klägerin daraus allenfalls einen (direkten, eigenen) Anspruch gegen die Beklagte ableiten könnte.

E. 3.4

Fazit Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Beklagte an die Einhaltung des Zirkulars Nr. 6584 gebunden war. Dieses war aufgrund des von der Klägerin selbst dargelegten Leerverkaufs (Short-Position) auch anwendbar. Weiter hat sich die Beklagte im Subcustodian Agreement gegenüber E._____ vertraglich zu dessen Einhaltung verpflichtet. Indem sie sich an das darin festgelegte Vorgehen gehalten hat, hat sie demnach keine Vertragsverletzung begangen. Eine andere Verletzung vertraglicher Pflichten ist ebenso wenig gegeben. Folglich besteht kein vertraglicher Anspruch der Klägerin auf Rückzahlung der geforderten CHF 54.67 Mio..

E. 4

Anspruch aus unerlaubter Handlung

E. 4.1

Die Klägerin macht weiter einen Anspruch aus unerlaubter Handlung geltend (act. 1 S. 66 Rz. 218). Nach Auffassung der Klägerin habe die Beklagte vermögensrechtliche Schutznormen des StGB (ungetreue Geschäftsbesorgung und/oder Veruntreuung) verletzt. Das Bundesgericht nehme weiter Widerrechtlichkeit an, wenn ein staatliches Verfahren ohne sachliche Gründe angestrengt werde und die Partei damit sittenwidrig absichtlich oder grobfahrlässig handle. Die Beklagte habe die Verrechnungssteuerpflicht der Klägerin auf ein Zirkular gestützt, welches gar keine gesetzliche Grundlage habe und im konkreten Fall nicht anwendbar sei. Dies habe sie im Ergebnis getan, um eigene Verrechnungssteuerpflichten aus ihren Eigengeschäften gemäss Kreisschreiben Nr. 13 zu begleichen. Dieses Verhalten sei auch als sittenwidrig zu qualifizieren. Die Beklagte habe bewirkt, dass die Klägerin von ihr geschädigt worden sei und zwar unter Verletzung der vertraglichen und

gesetzlichen Pflichten. Damit habe die Beklagte widerrechtlich gehandelt (act. 1 S. 67 f. Rz. 220 ff.). Unter dem Deckmantel der Legalität werde eine rechtswidrige Praxis installiert. Dies stelle einen krassen Verstoß gegen Treu und Glauben gemäss Art. 2 Abs. 1 ZGB dar. Wiewohl sich

- 53 - aus der Verletzung des Grundsatzes nach Treu und Glauben in der Regel zwar keine deliktischen Verhaltenspflichten ableiten liessen, müsse vorliegend eine Ausnahme bestehen. Tatsache sei zunächst, dass der Beklagten dadurch, dass sie für die Klägerin tätig geworden sei, wenn auch im Auftrag der E._____, als Unterbeauftragte eine Sorgfaltspflicht gegenüber der Klägerin zukomme. Tatsache sei auch, dass die Klägerin einen Schaden erlitten habe, verursacht durch die Beklagte, welche das Unterkonto der Klägerin (bei der Beklagten) mit einer (rechtswidrigen) sog. Quellensteuer belastet habe. Tatsache sei schliesslich, dass zwischen der Schädigerin und der Geschädigten mit Ausnahme des gesetzlich stipulierten Verhältnisses nach Art. 399 Abs. 3 OR kein Vertragsverhältnis bestehe. Diese Konstellation erinnere an die Rechtsfigur der Drittschadensliquidation. Bei der Drittschadensliquidation könne der Erstbeauftragte (die E._____) den Schaden des Auftraggebers (die Klägerin) gegen den Unterbeauftragten (die Beklagte) geltend machen. Die Drittschadensliquidation sei aber auf vorliegenden Sachverhalt nicht zugeschnitten, da nicht die Erstbeauftragte, sondern die Auftraggeberin (als Geschädigte) klage. Für diese Konstellation habe der Gesetzgeber Art. 399 Abs. 3 OR normiert. Wenn der Gesetzgeber dem Auftraggeber einen direkten Anspruch gegen den Unterbeauftragten zugestehen wolle – das Gericht Art. 399 Abs. 3 OR vorliegend aber nicht als anwendbar erachten würde, weshalb im Sinne einer Kaskade die ausservertragliche Haftung zu prüfen sei –, müsse sich ein Anspruch analog zu Art. 399 Abs. 3 OR auch aus Art. 2 Abs. 1 ZGB herleiten lassen. Daher rechtfertige es sich vorliegend, Art. 2 Abs. 1 ZGB als Schutznorm anzuwenden. Ob die Beklagte dabei der Auffassung gewesen sei, sie verhalte sich korrekt, spiele keine Rolle. Die Widerrechtlichkeit ergebe sich durch die Verletzung von Art. 2 Abs. 1 ZGB, welcher vorliegend als Schutznorm zu qualifizieren sei (act. 1 S. 69 f. Rz. 226 ff.).

E. 4.2

Die Beklagte hält dem entgegen, die Klägerin lege bezeichnenderweise nicht dar, inwiefern die Beklagte die Straftatbestände der ungetreuen Geschäftsbesorgung und/oder Veruntreuung erfüllt haben solle. Wie das Gutachten J._____ aufzeige, hätte die Beklagte im Gegenteil eine Strafverfolgung riskiert, wenn sie sich so verhalten hätte, wie die Klägerin heute fordere. Der umgekehrte Vorwurf sei abwegig. Ebenso wenig helfe der Klägerin die Berufung auf Art. 2 ZGB. Die

- 54 - Beklagte bestreite, sich treuwidrig verhalten zu haben. Es werde von der Klägerin auch nicht substantiiert dargelegt. Zudem könne ein Verstoß gegen Art. 2 ZGB, läge er denn vor, Widerrechtlichkeit i.S.v. Art. 41 OR höchstens bei Vorliegen eines besonderen Vertrauens- und Treueverhältnisses begründen. Nicht einmal E._____ habe zur Klägerin in einem besonderen Treueverhältnis gestanden ("Bank owes no fiduciary duty to Customer"). Umso weniger gelte das für die Beklagte, die mit der Klägerin nicht in einer Vertragsbeziehung stehe und nur eine technische Abwicklungsfunktion ausgeübt habe. Damit fehle es an einer Widerrechtlichkeit, weshalb eine unerlaubte Handlung der Beklagten ent falle. Indem die Beklagte Zirkular Nr. 6584 befolgt habe, habe sie den Bund vor drohender rechtswidriger Schädigung bewahrt. Eine Ersatzpflicht bestünde deshalb nicht einmal dann, wenn die Beklagte zu diesem Zweck ohne Rechtsgrund ins Vermögen

der Klägerin eingegriffen hätte (Art. 52 Abs. 1 i.V.m. Art. 99 Abs. 3 OR). Letzteres sei aber wie gezeigt mitnichten der Fall (act. 14 S. 68 ff. Rz. 249 ff.; act. 26 S. 36 f. Rz. 159 ff.). Es treffe weiter nicht zu, dass die Beklagte irgendwelche Eingeschäfte mit denjenigen der Klägerin verbunden habe. Die Unterstellung, die Beklagte habe Mittel der Klägerin für eigene Verpflichtungen verwendet, sei falsch und entbehre jeder Grundlage. Auch aus der von ihr bemühten Gerichtspraxis könne die Klägerin nichts zu ihren Gunsten ableiten. Das Bundesgericht habe es etwa abgelehnt, die Erwirkung einer materiell ungerechtfertigten vorsorglichen Verfügung per se als widerrechtlich zu taxieren. Letzteres setze vielmehr voraus, dass für deren Erwirkung "keinerlei sachliche Gründe bestanden hätten". Dass die Beklagte keinerlei sachlichen Grund gehabt habe, eine jahrzehntelange, etablierte Praxis der ESTV zu befolgen und so zu vermeiden, selbst für Steuernachforderungen in zweistelliger Millionenhöhe haftbar zu werden, lasse sich im Ernst nicht behaupten. Die Beklagte sei dazu im Gegenteil unter jedem Titel verpflichtet gewesen. Die Einhaltung einer ständigen Verwaltungspraxis durch Rechtsunterworfene sei weder widerrechtlich noch sittenwidrig. Die Beklagte habe der Klägerin damit erst recht nicht i.S.v. Art. 41 Abs. 2 OR "absichtlich Schaden zugefügt". Grobfahrlässigkeit (die ebenfalls nicht vorliege) würde für Sittenwidrigkeit i.S.v. Art. 41 Abs. 2 OR entgegen der Ansicht der Klägerin zum vornherein nicht genügen. Die Kritik der Klägerin an der angeblich ungenügenden gesetzlichen Grund-

- 55 - lage von Zirkular Nr. 6584 ziele ins Leere. Selbst wenn diese Grundlage zweifelhaft wäre – was nicht zutrefte – sei die Beklagte als Subcustodian von E._____ nicht gehalten gewesen, sich der gefestigten Praxis der ESTV just im Fall der Klägerin zu widersetzen und die Steuer selbst zu bezahlen oder im Interesse der Klägerin einen Pilotprozess zu führen. Sie wäre dazu auch gar nicht legitimiert gewesen. Wenn etwas sittenwidrig sei, dann die Methode, mit der die Klägerin auf Kosten des Steuerzahlers Kasse machen wolle (act. 14 S. 70 f. Rz. 256 ff.).

E. 4.3

Gemäss Art. 41 OR wird, wer einem anderen widerrechtlich Schaden zufügt, sei es mit Absicht, sei es aus Fahrlässigkeit, zum Ersatz verpflichtet (Abs. 1). Ebenso ist zum Ersatz verpflichtet, wer einem andern in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise absichtlich Schaden zufügt (Abs. 2). Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung und traditioneller Lehre liegt der Generalnorm von Art. 41 Abs. 1 OR die sogenannte objektive Widerrechtlichkeitstheorie zugrunde. Danach ist eine Schadenszufügung widerrechtlich, wenn sie gegen eine allgemeine gesetzliche Pflicht verstösst. Ein solcher Verstoss kann darin liegen, dass ein absolutes Recht des Geschädigten verletzt wird (Erfolgsunrecht) oder der Schädiger eine reine Vermögensschädigung durch Verstoss gegen eine einschlägige Schutznorm bewirkt (Verhaltensunrecht; HEIERLI/SCHNYDER, in: HONSELL/VOGT/WIEGAND, Basler Kommentar Obligationenrecht I, 5. Aufl. 2011, N 31 zu Art. 41 OR, m.w.H.). Die Klägerin macht geltend, die Beklagte habe vermögensrechtliche Schutznormen des StGB (ungetreue Geschäftsbesorgung und/oder Veruntreuung) verletzt. Inwiefern diese Strafbestimmungen verletzt wurden, legt die Klägerin indes in keiner Weise dar. Ein entsprechendes Vergehen der Beklagten lässt sich denn auch nicht erkennen. Sie war – wie vorstehend dargelegt – an das Zirkular Nr. 6584 gebunden und hat sich mit dem Subcustodian Agreement zwischen ihr und E._____ vertraglich zu dessen Einhaltung verpflichtet. Die Beklagte hat sich entsprechend verhalten und keine vertraglichen Verpflichtungen verletzt. Dementsprechend ist auch

nicht ersichtlich, inwiefern die Beklagte ein staatliches Verfahren ohne sachliche Gründe angestrengt oder sonst wie sittenwidrig gehandelt haben soll. Im Übrigen folgte aus der blossen Verletzung einer vertraglichen Pflicht

- 56 - keine Widerrechtlichkeit (vgl. HEIERLI/SCHNYDER, a.a.O., N 34a zu Art. 41 OR). Ebenso wenig ergäbe sich eine Widerrechtlichkeit aus einer Verletzung von Art. 2 ZGB, welche Bestimmung nicht als Schutznorm zu qualifizieren ist (vgl. HEIERLI/SCHNYDER, a.a.O., N 36 zu Art. 41 OR, m.w.H.). Für eine Ausnahmeregelung besteht kein Anlass. Es fehlt diesbezüglich sowohl an einem Verstoss der Beklagten gegen das Gebot des Handelns nach Treu und Glauben als auch gegen das Rechtsmissbrauchsverbot. Ein Anspruch der Klägerin auf Rückzahlung des geforderten Betrages von CHF 54.67 Mio. gestützt auf eine unerlaubte Handlung der Beklagten nach Art. 41 ff. OR ist daher mangels Widerrechtlichkeit nicht gegeben.

E. 5

Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung

E. 5.1

Die Klägerin macht schliesslich für den Fall, dass das Gericht einen Direktanspruch oder einen solchen aus unerlaubter Handlung verneine, einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung geltend. Die Bereicherung bei der Beklagten sei durch Überweisungen ab dem Unterkonto der Klägerin auf ein soweit unbekanntes Konto der Beklagten entstanden. Damit habe sich das Vermögen der Beklagten vergrössert. Die Vermögensvermehrung (lucrum emergens) stelle eine Bereicherung im Sinne des Gesetzes dar. Unbestritten sei die Vermögensverschiebung durch die Beklagte. Zwischen der Vermögensverminderung der Klägerin, eingetreten auf dem Unterkonto, und der Vermögensvermehrung der Beklagten auf ihrem Konto bestehe ein Kausalzusammenhang. Die Entreichung sei gegeben. Die Beklagte habe in die Vermögenswerte der Klägerin eingegriffen. Diese Eingriffskondition sei ungerechtfertigt, weil sie ohne Rechtsgrund erfolgt sei und sich das "Behaltendürfen" weder aus Gesetz noch Vertrag ergebe. Es bestehe eine unbeschränkte Rückerstattungspflicht, selbst wenn die Beklagte nicht mehr bereichert sei, da die Beklagte von der Problematik im Zusammenhang mit dem Zirkular Nr. 6584 gewusst und daher nicht in gutem Glauben gehandelt habe und mit einer Rückerstattung rechnen müssen (act. 1 S. 71 ff. Rz. 235 ff. und S. 76 Rz. 255).

- 57 -

E. 5.2

Die Beklagte erwidert, eine Vermögenseinbusse der Klägerin sei nicht ersichtlich, geschweige denn sei eine solche von der Klägerin substantiiert worden. Dass die Klägerin keinen um die Verrechnungssteuer erhöhten Gewinn erzielt habe, stelle keine Entreichung dar. Die Klägerin sei nicht entreichert, wenn ihr vermeintlicher Gewinn entgangen sei, mit welchem sie sich auf Kosten der Allgemeinheit bereichert hätte. Die Beklagte habe die Verrechnungssteuer an die ESTV abgeführt. Sie sei nicht bereichert. Die Beklagte habe keinerlei eigene Geschäfte getätigt. Daher sei Art. 64 OR nicht anwendbar. Zudem habe sie die Verrechnungssteuer in gutem Glauben an die ESTV entrichtet. Schliesslich fehle es an der von Art. 62 ff. OR geforderten Unrechtmässigkeit. Die Beklagte sei zur Entrichtung der Verrechnungssteuer nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet gewesen (act. 14 S. 71 f. Rz. 263 ff.; act. 26 S. 37 Rz. 164).

E. 5.3

Wer in ungerechtfertigter Weise aus dem Vermögen eines andern bereichert worden ist, hat die Bereicherung zurückzuerstatten (Art. 62 Abs. 1 OR). Voraussetzungen des Bereicherungsanspruchs sind eine Bereicherung (Vermögensvermehrung) sowie eine Entreicherung (Vermögensvermehrung zu Lasten eines anderen), welche ohne Rechtsgrund erfolgte (vgl. SCHULIN, in: HONSELL/VOGT/WIEGAND, a.a.O., N 5 ff. zu Art. 62 OR). Vorliegend fehlt es an einer Bereicherung der Beklagten, denn diese hat den der Klägerin belasteten Betrag unbestritten der ESTV überwiesen (vgl. act. 3/67 S. 3). Sodann war – wie vorstehend dargelegt – die Beklagte an das Zirkular Nr. 6584 gebunden und hat sich mit dem Subcustodian Agreement zwischen ihr und E._____ vertraglich zu dessen Einhaltung verpflichtet. Die Beklagte hat sich entsprechend verhalten und keinerlei vertragliche Verpflichtungen verletzt. Somit erfolgte die Belastung des klägerischen Kontos dem Subcustodian Agreement zwischen der Beklagten und E._____ entsprechend, mithin nicht ohne Rechtsgrund. Ein Anspruch der Klägerin auf Rückzahlung des geforderten Betrages von CHF 54.67 Mio. gestützt auf eine ungerechtfertigte Bereicherung der Beklagten nach Art. 62 ff. OR ist daher ebenfalls nicht gegeben.

- 58 -

E. 6

Eventualantrag: Ausstellen einer Abzugsbescheinigung

E. 6.1

Die Klägerin führt aus, unter der Annahme dass das Gericht von einer gültigen Rechtsgrundlage für den Abzug von Verrechnungssteuern ausgehen sollte, verfüge sie über einen Rückerstattungsanspruch gemäss Art. 21 VStG. Zur Geltendmachung ihres Rückerstattungsanspruchs benötige die Klägerin eine Abzugsbescheinigung gemäss Art. 14 Abs. 2 VStG (act. 1 S. 77 ff. Rz. 257 ff.; act. 22 S. 106 f. Rz. 318 ff.).

E. 6.2

Die Beklagte bringt dagegen vor, die Klägerin habe als Schuldnerin der von ihr verkauften Dividende steuerrechtlich keinen Anspruch auf eine Abzugsbestätigung i.S.v. Art. 14 Abs. 2 VStG. Hätte die Beklagte ihr eine solche ausgestellt, wäre damit eine dritte Abzugsbescheinigung ausgestellt worden, zusätzlich zu derjenigen des Käufers cum div und zusätzlich zu derjenigen des Verkäufers ex div, womit das Risiko geschaffen worden wäre, dass die Schweizerische Eidgenossenschaft geschädigt würde. Die Ausstellung einer Abzugsbescheinigung durch die Beklagte für die Klägerin könne zumindest objektiv einen Straftatbestand erfüllen (act. 14 S. 73 Rz. 272 ff.; act. 26 S. 37 Rz. 165 ff.).

E. 6.3

Gemäss Art. 14 Abs. 2 VStG hat der Steuerpflichtige dem Empfänger der steuerbaren Leistung die zur Geltendmachung des Rückerstattungsanspruchs notwendigen Angaben zu machen und auf Verlangen hierüber eine Bescheinigung auszustellen. Leistungsempfänger ist derjenige, welcher den steuerbaren Ertrag vereinnahmt und darüber verfügen darf (REICH, in: ZWEIFEL/ATHANAS/BAUER-BALMELLI, a.a.O., N 22 zu Art. 14 VStG). Falls vorliegend von einer Verrechnungssteuer und der entsprechenden Anwendbarkeit des VStG auszugehen ist, ist der Leistungsempfänger, welcher den steuerbaren Ertrag (die manufactured dividend) vereinnahmt und darüber verfügen darf, der Käufer cum dividend, der die Titel von der Klägerin mit dem Dividendenanspruch erworben hat. Die Klägerin

als Schuldnerin der verkauften manufactured dividend hat indes keinen Anspruch auf eine Abzugsbescheinigung.

- 59 - Falls nicht von einer Verrechnungssteuer und der entsprechenden Anwendbarkeit des VStG auszugehen ist, hat die Klägerin entsprechend auch keine Rückerstattungsbescheinigung im Sinne von Art. 14 Abs. 2 VStG zu Gute. VI. Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Streitwert

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