

ZH_HANDELSGERICHT HG100282 vom 6. November 2012

Zh Handelsgericht, 2012-11-06, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_handelsgericht_HG100282

FR: ZH_HANDELSGERICHT HG100282 du 6 novembre 2012

IT: ZH_HANDELSGERICHT HG100282 del 6 novembre 2012

Erwägungen

E. 1

Parteien Die Klägerin ist eine Gesellschaft australischen Rechts, welche – nach eigenen Angaben – bezweckt, ihr von den Aktionären zur Verfügung gestellte Mittel sicher und profitabel anzulegen (act. 22; act. 32 S. 4 Rz 8). Die Beklagte ist eine Aktiengesellschaft schweizerischen Rechts mit Sitz in Basel. Die F._____ Bank (Schweiz) AG mit Sitz in Zürich, welche an der hier im Streit stehenden Transaktion beteiligt war und deren Sorgfaltspflichtverletzung die Klägerin geltend macht, wurde gemäss Fusionsvertrag vom 18. Dezember 2009 von der Beklagten absorbiert und am 5. Februar 2010 im Handelsregister gelöscht (act. 5/4 und 5/5).

- 3 -

E. 1.1

Unbestrittener Sachverhalt Unbestritten ist das Vorliegen einer mehrgliedrigen internationalen Kettenüberweisung, welche sich im Einzelnen so darstellt: Die Klägerin erteilte der in Sydney, Australien, domizilierten E._____ Sydney den Auftrag, vom dortigen Konto der Klägerin USD 5 Mio. auf ein Konto bei der F._____ Bank Genf zu überweisen. Angesichts der Währung in US-Dollar beauftragte die E._____ Sydney die E._____ New York mit der Überweisung, welche der F._____ Bank New York den Betrag in US-Dollar auf deren US-Dollar Konto bei der E._____ New York gutschrieb. Die F._____ Bank New York wiederum schrieb diese Summe der F._____ Bank Genf gut. Die Reihenfolge der Überweisungskette gestaltet sich somit wie folgt: Klägerin; E._____ Sydney; E._____ New York; F._____ Bank New York; F._____ Bank Genf.

E. 1.2

Anwendbarkeit von Art. 117 IPRG?

E. 1.2.1

Die Klägerin macht geltend, die F._____ Bank Genf habe ihre Sorgfaltspflicht verletzt, indem sie die überwiesenen USD 5 Mio. dem Konto Nr. ... gutschrieben habe. Der am Konto mit der Nummer ... Berechtigte sei C._____ ge-

- 7 - wesen. Auf der SWIFT Meldung sei aber als Begünstigte die F._____ Bank Private Banking Switzerland aufgeführt gewesen. Angesichts des Widerspruchs zwischen der Kontonummer und der Angabe des Begünstigten hätte die F._____ Bank Genf von der Gutschrift absehen und weitere Abklärungen vornehmen müssen (act. 2 S. 4 ff. Rz 5 ff. und S. 29 f. Rz 34). Die Klägerin leitet aus ihrer Vertragsbeziehung mit der E._____ Sydney einen vertraglichen Anspruch gegen die Beklagte ab. Auf diesen Direktanspruch sei schweizerisches Recht anwendbar und zwar gründe dieser auf Art. 399 Abs. 3 OR, wonach der Auftraggeber direkt gegen den Unterbeauftragten vorgehen kann (act. 2 S. 18 ff. Rz 24

ff.; act. 32 S. 30 ff. Rz 58 ff.). Die Beklagte bestreitet das Vorliegen eines vertraglichen Anspruchs. Ein allfälliger aus der Vertragsbeziehung zwischen der Klägerin und der E. _____ Sydney abgeleiteter Direktanspruch richte sich – wie die diesem zugrunde liegende Vertragsbeziehung zwischen der Klägerin und der E. _____ Sydney – nach australischem Recht (act. 18 S. 4 ff. Rz 3 ff.; act. 39 S. 35 Rz 112 ff.).

E. 1.2.2

Liegt in einem internationalen Verhältnis zwischen den Parteien ein Vertrag vor und haben sie keine Rechtswahl nach Art. 116 IPRG getroffen, bestimmt sich das anwendbare Recht nach Art. 117 IPRG. Dabei wird das streitige Rechtsverhältnis nach der *lex fori*, d. h. nach schweizerischem Recht, qualifiziert (vgl. BGE 127 III 553 Erw. 2c); BGE 127 III 123 Erw. 2c); BGE 115 II 67 Erw. 1 mit Hinweisen). Ebenso erfolgt die Auslegung der Verweisungsbegriffe des IPRG – im Zusammenhang mit Art. 117 IPRG des Vertragsbegriffs – nach der *lex fori* (vgl. dazu Schönenberger/Jäggi, Kommentar zum OR, Allgemeine Einleitung, Zürich 1973, N 99 f.). Damit ist nicht gemeint, dass sich die Qualifikation nach der materiellen *lex fori* richten muss (Furrer/Girsberger/Siehr, Internationales Privatrecht XI/1, N 408 ff.). Die Begriffe des Kollisionsrechts entsprechen nämlich nicht zwingend der materiellen *lex fori* (Keller, Verhältnis zwischen materiellem Privatrecht und Internationalem Privatrecht, in: SJZ 1972 S. 71 f.).

E. 1.2.3

Bei der eingliedrigen Banküberweisung (oder Hausüberweisung) unterhalten der Überweisende und der Begünstigte mit derselben Bank ein Giroverhältnis, sodass die Überweisung durch eine einfache Buchung innerhalb der Bank abgewickelt wird (Guggenheim, Die Verträge der schweizerischen Bankpraxis, 3. Auflage, Zürich 1986, S. 234). Im Gegensatz dazu verfügen bei der mehrgliedrigen

- 8 - Banküberweisung oder Kettenüberweisung der Überweisende und der Begünstigte nicht über Konten bei derselben Bank, sodass an der Überweisung mindestens zwei Banken, die Absender- und die Empfängerbank, mitwirken müssen. Die Verbindung zwischen den beiden Banken wird entweder mittels einer direkten Konto- beziehung oder durch Einschaltung von Zwischenbanken (Korrespondenzbanken) hergestellt, oder die Überweisung wird über ein Zahlungsverkehrssystem abgewickelt, dem die Absender- und Empfängerbank bzw. deren Korrespondenz- bank(en) angehören (Buis, Die Banküberweisung und der Bereicherungsausgleich bei fehlgeschlagenen Banküberweisungen, Diss. Zürich 2001, S. 112).

E. 1.2.4

In einem Fall einer Kettenüberweisung (welche im Gegensatz zum vorliegenden keinen internationalen Bezug aufwies und an welcher zwischen der Absender- und Empfängerbank eine direkte Kontobeziehung bestand, mithin keine Korrespondenzbanken beteiligt waren) hat das Bundesgericht – unter Anwendung des schweizerischen materiellen Rechts – die Beziehungen zwischen den an der Überweisung Beteiligten wie folgt charakterisiert: "Im mehrgliedrigen Überweisungsverkehr handeln die zwischengeschalteten Banken in eigenem Namen, aber auf fremde Rechnung, somit als indirekte Stellvertreterinnen. Eine dergestalt vorgenommene Überweisung wird mittels mehrerer, kettenartig verbundener Verträge abgewickelt, an denen unterschiedliche Parteien beteiligt sind, wobei die Relativität der jeweiligen Rechtsbeziehungen zu beachten ist. So besteht zwischen dem Überweisenden und der Erstbank ein Girovertrag, auf den

die Regeln des Auftragsrechts Anwendung finden. Der in diesem Rahmen erfolgende Vergütungsantrag ist eine an die Erstbank gerichtete Weisung (Art. 397 OR) des Inhalts, mit der kontoführenden Bank des Empfängers ein Anweisungsverhältnis im Sinne von Art. 466 ff. OR einzugehen. Die beteiligten Banken sind sodann unter sich durch selbständige Giroverträge verbunden, auf die ebenfalls die Regeln des Auftragsrechts anwendbar sind. Zwischen dem Überweisenden und der Empfängerbank bestehen grundsätzlich keine unmittelbaren Vertragsbeziehungen" (BGE 121 III 310 Erw. 3a) mit weiteren Hinweisen).

E. 1.2.5

Das IPRG definiert den Verweisungsbegriff des Vertrages im Sinne von Art. 117 IPRG nicht. Auch sind keine entsprechenden Bundesgerichtsentscheide zu finden. In Anbetracht der vom Bundesgericht angestrebten Harmonisierung der

- 9 - Regelungen des IPRG und des Lugano-Übereinkommens (vgl. BGE 135 III 556 Erw. 3.1; BGE 126 III 334 Erw. 3.b)) kann für die Auslegung des Vertragsbegriffs des IPRG die im Rahmen von Art. 5 Nr. 1 LugÜ geltende Rechtsprechung des EuGH herangezogen werden. Nach dessen ständiger Rechtsprechung erfasst der Begriff "Vertrag oder Ansprüche aus einem Vertrag" im Sinne von Art. 5 Nr. 1 LugÜ solche Situationen nicht, in welchen "keine von einer Partei gegenüber einer anderen freiwillig eingegangene Verpflichtung vorliegt". Wo sich die Verpflichtung zum Ersatz des Schadens nicht aus einer freiwillig eingegangenen Verpflichtung, sondern aus gesetzlicher Haftung ergibt, liegt kein Vertrag in diesem Sinne vor (EuGH 17. Juni 1992, Rs. C-26/91, Jakob Handte & Co. GmbH Maschinfabrik, Slg. 1992 I 3967 ff.; EuGH 17. Sept. 2002, Rs. C-334/00, Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA, Slg. 2002 I 7357 ff.). Diese Rechtsprechung beeinflusst nicht nur die Auslegung der Zuständigkeitsnormen des IPRG, sondern – wegen der angestrebten einheitlichen Begriffsbestimmung des Zuständigkeits- und Verweisungsrechts (vgl. Schwander, Einführung in das internationale Privatrecht, 3. Aufl., St. Gallen 2000, N 275) – auch die Auslegung der IPRG-Kollisionsnormen. Zwischen der Klägerin und der Beklagten liegt keine freiwillig eingegangene Verpflichtung im Sinne der Rechtsprechung des EuGH vor (vgl. in diesem Sinne Isler, Der Direktanspruch in internationalen Vertragsketten, Diss. Zürich 2011, N 379). Auch ist der oben unter Ziffer 1.2.4 zitierten Erwägung des Bundesgerichts zu entnehmen, dass – dies zwar nach schweizerischem materiellem Recht – zwischen dem Überweisenden und der Empfängerbank in solchen Konstellationen keine direkte Vertragsbeziehung hergestellt wird. Ein Vertrag im Sinne von Art. 117 IPRG ist zwischen den Parteien also nicht auszumachen, wo- mit Art. 117 IPRG vorliegend nicht einschlägig ist.

E. 1.2.6

Die Klägerin macht geltend, basierend auf Art. 399 Abs. 3 OR, wonach der Auftraggeber direkt gegen den Unterbeauftragten vorgehen kann, habe sie einen Direktanspruch gegen die Beklagte (act. 2 S. 29 f. Rz 34). Dieser Direktanspruch des Auftraggebers gegen den Substituten ergibt sich aus der gesetzlichen Regelung des Auftragsrechts im schweizerischen Obligationenrecht. Die Anwendung Schweizer Rechts und namentlich von Art. 399 Abs. 3 OR setzt voraus, dass das Vertragsverhältnis, aus welchem der Anspruch gegen den Substituten fließt,

- 10 - ebenfalls dem Schweizer Recht untersteht. Denn der Direktanspruch leitet sich materiellrechtlich aus diesem Hauptvertragsverhältnis ab. Nur wenn dieses dem schweizerischen Recht unterstellt ist, richtet sich der Direktanspruch nach Art. 399 Abs. 3

OR. Es ist nämlich das auf das Hauptvertragsverhältnis anwendbare Recht, welches bestimmt, ob und welche Ansprüche dem Auftraggeber via Beauftragtem gegen den Substituten zustehen (so Gautschi, Berner Kommentar, Art. 399 OR N 12 b; Isler, a.a.O., N 514 ff.). Dies bedeutet, dass nach dem auf das Vertragsverhältnis zwischen der Klägerin und der E._____ Sydney anwendbaren Recht zu beurteilen ist, ob die Klägerin einen Direktanspruch gegen die Beklagte hat (vgl. zum gleichen Ergebnis ZK-Keller/Kren-Kostkiewicz, Art. 117 IPRG N 92).

E. 1.2.7

Die Klägerin hat ihren Sitz im australischen Bundesstaat Queensland (act. 5/1) und die E._____ Sydney im australischen Bundesstaat New South Wales (vgl. http://en.wikipedia.org/wiki/E._____Australia). Der Umstand, dass beide Parteien ihren Sitz in Australien haben, spricht für die Anwendbarkeit australischen Rechts auf ihr Vertragsverhältnis. Etwas anderes ist weder von der Klägerin noch von der Beklagten behauptet worden. Auf die Vertragsbeziehung zwischen der Klägerin und der E._____ Sydney ist somit australisches Recht anwendbar. Dieses ist für die Beantwortung der Frage zu konsultieren, ob die Klägerin gestützt auf ihr Vertragsverhältnis mit der E._____ Sydney einen Direktanspruch gegen die Beklagte hat.

E. 1.2.8

Nach dem Statut des Direktanspruchs, d.h. nach australischem Recht, bestimmen sich namentlich die abstrakte Zulässigkeit, die Ausübung, der Inhalt und der Umfang der dem Auftraggeber gegenüber dem Unterbeauftragten zustehenden Forderungen und Rechte. Die Verjährung und das Erlöschen der Forderung unterstehen ebenfalls dem Statut des Direktanspruchs (vgl. Isler, a.a.O., N 608).

E. 1.2.9

Fazit Für die Beantwortung der Frage, ob die Klägerin aus ihrer Vertragsbeziehung mit der E._____ Sydney einen Direktanspruch gegen die Beklagte ableiten kann, ist australisches Recht heranzuziehen. Danach bestimmen sich die Zulässigkeit, der

- 11 - Inhalt und der Umfang des Anspruchs sowie das Erlöschen und die Verjährung der Forderung.

E. 1.3

Auf unerlaubte Handlung anwendbares Recht Die Klägerin stützt ihren Anspruch weiter auf die unerlaubte Handlung im Sinne von Art. 41 OR. Die Kundenberater G._____ und H._____ hätten bei den Machenschaften von C._____ mit diesem unter einer Decke gesteckt (act. 32 S. 49 Rz 96). G._____ sei bei dem durch C._____ begangenen Betrug nach Art. 146 StGB als Gehilfe beteiligt gewesen, indem er die zu seinen Händen für ein bestimmtes Projekt überwiesenen Gelder unter Missachtung der widersprüchlichen Begünstigtenangabe dem Konto von C._____ gutgeschrieben habe (act. 32 S. 35 ff. Rz 71 ff. und S. 50 f. Rz 100 f.). Weiter habe die Beklagte Geldwäscherei nach Art. 305bis StGB betrieben, indem sie von der Abklärung des Begünstigten und der Rückweisung der Transaktion der aus einem Verbrechen stammenden Gelder abgesehen und im Anschluss an die Gutschrift aktiv mitgeholfen habe, diese betrügerisch erlangten Gelder zweckfremd vom Konto Nr. ... abzuführen (act. 2 S. 30 f. Rz 35; act. 32 S. 15 Rz 23, S. 35 ff. Rz 71 ff. und S. 47 ff. Rz 94 ff.). In diesem Zusammenhang habe sie gegen das Geldwäschereigesetz verstossen, indem sie die Transaktion trotz widersprüchlicher Begünstigtenbezeichnung

ohne Abklärungen bei der auftraggebenden Bank vorgenommen habe (act. 32 S. 35 ff. Rz 71 ff. und S. 42 ff. Rz 87 ff.). In diesem Sinne spricht sich die Klägerin für die Anwendung Schweizer Rechts aus (act. 32 S. 35 ff. Rz 71 ff.). Die Beklagte dagegen will australisches Recht angewendet wissen (act. 39 S. 52 ff. Rz 169 ff.).

E. 1.3.1

Anwendbarkeit von Art. 133 Abs. 2 IPRG

E. 1.3.1.1

Das auf unerlaubte Handlungen anwendbare Recht bestimmt sich bei Fehlen einer Rechtswahl und bei gewöhnlichem Aufenthalt von Schädiger und Geschädigtem in verschiedenen Staaten nach Art. 133 Abs. 2 IPRG. Danach ist das Recht am Handlungsort massgebend; tritt der Erfolg nicht im Staat des Handlungsorts ein, ist das Recht am Erfolgsort anzuwenden, wenn der Schädiger mit dem Eintritt des Erfolges in diesem Staat rechnen musste. Der Verweisungsbe- griff der unerlaubten Handlung in Art. 133 IPRG ist – vgl. oben Ziffer 1.2.2 – nach der lex fori auszulegen (Schönenberger/Jäggi, a.a.O., N 99 f.). Das IPRG definiert

- 12 - den Begriff der unerlaubten Handlung nicht. Das Bundesgericht geht von einer weiten Auslegung aus, wonach unter unerlaubter Handlung sowohl ausservertrag- liche Verschuldenshaftung als auch Kausalhaftung zu verstehen sind. Das auf die hier aus ausservertraglicher Verschuldenshaftung geltend gemachten Ansprüche anwendbare Recht bestimmt sich somit nach Art. 133 Abs. 2 IPRG.

E. 1.3.1.2

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist Erfolgsort im Sinne von Art. 133 Abs. 2 IPRG derjenige Ort, wo das geschützte Rechtsgut verletzt wurde (BGE 113 II 476 Erw. 3.a)). Davon zu unterscheiden ist der Schadensort als Platz, an dem weiterer Schaden eintritt. Massgeblich für die Bestimmung des Erfolgsor- tes ist mithin, wo die erste, unmittelbare Einwirkung auf das durch den Tatbestand einer Deliktsgeschützte Rechtsgut stattgefunden hat. Fallen Erfolgs- und Schadensort auseinander, scheidet letzterer als Anknüpfungspunkt aus. Im Falle, dass sich die konkret verletzten Vermögenswerte vom übrigen Vermögen abgren- zen lassen und deren Standort zum Zeitpunkt der Schädigung feststellbar ist, ist das Recht an jenem Ort anwendbar (BGer 5A_873/2010 Erw. 4.1.2 f.; BGer 5P.414/2003 Erw. 3.2.2; BGE 125 III 103 Erw. 2.b)aa) und 3.a)). Wo nicht ein be- stimmt feststellbarer Vermögenswert vermindert worden sei, solle – so das Bun- desgericht – gemäss Vorschlägen in der Literatur der Sitz des Hauptvermögens des Geschädigten massgeblich sein. In Betrugsfällen solle der Ort, an dem der Geschädigte die nachteilige Vermögensverfügung vorgenommen hat, massge- bend sein (BGE vom 3. Mai 2011, 5A_873/2010 Erw. 4.1.2; BGE vom 7. Juni 2004, 5P.414/2003 Erw. 3.2.2; BGE 125 III 103 Erw. 2.b)aa) und 3.a) mit Verweis auf Jean-Louis Delachaux, Die Anknüpfung der Obligationen aus Delikt und Quasidelikt im internationalen Privatrecht, Diss. Zürich 1960, S. 181). Angesichts der Schwierigkeit der Feststellung des Standortes des Vermögens betrachtet ein Teil der Lehre den Erfolgsort am Ort des Schadenseintritts, welcher am Wohnsitz bzw. Sitz des Geschädigten zu vermuten sei (ZK-Heini, Art. 133 IPRG N 10). Im Urteil vom 7. Juni 2004 (BGer 5P.414/2003) – welchem eine betrügerische Hand- lung zugrunde lag – lokalisierte das Bundesgericht den Erfolgsort dort, wo der Geschädigte über sein Vermögen verfügt hatte (a.a.O. Erw. 3.2.2).

E. 1.3.1.3

Vorliegend hat die Klägerin – als Folge betrügerischer Machenschaften von C._____ – über ihr Vermögen in Australien verfügt, indem sie dort der

- 13 - E._____ Sydney den Auftrag erteilt hat, die sich auf einem bei dieser liegenden Konto befindenden Gelder einem in der Schweiz liegenden Konto gutzuschreiben (vgl. act. 5/9). Der oben erwähnten bundesgerichtlichen Rechtsprechung folgend befindet sich der Erfolgsort somit in Australien. Aber auch bei Anwendung der erwähnten Vorschläge in der Literatur wäre der Erfolgsort ausnahmslos in Australien anzusiedeln: So befand sich auch der Lageort der überwiesenen USD 5 Mio. zur Zeit der Verletzung – beim Betrug Zeitpunkt der Vermögensdisposition (vgl. Schwander, Bem. zu BGE 125 III 103, in: SZIER 2000, S. 355) – in Australien. Haben sich auf dem belasteten Konto (US Dollar Account No. ..., vgl. act. 5/9) weitere Gelder befunden, kann dort weiter der Sitz des – die Überweisung betreffenden – Hauptvermögens lokalisiert werden. Letztlich ist auch der Sitz der Geschädigten, der Klägerin, in Australien. Somit kann festgehalten werden, dass sich der Erfolgsort der behaupteten unerlaubten Handlung in Australien befindet. Von der Vorausschbarkeit des Erfolgseintrittes in Australien ist auszugehen, zumal dieser Ort mit dem Sitz der Geschädigten, der Klägerin, zusammenfällt. Vor diesem Hintergrund ist auf die unerlaubte Handlung gemäss Art. 133 Abs. 2 IPRG australisches Recht anwendbar.

E. 1.3.2

Akzessorietätsregel des Art. 133 Abs. 3 IPRG

E. 1.3.2.1

Nur der Vollständigkeit halber ist auf den Standpunkt der Klägerin einzugehen, wonach aufgrund der Akzessorietätsregel des Art. 133 Abs. 3 IPRG schweizerisches Recht zur Anwendung komme, da ihr Direktanspruch gegen die Beklagte vertraglicher Natur sei (act. 32 S. 36 Rz 73). Art. 133 Abs. 3 IPRG bestimmt, dass bei Verletzung eines zwischen Schädiger und Geschädigtem bestehenden Rechtsverhältnisses durch eine unerlaubte Handlung Ansprüche aus der unerlaubten Handlung dem Recht dieses vorbestehenden Rechtsverhältnisses unterstehen. Vorausgesetzt wird ein vorbestehendes Rechtsverhältnis, welches einen inneren, sachlichen Zusammenhang zur unerlaubten Handlung aufweist (BSK IPRG-Umbricht/Zeller, Art. 133 N 3 f.; Gonzenbach, Die akzessorische Anknüpfung - ein Beitrag zur Verwirklichung des Vertrauensprinzips im IPR, Diss. Zürich 1986, S. 49).

- 14 -

E. 1.3.2.2

Die Akzessorietätsregel kommt vorliegend nicht zur Anwendung. Einerseits liegt – wie oben unter Ziffer 1.2.5 festgestellt – zwischen den Parteien kein Rechtsverhältnis (Vertrag oder familienrechtliches Verhältnis) in diesem Sinne vor (vgl. dazu ZK-Heini, Art. 133 IPRG N 15 ff.). Andererseits wäre auch bei Unterstellung eines Vertragsverhältnisses dieses nicht vor der Entstehung des Deliktverhältnisses begründet worden. Die vertragliche wie die deliktische Beziehung zwischen den Parteien wären gleichzeitig durch die einschlägige Handlung der Beklagten (Gutschrift des Guthabens auf das Konto von C._____) hergestellt worden, womit es an der Voraussetzung des Vorbestehens des vertraglichen Rechtsverhältnisses fehlt.

E. 1.3.3

Fazit Im Lichte der vorstehenden Ausführungen (Ziffer 1.3.1 und 1.3.2) kommt vorliegend auf die unerlaubte Handlung gemäss Art. 133 Abs. 2 IPRG australisches Recht zur Anwendung. 2. Anspruchsprüfung

E. 2

Übergangsrecht und Zuständigkeit

E. 2.1

Zum Sachverhalt

E. 2.1.1

Behauptungen der Klägerin

E. 2.1.1.1

Die Klägerin führt aus, D._____, einer ihrer Aktionäre, habe für sie im Jahr 2001 nach Investitionsmöglichkeiten gesucht und sei dabei an C._____ gelangt. Dieser habe vorgegeben, für die F._____ Bank Privatplatzierungen zu organisieren und an Investoren zu vermitteln. Im Einverständnis mit seinen Mitgesellschaftern habe sich D._____ dazu bewegen lassen, in angeblich von der F._____ Bank emittierte und durch gewinnträchtige Investitionen unterlegte Schuldscheine zu investieren. Zu diesem Zweck habe D._____ für die Klägerin mit C._____ ein "Placement Agreement" geschlossen, mit welchem C._____ beauftragt worden sei, entsprechende Transaktionen vorzubereiten und durchzuführen. Das "Placement Agreement" datiere zwar vom 1. Mai 2001, sei aber nach Gründung der Klägerin vom 14. August 2001 am 11. Februar 2002 D._____ zugestellt und von diesem unterzeichnet worden (act. 2 S. 4 f. Rz 5; act. 32 S. 5 Rz 10).

- 15 -

E. 2.1.1.2

Die vereinbarte Investitionssumme von USD 5 Mio. sollte auf ein – entsprechend der von C._____ gegebenen Zusicherung bankeigenes und treuhänderisch für die Klägerin gehaltenes – Konto bei der F._____ Bank Genf überwiesen werden und zwar mit dem Vermerk "Special Instruction" mit dem Wortlaut "Held By F._____ Bank Private Banking to the Order of D._____ -Private Project 1-5-2001, No ...". Als Empfängerkonto sei angegeben gewesen: "F._____ Bank Switzerland A/C No: ... A/C Name: F._____ Bank Private Banking Switzerland ... [Adresse]" Entsprechend diesen von C._____ erhaltenen Angaben habe die Klägerin der E._____ Sydney, bei welcher sie das zu belastende Konto unterhalten habe, am 12. Februar 2002 einen SWIFT Überweisungsauftrag über USD 5 Mio. erteilt (act. 2 S. 5 f. Rz 6 f.).

E. 2.1.1.3

Noch bevor die Überweisung ausgeführt worden sei, habe D._____ am 14. Februar 2002 eine Anweisung von C._____ erhalten, folgenden – nun anders lautenden – Vermerk anzubringen: "... to the attention of Mr. G._____, Bank Officer, F._____ Bank Private Banking, Switzerland; Private Project dated 1st May, 2001, No. ...". Seitens C._____ sei D._____ nochmals versichert worden, dass die Gelder auf das generelle Konto der F._____ Bank, d.h. deren eigenes Konto, und im Namen von D._____ überwiesen würden. Noch gleichentags habe D._____ gemäss der neusten Anweisung auf dem Überweisungsauftrag den ersten Teil der Special Instructions gestrichen und ersetzt durch: "Attention Mr. G._____, Bank Officer F._____ Bank Private Banking, Geneva, Switzerland". An-

schliessend habe ebenfalls am 14. Februar 2002 die E._____ Sydney den Überweisungsauftrag über die E._____ New York ausgeführt, indem diese – im Hinblick darauf, dass es sich um eine Überweisung in US-Dollar gehandelt habe – der New Yorker Filiale der F._____ Bank die entsprechende "Cable Message Authorization" gefaxt habe. Dem Überweisungsauftrag der Klägerin entsprechend habe die "Cable Message Authorization" vorgesehen, beim auftraggebenden Kunden handle es sich um die "A._____ Ltd" (SWIFT Meldung Feld 50) und der begünstigte Kunde sei "... [Konto-Nr.], F._____ Bank Private Banking Switzerland" (SWIFT Meldung Feld 59). Noch gleichentags habe die F._____ Bank Genf

- 16 - von der F._____ Bank New York eine entsprechende SWIFT Meldung erhalten. Die F._____ Bank Genf habe den Betrag von USD 5 Mio. anschliessend dem Konto Nr. ... gutgeschrieben. Wie die Klägerin nach mühsamen Abklärungen herausgefunden habe, habe es sich bei diesem Konto nicht um ein für die Klägerin geführtes Klientenkonto der F._____ Bank Genf gehandelt, sondern um ein C._____ persönlich gehörendes Konto. C._____ habe in der Folge über die Gelder für eigene Zwecke und entgegen der mit der Klägerin getroffenen Vereinbarung verfügt (act. 2 S. 6 ff. Rz 7 ff.).

E. 2.1.1.4

Angesichts des Widerspruchs zwischen der Kontonummer und der Angabe des Begünstigten im Feld 59 der der F._____ Bank Genf durch die F._____ Bank New York übermittelten SWIFT Meldung hätte die Gutschrift nicht erfolgen dürfen. Die F._____ Bank Genf hätte vielmehr mit der auftraggebenden Bank Rücksprache nehmen und mit der Vornahme der Gutschrift zuwarten müssen, bis eine unmissverständliche Weisung vorgelegen habe (act. 2 S. 29 Rz 33). Aufgrund dieser gravierenden Sorgfaltspflichtverletzung und der Tatsache, dass schon im Rahmen einer einen Monat zuvor erfolgten, praktisch identischen Transaktion Verdacht auf betrügerische Handlungen von C._____ habe geschöpft werden können, müsse angenommen werden, dass die Kundenberater H._____ und G._____ mit C._____ unter einer Decke steckten. Deswegen habe die Klägerin ein Strafverfahren gegen die beiden Kundenberater eingeleitet (act. 32 S. 51 Rz 102). C._____ seinerseits sei von einem polnischen Gericht zweitinstanzlich am 31. August 2007 unter anderem wegen Betrugs zum Nachteil der Klägerin zu acht Jahren Gefängnis verurteilt worden. Im Rahmen des Adhäsionsverfahrens sei er verpflichtet worden, der Klägerin die ertrogenen USD 5 Mio. zu erstatten. Die Versuche der Klägerin, das Urteil zu vollstrecken und an das Geld zu kommen, hätten sich aber als fruchtlos erwiesen (act. 2 S. 14 Rz 19; act. 32 S. 20 f. Rz 33 f.).

E. 2.1.2

Behauptungen der Beklagten Die Beklagte bestreitet die Ausführungen der Klägerin. Sie bestreitet insbesondere, dass die F._____ Bank Genf C._____ einen Auftrag erteilt habe, Investoren für von ihr emittierte Schuldscheine zu suchen (act. 39 S. 11 Rz 29). Die F._____

- 17 - Bank Genf habe auch nie "bankeigene" Konti geführt, auf welche irgendwelche Gelder hätten überwiesen werden können (act. 39 S. 30 Rz 95). Die Klägerin habe gewusst, dass sie mit der F._____ Bank Genf nie in einer vertraglichen Beziehung gestanden und bei dieser nie ein Konto gehabt habe (act. 39 S. 28 Rz 88). Es sei am leichtsinnigen Verhalten von D._____ und der übrigen Aktionäre der Klägerin gelegen, dass sie sich durch C._____ hätten täuschen lassen. Seitens der F._____ Bank Genf liege

keine Sorgfaltspflichtverletzung vor (act. 39 S. 5 Rz 9). Abgesehen davon hätte eine Rückfrage bei der E._____ Sydney und das Wissen der Klägerin um die tatsächliche Inhaberschaft am Konto Nr. ... die Klägerin von der Überweisung der Gelder nicht abgebracht; D._____ habe nämlich bei C._____ in ein "private project" investieren wollen (act. 39 S. 62 Rz 206). Die Beklagte bestreitet, dass die Klägerin alle ihr zumutbaren Schritte unternommen habe, um ihre Forderung gegen C._____ zu vollstrecken und ihrer Schadensminderungspflicht nachzukommen (act. 39 S. 33 Rz 105). Schliesslich erhebt die Beklagte betreffend sämtliche von der Klägerin geltend gemachte Ansprüche die Einrede der Verjährung (act. 12 S. 23 Rz 69 f.).

E. 2.2

Vertraglicher Anspruch nach australischem Recht

E. 2.2.1

Wie oben unter Ziffer 1.2.9 festgehalten, beurteilt sich nach australischem Recht, ob die Klägerin aus ihrer Vertragsbeziehung mit der E._____ Sydney einen Direktanspruch gegen die Beklagte ableiten kann. Nach australischem Recht beurteilt sich insbesondere, ob eine allfällige sich aus dieser Vertragsbeziehung ableitende Forderung verjährt ist. Die Beklagte hat betreffend sämtliche Ansprüche die Einrede der Verjährung erhoben (act. 12 S. 23 Rz 69). Die Klägerin hat nicht geltend gemacht, die Verjährung vor ihrer Klageeinleitung am 29. Oktober 2002 beim hiesigen Gericht unterbrochen zu haben.

E. 2.2.2

Angesichts des Sitzes der Klägerin im australischen Bundesstaat Queensland und des Sitzes der E._____ Sydney im Bundesstaat New South Wales (vgl. oben Ziffer 1.2.7) beurteilt sich die Frage der Verjährung nach den in einem der beiden Bundesstaaten geltenden Bestimmungen zur Verjährung von vertraglichen Ansprüchen. Ob das in Queensland oder in New South Wales geltende Recht vorliegend massgeblich ist bzw. ob zwischen der Klägerin und der E._____ Syd-

- 18 - ney eine Rechtswahlklausel getroffen wurde, kann aus nachfolgenden Gründen aber offen bleiben.

E. 2.2.3

Das im Bundesstaat New South Wales – und somit am Sitz der E._____ Sydney – für Verjährungsfristen geltende Limitations Act 1969 bestimmt in seiner Section 14 (1) (a), dass ein auf einem Vertrag (oder Quasivertrag) basierender Anspruch sechs Jahre seit seiner Entstehung verjährt. Section 14 (1) (a) des Limitations Act 1969 lautet wie folgt: "(1) An action on any of the following causes of action is not maintainable if brought after the expiration of a limitation period of six years running from the date on which the cause of action first accrues to the plaintiff or to a person through whom the plaintiff claims: (a) a cause of action founded on contract (including quasi contract) not being a cause of action founded on a deed, [...]"

E. 2.2.4

So sieht aber auch das im Bundesstaat Queensland – am Sitz der Klägerin – geltende Limitation of Actions Act 1974 in Section 10 (1) (a) für die auf Vertrag (oder Quasivertrag) basierenden Ansprüche eine Verjährungsfrist von sechs Jahren seit ihrer Entstehung vor. Section 10 (1) (a) des Limitation of Actions Act 1974 besagt: "(1) The following actions

shall not be brought after the expiration of 6 years from the date on which the cause of action arose (a) subject to section 10AA, an action founded on simple contract or quasi-contract or on tort where the damages claimed by the plaintiff do not consist of or include damages in respect of personal injury to any person; [...]"

E. 2.2.5

Wie oben unter Ziffer 2.1.1 ausgeführt, erfolgte die Überweisung bzw. die Gutschrift der USD 5 Mio. am 14. Februar 2002. Ein auf diesem Sachverhalt basierender vertraglicher Anspruch wäre – die Erfüllung übriger Voraussetzungen unterstellt – mit dieser Handlung entstanden. Gemäss Ausführungen der Klägerin habe sie sich mit Schreiben vom 16. Oktober 2002 (act. 5/14) an die F. _____ Bank Genf gewendet mit der Frage, ob das im Streit stehende Konto für sie geführt werde. Nachdem die F. _____ Bank Genf ihre Anfrage unter Hinweis auf das

- 19 - Bankgeheimnis nicht beantwortet und zuletzt mit Schreiben vom 30. April 2003 (act. 5/21) auf weiteren Formalitäten beharrt habe, hätten "in der Folge" I. _____ und D. _____ beim für Compliance Zuständigen, Dr. J. _____, vorgeschlagen, welcher habe durchblicken lassen, dass die Klägerin Opfer eines Betruges geworden sei (act. 2 S. 11 ff. Rz 15 ff.). Spätestens nach diesem Gespräch hat die Klägerin von ihrem Anspruch gegen die Beklagte Kenntnis erhalten. Indem die Klägerin ihre vorliegende Klage am 29. Oktober 2010 einleitete, tat sie dies nach Ablauf der sechsjährigen Verjährungsfrist. Ein allfälliger Anspruch aus der Vertragsbeziehung mit der E. _____ Sydney ableitender Anspruch der Klägerin gegen die Beklagte – sei er als vertraglich oder als quasivertraglich zu qualifizieren – ist somit verjährt. Die Prüfung der übrigen Voraussetzungen eines solchen Anspruchs kann somit unterbleiben.

E. 2.3

Unerlaubte Handlung nach australischem Recht

E. 2.3.1

Oben unter Ziffer 1.3.3 wurde gefolgert, dass sich die Ansprüche aus unerlaubter Handlung nach australischem Recht beurteilen. Hinsichtlich allfälliger Ansprüche aus unerlaubter Handlung hat die Beklagte die Verjährungseinrede erhoben und darauf hingewiesen, dass solche nach australischem Recht verjährt seien (vgl. act. 12 S. 23 Rz 70, act. 18 S. 12 Rz 36; act. 19/2). Die Klägerin hat nicht behauptet, vor ihrer Klageeinleitung am 29. Oktober 2002 die Verjährung unterbrochen zu haben.

E. 2.3.2

Unter Hinweis auf die Ausführungen zum auf unerlaubte Handlungen anwendbaren Recht (vgl. oben Ziffer 1.3.1.2 und 1.3.1.3), wonach der Ort der Vermögensverfügung (ferner der Lageort des Vermögens oder der Sitz des Geschädigten) massgeblich ist, ist anzumerken, dass das belastete Konto bei der E. _____ Sydney im Bundesstaat New South Wales liegt und die Klägerin ihren Sitz im australischen Bundesstaat Queensland hat. Wo genau die Klägerin über die USD 5 Mio. verfügt hat, kann aus dem gleichen Grund wie betreffend die vertraglichen Ansprüche (vgl. oben Ziffer 2.2.2) offen gelassen werden. Die Frage der Verjährung betreffend stimmt die für Bundesstaat New South Wales massgebende Bestimmung mit der im Bundesstaat Queensland geltenden inhaltlich überein.

E. 2.3.3

Das in New South Wales für die Verjährungsfristen geltende Limitations Act 1969 bestimmt in seiner Section 14 (1) (b), dass auf einer unerlaubten Handlung basierende Ansprüche nach sechs Jahren seit ihrer Entstehung verjähren. Section 14 (1) (b) des Limitations Act 1969 lautet wie folgt: "(1) An action on any of the following causes of action is not maintainable if brought after the expiration of a limitation period of six years running from the date on which the cause of action first accrues to the plaintiff or to a person through whom the plaintiff claims: [...] (b) a cause of action founded on tort, including a cause of action for damages for breach of statutory duty, [...]"

E. 2.3.4

Die gleiche sechsjährige Verjährungsfrist gilt für Ansprüche aus unerlaubter Handlung gemäss Section 10 (1) (a) des in Queensland geltenden Limitation of Actions Act 1974. Section 10 (1) (a) des Limitation of Actions Act 1974 besagt: "(1) The following actions shall not be brought after the expiration of 6 years from the date on which the cause of action arose (a) subject to section 10AA, an action founded on simple contract or quasi-contract or on tort where the damages claimed by the plaintiff do not consist of or include damages in respect of personal injury to any person; [...]"

E. 2.3.5

Wie schon oben unter Ziffer 2.2.5 festgehalten, hat die Klägerin ihre vom 29. Oktober 2010 datierende Klage nach Ablauf der sechsjährigen Verjährungsfrist eingereicht. Ein allfälliger der Klägerin gegen die Beklagte zustehender Anspruch aus unerlaubter Handlung ist nach australischem Recht somit verjährt. Aus diesem Grund kann offen bleiben, ob weitere Voraussetzungen eines solchen Anspruchs erfüllt wären.

E. 2.4

Aufgrund vorstehender Ausführungen ist die Klage abzuweisen.

- 21 - IV. Nebenfolgen 1. Streitwert Der Streitwert richtet sich nach dem Rechtsbegehren zur Zeit des Eintrittes der Rechtshängigkeit (§ 18 ZPO/ZH). Er beträgt nach Massgabe der bei Klageeinreichung geltenden Währungskurse CHF 4'946'237.- [USD 5 Mio.; Kurs USD 1 = CHF 0.989247 am 29. Oktober 2010]. 2. Kosten- und Entschädigungsfolgen Ausgangsgemäss wird die Klägerin kosten- und entschädigungspflichtig (§§ 64 Abs. 2 und 68 Abs. 1 ZPO/ZH). Gemäss § 23 der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 bleibt die alte Verordnung des Obergerichts über die Gerichtsgebühren vom 4. April 2007 anwendbar, da für das Verfahren insgesamt die Bestimmungen des kantonalen Prozessrechts anwendbar bleiben (vgl. Art. 404 Abs. 1 ZPO). Ebenso gilt die bisherige Anwaltsgebührenverordnung vom 21. Juni 2006 (§ 25 der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom

E. 3

Zulässigkeit der Noveneingabe Auf die Vorbringen der Klägerin in ihren Noveneingaben bzw. Stellungnahmen (act. 42, 47 und 51) sowie auf deren durch die Beklagte bestrittene Zulässigkeit (vgl. act. 45, 50 und 53) wird eingegangen, soweit sie für den Entscheid relevant sind. III. Materielles 1. Anwendbares Recht

E. 8

September 2010). Bei der Festsetzung von der Gerichtsgebühr und Prozessentschädigung ist zu berücksichtigen, dass eine Referentenaudienz und Vergleichsverhandlung stattfand und jede Partei zwei Rechtsschriften einreichte (§§ 2 und 6 AnwGebV). In Anbetracht des Schwierigkeitsgrades des vorliegenden Falles und der Anwendung australischen Recht rechtfertigt es sich, die Gerichtsgebühr gemäss § 4 Abs. 1 GebV OG um einen Drittel zu erhöhen (§ 4 Abs. 2 GebV OG). Das Gericht erkennt:

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