

# ZH\_KASSATIONSGERICHT AA100049 vom 23. September 2011

Zh Kassationsgericht, 2011-09-23, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_kassationsgericht\\_AA100049](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_kassationsgericht_AA100049)

FR: ZH\_KASSATIONSGERICHT AA100049 du 23 septembre 2011

IT: ZH\_KASSATIONSGERICHT AA100049 del 23 settembre 2011

## Erwägungen

### E. 1

Die Z. Ltd. (Klägerin, Rekursgegnerin und Beschwerdegegnerin), eine Gesellschaft mit Sitz auf den Britischen Jungferninseln, unterhält bei der X. Bank (Beklagte, Rekurrentin und Beschwerdeführerin), einer Bank nach schweizerischem Recht mit Sitz in Zürich, ein Kontokorrentkonto mit fünf Unterkonten sowie das Depot Nr. 10.191806. In diesem Depot befinden sich unter anderem 500 "PPR-Aktien". Die Parteien haben ihr Rechtsverhältnis dem schweizerischen Recht unterstellt und Zürich als Gerichtsstand vereinbart (KG act. 2 [= angefochtener Beschluss vom 17. März 2010] S. 3 Erw. II.1.).

### E. 2

Am 29. August 2002 haben die Parteien einen Pfandvertrag mit folgendem Wortlaut abgeschlossen: "3. The pledged items as well as the assigned claims and other rights shall secure all claims of the Bank against MYSELF arising out of contracts already concluded or to be concluded in the future within the framework of the existing business relationship with" (X. BANK), "including all interest and commissions due and to become due thereon, as well as all cost of legal and enforcement proceedings. (...)." Ferner enthalten die dem Vertragsverhältnis zwischen den Parteien zugrunde liegenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) ein Pfandrecht zugunsten der Beschwerdegegnerin (KG act. 2 S. 3 Erw. II.1; KG act. 9/2 [= Akten des Audienzrichteramts am Bezirksgericht Zürich im Geschäft Nr. EU090537] act. 10/15 und 10/16).

- 3 -

### E. 3

Mit Schreiben vom 21. August 2009 beauftragte die Beschwerdegegnerin die Beschwerdeführerin, sämtliche im Depot Nr. 10.191806 befindlichen Aktien und Fondsanteile auf ihr Depot bei A. zu übertragen (KG act. 2 S. 4 Erw. 2; KG act. 9/2/10/8 i.V. mit act. 9/2/10/5). Dieser Aufforderung kam die Beschwerdeführerin nicht nach.

### E. 4

Am 11. Mai 2009 reichte die Beschwerdegegnerin beim Bezirksgericht Zürich, Audienzrichteramt, eine "Klageschrift im Befehlsverfahren gemäss § 222 Ziff. 2 ZPO" ein mit - neben weiteren Begehren - dem Rechtsbegehren, die Beschwerdeführerin sei zu verpflichten, ihr sämtliche im Depot Nr. 10.191806 gehaltenen Aktien in ihr Depot bei A. zu übertragen (KG act. 9/3 [= Akten des Audienzrichteramts am Bezirksgericht Zürich im Geschäft Nr. EU090273] act. 1). Mit Verfügung vom 17. Juni 2009 trat der Audienzrichter auf dieses Befehlsbegehren mangels Liquidität nicht ein (KG act. 9/3/14a).

## **E. 5**

Mit Eingabe vom 7. September 2009 reichte die Beschwerdegegnerin wiederum beim Bezirksgericht Zürich, Audienzrichteramt, eine Klage gegen die Beschwerdeführerin ein mit dem Rechtsbegehren, der Beschwerdeführerin sei unter Androhung der Bestrafung der verantwortlichen Organe wegen Ungehorsams gegen amtliche Verfügungen nach Art. 292 StGB zu befehlen, ihr aus dem Depot Nr. 10.191806 die 500 "PPR-Aktien" herauszugeben (KG act. 9/2/1). Mit Verfügung vom 18. Dezember 2009 befahl der Audienzrichter der Beschwerdeführerin (unter Androhung der Bestrafung ihrer Organe wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung im Sinne von Art. 292 StGB im Widerhandlungsfall), aus dem bei ihr für die Beschwerdegegnerin gehaltenen Depot Nr. 10.191806 die 500 "PPR-Aktien" herauszugeben (KG act. 9/2/20a = OG [= Akten des Obergerichts im vorinstanzlichen Verfahren NL100003] act. 2).

## **E. 6**

Gegen die audienzrichterliche Verfügung vom 18. Dezember 2009 reichte die Beschwerdeführerin beim Obergericht des Kantons Zürich einen Rekurs ein. Mit Beschluss vom 17. März 2010 wies das Obergericht (dessen II. Zivilkammer) den Rekurs ab und bestätigte die audienzrichterliche Verfügung vom 18. Dezember 2009 (KG act. 2).

- 4 -

## **E. 7**

Die von der Beschwerdeführerin gewünschte Auslegung der fraglichen Vertragsbestimmungen (Ziff. 3 des Pfandvertrages vom 29. August 2002 und Art. 12 AGB) zeigt als klares Ergebnis, dass die Forderungen, für welche die Beschwerdeführerin ein Pfandrecht geltend macht, nicht vom Pfandrecht an den 500 "PPR-Aktien", deren Herausgabe die Beschwerdegegnerin beansprucht, erfasst sind, und zwar auch nicht, wenn die tatsächlichen Behauptungen der Beschwerdeführerin zur Geschäftsbeziehung zwischen den Parteien und zum Entstehungs- und Erwerbsgrund der geltend gemachten, ihr zedierten behaupteten Forderungen ihrer Kunden gegenüber der Beschwerdegegnerin zutreffen. Auf diese tatsächlichen Behauptungen kommt es mithin gar nicht an. Selbst wenn die Vorinstanz diesbezüglich aktenwidrige oder willkürliche tatsächliche Annahmen im Sinne von § 281 Ziff. 2 ZPO ZH getroffen hätte, wirkten sich diese deshalb nicht zum Nachteil der Beschwerdeführerin aus. Die vorinstanzliche Rechtsanwendung, wonach dem von der Beschwerdegegnerin geltend gemachten Herausgabeanspruch das von der Beschwerdeführerin geltend gemachte Pfandrecht nicht entgegensteht, sondern bezüglich des von der Beschwerdegegnerin geltend gemachten Herausgabeanspruchs klares Recht im Sinne von § 222 Ziff. 2 ZPO ZH vorliegt, trifft zu und ist mit keinem Nichtigkeitsgrund behaftet. Die Beschwerde ist deshalb abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

## **E. 8**

Zu den einzelnen Rügen der Beschwerdeführerin:

### **E. 8.1**

Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz habe Art. 12 AGB und Ziff. 3 des Pfandvertrages vom 29. August 2002 unrichtig interpretiert, indem sie davon ausgegangen sei, durch Abtretung erworbene Forderungen seien per se davon nicht erfasst. Eine Auslegung nach dem Vertrauensprinzip hätte zum Schluss kommen müssen, dass die Parteien angesichts des Zwecks und des gelebten Inhalts ihrer Geschäftsbeziehung hätten

davon ausgehen dürfen und müssen, eine Forderung der von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Art habe ihren Ursprung in der Bank- und Geschäftsbeziehung zwischen den Partei- en und sei von den Pfandklauseln nicht ausgeschlossen. Das werde die Beschwerdeführerin zuerst für die Pfandklausel in den AGB zeigen (KG act. 1 S. 11 - 23 Ziff. 24 - 48).

- 14 - a) Gemäss den vorstehenden Erwägungen geht der spezielle Pfandvertrag der Pfandklausel in den AGB vor und ist diese nicht anwendbar (vorstehend Erw. 6.b.aa). Vorab sind zu den diesbezüglichen Rügen der Beschwerdeführerin folgende Erwägungen anzubringen: aa) Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Vorinstanz scheine im Gegensatz zur audienzrichterlichen Auffassung davon ausgegangen zu sein, die beiden Pfandklauseln (im Pfandvertrag und in den AGB) ständen gleichberechtigt nebeneinander (KG act. 1 S. 25 Ziff. 55). Die Pfanderklärung vom 29. August 2002 enthalte in der letzten Zeile einen expliziten Vorbehalt zugunsten der AGB. Die Auslegungsregel, auf welche der Audienzrichter abgestellt habe (nämlich den Vorrang von Individualabreden gegenüber allgemeinen Geschäftsbedingungen). komme deshalb auf den vorliegenden Fall gerade nicht zur Anwendung, denn die Parteien hätten klarerweise etwas anderes vereinbart (KG act. 1 S. 26 Ziff. 56 und 57). Überdies habe der Audienzrichter auch einen tatsächlichen Konsens der Parteien über das gleichberechtigte Nebeneinander der beiden Pfandklauseln missachtet. Die Beschwerdeführerin habe in der Klageantwort nämlich auf den expliziten Vorbehalt der Pfanderklärung zugunsten der AGB hingewiesen. Die Beschwerdegegnerin habe in ihrer Replik nichts dagegen eingewendet. Somit sei von einem tatsächlich übereinstimmenden Verständnis der Parteien dahingehend auszugehen, dass die Pfanderklärung vom 29. August 2002 die Gültigkeit der Pfandklausel in den AGB gerade nicht ausschliesse. An dieses tatsächlich übereinstimmende Verständnis der Parteien sei der Richter gebunden. Die diesbezügliche Missachtung des Audienzrichters verletze Art. 18 Abs. 1 OR (KG act. 1 S. 26 f. Ziff. 58 und 59). Zum gleichen Ergebnis gelange eine objektivierte Auslegung. Es sei nicht vorstellbar, dass vernünftige Parteien den Hinweis im letzten Satz der Pfanderklärung, die AGB seien ebenfalls anwendbar, gerade umgekehrt hätten dahingehend verstanden haben sollen, mit der Unterzeichnung der Pfanderklärung schlossen sie die Geltung der AGB aus (KG act. 1 S. 27 f. Ziff. 60 und 61). bb) Die Vorinstanz ging nicht im Gegensatz zum Audienzrichter davon aus, dass die Pfandklauseln gemäss AGB und Pfandvertrag vom 29. August 2002

- 15 - gleichberechtigt nebeneinander stehen. Die Beschwerdeführerin stellte zutreffend fest, dass die Vorinstanz beipflichtend auf die audienzrichterlichen Erwägungen verwies (KG act. 2 S. 4 Erw. 3). Wenn die Vorinstanz darüber hinaus sowohl Art. 12 AGB als auch den Pfandvertrag vom 29. August 2002 prüfte und zum Schluss gelangte, dass das Pfandrecht in beiden Regelungen beschränkt ist und durch Abtretung erworbene Forderungen nicht darunter fallen (KG act. 2 S. 5 Erw. 4.1), beinhaltet das nicht, dass die Vorinstanz die audienzrichterliche Erwägung des Vorrangs der Regelung im individuellen Pfandvertrag vor derjenigen in den AGB als unzutreffend erachtet hätte. cc) Die letzte Zeile des Pfandvertrags vom 29. August 2002 erklärt die Bestimmungen der AGB als auch anwendbar (KG act. 9/2/10/16 S. 2). Das bedeutet entgegen dem Ausdruck der Beschwerdeführerin keinen Vorbehalt der AGB vor den Bestimmungen des Pfandvertrags, sondern eine Verweisung auf die AGB, welche zahlreiche weitere Regelungen als Art. 12 (Pfandrecht) enthalten (KG act. 9/2/10/15). Diese Verweisung steht der auf die Lehre gestützten zutreffenden Auffassung nicht entgegen, dass bei Überschneidungen der

Regelungsbereiche die Regelung im individuell vereinbarten Pfandvertrag der- jenigen in den AGB vorgeht (vorstehend Erw. 6.b.aa). Die Beschwerdeführerin vermag denn auch keine Rechtsprechung oder Lehre mit einer anderen Auf- fassung zu zitieren. dd) An der von der Beschwerdeführerin dazu angeführten Stelle der Klage- antwort vor Audienzrichter (KG act. 1 S. 26 Ziff. 58) behauptete die Beschwerde- führerin nicht einen übereinstimmenden wirklichen Willen beider Parteien, dass die Pfandklauseln im individuellen Pfandvertrag und in Art. 12 AGB nebeneinan- der beständen oder gar dass der Pfandvertrag die Pfandklausel in den AGB vor- behalte. An dieser Stelle führte sie aus, ihr Schadenersatzanspruch sei sowohl vom Wortlaut der AGB als auch von demjenigen der Pfanderklärung vom August 2002 gedeckt. Diese beiden Bestimmungen ständen gleichberechtigt neben- einander. Dass die Pfanderklärung von 2002 der Pfandklausel in den AGB nicht vorgehe, wie dies die Beschwerdegegnerin behauptete (sic!), ergebe sich schon allein daraus, dass im letzten Satz der Pfanderklärung die Geltung der AGB vor-  
- 16 - behalten werde (KG act. 9/2/15 S. 94 Ziff. 196). Damit behauptete sie keinen übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien im Sinne von Art. 18 Abs. 1 OR, sondern legte ihre Rechtsauffassung dar und erklärte explizit, dass die Beschwerdegegnerin das Gegenteil behauptet habe. ee) Aus der vorstehenden Erwägung folgt auch sofort, dass die Beschwer- degegnerin das Verständnis eines gleichberechtigten Nebeneinanders von Pfandvertrag und Art. 12 AGB durchaus bestritten hatte. Selbst wenn es sich dabei um tatsächliche Behauptungen handelte (demgegenüber werden Rechts- auffassungen bekundet), spielt es keine Rolle, ob die Beschwerdegegnerin dies bereits in der Klagebegründung mit einer gegenteiligen Darstellung oder in der Replik bestritten hatte. ff) Die Vorinstanzen hatten mithin nicht von einem tatsächlichen Konsens der Parteien über das gleichberechtigte Nebeneinander der beiden Pfandklauseln auszugehen. gg) Die objektivierte Auslegung nach dem Vertrauensprinzip ergibt, dass beim individuellen Pfandvertrag vom 29. August 2002 Art. 12 AGB vorliegend be- treffend der Frage, welche Forderungen vom Pfandrecht umfasst werden, keine Anwendung findet (vorstehend Erw. 6.b.aa und bb). Die Argumentation der Beschwerdeführerin, es sei nicht vorstellbar, dass vernünftige Parteien den Hinweis im letzten Satz der Pfanderklärung, die AGB seien ebenfalls anwendbar, gerade umgekehrt dahingehend verstanden haben sollten, mit der Unterzeich- nung der Pfanderklärung schlossen sie die Geltung der AGB aus, ist schon des- halb verfehlt, weil nicht von einem Ausschluss der Geltung der AGB die Rede ist, sondern im Gegenteil von einer Verweisung auf dieselben und einer Geltung der- selben in allen Bereichen, in welchen sie sich nicht mit der individuell vereinbarten Regelung überschneiden. b) Ist Art. 12 AGB betreffend der Frage, welche Forderungen vom Pfand- recht umfasst werden, nicht anwendbar, sind die Ausführungen der Beschwerde- führerin dazu obsolet, und es braucht nicht weiter darauf eingegangen zu werden.

- 17 -

## **E. 8.2**

Zur Auslegung von Ziff. 3 des Pfandvertrags vom 29. August 2002 führt die Beschwerdeführerin aus, nachdem der Audienzrichter festgehalten habe, die Pfanderklärung vom 29. August 2002 gewähre ein Pfandrecht nur für vertragliche Ansprüche, habe sie im Rekurs darauf hingewiesen, dass die Klausel zwar auf "claims ... arising out of contracts" verweise, nicht aber angebe, zwischen wem diese "contracts" geschlossen werden müssten. Die Klausel stelle einzig klar, dass die fraglichen Vertragsabschlüsse aus dem Bereich der Geschäftsbeziehung zwischen den Parteien

hervorgegangen sein müssten. Die vorliegend geltend gemachte Schadenersatzforderung resultiere aus der Zeichnung von Fondsanteilen, welche die Beschwerdeführerin als Treuhänderin ihrer Kunden bei Fonds vorgenommen habe, welche die Beschwerdegegnerin verwaltet und vertrieben habe. Angesichts der Tatsache, dass die Geschäftsbeziehung zwischen den Parteien bereits seit 2001 bestanden habe, sei die Konstellation, aus welcher die nun geltend gemachten Schadenersatzansprüche resultierten, den Parteien bei Unterzeichnung der Pfandvereinbarung vom 29. August 2002 bekannt gewesen. Damit könne nicht ohne jede Auslegung klar sein, dass die Pfandklausel nach dem Verständnis der Parteien auf Ansprüche aus Verletzung eines zwischen ihnen geschlossenen Vertrag limitiert sei. Dies gelte umso mehr, als nach der massgeblichen Praxis zum Anlagerechtsrecht die Beschwerdegegnerin und die von ihr verwalteten Fonds, bei welchen die Beschwerdeführerin treuhänderisch Fondsanteile gezeichnet habe, als wirtschaftlich und personell eng verflochtene Gruppe einheitlich zu behandeln seien und sich die Beschwerdegegnerin deshalb Verträge zwischen der Beschwerdeführerin und ihren Fonds als eigene entgegenhalten lassen müsse (KG act 1. S. 24 Ziff. 51 und 52). Die Vorinstanz scheine - so argumentiert die Beschwerdeführerin weiter - dieser Auffassung gefolgt zu sein, indem sie entgegen dem Audienzrichter nicht mehr festhalte, die Pfanderklärung vom 29. August 2002 sei auf vertragliche Ansprüche limitiert, sondern lediglich ausführe, sie solle "künftige Ansprüche der Beklagten sichern, die sich aus der Bankbeziehung bzw. aus der bestehenden Geschäftsbeziehung zwischen den Parteien ergeben". Damit aber, folgert die Beschwerdeführerin, seien die vorliegend geltend gemachten Schadenersatzansprüche von der Pfandklausel vom 29. August 2002 erfasst (KG act. 1 S. 24 f. Ziff. 53).

- 18 - a) Indem die Vorinstanz nicht ihrerseits festhielt, die Pfanderklärung vom 29. August 2002 sei auf vertragliche Ansprüche limitiert, folgte sie nicht der Auffassung der Beschwerdeführerin. Die Vorinstanz verwies vorab beipflichtend auf die audienzrichterlichen Erwägungen (KG act. 2 S. 4 Erw. 3). Der Audienzrichter erwog u.a., die Formulierung der Pfandklausel im Pfandvertrag zeige, dass bloss Forderungen aus dem Vertragsverhältnis der Parteien betroffen seien (OG act. 2 S. 7 Erw. 5.2). Die vorinstanzliche beipflichtende Verweisung bezieht sich auch darauf (vgl. auch KG act. 2 S. 5 Erw. 4.1 und S. 6 Erw. 4.2). Wenn die Vorinstanz in ihren Erwägungen weitere Aspekte untersuchte und zum Schluss gelangte, dass das mit Pfandvertrag vom 29. August 2002 vereinbarte Pfandrecht lediglich künftige Ansprüche der Beschwerdeführerin sichern soll, die sich aus der Bankbeziehung bzw. aus der bestehenden Geschäftsbeziehung zwischen den Parteien ergäben, darunter fielen durch Abtretung erworbene Forderungen nicht (KG act. 2 S. 5 Erw. 4.1), beleuchtete sie die Thematik zusätzlich zu - und nicht entgegen - den audienzrichterlichen Erwägungen unter einem weiteren Gesichtspunkt und gelangte zum gleichen Ergebnis wie der Audienzrichter. b) Die audienzrichterliche Erwägung trifft denn auch zu (vgl. vorstehend Erw. 6.a). Die Position der Beschwerdeführerin, aus der Klausel in Ziff. 3 des Pfandvertrages ergebe sich nicht, zwischen wem die darin erwähnten "contracts" geschlossen werden müssten, ist offenkundig falsch. Wenn Ziff. 3 des Pfandvertrages festhält, das Pfandrecht solle alle Forderungen der Bank gegen die Beschwerdegegnerin sichern, welche aus schon abgeschlossenen oder zukünftig abzuschliessenden Verträgen innerhalb der bestehenden Geschäftsbeziehung mit der Bank resultieren ("shall secure all claims of the Bank against - MYSELF - " [damit gemeint die unterzeichnende Vertragspartnerin der Bank, i.c. die Beschwerdegegnerin] "arising out of contracts already concluded or to be concluded in the future within the framework of the existing business

relationship with" X. BANK ...), so ist klar, dass damit nicht irgendwelche Verträge der Bank mit irgendwelchen anderen Bankkunden (oder sonstigen Vertragspartnern der Bank wie Arbeitnehmern, Reinigungsinstituten etc. etc.) gemeint sind, sondern Verträge zwischen den Vertragspartnern des Pfandvertrages, i.c. zwischen der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin. Die von der Beschwerdeführe-

- 19 - rin geltend gemachten Forderungen resultieren nicht aus einem Vertrag zwischen ihr und der Beschwerdegegnerin, sondern zwischen ihr und ihren Kunden (oder allenfalls zwischen den Kunden der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin) und sind damit klarerweise nicht von der Pfandklausel erfasst. Irrelevant ist in diesem Zusammenhang und offen bleiben kann, ob sich die Beschwerdegegnerin Verträge zwischen der Beschwerdeführerin und "ihren Fonds" (gemeint: Verträge zwischen der Beschwerdeführerin und Z.-Fonds) als eigene entgegenhalten lassen muss (KG act. 1 S. 24 Ziff. 52). Selbst wenn dies so wäre, stellt die Beschwerdeführerin ja nicht Forderungen aus solchen Verträgen, sondern Forderungen ihrer Bankkunden. Die Rüge der unzulässigen und unrichtigen Auslegung des Pfandvertrages vom 29. August 2002 (KG act. 1 S. 23 - 25 Ziff. 49 - 54) geht fehl.

### **E. 8.3**

Die Beschwerdeführerin macht geltend, die vorinstanzliche Erwägung, eine Ausdehnung der Pfandhaft auf zedierte Schadenersatzforderungen verstosse gegen Art. 27 ZGB, verletze § 222 Ziff. 2 ZPO (KG act. 1 S. 28 - 43 Ziff. 64 - 97). a) Bei der von der Beschwerdeführerin damit kritisierten Erwägung handelt es sich um eine vorinstanzliche Alternativbegründung. Nachdem die Vorinstanz auf die Erwägungen im audienzrichterlichen Entscheid verwiesen hatte (KG act. 2 S. 4 Erw. 3), der Audienzrichter erwogen hatte, von der Pfandhaftung seien bloss Forderungen aus dem Vertragsverhältnis zwischen den Parteien betroffen (zu welchem die von der Beschwerdeführerin geltend gemachten [ihr zedierten] Forderungen ihrer Kunden nicht gehörten) (OG act. 2 S. 7) und die Vorinstanz ihrerseits erwogen hatte, das Pfandrecht sei auf Ansprüche der Beschwerdeführerin beschränkt, die sich aus der Bankbeziehung bzw. aus der bestehenden Geschäftsbeziehung zwischen den Parteien ergäben, worunter durch Abtretung erworbene Forderungen nicht fielen (KG act. 2 S. 5 Erw. 4.1 erster Absatz), erwog sie, selbst wenn sich aus den fraglichen Bestimmungen entgegen dem insoweit klaren Wortlaut keine solche Begrenzung ergäbe, wäre zu beachten, dass die Beschwerdeführerin als Bank gemäss herrschender Lehre und Rechtsprechung

- 20 - keine Pfandsicherung für Verbindlichkeiten beanspruchen könne, die nicht aus dem Geschäftsverkehr zwischen ihr und der Beschwerdegegnerin als Kundin hervorgegangen sind. Eine Ausdehnung der Pfandhaft auf alle beliebigen künftigen Forderungsansprüche, insbesondere auch auf solche, welche die Beschwerdeführerin ohne jedes Zutun der Beschwerdegegnerin von Dritten erworben habe, würde eine nach Art. 27 Abs. 2 ZGB unzulässige Beschränkung der persönlichen Freiheit der Beschwerdegegnerin darstellen und hätte folglich unbeachtet zu bleiben (KG act. 2 S. 5 Erw. 4.1 zweiter Absatz). b) Stützt sich ein Entscheid auf mehrere selbständige (Eventual- oder Alternativ-)Begründungen, kann eine dagegen erhobene Nichtigkeitsbeschwerde nur dann Erfolg haben bzw. zu dessen Aufhebung führen, wenn damit sämtliche den Entscheid selbständig tragenden Begründungen zu Fall gebracht werden. Die Beschwerde kann also nicht durchdringen, wenn sich auch nur eine der verschiedenen Argumentationen als unanfechtbar erweist. Diesfalls hat sich der (nur bezüglich eines Teils der mehreren Begründungen) allenfalls

bestehende bzw. geltend gemachte Mangel nämlich nicht zum Nachteil des Nichtigkeitsklägers ausgewirkt, was regelmässig zur Folge hat, dass insoweit kein rechtliches Interesse an der Beurteilung der Beschwerde besteht (vgl. Kass.-Nr. AA060169 vom 12.7.2007 Erw. III.3.4 mit Verweisungen auf von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Auflage, Zürich 1986, S. 24; auf Guldener, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivilsachen nach zürcherischem Recht, Zürich 1942, S. 87 und 164; auf Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 1 zu § 291 und auf verschiedene Entscheide). c) Vorstehend wurde festgestellt, dass die vorinstanzliche Rechtsanwendung, wonach dem von der Beschwerdegegnerin geltend gemachten Herausgabeanspruch das von der Beschwerdeführerin geltend gemachte Pfandrecht nicht entgegensteht, sondern bezüglich des von der Beschwerdegegnerin geltend gemachten Herausgabeanspruchs klares Recht im Sinne von § 222 Ziff. 2 ZPO ZH vorliegt (vorstehend Erw. 7), schon deshalb zutrifft und mit keinem Nichtigkeitsgrund behaftet ist, weil nur Forderungen aus Verträgen, welche zwischen der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin abgeschlossen wurden, unter

- 21 - die Pfandsicherung gemäss dem allein anwendbaren Pfandvertrag vom 29. August 2002 fallen, mithin nicht die von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Forderungen ihrer Kunden (vorstehend Erw. 6.a). Diese Begründung trägt den angefochtenen Beschluss für sich allein. Der angefochtene Beschluss hat deshalb Bestand, auch wenn die Alternativbegründung mit Art. 27 Abs. 2 ZGB nicht zuträfe. Die dagegen gerichteten Rügen brauchen deshalb nicht mehr geprüft zu werden.

#### **E. 8.4**

Im Zusammenhang mit den gegen die vorinstanzliche auf Art. 27 Abs. 2 ZGB gestützte Alternativbegründung gerichteten Rügen macht die Beschwerdeführerin geltend, zwischen den Parteien habe seit 2001 eine einheitliche, auf das Z.-Fondsgeschäft ausgerichtete Geschäftsbeziehung bestanden. Gemäss deren Kern habe die Beschwerdeführerin die von der Beschwerdegegnerin verwalteten und vertriebenen Z.-Fonds konstant an ihre regulären Kunden vermittelt. Andererseits habe sie für die Beschwerdegegnerin ein Kontokorrent- und Depotkonto geführt. Dieses sei als eigentliches Geschäftskonto der Beschwerdegegnerin spezifisch in den Dienst von Vermittlung und Verwaltung der Z.-Fonds gestellt worden. Im Rahmen der Vertriebsvermittlung an ihre Kunden habe die Beschwerdeführerin stets mit Wissen und Willen der Beschwerdegegnerin Anteile an den Z.-Fonds immer treuhänderisch, das heisse in eigenem Namen, aber auf Rechnung der Kunden, gehalten (KG act. 1 S. 30 f. Ziff. 67). Verwaltung und Vertrieb der Z.-Fonds in der Schweiz seien illegal gewesen. Die Beschwerdegegnerin habe damit rechnen müssen, mit Schadenersatzforderungen - auch der Beschwerdeführerin - konfrontiert zu werden, wenn Kunden der Beschwerdeführerin auf ihren Titeln zu Schaden kämen (KG act. 1 S. 31 Ziff. 68). Rechtlich sei die Beschwerdeführerin Eignerin aller Z.-Anteile gewesen, auf denen ein möglicher Kundenschied eintreten würde. Es sei von Anfang an klar gewesen, dass, würden Kunden im Falle eines Schadens ihre Ansprüche an die Beschwerdeführerin zedieren, nichts anderes erreicht würde als eine Harmonisierung der rechtlichen mit der wirtschaftlichen Situation. Aufgrund einer solchen Zession würde nämlich diejenige Partei die Schadenersatzansprüche geltend machen können, welche an den fraglichen Anteilen berechtigt sei. Eine solche Wiederherstellung von rechtlicher und wirtschaftlicher Einheit sei mit der vorliegend er-

- 22 - folgten Zession von Kundenansprüchen an die Beschwerdeführerin geschehen (KG act. 1 S. 31 Ziff. 69). Die Beschwerdegegnerin habe aber auch davon ausgehen müssen, dass die Beschwerdeführerin selber der Gefahr einer Haftung ausgesetzt sein würde, wenn ihre Kunden auf den an sie vermittelten Z.-Anteilen zu Schaden kämen. Mit einem Haftungsrisiko der Beschwerdeführerin sei unweigerlich das Risiko verbunden gewesen, dass diese die Beschwerdegegnerin belangen würde. Einerseits sei denkbar gewesen, dass sich die Beschwerdeführerin im Gegenzug für ihre Entschädigungsleistung die Schadenersatzansprüche ihrer Kunden abtreten lassen würde und anschliessend aus Zession gegen die Beschwerdegegnerin vorgehen werde. Andererseits sei auch denkbar gewesen, dass die Beschwerdeführerin unabhängig von einer Zession der Kundenansprüche einen Regressanspruch gegenüber der Beschwerdegegnerin geltend machen würde (KG act. 1 S. 31 f. Ziff. 70). Zu einer solchen Entschädigungsleistung der Beschwerdeführerin an ihre Kunden sei es im Jahr 2009 gekommen. Die Entschädigung habe auf dem eigenen, als signifikant eingestuften Haftungsrisiko der Beschwerdeführerin beruht (KG act. 1 S. 32 Ziff. 71). Den geltend gemachten zedierten Schadenersatzforderungen liege eine Entschädigungsleistung der Beschwerdeführerin zugrunde, die auf eigenen, aus der Besonderheit der Geschäftsbeziehung zur Beschwerdegegnerin resultierenden, Haftungsrisiken beruhe. Dies zeige, dass die geltend gemachten Forderungen in den Bereich der bereits bestehenden oder doch in Aussicht genommenen geschäftlichen Beziehungen zwischen den Parteien fielen. Der Ursprung der geltend gemachten Forderungen aus dem Geschäftsverkehr zwischen den Parteien zeige sich überdies auch daraus, dass sie sich vermutlich gleichzeitig auch auf einen Regressanspruch nach AFG bzw. KAG stützen liessen (KG act. 1 S. 32 f. Ziff. 72). a) Im Rahmen der gerügten Anwendung von Art. 27 ZGB ist auf diese Ausführungen nicht weiter einzugehen, weil die Anwendung von Art. 27 ZGB als Alternativbegründung nicht zu prüfen ist.

- 23 - b) Wollte die Beschwerdeführerin mit diesen Ausführungen indes auch dartun, dass die vorinstanzliche Ablehnung der Unterstellung der geltend gemachten Forderungen unter des Pfandrechts gemäss Pfandvertrag vom 29. August 2002 unrichtig ist und als zumindest nicht klares Recht § 222 Ziff. 2 ZPO verletzt, wäre dies verfehlt. Auch mit dem von der Beschwerdeführerin dargestellten Bezug der geltend gemachten Forderungen ihrer Kunden zur Geschäftsbeziehung zwischen den Parteien handelt es sich bei diesen Forderungen um Schadenersatzforderungen ihrer Kunden und damit eben nicht um Forderungen aus einem Vertrag zwischen der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin im Sinne von Ziff. 3 des Pfandvertrages vom 29. August 2002. Auf die Ausführungen der Beschwerdeführerin zur Geschäftsbeziehung zwischen den Parteien mit dem dargelegten Vertrieb von Z.-Fondsanteilen kommt es mithin auch unter diesem Gesichtspunkt nicht an.

### **E. 8.5**

Die Beschwerdeführerin wiederholt die Auffassung, dass sich eine Beschränkung der Pfandsicherung auf vertragliche Ansprüche zwischen den Parteien nicht aus einer der beiden Pfandklauseln ergebe, auf welche sich die Beschwerdeführerin stütze (KG act. 1 S. 44 Ziff. 99). Dazu ist auf die vorstehenden Erwägungen zu verweisen: Art. 12 AGB ist nicht anwendbar. Aus Ziff. 3 des Pfandvertrages folgt gerade eine solche Beschränkung (vorstehend Erw. 6). Die weiteren Ausführungen der Beschwerdeführerin unter dem Titel "Keine Pfandsicherung für deliktische Ansprüche" (KG act. 1 S. 43 - 45 Ziff. 98 - 103) gehen daran vorbei und damit fehl.

### **E. 8.6**

Unter lit. D der Beschwerde rügt die Beschwerdeführerin "Aktenwidrige Feststellungen der Vorinstanz mit Relevanz für den Konnex von Schadenersatzforderung und Geschäftsbeziehung" (KG act. 2 S. 46 - 57 Ziff. 104 - 128). Speziell beanstandet sie die vorinstanzlichen Erwägungen, die Beschwerdeführerin habe ihre Kunden entschädigt, weil sei bei Madoff einen Totalverlust erlitten hätten (KG act. 1 S. 46 Ziff. 105), die Beschwerdeführerin habe nicht erklärt, von wem sie Z.-Anteile erworben habe (KG act. 1 S. 48 Ziff. 110), die Beschwerdeführerin habe keinen Zusammenhang zwischen erster Zeichnung von Z.-Anteilen und Eröffnung der Kontokorrent-/Depotbeziehung behauptet (KG act. 1 S. 51

- 24 - Ziff. 117), laut der Beschwerdeführerin sei nicht unterscheidbar, ob E. als Vertreter der Z.-Fondsleitung oder als Vertreter der Beschwerdegegnerin aufgetreten sei (KG act. 1 S. 54 Ziff. 121), und die Beschwerdeführerin habe keine über das Führen des Kontos/Depots hinausgehende Vertragsbeziehung behauptet (KG act. 1 S. 56 Ziff. 127). Die Beschwerdeführerin macht geltend, diese Feststellungen seien von Bedeutung für die Frage, inwiefern die geltend gemachten Schadenersatzforderungen in den Bereich bestehender oder doch in Aussicht genommener Geschäftsbeziehungen zwischen den Parteien fielen. Deshalb sei der angefochtene Beschluss zu ihrem Nachteil mit dem Nichtigkeitsgrund von § 281 Ziff. 2 ZPO ZH behaftet (KG act. 1 S. 46 Ziff. 104). Vorstehend wurde festgestellt, dass es auf die Ausführungen der Beschwerdeführerin zur Geschäftsbeziehung zwischen den Parteien mit dem dargelegten Vertrieb von Z.-Fondsanteilen nicht ankommt, weil es sich bei den geltend gemachten Forderungen ihrer Kunden auch mit dem von der Beschwerdeführerin dargestellten Bezug dieser Forderungen zur Geschäftsbeziehung zwischen den Parteien um Schadenersatzforderungen ihrer Kunden und damit eben nicht um Forderungen aus einem Vertrag zwischen der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin im Sinne von Ziff. 3 des Pfandvertrages vom 29. August 2002 handelt. Dies gilt auch für die Rügen unter lit. D der Beschwerde. Selbst wenn diese begründet wären, d.h. selbst wenn die gerügten vorinstanzlichen Feststellungen unzutreffend wären, bliebe es beim angefochtenen Beschluss, weil es sich bei den geltend gemachten Forderungen nicht um Forderungen aus einem Vertrag zwischen der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin im Sinn von Ziff. 3 des Pfandvertrages vom 29. August 2002 handelt und es allein darauf ankommt, nicht aber auf die gerügten Feststellungen. Deshalb wirkten sich die gerügten tatsächlichen Feststellungen nicht im Sinne von § 281 ZPO ZH zum Nachteil der Beschwerdeführerin auf das Ergebnis des angefochtenen Beschlusses aus. Deshalb ist auf diese Rügen nicht einzutreten.

#### **E. 8.7**

Unter lit. E der Beschwerde (KG act. 1 S. 57) wiederholt die Beschwerdeführerin die Auffassung, dass sich eine Beschränkung der Pfandsicherung auf Ansprüche aus Verträgen zwischen den Parteien weder aus den Pfandklauseln

- 25 - noch aus Art. 27 ZGB ergebe (KG act. 1 S. 58 Ziff. 130). Auch dazu ist auf die vorstehenden Erwägungen zu verweisen: Art. 12 AGB ist nicht anwendbar. Aus Ziff. 3 des Pfandvertrages folgt gerade eine solche Beschränkung (vorstehend Erw. 6). Im Übrigen beanstandet die Beschwerdeführerin in diesem Kapitel ihrer Beschwerde, dass die Vorinstanz Rechtsbeziehungen der Beschwerdeführerin zu den anderen Z.-Gesellschaften und E. zu Unrecht als unbeachtlich erachtet habe (KG act. 1 S. 59 Ziff. 133). Dazu will die Beschwerdeführerin darlegen, dass die Vorinstanz von einer direkten vertraglichen Beziehung zwischen Beschwerdeführerin und Beschwerdegegnerin hätte ausgehen

müssen (KG act. 1 S. 61 Ziff. 138). Diese Ausführungen gehen indes daran vorbei, dass die Beschwerdeführerin nicht eigene Forderungen gegen die Beschwerdegegnerin oder gegen die Z.-Fonds geltend macht, sondern solche ihrer Kunden. Diese stammen selbst dann nicht aus einem Vertrag zwischen der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin im Sinne von Ziff. 3 des Pfandvertrags vom 29. August 2002, wenn von einer direkten vertraglichen Beziehung zwischen Beschwerdeführerin und Beschwerdegegnerin ausgegangen würde. Die Ausführungen der Beschwerdeführerin gehen an dieser relevanten Thematik vorbei und damit fehl.

#### **E. 8.8**

Weiter macht die Beschwerdeführerin geltend, ihr Ersatzanspruch sei nicht nur zessionsrechtlich begründet, sondern auch regressrechtlich. Für den entstandenen Schaden ihrer Kunden hafteten sie und die Beschwerdegegnerin wegen einem Zusammenwirken beim Vertrieb der Z.-Anteile solidarisch (KG act. 1 S. 65 Ziff. 148). Da sie, die Beschwerdeführerin, ihre Kunden für die diesen erwachsenen Schäden entschädigt habe, stehe ihr gemäss Art. 148 Abs. 2 OR ein Regressanspruch gegen die Beschwerdegegnerin zu (KG act. 1 S. 67 Ziff. 152). Für diesen bestehe ein Pfandrecht (KG act. 1 S. 67 Ziff. 154). Wie die Beschwerdeführerin zutreffend erwähnt (KG act. 1 S. 64 f. Ziff. 147), erwog der Audienzrichter, der Schaden, aus dem die geltend gemachten Ersatzforderungen resultieren sollten, sei gemäss Angaben der Beschwerdeführerin bei ihren Kunden eingetreten. Gemäss Pfandvertrag seien jedoch bloss Forderungen aus dem Vertragsverhältnis zwischen den Parteien betroffen. Eine Konnexität

- 26 - zwischen den Schäden bei den Kunden der Beschwerdeführerin und der Vertragsbeziehung mit der Beschwerdegegnerin im hier notwendigen Umfang sei nicht ersichtlich. Dies gelte umso mehr für das Bestehen von allfälligen Regressansprüchen aus Art. 66 AFG bzw. Art. 146 KAG (woraus die Beschwerdeführerin den behaupteten Regressanspruch nach Art. 148 Abs. 2 OR ableitet [KG act. 1 S. 67 Ziff. 152 und 153]) (OG act. 2 S. 7 Erw. 5.2). Diese audienzrichterliche Erwägung ist richtig. Selbst wenn die Beschwerdeführerin einen Regressanspruch und damit einen eigenen Anspruch gegen die Beschwerdegegnerin hätte, stammte dieser nicht aus einem Vertrag zwischen der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin im Sinne von Ziff. 3 des Pfandvertrages vom 29. August 2002, sondern aus einem Vertragsverhältnis mit Kunden der Beschwerdeführerin. Die Rüge, durch Ausserachtlassung der geltend gemachten Regressansprüche § 222 Ziff. 2 ZPO ZH verletzt zu haben, geht fehl.

#### **E. 8.9**

Die Beschwerdeführerin macht geltend, sie habe die tatsächlichen Grundlagen ihrer Schadenersatzforderung gegenüber der Beschwerdegegnerin wie auch ihres Pfandrechts in der Klageantwort detailliert vorgetragen und belegt. Die Beschwerdegegnerin habe diese nicht bestritten. Gleichwohl habe die Vorinstanz ausgeführt, die Ausführungen der Beschwerdeführerin hätten als bestritten zu geltend. Die Beschwerdegegnerin habe mit ihrer Klagebegründung festgehalten, sie habe weder in der Schweiz noch von der Schweiz aus Z.-Fonds verwaltet und/oder beworben. Die Beschwerdeführerin könne nicht vollständig ausschliessen, dass die Vorinstanz zum Ausdruck bringen wolle, die Beschwerdegegnerin habe sämtliche Sachvorbringen als unzutreffend widerlegt, womit das Befehlsbegehren in tatsächlicher Hinsicht liquid wäre. Damit hätte die Vorinstanz die Anforderungen von § 222 Ziff. 2 ZPO verkannt (KG act. 1 S. 68 f. Ziff. 156 - 158). Die

Vorinstanz ging nicht davon aus, dass sämtliche Sachvorbringen der Beschwerdeführerin widerlegt seien. Die von der Beschwerdeführerin zitierte Erwägung bezog die Vorinstanz nicht auf sämtliche Sachvorbringen der Beschwerdeführerin, sondern einzig auf die Behauptungen, dass die Beschwerdegegnerin die diversen Z. Fonds in umfassender Weise verwaltet habe, dass

- 27 - diese Verwaltung ausschliesslich durch E. in Zürich erfolgt sei und dass die Beschwerdegegnerin bzw. E. in der Schweiz öffentlich für die Z.-Fonds geworben habe. Die Vorinstanz bezeichnete diese Behauptungen überdies nicht als widerlegt, sondern lediglich als bestritten, aber rechtlich irrelevant (KG act. 2 S. 8 Erw. 6). Die Rüge geht fehl.

#### **E. 8.10**

Schliesslich rügt die Beschwerdeführerin eine Verletzung ihres Gehörsanspruchs. Indem die Vorinstanz das Herausgabebegehren im Befehlsverfahren gutgeheissen habe, obwohl es weder in rechtlicher noch in tatsächlicher Hinsicht liquid sei, habe sie der Beschwerdeführerin die Möglichkeit genommen, ihr Pfandrecht in einem ordentlichen Verfahren ohne Beweismittelbeschränkung und ohne die zeitlichen Limitierungen des Summarverfahrens zu erstreiten. Insbesondere habe ihr die Vorinstanz die Möglichkeit genommen, diverse von ihr angerufene Zeugen - insbesondere E. - in einem ordentlichen Verfahren als Beweismittel für Fragen mit Relevanz für den Konnex von Schadenersatzforderung und Geschäftsbeziehung offerieren zu können. Damit habe sie den Gehörsanspruch der Beschwerdeführerin verletzt (KG act. 1 S. 69 f. Ziff. 159 - 161). Das Befehlsverfahren gemäss § 222 Ziff. 2 ZPO ZH ist zulässig zur schnellen Handhabung klaren Rechts bei nicht streitigen oder sofort beweisbaren tatsächlichen Verhältnissen. Liegen diese Voraussetzungen vor, liegt in der Anwendung des (summarischen) Befehlsverfahrens als solcher keine Gehörsverletzung. Zeugen sind deshalb keine zu befragen, weil keine relevanten tatsächlichen Verhältnisse streitig sind. So waren die tatsächlichen Behauptungen, für welche die Beschwerdeführerin E. als Zeugen offerieren wollte, nach den vorinstanzlichen Entscheiden nicht relevant. Ob das Befehlsverfahren anwendbar ist oder nicht, ob die rechtlichen und tatsächlichen Verhältnisse entsprechend liquid sind oder nicht, ist eine Frage des Vorliegens der Voraussetzungen des Befehlsverfahrens und nicht eine Frage des Gehörsanspruchs. Ob die Voraussetzungen vorliegen, wurde vorstehend geprüft. Die Rüge geht fehl.

#### **E. 9**

Zusammenfassend ist festzustellen, dass das von der Beschwerdeführerin für ihr von ihren Kunden zederte Schadenersatzforderungen geltend gemachte Pfandrecht dem grundsätzlich klaren Herausgabeanspruch der

- 28 - Beschwerdegegnerin klarerweise nicht entgegensteht, weil das zwischen den Parteien vereinbarte Pfandrecht nur für Forderungen in Anspruch genommen werden kann, die aus Verträgen zwischen den Parteien resultieren, nicht aber für die geltend gemachten Schadenersatzforderungen von Kunden der Beschwerdeführerin. Diesbezüglich wies die Beschwerdeführerin keinen Nichtigkeitsgrund nach. Der angefochtene Beschluss ist schon gestützt darauf beständig und nicht aufzuheben. Die gegen Alternativbegründungen der Vorinstanz gerichteten Rügen brauchen deshalb nicht geprüft zu werden, und es kann offengelassen werden, ob der angefochtene Beschluss auch aufgrund solcher Alternativbegründungen bestehen bliebe oder ob solche Alternativbegründungen mit einem Nichtigkeitsgrund behaftet seien. Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten

werden kann. Damit entfällt die ihr verliehene aufschiebende Wirkung. Bei diesem Ausgang des Verfahrens braucht auf die einzelnen Ausführungen der Beschwerdeantwort (KG act. 14) nicht eingegangen zu werden. IV. Ausgangsgemäss wird die Beschwerdeführerin für das Kassationsverfahren kosten- und entschädigungspflichtig (§ 64 Abs. 2 ZPO ZH, § 68 Abs. 1 ZPO ZH). Die Beschwerdegegnerin beantragt eine Prozessentschädigung "einschliesslich Mehrwertsteuer" (KG act. 14 S. 2). Sollte sie damit beantragen, die Beschwerdeführerin sei zu verpflichten, ihr eine Prozessentschädigung zuzüglich Mehrwertsteuerzusatz zu bezahlen, ist dieser Antrag betreffend Mehrwertsteuerzusatz abzuweisen. Die Beschwerdegegnerin hat ihren Sitz im Ausland. Es ist ihr deshalb kein Mehrwertsteuerzusatz zuzusprechen (vgl. Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts über die Mehrwertsteuer vom 17. Mai 2006 S. 3 Punkt 5). Die vorinstanzliche Bemessung des Streitwerts mit rund Fr. 62'000.-- (KG act. 2 S. 9 Erw. III) wurde nicht beanstandet.

- 29 - Das Gericht beschliesst:

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