

# Bezirksgericht Zürich



7. Abteilung

Prozess Nr. CG090091/U

---

Mitwirkende: Die Richterin und die Richter lic. iur. M. Knüsel, Vorsitzende i.V.,  
Dr. E. Pahud und lic. iur. C. Maira sowie die Gerichtsschreiberin  
lic. iur. S. Kumin Grell

## Urteil vom 28. Februar 2011

in Sachen

X.

vertreten durch Rechtsanwalt RX1  
vertreten durch Rechtsanwalt RX2  
Klägerin

gegen

Y.

vertreten durch Rechtsanwalt RY1  
vertreten durch Rechtsanwalt RY2  
Beklagte

betreffend **Forderung**

### **Rechtsbegehren:**

- „1. Die Beklagte sei zu verurteilen, der Klägerin USD 7'250'410.81 zuzüglich Zins zu 5% seit dem 24. Dezember 2008 zu zahlen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich 7,6% MWST zu Lasten der Beklagten.“

### **Das Gericht zieht in Betracht:**

#### **I.**

- Gegenstand des Verfahrens -

Die Klägerin ist eine Gesellschaft mit Sitz in Hong Kong. Wirtschaftlich Berechtigter an ihren Vermögenswerten ist ein amerikanischer Staatsbürger mit Wohnsitz in den USA. Die Beklagte, eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Zürich und Basel, betreibt eine Bank. Klägerin und Beklagte standen seit November 2000 in einer Bankbeziehung. Im September 2008 erteilte die Klägerin der Beklagten die Instruktion, die sich in ihren Depots befindlichen U.S.-Wertschriften zu veräussern. Die Beklagte verweigerte (vor dem Hintergrund des Steuerstreits mit den USA) die Ausführung der Verkaufsoorder. Der Verkauf erfolgte erst rund fünf Wochen später, wobei die Kurse inzwischen erheblich gefallen waren. Die Klägerin verlangt mit der vorliegenden Klage Schadenersatz. Die Beklagte schliesst auf Abweisung der Klage.

#### **II.**

- Prozessverlauf; Prozessuales -

1. Am 22. Mai 2009 gingen Weisung und Klageschrift ein. Mit Beschluss vom 26. Mai 2009 wurde der Klägerin die Leistung einer Prozesskaution auferlegt. Nachdem die Kautionsleistung fristgemäss geleistet worden war, wurde der Beklagten Frist

zur Einreichung der Klageantwort angesetzt und alsdann mehrmals erstreckt. Die Klageantwort wurde am 21. September 2009 erstattet. Am 13. Januar 2010 wurde eine Referentenaudienz durchgeführt. Die im Rahmen der Referentenaudienz sowie von den Parteien aussergerichtlich geführten Vergleichsgespräche führten zu keiner Einigung. Das Verfahren wurde in der Folge schriftlich weitergeführt, mit Replik vom 19. April 2010, Duplik vom 15. Juli 2010 sowie Stellungnahme zu Noven in der Duplik vom 28. Oktober 2010. Mit Verfügung vom 3. Februar 2011 wurde das Hauptverfahren – unter Vorbehalt des Anspruchs der Parteien auf rechtliches Gehör – geschlossen. Mit Eingabe vom 4. Februar 2011 hielt die Beklagte schliesslich der guten Ordnung halber fest, dass sie die in der klägerischen Stellungnahme vom 28. Oktober 2010 vorgebrachten Noven nicht anerkenne.

2. Am 1. Januar 2011 ist die Schweizerische Zivilprozessordnung in Kraft getreten. Für das vorliegende Verfahren gilt indessen – mit Ausnahme der Rechtsmittel (Art. 405 Abs. 1 ZPO) – das bisherige (zürcherische) Verfahrensrecht (Art. 404 Abs. 1 ZPO).

3. Das hiesige Gericht ist gestützt auf Art. 112 Abs. 1 IPRG örtlich zuständig. Gestützt auf § 31 Ziff. 1 i.V.m. § 63 Ziff. 1 GVG/ZH ist das Bezirksgericht auch sachlich zuständig (vgl. ZR 86 Nr. 95).

### III.

#### - Sachverhalt und Parteivorbringen -

1. Der Klage liegt im Wesentlichen folgender – insoweit nicht streitiger – Sachverhalt zu Grunde:

- Am 10. November 2000 unterzeichnete die Klägerin ein Konto-/Depoteröffnungsdokument der Beklagten und stand in der Folge (bis Ende 2008) in einer Bankbeziehung zu dieser. Auf den bei der Beklagten geführten Depots hielt die Klägerin zu ca. 75 % U.S.-Wertschriften.

- Mit Schreiben vom 27. Mai 2008 erteilte die Klägerin der Beklagten den Auftrag, zwecks Schaffung von Liquidität für die Ausstellung eines Schecks über USD 755'000.-- Wertschriften zu veräussern.
- Die Beklagte teilte der Klägerin daraufhin mit, dass die Transaktion nicht ausgeführt werden könne, weil die Vermögenswerte auf ihren Konti und Depots aufgrund von Untersuchungen der amerikanischen Steuerbehörden bzw. als Folge einer hierauf gründenden internen Untersuchung einstweilen gesperrt seien. Die Beklagte gewährte der Klägerin zur Verschaffung der erforderlichen Liquidität ein zinsloses Darlehen in Höhe der USD 755'000.--.
- Am 9. Juli 2008 fand in den Räumlichkeiten der Beklagten in Zürich eine Besprechung statt, an der auf Seiten der Beklagten YY. und YYY. und auf Seiten der Klägerin XX. sowie „deren Eigentümer“, XXX., anwesend waren. Thema war die von der Beklagten nach wie vor geltend gemachte Konto- und Depotsperre.
- Am 1. September 2008 erteilte die Klägerin der Beklagten den Auftrag, sämtliche auf ihren Depots befindlichen U.S.-Wertschriften zu veräussern.
- Der zuständige Kundenberater der Beklagten teilte daraufhin der Klägerin telefonisch mit, dass der Auftrag nicht ausgeführt werde.
- Mit Schreiben vom 23. September 2008 zeigten die klägerischen Rechtsvertreter der Beklagten an, dass sie von der Klägerin mit der Wahrung ihrer Interessen beauftragt worden seien, und ersuchten „angesichts des laufenden Amtshilfeverfahrens [...] um unverzügliche Zustellung der vollständigen Korrespondenz zwischen Y. und der ESTV einerseits, sowie zwischen Y. und/oder ihren Tochter- und Schwestergesellschaften in den Vereinigten Staaten und der IRS andererseits, soweit in dieser Korrespondenz auf unsere Klientin Bezug genommen wird“, sowie um eine Stellungnahme zur Blockierung der Konti/Depots der Klägerin und zur Nichtausführung von Börsenaufträgen. Sie behielten sich schliesslich „sämtliche zur Durchsetzung der Ansprüche unserer Klientin geeignet erscheinenden Mittel und Mass-

nahmen, einschliesslich der Einleitung von Zivil- und Strafverfahren gegen die Y. und ihre Organe ausdrücklich“ vor.

- Mit Antwortschreiben vom 29. September 2008 verwies die Beklagte bezüglich der Unterlagen, welche sie der Eidgenössischen Steuerverwaltung (EStV) „auf der Grundlage der Zwischenverfügung vom 7. August 2008, basierend auf dem Doppelbesteuerungsabkommen Schweiz-USA, zur Verfügung gestellt hat“, auf die EStV, erklärte, keine Korrespondenz mit dem amerikanischen Internal Revenue Service (IRS) geführt zu haben, und gab an, die Blockierung der US Wertschriften im Depot der Klägerin beruhe auf der Überprüfung der Gültigkeit der vorhandenen Dokumentation und damit des Status der Klägerin im Zusammenhang mit den anwendbaren QI (Qualified Intermediary) Vorschriften.
- Am 6. Oktober 2008 meldete sich der Kundenberater der Beklagten, YY., bei der Klägerin und informierte diese, dass die Vermögenssperre aufgehoben sei.
- Vom 7. Oktober 2008 datiert ein Faxschreiben der Klägerin mit dem Aufdruck „07-10-08 17:28 OUT“ und folgendem Wortlaut:

„Sehr geehrter Herr YY.  
Bezugnehmend auf mein Schreiben vom 1. September 2008 (Verkauf aller US-Wertschriften) und unser Telefonat von eben, bitte ich Sie erneut um Ausführung des folgenden Auftrages:  
Bitte verkaufen Sie:  
[Auflistung der U.S.-Wertschriften]“
- Gleichentags führte die Beklagte die Verkäufe aus.
- Die Klägerin kündigte mit Schreiben vom 23. Dezember 2008 „sämtliche bei der Y. bestehenden Konten und Depots mit sofortiger Wirkung“ und forderte die Beklagte auf, das Guthaben sowie die sich im Depot befindlichen Wertschriften der Bank Z. zu übertragen. Im Weiteren forderte die Klägerin die Beklagte auf, den Schadensbetrag von „USD 6'824'418.33, zuzüglich Scha-

denzins zu 5% seit dem 1. September 2008, Valuta 24. Dezember 2008“ zu überweisen.

- Sowohl gegen die Beklagte wie gegen XXX. (den an der Klägerin wirtschaftlich Berechtigten) wurde in den USA ein (Steuer-)Strafverfahren eröffnet. Das Verfahren gegen die Beklagte – wegen Verletzung ihrer Pflichten aus dem Qualified Intermediary Agreement (QIA), einem standardisierten Vertrag zwischen dem IRS (Internal Revenue Service [amerikanische Steuerbehörde]) und nicht-amerikanischen Banken wie der Beklagten betreffend Einbehaltung und Abführung von amerikanischen Quellensteuern – wurde gestützt auf ein mit den amerikanischen Behörden ("United States Department of Justice Tax Division" und "United States Attorney's Office for the Southern District of Florida") abgeschlossenes Deferred Prosecution Agreement vom 18. Februar 2009 ("DPA"), in welchem sich die Beklagte u.a. zu einer Zahlung von insgesamt USD 780'000'000.-- verpflichten musste, erledigt. XXX. musste sich im Rahmen eines plea agreements mit dem US Attorney des Southern District of New York vom 14. April 2010 u.a. zu einer Strafzahlung von USD 20.8 Mio. verpflichten.

2. Die Klägerin macht Schadenersatz aus Vertragsverletzung geltend. Sie gibt an, bereits aufgrund der ersten Weigerung der Beklagten, einen Verkaufsauftrag auszuführen, anlässlich der Besprechung vom 9. Juli 2008 „unmissverständlich zu verstehen [gegeben zu haben], dass sie eine Blockierung ihrer Vermögenswerte nicht akzeptiere und sie auch in Zukunft erwarte, dass erteilte Aufträge prompt ausgeführt werden“. Den Auftrag zur Liquidation ihrer U.S.-Wertschriftenpositionen vom 1. September 2008 habe sie alsdann aufgrund des sich im Herbst 2008 abzeichnenden Kurszerfalls an den Aktienmärkten gegeben. Die Weigerung der Beklagten, die Transaktion durchzuführen, habe sie zur Kenntnis genommen, aber „der Beklagten unmissverständlich mit[geteilt], dass sie am erteilten Order festhalte und dessen Umsetzung erwarte“. Die Positionen seien aber selbst auf schriftliche und wiederholte mündliche Intervention hin nicht liquidiert worden. Im Oktober, als sich nach einem mehrere Tage anhaltenden massiven Kurszerfall keine Trendwende abgezeichnet und der durch die Passivi-

tät der Beklagten verursachte Schaden auf mehrere Millionen USD summiert habe, habe sich die Beklagte entschieden, ihre Weisung doch noch auszuführen.

Der geltend gemachte Schaden besteht nach der Klägerin in der Differenz zwischen dem am 2. September 2008 realisierbaren (Eröffnungs-)Börsenkurs (brutto, ohne Abzug von Backup Withholding Tax, Stempelabgabe und Brokerage Fee) und dem am 7. Oktober 2008 effektiv erzielten Verkaufserlös. Neben diesem Differenzbetrag sei bei der Schadensberechnung auch die bis zur Saldierung der Bankbeziehung mittels Geldanlage erzielbare Rendite zu berücksichtigen, wobei sie eine Festgeldanlage von 3 Monaten bei einer Rendite von 2.74 % getätigt hätte.

3. Die Beklagte beantragt Abweisung der Klage. Im Hauptstandpunkt hält sie dafür, dass die ursprüngliche Verkaufsinstruktion nicht aufrecht erhalten, sondern konkludent widerrufen worden sei (und damit keine Vertragsverletzung vorliege). Im Eventualstandpunkt bringt sie vor, die Klägerin habe beim tatsächlichen Verkauf der Wertschriften im Oktober 2008 mehr erhalten, als ihr im Falle eines Verkaufes im September 2008 – bei dem sie insbesondere die sog. Backup Withholding Tax vom Verkaufserlös hätte abziehen und an den amerikanischen Fiskus weiterleiten müssen – zugestanden hätte (so dass kein Schaden entstanden sei). Subeventualiter stellt sie sich auf den Standpunkt, dass der (bestrittene) Schadenersatzanspruch der Klägerin nicht in der von ihr behaupteten Höhe bestehe.
4. Auf die Vorbringen der Parteien ist – soweit erforderlich – nachfolgend im Einzelnen einzugehen.

#### IV.

##### - Schadenersatzanspruch der Klägerin -

1. Die Klägerin hat ihren Sitz in Hong Kong (China), die Beklagte den ihren in der Schweiz. Es liegt ein internationales Verhältnis vor, auf welches mangels Staatsvertrags das IPRG anwendbar ist (Art. 1 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 IPRG).

Der zwischen den Parteien am 10. November 2000 geschlossene Konto-/Depotvertrag enthält eine Rechtswahlklausel zugunsten des schweizerischen

Rechts. Da die Klägerin den Schadenersatzanspruch aus dem Vertragsverhältnis ableitet, ist damit vorliegend Schweizer Recht anwendbar (Art. 116 Abs. 1 IPRG).

2. Die Klägerin macht einen Schadenersatzanspruch aus Vertragsverletzung geltend. Ein Schadenersatzanspruch besteht, wenn die allgemeinen Schadenersatzvoraussetzungen (Vertragsverletzung, Schaden, Kausalzusammenhang, Verschulden) erfüllt sind. Zu prüfen ist zunächst das Vorliegen einer Vertragsverletzung.

3.1. Die Klägerin hat der Beklagten am 1. September 2008 aufgetragen, ihre U.S.-Wertschriften zu verkaufen. Massgebend sind die auftragsrechtlichen Regeln, und zwar unabhängig davon, ob man von einer Instruktion im Rahmen eines bestehenden Auftragsverhältnisses oder von einem als Kommissionsgeschäft im Sinne von Art. 425 Abs. 1 OR zu qualifizierenden selbstständigen „Börsenauftrag“ ausgeht (Gutzwiller, Rechtsfragen der Vermögensverwaltung, Zürich 2008, 214 m.H.; Vontobel, in: Boemle u.a. [Hg.], Geld-, Bank- und Finanzmarkt-Lexikon der Schweiz, Zürich 2002, S. 209).

Nach Art. 394 Abs. 1 OR verpflichtet sich der Beauftragte, die ihm übertragenen Geschäfte oder Dienste vertragsgemäss zu besorgen. Er hat die Vorschriften des Auftraggebers zu beachten (Art. 397 OR) und die Geschäfte getreu und sorgfältig auszuführen (Art. 398 Abs. 1 und 2 OR). Eine Vertragsverletzung liegt vor, wenn der Beauftragte die geschuldete Leistung nicht, nicht rechtzeitig oder schlecht erbringt, insbesondere Abreden bzw. Weisungen missachtet oder bei seiner Tätigkeit nicht die erforderliche Sorgfalt anwendet.

3.2.1. Nicht streitig ist, dass die Klägerin am 1. September 2009 eine „Verkaufsorder“ bzw. Instruktion betreffend Verkauf der U.S.-Wertschriften erteilt und die Beklagte diese nicht ausgeführt hat.

3.2.2. Die Beklagte stellt sich allerdings auf den Standpunkt, diese ursprüngliche Instruktion sei nicht aufrecht erhalten worden. Aufgrund des Verhaltens der Klägerin im Nachgang zu ihrer Instruktion vom 1. September 2008 habe sie davon aus-

gehen dürfen, dass die Klägerin an dieser nicht festgehalten habe (und eine Vertragsverletzung daher nicht vorliege).

Die Beklagte verweist hierfür auf den Steuerstreit Y./USA und die im Sommer 2008 bestehende unsichere Situation: Die Klägerin sei im Mai und im Juli 2008 über die Tatsache informiert worden, dass ihr Konto gesperrt sei, und zwar aufgrund einer Überprüfung im Zusammenhang mit dem Qualified Intermediary Agreement (QIA; vgl. dazu vorne Erw. III./1. und hinten Erw. IV/4.3.1.). Zu diesem Zeitpunkt sei auch aus den Medien zu erfahren gewesen, dass sich der IRS im Zusammenhang mit dem im Mai 2008 angeklagten ehemaligen Y.-Mitarbeiter YYYY. dafür interessiert habe, ob sie, die Beklagte, Pflichten des QIA verletzt haben könnte. Die Presse habe sodann berichtet, dass das amerikanische Justizministerium mit Datum vom 1. Juli 2008 vor den amerikanischen Gerichten im Zusammenhang mit dem vermuteten Steuerbetrug amerikanischer Kunden den Antrag gestellt habe, dass dem IRS erlaubt werde, die Beklagte zur Herausgabe von Kundendaten aufzufordern. Für viele ihrer Kunden – und auch für sie, die Beklagte selbst – sei die damalige Rechtslage höchst unsicher und seien die Verhältnisse unklar gewesen; es hätten keine verlässlichen Prognosen darüber bestanden, wie sich der Steuerstreit weiterentwickeln würde. Nachdem der Klägerin bekannt gewesen sei, dass ihre Kontobeziehung im Zusammenhang mit der Überprüfung des QIA vorübergehend gesperrt war, sei davon auszugehen, dass sie daraus den Schluss gezogen habe, diese Sperre könnte im Zusammenhang mit den damals im Raum stehenden Steuerbetrugsvorwürfen stehen. Die Unsicherheit dürfte sodann weiter zugenommen haben, als der Presse am 20. Juli 2008 zu entnehmen gewesen sei, dass der IRS bei der Eidgenössischen Steuerverwaltung (EStV) ein Gesuch um Amtshilfe eingereicht und um Übergabe von Daten ersucht habe. M.a.W. habe die sach- und rechtskundig beratene Klägerin seit Mitteilung ihrer mittelbaren Betroffenheit durch die Kontosperrung die Entwicklung der Lage mitverfolgen können. In Anbetracht der Tatsache, dass die Organe der Klägerin (die Rechtsanwälte A. und B.) im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit nicht nur den wirtschaftlich Berechtigten der Klägerin, Herr XXX., sondern mutmasslich auch andere U.S.-Personen im Zusammenhang mit dem QIA und den steuerlichen Folgen beraten hätten, sei davon auszugehen, dass sich die Klägerin bewusst

gewesen sei, dass ihre Verhältnisse mit Blick auf die Einhaltung der Bestimmungen des QIA kritisch überprüft würden.

Die Anweisung der Klägerin vom 1. September 2009, sämtliche in ihrem Depot gehaltenen U.S.-Wertschriften zu verkaufen, sei nun just in diese Zeit gefallen, in welcher die Lage im Steuerstreit für potentiell betroffene amerikanische Steuerbetrüger äusserst angespannt und die Verunsicherung über den weiteren Verlauf der Geschehnisse gross gewesen sei. Zwar treffe es zu, dass zusätzlich auch die globalen Finanzmärkte unter Druck geraten seien. Allerdings erweise sich die Behauptung der Klägerin, die Verkaufsinstruktion mit Blick auf die tendenziell fallenden Kurse erteilt zu haben, ohne weiteres als vorgeschoben. Wenn die negative Marktentwicklung Grund für diese Instruktion gewesen wäre, hätte die Klägerin ohne Zweifel auch den Auftrag zum Verkauf der Nicht-U.S.-Wertschriften (ca. 25% des Bestandes) erteilt, denn diese seien derselben Marktentwicklung unterworfen gewesen. Die Instruktionen der Klägerin seien damit nicht marktbe gründet, sondern situativ bedingt und taktisch motiviert gewesen, um die steuerliche Situation der Klägerin zu optimieren, wohl in der Meinung, es sei beim damaligen Stand der Dinge von Vorteil, wenn sich die Klägerin von ihren U.S.-Wertschriften trennte. Nachdem sie, die Beklagte, die Klägerin umgehend nach Erhalt der Instruktion darüber informiert habe, dass eine Ausführung aufgrund der anhaltenden Vermögenssperre nicht möglich sei, habe die Klägerin damals keinerlei Einwände erhoben, obschon sie heute behaupte, mit dem damaligen Verhalten der Beklagten nicht einverstanden gewesen zu sein. Wären es tatsächlich Marktüberlegungen gewesen, die Anlass zur Instruktionserteilung gebildet hatten, hätte die Klägerin konsequenterweise vehement gegen die Nichtausführung der Weisung protestieren müssen, und sie hätte dies als immerhin anwaltlich vertretene Partei ohne Zweifel sofort getan. Die Tatsache, dass die Klägerin nicht an ihrer Instruktion festgehalten oder sich auch nur andeutungsweise schriftlich gegen die Nichtausführung zur Wehr gesetzt habe, spreche dafür, dass die Instruktion nicht marktbe gründet gewesen sei, sondern dass die Klägerin an dieser Instruktion in der Folge aus anderen Gründen nicht festgehalten habe. Schliesslich sei darauf hinzuweisen, dass sie, die Beklagte, mit Datum vom 29. August 2008 von der EStV aufgefordert worden sei, der Klägerin mitzuteilen, dass

gegen diese im Zusammenhang mit dem Amtshilfegesuch des IRS ein Amtshilfeprozess eröffnet worden sei. Sie habe diese Verfügung am 2. resp. 3. September 2008 der Klägerin bzw. an Herrn XXX. weitergeleitet, wo sie am 4. resp. 5. September 2008 eingetroffen sei. Dies, so die Beklagte, dürfte die Unsicherheit der Klägerin erhöht haben. Am 6. Oktober 2008 habe sie, die Beklagte, sich telefonisch bei der Klägerin gemeldet und sie darüber informiert, dass die Vermögenssperre aufgehoben worden sei. Der Kundenberater habe sich darüber erkundigt, ob die Klägerin einen Verkauf der U.S.-Wertschriften nunmehr wünsche. Die Klägerin habe verneint und die Beklagte angewiesen, ihre weiteren Instruktionen abzuwarten. Am darauffolgenden Tag habe die Beklagte die Instruktion erhalten, die klägerischen U.S.-Wertschriften zu veräußern, was umgehend ausgeführt worden sei. Hätte die Klägerin, wie sie behauptet, die Wertschriften tatsächlich aufgrund der Marktsituation liquidieren wollen, so hätte sie dies im ihr angebotenen Moment ausführen lassen müssen, sei doch im Oktober erst recht hinlänglich bekannt gewesen, dass die Börsenkurse global stetig fielen. Das tatsächliche Verhalten der Klägerin, nämlich nicht an der Instruktion festzuhalten, sondern abzuwarten, bis sie die Situation erneut überprüft hatte, lasse ohne weiteres den Schluss zu, dass die Klägerin keineswegs definitiv entschieden habe, die U.S.-Wertschriften zu verkaufen. Zusammenfassend ergebe sich somit, dass die Klägerin an ihrer ursprünglichen Instruktion nicht festgehalten habe bzw. nicht habe festhalten wollen und durch ihr Verhalten die ursprüngliche Anweisung widerrufen habe.

3.3. Es gilt, das „Erklärungsverhalten“ der Klägerin als Auftraggeberin auszulegen, und zwar nach dem Sinn, der ihm in Anbetracht der ganzen Sachlage und nach den besonderen Umständen vernünftigerweise zukommt (Derendinger, Die Nicht- und die nichtrichtige Erfüllung des einfachen Auftrages, 2. A. Freiburg 1990, Rz. 166 m.H.).

3.3.1. Vorab ist der Beklagten zuzustimmen, dass der Auftrag der Klägerin, alle U.S.-Wertschriften zu verkaufen, nicht als rein „marktbedingt“, sondern im Wesentlichen als durch den Steuerstreit mit den USA motiviert zu betrachten ist. Dies ergibt sich zwanglos aus den Umständen, insbesondere der offensichtlichen Be-

troffenheit der Klägerin vom Steuerstreit sowie des Verkaufs nur der U.S.-Wertschriften: Wirtschaftlich berechtigt an der Klägerin und aufgrund eines mit deren Organen (A. und B.) abgeschlossenen "Directorship Agreement" allein weisungsbefugt ist der amerikanische Staatsbürger XXX. mit Wohnsitz in den USA. Gerade Konstrukte dieser Art bildeten Gegenstand der Ermittlungen der amerikanischen Behörden mit Blick auf vermutete Steuerverkürzungen (vgl. z.B. Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 05.03.2009, Erw. 5.5.3.), was im Juni 2008 öffentlich bekannt wurde. Ebenfalls notorisch (und auch von der Klägerin nicht in Frage gestellt) ist sodann die Tatsache, dass im Spätsommer/Herbst 2008 die Kurse insgesamt einbrachen, also keineswegs nur jene der U.S.-Wertschriften.

Nicht dargetan und nicht ersichtlich ist freilich, dass und inwiefern das hinter der klägerischen Verkaufsoorder stehende Motiv einen Einfluss haben soll auf die Beurteilung der Frage, ob die Klägerin an ihrer Instruktion festgehalten oder diese – wie die Beklagte behauptet – konkludent widerrufen hat. Die (als einziger Anhaltspunkt angeführte) Mutmassung der Beklagten, die Klägerin habe wohl eingesehen, dass sich durch den Verkauf der Wertschriften das Problem mit den U.S.-Steuerbehörden auch nicht lösen lasse, leuchtet nicht ein, zumal die Klägerin die Verkaufsabsicht im Oktober 2008 bekräftigte.

3.3.2. Die Beklagte führt sodann aus, die Klägerin habe es unterlassen, vehement gegen die Nichtausführung der Weisung zu protestieren. Die Klägerin erklärt demgegenüber, „der Beklagten unmissverständlich mit[geteilt zuhaben, dass sie am erteilten Order festhalte und dessen Umsetzung erwarte“ bzw. dass die Positionen „selbst auf schriftliche und wiederholte mündliche Intervention hin nicht liquidiert“ worden seien. Wie es tatsächlich war, kann offen bleiben. Denn zu berücksichtigen ist Folgendes:

Die Klägerin hat eine Verkaufsinstruktion gegeben und die Beklagte hat unter Hinweis auf die – bereits zu einem früheren Zeitpunkt kommunizierte – Blockierung der Konti/Depots erklärt, die Instruktion nicht auszuführen. Nun war zum einen bei der Instruktion „Bitte verkaufen Sie ...“ angesichts des Geschäfts klar, dass der Verkauf sofort bzw. sobald möglich zu geschehen hat (gemäss verzugsrechtlicher Terminologie handelt es sich um ein Verfalltagsgeschäft;

Gauch/Schluep/Emmenegger, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd. II, 9. A. Zürich 2008, Rz. 2711 f.). Zum andern hat die Beklagte unmissverständlich erklärt, die Konti/Depots seien gesperrt und die Instruktion werde nicht ausgeführt. Der Klägerin blieb in dieser Situation nichts anderes übrig, als sich damit (zähneknirschend) abzufinden. Ein Nachhaken oder eine Mahnung (bzw. ein vehementes Protestieren gegen die Nichtausführung der Instruktion, wie es die Beklagte fordert) war unter diesen Umständen nicht erforderlich und wäre auch nutzlos gewesen (vgl. a. Derendinger, a.a.O., Rz. 160; zum antizipierten Vertragsbruch Gauch/Schluep/Emmenegger, a.a.O., Rz. 2651, 2660, 2722). Ein konkludenter Widerruf der Instruktion konnte damit nach Treu und Glauben nicht angenommen werden. Nur ergänzend sei darauf hingewiesen, dass die Beklagte die Klägerin am 6. Oktober 2008 von sich aus kontaktierte und über die Aufhebung der Kontosperrung informierte; dies spricht dafür, dass die Beklagte selbst nicht von einem Widerruf der Instruktion ausging.

3.3.3. Schliesslich wäre auch im von der Beklagten hervorgehobenen Umstand, dass die Klägerin im Oktober 2008 auf die Mitteilung hin, wonach Aufträge wieder ausgeführt würden, nicht unverzüglich, sondern erst am Folgetag den Verkauf angeordnet habe, kein Anhaltspunkt für einen Widerruf des ursprünglichen Auftrags zu sehen. Es wäre durchaus nachvollziehbar, wenn über fünf Wochen nach dem ursprünglichen Verkaufsauftrag nochmals eine kurze Überprüfung der mittlerweile ja völlig veränderten Konditionen (bzw. eine Rückfrage bei XXX.) vorgenommen worden wäre. Vor dem Hintergrund der langjährigen Vertragsbeziehung war ein solches Vorgehen nach Treu und Glauben auch im Interesse der Beklagten geradezu geboten und kann keinesfalls als Widerruf der unmissverständlichen Verkaufsauftrag (und erst recht nicht als Verzicht auf den Ersatz des bereits entstandenen Schadens) gewertet werden.

3.3.4. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass ein Widerruf der Verkaufsinstruktion nicht angenommen werden kann.

3.4. Unter dem Gesichtspunkt der Vertragsverletzung liesse sich vorliegend noch die Frage stellen, ob die Ausführung der Verkaufsinstruktion unmöglich gewesen und die Beklagte gemäss Art. 119 OR von der Leistungspflicht entbunden worden

ist. Unmöglichkeit kann nicht nur auf tatsächlichen, sondern auch auf rechtlichen Gründen beruhen, also auf einer neuen, nachträglich eingetretenen Rechtslage. So können namentlich behördliche Verbote, beispielsweise Ausfuhrsperrern, den Schuldner hindern, die Leistung vertragsgemäss zu erbringen (vgl. BGE 111 II 352, 354; Gauch/Schluemp/Emmenegger, a.a.O., Rz. 2560).

Nachdem in der Klageantwort eine durch amerikanische Behörden veranlasste Verkaufssperre angedeutet zu werden schien, ergingen folgende Substanziierungshinweise:

„Falls die Beklagte mit ihren Ausführungen, wonach „[i]m Oktober 2008 [...] der IRS zumindest damit einverstanden [gewesen sei], dass U.S.-Wertschriften wieder verkauft werden konnten, womit die temporären Vermögenssperren insofern aufgehoben werden konnten“, bzw. wonach „[d]ie Bereitschaft der Beklagten, die U.S.-Wertschriften im Oktober 2008 nunmehr zu verkaufen, [...] nicht die Folge der Marktentwicklung [gewesen sei], sondern [geschehen sei] nachdem der IRS sein Einverständnis dazu erteilte“, etwas (z.B. ein Verkaufsverbot) geltend machen will, so hat dies konkret und detailliert zu geschehen.“

Die Beklagte verzichtete in der Duplik auf diesbezügliche Ausführungen, so dass eine Zwangslage bzw. Unmöglichkeit zu verneinen ist. Vielmehr ist von einer autonomen Entscheidung der Beklagten, die Verkaufsinstruktion nicht auszuführen, auszugehen.

3.5. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Beklagte eine Vertragsverletzung begangen hat, indem sie die Verkaufsinstruktion der Klägerin nicht befolgt hat.

4.1. Ein Schadenersatzanspruch setzt weiter voraus, dass die Vertragsverletzung zu einem Schaden geführt hat.

4.2.1. Nach der Klägerin besteht ihr Schaden zunächst in der Differenz zwischen dem am 2. September 2008 realisierbaren Börsenkurs und dem am 7. Oktober 2008 effektiv erzielten Verkaufserlös, welche USD 7'063'428.73 betrage. Der 2. und nicht der 1. September 2008 sei massgebend, weil es sich beim 1. September in den USA um den Labor Day und damit um einen nationalen Feiertag handle. Abzustellen sei dabei entgegen der (von der Beklagten stammenden) Aufstel-

lung auf den Eröffnungskurs des 2. September 2008, wären die Titel doch aufgrund des am 1. September 2008 erteilten Verkaufsauftrags – falls korrekt ausgeführt – bereits vor Eröffnung des New York Stock Exchange „bestens“ ins System gestellt worden. Die Verkäufe wären so zum Eröffnungskurs oder einem dem Eröffnungskurs sehr nahe stehenden Kurswert erfolgt. Die Klägerin verweist auf eine Tabelle, in welcher der Ertrag beim Verkauf am 7.10.09 [recte: 7.10.08] dem aus ihrer Sicht hypothetischen Ertrag bei einem Verkauf am 2.9.09 [recte: 2.9.08] zu den Eröffnungskursen gegenübergestellt wird. Neben diesem Differenzbetrag, so die Klägerin weiter, sei bei der Schadensberechnung auch eine bis zur Saldierung der Bankbeziehung mittels Geldanlage erzielbare Rendite von 2.74% zu berücksichtigen.

4.2.2. Die Beklagte hält dafür, der Klägerin sei selbst bei Annahme einer verbindlichen Verkaufsinstruktion per 1. September 2008 kein Schaden entstanden. Sie bestreitet nicht, dass – wie von der Klägerin vorgebracht – für die Schadensberechnung auf den Eröffnungskurs des 2. September 2008 abzustellen ist, stellt sich indessen auf den Standpunkt, die Klägerin habe mit der Gutschrift im Oktober 2008 (von insgesamt USD 19'853'565'25) mehr erhalten, als ihr im Falle eines Verkaufes im September 2008 zugestanden hätte. Sie, die Beklagte, wäre nämlich im Falle einer Ausführung der Instruktion verpflichtet und im Verhältnis zur Klägerin berechtigt gewesen, vom Verkaufserlös der Wertschriften 28% (USD 7'601'524.76) für die an die amerikanische Steuerbehörde abzuliefernde Backup Withholding Tax abzuziehen. Dazu kämen Abzüge von 0.15% (USD 40'722.45) für die Stempelabgaben sowie USD 273'228.95 für die Brokerage Fee. Die Beklagte bestreitet sodann den von der Klägerin behaupteten entgangenen Gewinn.

4.2.3. Nachdem die Klägerin ihrerseits alle von der Beklagten geltend gemachten Abzüge bestreitet, ist darauf nachfolgend im Einzelnen einzugehen (zur Backup Withholding Tax: sogleich Erw. 4.3.; zur Stempelsteuer und zur Brokerage Fee: Erw. 4.4.; zum entgangenen Gewinn: Erw. 4.5.).

4.3.1. Bei der sog. Backup Withholding Tax handelt es sich um eine inneramerikanische Sicherungssteuer, die auf ausgeschüttete Dividenden/Zinsen sowie auf dem Verkaufs- bzw. Rückzahlungserlös aus amerikanischen Wertschriften erho-

ben wird. Das seit 2001 geltende Qualified Intermediary (QI)-System verpflichtet nicht-amerikanische Banken, die den Status eines QI erlangt haben, den amerikanischen Behörden die Namen derjenigen amerikanischen Steuerpflichtigen, die U.S.-Wertschriften halten, bekannt zu geben oder – falls sie der Bekanntgabe nicht zustimmen – die Backup Withholding Tax an die USA abzuliefern (vgl. dazu z.B. BVerwG, 05.03.09, ASA 77 [2009], 863). Umgesetzt wird das QI-System im Wesentlichen wie folgt: Ist ein Kunde der Bank, welche als QI fungiert, eine Non-U.S. Person, ist von dieser das sog. "W-8BEN"-Formular einzuholen. Dieses ist den amerikanischen Behörden nicht weiterzuleiten. Ist der Kunde eine U.S. Person, ist von ihr das Formular "W-9" zu verlangen, welches das Empfängerformular von sog. FDAP-Income (fixed or determinable annual or periodical income) von U.S. Steuerzahlern darstellt. Dieses Formular ist zusammen mit der Angabe der vereinnahmten Einkommen und der genauen Identität des Kunden dem IRS zu übermitteln, was den Verzicht auf die Wahrung des Bankkundengeheimnisses verlangt. Verzichtet der Kunde nicht, muss der QI die Backup Withholding Tax auf den Verkäufen der Werte erheben und dem IRS abliefern. Zudem ist er verpflichtet, Investitionen in amerikanische Werte zu blockieren (BVerwG, 05.03.09, ASA 77 [2009], 864).

Die ganzen Abklärungen im Zusammenhang mit den Formularen obliegen dem QI. Dieser ist verpflichtet festzustellen, welche ihrer Kunden gemäss amerikanischem Steuerrecht in den USA steuerpflichtig sind. Ist ein Kunde eine sog. U.S. Person, hat der QI dafür zu sorgen, dass die für diese geltenden Vorschriften eingehalten werden. Der QI darf sich dann nicht auf die Kundendokumentation (die Angabe auf dem Formular W-8BEN) verlassen, wenn er tatsächliche Kenntnis ("actual knowledge") oder Grund zur Annahme ("reason to know") hat, dass die darin enthaltenen Angaben unzuverlässig oder unrichtig sind (section 5.10 QIA).

4.3.2. Im vorliegenden Fall erklärte die Klägerin bei der Kontoeröffnung am 11. November 2000 und in der Folge bei der alle drei Jahre erfolgenden Erneuerung auf dem Formular W-8BEN, selbst wirtschaftlich Berechtigte an den von ihr gehal-

tenen Vermögenswerten zu sein. Von der Beklagten (als QI) wurde sie während der ganzen Kundenbeziehung als (bzw. wie eine) Non-U.S. Person behandelt.

4.3.3. Die Beklagte führt nun aus, aufgrund der im Jahr 2008 vom IRS erhobenen Vorwürfe, wonach sie von einigen ihrer (in der Rechtsform einer Gesellschaft organisierten) Kunden zu Unrecht Formulare W-8BEN entgegengenommen habe, eine interne Untersuchung vorgenommen zu haben. Sie sei der Frage nachgegangen, ob gemäss Section 5.10 QIA Indizien vorliegen, aufgrund derer sie tatsächlich Kenntnis oder Grund zur Annahme habe, dass die im Formular W-8BEN enthaltenen Angaben unzuverlässig oder unrichtig sind. Hierfür habe sie alle Kontobeziehungen analysiert, bei welchen Domizilgesellschaften mit einer U.S. Person als mutmasslich wirtschaftlich Berechtigter im Jahre 2000 oder 2001 bei ihr ein Konto eröffnet hatten und U.S.-Wertschriften hielten. Im Zeitpunkt der vorliegend im Streit stehenden Verkaufsinstruktion seien diese internen Untersuchungen noch nicht abgeschlossen gewesen und sie, die Beklagte, habe damals insbesondere noch keine endgültige Klarheit darüber gehabt, ob das klägerische Formular W-8BEN unrichtige Informationen enthalte. Weder im September noch beim tatsächlichen Verkauf im Oktober 2008 habe sie also über die Ergebnisse der internen Abklärungen verfügt, die es ihr gestattet hätten, daraus mit der erforderlichen Bestimmtheit zu schliessen, ob sich die Klägerin zu Recht oder zu Unrecht als wirtschaftlich Berechtigte (im Sinne des U.S. Steuerrechts) an dem von ihr gehaltenen Vermögen ausgegeben habe. Inzwischen sei der Sachverhalt soweit geklärt, als dass davon auszugehen sei, dass dies nicht der Fall sei. Spätestens nach Abschluss der internen Untersuchungen – bzw. bereits im August 2008 – sei festgestanden, dass die Klägerin in missbräuchlicher Weise ein Formular W-8BEN verwendet und eingereicht habe, was ihr, der Beklagten, im Sinne des erforderlichen "actual knowledge" bekannt gewesen sei: Die Klägerin habe mit Datum vom 10. November 2000, d.h. kurz vor der Einführung des QI-Systems, bei ihr (der Beklagten) eine Konto- und Depotbeziehung eröffnet, und am 14. Dezember 2000 seien verschiedene U.S.-Wertschriften von einem Vorgängerkonto auf das Konto der Klägerin transferiert worden. Aus den Gründungsunterlagen gehe hervor, dass sie am 6. November 2000 in Hong Kong gegründet worden und die Rechtsanwälte A. und B. als Organe bzw. Direktoren dieser Gesellschaft gewählt

worden seien. Zusätzlich habe die Klägerin ihr, der Beklagten, ein zwischen den Organen der Gesellschaft und XXX. (einer U.S. Person) abgeschlossenes "Directorship Agreement" übergeben. Darin werde u.a. festgehalten, dass XXX. der wirtschaftlich Berechtigte an der Klägerin sei, dass die Organe im eigenen Namen, aber im Auftrag, auf das Risiko und auf Instruktion von XXX. zu handeln hätten. Schliesslich habe die Klägerin auch ein Formular A zu den Kontounterlagen gereicht, in welchem sie im Einklang mit den schweizerischen Geldwäschereibestimmungen XXX. als wirtschaftlich Berechtigten der Vermögenswerte bezeichnet habe. Aufgrund dieser Umstände sei die Klägerin als sog. "flow through"- bzw. "sham"-Struktur zu qualifizieren, bei der die juristische Person als blosser rechtliche Hülle verwendet werde, indem die dahinterstehende Person über die Vermögenswerte der Gesellschaft verfüge, wie wenn sie ihr gehörten. Infolgedessen, so schliesst die Beklagte, sei bzw. wäre sie verpflichtet gewesen, "für die Zwecke des QIA durch die Klägerin auf deren wirtschaftlich Berechtigten durchzugreifen und, nachdem dieser kein Formular W-9 eingereicht hatte, sondern den Verkauf der Wertschriften wünschte, vom Verkaufserlös die Backup Withholding Tax von 28% abzuziehen".

Gegen den klägerischen Einwand, dass die Backup Withholding Tax anlässlich des tatsächlichen Verkaufs der Wertschriften am 7. Oktober 2008 nicht abgezogen worden sei und auch nicht abgezogen worden wäre, wenn die Beklagte die Wertschriften instruktionsgemäss am 2. September 2008 verkauft hätte, bringt die Beklagte vor, es komme nicht darauf an, wie sie sich möglicherweise verhalten hätte, hätte sie den Verkaufsauftrag am 2. September 2008 dennoch ausgeführt. Ausgangspunkt der Schadensberechnung sei vielmehr die Bestimmung dessen, was eine vertragsgemässe Ausführung des Verkaufs am 2. September 2008 und anschliessende Gutschrift auf dem Konto der Klägerin im Einzelnen beinhaltet hätte. Die Klägerin solle denjenigen Betrag ersetzt erhalten, den sie infolge der nicht richtigen Erfüllung des Vertrages verloren hätte und nicht einen Betrag, der sich bei einem Vergleich ihres gegenwärtigen Vermögensstandes mit einem solchen bei irgendeinem hypothetischen (vertragsgemässen oder nicht vertragsgemässen) Verhalten der Beklagten ergeben würde. Wäre Letzteres massgebend, so würde die Klägerin unter Umständen besser gestellt, als wenn der Vertrag

nach ihrem Verständnis vollumfänglich korrekt erfüllt worden wäre, was nicht angehe. Dass ein Abzug der Backup Withholding Tax vertragsgemäss gewesen wäre, ergebe sich aus dem Qualified Intermediary Agreement (QIA) und dem amerikanischen Internal Revenue Code (IRC), welche aufgrund von Art. 19 IPRG trotz grundsätzlicher Anwendbarkeit des schweizerschen Rechts die Kundenbeziehung mit der Klägerin erfassten.

Im Übrigen, so führt die Beklagte in der Duplik weiter aus, sei zu beachten, dass sie den USA gemäss dem am 18. Februar 2009 zwischen ihr und dem Department of Justice abgeschlossenen Deferred Prosecution Agreement ("DPA") eine Zahlung von USD 780'000'000.-- zu leisten habe, in der auch USD 400'000'000 für Backup Withholding Tax, Bussen sowie nicht bezahlte Steuern aufgrund von Geschäftsbeziehungen der Beklagten mit Kunden, deren Konten/Depots wie im vorliegenden Fall von U.S.- Personen für die widerrechtliche Verringerung ihrer Steuerschulden in den USA verwendet worden seien, enthalten seien. Der entsprechende Betrag umfasse dabei auch die von XXX. nicht bezahlten bzw. der Klägerin nicht überwälzten Steuern. Würde die Backup Withholding Tax im Rahmen der Schadensberechnung nicht berücksichtigt, würde dies zum stossenden Ergebnis führen, dass XXX. zwar die Einkünfte aus den U.S.- Wertschriften im Depot der Klägerin erhalte, sie (die Beklagte) aber die sich daraus ergebenden Steuern zu tragen hätte. Ein Urteil, welches die Backup Withholding Tax im Rahmen der Schadensberechnung nicht berücksichtige (bzw. dessen Erfüllung durch die Beklagte) würde somit auf eine Bereicherung der Klägerin aus dem Vermögen der Beklagten hinauslaufen, was nicht angehen könne.

4.3.4. Die Klägerin weist – wie schon erwähnt – im Wesentlichen darauf hin, dass die Backup Withholding Tax anlässlich des tatsächlichen Verkaufs der Wertschriften am 7. Oktober 2008 nicht abgezogen worden sei und auch nicht abgezogen worden wäre, wenn die Beklagte die Wertschriften instruktionsgemäss am 2. September 2008 verkauft hätte (act. 32 Rz. 169 ff. u.a. mit Hinweis auf die Ausführungen der Beklagten, wonach sie damals nicht gewusst habe, dass sie gehalten gewesen wäre, die Backup Withholding Tax abzuziehen). Sie hält dafür, dass das amerikanische Steuerrecht (insbes. QIA und IRC) für die vorliegende Schadener-

satzforderung irrelevant sei. Im Weiteren bringt sie u.a. vor, dass ihre Gründung (als Offshore-Vermögensverwaltungsgesellschaft von XXX.) von der Klägerin mit Blick auf die Einführung des QI-Systems überhaupt erst angeregt worden sei.

4.3.4.1. Der Schaden im Rechtssinne wird definiert als unfreiwillige Verschlechterung der Vermögenslage. Er kann in einer Verminderung der Aktiven, einer Vermehrung der Passiven oder in entgangenem Gewinn bestehen und entspricht nach der herrschenden Differenztheorie der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Stand des Vermögens des Geschädigten und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis bzw. ohne Vertragsverletzung hätte (BGE 132 III 186, 205; Schwenger, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 5. A. Bern 2009, Rz. 14.03).

4.3.4.2. Zu vergleichen sind damit der tatsächliche und ein hypothetischer Vermögensstand des Geschädigten. Dabei sind freilich in der praktischen Anwendung nicht sämtliche Vermögensgüter der geschädigten Person in die Betrachtung mit einzubeziehen, sondern nur die vom Schadensereignis betroffenen Vermögenspositionen (vgl. Lüchinger, Schadenersatz im Vertragsrecht, Freiburg 1999, Rz. 84 ff.; Lange/Schiemann, Schadenersatz, 3. A. Tübingen 2003, S. 43 f.). Entsprechend bleiben bei der Schadensberechnung zunächst Vermögenszuflüsse und -abflüsse, die mit dem schädigenden Ereignis nichts zu tun haben, ausser Betracht (Lüchinger, a.a.O., Rz. 85). Für die Bestimmung des hypothetischen Vermögensstands bedeutet dies grundsätzlich, dass von den gleichen Parametern auszugehen ist, wie sie dem tatsächlichen Vermögensstand zugrunde liegen, soweit sich diese nicht gerade durch das schädigende Ereignis verändert haben.

4.3.4.3. Vorliegend geht es von der Sache her um eine nicht gehörige Erfüllung der Verkaufsinstruktion "in Ansehung der Zeit" (vgl. Lüchinger, a.a.O., Rz. 119), und entsprechend um den Ersatz der aufgrund der unterbliebenen bzw. verspäteten Ausführung (und des in der Zwischenzeit eingetretenen Wertverlusts der Wertschriften) entstandenen Vermögenseinbusse. Ausser dem Zeit-Moment bzw. dem vom Zeitpunkt abhängigen Wertschriftenkurs hat sich zwischen dem 2. September und dem 7. Oktober 2008 nichts verändert.

4.3.5.1. Was die Backup Withholding Tax angeht, wurde diese weder beim tatsächlichen Verkauf der Wertschriften am 7. Oktober 2008 abgezogen noch wäre sie bei einem (hypothetischen) Verkauf am 2. September 2008 abgezogen worden. Die Verhältnisse sind insoweit gleich geblieben.

4.3.5.2. Die Beklagte stellt sich heute auf den Standpunkt, im September 2008 "actual knowledge" im Sinne des amerikanischen Steuerrechts betreffend die Unrichtigkeit der Angaben der Klägern auf dem Formular W-8BEN gehabt zu haben und deshalb eigentlich zum Abzug der Backup Withholding Tax und zu deren Weiterleitung an den IRS verpflichtet gewesen zu sein.

Festzuhalten ist allerdings zunächst, dass es nicht angeht, sich im Rahmen der Schadensberechnung auf eine theoretisch bestehende Verpflichtung zu berufen, der man nie nachgekommen ist und auch (hypothetisch) nicht nachgekommen wäre. Sodann wäre die erwähnte tatsächliche Kenntnis ("actual knowledge") nicht nur im September/Oktober 2008 zu bejahen, sondern während der ganzen Kundenbeziehung mit der Klägerin. Die Beklagte wusste eingestandenermassen stets genau, wer hinter der Klägerin stand. Gleichwohl nahm die Beklagte seit 2001 und auch noch im Oktober 2008 keinen Abzug der Backup Withholding Tax vor und leitete diese auch nicht an den amerikanischen Fiskus weiter. Offenbar entsprach dies ihrer damaligen Rechtsauffassung, es sei denn man unterstellt ihr (wie die U.S. Behörden), sehenden Auges ihre Pflichten aus dem QIA verletzt zu haben. Inzwischen wurde die Beklagte von den U.S. Behörden mit ihrem (tatsächlichen oder vermeintlichen) Fehlverhalten konfrontiert. Ihr wurde nicht nur eine Verletzung des QIA vorgeworfen, sondern eine Beteiligung "in a conspiracy to defraud the United States and its agency the Internal Revenue Service [...] in violation of 18 U.S.C. § 371". Den Fortgang des entsprechenden Verfahrens konnte die Beklagte (nur) durch den Abschluss des Deferred Prosecution Agreement (DPA) vom 18. Februar 2009 verhindern. Dass sich die Beklagte vor diesem Hintergrund nun im Nachhinein einsichtig zeigt und eine Pflicht zur Abführung der Backup Withholding Tax bejaht, vermag keinen Einfluss auf die Schadensberechnung im vorliegenden Fall zu begründen. Ein solcher Einfluss hätte nur dann allenfalls ins Auge gefasst werden können, wenn sich die gemäss DPA von der Be-

klagten an den amerikanischen Fiskus zu erbringende Zahlung u.a. am vorliegend interessierenden tatsächlichen Wertschriftenverkauf vom 7. Oktober 2008 orientiert hätte und sich damit als Nachforderung der in jenem konkreten Fall pflichtwidrigerweise nicht abgeführten Backup Withholding Tax qualifizieren liesse. Solches wird von der Beklagten indessen nicht behauptet und ist auch nicht ersichtlich: Das amerikanische (Straf-)Verfahren gegen die Beklagte und die Teil der Gesamtzahlung von USD 780'000'000 bildende Zahlung von "USD 400'000'000 für Backup Withholding Tax, Bussen sowie nicht bezahlte Steuern" beziehen bzw. bezogen sich – wie die Beklagte selbst festhält und sich aus dem DPA ergibt – allgemein auf "Geschäftsbeziehungen der Beklagten mit Kunden [...], deren Konten/Depots wie im vorliegenden Fall von U.S.- Personen für die widerrechtliche Verringerung ihrer Steuerschulden in den USA verwendet wurden"

("\$400,000.000 for: federal backup withholding tax required to be withheld by Y. with respect to the Disclosed Accounts for calendar years 2001 through 2008; interest and penalties; and restitution for unpaid taxes, together with interest thereon, for undeclared United States taxpayers who were actively assisted or facilitated by Y. private bankers who met with these clients in the United States and communicated with them via United States jurisdictional means on a regular and recurring basis [...]"). So mag der genannte Betrag – wie die Beklagte pauschal ausführt – "auch die von XXX. nicht bezahlten bzw. der Klägerin nicht überwältigten Steuern" und mithin die (acht Jahre dauernde) Kundenbeziehung mit der Klägerin umfassen. Ein konkreter Zusammenhang mit dem Wertschriftenverkauf vom Oktober 2008 liegt indessen nicht vor.

4.3.5.3. Damit ist nicht gesagt, dass der Beklagten mit Bezug auf die im Rahmen des DPA erbrachte Zahlung an den amerikanischen Fiskus gegenüber der Klägerin (gleich wie gegenüber anderen vom DPA "mitumfassten" Kunden) nicht allenfalls ein Rückgriffsrecht zukommt (dazu hinten Erw. V). Mit der Schadensberechnung im vorliegenden Fall hat ein solcher allfälliger Anspruch aber jedenfalls nichts zu tun.

4.3.6. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Frage der Backup Withholding Tax keinen Einfluss auf die vorliegende Schadensberechnung hat.

4.4.1. Gemäss Beklagter sind im Rahmen der Schadensberechnung sodann die Stempelsteuerabgaben sowie die Brokerage Fee (die auch anlässlich des tatsächlichen Verkaufs vom 7. Oktober 2008 in Rechnung gestellt wurden) vom Bruttoverkaufserlös bei einem hypothetischen Verkauf am 2. September 2008 abzuziehen. Die Klägerin stellt in Abrede, dass bei einer Ausführung der Verkaufsinstruktion im September Stempelabgaben und Brokerage Fee angefallen wären. Im Weiteren bestreitet sie die Höhe der Brokerage Fee.

4.4.2.1. Hinsichtlich der Stempelsteuer verweist die Beklagte auf die Bestimmungen des Stempelsteuergesetzes (StG), ein Dokument "Preise für den Effektenhandel" und entsprechende Abzüge bei anderen für die Klägerin vorgenommenen Wertschriftenverkäufen. Die Klägerin bestreitet pauschal, dass die von der Beklagten behauptete Stempelsteuer angefallen wäre. Insbesondere sei ihr das von der Beklagten eingereichte Dokument "Preise für den Effektenhandel" unbekannt und es sei überdies erst ab dem 1. Juli 2009 gültig.

4.4.2.2. Der Bund erhebt eine Stempelsteuer auf dem Umsatz von in- und ausländischen Wertschriften ("Urkunden"; Art. 1 Abs. 1 StG), namentlich von Aktien (Art. 13 Abs. 2 lit. a und b StG). Gegenstand der Abgabe ist die entgeltliche Übertragung von Eigentum an diesen Wertschriften, sofern eine der Vertragsparteien oder einer der Vermittler Effekthändler, insbesondere eine schweizerische Bank, ist (Art. 13 Abs. 1 und Abs. 2 StG). Die Abgabe wird auf dem Entgelt berechnet und beträgt für von einem Ausländer ausgegebene Wertschriften 3 Promille (Art. 16 Abs. 1 lit. b StG). Abgabepflichtig ist der Effekthändler (Art. 17 Abs. 1 StG). Handelt er als Vermittler, also nicht auf eigene Rechnung, schuldet er für jede Vertragspartei eine halbe Abgabe (Art. 17 Abs. 2 StG).

Die Beklagte als abgabepflichtige Effekthändlerin wäre damit bei einer Ausführung der klägerischen Instruktion zum Verkauf der Wertschriften am 2. September 2008 zur Ablieferung der Stempelabgabe verpflichtet gewesen, gleich wie sie es – wie auch die Klägerin nicht konkret bestreitet – beim tatsächlichen Verkauf vom 7. Oktober 2010 gewesen ist.

4.4.2.3. Die Stempelsteuer wird regelmässig auf die Kunden der abgabepflichtigen Effektenhändler überwält (Hochreutener, in: Zweifel/Athanas/Baur-Balmelli [Hg.], Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, II/3, Bundesgesetz über die Stempelabgaben, Basel u.a. 2006, Art. 38 N 20). Zwar besteht anders als für die Verrechnungssteuer (vgl. Art. 14 VStG) keine gesetzliche Pflicht hierzu (ebd.), das Recht zur Überwälzung ergibt sich indessen aus dem Auftragsrecht. Gemäss Art. 402 Abs. 1 OR hat der Auftraggeber dem Beauftragten die Auslagen und Verwendungen, die dieser in richtiger Ausführung des Auftrages gemacht hat, zu ersetzen (Art. 402 Abs. 1 OR). Zu den durch die Auftragsausführung veranlassten Auslagen gehören Kosten, Spesen, Gebühren etc. (BK-Fellmann, Art. 402 OR N 15). Als Auslage in diesem Sinne ist auch die Stempelabgabe zu betrachten.

4.4.2.4. Entsprechend ist vorliegend im Rahmen der Schadensberechnung beim hypothetischen Verkauf der Aktien am 2. September 2008 die (halbe) Stempelsteuer ebenfalls in Abzug zu bringen.

Offen bleiben kann damit, ob der Klägerin das Dokument "Preise für den Effektenhandel" – in der im September/Okttober 2008 geltenden Ausgabe – bekannt gewesen ist oder nicht. Nur der Vollständigkeit halber sei sodann festgehalten, dass die (durch Beilagen untermauerte) Behauptung der Beklagten, wonach auch bei den früheren Transaktionen jeweils ein Abzug für die Stempelsteuer vorgenommen und von der Klägerin nie in Frage gestellt worden sei, nicht bestritten worden ist. Unter diesen Umständen wäre nach Treu und Glauben auch eine konkludente vertragliche Einigung anzunehmen. Zu beachten ist dabei auch, dass es sich bei den Organen der Klägerin um zwei Wirtschaftsanwälte, die auch Beratung im Bereich des schweizerischen Steuerrechts anbieten, handelt. Ihnen musste bewusst sein, dass Stempelsteuern anfallen.

4.4.3.1. Mit Bezug auf die Brokerage Fee verweist die Beklagte wiederum auf das Dokument "Preise für den Effektenhandel" und entsprechende Abzüge bei anderen für die Klägerin vorgenommenen Wertschriftenverkäufen: Sie führt aus, es handle sich dabei um die Preise, welche sie ihren Kunden beim Wertschriftenhandel für ihre Leistungen in Rechnung stelle. Deren Höhe bemesse sich nach dem jeweiligen Handelswert, der Art der Wertschriften sowie nach dem Markt, in

welchem diese gehandelt werden. Der Klägerin sei zum Zeitpunkt der Erteilung ihres ursprünglichen Verkaufsauftrags am 1. September 2008 selbstverständlich bewusst gewesen, dass sie, die Beklagte, für Wertschriftentransaktionen ein Entgelt verlange. Zum einen sei ihr das Dokument Preise für den Effektenhandel, welches die Höhe der Brokerage Fees ausweise, übergeben worden. Zum anderen seien ihr auch in der Vergangenheit Preise für Wertschriftentransaktionen in Rechnung gestellt worden, wogegen sich die Klägerin wie mit Bezug auf die Stempelsteuer nicht gewehrt habe. Bei einem Abschluss eines Kommissionsgeschäfts am 1. September 2008 wären sich die Parteien folglich einig gewesen, dass ihr, der Beklagten, für die Ausführung des Auftrages ein Entgelt in der im Dokument "Preise für den Effektenhandel" ausgewiesenen Höhe zusteht. Zumindest hätte sie in guten Treuen von einer entsprechenden Zustimmung der Klägerin ausgehen dürfen. Die Beklagte wäre somit vertraglich berechtigt gewesen, die Brokerage Fees vom Bruttoverkaufserlös der Wertschriften abzuziehen, weshalb für die Schadensberechnung auf den um die Brokerage Fees reduzierten Betrag abzustellen sei. Wie sich im Übrigen aus den Contract Notes vom 7. und 8. Oktober 2008 ergebe, seien solche Abzüge selbstverständlich auch im Anschluss an die Ausführung der Verkaufsinstruktion der Klägerin vom 7. Oktober 2008 erfolgt, was von der Klägerin zu keinem Zeitpunkt beanstandet worden sei.

Die Klägerin bestreitet die von der Beklagten behauptete Brokerage Fee. Die von der Beklagten selbst erstellte Tabelle stelle keinen entsprechenden Nachweis dar. Dies gelte erst recht aufgrund des Umstands, dass die Beklagte in der Klageantwort selbst anerkannt habe, dass sich die Brokerage Fee individuell bei jedem Verkauf basierend auf spezifischen Vereinbarungen mit den Brokern berechne. Das Dokument "Preise für den Effektenhandel", welches erst ab Juli 2009 gültig sei, enthalte überhaupt keinen Hinweis auf die Brokerage Fee.

4.4.3.2. Die Beklagte wurde von der Klägerin beauftragt, ihre U.S.-amerikanischen Wertschriften zu verkaufen. Für berufsmässig erbrachte Leistungen dieser Art ist eine Vergütung üblich (Art. 394 Abs. 3 OR; BK-Fellmann, Art. 394 N 380; Gmür, Die Vergütung des Beauftragen, Freiburg 1994, Rz. 230). Die Klägerin hätte der Beklagten bei einer Ausführung der Verkaufsofder anfangs

September 2008 mithin (gleich wie beim tatsächlichen Verkauf im Oktober 2008) ein Entgelt zu entrichten gehabt.

4.4.3.3. Die Höhe des Entgelts bestimmt sich in erster Linie nach der Parteivereinbarung. Fehlt eine solche, steht dem Beauftragten zu, was "üblich" ist (Art. 394 Abs. 3 OR; BGE 117 II 282, 283; BSK-Weber, Art. 394 N 39). Besteht weder eine Vereinbarung noch eine Übung, so hat der Richter die dem Beauftragten geschuldete Vergütung im Streitfall nach allgemeinen Grundsätzen zu ermitteln (BGE 101 II 109). Die Vergütung hat den geleisteten Diensten zu entsprechen, mithin objektiv angemessen zu sein. Nach welchen Gesichtspunkten sie im Übrigen zu ermitteln ist und was bei ihrer Bemessung berücksichtigt werden darf, entscheidet sich nach den Umständen des Einzelfalles, namentlich nach dem Zeitaufwand, der Schwierigkeit der Tätigkeit, der übernommenen Verantwortung, der Interessenhöhe, Tarifen für ähnliche Leistungen, der Deckung der effektiv anfallenden Generalunkosten etc. (BSK-Weber, Art. 394 N 39; BGE 117 II 282, 282, 284). Dabei ist zu beachten, dass der Beauftragte bei der Honorarfestlegung einen gewissen Ermessensspielraum hat; ein richterliches Eingreifen ist nur geboten, wenn ein Missverhältnis zwischen dem Wert der Leistung und dem Honorar besteht (BSK-Weber, Art. 394 OR N 39).

Die Klägerin bestreitet die Höhe des verlangten Entgelts (der "Brokerage Fee") pauschal, macht aber nicht geltend, dass es übersetzt oder sonst wie unangemessen sei, insbesondere auch nicht, dass es auf unzulässigen Bemessungsgrundlagen beruhe. Solches ist auch nicht ersichtlich. Die Beklagte orientierte sich für die in Rechnung gestellte Brokerage Fee an einem von ihr herausgegebenen Dokument mit der Überschrift "Preise für den Effektenhandel", in welchem die von ihr im Effektenhandel in Rechnung gestellten Pauschalpreise aufgeführt sind. Diese unterscheiden sich nach Handelswert (je höher desto günstiger) und Märkten ("SIX Swiss Exchange"; "Europäische und internat. Hauptmärkte"; "Übrige Märkte") und liegen für internationale Hauptmärkte (u.a. USA) zwischen 1.9 % (bei einem Handelswert bis CHF 25'000) und 0.75 % (bei einem Handelswert ab CHF 1'000'001). Ein solches sich am Handelsvolumen orientierendes "Prozenthonorar" ist für Geschäfte dieser Art gerechtfertigt (vgl. z.B. BSK-von

Planta/Lenz, Art. 432 OR N 1). Auch die konkreten Ansätze erscheinen den zu leistenden Diensten (u.a. Verkauf amerikanischer Wertschriften) angemessen und entsprechen in etwa dem, was auch andere Anbieter zu verlangen pflegen. Auszugehen ist damit von den von der Beklagten angeführten, auf diesen Ansätzen beruhenden Zahlen. Eine Korrektur ist einzig bei der Brokerage Fee für den Verkauf der Del Monte Foods-Wertpapiere vorzunehmen, für welchen 2.39 % statt 1.9 % in Rechnung gestellt werden.

Offen bleiben kann damit, ob das Dokument "Preise für den Effektenhandel" – in der im September/Oktober 2008 geltenden Fassung – der Klägerin bekannt war (so Beklagte) oder nicht (so Klägerin). Wie hinsichtlich der Stempelsteuer ist schliesslich darauf hinzuweisen, dass die Klägerin nicht bestreitet, dass in früheren Geschäften wie auch beim tatsächlichen Verkauf vom 7. Oktober 2008 eine "Brokerage Fee" in Abzug gebracht worden ist.

4.5.1. Nach dem Ausgeführten sind für die Schadensberechnung der hypothetische Vermögensstand der Klägerin (bei einer hypothetischen Ausführung der Verkaufsoffer am 2. September 2008) dem tatsächlichen Vermögensstand nach dem Verkauf am 7. Oktober 2008 gegenüberzustellen. Wie beim tatsächlichen Verkauf sind bei der Hypothese Stempelabgaben und Brokerage Fee zu berücksichtigen, nicht aber die Backup Withholding Tax.

#### 4.5.2. Tatsächlicher Verkaufserlös bei Verkauf am 07.10.08:

Name	Anzahl	Erlös brutto	Stempelabg. (0.15%)	Brokerage Fee	in %	Erlös netto
3M	3200	191904	287.86	2590.7	1.35	189025.44
Alcoa	5000	83550	125.33	1420.35	1.7	82004.32
Altria Group	18000	333360	500.04	3833.64	1.15	329026.32
American C.	8000	120800	181.2	1872.4	1.55	118746.4
Amgen	4000	206760	310.14	2791.26	1.35	203658.6
Apple	10000	891600	1337.4	6687	0.75	883575.6
Arch Coal	4000	97400	146.1	1509.7	1.55	95744.2
Avatar H.	2000	63660	95.49	1082.22	1.7	62482.29
Bank of A.	12000	285240	427.86	3280.26	1.15	281531.88
Boeing	24675	1215984	1823.98	9119.88	0.75	1205040.14
Bristol M.S.	24344	458640.96	687.96	4357.09	0.95	453595.91
Caterpillar	3000	141990	212.99	2200.84	1.55	139576.17
Chevron	4000	293400	440.1	3374.1	1.15	289585.8
Cisco S.	10000	188400	282.6	2543.4	1.35	185574

Citigroup	1029	15589.35	23.38	296.2	1.9	15269.77
Citiz.C./Fron	5000	49150	73.73	835.55	1.7	48240.72
Commerc. M.	15064	151845.12	227.77	2353.6	1.55	149263.75
Conoco Ph.	2000	122320	183.48	1895.96	1.55	120240.56
Costco W.	6000	346800	520.2	3988.2	1.15	342291.6
Cubic	13000	284830	427.25	3275.55	1.15	281127.2
CVS C.	10020	291882.6	437.82	3356.65	1.15	288088.13
Del Monte F.	669	4402.02	6.6	105.23	2.39	4290.19
Dell	50000	677500	1016.25	6436.25	0.95	670047.5
Dow Chem.	3000	84750	127.13	1440.75	1.7	83182.12
Duke R.	4000	70520	105.78	1198.84	1.7	69215.38
Eagle B.S.	7000	62930	94.4	1069.81	1.7	61765.79
Exxon M.	18000	1369260	2053.89	10269.45	0.75	1356936.66
Family D. S.	10000	233600	350.4	3153.6	1.35	230096
Force P.	3000	7050	10.58	133.95	1.9	6905.47
Freeport M.	938	36291.22	54.44	653.24	1.8	35583.54
General E.	1000	203000	304.5	2740.5	1.35	199955
General E.	2000	40600	60.9	730.8	1.8	39808.3
General M.	2000	134000	201	2077	1.55	131722
Google A	1000	346000	519.02	3979.11	1.15	341501.87
Hansen N.	8000	220800	331.2	2980.8	1.35	217488
Honeywell I.	27600	964620	1446.93	7234.65	0.75	955938.42
IBM	15000	1434750	2152.13	10760.63	0.75	1421837.24
Intel	190000	3043800	4565.7	22828.5	0.75	3016405.8
Johnson & J.	7176	448428.24	672.64	4260.07	0.95	443495.53
Kraft F.	11764	361625.36	542.44	3435.45	0.95	357647.47
Las Vegas S.	10000	169900	254.85	2633.45	1.55	167011.7
Liberty M.	1	9.75				9.75
Loews	2000	66140	99.21	1124.38	1.7	64916.41
Medco H.	2482	101240.78	151.86	1569.23	1.55	99519.69
Microsoft	5000	116150	174.23	1800.32	1.55	114175.45
Monsanto	3410	252953.8	379.43	3414.87	1.35	249159.5
Oshkosh	1000	9310	13.97	176.89	1.9	9119.14
Peabody E.	3000	94560	141.84	1465.68	1.55	92952.48
Pepsico	4600	299552	449.33	3444.85	1.15	295657.82
Pfizer	23000	405950	608.93	3856.53	0.95	401484.54
Philip M.	18000	798480	1197.72	7585.56	0.95	789696.72
Qualcomm	12000	470160	705.24	4466.52	0.95	464988.24
Raytheon	2000	102500	153.75	1588.75	1.55	100757.5
Rofin-Sinar	14000	350280	525.42	4028.22	1.15	345726.36
Ryland G.	2000	41640	62.46	749.52	1.8	40828.02
Texas I.	12800	249600	374.4	3369.6	1.35	245856
Valero E.	8000	182000	273	2457	1.35	179270
Weyerh.	8500	428145	642.22	4067.37	0.95	423435.41
Wyeth	4000	140680	211.02	2180.54	1.55	138288.44
Zimmer H.	4034	226589.78	339.88	3058.96	1.35	223190.94
<b>Total</b>		<b>20084874</b>	<b>30127.37</b>	<b>201191.42</b>		<b>19853555.2</b>

Der tatsächliche Verkaufserlös aufgrund des Verkaufes vom 7. Oktober 2008 beträgt damit USD 19'853'555.20. (Die Differenz von USD 10 gegenüber der

Aufstellung der Beklagten beruht auf der Position "Google A" mit einem Ertrag von USD 346'000.-- statt USD 346'010.-- [1000 Stck., Kurs 346.00].)

4.5.3. Hypothetischer Verkaufserlös bei Verkauf am 02.10.08:

Name	Anzahl	Erlös brutto	Stempelabg. (0.15%)	Brokerage Fee	in %	Erlös netto
3M	3200	231616	347.42	3126.81	1.35	228141.77
Alcoa	5000	158750	238.13	2698.75	1.7	155813.12
Altria Group	18000	380340	570.51	4373.91	1.15	375395.58
American C.	8000	178640	267.96	2768.92	1.55	175603.12
Amgen	4000	253840	380.76	3426.84	1.35	250032.4
Apple	10000	1724000	2586	12930	0.75	1708484
Arch Coal	4000	206000	309	3193	1.55	202498
Avatar H.	2000	64500	96.75	1096.5	1.7	63306.75
Bank of A.	12000	392760	589.14	4516.74	1.15	387654.12
Boeing	24675	1653225	2479.84	12399.19	0.75	1638345.97
Bristol M.S.	24344	520231.28	780.35	4942.2	0.95	514508.73
Caterpillar	3000	214500	321.75	3324.74	1.55	210853.51
Chevron	4000	337960	506.94	3886.54	1.15	333566.52
Cisco S.	10000	243500	365.25	3287.25	1.35	239847.5
Citigroup	1029	20199.27	30.3	383.79	1.9	19785.18
Citiz.C./Fron	5000	62850	94.28	1068.45	1.7	61687.27
Commerc. M.	15064	387596.72	581.4	6007.75	1.55	381007.57
Conoco Ph.	2000	160780	241.17	2492.09	1.55	158046.74
Costco W.	6000	408900	613.35	4702.35	1.15	403584.3
Cubic	13000	372970	559.46	4289.16	1.15	368121.38
CVS C.	10020	371441.4	557.16	4271.58	1.15	366612.66
Del Monte F.	669	5773.47	8.66	109.7	1.9	5655.11
Dell	50000	1095500	1643.25	10407.25	0.95	1083449.5
Dow Chem.	3000	103830	155.75	1765.11	1.7	101909.14
Duke R.	4000	101000	151.5	1717	1.7	99131.5
Eagle B.S.	7000	186480	279.72	3170.16	1.7	183030.12
Exxon M.	18000	1404720	2107.08	10535.4	0.75	1392077.52
Family D. S.	10000	252500	378.75	3408.75	1.35	248712.5
Force P.	3000	12210	18.32	231.99	1.9	11959.69
Freeport M.	938	79570.54	119.36	1432.27	1.8	78018.91
General E.	1000	28540	42.81	385.29	1.35	28111.9
General E.	2000	51080	76.62	919.44	1.8	50083.94
General M.	2000	132600	198.9	2055.3	1.55	130345.8
Google A	1000	476770	715.16	5482.85	1.15	470571.99
Hansen N.	8000	224640	336.96	3032.64	1.35	221270.4
Honeywell I.	27600	1398492	2097.74	10488.69	0.75	1385905.57
IBM	15000	1843050	2764.58	13822.88	0.75	1826462.54
Intel	190000	4421300	6631.95	33159.75	0.75	4381508.3
Johnson & J.	7176	510141.84	765.21	4846.35	0.95	504530.28
Kraft F.	11764	374565.76	561.85	3558.38	0.95	370445.53
Las Vegas S.	10000	495600	743.4	7681.8	1.55	487174.8
Liberty M.	1	13.87				13.87
Loews	2000	88140	132.21	1498.38	1.7	86509.41
Medco H.	2482	116976.66	175.46	1813.14	1.55	114988.06

Microsoft	5000	138325	207.49	2144.03	1.55	135973.48
Monsanto	3410	381306.2	571.96	5147.62	1.35	375586.62
Oshkosh	1000	15890	23.84	301.91	1.9	15564.25
Peabody E.	3000	181290	271.94	2810	1.55	178208.06
Pepsico	4600	316894	475.34	3644.28	1.15	312774.38
Pfizer	23000	443900	665.85	4217.06	0.95	439017.09
Philip M.	18000	967500	1451.25	9191.25	0.95	956857.5
Qualcomm	12000	639720	959.58	6077.34	0.95	632683.08
Raytheon	2000	121060	181.59	1876.43	1.55	119001.98
Rofin-Sinar	14000	585340	878.01	6731.41	1.15	577730.58
Ryland G.	2000	46860	70.29	843.48	1.8	45946.23
Texas I.	12800	322048	483.07	4347.65	1.35	317217.28
Valero E.	8000	287200	430.8	3877.2	1.35	282892
Weyerh.	8500	482375	723.56	4582.55	0.95	477068.89
Wyeth	4000	173800	260.7	2693.9	1.55	170845.4
Zimmer H.	4034	296700.7	445.05	4005.46	1.35	292250.19
<b>Total</b>		<b>27148302.7</b>	<b>40722.48</b>	<b>273200.65</b>		<b>26834379.6</b>

Der hypothetische Verkaufserlös bei einer Ausführung der Verkaufsoorder am 2. September 2008 beträgt damit USD 26'834'379.60. (Die Differenz von rund USD 28.-- gegenüber der Aufstellung der Beklagten beruht auf der Position "Del Monte Foods" mit einer Brokerage Fee von 1.9% statt 2.39% [vgl. vorne Erw. 4.4.3.3.]).

4.5.4. Die Differenz zwischen tatsächlichem und hypothetischem Vermögensstand der Klägerin beträgt USD 6'980'824.40 (USD 26'834'379.60 ./ USD 19'853'555.20).

4.6.1. Die Klägerin macht weiter geltend, neben dem Differenzbetrag sei bei der Schadensberechnung „auch die bis zur Saldierung der Bankbeziehung mittels Geldanlage erzielbare Rendite zu berücksichtigen“, wobei sie eine Festgeldanlage von drei Monaten bei einer Rendite von 2.74% getätigt hätte. Die Beklagte habe anfangs September 2008 bei einem Volumen von USD 25 Mio. Treuhandanlagen ohne MWST-Abzug bei der Bank Z. mit einer Laufzeit von drei Monaten zu einem Zinssatz von 2.37% angeboten. Entsprechende Anlagen bei Drittbanken seien sogar mit 2.74% verzinslich gewesen. Mit einer solchen Festgeldanlage hätte sich bei einer Anlagedauer von drei Monaten eine Rendite von 2.74% erzielen lassen. Da im Zeitpunkt des Veräußerungsauftrags der Interbankenmarkt noch als gänzlich unproblematisch beurteilt worden sei, „hätte die Klägerin mit Sicherheit eine entsprechende Festgeldanlage von dreimonatiger Dauer (2. September

2008 bis 2. Dezember 2008) getätigt“. Bis zur voraussichtlichen Saldierung der Bankbeziehung Ende 2008 seien der Klägerin so Kapitalerträge von USD 186'982.08 entgangen.

In der Replik verweist die Klägerin ergänzend darauf, dass es ihrem Direktorium aufgrund seiner Treuepflicht obliegen habe, ihr Vermögen zu verwalten und so gewinnbringend wie möglich anzulegen. Es gehe nicht an, zu unterstellen, die Organe hätten sich nicht pflichtgemäss verhalten. In der Vergangenheit sei vorhandene Liquidität jeweils in Festgelder bzw. Treuhandanlagen angelegt worden, so z.B. über USD 125'000 am 1. Januar 2003; über USD 146'072 am 22. April 2003; über USD 100'000 am 14. März 2007 und über USD 131 '000 am 16. Januar 2008. Entsprechend wäre bei korrekter Ausführung des Verkaufsauftrags per 2. September 2008 eine Festgeldanlage getätigt worden. Eine entsprechende Anlagemöglichkeit habe im Zeitpunkt des tatsächlichen Verkaufs der Wertschriften am 7. Oktober 2008 in Folge der fortschreitenden Finanzkrise, welche u.a. zum rapiden Kurszerfall der von der Klägerin gehaltenen Wertschriften geführt habe, leider nicht mehr bestanden.

4.6.2. Die Beklagte bestreitet den behaupteten entgangenen Gewinn. Zunächst vermöge die Klägerin in keiner Weise zu beweisen, dass sie den hypothetischen Verkaufserlös bei einem Verkauf der Aktien am 2. September 2008 effektiv in eine Festgeldanlage investiert hätte. Die von ihr dokumentierten Festgeldinvestitionen seien zu diesem Zweck unbehelflich. Dass die Klägerin bei einer am 2. September 2008 bereits rund acht Jahre dauernden Kontobeziehung lediglich viermal Festgeldanlagen getätigt habe, vermöge die von ihr vorgebrachte Behauptung, sie habe vorhandene Liquidität regelmässig in Festgeldanlagen investiert, gerade nicht zu belegen. Im Gegenteil zeige es, dass solche Anlagen nur sporadisch und nur mit relativ geringen Beträgen erfolgt seien. Die Anlagestrategie der Klägerin sei vielmehr dahin gegangen, die durch Aktienverkäufe freigesetzten liquiden Mittel jeweils für neue Aktienkäufe zu verwenden. Träfe es zu, dass sie "mit Sicherheit am 2. September 2008 eine entsprechende Festgeldanlage von dreimonatiger Dauer" getätigt hätte, wäre ausserdem zu erwarten gewesen, dass sie ihren Kundenberater gleichzeitig mit Erteilung des Verkaufsauftrages am 1. September

2008 angewiesen hätte, mit dem Verkaufserlös eine entsprechende Investition vorzunehmen. Dies sei jedoch nicht der Fall gewesen, was die Klägerin auch nicht behauptete. Dass sie am 2. September 2008 in Wirklichkeit keine Festgeldanlage getätigt hätte, ergebe sich schliesslich auch daraus, dass sie eine solche auch nicht vorgenommen habe, nachdem die Aktien am 7. Oktober 2008 effektiv verkauft worden waren. Unzutreffend sei dabei, dass eine entsprechende Investition am 7. Oktober 2008 nicht möglich gewesen wäre. Aufgrund der hohen Volatilität der Märkte in der fraglichen Zeit, hätte die Klägerin bei der Bank Z. für eine Festgeldanlage für drei Monate an jenem Tag sogar einen erheblich höheren Zinssatz, nämlich einen solchen von 4.07%, erhalten. Bestritten werde des Weiteren, dass die Klägerin am 2. September 2008 bei Drittbanken für Festgeldanlagen für drei Monate einen Zinssatz von 2.74% erhalten hätte. Es sei im Übrigen auch unerheblich. Denn die wenigen Festgeldanlagen, welche die Klägerin von ihrem Konto in der Vergangenheit getätigt habe, seien ausnahmslos bei der Bank Z. und nie bei Drittbanken erfolgt. Hätte sie am 2. September 2008 in der Tat in Festgeld investiert, hätte sie dies wie bis anhin bei der Bank Z. zu einem Zinssatz von 2.37% getan. Schliesslich hätte die Klägerin in jedem Fall ihre Schadenminderungspflicht verletzt. Diese verlange vom Geschädigten die ihm zumutbaren Massnahmen zu treffen, um eine Verschlimmerung des Schadens zu verhindern. Im vorliegenden Fall hätte die entsprechende Massnahme darin bestanden, die Festgeldanlage im Anschluss an den effektiven Verkauf der Wertschriften am 7. Oktober 2008 (bei der Bank Z. zu einem Zinssatz von 4.07%) zu tätigen. Ausgehend vom gutgeschriebenen Nettoerlös des Verkaufs vom 7. Oktober 2008 in der Höhe von USD 19'853'565.25 hätte die Klägerin bis am 2. Dezember 2008 somit USD 123'973.28 verdienen können (56 Tage). Dieser Betrag wäre von einem allfälligen Investitionsgewinn der Klägerin in Abzug zu bringen.

4.6.3.1. Entgangener Gewinn liegt vor, wenn sich das Vermögen des Geschädigten ohne die schädigende Handlung in Zukunft vergrössert hätte. Im Falle einer Vertragsverletzung bzw. Schlechterfüllung eines Vertrags geht es um die geldwerten Vorteile, die der Gläubiger aus der rechtzeitig und vollständig erbrachten Leistung hätte ziehen können und gezogen hätte, d.h. es wird berücksichtigt, wie der Gläubiger die vertragliche Leistung produktiv eingesetzt hätte (Lüchinger, a.a.O.,

Rz. 152). Nach den Grundsätzen des Obligationenrechts ist nur dann Ersatz von entgangenem Gewinn geschuldet, wenn es sich um einen üblichen oder sonst wie sicher in Aussicht stehenden Gewinn handelt ( BGE 132 III 379 E. 3.3.3 S. 384; 82 II 397 E. 6 S. 401).

Der Schaden ist vom Geschädigten grundsätzlich ziffernmässig nachzuweisen (Art. 42 Abs. 1 OR). Ist das nicht möglich, ist der Schaden vom Richter "mit Rücksicht auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge" abzuschätzen (Art. 42 Abs. 2 OR). Diese Bestimmung bezieht sich sowohl auf das Vorhandensein wie auf die Höhe des Schadens. Dieser gilt als erwiesen, wenn sich genügend Anhaltspunkte ergeben, die geeignet sind, auf seinen Eintritt zu schliessen. Der Schluss muss sich mit einer gewissen Überzeugungskraft aufdrängen (BGE 132 III 379, 381; 122 III 219, 222). Eine Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR setzt voraus, dass ein strikter Beweis nach der Natur der Sache nicht möglich oder nicht zumutbar ist. Die Herabsetzung des Beweismasses darf im Ergebnis nicht zu einer Umkehr der Beweislast führen. Die beweispflichtige Partei hat alle Umstände, die für die Verwirklichung des behaupteten Sachverhalts sprechen, soweit möglich und zumutbar zu behaupten und zu beweisen (BGE 128 III 271, 276 f.). Von Bedeutung sind insbesondere die „vom Geschädigten getroffenen Massnahmen“ (Art. 42 Abs. 2) bzw. die „getroffenen Anstalten und Vorkehrungen“ (so § 252 BGB; Lüchinger, a.a.O., Rz. 156).

4.6.3.2.1. Nachdem die Klägerin in der Klagebegründung nur allgemein behauptet hatte, sie hätte im September 2008 mit Sicherheit eine Festgeldanlage von drei Monaten bei einer Drittbank zu einem Zinssatz von 2.74% getätigt, wurden ihr anlässlich der Referentenaudienz u.a. folgende Substanziierungshinweise gegeben:

"A. Allgemein

[...]

(2) Jede Behauptung ist so konkret aufzustellen, dass sie ohne weiteres zum Beweissatz erhoben werden kann. Dabei ist zu beachten, dass unbestimmte Beweissätze nicht zulässig sind.

B. An die Klägerin

Die Klägerin hat hinreichende konkrete Anhaltspunkte darzutun, aus denen sich ergibt, dass sie bei Ausführung des Verkaufsauftrags am 2.

September 2008 eine (und welche genaue) Festgeldanlage getätigt hätte."

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

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

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

4.6.4. Nach dem Ausgeführten ist kein entgangener Gewinn anzunehmen.

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

4.7.1. Die Klägerin macht einen "Verzugszins" von 5% seit 24. Dezember 2008 geltend, der von der Beklagten (mangels Mahnung) bestritten wird.

4.7.2. Zum Schaden gehört der Zins vom Zeitpunkt an, in welchem das schädigende Ereignis sich finanziell ausgewirkt hat. Er läuft bis zur Zahlung des Schadenersatzes und wird als Schadenszins bezeichnet. Vom Verzugszins unterscheidet er sich vor allem dadurch, dass er den Verzug, namentlich eine Mah-

nung nach Art. 102 Abs. 1 OR, nicht voraussetzt. Funktional erfüllt er jedoch denselben Zweck wie der Verzugszins und kann daher nicht kumulativ beansprucht werden. Geschuldet ist er sowohl bei deliktischer wie vertraglicher Haftpflicht. Der Satz des Schadenszinses wird in Anlehnung an Art. 73 Abs. 1 OR auf 5% festgelegt (BGE 122 III 53, 54 f.; BGE 130 III 591, 599).

Nachdem im von der Klägerin geltend gemachten Zeitpunkt des Beginns des Zinsenlaufs (24.12.2008) der Schadenseintritt jedenfalls bereits erfolgt ist (vgl. vorne Erw. 4.5.), ist damit Zins zu 5% seit 24. Dezember 2008 zuzusprechen. Auf eine Mahnung kommt es nicht an.

Nur nebenbei sei darauf hingewiesen, dass auch eine Mahnung (im Sinne einer unmissverständlichen Zahlungsaufforderung; vgl. BGE 130 III 591, 597) vorliegen würde: Mit Schreiben vom 23. Dezember 2004 [recte: 2008] wiesen die klägerischen Rechtsvertreter gegenüber den Rechtsvertretern der Beklagten u.a. darauf hin, dass durch die verspätete Ausführung ihrer Weisung zum Verkauf der US-Wertschriften ein Schaden im Betrag von mindestens USD 6'824'418.33 entstanden sei. Weiter: "Wir fordern Ihre Klientin auf, den Betrag von USD 6'824'418.33, zuzüglich Schadenszins zu 5% seit dem 1. September 2008, Valuta 24. Dezember 2008 auf das USD-Klientenkonto Nr. [...] zu überweisen. Die Geltendmachung weitergehender Schadenersatzansprüche aus der ungerechtfertigten Blockierung der Vermögenswerte unserer Klientin bleibt ausdrücklich vorbehalten". Sodann kündigten sie namens der Klägerin "sämtliche bei der Y. bestehenden Konten und Depots mit sofortiger Wirkung" und forderten sie die Beklagte auf, "das Guthaben unserer Klientin sowie die im Depot befindlichen Wertschriften Valuta 24. Dezember 2008 auf das USD-Klientenkonto [...] zu übertragen" (ebd.).

5. Zwischen Vertragsverletzung und Schaden muss ein adäquater Kausalzusammenhang bestehen. Ein natürlicher Ursachenzusammenhang ist gegeben, wenn ein Verhalten nicht weggedacht werden kann, ohne dass auch der eingetretene Erfolg entfiel. Adäquate Kausalität liegt vor, wenn die schädigende Handlung nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet war, den entstandenen Schaden herbeizuführen.

Die verspätete – nicht am 2. September, sondern erst am 7. Oktober 2008 erfolgte – Ausführung der Verkaufsinstruktion ist in diesem Sinne adäquat Kausal für den aufgrund eines Kurszerfalls eingetretenen Schaden.

6. Nachdem sich die Beklagte freiwillig entschlossen hat, die Verkaufsinstruktion der Klägerin nicht zu erfüllen (vorne Erw. 3.3), ist schliesslich auch ein Verschulden zu bejahen.

7.1. Nach Art. 43 OR, der gemäss Art. 99 Abs. 3 OR auch auf die vertragliche Haftung entsprechend anwendbar ist, bestimmt der Richter Art und Grösse des Ersatzes für den eingetretenen Schaden, wobei er hierbei sowohl die Umstände als die Grösse des Verschuldens zu würdigen hat. Gemäss Art. 44 Abs. 1 OR kann der Richter sodann die Ersatzpflicht ermässigen oder gänzlich von ihr entbinden, wenn Umstände, für die der Geschädigte einstehen muss, auf die Entstehung oder Verschlimmerung des Schadens eingewirkt oder die Stellung des Ersatzpflichtigen sonst erschwert haben. Zu den Umständen im vorerwähnten Sinn gehört insbesondere das Verhalten des Geschädigten.

Im Vordergrund steht vorliegend die Frage, ob der Ersatz infolge Selbstverschuldens der Klägerin zu reduzieren ist. Ein Selbstverschulden liegt vor bei einem Verhalten, von dem erwartet werden muss, dass der Geschädigte dessen Gefährlichkeit einsieht oder hätte einsehen können (Gutzwiller, Rechtsfragen der Vermögensverwaltung, Zürich 2008, S. 244 m.H.), bzw. wenn es der Geschädigte unterlässt, die in seinem eigenen Interesse aufzuwendende Sorgfalt und Umsicht zu beachten. Vorwerfbar ist ihm dieses Verhalten allerdings nur, wenn er die Möglichkeit einer Schädigung voraussehen kann oder könnte und sein Verhalten dieser Voraussicht nicht anpasst (BGer, 13.06.08, 4C.68/2007, E. 12.1.).

Es obliegt dem Haftpflichtigen, ersatzreduzierende Umstände wie das Selbstverschulden zu behaupten und zu beweisen (Gutzwiller, a.a.O., S. 245).

7.2.1. Die Beklagte bringt in der Klageantwort vor, die Klägerin habe vernünftigerweise gar nicht damit rechnen können, dass sie weiter uneingeschränkt über ihre Vermögenswerte verfügen konnte. Die Klägerin selbst habe am besten ge-

wusst, dass aufgrund der konkreten Umstände in Wirklichkeit ein zu Umgehungs-  
zwecken vorgeschobenes Konstrukt vorgelegen habe. Sie hätte es jederzeit in  
der Hand gehabt, durch sofortige Klärung der steuerlichen Verhältnisse (insbe-  
sondere jener ihres wirtschaftlich Berechtigten) bei den amerikanischen Behörden  
dafür zu sorgen, dass die Vermögenswerte wieder frei verfügbar waren. Dies ha-  
be sie jedoch nicht getan, sondern in der Folge alle erdenklichen Schritte ergrif-  
fen, um eine Offenlegung dieser Kontobeziehung gegenüber dem IRS zu verhin-  
dern. Im Rahmen ihrer Ausführungen zum Qualified Intermediary System und  
dem Ausfüllen der entsprechenden Formulare durch die Klägerin verweist die Be-  
klagte im Weiteren darauf, dass die Klägerin (ursprünglich sowie anlässlich der  
Erneuerung alle drei Jahre) auf dem Formular W-8BEN angegeben habe, selbst  
wirtschaftlich Berechtigte an den von ihr gehaltenen Vermögenswerten zu sein,  
während sich die wirtschaftliche Berechtigung von XXX. aus dem Directorship  
Agreement und dem Formular A ergebe.

In der Duplik führt die Beklagte aus, dass XXX. in einem gegen ihn in den  
USA eingeleiteten Strafverfahren ausdrücklich anerkannt habe, mit der Eröffnung  
der Kontobeziehung bei ihr eine Steuerverkürzung in den USA bezweckt zu ha-  
ben. Die Offshore Lösung sei (entgegen den Behauptungen der Klägerin nicht  
von ihr, der Beklagten, sondern) von den klägerischen Organen, A. und B., aufge-  
setzt worden, und zwar mit dem einzigen Zweck der Steuerverkürzung in den  
USA. Die sich aus diesem gesetzeswidrigen Konstrukt ergebenden allfälligen ne-  
gativen Konsequenzen habe sich die Klägerin somit selbst zuzuschreiben. Vor  
diesem Hintergrund erschiene es stossend, wenn die Klägerin in vollem Umfang  
Ersatz für eine Verminderung des Vermögens auf einem Konto bzw. Depot ver-  
langen könnte, das sie lediglich als Vehikel eines in den USA Steuerpflichtigen  
zum Zwecke der widerrechtlichen Verringerung von dessen Steuerschulden in  
den USA eröffnet habe.

7.2.2. Die Klägerin verneint jegliches Selbstverschulden und macht insbesondere  
geltend, es fehle an der adäquaten Kausalität zwischen ihrem Verhalten und der  
Entstehung oder Verschlimmerung des Schadens. Selbst wenn hypothetisch an-  
genommen würde, sie (die Klägerin) bzw. ihr wirtschaftlich Berechtigter hätten mit

der Eröffnung der Kontobeziehung bei der Beklagten eine Steuerverkürzung bezweckt oder daran mitgewirkt (was bestritten werde), wäre ein solches Verhalten nämlich nicht adäquat kausal für den eingetretenen Schaden. Denn selbst wer eine Steuerverkürzung begehe, müsse nicht damit rechnen, dass er einen Schaden auf dem Depot einzig und allein deshalb erleide, weil die Bank sich rund zehn Jahre später pflichtwidrig weigere, einen Verkaufsauftrag auszuführen. Dies gelte vorliegend insbesondere schon deshalb, weil eine solche Massnahme weder im QIA noch sonstwo im massgeblichen Recht vorgesehen sei. Im Weiteren würde es an der für ein (Selbst-)Verschulden notwendigen (konkreten) Voraussehbarkeit mangeln. Schliesslich liege auch kein Handeln auf eigene Gefahr vor. Im Übrigen sei zu berücksichtigen, dass die Beklagte im Deferred Prosecution Agreement vom 18. Februar 2009 eingeräumt habe, in grober und schuldhafter Weise gegen die massgebenden Regulierungen verstossen zu haben und ihre Kunden zu den – aus amerikanischer Sicht – unzulässigen Bankbeziehungen veranlasst zu haben. Die nachträglich von den U.S.-Behörden stipulierte Unzulässigkeit sei jedoch der Klägerin und dem an ihr wirtschaftlich Berechtigten nicht bekannt gewesen. Die Beklagte habe denn auch gestützt auf mehrere externe Gutachten und auf die von der Schweizerischen Bankiervereinigung in dieser Frage erzielten Verhandlungsergebnisse der Klägerin resp. dem wirtschaftlich Berechtigten versichert, dass die von ihr ausgearbeitete und empfohlene Offshore-Lösung mit dem anwendbaren U.S.-Recht kompatibel sei.

7.3.1. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass das von der Klägerin gehaltene Vermögen wirtschaftlich vollumfänglich XXX. zuzuordnen ist. Die Klägerin selbst nennt ihn „deren Eigentümer“ und bezeichnet ihn auch auf dem Formular A als wirtschaftlich Berechtigten. Das Directorship Agreement klärt zudem überdeutlich, dass XXX. (ohne formelle Organstellung) allein das Sagen hat und die eigentlichen Organe einzig eine formelle Rolle inne haben. Gleichwohl bezeichnete sich die Klägerin auf dem Formular W-8BEN jeweils selbst als Beneficial Owner. Es bestehen unter diesen Umständen keine Zweifel, dass die Klägerin Gegenstand eines Steuervermeidungs- bzw. Steuerverkürzungskonstrukts ist.

Auf der anderen Seite war die Beklagte – um den Status eines sog. Qualified Intermediary (QI) zu erlangen – verpflichtet, eindeutig festzustellen, welche ihrer Kunden "Non-U.S.-Persons" sind, um damit in den Genuss der Quellensteuerentlastung gelangen zu können, und andererseits sicherzustellen, dass die für U.S.-Steuerpflichtige geltenden Vorschriften eingehalten werden. Die Beklagte war alsdann nicht nur durch die Angabe auf dem Formular A, sondern vor allem auch aufgrund des Directorship Agreement als zusätzlicher Information auf dem Laufenden, dass die Klägerin sich auf dem Formular W-8BEN zu Unrecht als Beneficial Owner bezeichnete. Es ist davon auszugehen, dass auch die Beklagte um die Steuerverkürzungsbestrebungen der Klägerin wusste, jedenfalls aber bei Anwendung angemessener Sorgfalt darum hätte wissen müssen.

7.3.2. Im Grundsatz ist festzuhalten, dass, wer derartige „Umgehungs- bzw.- Vermeidungsgeschäfte“ tätigt, zumindest einen Teil der Folgen tragen muss, wenn sich die von ihm (mit-)geschaffenen Risiken verwirklichen. Dies gilt sowohl für die Klägerin wie für die Beklagte. Allerdings müssen diese Folgen – um ein relevantens Selbstverschulden der Klägerin zu begründen – voraussehbar gewesen sein.

In Betracht zu ziehen wäre die Voraussehbarkeit bei der vorliegenden Konstellation bei einer – auf direktem oder indirektem Zwang der amerikanischen Steuerbehörden beruhenden – Blockierung von Vermögenswerten. Hierauf schießen zunächst die Ausführungen der Beklagten in der Klagebegründung, dass „[i]m Oktober 2008 [...] der IRS zumindest damit einverstanden [gewesen sei], dass U.S.-Wertschriften wieder verkauft werden konnten, womit die temporären Vermögenssperren insofern aufgehoben werden konnten“, bzw. wonach „[d]ie Bereitschaft der Beklagten, die U.S.-Wertschriften im Oktober 2008 nunmehr zu verkaufen, [...] nicht die Folge der Marktentwicklung [gewesen sei], sondern [geschehen sei] nachdem der IRS sein Einverständnis dazu erteilte“, hinzudeuten. Ebenso die Behauptung, die Klägerin hätte es jederzeit in der Hand gehabt, durch sofortige Klärung der steuerlichen Verhältnisse (insbesondere jener ihres wirtschaftlich Berechtigten) bei den amerikanischen Behörden dafür zu sorgen, dass die Vermögenswerte wieder frei verfügbar waren. Trotz entsprechender Substanziierungs-

hinweise unterliess es die Beklagte aber in der Folge, hierzu Konkreteres auszuführen. Es ist damit davon auszugehen, dass die Beklagte aus freien Stücken die Sperre anordnete (dazu auch vorne Erw. 3.3.). Mit einer solchen Vertragsverletzung durch die Beklagte musste die Klägerin aber nicht rechnen.

7.3.3. Mangels Voraussehbarkeit ist ein relevantes Selbstverschulden der Klägerin damit zu verneinen. Eine Reduktion des Schadenersatzes ist nicht vorzunehmen.

## V.

### - Rückgriffsrecht der Beklagten -

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

kann niemand gezwungen werden, ein ihm zustehendes Recht wider seinen Willen oder früher, als er will, geltend zu machen (Dispositionsmaxime; Walder-Richli/Grob-Andermacher, Zivilprozessrecht, 5. A. Zürich 2009, § 16 Rz. 1). Im Weiteren verfügen die Parteien auch über die Art und Weise, in welcher sie die Durchsetzung eines Anspruchs erkämpfen oder ihn abwehren wollen (ebd., § 17 Rz. 1). So ist es Sache der Parteien, dem Gericht das Tatsächliche des Rechtsstreits darzulegen. Dieses legt seinem Verfahren nur behauptete Tatsachen zugrunde (§ 54 Abs. 1 ZPO/ZH; Verhandlungsmaxime). Ergibt sich aus den tatsächlichen Vorbringen zwar das Vorliegen einer Verrechnungslage, genügt dies sodann noch nicht: Zum einen bewirkt erst die im Prozess erhobene Einrede der Verrechnung, dass die entsprechende Frage – die nicht von Amtes wegen zu berücksichtigen ist (vgl. ZK-Schraner, Art. 82 OR N 202 f.; ZK-Aeppli, vor Art. 120-126 N 117) – zum Prozessgegenstand wird (Leuenberger/Uffer-Tobler, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St. Gallen, Bern 1999, Art. 70 N 2a; BGE 123 III 16, 19). Zweitens bedarf es der (materiellen) Verrechnungserklärung: "Mag ein Beklagter auch von Forderungen sprechen, die ihm dem Kläger gegenüber zustünden, so darf die Klage nicht wegen Untergangs der Forderung zufolge Verrechnung abgewiesen werden, falls der Beklagte nicht spätestens im Prozess eine Verrechnungserklärung abgibt, sein bezügliches Gestaltungsrecht ausgeübt und die Tatsachen, auf welche er sich mit seinem Gegenanspruch stützt, behauptet hat" (Walder-Richli/Grob-Andermacher, a.a.O., § 17 Rz. 3). Schliesslich sind die Parteien mit Anträgen zur Sache, Tatsachenbehauptungen, Einreden und Bestreitungen ausgeschlossen, die sie mit ihrem letzten Vortrag oder in ihrer letzten Rechtsschrift nicht vorgebracht haben (§ 114 ZPO/ZH). Die Parteien haben ihre Angriffs- und Verteidigungsmittel also konzentriert vorzubringen und sich auch eventuell für den Fall zu äussern, dass ihrem Hauptstandpunkt kein Erfolg beschieden oder das gegnerische Vorbringen wider Erwarten richtig sein sollte (Eventualmaxime; vgl. Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A. Zürich 1979, 181 ff.; Walder-Richli/Grob-Andermacher, a.a.O., § 19 Rz. 1 f.).

Die Beklagte nahm im vorliegenden Verfahren zwecks Abwehr der Klage einen Hauptstandpunkt (Verneinung einer Vertragsverletzung) sowie Eventualstandpunkte ein (Verneinung eines Schadens bzw. eines Schadens in der geltend

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

rechtzeitig erfolgte Vorbringen unklar, unvollständig oder unbestimmt bleiben, besteht richterliche Fragepflicht im Sinne von § 55 ZPO/ZH.

4. Festzuhalten ist damit, dass die Frage eines allfälligen Rückgriffsanspruchs der Beklagten gegenüber der Klägerin hinsichtlich der Backup Withholding Tax nicht Gegenstand des vorliegenden Prozesses und entsprechend nicht zu behandeln ist. Es bleibt beim Schadenersatzanspruch der Klägerin gemäss Erw. IV.

## VI.

### - Kosten- und Entschädigungsfolgen -

Die Kosten werden in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt. Obsiegt keine Partei vollständig, werden die Kosten verhältnismässig aufgeteilt (§ 64 Abs. 2 ZPO/ZH). Im gleichen Verhältnis, wie ihr Kosten auferlegt werden, hat jede Partei in der Regel die Gegenpartei für aussergerichtliche Kosten und Umtriebe zu entschädigen (§ 68 Abs. 1 Satz 2 ZPO/ZH).

Die Klägerin obsiegt zu rund 95%. Entsprechend sind die Kosten- und Entschädigungen im Verhältnis 95% zu 5% aufzuteilen. Die gegenseitig zu leistenden Entschädigungen sind zu "verrechnen", so dass sich die von der Beklagten an die Klägerin zu zahlende Entschädigung entsprechend reduziert. Aufgrund des ausländischen Sitzes der Klägerin ist ihr kein Mehrwertsteuerzusatz zuzusprechen (Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts vom 17. Mai 2006, Ziff. 2.1.1.).

### **Das Gericht erkennt:**

1. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin USD 6'980'824.40 nebst 5% Zins seit 24. Dezember 2008 zu bezahlen.  
Im Mehrbetrag wird die Klage abgewiesen.

2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 100'500.--. Allfällige weitere Kosten bleiben vorbehalten.
3. Die Kosten werden zu 95% der Beklagten und zu 5% der Klägerin auferlegt.
4. Die von der Klägerin geleistete Kautions wird mit dem auf sie entfallenden Kostenanteil verrechnet. Im übersteigenden Betrag wird die Kautions der Klägerin nach Eintritt der Rechtskraft zurückerstattet.
5. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Prozessentschädigung von Fr. 118'800.-- zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien je als Gerichtsurkunde.

7. Eine Berufung gegen dieses Urteil kann innert 30 Tagen von der Zustellung an schriftlich und begründet, im Doppel sowie unter Beilage dieses Urteils beim Obergericht des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, Postfach 2401, 8021 Zürich, eingereicht werden.

Zürich, 28. Februar 2011

Die Vorsitzende i.V.

Die Gerichtsschreiberin