

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF200021-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein sowie Gerichtsschreiberin MLaw C. Funck

Urteil vom 19. Mai 2020

in Sachen

A._____ S.A.,

Gesuchstellerin und Berufungsklägerin,

vertreten durch Fürsprecher X1._____ und / oder Rechtsanwältin MLaw X2._____,

gegen

B._____,

Gesuchsgegner und Berufungsbeklagter,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____,

sowie

C._____ Bank SA,

Streitberufene,

betreffend

Herausgabe von beim Sequester hinterlegten Vermögenswerten

Berufung gegen eine Verfügung und ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Dielsdorf vom 3. Februar 2020 (EO190005)

Rechtsbegehren:

Rechtsbegehren der Gesuchstellerin und Berufungsklägerin (act. 1 S. 2):

- "1. Es sei der Gesuchsgegner zu verpflichten, der Gesuchstellerin Fr. 1'666'865.– auszuzahlen.
2. Es sei der Gesuchsgegner zu verpflichten, der Gesuchstellerin den im Zusammenhang mit dem Escrow Account B. _____ Nr. 1 bei der C. _____ Bank SA (ehemals D. _____ Bank AG) generierten Gewinn in Höhe von Fr. 1'103'573.70 auszuzahlen.
3. Unter voller Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Gesuchsgegners."

Ergänzttes Rechtsbegehren der Gesuchstellerin und Berufungsklägerin (act. 24 S. 2):

- "1. Es sei der Gesuchsgegner zu verpflichten, den Escrow Account B. _____ Nr. 1 bei der C. _____ Bank SA (ehemals D. _____ Bank AG) aufzulösen.
2. Es sei der Gesuchsgegner zu verpflichten, der Gesuchstellerin Fr. 1'666'865.– auszuzahlen.
3. Es sei der Gesuchsgegner zu verpflichten, der Gesuchstellerin den im Zusammenhang mit dem Escrow Account B. _____ Nr. 1 bei der C. _____ Bank SA (ehemals D. _____ Bank AG) generierten Gewinn in Höhe von Fr. 1'081'132.95 auszuzahlen.
4. Eventualiter zu Ziffer 2 und 3 sei der Gesuchsgegner zu verpflichten, der Gesuchstellerin den Erlös aus dem Verkauf von 56 kg (physischem) Gold und USD 49'681.34 auszuzahlen.
5. Unter voller Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Gesuchsgegners."

Rechtsbegehren des Gesuchsgegners und Berufungsbeklagten (act. 18 S. 2, act. 28 S. 2):

- "1. Es sei das Gesuch vom 27. August 2019 vollumfänglich abzuweisen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWST auf der Parteientschädigung) zu Lasten der Gesuchstellerin."

Verfügung und Urteil des Einzelgerichtes:

(act. 29 = act. 32 = act. 34; nachfolgend zitiert als act. 32)

Es wird verfügt:

1. Es wird davon Vormerk genommen, dass die Gesuchstellerin ihr Gesuch auf Auszahlung von Fr. 1'103'573.70 auf Fr. 1'081'132.95 reduziert hat.
2. Im Umfang dieses Rückzugs gemäss vorstehender Dispositiv-Ziffer 1 wird das Verfahren als gegenstandslos geworden abgeschrieben.
3. Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen wird mit nachstehender Erkenntnis entschieden.
- 4.-6. [Mitteilung/Rechtsmittelbelehrung]

Sodann wird erkannt:

1. Das Gesuch vom 27. August 2019 betreffend Herausgabe von beim Sequester hinterlegten Vermögenswerten wird abgewiesen, soweit kein Rückzug vorliegt.
2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 24'225.– festgesetzt.
3. Die Kosten werden der Gesuchstellerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
4. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, dem Gesuchsgegner eine Parteient-schädigung von Fr. 30'000.– (inkl. 7.7% MwSt.) zu bezahlen.
- 5.-7. [Mitteilungen/Rechtsmittelbelehrung]

Berufungsanträge:

der Gesuchstellerin und Berufungsklägerin (act. 33 S. 2):

- "1. Es sei das Urteil des Bezirksgerichts Dielsdorf vom 3. Februar 2020 (Geschäfts-Nr. EO190005-D/U/B-2/lh) aufzuheben und es sei der Berufungsbeklagte zu verpflichten, der Berufungsklägerin Fr. 1'666'865.-- sowie den im Zusammenhang mit dem Escrow Konto B._____ Nr. 1 bei der C._____ Bank SA (ehemals D._____ Bank AG) generierten Gewinn in Höhe von Fr. 1'081'132.95 aus-zuzahlen.
2. Eventualiter sei das Urteil des Bezirksgerichts Dielsdorf vom 3. Februar 2020 (Geschäfts-Nr. EO190005-D/U/B-2/lh) aufzuheben und es sei die Nichtigkeit des angefochtenen Urteils festzu-stellen.
3. Sub-eventualiter sei das Urteil des Bezirksgerichts Dielsdorf vom 3. Februar 2020 (Geschäfts-Nr. EO190005-D/U/B-2/lh) aufzuheben und es sei festzustellen, dass die Vorinstanz sachlich nicht zuständig war, besagtes Urteil zu fällen.
4. Sub-sub-eventualiter sei das Urteil des Bezirksgerichts Dielsdorf vom 3. Februar 2020 (Geschäfts-Nr. EO190005-D/U/B-2/lh) we-gen sachlicher Unzuständigkeit der Vorinstanz aufzuheben, an das Einzelgericht s.V. des Bezirksgerichts zurückzuweisen und das Einzelgericht s.V. anzuweisen, auf das Gesuch der Beru-fungsklägerin vom 27. August 2019 nicht einzutreten.
5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Ge-suchsgegners und Berufungsbeklagten."

Erwägungen:

1. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1.1. Die Gesuchstellerin und Berufungsklägerin (nachfolgend: Berufungsklägerin), eine Gesellschaft mit Sitz in Panama (act. 4/2), hatte mit der E._____ Inc., deren Sitz sich auf den Cayman Islands befindet (act. 1 Rz 5; act. 18 Rz 17), eine Globaltransaktion vereinbart, gemäss der die Berufungsklägerin im Wesentlichen gegen Bezahlung 500 g hochreines Selenium erhalten sollte (act. 18 Rz 17; act. 33 Rz 8). In diesem Zusammenhang wurde zwischen der Berufungsklägerin, der E._____ Inc. und dem Gesuchsgegner und Berufungsbeklagten (nachfolgend: Berufungsbeklagter), einem Rechtsanwalt, am 16. September 2014 eine Vereinbarung geschlossen, gemäss welcher der Berufungsbeklagte als Escrow-Agent die Verwahrung des Hauptteils der fraglichen Zahlung für den Fall einer Rückabwicklung sicherstellen sollte. Die zu verwahrenden Vermögenswerte sollten zu diesem Zweck auf einem Escrow-Konto der D._____ SA [Bank] (heute: C._____ Bank SA) deponiert werden (act. 4/5). In der Folge eröffnete der Berufungsbeklagte am 22. September 2014 bei der D._____ SA [Bank] das Escrow-Konto Nr. 1 in seinem Namen, wobei gestützt auf eine vom Berufungsbeklagten unterzeichnete Vollmacht er selbst, F._____ für die Berufungsklägerin und G._____ für E._____ Inc. kollektiv zu dreien zeichnungsberechtigt erklärt wurden (act. 20/1). Die Berufungsklägerin tätigte in der Folge eine Überweisung auf das Escrow-Konto; nach Vornahme einer Transaktion befanden sich schliesslich am 29. September 2014 CHF 1'666'865.– auf dem Konto (act. 1 Rz 13; act. 18 Rz 36, 56 ff.; act. 24 Rz 63, 82). In der Folge wurde dieser Betrag in Gold und USD angelegt (act. 4/10-11; act. 20/2-3).

1.2. Zwischen der Berufungsklägerin und der E._____ Inc. kam es zu einer Rechtsstreitigkeit, welche zu einem Schiedsverfahren führte. Im Schiedsurteil vom 14. März 2017 wurden unter anderem die Berufungsklägerin und E._____ Inc. verpflichtet, innert 30 Tagen gemeinsam den Berufungsbeklagten zu instruieren, der Berufungsklägerin CHF 1'666'865.– aus dem Escrow-Konto Nr. 1 bei der D._____ SA [Bank] auszuzahlen. Dieselbe Anordnung wurde getroffen für den Zins, der aus den von der Berufungsklägerin auf das fragliche Konto seit

29. September 2014 bis zur Zustellung des Schiedsurteils einbezahlten Beträgen resultierte. Für den Unterlassungsfall wurde erklärt, das Schiedsurteil gelte als gemeinsame Instruktion der Schiedsparteien an den Berufungsbeklagten (act. 4/4). Das Bundesgericht wies eine von E._____ Inc. gegen das Schiedsurteil erhobene Beschwerde mit Entscheid vom 8. Januar 2018 ab (act. 4/6); das Schiedsurteil vom 14. März 2017 erwuchs in Rechtskraft.

1.3. Der Berufungsbeklagte wies am 19. April 2017 und am 15. Februar 2019 die D._____ SA [Bank] sowie am 15. April 2019 deren Rechtsnachfolgerin, die C._____ Bank SA, entsprechend an (act. 20/4-5; act. 20/7). Die Bank weigerte sich jedoch, die fraglichen Gelder an die Berufungsklägerin auszuzahlen (act. 20/6; act. 20/8).

1.4. Daraufhin stellte die Berufungsklägerin mit Eingabe vom 27. August 2019 beim Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Dielsdorf (nachfolgend: Vorinstanz) ein gegen den Berufungsbeklagten gerichtetes Gesuch um Herausgabe von beim Sequester hinterlegten Vermögenswerten (act. 1). Im Verlauf des Verfahrens verkündete der Berufungsbeklagte der C._____ Bank SA den Streit (act. 10), wobei diese darauf verzichtete, am Prozess teilzunehmen (act. 16). Die Berufungsklägerin ergänzte sodann mit Eingabe vom 23. Dezember 2019 ihre Rechtsbegehren (act. 24). Am 3. Februar 2020 traf die Vorinstanz den eingangs wiedergegebenen Entscheid. Im Wesentlichen schrieb sie im Rahmen der Verfügung das Verfahren im Umfang des teilweisen Rückzuges des Gesuches (Reduktion der Forderung) als gegenstandslos geworden ab, im Urteil wies sie das Gesuch der Berufungsklägerin ab (act. 32).

1.5. Gegen das Urteil erhob die Berufungsklägerin Berufung bei der Kammer, wobei sie die oben aufgeführten Anträge stellte (act. 33). Mit Verfügung vom 26. März 2020 wurde der Berufungsklägerin Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses angesetzt und die Prozessleitung delegiert (act. 38). Der Kostenvorschuss wurde innert erstreckter Frist geleistet (act. 40; act. 42).

1.6. Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 1-30). Das Verfahren erweist sich als spruchreif; da sich die Berufung, wie nachfolgend aufzuzeigen sein

wird, sogleich als unbegründet erweist, kann auf die Einholung einer Berufungsantwort verzichtet werden (Art. 312 Abs. 1 ZPO). Dem Berufungsbeklagten ist mit dem vorliegenden Entscheid lediglich ein Doppel der Berufungsschrift samt Beilage zuzustellen.

2. Prozessuale Vorbemerkungen

2.1. Die Berufung, die sich gegen einen erstinstanzlichen berufungsfähigen Entscheid (vgl. Art. 308 ZPO) richtet, wurde schriftlich, mit Anträgen versehen und begründet im Sinne von Art. 311 Abs. 1 ZPO bei der Kammer als zuständiger Berufungsinstanz eingereicht. Die Berufungsfrist – es ist der Berufungsklägerin zuzustimmen (vgl. act. 33 Rz 2), dass diese entgegen der Rechtsmittelbelehrung im angefochtenen Entscheid (vgl. act. 32) gestützt auf Art. 314 Abs. 1 ZPO zehn Tage beträgt, da es sich um einen im summarischen Verfahren ergangenen Entscheid handelt – wurde eingehalten (vgl. act. 30/2). Die Berufungsklägerin ist durch den angefochtenen Entscheid beschwert und somit zur Erhebung eines Rechtsmittels legitimiert. Es ist daher auf die Berufung einzutreten.

2.2. Die Berufungsklägerin wirft der Vorinstanz vor, weil sie das Vertragsverhältnis zwischen den Parteien nicht als Sequestration nach Art. 480 OR, sondern als Innominatkontrakt qualifiziere, wäre sie zur Behandlung des Gesuches der Berufungsklägerin sachlich gar nicht zuständig gewesen. Das summarische Verfahren gemäss Art. 250 lit. b Ziff. 6 ZPO komme nur für den Fall einer reinen Sequestration nach Art. 480 OR in Betracht. Werde von einem Innominatvertrag ausgegangen, wäre im ordentlichen Verfahren darüber zu entscheiden gewesen, sodass die Vorinstanz einen Nichteintretensentscheid hätte fällen müssen (act. 33 Rz 73 ff.).

Grundsätzlich liegt es in der Verantwortung der klagenden Partei, das dem von ihr geltend gemachten Anspruch entsprechende, richtige Verfahren einzuleiten. Wenn die Berufungsklägerin in der Meinung, ihr stehe gegenüber dem Berufungsbeklagten ein auf Art. 480 OR gestützter Anspruch zur Herausgabe von vom Berufungsbeklagten verwahrten Vermögenswerten zu, zur Durchsetzung dieses Anspruches das Verfahren nach Art. 250 lit. b Ziff. 6 ZPO einleitete, durfte sich die

Vorinstanz gestützt auf die Vorbringen der Berufungsklägerin, die nicht von vornherein haltlos waren, als sachlich zuständig erachten. Korrekterweise prüfte die Vorinstanz folglich den von der Berufungsklägerin geltend gemachten Anspruch inhaltlich, wobei sie trotz der Qualifikation der Vereinbarung zwischen den Parteien als Innominatkontrakt Art. 480 OR zumindest analog als anwendbar erachtete (vgl. act. 32 E. 3, 4.1 sowie E. 3.1 unten). Auch insofern bestand kein Anlass zur Fällung eines Nichteintretensentscheides mangels sachlicher Zuständigkeit. Dass die Vorinstanz im Rahmen der materiellen Prüfung zum Schluss kam, es bestünde keine Pflicht des Berufungsbeklagten zur Auszahlung, sondern zur Instruktion der C._____ Bank SA, wobei diese Pflicht erfüllt sei (vgl. act. 32 E. 4.2 sowie E. 3.1 unten), konnte ebenfalls nicht dazu führen, dass sie nun sachlich nicht mehr zuständig war. Vielmehr war es bei diesem Ergebnis korrekt, das materiell geprüfte Gesuch der Berufungsklägerin abzuweisen. Die Berufungsanträge Ziffern 2 bis 4 sind somit abzuweisen. Ob die Vorinstanz zu Recht zum Ergebnis gelangen durfte, die Voraussetzungen von Art. 480 OR seien nicht erfüllt, ist nachfolgend zu prüfen.

3. Zur Berufung im Einzelnen

3.1. Die Vorinstanz hielt in ihren Erwägungen zunächst fest, gewisse der von der Berufungsklägerin in ihrer Stellungnahme vom 23. Dezember 2019 vorgebrachten Tatsachen und Beweismittel stellten verspätet in den Prozess eingeführte und damit unbeachtliche Noven dar (act. 32 E. 2.1). Sodann erwog die Vorinstanz, die von der Berufungsklägerin in ihrer zweiten Eingabe vom 23. Dezember 2019 vorgenommenen Ergänzungen ihres Rechtsbegehrens betreffend die Auflösung des Escrow-Kontos und das Eventualbegehren seien nach Aktenschluss erfolgt und damit nach Art. 230 ZPO zu beurteilen. Da die Klageänderungen nicht auf neue Tatsachen oder Beweismittel beruhten, seien sie unbeachtlich. Zulässig sei demgegenüber die Beschränkung des Gesuchs hinsichtlich der Herausgabe des Gewinns von CHF 1'103'573.70 auf CHF 1'081'132.95. In diesem Umfang liege ein teilweiser Klagerückzug vor, sodass das Verfahren diesbezüglich abzuschreiben sei (act. 32 E. 2.2-2.3).

Weiter führte die Vorinstanz aus, die Escrow-Vereinbarung sei als Innominatkontrakt zu qualifizieren, der einerseits – schwerpunktmässig – Elemente einer Sequestration gemäss Art. 480 OR und andererseits eines Auftrags nach Art. 394 ff. OR enthalte. Dies, weil vorgesehen worden sei, dass die zu sichernden Vermögenswerte bei der D._____ SA [Bank] hinterlegt werden sollten. Die Parteien seien damit von einem klassischen Escrow-Vertrag zu Sicherungszwecken abgewichen und hätten über die Kontoeröffnung bei einer Dritten eine auftrags- resp. anweisungsähnliche Komponente eingebaut (act. 32 E. 3). Zur Durchsetzung des von der Berufungsklägerin geltend gemachten Herausgabeanspruchs sei das Verfahren unter analoger Anwendung von Art. 250 lit. b Ziff. 6 ZPO i.V.m. Art. 480 OR durchzuführen (act. 32 E. 4.1).

Voraussetzung sei, dass die aus Art. 480 OR fließende Pflicht zur Herausgabe verletzt worden sei. Es sei umstritten, worin die Pflichten des Berufungsbeklagten als Escrow-Agent bestünden und ob sie verletzt worden seien. Die Berufungsklägerin gehe davon aus, der Berufungsbeklagte, dem alleine der obligatorische Rückforderungsanspruch gegenüber der Hinterlegungsstelle zustehe, sei zur Auszahlung der Vermögenswerte verpflichtet, wofür er sich nicht genügend bemüht habe. Demgegenüber stelle sich der Berufungsbeklagte auf den Standpunkt, weil er nicht selbst als Hinterlegungsstelle fungiere, bestünde seine vertragliche Pflicht einzig darin, die Bank als Hinterlegungsstelle zu überwachen und sie mit Zustimmung der Hinterleger bzw. auf Grundlage eines Schiedsurteils zu einer Auszahlung zu instruieren, wobei er dieser Verpflichtung nachgekommen sei. Die Escrow-Vereinbarung sowie das Dispositiv des Schiedsurteils würden rein gestützt auf den Wortlaut eine Pflicht zur Auszahlung des Berufungsbeklagten vorsehen, also eine verbindliche, persönliche Anweisung an ihn, die fraglichen Vermögenswerte direkt an die berechnigte Partei im Schiedsverfahren, die Berufungsklägerin, zu überweisen. Dagegen spreche jedoch das "Rubrum" in der Escrow-Vereinbarung, das eine Hinterlegung der abzusichernden Vermögenswerte auf einem hierfür vorgesehenen Konto bei der D._____ SA [Bank] in Zürich vorsehe. Da eine Bank als Depotstelle zwischengeschaltet und von einem klassischen Escrow-Verhältnis abgewichen worden sei, seien die Umschreibung der vertraglichen Pflichten in der Escrow-Vereinbarung und die Anordnung im

Schiedsurteil auslegungsbedürftig, wobei die Begleitumstände zu berücksichtigen seien. Die Eröffnung des Bankkontos sei bereits in der Escrow-Vereinbarung angedacht gewesen und am 24. September 2014, also wenige Tage nach dem Vertragsschluss am 16. September 2014, erfolgt. Dem Escrow-Agenten stehe zudem keine alleinige Verfügungsmacht zu, da jede Disposition über die auf dem Bankkonto hinterlegten Vermögenswerte eine Kollektivunterschrift aller drei Vertragsparteien voraussetze. Diese konkrete Vertragsausgestaltung lege den Schluss nahe, dass die Vertragsparteien nicht von einer Pflicht zur direkten Auszahlung an die berechnigte Partei ausgegangen seien. Die Erbringung einer solchen Leistung wäre unter diesen Umständen ohnehin gar nicht möglich. Die vertraglichen Pflichten des Berufungsbeklagten und auch das Schiedsurteil seien somit dahingehend zu verstehen, dass er die Bank zu einer Auszahlung anzuweisen und dabei mit der notwendigen, nach objektivem Massstab zu bestimmenden Sorgfalt vorzugehen habe. Der Berufungsbeklagte habe die D. _____ SA [Bank] im Abstand von zwei Jahren zwei Mal zur Liquidation und Auszahlung der sich auf dem Bankkonto befindlichen Vermögenswerte angewiesen, wobei er der Bank mit Schreiben vom 19. April 2017 das Rubrum und Dispositiv des Schiedsentscheids zugestellt habe. Die konkrete Auszahlung sei am Standpunkt der Bank gescheitert, wonach übereinstimmende Erklärungen der Vertragsparteien oder alternativ ein Schiedsurteil erforderlich sei, das die Auflösung des Escrow und der Bankbeziehung ausdrücklich erwähne. Davon ausgehend, der Berufungsbeklagte habe nur über das Dispositiv des Schiedsurteils verfügt, habe sich seine Pflicht zur Anweisung an die Bank in der Zustellung aller ihm verfügbarer Unterlagen erschöpft, sei doch aus objektiver Perspektive nicht ersichtlich, wie er eine faktische Auszahlung hätte gewährleisten können, wenn sich die von der Bank geforderten Erwägungen des Schiedsurteils nicht in seinem Besitz befunden hätten. Es liege damit keine Verletzung der vertraglichen (Sorgfalts-)Pflichten des Berufungsbeklagten vor, weshalb das Gesuch der Berufungsklägerin abzuweisen sei (act. 32 E. 4.2).

Ferner verwies die Vorinstanz auf die vertragliche Haftungsbeschränkung in der Escrow-Vereinbarung, wonach auf die Geltendmachung jeglicher Ansprüche gegen den Escrow-Agenten auf Grundlage dieses Vertrages – mit Ausnahme von grobfahrlässigem oder vorsätzlichem Fehlverhalten sowie Bösgläubigkeit – ver-

richtet werde. Diese Klausel sei zulässig, weil die Tätigkeit des Escrow-Agenten rein administrativer Natur sei und der Berufungsbeklagte damit keine anwaltsspezifische Dienstleistung zu erbringen habe. Es sei fraglich, könne aber offen gelassen werden, ob die Anstrengung des Prozesses zur Durchsetzung des Herausgabeanspruches – mangels Vorbringen eines mindestens grobfahrlässigen Fehlverhaltens – zulässig sei (act. 32 E. 4.3).

Schliesslich sei das Begehren der Berufungsklägerin auch abzuweisen, weil mit diesem eine Leistung in Schweizer Franken geltend gemacht würde, das auf dem Escrow-Konto hinterlegte Guthaben in Schweizer Franken aber Anfangs 2016 in Gold und USD umgewandelt worden sei. Die Auszahlungspflicht des Berufungsbeklagten sei damit dahingehend modifiziert worden, dass nur noch die Zahlung in USD sowie die Herausgabe des physischen Golds geschuldet sei, sodass das Rechtsbegehren auf Zahlung von USD und Herausgabe des physischen Goldes hätte lauten müssen (act. 32 E. 5). Im Übrigen verneinte die Vorinstanz die Passivlegitimation des Berufungsbeklagten, weil er nur zur Instruktion zur Auszahlung verpflichtet sei, aber nicht zur tatsächlichen Auszahlung der hinterlegten Vermögenswerte – diese Pflicht obliege der Bank, welche alleine unmittelbar im Besitz der hinterlegten Vermögenswerte sei –, sodass kein Anspruch auf faktische Auszahlung gegenüber dem Berufungsbeklagten bestehe (act. 32 E. 6).

3.2. Die Berufungsklägerin stellt sich weiterhin auf den Standpunkt, der Beklagte sei zur Auszahlung der hinterlegten Vermögenswerte verpflichtet. Dies ergebe sich aus dem klaren Wortlaut sowohl der Escrow-Vereinbarung als auch des Schiedsurteils. Die Auslegung der Vorinstanz sei nicht richtig. Der Berufungsbeklagte sei Kontoinhaber des Escrow-Kontos und habe die alleinige Verfügungsmacht. Zwischen der Berufungsklägerin und der Bank bestehe demgegenüber keine Rechtsbeziehung, sodass die Berufungsklägerin gegenüber der Bank keine Ansprüche habe. Die Erwägung der Vorinstanz, die Bank sei als "Depotstelle dazwischengeschaltet" und es sei von einem klassischen Escrow-Verhältnis abgewichen worden, sei falsch, es sei vielmehr üblich, dass ein Escrow-Agent die bei ihm hinterlegten Vermögenswerte bei einer Bank verwahre. Die von der Vorinstanz zitierte Vollmacht lasse nicht darauf schliessen, der Berufungsbeklagte sei

nicht zur Auszahlung verpflichtet, könne der Berufungsbeklagte diese von ihm selbst ausgestellte Vollmacht doch jederzeit widerrufen oder beschränken. Die Vorinstanz lasse zudem weitere Vertragsbestimmungen aus dem Escrow-Agreement und auch das Schiedsurteil ausser Acht, aus denen sich klar die Pflicht zur Auszahlung ergebe. Die Berufungsklägerin habe zusammenfassend einen Anspruch auf Auszahlung der auf dem Escrow-Konto gehaltenen Vermögenswerte gegenüber dem Berufungsbeklagten, der Berufungsbeklagte sei klar passivlegitimiert.

Was die Haftungsbeschränkung betreffe, so könne diese nicht eine Hauptpflicht des Berufungsbeklagten wie die Auszahlung der Vermögenswerte relativieren. Die Vorinstanz habe zu Unrecht angenommen, der Berufungsbeklagte habe aufgrund der Freizeichnungsklausel keine Pflicht zur Herausgabe. Die geänderten Rechtsbegehren seien zudem entgegen der Vorinstanz zuzulassen, da die Änderungen lediglich Nebenpunkte betroffen hätten und es sich bloss um eine Präzisierung der ursprünglich gestellten Rechtsbegehren gehandelt habe. Schliesslich treffe es nicht zu, dass ein Begehren um Auszahlung von USD bzw. Herausgabe von Gold hätte gestellt werden müssen. So sei der Berufungsbeklagte von der Berufungsklägerin nicht gültig instruiert worden, Gold und USD zu kaufen. Zudem sei der Berufungsbeklagte im Schiedsurteil verpflichtet worden, Geld in CHF auszusahlen. USD und Gold seien zudem frei in CHF konvertierbar, weshalb dies die Vertragserfüllung des Berufungsbeklagten nicht hindere. Insgesamt führe das angefochtene Urteil zum unsinnigen Resultat, dass der Berufungsbeklagte das Geld auf dem Escrow-Konto behalten könnte bzw. es dauerhaft blockiert wäre (act. 33 Rz 8 ff.).

3.3. Die Qualifikation der Escrow-Vereinbarung vom 16. September 2014 als Innominatvertrag mit schwerpunktmässigen Elementen der Sequestration nach Art. 480 OR und entsprechend auch die Schlussfolgerung der Vorinstanz, Art. 480 OR sei zumindest analog anwendbar, wird von der Berufungsklägerin nicht explizit bestritten, weshalb darauf nicht näher einzugehen ist. Bei der Prüfung, ob die Voraussetzungen von Art. 480 OR erfüllt sind bzw. insbesondere, ob der Berufungsbeklagte eine Herausgabepflicht verletzte, wies die Vorinstanz korrekt da-

rauf hin, dass sich die Pflichten des Sequesters primär nach der konkreten vertraglichen Vereinbarung bestimmen (act. 32 E. 4.2.2). Um diese zu eruieren, ist der Escrow-Vertrag auszulegen. Hinsichtlich der Grundsätze zur Vertragsauslegung kann auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (act. 32 E. 4.2.5). Dem entsprechend ging die Vorinstanz bei der Auslegung der Vereinbarung zwischen den Parteien zunächst richtig vom Wortlaut der Escrow-Vereinbarung vom 16. September 2014 und auch des Schiedsurteils vom 14. März 2017 aus, und hielt fest, daraus sei eine Pflicht des Berufungsbeklagten ersichtlich, die hinterlegten Vermögenswerte direkt an die berechnigte Partei im Schiedsverfahren – die Berufungsklägerin – auszuzahlen. Insofern decken sich die vorinstanzlichen Erwägungen mit den Ausführungen der Berufungsklägerin. Ebenfalls korrekt bezog die Vorinstanz aber auch den weiteren Inhalt des Vertrages und die "Begleitumstände" im weiteren Sinne, insbesondere das Verhalten der Parteien und den Zweck des Vertrages, mit ein.

Dass die Vorinstanz unter Berücksichtigung dieser Umstände zum Schluss kam, dass entgegen dem exakten Wortlaut nicht eine Auszahlung als solche dem wirklichen Parteiwillen entsprochen habe, sondern eine Pflicht zur Anweisung an die das Vermögen aufbewahrenden Bank, das Guthaben an die Berufungsklägerin auszuzahlen, überzeugt. So mag es zwar üblich sein, dass hinterlegte Vermögenswerte auf einem Bankkonto des Escrow-Agent und nicht direkt bei ihm persönlich aufbewahrt werden (vgl. auch act. 33 Rz 11). Solange der Escrow-Agent über ein solches Konto alleine verfügen kann, ergeben sich auch keine Probleme, und es könnte durchaus von einem Anspruch gegen ihn persönlich zur Auszahlung des fraglichen Guthabens ausgegangen werden. Vorliegend besteht aber eine andere Ausgangslage, welche die Situation entscheidend verändert. Der Berufungsbeklagte ist zwar alleiniger Inhaber des auf seinen Namen lautenden Escrow-Kontos (vgl. act. 20/1), wie die Berufungsklägerin richtig vorbringt, doch trifft es gerade nicht zu, dass er alleine Verfügungsberechtigt ist. Vielmehr ist gemäss der vom Berufungsbeklagten bei Kontoeröffnung gewährten Vollmacht für Instruktionen gegenüber der Bank betreffend Verfügungen über das Kontoguthaben eine Kollektivunterschrift aller drei Vertragsparteien erforderlich (vgl. act. 20/1). Die Tatsache, dass dies direkt anlässlich der Kontoeröffnung so einge-

richtet wurde, und sowohl die Kontoeröffnung bei der D._____ Bank SA als auch die Verfügungsberechtigung über das Escrow-Konto nur durch alle drei Vertragsparteien zusammen bereits in der Escrow-Vereinbarung vom 16. September 2014 vorgesehen worden war (act. 4/5) und auch zeitnah erfolgte (act. 20/1), lässt den Schluss zu, dass dieses Vorgehen dem übereinstimmenden Willen aller Vertragsparteien entsprach. Indem die Vertragsparteien ihre Beziehung zur das sicherzustellende Guthaben verwahrenden Bank wie geschildert ausgestalteten, konnten sie nicht von einer Pflicht des Berufungsbeklagten zur direkten Auszahlung des Kontoguthabens an die berechnigte Vertragspartei ausgegangen sein, wie die Vorinstanz richtig folgerte, würde es sich hierbei doch um eine unmögliche Leistung handeln. Vielmehr ist von einer Pflicht zur Anweisung der Bank auszugehen. Dies steht dem der Escrow-Vereinbarung vom 16. September 2014 zugrundeliegenden Zweck, nämlich dass der Berufungsbeklagte als Escrow-Agent sicherstellen sollte, dass die fraglichen Vermögenswerte sicher aufbewahrt und nur gemäss Antrag der beiden weiteren Vertragsparteien oder Anordnung in einem Schiedsurteil ausbezahlt werden sollten (vgl. act. 33 Rz 14, 39), nicht entgegen. Auch ist nicht ersichtlich, inwiefern die übrigen Vertragsbestimmungen oder Schiedsklauseln zu einem anderen Resultat führen würden.

Ob die C._____ Bank SA, die zwar formell nicht Partei der Escrow-Vereinbarung vom 16. September 2014 ist, von dieser jedoch Kenntnis hat und sich auch daran hält (vgl. etwa act. 20/6; act. 20/8), einen Widerruf der fraglichen Vollmacht durch den Berufungskläger akzeptieren würde, erscheint angesichts der geschilderten Umstände höchst zweifelhaft. Die Frage kann letztlich aber offen gelassen werden, weil das Gesuch der Berufungsklägerin selbst dann abzuweisen wäre, wenn der Berufungsbeklagte dies theoretisch könnte (vgl. E. 3.4-6 unten). Nicht weiter relevant ist sodann, ob es sich bei der Escrow-Vereinbarung vom 16. September 2014 um ein klassisches Escrow-Verhältnis handelt oder nicht, massgeblich ist nur dessen konkrete Ausgestaltung. Ebenso wenig ist im vorliegenden Kontext von Bedeutung, ob zwischen der C._____ Bank SA und der Berufungsklägerin eine Rechtsbeziehung besteht, aus der die Berufungsklägerin Ansprüche geltend machen könnte. Wenn die Berufungsklägerin im Übrigen geltend macht, nach dem Ergehen eines Schiedsurteils weiterhin eine Verfügung

über das Escrow-Konto nur mit Kollektivunterschrift aller drei Vertragsparteien zuzulassen, sei widersinnig (act. 33 Rz 36), so ist dem entgegen zu halten, dass kein Grund ersichtlich ist, weshalb der Berufungsbeklagte plötzlich alleine zeichnungsberechtigt sein sollte, nachdem die Zustimmung aller drei Vertragsparteien dem Escrow-Agreement vom 16. September 2014 entspricht und deshalb die Zustimmung der Berufungsklägerin und von E._____ Inc. durch ein Schiedsurteil ersetzt werden können sollten (vgl. act. 4/4). Gerade weil der Berufungsbeklagte über das Escrow-Konto nicht alleine verfügungsberechtigt ist, geht auch das Argument der Berufungsklägerin, wonach jeweils der Schuldner selbst und nicht dessen Bank belangt werden müsse (act. 33 Rz 41), im vorliegenden Kontext an der Sache vorbei.

3.4. Die Berufungsklägerin hat folglich keinen Anspruch auf Auszahlung der verlangten Vermögenswerte gegenüber dem Berufungsbeklagten, sondern lediglich, aber immerhin, einen Anspruch darauf, dass der Berufungsbeklagte die C._____ Bank SA zur Auszahlung des Kontoguthabens an die Berufungsklägerin als im Schiedsverfahren obsiegende Partei anweist. Die Vornahme einer Handlung kann aber gestützt auf Art. 480 OR nicht durchgesetzt werden, vielmehr kann in Anwendung dieser Bestimmung ausschliesslich die Herausgabe einer *Sache* erreicht werden (dazu sogleich näher). Im Übrigen bestreitet die Berufungsklägerin die Feststellung der Vorinstanz, der Berufungsbeklagte sei seiner Pflicht zur Anweisung an die D._____ SA [Bank] bzw. C._____ Bank SA mit ausreichender Sorgfalt nachgekommen, nicht. Deshalb wies die Vorinstanz das Gesuch der Berufungsklägerin zu Recht ab.

3.5. Selbst wenn mit der Berufungsklägerin davon ausgegangen würde, den Berufungsbeklagten träfe eine persönliche Pflicht zur Auszahlung der hinterlegten Vermögenswerte, könnte diese nicht gestützt auf Art. 480 OR durchgesetzt werden. Wie die Berufungsklägerin selbst geltend macht, handelt es sich beim Anspruch des Berufungsbeklagten als Kontoinhaber gegenüber der C._____ Bank SA um eine Forderung (vgl. act. 33 Rz 42). Dies gilt zumindest dann, wenn es sich beim Kontoguthaben um Geld handelt – hier also, solange das Guthaben in CHF oder USD angelegt war bzw. ist. Forderungen sind keine Sachen, sodass

Art. 480 OR nicht einschlägig ist. Geldforderungen wären ohnehin auf dem Weg der Schuldbetreibung zu vollstrecken (vgl. Art. 38 SchKG), wobei, wenn wie hier Rechtsvorschlag gegen eine eingeleitete Betreibung erfolgte (vgl. act. 4/15-16), bei Fehlen eines Rechtsöffnungstitels ein Anerkennungsprozess gemäss Art. 79 SchKG im ordentlichen Verfahren eingeleitet werden müsste.

3.6. Beim heute auf dem Escrow-Konto gehaltenen Gold würde es sich demgegenüber zwar um eine Sache handeln. Es ist der Berufungsklägerin zuzustimmen, dass das Eigentum daran dem Berufungsbeklagten als Kontoinhaber zukommen muss (vgl. act. 33 Rz 42). Wie es sich diesbezüglich mit einem bei korrekter Vertragsauslegung ohnehin nicht gegebenen Anspruch nach Art. 480 OR verhalten würde, kann jedoch offen gelassen werden. So verlangt die Berufungsklägerin in ihrem Eventualbegehren nicht die Herausgabe des Goldes selbst, sondern einen Verkauf durch den Berufungsbeklagten und hernach die Herausgabe des Erlöses. Abgesehen davon, dass der Berufungsbeklagte ohne Zustimmung der Berufungsklägerin und von E._____ Inc. das Gold nicht verkaufen kann, würde es sich beim Erlös wiederum um ein Kontoguthaben in Geld und damit eine Forderung handeln.

Im Übrigen ist der Vorinstanz zuzustimmen, dass das erst in der Eingabe der Berufungsklägerin vom 23. Dezember 2019 gestellte Eventualbegehren betreffend die Herausgabe des Erlöses aus dem Verkauf von 56 kg (physischem) Gold (act. 24), nicht zu berücksichtigen ist. Die vorinstanzlichen Erwägungen, wonach die Ergänzung des Rechtsbegehrens erst nach Aktenschluss erfolgt sei und damit eine Klageänderung im Sinne von Art. 230 Abs. 1 ZPO nur noch zulässig sei, wenn die Voraussetzungen von Art. 227 Abs. 1 ZPO erfüllt seien und sie zudem auf neuen Tatsachen und Beweismitteln beruhen würden, werden von der Berufungsklägerin zu Recht nicht beanstandet, ebenso wenig wie der Umstand, dass Letzteres vorliegend nicht erfüllt ist. Die Berufungsklägerin ist vielmehr der Ansicht, die fragliche Ergänzung des Rechtsbegehrens stelle keine Klageänderung dar. Dem ist nicht zuzustimmen. Eine Klageänderung liegt vor, wenn nach Eintritt der Rechtshängigkeit ein inhaltlich geänderter oder neuer Anspruch geltend gemacht wird, wobei sich dies grundsätzlich nach dem Rechtsbegehren, bei

nicht individualisierten Rechtsbegehren zusätzlich auch aus dem Klagefundament ergibt. Eine Klageänderung im Sinne einer Erweiterung liegt insbesondere vor bei einer Erhöhung der Klagesumme oder einer Ergänzung um weitere Haupt- oder Eventualbegehren. Auch das Nachbringen von Nebenpunkten und -ansprüchen wie z.B. die Geltendmachung von Verzugszins stellt eine – wenn auch zufolge des sachlichen Zusammenhangs zum Hauptanspruch regelmässig zulässige – Klageänderung dar. Keine Klageänderung liegt demgegenüber bei blossen Umformulierungen eines Rechtsbegehrens zur Verdeutlichung oder bei der Berichtigung von Schreib- und Rechnungsfehlern vor, weil dies keine inhaltliche Änderung des Anspruches darstellt (zum Ganzen statt vieler Pahud, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 227 N 3 f. m.w.H.). Vorliegend handelt es sich beim fraglichen Eventualbegehren weder um eine blosser Verdeutlichung noch um eine Berichtigung von Schreib- oder Rechnungsfehlern, sondern um einen neuen Anspruch, wird damit doch im Gegensatz zum Hauptbegehren, welches die Auszahlung einer bestimmten Summe in CHF verlangt, neu um den Verkauf von 56 kg (physischem) Gold und USD 49'681.34 und die Auszahlung des Erlöses ersucht. Dies stellt keine blosser Präzisierung des ursprünglich gestellten Begehrens dar. Ebenso wenig ist lediglich ein Nebenpunkt betroffen. Daran ändert auch nichts, dass das Eventualbegehren auf demselben Klagefundament beruhe, wie die Berufungsklägerin vorbringt (act. 33 Rz 58).

3.7. Zusammenfassend kam die Vorinstanz zu Recht zum Schluss, das Gesuch der Berufungsklägerin sei abzuweisen. Auf die Ausführungen der Berufungsklägerin zur Haftungsbeschränkung und zur Frage, ob ihr Begehren auf Auszahlung von USD bzw. Herausgabe von Gold hätte lauten müssen oder nicht, braucht bei diesem Ergebnis nicht näher eingegangen zu werden. Der Berufungsantrag Ziffer 1 ist abzuweisen.

3.8. Anzumerken bleibt Folgendes: Die von der Berufungsklägerin geäusserte Befürchtung, bei Bestätigung des vorinstanzlichen Entscheides könne der Berufungsbeklagte die Vermögenswerte auf dem Escrow-Konto behalten bzw. diese wären dauerhaft blockiert, erscheint unbegründet. Grundsätzlich sind sich die Parteien in Übereinstimmung mit der Escrow-Vereinbarung vom 16. September 2014

und dem Schiedsurteil vom 14. März 2017 einig, dass das Guthaben des Escrow-Kontos Nr. 1 bei der C. _____ Bank SA der Berufungsklägerin zusteht, und zwar unabhängig davon, ob es sich um CHF oder USD oder Gold handelt. Der Bank scheint die Anordnung im Schiedsurteil vom 14. März 2017, wonach das Schiedsurteil die gemeinsame Anweisung der Berufungsklägerin und E. _____ Inc. an den Berufungsbeklagten (nicht an die Bank!), der Berufungsklägerin CHF 1'666'865.– sowie den aus dem Kontoguthaben generierten Zins auszuzahlen, ersetzen soll (act. 4/4, Dispositiv-Ziffern 5 und 7), nicht zu genügen. Bei dieser Ausgangslage erscheint es als naheliegendste Lösung, unter Berufung auf veränderte Verhältnisse (Weigerung der Bank) eine Ergänzung bzw. Abänderung des Schiedsurteils vom 14. März 2017 zu erwirken, welche den Ersatz der gemeinsamen Anweisung der Berufungsklägerin und E. _____ Inc. *an die C. _____ Bank SA*, der Berufungsklägerin das aktuelle Kontoguthaben in USD und Gold auszuzahlen, sowie die von der C. _____ Bank SA anscheinend gewünschte Kontoauflösung bzw. Auflösung der Escrow-Vereinbarung (vgl. act. 20/8) vorsehen soll. Sofern Art. 468 Abs. 2 OR erfüllt sein sollte, wäre im Übrigen ebenfalls denkbar, dass sich die Berufungsklägerin gegenüber der C. _____ Bank SA auf die Anweisung des Berufungsbeklagten zur Auszahlung des Kontoguthabens an sie berufen und direkt gegen die C. _____ Bank SA vorgehen würde.

4. Kosten- und Entschädigungsfolgen

4.1. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Berufungsverfahrens der Berufungsklägerin aufzuerlegen (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO). Ausgehend von einem Streitwert von CHF 2'747'998.– (CHF 1'666'865.– + CHF 1'081'132.95) sowie gestützt auf § 4 Abs. 1 und 2, § 8 Abs. 1 sowie § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG ist die Gerichtsgebühr auf CHF 10'000.– festzusetzen.

4.2. Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen; der Berufungsklägerin nicht zufolge ihres Unterliegens und dem Berufungsbeklagten nicht, weil ihm im vorliegenden Verfahren keine Aufwände entstanden, die zu entschädigen wären.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen. Das Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Dielsdorf vom 3. Februar 2020 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidunggebühr wird auf CHF 10'000.– festgesetzt, der Berufungsklägerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Berufungsbeklagten unter Beilage der Doppel von act. 33 und act. 36/3, sowie an das Bezirksgericht Dielsdorf, je gegen Empfangsschein.
Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.
5. Eine **Beschwerde** gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert **30 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt CHF 2'747'998.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw C. Funck

versandt am:
19. Mai 2020