

Handelsgericht des Kantons Zürich



Geschäfts-Nr. HG040196/U/ei

Mitwirkend: Die Obergerichter Dr. Eric Mazurczak, Präsident, und Dr. Roger Wyler, die Handelsrichter Dr. Othmar Strasser, Dr. Hans Nigg und Dr. Thomas Lörtscher sowie die juristische Sekretärin lic. iur. Judith Eberhard

Urteil vom 24. Januar 2006

in Sachen

X AG, _____

Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Ludwig Raymann, Witikonstr. 15, 8032 Zürich

gegen

"Y" Versicherungs-Gesellschaft, _____

Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Stefan Knecht, Badertscher Dörig Poledna, Mühlebachstr. 32, Postfach 769, 8024 Zürich

betreffend **Forderung**

Rechtsbegehren:

"Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin CHF 9'490'582.00 nebst 5% [Zins] ab 25. Juli 2003 zu bezahlen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten."

Das Gericht zieht in Erwägung:**I.**

(Einleitung, Sachverhalt)

1 Die Klägerin ist eine schwergewichtig im Investment und Private Banking tätige Bank mit Sitz in Zürich. Sie hatte mit der Beklagten, einer schweizerischen Versicherungsgesellschaft, für die Dauer vom 17. Februar 2003 bis 31. Dezember 2003 einen Versicherungsvertrag abgeschlossen, welcher eine Berufshaftpflicht-, eine Vertrauensschaden- sowie eine Computerstraftatenversicherung umfasste (act. 4/1).

Nach der Sachdarstellung der Klägerin wurde ihrem Angestellten F

am 11. April 2003 der Auftrag erteilt, für die Kundin P

EUR 50 Mio. gegen US-Dollar zu einem Kurs von 1.0725 zu kaufen.

Unbestritten ist, dass F am gleichen Tag, statt EUR 50 Mio. zu

kaufen, für die P EUR 50 Mio. gegen US-Dollar zu einem Kurs von 1.0726 ver-

kaufte. Er erfasste den Vorgang in der Buchhaltung der Klägerin zwar korrekt, vertuschte den von ihm angeblich noch am gleichen Abend bemerkten Fehler in-

dessen gegenüber seinem Vorgesetzten M, wozu er ein Excel-Sheet manipulierte. Da der Verlust als Folge der Kursentwicklung immer grösser wurde — so die Klägerin —, erwarb F am 6. Mai 2003 ohne Wissen seines

Vorgesetzten für die P eine Call-Option Euro/US-Dollar zum Preis von USD

307'500.--, um den Schaden zu mindern. Am 11. Mai 2003 informierte er seinen

Vorgesetzten über diese Handlungen. Daraufhin will die Klägerin festgestellt ha-

ben, dass ihrer Kundin P durch diese Transaktionen ein Schaden von USD 7'617'500.--bzw. CHF 9'984'026.50 entstanden war. Sie nahm deshalb am 12. Mai 2003 diverse Transaktionen auf den Euro- und Dollarkonti der P vor, um ihrer Kundin den Schaden sofort zu ersetzen, wie die Klägerin ausführen lässt. Im Prozess beziffert die Klägerin den Schaden mit CHF 9'990'582.--.

2.1. Mit der vorliegenden Klage verlangt die Klägerin die Zahlung einer Entschädigung aus der abgeschlossenen Berufshaftpflichtversicherung, da ihre Kundin P einen Haftpflichtschaden erlitten habe, für den sie, die Klägerin, haften müssen. Sie stellt sich auf den Standpunkt, ihr Angestellter F habe durch die fehlerhafte Ausführung des Auftrages bei der Kundin P einen Schaden verursacht. Zur Schadensbegrenzung und in Erfüllung ihrer Schadensminderungspflicht habe sie ihrer Kundin den entstandenen Schaden sofort ersetzen müssen. Die Klägerin ist der Auffassung, dass ihr Angestellter F mit seinem Verhalten zwar gegen interne Regeln verstossen, aber keine Straftatbestände erfüllt habe. Auch weitere Ausschlussgründe von der Versicherungsdeckung würden keine vorliegen.

2.2. Die Beklagte bestreitet ihre Leistungspflicht aus diversen Gründen. Vorab macht sie geltend, die P habe gar nie einen Schaden erlitten. Bei der Leistung der Klägerin an die P habe es sich nicht um Schadenersatz, sondern um Vertragserfüllung gehandelt, wofür keine Versicherungsdeckung bestehe. Die Beklagte wirft der Klägerin im Zusammenhang mit dem Verhalten im Nachgang zum geschilderten Vorfall ferner verschiedene Verletzungen der ihr obliegenden vertraglichen und gesetzlichen Obliegenheiten vor. Schliesslich beruft sie sich auf mehrere Ausschlussgründe. So vertritt sie die Auffassung, aufgrund der Verflechtung der P mit der Klägerin würde es sich bei den Ansprüchen der P sowie so um Ansprüche im Innenverhältnis handeln, welche von der Versicherungsdeckung ausgeschlossen seien. Ferner habe F strafbare Handlungen begangen, was ebenfalls zum Ausschluss der Deckung durch die Berufshaftpflichtversicherung führe.

3. Auf die weiteren Ausführungen der Parteien und die Akten wird — soweit notwendig — im Rahmen der folgenden Erwägungen eingegangen.

II.

(Prozessverlauf; Prozessuales)

1. Am 25. Mai 2004 gingen Weisung und Klageschrift ein (act. 1 und act. 3). Nach Eingang der Klageantwortschrift vom 27. September 2004 (act. 9) fand am 16. Dezember 2004 eine Referentenaudienz und Vergleichsverhandlung statt, anlässlich welcher sich die Klägerin die Zustimmung zum formulierten Vergleich vorbehielt (Prot. S. 13). Am 17. Januar 2005 teilte die Klägerin mit, dass sie dem Vergleich nicht zustimme (act. 18), worauf das Verfahren schriftlich fortgesetzt wurde. Am 18. Mai 2005 erstattete die Klägerin die Replik (act. 21); die Duplik der Beklagten datiert vom 18. Oktober 2005 (act. 25).
2. Beide Parteien haben Sitz in Zürich, weshalb der von den Parteien vereinbarte Gerichtsstand (act. 4/1 S. 19 Ziff. 12) gegeben ist. Nachdem beide Parteien im Handelsregister eingetragen sind und Streitwert sowie Streitgegenstand den Anforderungen von § 62 Abs. 1 GVG entsprechen, ist auch die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts zu bejahen.

III. (Materielles)

- 1.1. Gemäss Sachdarstellung der Klägerin erteilte M am 11. April 2003 in seiner Funktion als Angestellter der Klägerin und als Investment Consultant des Investment Managers der P, L Management, dem ihm unterstellten F den Auftrag, für die Kundin P EUR 50 Mio. gegen US-Dollar zu einem Kurs von 1.0725 zu erwerben (act. 1 S. 3, 11f.; 21 S. 3, 4 f.). Dabei geht die Klägerin von einem Vertrag zwischen ihr und der P über den Kauf der EUR 50 Mio. aus (vgl. u.a. act. 21 S. 11).
- 1.2.1. Die Beklagte stellt sich in der Duplik auf den Standpunkt, für einen gültigen Vertrag zwischen der Klägerin und der P über den Kauf der EUR 50 Mio. fehle es allenfalls schon am notwendigen Konsens, wenn M als Investment Consultant der L Management direkt für die P gehandelt hätte und er

von F falsch verstanden worden sei (Verkauf statt Kauf von Euro gegen US-Dollar). In diesem Fall hätte die P gar nie ein Recht auf Verschaffung von EUR 50 Mio. erworben (act. 25 S. 5). Die Klägerin bestreitet allerdings ein Missverständnis und macht geltend, es habe sich um ein Versehen von F gehandelt (act. 21 S. 3, 5).

Die Argumentation der Beklagten überzeugt nicht. Zunächst ist zu bezweifeln, dass der Vertrag zwischen der P und der Klägerin erst durch die Erteilung der Instruktion von M an F zustande gekommen sein soll, mithin F für die Klägerin den Vertrag abgeschlossen haben soll. Es ist viel eher davon auszugehen, dass auf Seiten der Klägerin M

selbst für die Annahme des Auftrages der P zuständig war. Wenn er gleichzeitig in seiner Eigenschaft als Investment Consultant und damit als Vertreter der P handelte, könnten sich Probleme im Zusammenhang mit der Doppelvertretung gestellt haben. Indessen hat keine Partei diesbezügliche Interessenkollisionen behauptet, welche auf die Gültigkeit des Vertragsschlusses Einfluss gehabt haben könnten. Abgesehen davon wäre wohl zumindest von einer stillschweigenden Genehmigung des Vertrages durch die beiden Vertretenen (Klägerin und P) auszugehen.

Doch selbst wenn es auf die Willenserklärung von F ankäme, würde sich am Vertragsschluss nichts ändern. Gemäss Vertrauensprinzip ist eine Erklärung der anderen Partei so auszulegen, wie der Empfänger sie nach Treu und Glauben verstehen musste. Führt diese Auslegung — wodurch der objektive Sinn der Erklärung ermittelt wird — zu einer Übereinstimmung der beiden sich gegenüberstehenden Erklärungen, ist der Konsens im Umfang der Übereinstimmung erstellt (Gauch/Schluemp/Schmid/Rey, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 8. Aufl., Zürich 2003, N 316). Die Beklagte hat vorliegend nicht geltend gemacht, F habe die Erklärung von M nach Treu und Glauben nicht als Auftrag zum Kauf, sondern zum Verkauf von Euro verstehen dürfen. Ist aber die Erklärung von M nach dem Vertrauensprinzip so auszulegen, dass diese als Instruktion zum Kauf von EUR 50 Mio. zu verstehen war — wovon vorliegend auszugehen ist, da für eine andere Auffassung keine An-

haltspunkte bestehen —, ist durch das entsprechende Akzept von F der Vertrag mit dem objektiv ermittelten Inhalt — über den Kauf von EUR 50 Mio. — zustande gekommen. Auf einen Willensmangel hat sich sodann keine Partei berufen.

Es ist folglich von einem Vertragsverhältnis zwischen der P und der Klägerin auszugehen, auch wenn F seinen Vorgesetzten falsch verstanden haben sollte.

1.2.2. In ihrer Duplik hat die Beklagte allerdings auch "ganz grundsätzlich" bestritten, dass "M den 'Auftrag' so, wie das die Klägerin behauptet, an F

erteilt hat" (act. 25 S. 5). Es ist unklar, ob die Beklagte damit eine Instruktion von M an F generell in Abrede stellt oder ob lediglich der genaue Ablauf und der Inhalt des Gesprächs bestritten werden, zumal die Beklagte in ihren Rechtsschriften sonst nirgends den Standpunkt vertreten hat, F habe vollkommen eigenmächtig gehandelt. Sie hat es denn auch unterlassen, allfällige Konsequenzen eines solchen Handelns auf den klägerischen Anspruch darzulegen. Vielmehr geht sie im Rahmen ihrer übrigen Ausführungen grundsätzlich selber von einem Vertragsverhältnis zwischen der Klägerin und der P sowie von einem Anspruch der P auf die gekauften Euro aus (act. 9 S. 22 f.; 25 S. 14f., 20, 32). Wie nachfolgend gezeigt wird, kann diese Frage aber letztlich offen bleiben, denn ein Anspruch der Klägerin auf die geltend gemachte Entschädigung ist auch dann zu verneinen, wenn in Bezug auf die Instruktion von F

auf die klägerische Sachdarstellung abgestellt und damit vom Vorliegen eines Vertrages ausgegangen wird.

2.1. Es ist somit davon auszugehen, dass die P der Klägerin am 11. April 2003 den Auftrag erteilte, EUR 50 Mio. gegen US-Dollar zu einem Kurs von 1.0725 zu erwerben und der Angestellte der Klägerin, F, mit der Ausführung des Geschäfts betraut wurde. Die Klägerin übernahm damit die Verpflichtung, ihrer Kundin einen Betrag von EUR 50 Mio. zu beschaffen und sollte dabei als Gegenleistung USD 53'625'000.-- (vereinbarter Kurs 1.0725) erhalten. Aus den eingereichten Unterlagen geht hervor, dass das Geschäft über die bestehenden Konti der P bei der Klägerin abgewickelt werden sollte, was bedeu-

tet, dass eine entsprechende Gutschrift auf dem EUR-Konto und eine Belastung auf dem USD-Konto vorgenommen werden sollten. Es wurden in der Folge denn auch verschiedene Buchungen ausgeführt (act. 4/2; 4/33-36). Es stellt sich vorab die Frage, wie dieses Vertragsverhältnis zwischen der P und der Klägerin über die Beschaffung von Euro gegen US-Dollar zu qualifizieren ist.

2.2. Die Klägerin selber spricht mehrfach von einem "Auftrag", der ihr von P erteilt worden sei (act. 1 S. 11f; 21 S. 26, 27) bzw. davon, dass F den von P erteilten "Auftrag" — Euro gegen US-Dollar zu kaufen — verkehrt und damit fehlerhaft ausgeführt habe (act. 21 S. 5, 11, 26, 28). Andererseits scheint sie von einem Kaufvertrag auszugehen, da sie sich auf die kaufvertragliche Regelung von Art. 190 OR beruft (act. 21 S. 23). Auch auf den Abrechnungen, welche die Klägerin für die P über die einzelnen Transaktionen erstellte (act. 4/2; 4/33-36), ist jeweils von "Your purchase" und "Your sale" die Rede, was darauf hindeutet, dass aus der Sicht der Klägerin ein direkter Kaufvertrag vorlag. Die Beklagte spricht sich grundsätzlich für das Bestehen eines Kaufvertrages aus (act. 9 S. 22 f.).

2.3.1. Über die Rechtsnatur des Vertrags über den Erwerb von Devisen bestehen unterschiedliche Auffassungen. Ein Teil der Lehre und Rechtsprechung qualifiziert den Erwerb von Devisen als Kauf (BGE 51 II 199 S. 202; 103 II 190 = Pra 66 Nr. 215; vgl. auch Emch/Renz/Arpagaus, Das schweizerische Bankgeschäft, 6. Aufl., Zürich 2004, S. 712 N 2249); dies zumindest wenn eine Bank in eigenem Namen und auf eigene Rechnung Devisen kauft oder verkauft (Wettenschwiler, Das Recht im Devisenhandel, Zürich 1974, S. 15). Nach einer anderen Meinung wäre, wenn schon, ein Tausch- und nicht ein Kaufvertrag gegeben, da die ausgetauschten Leistungen gleichartig sind (Kleiner, Internationales Devisenschuldrecht, Zürich 1985, N 31.36). Devisenkontrakte werden zum Teil aber auch als Auftragsverhältnisse qualifiziert, so wenn ein Kunde die Bank beauftragt, in ihrem Namen, aber auf seine Rechnung Devisengeschäfte zu tätigen. Allerdings kann gemäss dieser Ansicht die Abgrenzung zum direkten Kaufvertrag im konkreten Fall Schwierigkeiten bereiten (Wettenschwiler, a.a.O., S. 15). In überzeugender Weise wird aber insbesondere auch die Auffassung vertreten, bei Devisen-

handelsgeschäften handle es sich um Innominatverträge, da es im Prinzip nur darum gehe, gegenseitig Devisenschulden zu vereinbaren, die in einer bestimmten Art und Weise zu erfüllen seien. Dennoch wird die analoge Anwendung zumindest gewisser kaufvertraglicher Regeln befürwortet (ZK-Schönle, N 62, 73, 129 zu Art. 184 OR, N 11 zu Art. 187 OR; Kleiner, a.a.O., N 32.12 i.V.m. N 31.42).

2.3.2. Vorliegend erschiene es zunächst naheliegend — nicht zuletzt aufgrund der Wortwahl der Klägerin im Prozess (vgl. oben 2.2.) —, das in Frage stehende Geschäft nach den auftragsrechtlichen Bestimmungen oder spezifisch nach den Regeln über die Kommission (Art. 425 ff. OR) zu beurteilen. Die direkte Anwendung der Vorschriften des Kommissionsvertrags kommt dabei jedoch nicht in Betracht, da dieser ausschliesslich bewegliche Sachen oder Wertpapiere zum Gegenstand haben kann (Art. 425 Abs. 1 OR; BSK-von Planta/Lenz, N 2 zu Art. 425 OR) und es sich bei Devisen weder um Waren noch um Wertpapiere handelt (vgl. Kleiner, a. a.O., N 32.15). Gegen ein Kommissionsverhältnis spricht ferner auch, dass von irgendwelchen Provisionsrechten der Klägerin nicht die Rede ist. Es bleibt somit die Prüfung des einfachen Auftrages im Sinne von Art. 394 ff. OR. Beim einfachen Auftrag verpflichtet sich der Beauftragte, die ihm übertragenen Geschäfte oder Dienste vertragsgemäss zu besorgen. Ein solcher Geschäftsbesorgungsauftrag kann namentlich vorliegen, wenn sich eine Partei verpflichtet, für den Vertragspartner eine bestimmte Sache zu kaufen (vgl. Derendinger, Die Nicht- und die nichtrichtige Erfüllung des einfachen Auftrages, 2. Aufl., Freiburg 1990, S. 13 N 27 und Anm. 60). Abgesehen davon, dass Devisen keine Sachen darstellen, erscheint die Qualifizierung des vorliegend zu beurteilenden Devisengeschäfts als einfacher Auftrag aber vor allem deshalb nicht sachgerecht, da sich die Klägerin nicht lediglich zu einer Geschäftsbesorgung im Interesse des Auftraggebers (P) verpflichtet, sondern die Lieferung der Devisen (Euro) zu einem vereinbarten Kurs versprochen hat. Damit stehen die kaufvertraglichen Elemente — Verschaffung des Kaufobjekts gegen Bezahlung eines bestimmten Preises — im Vordergrund. Für diese Auffassung spricht im Übrigen — wie bereits erwähnt — auch die Formulierung der Klägerin auf ihren Abrechnungen, auf denen jeweils von einem Kauf bzw. Verkauf der Kundin die Rede ist.

Demzufolge ist vorliegend von einem Vertrag mit kaufvertraglichen Elementen auszugehen, wobei offen bleiben kann, ob die Regeln des Kaufvertrages direkt oder lediglich analog anwendbar sind.

3.1. Im Weiteren steht fest, dass F am 11. April 2003 für die P EUR 50 Mio. gegen US-Dollar verkaufte, statt EUR 50 Mio. zu kaufen (act. 1 S. 3; 9 S. 4). Er tat dies zu einem Kurs von 1.0726, was beinahe dem vereinbarten Kurs von 1.0725 entsprach. Zum Grund für diese (geringe) Kursdifferenz äussert sich die Klägerin nicht. Dementsprechend wurde auf dem EUR-Konto der P mit Valutadatum 15. April 2003 ein Verkauf von EUR 50 Mio. verbucht, und auf ihrem USD-Konto wurden USD 53'630'000.-- als Kauf gutgeschrieben (act. 4/2).

Indem die Klägerin ihrer Kundin US-Dollar anstatt Euro gutschrieb, lieferte sie andere als die vereinbarten Devisen, steht doch fest, dass die P Euro und nicht US-Dollar kaufen wollte. Es liegt folglich eine aliud-Leistung der Klägerin und damit Nichterfüllung des Vertrages vor. In einem solchen Fall hat der Käufer gemäss herrschender Lehre weiterhin Anspruch auf Vertragserfüllung (ZK-Schönle, N 157 zu Art. 184 OR; Gauch/Schluep/Schmid/Rey, a.a.O., N 2586; BSK-Honsell, N 3 zu Art. 206 OR m.w.H.). Der Vollständigkeit halber sei angemerkt, dass dies analog auch gelten würde, wenn von einem Auftragsverhältnis zwischen der Klägerin und der P ausgegangen würde. Denn auch der Beauftragte erfüllt seine Leistungspflicht nicht, wenn er statt des übernommenen Auftrags eine aliud-Leistung erbringt (BK-Gautschi, N 3c und 20d zu Art. 397 OR; Derendinger, a.a.O., S. 69 N 159). Die P hatte somit auch nach der fehlerhaften Transaktion der Klägerin vom 11. April 2003 noch einen Erfüllungsanspruch auf die vereinbarte Lieferung bzw. Gutschrift der EUR 50 Mio.

3.2.1. Die Klägerin wendet allerdings ein, es habe sich bei der fraglichen Devisentransaktion um ein Fixgeschäft gehandelt, bei dem die nachträgliche Erfüllung ausgeschlossen gewesen sei (act. 21 S. 15). Für eine Kundin wie P, die der Klägerin im kaufmännischen Verkehr zahlreiche Devisenhandelsaufträge erteilt habe, sei es von eminenter Bedeutung gewesen, dass der am 11. April 2003 um 15.59 Uhr erteilte Kaufauftrag sofort, d.h. in Sekunden ausgeführt werde (act. 21 S. 23). P habe ihr den Auftrag erteilt, EUR 50 Mio. zu kaufen. Gemäss Art. 190

Abs. 1 OR werde im vorliegenden kaufmännischen Verkehr bei einem Fixgeschäft bei Verzug des Käufers [recte: Verkäufers] vermutet, dass der Käufer Schadenersatz wegen Nichterfüllung beanspruche (act. 21 S. 27).

Die Beklagte bestreitet, dass es sich beim fraglichen Kauf um ein Fixgeschäft gehandelt habe, führt aber weiter aus, dies könne letztlich offen bleiben, da feststehe, dass die P die von der Klägerin nachträglich geleistete Erfüllung akzeptiert habe (act. 25 S. 15). Die Vereinbarung der nachträglichen Erfüllung sei im Einverständnis beider Parteien möglich, was auch konkludent geschehen könne (act. 25 S. 31).

3.2.2. Gemäss Art. 190 Abs. 1 OR wird im kaufmännischen Verkehr vermutet, dass der Käufer auf die Lieferung verzichte und Schadenersatz wegen Nichterfüllung beanspruche, wenn ein bestimmter Lieferungsstermin verabredet war und der Verkäufer in Verzug kommt. Diese Vermutungen des Lieferungsverzichts und des Beanspruchens von Schadenersatz wegen Nichterfüllung können grundsätzlich nur durch unverzügliche Erklärung des Käufers entkräftet werden, wie aus Art. 190 Abs. 2 OR hervor geht. Sie werden unwiderlegbar, wenn der Käufer keine entsprechende Erklärung abgibt (ZK-Schönle, N 9 zu Art. 190 OR; Keller/Siehr, Kaufrecht, 3. Aufl., Zürich 1995, S. 36). Damit diese Vermutungen eingreifen, ist neben dem Umstand, dass sich Käufer und Verkäufer im kaufmännischen Verkehr befinden, erforderlich, dass ein bestimmter Lieferungsstermin verabredet, mithin die genaue Zeit der Erfüllung zwischen den Parteien vertraglich vereinbart war. Ein solcher Termin ist verabredet, wenn aus dem Vertrag die Absicht der Parteien hervor geht, dass die Leistung genau zu einer bestimmten oder bis zu einer bestimmten Zeit erfolgen soll (ZK-Schönle, N 24 zu Art. 190 OR). Es muss sich folglich aus dem Vertrag oder den Umständen ergeben, dass die exakte Einhaltung der Leistungszeit für den Käufer wesentlich ist (Keller/Siehr, a.a.O., S. 34; Honsell, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, 7. Aufl., Bern 2003, S. 58).

Eine entsprechende Vereinbarung, dass bei nicht rechtzeitiger Erfüllung zu einem bestimmten Termin die Erfüllbarkeit gegen den Willen des Gläubigers ausgeschlossen sein soll, wäre auch erforderlich, wenn ein Fixgeschäft gestützt auf

Art. 108 Ziff. 3 OR angenommen werden soll (vgl. BSK-Koller, N 2 zu Art. 190 OR) und nicht von der (analogen) Anwendbarkeit von Art. 190 OR auf den Devisenkauf ausgegangen würde.

3.2.3. Vorliegend ist es zunächst zweifelhaft, ob die Verabredung eines genau bestimmten Leistungstermins von der Klägerin genügend konkret behauptet wurde. Aus ihren Ausführungen muss zwar grundsätzlich geschlossen werden, sie wolle die Vereinbarung der sofortigen Erfüllung geltend machen. So hat die Klägerin behauptet, für die P sei es von eminenter Bedeutung gewesen, dass der erteilte Auftrag innert Sekunden ausgeführt werde; es sei darum gegangen, allfällige Kursgewinne innert kürzester Zeit, z.B. in Minuten oder Stunden, zu realisieren. Ihr — der Klägerin — sei klar gewesen, dass die P einen nicht sofortigen Kauf nicht haben wollte. Eine nicht sofortige Erfüllung sei ausgeschlossen gewesen (act. 21 S. 23 f.). Im Widerspruch dazu steht allerdings die Abrechnung der Klägerin vom 11. April 2003, woraus sich ergibt, dass das Valutadatum und damit der Erfüllungszeitpunkt der an jenem Tag ausgeführten Transaktion — es handelt sich dabei um den irrtümlichen Verkauf von EUR 50 Mio. — erst der 15. April 2003 war (act. 4/2). Die sofortige Erfüllung des am 11. April 2003 erteilten Kaufauftrages innen Minuten oder Stunden scheint damit nicht geschuldet gewesen zu sein. Somit ist fraglich, ob überhaupt von einem genau bestimmten Leistungstermin ausgegangen werden kann, blieben die angeblich vereinbarten Modalitäten doch unklar bzw. erscheinen die Ausführungen der Klägerin im Vergleich zu ihrem effektiven Verhalten als widersprüchlich.

3.2.4. Insbesondere sprechen aber die Handlungen der beteiligten Parteien nach der Devisentransaktion vom 11. April 2003, welche unbestrittenermassen nicht korrekt erfolgt war, dagegen, dass die Einhaltung der exakten Erfüllungszeit für sie wesentlich war. So erstaunt es zum einen, dass die P auf den unterbliebenen Kauf der EUR 50 Mio, und den stattdessen vorgenommenen Verkauf desselben Betrages über einen Monat lang überhaupt nicht reagierte, wenn es für sie von derart eminenter Bedeutung gewesen sein soll, dass der am 11. April 2003, um 15.59 Uhr erteilte Kaufauftrag "sofort, d.h. in Sekunden ausgeführt werde", wie die Klägerin ausführen lässt (act. 21 S. 23). Die P wurde ja über den vor-

genommenen Verkauf der EUR 50 Mio. mittels Zustellung der Abrechnung vom 11. April 2003 (act. 4/2) richtig informiert. Gemäss Ausführungen der Klägerin soll zudem dem Administrator der P am gleichen Abend ein korrektes Excel-Sheet zugesandt worden sein (act. 21 S. 9), weshalb eine umgehende Beanstandung bei der gegebenen Sachlage zu erwarten gewesen wäre. Zum anderen belegt die vorbehaltlose Annahme der Devisen (EUR 50 Mio.) durch die P Mitte Mai 2003, dass eine nachträgliche Erfüllung eben gerade nicht ausgeschlossen sein sollte. Abgesehen von einer geringfügigen Differenz führten die Transaktionen der Klägerin vom 12. Mai 2003, welche angeblich der Begleichung des entstandenen Schadens dienten, letztlich nämlich zu dem Ergebnis, das die P bei Erteilung ihrer Instruktion an die Klägerin am 11. April 2003 hatte erzielen wollen — zum Kauf von EUR 50 Mio. zum vereinbarten Kurs —, wie nachfolgend gezeigt wird.

Die Klägerin macht geltend, im Sinne einer freiwilligen Schadenersatzleistung hätten der P am 12. Mai 2003 EUR 100 Mio. gegen US-Dollar zu einem Kurs von 1.0726 gutgeschrieben werden müssen. Andererseits hätten zur Kompensation des Verlustes EUR 100 Mio. zu einem Kurs von 1.148775 verkauft werden müssen (act. 21 S. 11).

Betrachtet man die vorgenommenen Transaktionen genauer, wird ersichtlich, dass die Klägerin für die P am 12. Mai 2003 insgesamt vier Buchungen vornahm. Zunächst wurden der P EUR 50 Mio. gegen USD 56,75 Mio. aus der Ausübung der von F erworbenen Call-Option gutgeschrieben (act. 4/33).

Weiter wurde auf den Konti der P ein Kauf von EUR 50 Mio. gegen US-Dollar zu einem Kurs von 1.15645, was offensichtlich dem aktuellen Tageskurs entsprach (act. 1 S. 16), verbucht (act. 4/34). Sodann wurden der P weitere EUR 100 Mio. zum Kurs von 1.0726 — praktisch dem ursprünglich vereinbarten Kurs — gutgeschrieben und dementsprechend USD 107'260'000.-- belastet (act. 4/35). Schliesslich verbuchte die Klägerin wieder einen Verkauf von EUR 100 Mio. zu einem Kurs von 1.148775 (act. 4/36), wobei es sich dabei gemäss ihren Ausführungen um den errechneten Kurs zum Ausgleich des entstandenen Verlustes handeln soll (act. 1 S. 15). Wird der (versehentliche) Verkauf von EUR 50 Mio. gegen US-Dollar vom 11. April 2003 (act. 4/2) in die gesamte Betrachtung mitein-

bezogen, ergibt sich, dass die P nach den Transaktionen vom 12. Mai 2003 über EUR 50 Mio. mehr verfügte als vor dem 11. April 2003. Dies entspricht ihrem Wunsch vom 11. April 2003, EUR 50 Mio. zu kaufen. Auf der anderen Seite wurde der P unter Berücksichtigung der ihr in Rechnung gestellten Prämie für die erworbene Call-Option (act. 4/32) ein Betrag von insgesamt USD 53'632'500.-- (Saldo der verschiedenen Gutschriften und Belastungen) belastet. Hätte die P am 11. April 2003 EUR 50 Mio, zu einem Kurs von 1.0726 erworben, hätten dafür USD 53'630'000.-- aufgewendet werden müssen. Daraus ist ersichtlich, dass sie durch die Buchungen, welche die Klägerin am 12. Mai 2003 vornahm, nahezu so gestellt wurde, wie wenn am 11. April 2003 richtigerweise EUR 50 Mio, zum vereinbarten Kurs bzw. zu einem Kurs von 1.0726 gekauft worden wären. Die verbleibende, im Verhältnis geringfügige Differenz von USD 2'500.-- dürfte auf die klägerische Berechnung des "Ausgleichskurses" von 1.148775, welche ohne Erläuterung blieb, zurückzuführen sein. Weshalb die Klägerin im Übrigen nicht mehr mit dem ursprünglich vereinbarten Kurs von 1.0725 rechnet (vgl. auch act. 1 S. 16), ist unklar, aber letztlich nicht relevant, da die P dies offensichtlich so akzeptiert hat.

Die Klägerin hat ihre Kundin also in tatsächlicher Hinsicht nachträglich so gestellt, wie wenn der Vertrag richtig erfüllt worden wäre. Dies steht im Widerspruch zu ihrer Darstellung im Prozess, es sei "der Vertragswille von P und der Klägerin [gewesen], dass eine nachträgliche Leistung ausgeschlossen" war (act. 21 S. 24). Wäre es lediglich darum gegangen, den entstandenen Schaden zu ersetzen, hätte es näher gelegen, wenn die Klägerin den von ihr errechneten Betrag von CHF 9'990'582.-- (act. 1 S. 18) bzw. CHF 9'984'026.-- gemäss dem Schreiben der P (act. 4/37) überwiesen hätte.

3.2.5. Aus diesen Erwägungen erhellt, dass nicht von einem Fixgeschäft ausgegangen werden kann. Die P hatte demzufolge nach der falsch ausgeführten Transaktion vom 11. April 2003 ihren vertraglichen Erfüllungsanspruch nicht verloren und die nachträgliche Erfüllung durch die Klägerin in der Folge denn auch angenommen.

3.2.6. Lediglich nebenbei sei an dieser Stelle noch erwähnt, dass auch die Berechnung des als Schaden bezeichneten Betrages gewisse Fragen offen lässt. Insbesondere erscheint es widersprüchlich, wenn die Klägerin einerseits geltend macht, es sei der P darum gegangen, allfällige Kursgewinne innert kürzester Zeit, z.B. in Minuten oder Stunden, zu realisieren (act. 21 S. 24), und andererseits bei der Berechnung des angeblich entstandenen Schadens davon ausgeht, die P wäre — trotz steigenden Kursen — auch am 12. Mai 2003 noch im Besitz der gekauften EUR 50 Mio. gewesen.

4. Neben dem vorstehend abgehandelten Anspruch auf die vereinbarte Lieferung bzw. Gutschrift der EUR 50 Mio, entstand der P durch die Transaktion der Klägerin vom 11. April 2003 noch eine weitere Forderung, da zu Unrecht EUR 50 Mio, von ihrem Konto abgebucht worden waren. Für diese Belastung fehlte der Klägerin die Berechtigung, da keine entsprechende Weisung der Kontoinhaberin und damit kein Rechtsgrund bestand. In einem solchen Fall erleidet der Kunde keinen Schaden, da die Bank weiterhin gehalten ist, ihrer vertraglichen Verpflichtung nachzukommen. Der Kontoinhaber muss eine derartige Belastung seines Kontos nicht akzeptieren. Er hat einen Anspruch auf Rückvergütung bzw. Gutschrift der zu Unrecht abdisponierten Vermögenswerte und entsprechende Berichtigung des Saldos seines Kontos. Dieser ist als Erfüllungsanspruch zu qualifizieren, und zwar unabhängig davon, ob das Kontoverhältnis abgeschlossen oder weitergeführt wird (BGE 112 II 450 E. 3a= Fra 76 Nr. 144 S. 510; BGE 111 II 263 E. Ia; BGE vom 8. März 2001, 4C.377/2000, E. 1.b; ZR 104 Nr. 28 E. V.3; 97 Nr. 90; BK-Fellmann N 436 zu Art. 398 OR; BK-Gautschi, N 36c zu Art. 398 OR; Guggenheim, *Les contrats de la pratique bancaire suisse*, 4e édition, Chêne-Bourg/Genève 2000, S. 60 f., 428).

Da die P demzufolge einen Erfüllungsanspruch auf die von der Klägerin zu Unrecht abdisponierten EUR 50 Mio. hatte, war ihr daraus kein Schaden entstanden. Ein Schadenersatzanspruch gegenüber der Klägerin bestand daher nicht.

5. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die P einzig über Erfüllungsansprüche verfügte, nachdem die Klägerin am 11. April 2003 EUR 50 Mio. gegen US-Dollar verkauft, statt EUR 50 Mio, gekauft hatte. Einerseits behielt sie das

Recht aus (Kauf-) Vertrag auf die Beschaffung der EUR 50 Mio., da ein aliud geliefert worden war, und andererseits bestand in Bezug auf die zu Unrecht erfolgte Belastung des EUR-Kontos der Erfüllungsanspruch auf Gutschrift des entsprechenden Betrages. Da somit gar kein Schaden vorlag, war auch nie ein Schadenersatzanspruch der P gegeben. Zu prüfen ist aber, ob auch derartige Erfüllungsansprüche von der Haftpflichtversicherung gedeckt sind.

6.1. Gemäss Ziff. 3.1 der Versicherungspolice Nr. XXX (act. 4/1) ist die auf schweizerischen gesetzlichen Haftpflichtbestimmungen beruhende Haftpflicht der versicherten Bank und ihrer Angestellten für reine Vermögensschäden versichert, soweit ein diesbezüglicher Haftpflichtanspruch vom Geschädigten gegenüber der versicherten Bank oder einem ihrer Angestellten während der Vertragsdauer schriftlich geltend gemacht wird.

6.2. Die Klägerin ist gemäss Ziffer 1.3 der genannten Police versicherte Bank und geniesst damit Versicherungsschutz, wenn sie haftpflichtig wird. Dies ist auch zwischen den Parteien unbestritten.

6.3. Es steht sodann fest, dass die angeblich geschädigte P gegen die Klägerin keine Haftpflichtansprüche schriftlich geltend gemacht hat. Indessen anerkennt auch die Beklagte unter Hinweis auf Ziffer 9.3 der Police, dass dies der Klägerin dann nicht zum Nachteil gereicht, wenn der P ein Haftpflichtschaden so oder anders zu ersetzen gewesen wäre (act. 9 S. 21).

6.4.1. Strittig ist, welche Ansprüche von der Haftpflichtversicherung umfasst sind. Die Haftpflichtversicherung schützt das Vermögen des Versicherten gegen Haftpflichtansprüche von geschädigten Dritten. Wird der Versicherte als Schädiger aus einem Ereignis haftpflichtig, entsteht sein Versicherungsanspruch (Maurer, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 3. Aufl., Bern 1995, S. 539 f.; Kuhn/Müller-Studer/Eckert, Privatversicherungsrecht, 2. Aufl., Zürich 2002, S. 264). Die von der Versicherung gedeckte gesetzliche Haftpflicht umfasst dabei grundsätzlich die verschiedenen Arten der ausservertraglichen Haftpflicht, wie namentlich die Haftung aus unerlaubter Handlung (Art. 41 OR), sowie die vertragliche Haftung des Versicherten (Maurer, a.a.O., S. 539). Dass von der konkreten

Haftpflichtversicherung sowohl Schädigungen durch ausservertragliche Handlungen wie auch die vertragliche Haftung gedeckt werden sollten, anerkennen auch die Parteien (act. 21 S. 26; 25 S. 29). Grundsätzlich nicht der Haftpflicht zuzuordnen sind indessen Ansprüche auf reine Vertragserfüllung, denn die Vertragserfüllung ist keine Verbindlichkeit, deren Eintritt ungewiss ist, sondern eine Leistung, zu der sich die Vertragspartei verpflichtet hat und für die sie in der Regel auch eine Gegenleistung erhält (Koenig, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 3. Aufl., Bern 1967, S. 498).

6.4.2. Die Haftpflichtversicherung knüpft also an den Begriff der Haftpflicht an. Haftpflicht ist die Pflicht, für Schaden, den man anderen zugefügt hat, eintreten zu müssen. Die Haftpflichtbestimmungen regeln demzufolge die Ersatzpflicht aus Schadenszufügung (Keller, Haftpflicht im Privatrecht, Band I, 5. Aufl., Bern 1993, S. 30). Darunter fallen sowohl ausservertragliche wie vertragliche Schädigungen. Im Rahmen der vertraglichen Haftung spricht man vom eigentlichen Haftpflichtrecht allerdings vorwiegend im Zusammenhang mit der Verletzung von vertraglichen Nebenpflichten. Die Nichterbringung der vertraglichen Leistung — der Hauptverpflichtung — bedeutet Nichterfüllung des Vertrages und gehört eigentlich ins Vertragsrecht (Keller, a.a.O., S. 43, 370).

6.4.3. Aus diesen Erwägungen ergibt sich klar, dass vertragliche Erfüllungsansprüche nicht von der Deckung durch die Haftpflichtversicherung umfasst sind. Die Auffassung der Klägerin, die Leistungspflicht der Beklagten bestehe auch für Schäden der Klägerin im Zusammenhang mit der nachträglichen Erfüllung (act. 21 S. 25), findet nirgends eine Stütze. Dass das sogenannte Unternehmerisiko, nämlich die Ansprüche auf Erfüllung von Verträgen oder an deren Stelle tretende Ansprüche auf Ersatzleistung wegen Nichterfüllung oder nicht richtiger Erfüllung, nicht ausdrücklich von der Versicherung ausgeschlossen wurde, wie die Klägerin anführt (act. 21 S. 25), ist nicht von Bedeutung, da die Ansprüche auf Vertragserfüllung von vornherein nicht als Haftpflichtansprüche im Sinne der Versicherung qualifiziert werden können.

6.5. Die Kundin der Klägerin, die P, hatte, da sie noch immer über ihre Erfüllungsansprüche verfügte, gar keinen Schaden erlitten und damit keinen Haft-

pflichtanspruch gegen die Klägerin erworben. Die versicherte Gefahr, für den Schaden eines andern haftpflichtig zu werden, hat sich bei der Klägerin somit nicht verwirklicht. Eigene Schäden der Klägerin, die ihr allenfalls entstanden sind, weil sie in Erfüllung der Vereinbarung vom 11. April 2003 der P EUR 50 Mio. zum ursprünglich vereinbarten Kurs verkaufen musste und sie selber zufolge des inzwischen gestiegenen Kurses mehr dafür aufwenden musste, bilden nicht Gegenstand der Haftpflichtversicherung.

7. Die Klägerin hat im Rahmen ihrer Replik neben dem geltend gemachten Hauptbegehren auf Zahlung von CHF 9'490'582.-- zwei Eventualbegehren gestellt. Es bleibt zu prüfen, ob sich die Sachlage diesbezüglich anders präsentiert.

7.1. Die Klägerin verlangt eventualiter den Ersatz von CHF 5'503'342.25 und begründet dies damit, sie habe den Auftrag auf jeden Fall erst rund einen Monat später als zum vorgesehenen Datum ausgeführt, wodurch der P ein Verspätungsschaden im Sinne von Art. 103 OR entstanden sei. Es hätten durch den verspäteten Kauf der EUR 50 Mio. mehr US-Dollar aufgewendet werden müssen. Die Klägerin kommt so auf einen Schaden von USD 4'197'500.--, der aus der Kursdifferenz zwischen den Daten 11. April 2003 und 12. Mai 2003 resultiert (act. 21 S. 12 f.). Die Beklagte bestreitet einen entstandenen Verspätungsschaden (act. 25 S. 15).

Hierzu ist anzumerken, dass die Klägerin der P die EUR 50 Mio., abgesehen von einer unwesentlichen Abweichung, zu den ursprünglich vereinbarten Konditionen — nämlich dem vereinbarten Kurs bzw. dem unbedeutend höheren, aber von der P akzeptierten Kurs von 1.0726 — überwiesen hat (vgl. dazu oben 3.2.4). Dies entspricht dem Wesen des Erfüllungsanspruchs, der das Recht des Gläubigers darstellt, auch noch zu einem späteren Zeitpunkt die Leistung zu den vertraglich vereinbarten Bedingungen zu fordern. Aus der Kursdifferenz kann der P somit offensichtlich kein Schaden entstanden sein. Andere Aufwendungen oder Nachteile, welche der P allenfalls durch die verspätete Erfüllung angefallen sein könnten, hat die Klägerin aber gar nicht geltend gemacht. Demzufolge ist davon auszugehen, dass der P kein Verspätungsschaden entstanden ist — ein

solcher wurde von ihr offensichtlich auch gar nie geltend gemacht — und die Klägerin demnach keinen Anspruch gegen die Beklagte erheben kann.

7.2. Subeventualiter hat die Klägerin Haftpflichtversicherungsleistungen durch die Beklagte in der Höhe von CHF 1'112'000.-- beantragt (act. 21 S. 8). Aus ihren Ausführungen geht hervor, dass es sich dabei um den Schaden handeln soll, welcher bereits am Abend des 11. April 2003 entstanden sein soll. Nach den Aussagen der Klägerin soll die (Kurs-) Differenz USD 800'000.-- betragen haben, welche sie zu einem Kurs USD/CHF "von gemittelt 1.39" umrechnet (act. 21 S. 8). Zu diesem Eventualanspruch kann auf die obigen Erwägungen unter Ziffer 3 und 4 verwiesen und nochmals festgehalten werden, dass die P zu keinem Zeitpunkt einen Schaden erlitten und einen Haftpflichtanspruch gegen die Klägerin erworben hatte. Sie verfügte lediglich über Erfüllungsansprüche.

Zudem ist die gestellte Forderung der Klägerin über CHF 1'112'000.-- inhaltlich ohne genügende Begründung geblieben. So fehlt es bereits an einer eindeutigen Behauptung, welchen Stand der Kurs EUR/USD am Abend des 11. April 2003 erreicht hatte, denn die Klägerin führt lediglich aus, offensichtlich habe F festgestellt, dass der Kurs bereits bei 1.0806 oder darüber gelegen sei (act. 21 S.8). Auch in Bezug auf den Zeitpunkt -weshalb subeventualiter der "Schaden" am Abend des 11. April 2003 massgebend sein soll - sind keine weiteren Ausführungen erfolgt. Ferner ist unklar, wie die Klägerin auf einen mittleren Umrechnungskurs USD/CHF von 1.39 kommt. Ein Haftpflichtanspruch der P in Höhe von CHF 1'112'000.-- ist deshalb nicht gegeben.

7.3. Auch die geltend gemachten Eventualansprüche der Klägerin sind folglich nicht von der Berufshaftpflichtversicherung der Beklagten gedeckt.

8.1. Da eine Leitungspflicht der Beklagten aus der Haftpflichtversicherung mangels Vorliegens eines Haftpflichtanspruchs eines geschädigten Dritten ohnehin nicht gegeben ist, brachen die von der Beklagten geltend gemachten Ausschlussgründe nicht mehr geprüft zu werden.

8.2. Auch der von der Beklagten in der Duplik neu erhobene Einwand, die Transaktion vom 11. April 2003 gelte gemäss den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin mangels Beanstandung durch die P innert Monatsfrist als genehmigt, weshalb die P keine Ansprüche mehr hätte geltend machen können (act. 25 S. 27 f.), braucht unter den gegebenen Umständen nicht mehr geprüft zu werden. Der Beklagten ist allerdings insofern zuzustimmen, dass bei Annahme einer Genehmigung eine allfällige Vertragsverletzung der Klägerin geheilt und ein Schadenersatzanspruch der Kundin entfallen würde. Da ein Anspruch der Klägerin aus Haftpflichtversicherung indessen sowieso zu verneinen ist, kann die Frage, ob die P die Transaktion genehmigt hat, offen bleiben. Auf die Einholung einer Stellungnahme der Klägerin zu diesem Punkt kann deshalb verzichtet werden.

9 Eigene Schäden der Bank sind nur in ganz bestimmten Fällen im Rahmen der Vertrauensschadenversicherung gedeckt (act. 4/1 Ziff. 3.2). Selbst die Klägerin behauptet nicht, dass der vorliegende Sachverhalt unter diese Versicherung fällt. Da offensichtlich auch kein Fall der Computerstraftatenversicherung (act. 4/1 Ziff. 3.3) vorliegt, ist eine Leistungspflicht der Beklagten aus dem vorliegenden Versicherungsvertrag zu verneinen.

IV.

(Kosten- und Entschädigungsfolgen)

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Klägerin kosten- und entschädigungspflichtig (§§ 64 Abs. 2 und 68 Abs. 1 ZPO). Ist einer mehrwertsteuerpflichtigen Partei eine Prozessentschädigung zuzusprechen, hat dies zufolge Möglichkeit des Vorsteuerabzugs ohne Berücksichtigung der Mehrwertsteuer zu erfolgen (Praxisänderung des Kassationsgerichts des Kantons Zürich; Entscheid vom 19. Juli 2005, Kass.-Nr. AA0401767).

Derndemäss erkennt das Gericht:

1 Die Klage wird abgewiesen.

2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf
CHF 115'500.-- ; die weiteren Kosten betragen:
CHF 781.-- Schreibgebühren
CHF 703.-- Zustellgebühren
CHF 120.-- Vorladungsgebühren
3. Die Kosten werden der Klägerin auferlegt.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten eine Prozessentschädigung von CHF 139'000.-- zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien je gegen Empfangsschein und an das Bundesamt für Privatversicherungswesen, 3003 Bern.
6. Gegen diesen Entscheid kann

innert 30 Tagen nach dessen Empfang beim Kassationsgericht des Kantons Zürich, Postfach, 8022 Zürich, durch eine dem § 288 der Zivilprozessordnung (ZPO) entsprechende Eingabe im Doppel kantonale Nichtigkeitsbeschwerde im Sinne des § 281 ZPO geführt werden;

innert 30 Tagen nach dessen Empfang beim Handelsgericht des Kantons Zürich, Postfach, 8023 Zürich, wegen Verletzung von Bundesrecht im Sinne des Art. 43 des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege (OG) durch eine dem Art. 55 OG entsprechende Eingabe Berufung an das Schweizerische Bundesgericht erhoben werden.

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der Präsident:

Die juristische Sekretärin:

Oberrichter Dr. Eric Mazurczak



lic. iur. Judith Eberhard