



Mitwirkend: Oberrichter Dr. George Daetwyler, Präsident, Ersatzoberrichter Andreas Huizinga, die Handelsrichterin Ursula Suter, die Handelsrichter Dr. Felix Graber und Martin Fischer sowie der Gerichtsschreiber Roman Kariya

Urteil vom 23. November 2016

in Sachen

A._____ Corporation S.A.,

Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____

gegen

B._____ (Schweiz) AG,

Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y1._____,

substituiert durch Rechtsanwalt MLaw, LL.M. Y2._____

betreffend **Forderung**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- " 1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin USD 125'128.91 zuzüglich Verzugszins von 5% seit dem 29. August 2013 zu bezahlen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 8% MWST) zu Lasten der Beklagten."

1. Streitgegenstand

Die Klägerin ist eine auf den britischen Jungferninseln eingetragene juristische Person, die seit dem 16. April 2007 eine Vertragsbeziehung zur Beklagten, einer Bank mit Zweigniederlassung in Zürich, unterhält. Die Klägerin macht geltend, ein unberechtigter Dritter habe zwei Zahlungsaufträge in Höhe von je USD 100'000.– bei der Beklagten im Juni 2013 ausgelöst. In diesem Zusammenhang habe die Beklagte grobfahrlässig elementare Sorgfaltspflichten verletzt, weshalb nach wie vor der Anspruch auf Erfüllung bestehe, insoweit der Anspruch nicht bereits von einer weiteren Ersatzpflichtigen, namentlich ihrer Vermögensverwalterin, erfüllt worden sei. Die Beklagte bestreitet die Fälschung der Zahlungsaufträge und geht ferner davon aus, dass ihr keine unsorgfältige Tätigkeit vorzuwerfen sei, weshalb auch die Klage abzuweisen sei.

2. Prozessverlauf

2.1. Am 29. September 2014 (Datum Poststempel) machte die Klägerin die Klage am Handelsgericht des Kantons Zürich rechtshängig (act. 1). Den ihr mit Verfügung vom 1. Oktober 2014 auferlegten Vorschuss für die Gerichtskosten in Höhe von CHF 9'500.– leistete sie fristgerecht (act. 4 und 9). Auf Antrag der Beklagten vom 3. Dezember 2014 (act. 14) wurde die Klägerin mit Beschluss vom 22. Januar 2015 verpflichtet, eine Sicherheit für die Parteientschädigung in der Höhe von CHF 16'000.– zu leisten (act. 21). Nach Eingang der Sicherheit innert der Nachfrist (act. 23 und 25), wurde der Beklagten am 12. März 2015 Frist zur

Erstattung der Klageantwort angesetzt (act. 26). Die Klageantwortschrift wurde am 11. Mai 2015 erstattet (act. 28).

2.2. Da die vom Gericht anberaumte Vergleichsverhandlung vom 20. Oktober 2015 zu keiner Einigung der Parteien geführt hatte (Prot. S. 15 f.), wurde mit Präsidialverfügung vom 21. Oktober 2015 (act. 33) ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet und der Klägerin Frist zur Replik angesetzt. Die Replik datiert vom 29. Januar 2016 (act. 38), die Duplik vom 20. April 2016 (act. 42). Letztere wurde der Klägern mit Verfügung vom 27. April 2016 (act. 44) zugestellt. Mit Verfügung vom 17. August 2016 wurde den Parteien Frist angesetzt, um zu erklären, ob auf die Durchführung einer Hauptverhandlung verzichtet werde, unter Androhung, dass bei Stillschweigen Verzicht auf die Hauptverhandlung angenommen würde (act. 46). Die Beklagte hat mit ihrer Eingabe vom 31. August 2016 die Durchführung einer Hauptverhandlung beantragt (act. 48). In der Folge wurde die Hauptverhandlung am 23. November 2016 durchgeführt (Prot. S. 22 f.). Der Prozess erweist sich als spruchreif.

3. Zuständigkeit

3.1. Im Kontoeröffnungsdokument vom 16. April 2007 haben die Parteien in Ziffer 20 grundsätzlich den Erfüllungsort sowie den Hauptsitz der Beklagten für alle Verfahren bzw. den Ort der schweizerischen Niederlassung der Beklagten, mit welcher die Geschäftsbeziehung unterhalten wird, als Gerichtsstand vereinbart (act. 3/4). Die Parteien haben ihren jeweiligen statutarischen Sitz bzw. Wohnsitz in zwei unterschiedlichen Ländern, weshalb ein internationaler Sachverhalt vorliegt (DASSER, in: DASSER/OBERHAMMER [Hrsg.], SHK Lugano Übereinkommen, 2. Auflage, Bern 2011, Art. 1 N 10). Im internationalen Verhältnis wird die Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte durch das IPRG geregelt, wobei völkerrechtliche Verträge vorbehalten sind (Art. 1 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 IPRG). Am 1. Januar 2011 ist das revidierte Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelsachen (LugÜ, SR 0.275.12) in Kraft getreten. Die Zulässigkeit der Gerichtsstandsklausel beurteilt sich vorliegend nach Art. 23 dieses Übereinkommens. Die Vorschriften des revidierten Übereinkommens sind auf die vorliegende, nach des-

sen Inkrafttreten erhobene Klage anwendbar (vgl. Art. 63 Abs. 1 LugÜ; OETIKER/WEIBEL, in: OETIKER/WEIBEL [Hrsg.], Basler Kommentar, Lugano Übereinkommen, 2. Auflage, Basel 2015, Art. 63 N 3 ff.), da sowohl die Schweiz als auch Deutschland Signatarstaaten des LugÜ sind und für die Anwendung von Art. 23 LugÜ lediglich eine der Parteien (Wohn-) Sitz in einem LugÜ-Staat haben muss (Art. 23 Abs. 1 LugÜ; vgl. KILLIAS; in: DASSER/OBERHAMMER [Hrsg.], a.a.O., Art. 23 N 8). Der Streit ist ferner als Zivil- und Handelssache im Sinne von Art. 1 LugÜ zu qualifizieren, weshalb er auch in den sachlichen Zuständigkeitsbereich des LugÜ fällt. Die vorliegende Gerichtsstandsvereinbarung ist im Lichte von Art. 23 lit. a LugÜ nicht zu beanstanden. Die Zuständigkeit des hiesigen Gerichts wird denn auch nicht bestritten.

3.2. Die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichtes ist ebenfalls gegeben, da die Beklagte als Firma im schweizerischen Handelsregister eingetragen ist, der hier zu beurteilende Streit sich auf Handelsverhältnisse bezieht und der Streitwert CHF 30'000.– übersteigt (Art. 6 Abs. 2 und 3 ZPO, § 44 lit. b GOG).

4. Unbestrittener Sachverhalt

4.1. Seit dem 16. April 2007 besteht eine vertragliche Beziehung zwischen den Parteien (vgl. act. 1 Rz 12). Die Organe der Klägerin unterzeichneten gleichentags einen Antrag samt Freistellung für die Übermittlung von Aufträgen per Telefon, Fax und anderen elektronischen Kommunikationsmitteln (E-Mail usw.; act. 28 Rz 5 ff.; act. 29/1). Demzufolge trägt der Kunde sämtliche Risiken und Schäden des gewählten Übertragungsmittels, ausser im Falle von grober Fahrlässigkeit der Bank. Die klägerische Bestreitung eines diesbezüglichen Konsens' trotz unterschriebener Bekräftigung bleibt unsubstantiiert und ohne Nennung von Beweismitteln (vgl. act. 1 Rz 73; act. 38 Rz 33 und 92). Diese Klausel ist demnach grundsätzlich Vertragsbestandteil geworden (vgl. nachfolgend präzisierend E. 8).

4.2. Fest steht ebenso, dass mit der C._____ Management AG (fortan "C'._____" genannt) eine Vermögensverwalterin eingesetzt wurde. Die Vermögensverwaltungsvollmacht wurde insofern beschränkt, als die Verwalterin nicht

ermächtigt ist, Vermögenswerte abzuziehen oder zu verschieben, es sei denn, es geschehe mit schriftlicher Ermächtigung des Vollmachtgebers (act. 1 Rz 13).

4.3. Die C'._____ erhielt am Morgen des 10. Juni 2013 einen Zahlungsauftrag in Höhe von USD 100'000.– von den E-Mail-Adressen D'._____@gmail sowie E'._____@gmail zu Gunsten eines F'._____ in Singapur. Gleichentags leitete die C'._____ den Zahlungsauftrag wiederum mit E-Mail an die Beklagte weiter (vgl. act. 1 Rz 15 f.; act. 3/9 f.; act. 38 Rz 12 und 78; act. 42 Rz 40 f.). Der Zahlungsauftrag wurde am Folgetag ausgeführt. Die tatsächlichen E-Mail-Adressen der zeichnungsberechtigten Organe der Klägerin lauten indes D'._____@ gmail sowie E'._____@gmail (act. 38 Rz 12). Am 14. Juni 2013 wurde nach dem gleichen Muster ein zweiter Zahlungsauftrag in nämlicher Höhe ausgeführt. Die Klägerin hat keine(n) Bezug oder Beziehungen zu Singapur (act. 38 Rz 6 und Rz 75 sowie Rz 78; act. 42 Rz 34 f. [unsubstantiierte Bestreitung] und Rz 73 f.). Am 17. Juni 2013 verifizierte die Beklagte die beiden Zahlungsaufträge per Mail bei der Vermögensverwalterin (act. 28 Rz 48), welche am Folgetag die Unbedenklichkeit der Transaktionen bescheinigte. Ein dritter Zahlungsauftrag in Höhe von USD 120'670.–, angewiesen am 18. Juni 2013, wurde auf Intervention der Klägerin gestoppt (act. 28 Rz 22). Zugleich hatte auch die Beklagte die Verkaufsaufträge bis zur Klärung der Umstände des Überweisungsauftrags zurückgestellt.

4.4. Unbestritten sind zudem die internen Weisungen der Beklagten, die betreffend Legitimationsprüfung von per E-Mail eintreffenden Zahlungsaufträgen Folgendes festhalten (act. 1 Rz 58; act. 28 Rz 57; act. 3/30):

"2.3.1 Rückrufverfahren und empfohlene Dokumentation

Für alle HRM [Hochrisiko Medien wie beispielsweise E-Mails] Geld/Wertschriften Instruktionen > CHF 300'000.– (oder gleichwertig) sowie für alle E-Mail Instruktionen von aussen ungeachtet des Betrags und/oder Verschlüsselung müssen die Klienten durch einen zweiten Angestellten angerufen werden (d.h. durch einen anderen als denjenigen, der die Instruktion durch Telefon, Fax oder E-Mail bekam), um die Details der Instruktion zu verifizieren.

Der Rückruf muss wie folgt dokumentiert werden:

(...)."

5. Wesentlicher Standpunkt der Parteien

5.1. Die Klägerin hielt dafür, die beiden per Mail an die Vermögensverwalterin gesandten Zahlungsaufträge seien Fälschungen (act. 1 Rz 15-19). Wären die E-Mail-Adressen der Organe der Klägerin hinterlegt gewesen, so hätte die Beklagte die Fälschungen bemerkt (act. 38 Rz 12). Die Unterschriftenprüfung durch Herrn G._____, Organ der Beklagten, habe unsorgfältig stattgefunden (act. 38 Rz 52 und 79). Der Beklagten sei bei der Ausführung und Überprüfung der fraglichen Zahlungsaufträge grobe Fahrlässigkeit vorzuwerfen (act. 1 Rz 98 und act. 38 Rz 91). Die Beklagte habe es unterlassen, den Zahlungsauftrag bei der Klägerin zu verifizieren, obwohl dies bei Mailaufträgen Usanz sei und auch aus den Weisungen der Beklagten selbst hervorgehe (act. 1 Rz 25 und Rz. 68). Die Vermögensverwalterin sei nicht zur Verifizierung der Zahlungsaufträge berechtigt gewesen (act. 1 Rz 69).

5.2. Die Beklagte hielt dagegen, dass die fraglichen Zahlungsaufträge nicht gefälscht seien (act. 28 Rz 14). Die Beklagte habe die Zahlungsaufträge sodann bei der C'._____ verifizieren können (act. 28 Rz 16 f.). Selbst die Hinterlegung von E-Mail-Adressen der Kunden sei keine Sicherheitsgarantie, zumal von Seiten der Klägerin mit von jedermann erstellbaren Gmail-Adressen operiert worden sei (act. 42 Rz 41); im Übrigen könne eine E-Mail-Adresse über das sogenannte Spoofing sehr leicht gefälscht werden (act. 42 Rz. 28 ff.). Die Unterschriften seien von Herr G._____, Hilfsperson der Beklagten, anhand der hinterlegten Unterschriftenmuster geprüft worden und hätten übereingestimmt (act. 28 Rz 13 und act. 42 Rz 63 f.). Die Aufträge hätten keinen Argwohn erregt (act. 28 Rz 15; act. 42 Rz 36). Das Bestehen einer Usanz mit Blick auf einen Call-Back sei bestritten (act. 28 Rz 45); es bestehe keine vertragliche Pflicht, einen per E-Mail übermittelten Überweisungsauftrag vorab beim Kunden per Telefon zu bestätigen (act. 28 Rz 36). Interne Weisungen begründeten keine vertraglichen Pflichten gegenüber den Kunden (act. 28 Rz 57). Eine Verifizierung habe sinnvollerweise, dessen Begünstigung ausgenommen, beim Vermögensverwalter zu erfolgen (act. 28 Rz 50). Es bestehe kein direkter Kontakt mit dem Kunden, zumal der Kunde durch den Vermögensverwalter gehandelt habe (act. 28 Rz 35). Ferner stammten die Orga-

ne der Klägerin aus Venezuela; man habe sie durch eine unerwünschte Kontaktaufnahme nicht unnötig in Gefahr bringen dürfen/wollen (act. 42 Rz 8-14). Schliesslich sei darauf hinzuweisen, dass bereits frühere von der Klägerin stammende Zahlungsaufträge über die C'._____ der Beklagten weitergeleitet worden seien (act. 42 Rz 18). Die Beklagte habe alles in ihrer Macht stehende unternommen, um sich von der Plausibilität der Zahlungsaufträge zu überzeugen. Ihr Verhalten sei daher nicht grobfahrlässig gewesen (act. 42 Rz 27).

6. Anwendbares Recht

In Ziffer 20 der Kontoeröffnungsdokumente vom 16. April 2007 (act. 3/4) haben die Parteien auf ihre Rechtsbeziehung Schweizer Recht für anwendbar erklärt (act. 1 Rz 5). Damit wurde im Sinne von Art. 116 IPRG gültig eine Rechtswahl zugunsten Schweizer Rechts getroffen.

7. Anspruchsgrundlage und Beweislast

7.1. Die Eröffnung eines Kontos und damit der Abschluss eines Kontokorrentvertrages bilden die Basis für die Aufnahme der Geschäftsbeziehung eines Kunden mit der Bank (EMCH/RENZ/ARPAGAU, Das Schweizerische Bankgeschäft, 7. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2011, Rz. 655). Beim zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag handelt es sich um einen Kontokorrentvertrag bzw. um einen Girovertrag – soweit die bargeldlose Abwicklung des Zahlungsverkehrs betroffen ist. Mit Blick auf die Komponente eines Darlehens bzw. der Hinterlegung steht dem Kunden ein schuldrechtlicher Anspruch auf Erstattung der von ihm eingebrachten Werte zu.

7.2. Verlangt der Kunde als Gläubiger die Rückerstattung seines Kontoguthabens, so macht er einen Anspruch auf Vertragserfüllung geltend, welcher nicht von einem Verschulden der Bank als Vertragsschuldnerin abhängt (vgl. BGer 9C_675/2011 vom 28. März 2012 E 3.1 mit Hinweis auf BGer 4A_536/2008 vom 10. Februar 2009 E. 5.2, BGE 132 III 449 E. 2 S. 452, 112 II 450 E. 3a S. 454, 111 II 263 E. 1 S. 265, 108 II 314 E. 2 S. 315 f. sowie Literatur; Besprechung von BGE 132 III 449 in ZBJV 146/2010 S. 554 ff., 578). Die richtige Erfüllung be-

schlägt den Leistungsinhalt, die Person des Leistenden, die Person des Leistungsempfängers, den Leistungsort und die Leistungszeit (BK-WEBER, N 13 zu Einleitung und Vorbemerkungen zu Art. 68-96 OR). Der Schuldner hat dem Gläubiger zu leisten. Leistet er an einen Dritten, erfüllt er nach schweizerischem Recht grundsätzlich nicht, selbst wenn er gutgläubig ist, es sei denn, die Leistung an den Dritten sei vertraglich vereinbart, entspreche einer Weisung oder Ermächtigung des Gläubigers, werde von diesem nachträglich genehmigt oder erfolge aufgrund einer allgemeinen Verkehrsübung, kraft Gesetzes oder in Befolgung einer behördlichen Anordnung (BGer 4C.28/2008 vom 15. Dezember 2003 E. 3.2.1 mit weiteren Hinweisen). Die Schuldnerin trägt somit das Risiko einer Leistung an einen Unberechtigten und hat ein zweites Mal zu erfüllen. Anders verhält es sich, wenn zwischen den Parteien eine Überwälzung dieses Risikos vereinbart wurde (BGer 9C_675/2011 vom 28. März 2012 E. 3.2; Besprechung von BGE 132 III 449 in ZBJV 146/2010 S. 554 ff., 578). Hat der Gläubiger – z.B. durch treuwidriges Erwecken des Scheines der Empfangszuständigkeit des Dritten – die Schuldnerin zur Leistung an diesen Dritten verleitet, ist sein Anspruch erloschen. Hat er die Fehlleistung zumindest mitverschuldet, steht der Schuldnerin gegen die Erfüllungsklage des Gläubigers ein Schadenersatzanspruch zu (BK-WEBER, N 121 f. zu Art. 68 OR). Der Nachweis richtiger Erfüllung des Vertrags obliegt der Vertragsschuldnerin (BGer 9C_675/2011 vom 28. März 2012 E. 3.2).

7.3. Vorliegend ist die Beklagte somit beweisbelastet dafür, dass die überwiesenen USD 200'000.– auf Anweisung/Zahlungsaufträge der Klägerin hin erfolgten.

7.4. Die Beklagte untermauert ihre Behauptung, es lägen zwei authentische Zahlungsaufträge der Klägerin vor, nicht mit Beweismitteln (vgl. act. 28 Rz 14; act. 42 Rz 5). Eine spätere Beibringung ist zudem ausgeschlossen (Art. 229 ZPO). Der der Beklagten obliegende Beweis der Erfüllung erscheint damit antizipiert als nicht erbringbar. Damit wird auch der von der Klägerin offerierte Gegenbeweis (vgl. act. 38 Rz 6 und 13) obsolet (vgl. dazu LEU, in: DIKE-Kommentar zur ZPO [Hrsg.: BRUNNER/GASSER/SCHWANDER], 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2016, N 71 zu Art. 154).

7.5. Die Leistung der Beklagten erfolgte an eine unberechtigte Person bzw. nicht auf Weisung der Klägerin.

8. Überwälzung des Risikos der Nicht-Leistung auf die Klägerin

8.1. Wie oben ausgeführt (Ziffer 7.2), trägt grundsätzlich die Beklagte das Risiko einer Leistung an einen Unberechtigten. Zu prüfen ist, ob – wie von der Beklagten behauptet – zwischen den Parteien eine Überwälzung dieses Risikos auf die Klägerin als Bankkundin vereinbart wurde.

8.2. Die Parteien sind sich über die Vereinbarung der Risikoüberwälzung, deren Umfang und Tragweite uneinig (Hilfspersonenhaftung versus Organhaftung etc.); fest steht aufgrund von Art. 100 Abs. 1 OR sowie der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGer 4A_54/2009 E. 1) als auch nach Ansicht der Parteien (act. 1 Rz 75; act. 28 Rz 27) indes, dass der Ausschluss der Haftung für grobe Fahrlässigkeit nicht zulässig ist. Wie nachfolgend zu zeigen ist, kann auf eine weitere Präzisierung des zwischen den Parteien Vereinbarten verzichtet werden.

9. Umfang der Sorgfaltspflichtverletzung der Beklagten

9.1. Nach Ansicht der Klägerin ist der Beklagten bei der Ausführung und Überprüfung der fraglichen Zahlungsaufträge grobe Fahrlässigkeit vorzuwerfen (act. 1 Rz 98 und act. 38 Rz 91); die Beklagte hielt dagegen, ihr Verhalten sei nicht grobfahrlässig gewesen (act. 28 Rz 32 und act. 42 Rz 27).

9.2. Gemäss Art. 398 Abs. 2 OR hat die Bank das ihr übertragene Geschäft getreu und sorgfältig auszuführen. Das Mass der Sorgfalt bestimmt sich nach objektiven Kriterien. Erforderlich ist die Sorgfalt, welche ein gewissenhafter Beauftragter in der gleichen Lage bei der Besorgung der ihm übertragenen Geschäfte anzuwenden pflegt. Höhere Anforderungen sind an den Beauftragten zu stellen, der seine Tätigkeit berufsmässig gegen Entgelt ausübt. Dabei ist nach der Art des Auftrages zu differenzieren und auch die besonderen Umständen des Einzelfalles Rechnung zu tragen (vgl. ZR 104 Nr. 28). Aufgrund der Treuepflicht hat der Beauftragte alles zu tun, was zur Erreichung des Auftragserfolges erforderlich ist und alles zu unterlassen, was dem Auftraggeber Schaden zuzufügen vermöchte. In

den Bereich der Treupflichten fallen auch die Aufklärungs- und Benachrichtigungspflichten, die auch im Zusammenhang mit der sorgfältigen Auftragsausführung zu sehen sind. Das Mass der geforderten Aufklärungspflicht als Ausfluss der allgemeinen Treue des Beauftragten bestimmt sich nach den Umständen und der Natur des Auftrages (BSK ZGB I-WEBER, Art. 398 N 8).

9.3. Folgende Aspekte indizieren in casu eine Unsorgfältigkeit der Beklagten:

- Es handelt sich um zwei sechsstellige Zahlungsaufträge. Generell obliegt Beauftragten bei höheren Summen eine erhöhte Sorgfaltspflicht.
- Beide Zahlungsaufträge lauten zugunsten desselben, bislang unbekanntem Empfängers in Singapur. Die Klägerin hatte bis zu diesem Zeitpunkt keine Beziehungen und keinen Bezug zu Singapur. Damit lag eine Abweichung vom üblichen Geschäft vor, welche wiederum erhöhte Anforderungen an die Ausübung der Sorgfalt der Beauftragten stellt.
- Die Kenntnis und Überprüfung der E-Mail-Adressen der Organe der Klägerin im Rahmen der Weiterleitung der Zahlungsaufträge über die C'._____ hätte den Gebrauch gefälschter E-Mail-Adressen erkennen lassen. Entgegen den Darlegungen der Beklagten lag im hier zu beurteilenden Fall gerade keine "Spoofing" – Täuschung über den Absender der E-Mail – vor, sondern es wurden von den Fälschern fast gleichlautende, indes **falsche** E-Mail-Adressen verwendet: D.____@gmail sowie E.____@gmail anstelle von D'.____@gmail sowie E'.____@gmail.
- Eine interne Weisung der Beklagten sieht bei den hier in Frage stehenden Zahlungsaufträgen zwingend einen Rückruf beim Kunden vor.
- Die C'._____ war im vorliegenden Kontext nicht Hilfsperson der Klägerin; ob der klägerische Erfüllungsanspruch an einer Rechtsscheinhafung scheitert, ist später zu prüfen.

9.4. Die Beklagte führte ins Feld, dass sie die Überweisungsaufträge von der C'._____ erhalten habe, dass die Überprüfung der Unterschriften Frau H._____ als unterzeichnende Person anhand des Unterschriftenmusters ergeben habe, dass im Auftrag die geheime Kontonummer der Klägerin genannt und auch die zuständige Person der Beklagten (Herr I._____) angesprochen gewesen sei. Schliesslich habe die C'._____ auf Rückfrage hin die Richtigkeit der Zahlungsaufträge bestätigt. Auch früher seien bereits Zahlungsaufträge via die C'._____ per E-Mail weitergeleitet worden. Zu diesen Aspekten gilt was folgt:

- Das vermeintliche Auftreten der Vermögensverwalterin als Botin entbindet die Beklagte nicht von einer sorgfältigen und gewissenhaften Prüfung der Urheberschaft der Zahlungsaufträge.
- Das Verwenden der geheimen Kontonummer und die bislang gelebte Praxis indiziert die Authentizität der Zahlungsaufträge.
- Die Klägerin führte in der Replik zur Behauptung der Beklagten – es sei die zuständige Person der Bank angesprochen gewesen – aus, dass Herr I._____ bei der C'._____ arbeite (act. 38 Rz 97) und untermauerte die Behauptung mit einem entsprechenden Handelsregisterauszug (act. 39/1); damit liegt diesbezüglich kein zusätzlicher Anhaltspunkt für den Bestand echter Zahlungsaufträge vor.
- Die Bestätigung der Richtigkeit der Zahlungsaufträge durch die C'._____ stellt grundsätzlich ein Indiz der Authentizität der Zahlungsaufträge dar. In casu ist dieses Indiz aber in dreifacher Hinsicht zu relativieren. Erstens erfolgte die Kontaktaufnahme auf dem gleichen Weg, auf welchem die zweifelhaften Zahlungsaufträge eintrafen, zweitens besass die C'._____ keine Vollmacht oder Weisung, die Zahlungsaufträge zu verifizieren, zumal sie nicht ermächtigt war, Vermögenswerte ohne vorherige **schriftliche** Ermächtigung der Klägerin ganz oder teilweise abzuziehen oder zu verschieben und drittens erfolgte die Verifizierung erst *nach* der Ausführung der Aufträge (Ausführung am 11. und 14. Juni 2013; Verifizierung am 17./18. Juni 2013), wobei erst in der

Hauptverhandlung und damit zu spät und unsubstantiiert bzw. nicht belegt behauptet wurde, die Aufträge hätten am 18. Juni 2013 noch gestoppt werden können (vgl. act. 28 Rz 16 f.; act. 56 Rz. 9).

- Die Parteien sind sich uneins über die Sorgfältigkeit der Prüfung der angeblichen Unterschriften der Vertreterin der Klägerin, H._____, auf den Zahlungsaufträgen durch G._____, Mitarbeiter der Beklagten. Diese Frage kann im Rahmen einer antizipierten Beweiswürdigung offen gelassen werden. Selbst wenn der Beklagten der Beweis einer einlässlichen Unterschriftenprüfung gelänge, ist nämlich im sogleich zu würdigenden Ergebnis von einer qualifiziert unsorgfältigen Ausführung der Überprüfung der beiden Zahlungsaufträge auszugehen. Der Prüfung der Unterschrift kommt bei E-Mail-Aufträgen ohnehin nicht die gleich zentrale Bedeutung wie bei schriftlichen Aufträgen zu; vielmehr sind sämtliche Umstände der Auftragserteilung im Kontext zu berücksichtigen.
- Die von der Beklagten angeführten Zahlungsaufträge vom 14. Juli 2011 und 22. Mai 2013 (act. 43/5-6) sind hinsichtlich des Masses der Sorgfalt bei der Prüfung der vorliegend zu beurteilenden Zahlungsaufträge irrelevant. Abgesehen davon, dass jene Zahlungsaufträge – bezüglich deren im Übrigen ebenfalls die Zeichnungsberechtigung geprüft werden musste – im Vergleich zu den vorliegend in Frage stehenden von der Beklagten nicht näher umschrieben wurden, betrafen sie zudem lediglich bankinterne Zahlungen. Demnach lassen sich jene Vorgänge denn auch nicht mit den vorliegend in Frage stehenden vergleichen. Offen bleiben kann, ob die diesbezüglichen klägerischen Ausführungen, welche erst anlässlich der Hauptverhandlung und nicht im Rahmen des Replikrechts erfolgten, überhaupt Berücksichtigung finden könnten.

9.5. Grobe Fahrlässigkeit liegt dann vor, wenn elementare Vorsichtsmassnahmen missachtet wurden, die sich unter den gegebenen Umständen jedem vernünftigen Menschen aufdrängen mussten.

9.5.1. Angesichts der Höhe der Zahlungsaufträge und dem bislang unbekanntem Zahlungsempfänger in Singapur, ist jedenfalls nicht von einem Routinegeschäft auszugehen, was die Beklagte deshalb zu erhöhter Sorgfalt hätte veranlassen müssen. Sowohl durch die Hinterlegung der E-Mail-Adressen der Organe der Klägerin als auch durch einen einfachen und zeitgerechten Rückruf hätten die Dispositionen ohne weiteres vermieden werden können. Vorliegend ist zudem nicht von einer ausserordentlichen Dringlichkeit der Zahlungsaufträge auszugehen. Kontrollmassnahmen drängten sich umso mehr auf, als die Zahlungsaufträge von falschen E-Mail-Adressen aus weitergeleitet wurden. Entsprechend sind denn auch die Weisungen der Beklagten gefasst, die einen Rückruf beim Kunden erheischen.

9.5.2. Es wäre eine direkte Kontaktaufnahme zur Klägerin angezeigt gewesen. Die pauschal und unsubstantiiert gehaltene Behauptung der Beklagten, keine sorgfältig agierende Bank trete unvermittelt mit Kunden aus politisch und wirtschaftlich sensiblen Ländern in Kontakt (act. 42 Rz 14), verfängt vor diesem Hintergrund nicht. Daran ändert auch die Vereinbarung banklagernder Post nichts: Es ist davon auszugehen, dass der Kunde mit einer Banklagernderklärung nur das Risiko eingeht, mit dem er vernünftigerweise rechnen muss. Der Kunde muss in guten Treuen nicht damit rechnen, dass ungewöhnliche Zahlungsaufträge, weitergeleitet von falschen E-Mail-Adressen über eben diesen Kommunikationskanal verifiziert werden (vgl. dazu ZR 106 [2007] Nr. 1 E. 4c). Dies gilt umso mehr, als auch die C'._____ als Vermögensverwalterin fraudulös hätte gehandelt haben können. Irrelevant bleibt damit auch, dass bereits früher Zahlungsaufträge der Klägerin via die C'._____ der Beklagten per E-Mail weitergeleitet wurden, zumal hier die genannten Aspekte zu einer sorgfältigen Überprüfung der Aufträge mahn-ten. Wie die Klägerin zu Recht dartut, lag keine Instruktion vor, man dürfe sie nicht persönlich kontaktieren (vgl. act. 38 Rz 86; – vgl. dazu auch BGer 4C.315/2005 vom 2. Mai 2006). Auf die Bestätigung der C'._____ durfte die Be-

klagte als professionelle Dienstleisterin mit entsprechend hohen Anforderungen an die Sorgfaltspflicht demzufolge nicht vertrauen, welche Bestätigung zudem, wie erwogen, erst nach Auslösung der Zahlungsaufträge erfolgte.

9.5.3. Die Beklagte stellt sich schliesslich sinngemäss auch auf den Standpunkt, sie habe die C'._____ in gutem Glauben als Erklärungsbotin der Klägerin betrachten dürfen. Unter bestimmten Voraussetzungen zeitigt die Leistung an einen Nichtberechtigten ebenfalls befreiende Wirkung. Diese Tilgungswirkung kann sich insbesondere aus einer Rechtsscheinhaftung des Gläubigers ergeben. Erforderlich ist dazu einerseits, dass der Schuldner im Vertrauen auf einen objektiv beachtlichen Rechtsschein den Empfänger als zur Entgegennahme der Leistung berechtigt halten durfte, mithin gutgläubig an ihn leistete, und andererseits, dass dieser Rechtsschein dem Gläubiger zurechenbar ist (BGer 4C.28/2008 vom 15. Dezember 2003 E. 3.2.1). Der gute Glaube wird gesetzlich vermutet (Art. 3 Abs. 1 ZGB). Wer indessen bei der Aufmerksamkeit, wie sie nach den Umständen verlangt werden darf, nicht gutgläubig sein konnte, ist nicht berechtigt, sich auf den guten Glauben zu berufen (Art. 3 Abs. 2 ZGB). Bei besonders risikobehafteten Geschäften besteht dabei eine Abklärungs- oder Erkundigungspflicht nicht erst bei konkretem Verdacht des Rechtsmangels, sondern bereits, wenn aufgrund der Umstände Anlass zu Misstrauen besteht (BGer 4C.28/2008 vom 15. Dezember 2003 E. 3.2.3). Aufgrund der genannten Umstände hätte seitens der Beklagten Anlass zu Misstrauen und näheren Abklärungen bestanden. Eine Verifizierung bei der C'._____ genügte aus den erwogenen drei Gründen (vgl. E. 9.4.) nicht. Die Beklagte kann sich nicht auf den guten Glauben berufen.

9.5.4. Im Kontext aller relevanten Umstände erscheinen die beiden Zahlungsaufträge als qualifiziert unsorgfältig ausgeführt, unabhängig davon, inwiefern die Prüfung der Unterschriften erfolgte und unabhängig davon, ob eine generelle Usanz der Banken zu Rückrufen bei E-Mail-Aufträgen besteht. Es wäre die genauere Verifizierung des Auftrags und Auftragsgebers angezeigt gewesen, sei es durch Einfordern der Originalaufträge, sei es durch ein Call-Back-Verfahren beim Kunden, sei es durch andere Mechanismen – bspw. zeitgemässe IT-Sicherheitschecks (Strichlisten, Access-Cards, Authentifizierung der E-Mail-Adresse, etc.). Das ein-

getretene Risiko wäre ohne weiteres zu verhindern gewesen. Der Beklagten ist in diesem Zusammenhang grobe Fahrlässigkeit vorzuwerfen; die Vereinbarung der Parteien betreffend Risikoüberwälzung kommt entsprechend nicht zum Tragen.

10. Höhe des Anspruchs

Es wurden weder Anhaltspunkte für eine Genehmigung noch für eine Reduktion der Forderung zufolge Eigenverantwortlichkeit der Klägerin behauptet. Die Erfüllungsklage der Klägerin ist daher im beantragten, unbestrittenen Umfang von USD 125'128.91 ausgewiesen (USD 200'000.–, abzüglich der von der Ersatzpflichtigen C'_____ geleisteten USD 75'000.–, zuzüglich der veranschlagten Bankspesen über USD 128.91; vgl. act. 1 Rz 10).

11. Verzugszins

11.1. Die Klägerin verlangt Verzugszins zu 5 % seit 29. August 2013. Sie habe die Beklagte mit Schreiben vom 27. August 2013 unmissverständlich zur unverzüglichen Erbringung der streitgegenständlichen Ansprüche aufgefordert. Spätestens am 29. August 2013 sei das Schreiben in den Machtbereich der Beklagten gelangt (act. 1 Rz 97). Mangels anderer Abrede sei der Saldo der Konti sofort fällig (Art. 75 OR; act. 38 Rz 90).

11.2. Die Beklagte entgegnete, es sei lediglich valutagerechte Gutschrift auf dem Konto verlangt worden. Solch eine Buchung stelle keine Zahlung einer Geldschuld im Sinne von Art. 104 OR dar, weshalb keine Verzugszinsen geschuldet seien. Verzugszinsen seien daher frühestens ab der Klageeinleitung geschuldet (act. 28 Rz 68; act. 42 Rz 86).

11.3. Mit Schreiben vom 27. August 2013 (act. 3/32) wurde die Beklagte in Verzug gesetzt. Mittelbar wird mit der valutagerechten Gutschrift auf dem Konto der Klägerin bei der Beklagten die Zahlung einer Geldschuld beantragt. Weiter ist einhergehend mit der Auffassung der Klägerin von einer sofortigen Fälligkeit des Saldos auszugehen (vgl. Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 20. März 2012, LB110077/U S. 89 f.). Art. 104 Abs. 1 OR gelangt zur Anwendung,

weshalb der von der Klägerin geforderte gesetzliche Verzugszins von 5 % ab dem 29. August 2013 ausgewiesen und zuzusprechen ist.

12. Kosten- und Entschädigungsfolge

12.1. Der Streitwert richtet sich nach dem Rechtsbegehren zum Zeitpunkt der Klageeinreichung beim Gericht (BSK ZPO-RÜEGG, Art. 91 N 3 ff.). Er beträgt nach Massgabe der bei Einreichung der Klageschrift geltenden Währungskurse umgerechnet CHF 119'318.– (USD 125'128.91; Kurs USD 1 = CHF 0,95356 am 1. Oktober 2014).

12.2. Ausgangsgemäss wird die Beklagte kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG), während die Höhe der Parteientschädigung gemäss der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 festzusetzen ist (Art. 96 ZPO i.V.m. § 48 Abs. 1 lit. c und Abs. 2 des Anwaltsgesetzes vom 17. November 2003). Sowohl die Gerichtsgebühr als auch die Parteientschädigung richten sich in erster Linie nach dem Streitwert bzw. nach dem Streitinteresse (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG; § 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV). Bei der Festsetzung der Parteientschädigung an die Kläger sind die eingereichten Rechtsschriften und die durchgeführte Instruktionsverhandlung zu berücksichtigen (§§ 4 und 11 AnwGebV). Es ist von einem durchschnittlich aufwendigen Verfahren auszugehen, weshalb es sich rechtfertigt, die Gerichtsgebühr auf CHF 9'500.– und die Parteientschädigung auf CHF 17'000.– festzusetzen.

12.3. Die Klägerin beantragt, ihr sei die Parteientschädigung unter Zuzug von Mehrwertsteuer zuzusprechen (act. 1 S. 2). Ob eine Grundlage für den entsprechenden Antrag der Klägerin besteht, erscheint angesichts des ausländischen Sitzes derselben bereits fraglich. Die Klägerin hat diesbezüglich jedenfalls nichts ausgeführt. Dem Gericht ist es daher auch nicht möglich zu prüfen, inwiefern beziehendenfalls die grundsätzliche Möglichkeit eines Vorsteuerabzugs nicht bzw. nicht vollumfänglich bestehen sollte. All dies wäre von der Klägerin zu behaupten und zu belegen gewesen (vgl. BGer 4A_552/2015 vom 25. Mai 2016 E. 4.5.;

ZR 104 [2005] Nr. 76; SJZ 101 [2005] 531 ff.), was sie indessen nicht tat. Demgemäss ist der Klägerin die Parteientschädigung ohne Mehrwertsteuer zuzusprechen.

Das Handelsgericht erkennt:

1. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin USD 125'128.91 zuzüglich Verzugszinsen von 5 % seit dem 29. August 2013 zu bezahlen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 9'500.–.
3. Die Kosten werden der Beklagten auferlegt und vorab aus dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss gedeckt. Der Klägerin wird in diesem Umfang das Rückgriffsrecht auf die Beklagte eingeräumt.
4. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Parteientschädigung von CHF 17'000.– zu bezahlen.
Die für die Parteientschädigung der Beklagten von der Klägerin geleistete Sicherheitsleistung wird dieser nach Rechtskraft dieses Urteils zurückerstattet.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
6. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 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 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Der Streitwert beträgt CHF 119'318.–.

Zürich, 23. November 2016

Handelsgericht des Kantons Zürich

Vorsitzender:

Gerichtsschreiber:

Dr. George Daetwyler

Roman Kariya