

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}

4A_10/2013

Urteil vom 28. Mai 2013

I. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichterin Klett, Präsidentin,
Bundesrichter Corboz, Kolly,
Bundesrichterinnen Kiss, Niquille,
Gerichtsschreiber Luczak.

Verfahrensbeteiligte
X. _____ Ltd,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Raymond Bisang,
Beschwerdeführerin,

gegen

Y. _____ Bank (Schweiz) AG,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Reto Arpagaus,
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand
Auftrag; Banküberweisung; Internationales Privatrecht,

Beschwerde gegen das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 6. November 2012.

Sachverhalt:

A.

Die X. _____ Ltd (Klägerin, Beschwerdeführerin) ist eine in Australien domizilierte Gesellschaft australischen Rechts. Die Y. _____ Bank (Schweiz) AG (Beklagte, Beschwerdegegnerin) ist eine Aktiengesellschaft schweizerischen Rechts mit Sitz in Basel, die gemäss Fusionsvertrag vom 18. Dezember 2009 die Z. _____ Bank (Schweiz) AG mit Sitz in Zürich absorbiert hat.

Nach Darstellung der Klägerin hat A. _____, einer ihrer Aktionäre, für sie im Jahre 2001 nach Investitionsmöglichkeiten gesucht. Dabei sei er an B. _____ gelangt, der ihn überredet habe, in angeblich von der Z. _____ Bank emittierte und durch gewinnträchtige Investitionen unterlegte Schuldscheine zu investieren. Zu diesem Zweck habe A. _____ mit B. _____ ein "Placement Agreement" geschlossen. Die Investitionssumme von USD 5 Mio. sollte auf ein "bankeigenes" Konto bei der Z. _____ Bank (Schweiz) AG in Genf (nachfolgend: Z. _____ Bank Genf) überwiesen werden.

Die Überweisung erfolgte als mehrgliedrige Kettenüberweisung: Die Klägerin erteilte am 12. bzw. 14. Februar 2002 der S. _____ Bank Ltd. in Sydney (nachfolgend: S. _____ Bank Sydney) den Auftrag, vom dortigen Konto der Klägerin USD 5 Mio. auf ein Konto bei der Z. _____ Bank Genf zu überweisen. Angesichts der Währung in US-Dollar beauftragte die S. _____ Bank Sydney die S. _____ Bank New York mit der Überweisung, welche ihrerseits der Z. _____ Bank New York den Betrag in US-Dollar auf deren US-Dollar Konto bei der S. _____ Bank New York gutschrieb. Die Z. _____ Bank New York wiederum schrieb diese Summe der Z. _____ Bank Genf gut.

Der Betrag von USD 5 Mio. sollte dem bei der Z. _____ Bank Genf liegenden Konto Nr. uuu. _____ gutgeschrieben werden. Die diesbezügliche SWIFT Meldung bezeichnete als begünstigten Kunden "uuu. _____ Z. _____ Bank Private Banking Switzerland". Die Z. _____ Bank Genf als Empfängerbank schrieb den Betrag dem Nummernkonto uuu. _____ gut, welches allerdings B. _____ als Inhaber auswies. In der Folge verfügte dieser über die Gelder für eigene Zwecke und für die Klägerin unwiederbringlich.

B.

Die Klägerin ist im Wesentlichen der Auffassung, da die am Konto tatsächlich berechnete Person mit der in der SWIFT-Meldung genannten nicht übereinstimmt, hätte das Geld nicht ohne Rückfrage dem Konto gutgeschrieben werden dürfen. Sie erhebt in diesem Zusammenhang auch strafrechtliche Vorwürfe gegen zwei Angestellte der Beklagten, die mit B. _____ zusammengewirkt haben sollen. Mit Klage vom 29. Oktober 2010 beim Handelsgericht des Kantons Zürich beantragte die Klägerin, die Beklagte sei zu verpflichten, ihr USD 5 Mio. nebst Zins zu 5 % seit 14. Februar 2002 zu bezahlen. Das Handelsgericht wies mit Urteil vom 6. November 2012 die Klage ab.

C.

Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragt die Klägerin dem Bundesgericht, das Urteil des Handelsgerichts aufzuheben und die Klage gutzuheissen. Eventuell sei die Sache zu neuer Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Die Beklagte schliesst auf Abweisung der Beschwerde. Das Handelsgericht verzichtete auf eine Vernehmlassung.

Erwägungen:

1.

1.1. Da das erstinstanzliche Verfahren noch vor Inkrafttreten der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO; SR 272) aufgehoben wurde, war auf dieses noch die Zivilprozessordnung des Kantons Zürich vom 13. Juni 1976 anwendbar (Art. 404 Abs. 1 ZPO). Das erstinstanzliche Urteil ist am 6. November 2012 ergangen und somit unter der Herrschaft des neuen Rechts eröffnet worden, weshalb für das kantonale Rechtsmittelverfahren die Schweizerische Zivilprozessordnung gilt (Art. 405 Abs. 1 ZPO). Diese sieht für Entscheide von Handelsgerichten keine kantonale Anfechtung vor (Art. 6 Abs. 1 ZPO), weshalb solche Entscheide unabhängig vom Streitwert mit Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht angefochten werden können (Art. 74 Abs. 2 lit. b BGG; BGE 139 III 67 E. 1.2 S. 69 f.). Da auch die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen erfüllt sind, ist - unter Vorbehalt einer hinreichenden Begründung (Art. 42 Abs. 2 BGG) - auf die Beschwerde einzutreten.

1.2. Mit Beschwerde in Zivilsachen können Rechtsverletzungen nach Art. 95 und 96 BGG gerügt werden. Es kann namentlich geltend gemacht werden, ausländisches Recht sei nicht angewendet worden, wie es das schweizerische internationale Privatrecht vorschreibt (Art. 96 lit. a BGG). Ob das nach dem schweizerischen internationalen Privatrecht massgebende ausländische Recht richtig angewendet wurde, kann das Bundesgericht nur prüfen, sofern der Entscheid keine vermögensrechtliche Sache betrifft (Art. 96 lit. b BGG). In vermögensrechtlichen Streitigkeiten wie der hier zu beurteilenden kann ausschliesslich gerügt werden, die Anwendung des ausländischen Rechts sei willkürlich und verstosse gegen Art. 9 BV (BGE 133 III 446 E. 3.1 S. 447 f.).

1.3. Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG). Es ist somit weder an die in der Beschwerde geltend gemachten Argumente noch an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden. Mit Blick auf die Begründungspflicht des Beschwerdeführers (Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG) behandelt es aber grundsätzlich nur die geltend gemachten Rügen, sofern die rechtlichen Mängel nicht geradezu offensichtlich sind; es ist jedenfalls nicht gehalten, wie eine erstinstanzliche Behörde alle sich stellenden rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn diese vor Bundesgericht nicht mehr vorgetragen werden (BGE 135 III 397 E. 1.4 S. 400; 134 III 102 E. 1.1 S. 104 f.). Eine qualifizierte Rügepflicht gilt hinsichtlich der Verletzung von Grundrechten und von kantonalem und interkantonaalem Recht. Das Bundesgericht prüft eine solche Rüge nur insofern, als sie in der Beschwerde präzise vorgebracht und begründet worden ist (Art. 106 Abs. 2 BGG; BGE 136 I 49 E. 1.4.1 S. 53).

1.4. Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Es kann deren Sachverhaltsfeststellung nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht (Art. 105 Abs. 2 BGG). Überdies muss die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein (Art. 97 Abs. 1 BGG). Die beschwerdeführende Partei, welche die Sachverhaltsfeststellungen anfechten will, muss klar und substantiiert aufzeigen, inwiefern die gerügten Feststellungen bzw. die Unterlassung von Feststellungen offensichtlich unrichtig sind oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruhen (vgl. BGE 133 II 249 E. 1.4.3; 133 III 350 E. 1.3, 393 E. 7.1, 462 E. 2.4). Soweit sie den Sachverhalt ergänzen will, hat sie zudem mit Aktenhinweisen darzulegen, dass sie entsprechende rechtsrelevante Tatsachen und taugliche

Beweismittel bereits bei den Vorinstanzen prozesskonform eingebracht hat (Urteile des Bundesgerichts 4A_275/2011 vom 20. Oktober 2011 E. 2, nicht publ. in: BGE 137 III 539; 4A_214/2008 vom 9. Juli 2008 E. 1.2, nicht publ. in: BGE 134 III 570).

Diese Grundsätze verkennt die Beschwerdeführerin, soweit sie ohne eine substantiierte Sachverhaltsrüge nach Art. 97 Abs. 1 BGG zu erheben, einfach Sachverhaltselemente in ihre Argumentation einfließen lässt, die im angefochtenen Entscheid keine Stütze finden.

2.

Die Vorinstanz hat die Klage abgewiesen, weil die von der Beschwerdeführerin behaupteten Ansprüche nach dem anwendbaren australischen Recht in jedem Fall verjährt seien. Die Verjährungsfrist für Ansprüche aus Verträgen (und Quasiverträgen) betrage sechs Jahre. Ein allfälliger aus der Vertragsbeziehung mit der S. _____ Bank Sydney abgeleiteter Anspruch der Beschwerdeführerin gegen die Beschwerdegegnerin - sei er als vertraglich oder quasivertraglich zu qualifizieren - sei mit der Überweisung bzw. der Gutschrift am 14. Februar 2002 entstanden. Mit der Klageeinleitung am 29. Oktober 2010 sei diese Frist nicht eingehalten worden. Auch ein Deliktsanspruch verjähre nach australischem Recht sechs Jahre seit seiner Entstehung. Auf unerlaubter Handlung basierende Ansprüche der Klägerin wären demnach ebenfalls verjährt. Entsprechend hat die Vorinstanz nicht geprüft, ob überhaupt Ansprüche bestanden hätten. Die Beschwerdeführerin erhebt keine Rüge willkürlicher Anwendung australischen Rechts. Sie behauptet nicht, nach australischem Recht seien ihre Ansprüche nicht verjährt, sondern macht geltend, auf ihre Ansprüche sei schweizerisches Recht anzuwenden.

3.

Die Qualifikation der streitigen Rechtsverhältnisse zwischen den Parteien richtet sich nach dem IPRG als lex fori (BGE 135 III 259 E. 2.1 S. 261, 562 E. 3.2 S. 564; je mit Hinweis). Der zu beurteilende Geschäftsvorgang umfasst einerseits die eigentlichen Anweisungen und andererseits die in der Regel auftragsrechtlichen Beziehungen zwischen den Parteien, die den Anweisungen zu Grunde liegen. Die Anknüpfung für vertragliche Ansprüche ergibt sich aus Art. 117 IPRG. Es ist zu prüfen, mit welchem Staat der engste Zusammenhang besteht (Abs. 1). Dabei wird vermutet, dieser bestehe mit dem Staat, in dem die Partei, welche die charakteristische Leistung erbringen soll, ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat (Abs. 2). Das Recht dieses Staates ist ausnahmsweise nicht anwendbar, wenn nach den gesamten Umständen offensichtlich ist, dass der Sachverhalt mit diesem Recht in nur geringem, mit einem anderen Recht jedoch in viel engerem Zusammenhang steht (Art. 15 Abs. 1 IPRG). Obwohl die Anweisung keinen Vertrag darstellt (BGE 132 III 609 E. 5.2 S. 617) ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung auch für deren Anknüpfung die vertragsrechtliche Kollisionsnorm anwendbar, bei Fehlen einer Rechtswahl somit Art. 117 IPRG (BGE 135 III 562 E. 3.2 S. 564

mit Hinweisen).

3.1. Die Vorinstanz erwog, Art. 117 IPRG sei auf einen Direktanspruch des Überweisenden gegen die Empfängerbank nicht anwendbar. Der Vertragsbegriff nach dieser Bestimmung müsse sich nicht unbedingt nach dem materiellen schweizerischen Recht richten. Die Begriffe des Kollisionsrechts entsprächen nämlich nicht zwingend der materiellen lex fori. Angesichts der gemäss BGE 135 III 556 E. 3.1 S. 558 und 126 III 334 E. 3b S. 336 anzustrebenden Harmonisierung der Regelungen des IPRG und des Übereinkommens über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (SR 0.275.12; Lugano-Übereinkommen, LugÜ) könne für die Auslegung des Vertragsbegriffs des IPRG die im Rahmen von Art. 5 Nr. 1 LugÜ geltende Rechtsprechung des EuGH herangezogen werden. Danach erfasse der Begriff "Vertrag oder Ansprüche aus einem Vertrag" solche Situationen nicht, in welchen "keine von einer Partei gegenüber einer anderen freiwillig eingegangene Verpflichtung vorliegt". Wo sich die Verpflichtung zum Ersatz des Schadens nicht aus einer solchen freiwilligen Verpflichtung, sondern aus gesetzlicher Haftung ergebe, liege kein Vertrag in diesem Sinne vor. Zwischen dem Überweisenden und der Empfängerbank

in der mehrgliedrigen Banküberweisung bestehe demnach kein Vertrag im Sinne von Art. 117 IPRG. Selbst wenn ein Direktanspruch der Klägerin gestützt auf eine Auftragssubstitution bestehen würde, wäre das auf das Hauptauftragsverhältnis anwendbare Recht massgeblich, weil sich der Direktanspruch daraus ableite. Da sich das Vertragsverhältnis zwischen der Klägerin und der S. _____ Bank Sydney nach australischem Recht richte, käme somit auch auf einen allfälligen Direktanspruch australisches Recht zur Anwendung und australisches Recht bestimme demnach auch, ob überhaupt ein Direktanspruch bei substituiertem Auftrag bestehe und wann dieser verjähre.

3.2. Die Beschwerdeführerin ist demgegenüber der Auffassung, die Verweisungsnormen des IPRG

orientierten sich an den Begriffen des inländischen materiellen Rechts. In den von der Vorinstanz zitierten BGE 135 III 556 und 126 III 334 sei es um die Harmonisierung der Zuständigkeiten gegangen; das könne nicht einfach auf die Auslegung der IPR-Kollisionsnormen übertragen werden. Im Übrigen gehe auch die Rechtsprechung des EuGH zu Art. 5 Nr. 1 LugÜ von einem weiten Vertragsbegriff aus. Die Beschwerdeführerin macht sodann geltend, mehrgliedrige Bankenüberweisungen stellten nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ein einheitliches Rechtsgeschäft dar. Die charakteristische Leistung bei mehrgliedrigen Überweisungen sei jene der Empfängerbank. Sowohl direkt gestützt auf Art. 117 Abs. 3 lit. c IPRG als auch aufgrund des engsten Zusammenhangs der Kette verschiedener Auftrags- und Unterauftragsverhältnisse sei also schweizerisches Recht anwendbar. Das sei unabhängig davon der Fall, ob man ihren Drittanspruch dogmatisch auf einen Vertrag zugunsten Dritter im Sinn von Art. 112 OR abstütze oder die Beschwerdegegnerin als Substitutin qualifiziere und den Direktanspruch unmittelbar aus Art. 399 Abs. 3 OR ableite bzw. ob die Beschwerdeführerin Geschäftsführerin ohne Auftrag sei.

3.3. Das Bundesgericht hat sich zur Frage des Direktanspruchs des Überweisenden gegen die Empfängerbank für das schweizerische Recht in BGE 121 III 310 geäußert. Es hob hervor, in den kettenartig verbundenen Verträgen, an denen unterschiedliche Parteien beteiligt seien, sei die Relativität der jeweiligen Rechtsbeziehungen zu beachten. Zwischen dem Überweisenden und der Empfängerbank bestehe keine unmittelbare Vertragsbeziehung (E. 3a). In der Folge bejahte es dennoch einen vertraglichen Direktanspruch des Überweisenden gegenüber der Empfängerbank (E. 5a). Dabei liess es offen, ob Grundlage dieses Direktanspruchs unmittelbar Art. 399 Abs. 3 OR sei oder ob allenfalls das Vertragsverhältnis zwischen dem Beauftragten (Erstbank) und dem Substituten (Empfängerbank) als Vertrag zugunsten Dritter (des Hauptauftraggebers) im Sinne von Art. 112 OR zu qualifizieren sei (E. 4a). Das Bundesgericht rechtfertigte die Anerkennung eines Direktanspruchs auch unmittelbar aufgrund der rechtlichen Wertung der Interessen der am Überweisungsverhältnis beteiligten Parteien. Das Drittinteresse sei dem bankeninternen Giroverkehr immanent und allseits erkennbar, ebenso das Schutzbedürfnis des Überweisenden gegenüber Fehlleistungen der Banken (E. 4c).

3.4. Ein internationales Überweisungsverhältnis hatte das Bundesgericht in BGE 124 III 253 zu beurteilen. Gegenstand dieser Entscheidung war aber nicht der Direktanspruch des Überweisenden gegen die Empfängerbank. Der Überweisende machte vielmehr die Rückvergütungsansprüche der von ihm beauftragten Bank aus deren Zahlungsaufträgen an die Empfängerbank geltend, die er sich hatte abtreten lassen. Das Bundesgericht fasste in dieser Entscheidung die mehrgliedrige Überweisung zwar als einheitliches Rechtsgeschäft auf, es hielt gleichzeitig aber fest, diese finde ihre Grundlage in selbständigen, auftragsrechtlichen Regeln folgenden Giroverträgen, in welchen sich die Banken verpflichteten, für einen Kunden den bargeldlosen Zahlungsverkehr zu besorgen und dabei insbesondere Überweisungen auszuführen und entgegenzunehmen. Auch im internationalen Bereich ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts dem Grundsatz der Relativität von Forderungsrechten Rechnung zu tragen (BGE 124 III 253 E. 3b S. 256 f.). Entsprechend hielt das Bundesgericht mit Bezug auf das anwendbare Recht fest, nach schweizerischem Recht bestehe bei Kettenüberweisungen zwischen der überweisenden und der gutschreibenden Bank ein Auftragsverhältnis. In diesem Verhältnis gelte die Dienstleistung, d.h. die Leistung des Beauftragten als die für eine objektive Anknüpfung charakteristische (Art. 117 Abs. 3 lit. c IPRG). Kollisionsrechtlich bestimme mithin die Niederlassung der Korrespondenzbank im hier interessierenden Verhältnis das anwendbare Recht (Urteil des Bundesgerichts 4C.4/1998 vom 14. Mai 1998 E. 1a mit Hinweis, nicht publ. im zit. BGE 124 III 253). Aus dieser Rechtsprechung kann entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin nicht abgeleitet werden, die Frage, ob dem Überweisenden ein Direktanspruch gegen die Empfängerbank zustehe, richte sich im internationalen Verhältnis nach dem Recht am Sitz der Empfängerbank. Diese Frage war nicht zu beurteilen. Das Bundesgericht schränkte seine Ausführungen zum anwendbaren Recht ausdrücklich auf das Verhältnis zwischen der beauftragten und der Empfängerbank ein. Auch im Urteil des Bundesgerichts 4C.484/1994 vom 8. November 1995, auf das sich die Beschwerdeführerin beruft, war das im Verhältnis zwischen den Banken anwendbare Recht Prozessthema.

4.

Im zu beurteilenden Fall interessiert das Verhältnis zwischen dem Überweisenden und der Empfängerbank. Selbst wenn man die Frage, ob ein Vertragsverhältnis zwischen der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin besteht, nach schweizerischem Recht beurteilt (falls eine Vertragsbeziehung bestehen sollte, ist es jedenfalls die Beschwerdegegnerin, die in diesem Verhältnis die charakteristische Leistung nach Art. 117 IPRG erbringt), nützt dies der

Beschwerdeführerin nichts. Nach schweizerischem Recht bestehen zwischen dem Überweisenden und der Empfängerbank keine unmittelbaren Vertragsbeziehungen (BGE 121 III 310 E. 3a S. 313 mit Hinweisen) und auch die Anweisungsverhältnisse lassen kein derartiges Vertragsverhältnis entstehen (BGE 132 III 609 E. 5.2 S. 617).

4.1. Der vertragliche Anspruch, der dem Überweisenden nach schweizerischem Recht zuerkannt wird, ergibt sich nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht unmittelbar aus dem Verhältnis des Überweisenden zur Empfängerbank, sondern aus dessen Verhältnis zur Erstbank, sei es aus dem darauf anwendbaren materiellen Recht (Art. 399 Abs. 3 OR) oder der zwischen der Erstbank und dem Überweisenden getroffenen Vereinbarung (Art. 112 OR). Soweit der Anspruch unmittelbar mit der rechtlichen Wertung der Interessen der am Überweisungsverhältnis beteiligten Parteien begründet wird, setzt dies voraus, dass das entsprechende Schutzbedürfnis des Überweisenden allseits erkennbar ist (BGE 121 III 310 E. 3c S. 317). Dies ist im internationalen Verhältnis nur der Fall, wenn die Wertungen der involvierten Rechtsordnungen übereinstimmen, wobei wieder der Vereinbarung zwischen dem Überweisenden und der Erstbank massgebende Bedeutung zukommt. Bei einer Überweisung über Zwischenstationen werden mehrere Giroverträge hintereinandergeschaltet. Der Inhalt der Verpflichtung jeder der mit der (weiteren) Überweisung beauftragten Bank richtet sich allein nach ihrer Vereinbarung mit dem Anweisenden. Vom Zweck des Geschäfts her soll indessen in den einzelnen

Verträgen der vom ursprünglichen Auftraggeber gegenüber der Erstbank definierte Inhalt möglichst unverändert übernommen werden.

4.2. Im Ergebnis spielt damit keine Rolle, gestützt worauf das Bundesgericht in seiner Rechtsprechung zum schweizerischen Recht einen Direktanspruch gegen die Empfängerbank anerkennt (BGE 121 III 310), so dass auf die diesbezügliche Kritik der Lehre (vgl. Wolfgang Wiegand, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1995, in: ZBJV 133/1997 S. 123 ff., S. 125 mit Hinweisen) nicht näher einzugehen ist. Die Beschwerdeführerin kann aus dem nach schweizerischem Recht gegebenen Direktanspruch nichts ableiten, soweit der zwischen ihr und der Erstbank geschlossenen Vereinbarung nach dem darauf anwendbaren Recht keine entsprechende Wirkung zukommt. Da sowohl die Beschwerdeführerin als auch die Erstbank ihren Sitz in Australien haben, richten sich ihre vertraglichen Beziehungen nach australischem Recht. Dass die streitige Überweisung auf ein Konto einer Bank mit Sitz in der Schweiz erfolgte, ändert daran nichts. Es ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz einen allfälligen Direktanspruch der Beschwerdeführerin und dessen Verjährung akzessorisch an den Vertrag zwischen der Erstbank und der Beschwerdeführerin angeknüpft und australischem Recht unterstellt hat.

5.

Die Beschwerdeführerin ist der Auffassung, zumindest auf den von ihr geltend gemachten Anspruch aus unerlaubter Handlung sei schweizerisches Recht anwendbar, und zwar sowohl gestützt auf Art. 133 Abs. 2 wie auf Art. 133 Abs. 3 IPRG. Die Vorinstanz wendete auch auf den Anspruch aus unerlaubter Handlung gestützt auf Art. 133 Abs. 2 IPRG australisches Recht an. Sie erkannte, die Beschwerdeführerin habe über ihr Vermögen in Australien verfügt. Daher sei dort der Erfolgsort allfälliger betrügerischer Machenschaften. Die Akzessorietätsregel gemäss Art. 133 Abs. 3 IPRG sei nicht anwendbar. Einerseits liege zwischen den Parteien kein Rechtsverhältnis (Vertrag oder familienrechtliches Verhältnis) im Sinn dieser Bestimmung vor und andererseits wäre auch bei Unterstellung eines Vertragsverhältnisses dieses nicht vor der Entstehung des Deliktverhältnisses begründet worden.

5.1. Sofern Schädiger und Geschädigter ihren gewöhnlichen Aufenthalt nicht im gleichen Staat haben, ist das Recht des Staates anzuwenden, in dem die unerlaubte Handlung begangen worden ist. Tritt der Erfolg nicht in dem Staat ein, in dem die unerlaubte Handlung begangen worden ist, so ist das Recht des Staates anzuwenden, in dem der Erfolg eintritt, wenn der Schädiger mit dem Eintritt des Erfolges in diesem Staat rechnen musste (Art. 133 Abs. 2 IPRG). Wird durch eine unerlaubte Handlung ein zwischen Schädiger und Geschädigtem bestehendes Rechtsverhältnis verletzt, so unterstehen Ansprüche aus unerlaubter Handlung, ungeachtet der Absätze 1 und 2, dem Recht, dem das vorbestehende Rechtsverhältnis unterstellt ist (Art. 133 Abs. 3 IPRG).

5.2. Wie dargelegt, besteht nach schweizerischem Recht keine direkte vertragliche Beziehung zwischen dem Überweisenden und der Empfängerbank und entscheidet sich nach australischem Recht, ob ein direkter Anspruch der Beschwerdeführerin gegen die Beschwerdegegnerin besteht (E. 4 hiavor). Art. 133 Abs. 3 IPRG kann damit von vornherein nicht zur Anwendung schweizerischen Rechts führen.

5.3. Mit Bezug auf den behaupteten deliktischen Anspruch wirft die Beschwerdeführerin zwei Angestellten der Beklagten vor, sie hätten als Mittäter oder zumindest Gehilfen den Betrug von B. _____ im Sinne von Art. 146 StGB ermöglicht ebenso wie die Abdisposition der sich auf dem Konto befindlichen Gelder in Bar sowie auf eigene Konten von B. _____ in Polen. Damit hätten sie sich auch der Geldwäscherei schuldig gemacht.

5.3.1. Der Betrug charakterisiert sich dadurch, dass aufgrund einer arglistigen Täuschung der Getäuschte eine schädigende Vermögensverfügung vornimmt. Als Handeln oder Unterlassen des Getäuschten, das eine Vermögensverminderung unmittelbar herbeiführt (BGE 126 IV 113 E. 3a S. 117), kommt aber nur der Auftrag der Beschwerdeführerin an die Erstbank in Betracht. Diese Vermögensverfügung erfolgte in Australien. Es kann auf die zutreffenden Ausführungen im angefochtenen Entscheid verwiesen werden.

5.3.2. In Bezug auf den Vorwurf der Geldwäscherei ist zu beachten, dass der überwiesene Vermögenswert von der Beschwerdeführerin stammt und damit nicht aus einem Verbrechen herrührt (Art. 305bis Ziff. 1 StGB). Mit der Einzahlung auf das Konto erlangte B. _____ den Vermögenswert, nach den Behauptungen der Beschwerdeführerin aufgrund eines Betruges, an dem die Angestellten der Beschwerdegegnerin beteiligt waren. Einfacher Betrug (Art. 146 Abs. 1 StGB) ist ein Verbrechen im Sinne von Art. 10 Abs. 2 StGB und kommt als Vortat der Geldwäscherei in Betracht. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes kann der Tatbestand von Art. 305bis StGB auch durch die Täter der Vortat selbst erfüllt werden, also durch diejenigen, die Vermögenswerte "waschen", die sie selbst durch ein Verbrechen (namentlich Betrug) erlangt haben (Urteil des Bundesgerichtes 1A.221/2000 vom 20. November 2000 E. 2e mit Hinweisen). Dazu ist aber notwendig, dass mit der Beendigung der Vortat eine neue und selbständige Phase einsetzt, die darauf abzielt, die Verbrechensbeute zu entkontaminieren und für neue Zwecke aufzubereiten (BGE 122 IV 211 E. 3b/dd S. 220). So erfüllt die einfache Einzahlung auf das dem üblichen privaten Zahlungsverkehr dienende persönliche

Bankkonto eines Tatbeteiligten an dessen Wohnort ohne zusätzliche Kaschierungshandlungen objektiv nicht den Tatbestand der Geldwäscherei (BGE 124 IV 274 E. 4a S. 279). Geldwäscherei kann auch durch ganz alltägliche Transaktionen betrieben werden. Es ist jeweils aufgrund der konkreten Umstände zu prüfen, ob die Transaktionen der Verschleierung der deliktischen Herkunft dienen (vgl. Botschaft vom 12. Juni 1989 über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches, Gesetzgebung über Geldwäscherei und mangelnde Sorgfalt bei Geldgeschäften, BBl 1989 II 1083 Ziff. 231.1.b.bb zu Art. 305bis Ziff. 1 E-StGB; BGE 124 IV 274 E. 4a S. 279). Ein Transfer über die Landesgrenze erfüllt den Tatbestand, sofern es darum geht, die Vermögenswerte verschwinden zu lassen und neu in Verkehr zu setzen. Zu berücksichtigen ist auch, dass die Auffindung oder Einziehung erschwert werden kann, wenn die Strafverfolgungsbehörde auf den Rechtshilfeweg angewiesen ist (BGE 127 IV 20 E. 3b S. 26 f.). Im hier zu beurteilenden Fall ist aber nichts Derartiges festgestellt, und die Beschwerdeführerin zeigt nicht rechtsgenügend auf, dass sie diesbezüglich prozesskonforme Behauptungen aufgestellt hätte. Soweit ein Transfer auf ausländische Konten erfolgte, handelte es

sich nach den Ausführungen der Beschwerdeführerin um Konten von B. _____ in Polen. Dort wurde dieser aber strafrechtlich zur Rechenschaft gezogen und verurteilt. Eine Einziehung nach Polen transferierter Gelder hätte demnach sogar ohne Rechtshilfe erfolgen können. Die Behauptungen der Beschwerdeführerin reichen für die Annahme von Geldwäscherei nicht aus.

6.

Die Beschwerde ist insgesamt abzuweisen. Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend wird die Beschwerdeführerin kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 66 Abs. 1 sowie Art. 68 Abs. 2 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 25'000.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

3.

Die Beschwerdeführerin hat die Beschwerdegegnerin für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 30'000.-- zu entschädigen.

4.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Handelsgericht des Kantons Zürich schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 28. Mai 2013

Im Namen der I. zivilrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Die Präsidentin: Klett

Der Gerichtsschreiber: Luczak