

BLATTER DAVIDOFF & PARTNER

Atlantic-Haus Othmarstrasse 8 CH-8008 Zürich Telefon +41 1 261 15 55 Telefax +41 1 262 35 42

ZÜRICH

ANTON W. BLATTER, DR. IUR., D.E.S.
THOMAS REIMANN
MARTIN HERB
CHRISTIAN GÖBEL, DR. IUR.
CHRISTOPH D. STUDER, DR. IUR. LL.M.
MARKUS DUDLER, eidg. dipl. Steuerexperte
Rechtsanwälte
HANS-PETER LANZ
eidg. dipl. Buchhalter

GENÈVE

JEAN-JACQUES MARTIN
ALEXANDRE DAVIDOFF
ZOLTÁN SZALAI
DOMINIQUE MAISSEN
Avocats

EINSCHREIBEN

Bezirksgericht Zürich
Badenerstrasse 90
Postfach
8026 Zurich

Zürich, den 2. Februar 2000 AWB/vb

Sehr geehrter Herr Präsident
Sehr geehrte Damen und Herren

In Sachen

Rabobank (Schweiz) AG,
(recte: Rabo Robeco Bank (Schweiz) AG,)
Brandschenkestrasse 41, 8002 Zürich
vertreten durch Dr. Anton W. Blatter,
Rechtsanwalt, Blatter Davidoff & Partner
Othmarstrasse 8, 8008 Zürich

Klägerin,

gegen

Tarapaca Investments Ltd., Westwind Building,
P.O. Box 1111, 7450 Grand Cayman Island. BWI
Zustelladresse: R. Thomas Westermeier,
Beckenhofstrasse 13, 8035 Zürich

Beklagte,

betreffend

NEGATIVE FESTSTELLUNGSKLAGE

unterbreite ich Ihnen folgendes

RECHTSBEGEHREN:

- "1. Es sei festzustellen, dass die Beklagte gegenüber der Klägerin aus Ziff. 1 des Dispositivs der Verfügung vom 8. Februar 1999 des Einzelrichters im summarischen Verfahren (Geschäft Nr. U/EU981096) gegenüber der Klägerin keine Herausgabeansprüche mehr hat.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

BEGRÜNDUNG

I. FORMELLES

1. Der unterzeichnete Rechtsvertreter ist gehörig bevollmächtigt.

BO: Vollmacht vom 21. Mai 1999

Beilage 1

2. Örtlich zuständig für die negative Feststellungsklage ist das Gericht, das örtlich für die entsprechende entgegengesetzte Leistungsklage zuständig wäre (FRANK/STRÄULI/MESSMER, § 59 N. 92). Da die Beklagte ihre Leistungsklage betreffend Herausgabe in Zürich am Sitz der Klägerin anhängig machen müsste, sind auch für diese negative Feststellungsklage die Gerichte in Zürich zuständig.

3. Die sachliche Zuständigkeit richtet sich nach § 31 Ziff. 1 GVG. Da der Streitwert der vorliegenden Klage nach der Natur der Sache nicht geschätzt werden kann, ist das Bezirksgericht zuständig.
4. Die negative Feststellungsklage bewirkt lediglich eine Umkehr der Parteirollen. Die Beklagte trifft demnach die Behauptungs- und Beweislast hinsichtlich der rechtsbegründenden Tatsachen (FRANK/STRÄULI/MESSMER, § 59 N. 24).
5. Die Klägerin offeriert sämtliche rechtsgenügenden Beweismittel für ihre Behauptungen und behält sich die Nennung weiterer Beweismittel, über die hier bezeichneten hinaus, ausdrücklich vor.
6. Das Feststellungsinteresse der Klägerin ist gegeben (siehe hinten "III. Rechtliches").

II. MATERIELLES

7. Mit Eingabe vom 9. November 1998 verlangte die Beklagte von der Klägerin beim Einzelrichter im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Zürich die Herausgabe der vollständigen Kontoauszüge betreffend mehrerer Konti. Mit Verfügung des Einzelrichters im summarischen Verfahren vom 8. Februar 1999 (Prozess Nummer U/EU981096) wurde die Klägerin, welche im damaligen Verfahren die Beklagte war, wie folgt verpflichtet:

"I. Der Beklagten wird befohlen, der Klägerin einen vollständigen Kontoauszug des vormals bei der Bankinvest AG/GiroCredit Bank (Schweiz) AG bestandenen Kontos Nr. 100.695/02.07 herauszugeben, unter der Androhung der Bestrafung der verantwortlichen Organe wegen Unge-

horsams gegen eine amtliche Verfügung im Sinne von Art. 292 StGB (Bestrafung mit Haft oder Busse) im Wiederhandlungsfall.

Im übrigen wird das Verfahren als infolge Gegenstandslosigkeit erledigt abgeschrieben."

BO: Verfügung des Einzelrichters im summarischen Verfahren
vom 8. Februar 1999

Beilage 4

8. Am 4. März 1999 gab die Klägerin dem Vertreter der Beklagten zwei Kontoauszüge betreffend das Konto Nr. 100.695/02.07 heraus und kam damit der Verfügung (Beilage 4) vollumfänglich nach.

BO: Zwei Kontoauszüge des Kontos Nr. 100.695/02.07
(per 31. März und 30. Juni 1987)

Beilagen 5a/b

9. Dessen ungeachtet erhob die Beklagte mit Datum vom 5. Februar 1999 (recte wohl 5. März 1999) Rekurs bei der 2. Zivilkammer des Obergerichtes. Sie beantragte unter anderem, es sei die Verfügung des Einzelrichters vom 8. April 1999 (recte wohl 8. Februar 1999) durch die Androhung von Zwangsexekution durch den Stadtmann unter Beizug der Kantonspolizei Zürich zu erweitern.

BO: Rekurs der Beklagten vom 5. Februar 1999 (recte 5. März 1999)

Beilage 6

10. Mit Beschluss vom 15. März 1999 hat das Obergericht des Kantons Zürich den Rekurs abgewiesen.

BO: Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichtes des Kantons Zürich
vom 15. März 1999

Beilage 7

11. Dagegen stellte die Beklagte ein Wiedererwägungsgesuch, welches vom Obergericht am 25. März 1999 abgewiesen wurde.

BO: Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichtes des Kantons Zürich
vom 25. März 1999

Beilage 8

12. Mit Datum vom 16. April 1999 reichte die Beklagte beim Kassationsgericht kantonale Nichtigkeitsbeschwerde ein. Neben den bereits bekannten Begehren (Erweiterung des Befehls durch die Androhung von Zwangsexekution durch den Stadtammann unter Beizug der Kantonspolizei) wurde zusätzlich verlangt, dass in Anwendung von § 277 ZPO von der Klägerin eine Rekursantwort einzuholen sei.

BO: Nichtigkeitsbeschwerde der Beklagten vom 16. April 1999

Beilage 9

Auf Seite 7 dieser Eingabe (Beilage 9) wird die unzutreffende Behauptung wiederholt, die Klägerin sei dem einzelrichterlichen Befehl vom 8. Februar 1999 (Beilage 4) nur teilweise nachgekommen. In Tat und Wahrheit basiert die ganze Eingabe auf dieser Behauptung und dient allein dem Zweck, eine erneute Zwangsvollstreckung bei der Klägerin mit der damit verbundenen Rufschädigung zu erwirken.

13. Das Kassationsgericht hat mit Beschluss vom 20. Dezember 1999 den Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 15. März 1999 aufgehoben und die Sache zur Neuentscheidung an das Obergericht zurückgewiesen. Zur Begründung führt das Kassationsgericht im wesentlichen aus, die Vorinstanzen hätten zu Unrecht ohne Begründung die Androhung von Zwangsexekution durch den Stadtammann abgelehnt.

BO: Beschluss des Kassationsgerichts des Kantons Zürich
vom 20. Dezember 1999

Beilage 10

Weiter führte das Kassationsgericht aus, es sei dagegen nicht Sache des Obergerichts zu prüfen, ob die Beschwerdegegnerin dem audienzrichterlichen Befehl nachgekommen sei. Diese Aufgabe falle der Strafverfolgungsbehörde und dem Strafrichter in einem all-fälligen Verfahren betreffend Ungehorsam gegen eine amtliche Verfügung zu.

BO: Beschluss des Kassationsgerichtes des Kantons Zürich
vom 20. Dezember 1999

Beilage 10

14. Dass die Beklagte sich nicht scheut, Strafuntersuchungen vom Zaun zu reissen, hat sie hinlänglich bewiesen: Auf Veranlassung der Beklagten vollstreckte das Stadtammannamt am 26. Januar 1998 im Beisein eines Wirtschaftsprüfers der Kantonspolizei Zürich einen obergerichtlichen Befehl, wobei lediglich Akten zum Vorschein kamen, welche die Beklagte bereits besessen hatte. Die Strafuntersuchung wurde in der Folge eingestellt.

BO: Einstellungsverfügung der Bezirksanwaltschaft Hinwil
vom 9. März 1998 (mit Sachverhalt)

Beilage 11

Für die Klägerin als Bankinstitut bedeutet eine Zwangsvollstreckung eine Rufschädigung. Mit dem vorliegenden negativen Feststellungsbegehren will sie richterlich klären lassen, dass sie dem Befehl vom 8. Februar 1999 vollständig nachgekommen ist und verhindern, dass die Beklagte wiederum mittels Strafverfahren die Klägerin belastet.

15. Nachdem nun die Beklagte ihre unzutreffende Behauptung, dass die Klägerin mutwillig Kontoinformationen zurückbehält, unbeirrt aufrecht erhält, besteht die Gefahr, dass die Beklagte die Klägerin erneut in ein Strafverfahren verwickeln will, um ihrem Ruf Schaden zuzufügen. Deshalb hat die Klägerin noch einmal eine interne und eine externe Revision angeordnet.

BO: Memorandum der Geschäftsleitung der Klägerin
an R. Steck vom 20. Januar 2000

Beilage 12

16. Sowohl die interne wie auch die externe Revision haben nach intensiver Suche keine Kontoauszüge gefunden, die nicht bereits an den Vertreter der Beklagten herausgegeben worden wären.

BO: - Protokoll von R. Steck, R. Ott, R. Brunner vom 28. Januar 2000 **Beilage 13**

17. Die Klägerin ist deshalb der Überzeugung, dass sie ihrer Dokumentationspflicht vollumfänglich nachgekommen ist. Sollte die Beklagte dies bestreiten, wird eine gerichtliche Expertise beantragt.

III. RECHTLICHES

18. Es ist mittlerweile gerichtsnotorisch, dass die Beklagte die Klägerin fast pausenlos mit Gerichtsverfahren eindeckt und drangsaliert. Es würde zu weit führen, an dieser Stelle die grosse Anzahl gerichtlicher Verfahren im Detail auszubreiten. Der Illustration diene die Aufstellung der Prozesse in der Eingabe vom 3. Februar 1999 an das Bezirksgericht Zürich.

BO: Eingabe der Klägerin vom 3. Februar 1999

Beilage 14

Aus dieser Aufzählung wird ersichtlich, dass hier nicht das ganze Verhältnis zwischen den Parteien dargestellt werden kann. Deshalb beschränken sich die folgenden Ausführungen auf den Sachkomplex der mit der hier zu entscheidenden Frage verknüpften Verfahren.

19. Das rechtliche Feststellungsinteresse der Klägerin ist gegeben: Sowohl nach kantonalem als auch nach Bundesrecht ist das Bestehen oder Nichtbestehen eines bestimmten Rechtsverhältnisses zwischen Personen beziehungsweise der von Rechtsordnung an gewissen Tatbestände geknüpften Folgen für ihre Beziehung Gegenstand der Feststellungsklage (FRANK/STRÄULI/MESSMER, § 59 N. 8). Dabei ist der Begriff des rechtlichen Interesses weit auszulegen (FRANK/STRÄULI/MESSMER, § 59 N. 13). Ein rechtliches Interesse würde dann fehlen, wenn die Klägerin in der Lage wäre, eine vollstreckbare Leistung zu verlangen.

Vorliegend ist festzustellen, dass die Beklagte gegenüber der Klägerin keine weiteren Herausgabeansprüche mehr hat, da letztere dem Herausgabebefehl vom 8. Februar 1999 vollständig nachgekommen ist. Dabei handelt es sich um die Feststellung des Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses oder Anspruches. Die Klägerin hat keine Möglichkeit, diesbezüglich eine vollstreckbare Leistung zu verlangen.

20. Wie bereits oben dargelegt wurde (Ziff. 18), hat die Beklagte hinreichend bewiesen, dass sie keine Gelegenheit auslässt, die Klägerin mit Prozessen zu überhäufen. Nachdem nun die Verfahren vor dem Obergericht und vor dem Kassationsgericht klar gezeigt haben, dass die Beklagte nach wie vor der Ansicht ist, die Klägerin sei dem Herausgabebefehl des Einzelrichters des Bezirksgerichtes Zürich im summarischen Verfahren vom 8. Februar 1999 nicht nachgekommen, besteht die Gefahr, dass die Beklagte nun ein Strafverfahren lostreten wird. Ihre Entschlossenheit zeigt sich auch darin, dass sie nach wie vor bereit ist, selbst gegen das blosses Unterlassen der Androhung von Zwangsmassnahmen durch alle Instanzen hindurch zu rekurrieren.

Es geht ihr demnach lediglich darum, der Klägerin einen Imageschaden zuzufügen. Die Klägerin hat als Bankinstitut jegliches Interesse, Strafverfahren, für deren Publizität die Beklagte in bewährter Manier sorgen würde, zu vermeiden. Ihr Feststellungsinteresse ist demnach gegeben.

21. Zudem kann nach FRANK/STRÄULI/MESSMER (§ 59 N. 19 in fine) ein Feststellungsbegehren explizit zulässig sein, wenn es zu einer genauen Umgrenzung eines Verbotes notwendig ist. Um einen ähnlichen Fall geht es vorliegend, wobei nicht die Umgrenzung eines Verbotes, sondern eines Gebotes in Frage steht. Das Feststellungsinteresse der Klägerin ist auch aus diesen Überlegungen gegeben.

Abschliessend ersuche ich Sie deshalb, sehr geehrter Herr Präsident, sehr geehrte Damen und Herren, den eingangs gestellten Anträgen stattzugeben und das Begehren gutzuheissen.

Mit vorzüglicher Hochachtung



Dr. Anton W. Blatter

Im Doppel

Beilagen gemäss separatem Verzeichnis

BEILAGENVERZEICHNIS

zu negativer Feststellungsklage vom 2. Februar 2000

in Sachen

Rabo Robeco Bank (Schweiz) AG gegen Tarapaca Investments Ltd.

betreffend Befehl (Rückweisung)

1. Vollmacht vom 21. Mai 1999
2. Handelsregisterauszug der Klägerin vom 10. Mai 1999
3. Allgemeine Geschäftsbedingungen der Bankinvest
4. Verfügung vom 8. Februar 1999 vom Bezirksgericht Zürich
5. Zwei Kontoauszüge des Kontos Nr. 100.695/02.07 (per 31. März und 30. Juni 1987)
6. Rekurs der Beklagten vom 5. Februar 1999 (recte wohl 5. März 1999)
7. Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 15. März 1999
8. Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 25. März 1999
9. Nichtigkeitsbeschwerde der Beklagten vom 16. April 1999
10. Beschluss des Kassationsgerichts des Kantons Zürich vom 20. Dezember 1999
11. Einstellungsverfügung der Bezirksanwaltschaft Hinwil vom 9. März 1998 (mit Sachverhalt)
12. Memorandum der Geschäftsleitung der Klägerin an R. Steck vom 20. Januar 2000
13. Protokoll von R. Steck, R. Ott, R. Brunner vom 28. Januar 2000
14. Eingabe der Klägerin vom 3. Februar 1999