

BS_APPELLATIONSGERICHT ZB.2013.12 vom 12. Juli 2014

BS Appellationsgericht, 2014-07-12, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_ZB.2013.12

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT ZB.2013.12 du 12 juillet 2014

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT ZB.2013.12 del 12 luglio 2014

Erwägungen

E. 1

1.1 Angefochten ist ein Entscheid des Zivilgerichts. Dieser Entscheid ist mit Berufung beim Appellationsgericht anfechtbar: Es liegt ein Endentscheid der ersten Instanz vor (Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO) und der Streitwert übersteigt CHF 10'000.■ (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Die Berufungsklägerin hat ihre Berufung formgerecht und rechtzeitig eingereicht (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Auf die Berufung ist demnach einzutreten.

Zum Entscheid über die Berufung ist die Kammer des Appellationsgerichts zuständig (§ 10 Abs. 2 EG ZPO). Das Appellationsgericht überprüft frei, ob die Vorinstanz den Sachverhalt richtig festgestellt und das Recht richtig angewendet hat (Art. 310 ZPO).

1.2 Es liegt ein internationaler Sachverhalt vor. Die Erwägungen des Zivilgerichts zur Zuständigkeit der Basler Gerichte und zum im Einzelnen anwendbaren Recht wurden von den Parteien vor zweiter Instanz ausdrücklich nicht beanstandet. Damit kann auf die im Übrigen zutreffenden diesbezüglichen Erwägungen des Zivilgerichts verwiesen werden.

E. 2

2.1 Das Zivilgericht prüft materiell in einem ersten Schritt, ob D_____ das von der Berufungsbeklagten behauptete Pfandrecht am Gesellschaftskonto gültig bestellen konnte, insbesondere, ob er verfügungsberechtigt war. Es nimmt namentlich zum Einwand der Berufungsklägerin Stellung, D_____ habe sich mit der Verpfändung des Gesellschaftskontos zu Lasten der C_____ selbst begünstigen wollen und sei dazu nicht befugt gewesen. Beurteilt hat es demnach das Handeln von D_____ für die C_____, als er das Gesellschaftskonto für seine eigenen Verpflichtungen verpfändete (angefochtener Entscheid, E. 5.1 und 5.2). Die Frage der Vertretungsmacht von D_____ für die C_____ richte sich ■ so das Zivilgericht weiter ■ nach saudi-arabischem Recht (E. 5.3 und 5.4). Sodann würdigt das Zivilgericht die von den Parteien eingereichten Gutachten zur Frage der Vertretungsbefugnis von D_____. Die Parteien seien sich namentlich einig, dass D_____ alle Vertretungshandlungen habe vornehmen können, die mit dem Gesellschaftsinteresse vereinbar seien (E. 5.5). Das Zivilgericht folgt sodann zunächst der Rechtsauffassung der Berufungsklägerin, dass auch im saudi-arabischen Recht die Vertretungsbefugnis der Gesellschafter immer durch das Gesellschaftsinteresse beschränkt werde (E. 5.6). Nach der Darlegung der Parteistandpunkte zur Frage, ob die Verpfändung des Gesellschaftskontos im Interesse der C_____ gewesen sei (E. 5.6.1 und 5.6.2), führt das Zivilgericht aus, dass sich die im Handelsregister ausgewiesenen Tätigkeitsbereiche der C_____ und der Zweck des Darlehens an D_____ überschneiden; D_____ habe in seinem Kreditantrag ausdrücklich darauf hingewiesen, dass auch das Darlehen an ihn unter anderem zum Zweck der Geschäftsentwicklung im Bereich von Spitälern verwendet werden sollte; damit könne nur ein Hinweis auf das fragliche Spitalprojekt in [...] gemeint sein. Auch habe sich D_____

verpflichtet, selbst zur Finanzierung dieses Projekts beizutragen. Angesichts dieser Umstände sei anzunehmen, dass das Darlehen der Berufungsbeklagten an D_____ auch der Finanzierung seines persönlichen Beitrags an das Spitalprojekt in [...] gedient habe. Wenn nun zur Sicherung dieses Darlehens auf Mittel der C_____ zurückgegriffen werde, so möge dies zwar nicht im Interesse der Berufungsklägerin sein, stehe aber eindeutig im Einklang mit dem Gesellschaftszweck der C_____. Entsprechend sei die Verpfändung des Gesellschaftskontos nicht ausschliesslich im Interesse von D_____, sondern hauptsächlich im Interesse der C_____ erfolgt. Folge man der Auslegung der Berufungsbeklagten, wonach D_____ zur Vornahme sämtlicher Rechtshandlungen berechtigt gewesen sei, die er selber für die Gesellschaft als angemessen befände, sei das Pfandrecht ohnehin gültig bestellt worden (E. 5.6.3).

2.2 Voraussetzung einer wirksamen Verpfändung einer Forderung ■ hier des Gesellschaftskontos ■ ist die Verfügungsbefugnis des Verpfänders; anders als bei beweglichen Sachen oder Wertpapieren wird der gute Glaube des Pfandgläubigers in den Bestand der Verfügungsbefugnis bei Forderungen nicht geschützt (Bauer, in: Basler Kommentar ZGB II, 4. Auflage 2011, Art. 900 ZGB N 8; Oftinger/Bär, in: Zürcher Kommentar, 3. Auflage 1981, Art. 900 ZGB N 103; Zobl, in: Berner Kommentar zu Art. 888■906 ZGB, Bern 1996, Art. 900 ZGB N 40 und 41; ZBJV 2013, S. 548, 550). Ist der Verpfänder nicht verfügungsberechtigt, ist die Verpfändung unwirksam (Zobl, a.a.O., Art. 900 ZGB N 41).

E. 2.3

2.3.1 Die Berufungsklägerin wendet zunächst ein, weder sie noch die Berufungsbeklagte hätten vor Zivilgericht je behauptet oder belegt, dass der von D_____ für seine privaten Zwecke bezogene Kredit von USD 35 Millionen der Finanzierung des Spitalprojekts in [...] gedient habe. Die Sachverhaltsdarstellung des Zivilgerichts finde keine Grundlage in den Rechtsschriften der Parteien, werde aber zur Grundlage der zivilgerichtlichen Annahme, das Pfandrecht sei im Interesse der C_____ errichtet worden und somit gültig zustande gekommen. Damit habe das Zivilgericht den Sachverhalt nicht richtig festgestellt und die Verhandlungsmaxime verletzt (Berufung, Ziffern 26■28; Replik, Ziffern 6■11).

Die Berufungsbeklagte führt aus, sie habe vor Zivilgericht vorgebracht, dass aus der Kreditanfrage von D_____ klar hervorgehe, dass er das Darlehen unter anderem für Geschäfte in seinen herkömmlichen Geschäftsfeldern, namentlich Petrochemie und Spitäler, einsetzen wolle. Damit sei das Darlehen im Einklang mit dem Gesellschaftszweck der C_____ gestanden. Das Zivilgericht habe aus dem Hinweis von D_____ auf laufende Projekte zu Recht geschlossen, dass der von der Berufungsbeklagten gewährte Kredit (auch) der Finanzierung des Spitalprojekts in [...] dienen sollte (Berufungsantwort, Ziffern 83■88; vgl. auch Duplik, Ziffern 8■17).

2.3.2 Zur Beantwortung der Frage, ob das Zivilgericht die Verhandlungsmaxime verletzt hat, sind zunächst die Ausführungen der Parteien in ihren erstinstanzlichen Rechtsschriften nachzuzeichnen: Die Berufungsklägerin hatte in ihrer Klagebegründung ausgeführt, dass offenbar ■die leeren Beutel■ von D_____ dazu geführt hätten, dass er die von der C_____ geborgten Gelder für persönliche Zwecke habe verpfänden wollen; nur um solche, und nicht etwa um vom D_____ ausgelegte Projektkosten für den Spitalbau (in [...]) könne es sich handeln, da dieser Bau im Juni 2009 noch kaum begonnen habe (Klagebegründung, Ziffer 51). Die Berufungsbeklagte hat in der Klageantwort diesbezüglich angegeben, dass

D_____ von ihr ■ der Berufungsbeklagten ■ am 11. Dezember 2008 einen neuen Kreditbetrag von USD 35 Millionen erhalten habe, ■den er (unter anderem) für seine Geschäftstätigkeit im Bereich des Spitalbaus einzusetzen beabsichtigte (vgl. insbesondere Beilage 26)■ (Klageantwort, Ziffer 57). Die Berufungsklägerin hat daraufhin in der Replik festgehalten, es sei nun erstellt, dass die Berufungsbeklagte D_____ ein Darlehen von USD 35 Millionen ■zu rein persönlichen Zwecken■ gewährt und den Darlehensbetrag auf ein auf den Scheich lautendes Konto bei einer Bank in Saudi-Arabien überwiesen habe. Es sei auch erstellt, dass die Berufungsbeklagte gewusst habe, dass das Darlehen für solche persönlichen Zwecke verwendet würde (Replik, Ziffer 10, mit Hinweis auf KAB 25 und 26; vgl. auch Replik, Ziffer 42). Daraufhin hat die Berufungsbeklagte diese Behauptungen unter Hinweis auf ihre Klageantwort bestritten (Duplik, Ziffern 23 und 24). Zudem hat sie angegeben, aus der Kreditanfrage von D_____ vom 11. Dezember 2008 gehe klar hervor, dass dieser das Darlehen für Geschäfte in seinen herkömmlichen Geschäftsfeldern, namentlich Petrochemie und Spitäler, einsetzen wolle (Duplik, Ziffer 78; KAB 25).

Die Parteien haben damit vor Zivilgericht tatsächlich nicht behauptet, dass der von D_____ bezogene Kredit von USD 35 Millionen der Finanzierung des Spitalprojekts in [...] gedient habe. Die entsprechende Annahme des Zivilgerichts geht damit über die Parteibehauptungen hinaus und ist auch nicht hinreichend belegt. Allerdings hat die Berufungsbeklagte vor Zivilgericht dargelegt und belegt (KAB 25 und 26), dass D_____ angab, den von der Berufungsbeklagten gewährten Kredit über USD 35 Millionen für Geschäfte in seinen herkömmlichen Geschäftsfeldern wie Petrochemie und Spitäler verwenden zu wollen.

E. 2.4

2.4.1 Die Berufungsklägerin wendet sodann ein, die Verpfändung des Gesellschaftskontos habe offensichtlich nicht im Interesse der C_____ gelegen. Die C_____ sei daran interessiert gewesen, mit dem Darlehen den Spitalbau in [...] voranzutreiben oder eigene gewinnorientierte Zwecke zu verfolgen. Sie habe sicher kein Interesse daran gehabt, ihre Mittel für ganz persönliche Zwecke von D_____ zu verpfänden und diese Mittel damit zu blockieren. Die C_____ habe durch eine Verpfändung nur Nachteile: Erstens werde das Guthaben der Gesellschaft blockiert und stehe damit für einen Einsatz für die Zwecke der Gesellschaft nicht mehr zur Verfügung; zweitens ■wäre das Guthaben der Gesellschaft ganz weg■, wenn das Pfand in Anspruch genommen würde; drittens läge eine Konkurrenzierung der C_____ vor, wenn D_____ mit seinem durch C_____ besicherten Kredit andere private Spitalprojekte finanzieren würde. Dies habe zur Folge, dass D_____ nicht befugt gewesen sei, einen entsprechenden Pfandvertrag zu Lasten der C_____ abzuschliessen (Berufung, Ziffern 34 und 35; Replik, Ziffer 10).

Die Berufungsbeklagte führt diesbezüglich aus, dass das Gesellschaftsinteresse in objektiver Weise zum Zeitpunkt der Vornahme der Rechtshandlung zu bestimmen sei. Dabei sei dem weiten Ermessensspielraum, welchen die Gesellschaftsstatuten dem Direktor D_____ gewährten, Rechnung zu tragen. Die Beweislast, dass die Verpfändung nicht im Einklang mit den Gesellschaftsinteressen der C_____ gestanden habe, obliege der Berufungsklägerin; diesen Beweis habe sie weder im erst- noch im zweitinstanzlichen Verfahren erbracht. Da D_____ in seiner Kreditanfrage angezeigt habe, das Darlehen in den Bereichen Petrochemie und Spitäler einsetzen zu wollen, und da er im Zusammenhang mit dem Spitalprojekt in [...] persönlich vertragliche Verpflichtungen übernommen habe, sei es aus der damaligen Sicht der Berufungsbeklagten ohne weiteres möglich gewesen, dass die

Verpfändung des Gesellschaftskontos zugunsten des Darlehens an D_____ im Zusammenhang mit dem Spitalbau in [...] stehe. Allemal habe der Darlehenszweck im Einklang mit dem Gesellschaftszweck der C_____ gestanden (Berufungsantwort, Ziffern 68■72).

2.4.2 Wie in Erwägung 2.3.2 ausgeführt worden ist, hat D_____ belegtermassen angegeben, er wolle den von der Berufungsbeklagten gewährten Kredit über USD 35 Millionen für Geschäfte in seinen herkömmlichen Geschäftsfeldern wie Petrochemie und Spitäler verwenden. Dies wird durch die Verpfändungsanfrage und die Kreditanfrage vom 5. Dezember 2008 bestätigt. In der Verpfändungsanfrage hat D_____ ■ im Namen der C_____ ■ der Berufungsbeklagten unter anderem Folgendes mitgeteilt (KAB 25):

■ [] this short term pledge in favour of my personal account constitutes a short term facility my own company is granting to me for further business developments which I wish to implement in my own name in Saudi Arabia.■

[Freie Übersetzung: Dieses kurzfristige Pfand zu Gunsten meines persönlichen Kontos stellt ein kurzfristiges Darlehen dar, das meine eigene Gesellschaft mir für weitere Geschäftsentwicklungen gewährt, die ich in Saudi-Arabien im eigenen Namen umsetzen möchte.]

In seiner Kreditanfrage vom 5. Dezember 2008 hat D_____ gegenüber der Berufungsbeklagten Folgendes ausgeführt (KAB 26):

■ I now herewith kindly ask you to grant to me a short term loan of US-Dollars 35 Million to be renewed on a 2 weeks or a 1 month basis till further notice in line with your traditional margins which you have always granted to me over all this [sic] years of our longstanding relationship.

I need this credit facility for a few months as I will transfer this [sic] US-Dollars 35 Million to my personal account at [] Bank in [] for further business development in my traditional fields which are, as you know, petrochemicals and hospitals. You may know that I have substantial business development perspectives at present time which demand the use of all my resources.■

[Freie Übersetzung: Ich bitte Sie nun hiermit höflich, mir ein kurzfristiges Darlehen über USD 35 Millionen zu gewähren, bis auf weiteres erneuerbar alle 2 Wochen oder jeden Monat in Übereinstimmung mit Ihren Margen/Konditionen, die Sie mir über all die Jahre unserer langdauernden Beziehung immer gewährt haben.

Ich benötige dieses Darlehen für einige Monate, da ich die USD 35 Millionen auf mein persönliches Konto bei der [] Bank in [] überweisen werde, dies für die Entwicklung weiterer Geschäfte in meinen herkömmlichen Geschäftsfeldern; wie Sie wissen, sind dies Petrochemie und Spitäler. Sie wissen vielleicht, dass ich im Moment bedeutende Geschäftsaussichten habe, die den Einsatz all meiner Ressourcen erfordern.]

Sodann ist erstellt, dass das Tätigkeitsgebiet der C_____ gemäss dem Handelsregisterauszug (KB 17) neben einer Vielzahl anderer Bereiche unter anderem folgende Bereiche umfasst:

■ [] wholesale and retail in medical equipments, hospitals supplies, maintenance and repair of industrial machines■.

Aus der teilweisen Überschneidung des von D_____ angegebenen Darlehenszwecks ■ Verwendung in den Geschäftsfeldern Petrochemie und Spitäler ■ und der Tätigkeitsgebiete der C_____ ■ unter anderem Gross- und Einzelhandel mit medizinischer Ausrüstung, Krankenhausbedarf, Unterhalt und Reparatur von Industriemaschinen ■ lässt sich nun nicht schliessen, dass die Verpfändung des Gesellschaftskontos und die dadurch ermöglichte Darlehensgewährung an D_____ objektiv im Interesse der C_____ war. In Bezug auf den ersten Darlehenszweck ■ Verwendung in der Petrochemie ■ besteht gar keine Überschneidung mit den Tätigkeitsgebieten der C_____. Der Handelsregisterauszug der C_____ nennt als deren Tätigkeitsbereiche unter anderem den Unterhalt und die Reparatur von Industriemaschinen. Die Petrochemie fällt nicht mehr oder nur bei einer überdehnten Auslegung des Begriffs des Unterhalts und der Reparatur von Industriemaschinen darunter. Die Petrochemie lässt sich auch nicht unter die anderen im Handelsregister genannten Tätigkeitsgebiete der C_____ subsumieren. In Bezug auf den ersten Darlehenszweck ■ Investitionen in die Petrochemie ■ besteht somit keine Überschneidung mit dem Gesellschaftszweck. Fehlt es aber in diesem Punkt an einer Überschneidung von Darlehens- und Gesellschaftszweck, lag die Gewährung des Darlehens (und die dazu notwendige Verpfändung des Gesellschaftskontos) diesbezüglich nicht im Interesse der C_____. Diese war nicht daran interessiert, dass durch die Verpfändung des Gesellschaftskontos Investitionen in gesellschaftsfremde Zwecke getätigt werden.

In Bezug auf den zweiten angezeigten Darlehenszweck ■ Investitionen im Spitalbereich ■ besteht zwar eine Überschneidung mit dem Gesellschaftszweck; dieser nennt ausdrücklich auch den Krankenhausbedarf. Allerdings ist fraglich, ob dies genügt, um ein Interesse der C_____ an der Verpfändung des Gesellschaftskontos (und der Gewährung des Darlehens an D_____) zu bejahen. Aufgrund der Angaben im Kreditantrag bestand die Möglichkeit, dass das Darlehen nicht nur Spitalprojekten zugutekommen sollte, die von der C_____ gefördert wurden, sondern auch Spitalprojekten, die von der C_____ nicht unterstützt wurden. Bestand aber eine nicht nur theoretische Möglichkeit, dass das D_____ gewährte Darlehen auch der Finanzierung anderer ■ auch konkurrierender ■ Projekte im Spitalbereich dienen sollte, kann nicht gesagt werden, dass die Darlehensgewährung an D_____ und die Verpfändung des Gesellschaftskontos im Interesse der C_____ war.

Damit ist erstellt, dass die Verpfändung des Gesellschaftskontos zumindest teilweise (Investitionen in die Petrochemie) objektiv mit dem Gesellschaftszweck der C_____ nichts zu tun hatte. Damit widersprach die Verpfändung teilweise (Investitionen in die Petrochemie) dem Interesse der C_____; teilweise (Spitalinvestitionen) bestand die naheliegende Gefahr, dass die Verpfändung nicht im Interesse der C_____ war.

2.5 War die Verpfändung des Gesellschaftskontos nach dem Gesagten objektiv nicht im Interesse der C_____, muss die vom Zivilgericht offen gelassene Frage (angefochtener Entscheid, E. 5.6) beantwortet werden, ob D_____ aufgrund der Statuten der C_____ zur Verpfändung des Gesellschaftskontos ermächtigt war, dies unabhängig davon, welcher Zweck damit verfolgt wurde. Diese Frage richtet sich unbestrittenermassen nach saudi-arabischem Recht (angefochtener Entscheid, E. 5.4). Dazu haben die Parteien dem Zivilgericht jeweils zwei Parteigutachten eingereicht (KB 34 und Replikbeilage [RB] 46; KAB 37 und Duplikbeilage [DB] 54).

Die massgebliche Passage der Gesellschaftsstatuten lautet in der englischen Übersetzung des Parteigutachters der Berufungsklägerin wie folgt (RB 46, Ziffer 2):

■The Company shall be managed by the partner [], who shall represent it before all ministries, public and private departments in all works and matters related thereto, he has the necessary powers and authority to manage and represent the Company, to sign on its behalf, taking whatever actions he deems appropriate in its interest, () to establish other companies () to request bank facilities () to mortgage () to represent the company before all types and classes of judicial authorities, courts () etc.■

In der Übersetzung des Parteigutachters der Berufungsbeklagten lautet die Passage wie folgt (DB 54, Ziffer 3.2):

■The Company shall be managed by the partner [], who shall represent it before all ministries, public and private departments in all works and matters related thereto, he has the necessary powers and authority to manage and represent the Company, to sign on its behalf, and take whatever action he deems appropriate in its interests, () to establish other companies () to request bank facilities () to mortgage () to represent the company before all types of judicial authorities, courts () etc.■ [Fettdruck und Unterstreichung gemäss Ergänzungsgutachten]

Das Zivilgericht merkt mit Recht an, dass sich die beiden Übersetzungen der massgeblichen Passage der Gesellschaftsstatuten nicht wesentlich unterscheiden (angefochtener Entscheid, E. 5.6).

Dagegen bestehen in Bezug auf die Rechtsfolgen gewisse Differenzen zwischen den beiden Parteigutachten. Das Gutachten der Berufungsbeklagten führt dazu Folgendes aus (KAB 37, Ziffer 3.20):

■The law of Saudi Arabia does not address LLCs [limited liability companies] entering into transactions that personally benefit individual members of management or individual owners of the company. A Saudi company is bound by the acts of its managers acting within the scope of their authority, regardless of whether such acts are for personal benefit of the agent. Nevertheless, the shareholders would have a valid cause of action against managers for any breach of fiduciary duty.■

Im Ergänzungsgutachten der Berufungsklägerin wird zu dieser Aussage Folgendes ausgeführt (RB 46, Ziffer 5):

■In accordance with our opinion above, we would not have exactly given the same answer to the question addressed by the GPA Advice [Gutachten der Berufungsbeklagten] under its sections 3.20 and 3.21. The question asked is whether it is admissible that a by itself competent person enters into a transaction in the name of a company but in its own interest and for his own benefit.

The Law of Saudi Arabia does not address LLCs entering into transactions that personally benefit individual members of management or individual owners of the company. A Saudi company is simply bound by the acts of its managers acting within the scope of their powers.

If such acts, although taken within the scope of their authority, breach the fiduciary duty of the managers, the company bound by such acts (or its shareholders) would have a valid cause of action against the managers, to the extent of the damages caused.

Conversely, if such acts are not taken within the scope of their powers, the company is simply not bound, whether such acts have breached or not the fiduciary duty of the

managers, and third parties (e.g. the Bank in the present case) who may have relied on the binding effect of such acts may have a valid cause of action against the managers.■

Gemäss beiden Parteigutachten war D_____ somit berechtigt, jede Handlung vorzunehmen, die er im Gesellschaftsinteresse als angemessen erachtete (■to take whatever action(s) he deems appropriate in its interest(s)■). D_____ hatte damit einen sehr weiten Ermessensspielraum. Was er ■ aus seiner Sicht ■ als im Interesse der C_____ liegend erachtete, konnte und durfte er mit bindender Wirkung auch tun. In diesem Rahmen war er folglich auch berechtigt, das Gesellschaftskonto für private und gesellschaftliche Zwecke zu verpfänden, unabhängig davon, ob dies auch bei einer objektiven Betrachtungsweise im Interesse der C_____ war. Mit der genannten Verpfändung bewegte sich D_____ ■ um mit dem soeben zitierten Ergänzungsgutachten der Berufungsklägerin zu sprechen ■ innerhalb des Rahmens seiner Befugnisse (■within the scope of [his] authority/powers■). Handelte er aber innerhalb seiner ■ weitgesteckten ■ Befugnisse, wurde die C_____ dadurch nicht nur gemäss dem zitierten Gutachten der Berufungsbeklagten, sondern auch nach dem Ergänzungsgutachten der Berufungsklägerin gebunden (■bound by such acts■). Da somit beide Gutachter die Bindungswirkung von Handlungen bejahen, die der Direktor im Rahmen seiner Befugnisse vornimmt, und da die Verpfändung des Gesellschaftskontos für Gesellschaftszwecke und für private Zwecke des Direktors innerhalb dieses Rahmens liegt, erübrigt es sich, das von der Berufungsklägerin beantragte Gerichtsgutachten zur Begrenzung der Vertretungsmacht im saudi-arabischen Recht einzuholen (vgl. Berufung, Ziffern 32 und 33). Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass D_____ berechtigt war, ein Pfandrecht am Gesellschaftskonto der C_____ zu bestellen.

E. 3

3.1 In einem zweiten Schritt prüft das Zivilgericht, ob die Verpfändung des Gesellschaftskontos sittenwidrig und damit nichtig sei. Es nimmt zum Vorwurf der Berufungsklägerin Stellung, dass die Berufungsbeklagte D_____ Hand dazu geboten habe, die ihr für die Verpflichtungen der C_____ gegenüber der Berufungsklägerin anvertraute Sicherheit von USD 40 Millionen auszuhöhlen (angefochtener Entscheid, E. 6.1). Das Zivilgericht führt aus, die Berufungsbeklagte habe sich nicht vertraglich verpflichtet, auf eine Pfandbestellung auf dem Gesellschaftskonto zu verzichten; eine solche Verpflichtung habe einzig beim Sicherheitskonto bestanden. Es gehe entschieden zu weit, daraus zu schliessen, die Berufungsbeklagte habe auch annehmen müssen, dass die C_____ nach den Vorstellungen der Berufungsklägerin nicht nur das Sicherheitskonto, sondern auch das Gesellschaftskonto nicht habe verpfänden dürfen. Eine allfällige Verletzung vertraglicher Pflichten der C_____ durch die Pfandbestellung könne nicht der Berufungsbeklagten angelastet werden (E. 6.3). Erst recht nicht ersichtlich sei, inwiefern die Berufungsbeklagte aus sozial- oder berufsethischer Sicht sittenwidrig gehandelt haben soll. Das von der Berufungsklägerin angerufene Geldwäschereigesetz habe nicht den Zweck, die vertragswidrige Verwendung eines Darlehens zu verhindern. Selbst wenn der Berufungsbeklagten ■ was bestritten sei ■ bekannt gewesen sein sollte, dass das Guthaben auf dem Gesellschaftskonto ausschliesslich für den Spitalbau in [...] bestimmt gewesen sei, sei sie nicht verpflichtet gewesen, für die richtige Verwendung des Darlehens zu sorgen (E. 6.4).

3.2 Nach Art. 20 Abs. 1 OR ist ein Vertrag nichtig, der einen unmöglichen oder widerrechtlichen Inhalt hat oder gegen die guten Sitten verstösst. Sittenwidrig im Sinne von Art. 20 Abs. 1 OR sind Verträge, die gegen die herrschende Moral, das heisst gegen das

allgemeine Anstandsgefühl oder gegen die der Gesamtrechtsordnung immanenten ethischen Prinzipien und Wertmassstäbe verstossen (BGE 115 II 232 E. 4a S. 235 mit Hinweisen). Ein solcher Verstoss kann einerseits in der vereinbarten Leistung oder in dem damit angestrebten mittelbaren Zweck oder Erfolg liegen, sich andererseits aber auch daraus ergeben, dass eine notwendig unentgeltliche Leistung mit einer geldwerten Gegenleistung verknüpft wird (BGE 123 III 101 E. 2 S. 102 mit Hinweisen). Die Sittenwidrigkeit bezieht sich damit auf den Vertragsinhalt, der in einem weiteren Sinne den Vertragszweck mitumfasst (BGE 123 III 101 E. 2 S. 102 mit Hinweis). Ist die Sittenwidrigkeit einer Vereinbarung zu überprüfen, die mit fremden Forderungsrechten kollidiert, werden besondere, weitere Umstände verlangt, welche die Pflichtverletzung besonders anstössig erscheinen lassen (vgl. (Huguenin, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, Zürich 2012, N 419 mit Hinweis auf BGE 102 II 339 E. 2 S. 340 f. bezüglich einer nicht sittenwidrigen Verfügung über Buchungsaufträge in Verletzung genossenschaftlicher Kontobedingungen; vgl. auch die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz in E. 6.2 S. 15 mit Hinweis auf BGE 114 II 91 E. 4 und 6 S. 96 ff.).

E. 3.3

3.3.1 Die Berufungsklägerin wendet zunächst ein, das Zivilgericht habe die (Sachverhalts-)Frage falsch beantwortet, ob der Berufungsbeklagten die Zweckgebundenheit der Darlehensgelder der Berufungsklägerin bekannt gewesen sei. Die Berufungsbeklagte habe als kontoführende Bank sehr wohl um die genauen Beziehungen zwischen der Berufungsklägerin einerseits und der C_____ und D_____ andererseits gewusst, und es sei ihr klar gewesen, dass die Darlehenstranchen auf dem Gesellschaftskonto ausschliesslich für das Spitalprojekt in [...] verwendet werden durften. Sie schliesst dies aus folgenden von ihr behaupteten Umständen: Die Berufungsbeklagte habe erstens bereits aufgrund ihrer Pflichten im Rahmen der Geldwäscherei den wirtschaftlichen Hintergrund der Pfandbestellung prüfen müssen. Zweitens habe sie den Undertakings- and Instructions-Letter unterzeichnet, in welchem die massgeblichen Verträge zwischen der Berufungsklägerin und der C_____ erwähnt seien; zumindest in den Grundzügen habe sie den Inhalt der Verträge gekannt. Drittens ergebe sich die Zweckbindung der Gelder auf dem Gesellschaftskonto aus dem Mail-Verkehr zwischen der Berufungsklägerin und der Berufungsbeklagten. Die Zweckbindung ergebe sich viertens auch daraus, dass es sich beim Gesellschaftskonto um ein Darlehenskonto gehandelt habe, das die C_____ einzig für die Abwicklung der Darlehenstranchen zur Spitalfinanzierung eingerichtet habe (Berufung, Ziffern 40-46). Die Berufungsklägerin stützt den Vorwurf der Sittenwidrigkeit somit zum einen auf das behauptete Wissen der Berufungsbeklagten um die Vertragsbeziehungen zwischen der Berufungsklägerin, der C_____ und D_____ (nachfolgende Erwägung 3.3.2) und zum anderen auf die behauptete Zweckgebundenheit der Gelder des Gesellschaftskontos (nachfolgende Erwägung 3.3.3).

3.3.2 In Bezug auf das Wissen der Berufungsbeklagten um die Vertragsbeziehungen ist zunächst auf das mit ■ Undertakings and instructions in connection with certain financial commitments with A_____ ■ betitelte Schreiben vom 17. Juli 2008 hinzuweisen. Mit diesem Schreiben setzte D_____ die Berufungsbeklagte über seine Pflichten aus dem Financial Commitment Agreement und die Pflichten der C_____ aus dem Facility Agreement ins Bild, die gegenüber der Berufungsklägerin eingegangen worden waren; dieses Schreiben wurde am 17. Juli 2008 auch von der Berufungsbeklagten unterzeichnet. In diesem Schreiben werden das Financial Commitment Agreement und das Facility

Agreement einleitend erwähnt (KB 15). Entgegen der Auffassung der Berufungsklägerin (Berufung, Ziffer 43) kann aus der blossen Erwähnung der beiden Verträge, mit welchen die C_____ und D_____ Verpflichtungen gegenüber der Berufungsklägerin eingingen, nicht geschlossen werden, dass die Berufungsbeklagte auch den Inhalt der Verträge kannte ■ auch nicht in den Grundzügen.

Keine Kenntnis der vertraglichen Hintergründe lässt sich sodann aus den der Berufungsbeklagten obliegenden Pflichten im Rahmen der Geldwäschereibekämpfung ableiten. Die Berufungsklägerin hatte in ihrer Klagebegründung geltend gemacht, es sei offen auf der Hand gelegen, dass eine Verpfändung der Darlehensmittel durch die C_____ zu Gunsten eines Darlehens an D_____ ungewöhnlich gewesen und erheblich von den in jener Geschäftsbeziehung üblichen Transaktionen abgewichen sei (Klagebegründung, Ziffern 72■75; vgl. auch Berufung, Ziffer 42). In der Klageantwort hatte die Berufungsbeklagte ausgeführt, dass nicht nur die Verpfändung des Gesellschaftskontos, sondern auch die Kreditgewährung an D_____ nichts Ungewöhnliches an sich habe: Das Kreditkonto habe bereits seit dem Jahr 2000 bestanden und habe seit Dezember 2001 schon mehrfach zur Kreditaufnahme mit Beträgen bis zu USD 36 Millionen gedient. Ebenso üblich sei es, dass die Auszahlung von Kreditbeträgen vom Stellen entsprechender Sicherheiten abhängig gemacht werde (Klageantwort, Ziffern 138■140). Im Licht dieser Ausführungen hat die Berufungsklägerin in der Folge den Vorwurf, die Berufungsbeklagte hätte aufgrund ihrer Pflichten im Rahmen der Geldwäschereibekämpfung um die vertraglichen Hintergründe wissen müssen, vor Zivilgericht nicht mehr aufrechterhalten (Replik, Ziffern 90 und 91). In der Berufungsantwort (Ziffern 113■115) legt die Berufungsbeklagte sodann mit Recht dar, dass die Geldwäschereigesetzgebung zum Ziel habe auszuschliessen, dass Gelder deliktischer Herkunft in den regulären Geldkreislauf gelangten; um dies zu verhindern, müsse die Bank bei gewissen Transaktionen besondere Abklärungen treffen. Da im vorliegenden Fall die Darlehensgelder der Berufungsklägerin an die C_____ von der Berufungsklägerin selbst stammten, habe die nicht-deliktische Herkunft der Gelder einwandfrei festgestanden. Überdies sei der Berufungsbeklagten aus den ■Undertakings and instructions■ vom 17. Juli 2008 (KB 15) zweifelsfrei bekannt, dass die Geldeingänge eine reguläre vertragliche Grundlage gehabt hätten. Mehr habe die Berufungsbeklagte gemäss der Geldwäschereigesetzgebung nicht wissen müssen.

3.3.3 In Bezug auf die Zweckgebundenheit der Gelder auf dem Gesellschaftskonto beruft sich die Berufungsklägerin zunächst auf den E-Mail-Verkehr mit der Berufungsbeklagten vom 18. Juli 2008 (KB 27). Die Berufungsklägerin leitet daraus ab, dass die Berufungsbeklagte Kenntnis hatte von der Zweckgebundenheit der Mittel auf dem Gesellschaftskonto (Berufung, Ziffer 44). Die Berufungsbeklagte bestreitet, dass sich daraus entnehmen lasse, dass die Verwendung von Darlehensmitteln für die Äufnung der Sicherheit auf dem Sicherheitskonto nicht zulässig gewesen sein soll. Zudem macht sie geltend, dass die Weiterüberweisung von USD 40 Millionen vom Gesellschaftskonto auf das Sicherheitskonto mit der Zustimmung der Berufungsklägerin erfolgt sei (Berufungsantwort, Ziffern 33■35).

Nachdem die Berufungsbeklagte am 17. Juli 2008 die ■Undertakings and instructions■ unterzeichnet hatte, stellte sie mit E-Mail vom 18. Juli 2008 folgende ■ sprachlich ungelenke ■ Anfrage in französischer Sprache an die Berufungsklägerin: Diese möge bei der Überweisung der ersten Darlehenstranche als Betreff die Überweisung von USD 52,5 Millionen mit den nötigen Referenzen angeben und zusätzlich vermerken, dass

Begünstigter das Gesellschaftskonto der C_____ sei; der Betrag sei gutzuschreiben unter der Bedingung, dass USD 40 Millionen auf das Sicherheitskonto des Scheichs weiter überwiesen würden gemäss dem tags zuvor unterzeichneten Pfandvertrag. Abschliessend zeigte die Berufungsbeklagte an, dass die Berufungsklägerin Kenntnis davon habe, dass die USD 40 Millionen von der C_____ abdisponiert werden für das Pfand auf dem persönlichen (Sicherheits-)Konto (vgl. KB 27: ■Je dois démontrer que votre établissement est au courant que les 40 sortent de C_____ pour le pledge sur le compte perso■ und freie Übersetzung des Gerichts; vgl. auch Übersetzung in der Klagebegründung, Ziffer 32).

Die Antwort-Mail der Berufungsklägerin vom gleichen Tag an die Berufungsbeklagte lautet wie folgt:

■Les fonds (52 500 000 USD) doivent bien être versés au bénéfice de C_____ dans le cadre du financement de l'hôpital de [...] comme vous pourrez le constater dans l'ordre de virement en pièce jointe.

La constitution du pledge relève quant à elle de la responsabilité personnelle de l'actionnaire majoritaire de C_____ à qui il revient de vous donner toute instruction quant à sa mise en place.■

[Zur Übersetzung vgl. Klagebegründung, Ziffer 32; Klageantwort, Ziffer 52: ■Die Mittel (USD 52'500'000.--) sind zu Gunsten von C_____ zu überweisen, im Rahmen der Finanzierung des Spitals in [...], so wie Sie es dem beiliegenden Überweisungsauftrag entnehmen können.

Die Bereitstellung der Sicherheit liegt in der persönlichen Verantwortlichkeit des Hauptaktionärs von C_____, dem allein Ihre Instruktion darüber obliegt.■]

Das Antwort-Mail der Berufungsklägerin ist nicht völlig klar: Der erste Satz legt nahe, dass die erste Darlehenstranche von USD 52,5 Millionen auf das Gesellschaftskonto der C_____ überwiesen werden sollte, dies im Rahmen der Spitalfinanzierung in [...]. Mit dem zweiten Satz dagegen signalisiert die Berufungsklägerin nicht oder nicht hinreichend deutlich, dass sie gegen die von der Berufungsbeklagten intendierte Weiterüberweisung von USD 40 Millionen auf das Sicherheitskonto von D_____ nicht einverstanden sei. Vielmehr verweist sie darauf, dass es D_____ obliege, die Berufungsbeklagte über die Bereitstellung der Sicherheit zu instruieren. Das Antwort-Mail der Berufungsklägerin ist damit insofern widersprüchlich, als es im ersten Satz eine Zweckbindung der ersten Darlehenstranche signalisiert und diese Zweckbindung im zweiten Satz zumindest wieder stark relativiert. Mit dem genannten Mail-Verkehr wird damit nicht bewiesen, dass die erste Darlehenstranche von USD 52,5 Millionen auf dem Gesellschaftskonto streng zweckgebunden sein sollte.

Zum Nachweis, dass die Berufungsbeklagte um die Zweckbindung der Gelder gewusst habe, macht die Berufungsklägerin sodann geltend, es habe sich beim Gesellschaftskonto um ein Darlehenskonto gehandelt; es sei einzig für die Aufnahme des Darlehens der Berufungsklägerin eröffnet worden (Berufung, Ziffer 45). Bereits mit der Klage hatte die Berufungsklägerin behauptet, es handle sich beim Gesellschaftskonto um ein eigens eröffnetes Darlehenskonto oder ■disbursement account■ (Klagebegründung, Ziffer 18). Die Berufungsbeklagte hat in der Klageantwort nachgewiesen, dass das Gesellschaftskonto ohne Zweckbestimmung als gewöhnliches Gesellschaftskonto eröffnet worden ist (Klageantwort, Ziffer 35; KAB 8). Die Berufungsklägerin hat ihre ursprüngliche

Behauptung in der erstinstanzlichen Replik sodann dahingehend abgeschwächt, als kontoführende Bank habe die Berufungsbeklagte gewusst, dass die Mittel auf dem Konto ausschliesslich aus dem von der Berufungsklägerin gewährten Darlehen stammten. Zum Beweis hat sie die Edition sämtlicher Belege aller Bewegungen auf dem Gesellschaftskonto verlangt (Replik, Ziffer 33). Das Zivilgericht und das Appellationsgericht haben von einer entsprechenden Editionsverfügung abgesehen. Selbst wenn nämlich nachgewiesen werden könnte, dass alle Mittel auf dem Gesellschaftskonto aus dem von der Berufungsklägerin gewährten Darlehen stammten, wäre damit nicht erstellt, dass die Berufungsbeklagte auch wusste, dass das Gesellschaftskonto ausschliesslich zur Abwicklung des Darlehens dienen sollte. Aus dem Umstand, dass nur Darlehenstranchen der Berufungsklägerin auf dem Gesellschaftskonto eingingen, liesse sich nämlich einzig schliessen, dass das Gesellschaftskonto für die Auszahlung des Darlehens der Berufungsklägerin benutzt wurde, nicht aber, dass es nur dafür benutzt werden durfte. Eine strenge Zweckbindung des Gesellschaftskontos lässt sich auch damit nicht beweisen. Musste die Berufungsbeklagte nicht von einer strengen Zweckbindung der Gelder auf dem Gesellschaftskonto ausgehen, musste sie erst recht nicht annehmen, dass ein ■ mit der Berufungsbeklagten nicht vereinbartes ■ Verbot bestand, sich ein Pfandrecht am Gesellschaftskonto einräumen zu lassen.

3.4 Nach dem Gesagten ist nicht nachgewiesen, dass die Berufungsbeklagte Kenntnis hatte von den Vertragspflichten der C_____ und von D_____ gegenüber der Berufungsklägerin sowie von der Zweckgebundenheit der Gelder auf dem Gesellschaftskonto. Damit fehlt es bereits in tatsächlicher Hinsicht an einem möglichen Sittenwidrigkeitstatbestand. Selbst wenn man aber ■ entgegen der Erwägung 3.3.3 ■ annähme, dass die Berufungsbeklagte um die strenge Zweckgebundenheit der Gelder wusste, wäre ihr Verhalten nicht als sittenwidrig zu betrachten. Die Sittenwidrigkeit von Rechtsgeschäften, die vertragliche Rechte Dritter beeinträchtigen, wird wie ausgeführt nur beim Vorliegen qualifizierter Voraussetzungen (Huguenin, in: Basler Kommentar OR I, Art. 19/20 OR N 41) beziehungsweise gravierender Umstände, namentlich Schädigungsabsicht, bejaht (Brehm, in: Berner Kommentar zu Art. 41 ■ 61 OR, Art. 41 N 256). Im vorliegenden Fall ist eine Absicht der Berufungsbeklagten, die Berufungsklägerin zu schädigen, nicht nachgewiesen. Das ■ in Erwägung 3.3.3 verneinte ■ Wissen der Berufungsbeklagten um die Zweckgebundenheit der Mittel auf dem Gesellschaftskonto würde sodann keinen qualifizierten Umstand darstellen, der die Verpfändung des Gesellschaftskontos zur Besicherung des von der Berufungsbeklagten gewährten Darlehens als unsittlich, also als besonders anstössig, erscheinen liesse. Das Verhalten der Berufungsbeklagten wäre zwar durchaus als eigennützig zu bezeichnen, würde aber nicht die Intensität der nicht leichthin anzunehmenden Sittenwidrigkeit erreichen, zumal auch eine Verleitung zum Vertragsbruch oder dessen Ausnutzung grundsätzlich nicht als sittenwidrig gilt. Im Unterschied zur Argumentation der Berufungsklägerin in Ziffer 48 der Berufung hinsichtlich BGE 114 II 91 wird dort vielmehr hervorgehoben, dass (selbst) eine Ausbeutung einer Vertragsverletzung nur ■ wie bereits dargelegt ■ unter besonderen Umständen ein sittenwidriges Verhalten darstellt. Selbst im Rahmen einer hier nicht gegebenen Schädigungsabsicht wird mit Recht von der Lehre hervorgehoben, ■ dass die Ausdehnung der Haftung als Ausnahme zu verstehen und davon nur mit Zurückhaltung Gebrauch zu machen ist ■ (BGE 114 II 91 E. 4 a/aa S. 97). Vorliegend besteht daher kein Anlass, solche oder andere derartig qualifizierte Umstände anzunehmen sowie von der zu Recht auferlegten Zurückhaltung abzurücken (vgl. auch Berufungsantwort Ziffern 109 ■ 132).

E. 4

In einem dritten Schritt prüft das Zivilgericht den Vorwurf der Berufungsklägerin, das Verhalten der Berufungsbeklagten sei rechtsmissbräuchlich. Die Berufungsbeklagte hatte am 29. Juni 2009 ■ wenige Tage vor der Arrestlegung ■ auf dem Gesellschaftskonto der C_____ ein Guthaben von USD 36'366.218.95 ausgewiesen. Mit dieser Saldobestätigung soll D_____ der Berufungsklägerin in der Folge vorgespiegelt haben, die Mittel auf dem Gesellschaftskonto seien frei verfügbar. Das Zivilgericht verneint einen Anlass und eine Pflicht der Berufungsbeklagten, der Saldobestätigung einen Vermerk über die Verpfändung des Gesellschaftskontos anzufügen (angefochtener Entscheid, E. 7).

Die Berufungsklägerin wendet dagegen zunächst ein, entgegen der Auffassung des Zivilgerichts hätten Anhaltspunkte bestanden für einen möglichen Missbrauch der Saldobestätigung durch D_____. Sie nennt zum einen das Wissen der Berufungsbeklagten darum, dass das Gesellschaftskonto als Gefäss für das von der Berufungsklägerin an die C_____ gewährte Darlehen genutzt worden sei, und zum anderen den Umstand, dass D_____ nur die Saldi der beiden in Bezug zur Berufungsklägerin stehenden Konti (Gesellschaftskonto und Sicherheitskonto) habe bestätigen lassen (Berufung, Ziffer 51). In Bezug auf das Wissen der Berufungsbeklagten um die strikte Zweckbestimmung des Gesellschaftskontos kann zunächst auf die obige Erwägung 3.3.3 hingewiesen werden; demgemäss ist ein solches Wissen nicht nachgewiesen. In Bezug auf den zweiten Umstand wendet die Berufungsbeklagte zu Recht ein, ihr sei nicht bekannt gewesen, wofür D_____ die beiden Kontoauszüge benötige, und sie habe nicht merken müssen, dass die Kontoauszüge zwingend gegenüber der Berufungsklägerin verwendet werden sollten (Berufungsantwort, Ziffern 136 und 137). Der Umstand, dass D_____ lediglich die Saldi der beiden in Beziehung zur Berufungsklägerin stehenden Konti bestätigen liess, bildet tatsächlich keinen genügenden Anhaltspunkt für einen drohenden Missbrauch der Bestätigungen durch D_____. Fehlt es aber an konkreten Missbrauchshinweisen, hatte die Berufungsbeklagte tatsächlich ■ wie das Zivilgericht festhält ■ keinen Anlass, auf dem Kontoauszug einen Verpfändungsvermerk anzubringen.

Die Berufungsklägerin macht sodann geltend, das Zivilgericht trage dem sachenrechtlichen Publizitätsprinzip nicht Rechnung; dieses solle sicherstellen, dass auch beschränkte dingliche Rechte für Dritte erkennbar seien. Bestätige der Pfandgläubiger das ihm verpfändete Guthaben in einer Form, welche gegenüber Dritten verwendet werden könne, müsse er sich darauf behaften lassen, wenn er auf der Guthabensbestätigung nicht zugleich den Bestand des Pfandrechts vermerke (Berufung, Ziffer 52). Die Berufungsbeklagte wendet zu Recht ein, dass sich das Publizitätsprinzip bei Forderungssicherheiten auf das Erfordernis der Schriftform des Pfandvertrags beschränke (Berufungsantwort, Ziffer 138). Dabei handelt es sich um einen nicht öffentlichen Vorgang, so dass bei Forderungssicherheiten von effektiver Publizität nicht die Rede sein kann (Kuhn, Schweizerisches Kreditsicherungsrecht, Bern 2011, § 6 N 34). Die Gültigkeit des Pfandrechts der Berufungsbeklagten wird durch das Nichtanbringen eines Pfandrechtsvermerks auf der Saldobestätigung somit nicht in Frage gestellt.

E. 5

5.1 In einem vierten Schritt prüft das Zivilgericht den Umfang der pfandgesicherten Forderung der Berufungsbeklagten. Es bejaht zunächst die Möglichkeit, Pfandrechte für zukünftige Forderungen auch in der Zwangsverwertung zuzulassen (angefochtener Entscheid, E. 8.1). Das Zivilgericht lässt im vorliegenden Fall ein Pfandrecht in der Höhe

des gesamten verarrestierten Guthabens auf dem Gesellschaftskonto von USD 38'281'641.86 zu. Dabei berücksichtigt es den ausbezahlten Kreditbetrag von USD 35 Millionen, die bis 11. Mai 2010 aufgelaufenen Zinsen von USD 497'299.28, die seither bis zur Hauptverhandlung vom 18. Oktober 2012 aufgelaufenen Zinsen von rund USD 1'000'000.■ sowie eine Garantie über CHF 100'000.■. Da sodann unklar sei, inwieweit die pfandgesicherte Darlehensforderung bis zur Verwertung des Pfands noch anwachsen werde, da aber nach den Angaben der Berufungsbeklagten die Forderung bereits im Entscheidungszeitpunkt beinahe die Höhe des gesamten verarrestierten Guthabens auf dem Gesellschaftskonto erreiche, mache die Berufungsbeklagte zu Recht ein Pfandrecht in Höhe des gesamten Guthabens geltend.

E. 5.2

5.2.1 Die Berufungsklägerin wendet zunächst ein, dass vor der Pfandverwertung die Guthaben von D_____ bei der Berufungsbeklagten abzuziehen seien. Dies ergebe sich aus dem Grundsatz, dass Eigenpfänder vor Drittpfändern zu verwerten seien. Belegt sei, dass D_____ auf seinem Kreditkonto per 3. August 2009 (Arrestvollzug) noch ein Guthaben von USD 3'587'437.12 gehabt habe. Die Berufungsbeklagte sei nicht berechtigt gewesen, darauf zu verzichten, die Werte auf dem Kreditkonto von D_____ als Eigenpfand zu nutzen oder zu verrechnen, um sich statt dessen zu Lasten der Berufungsklägerin an ein angebliches Drittpfand zu halten (Berufung, Ziffern 56 und 57). Die Berufungsbeklagte beruft sich demgegenüber auf Bauer (in: Basler Kommentar ZGB II, Art. 884 ZGB N 29), wonach sie nicht verpflichtet sei, das Eigenpfand (Kreditkonto von D_____) vor dem Drittpfand (Gesellschaftskonto) zu verwerten; gehe man dagegen von einer Subsidiarität des Drittpfands aus, sei diese vertraglich eindeutig wegbedungen worden (Berufungsantwort, Ziffer 159■162). In der Replik wendet die Berufungsklägerin ein, die von der Berufungsbeklagten angerufene Literaturstelle sage genau das Gegenteil. Die Berufung auf die vertragliche Wegbedingung der Subsidiarität des Drittpfands sei sodann verspätet (Replik, Ziffern 13■16; vgl. dazu auch Duplik, Ziffern 26■38).

5.2.2 Das Pfandrecht an Forderungen untersteht den Bestimmungen über das Faustpfandrecht (Art. 884■894 ZGB), sofern es nicht anders geordnet ist (Art. 899 Abs. 2 ZGB). Im Basler Kommentar zum Faustpfandrecht äussert sich Bauer zum Verhältnis von Drittpfandrechten ■ diesfalls steht das Eigentum an der Pfandsache (beziehungsweise das Forderungsrecht) einer anderen Person als dem Schuldner zu ■ zu weiteren Sicherheiten (Bauer, a.a.O., Art. 884 ZGB N 29):

■ Im Pfandvertrag kann die Reihenfolge der Verwertung festgehalten werden, wenn mehrere Sicherheiten für dieselbe Forderung bestellt sind. Bei der Bürgschaft enthält das Gesetz mehrere Bestimmungen, die das Verhältnis zum Pfandrecht regeln []. Das Nebeneinander von Drittpfand und Eigenpfand oder mehreren Drittpfändern ist jedoch im Gesetz nicht geregelt. Ohne besondere Vereinbarung steht dem Drittpfandgeber insb. kein beneficium in der Weise zu, dass sich der Pfandgläubiger zuerst an Eigenpfänder oder andere Drittpfänder zu halten hat (Degrandi, SZW 1990, 6). Hier unterscheidet sich der Drittpfandgeber massgeblich vom Bürgen, der unbeschränkt haftet. Gegenteiliges kann sich allenfalls aus dem Gebot der schonenden Rechtsausübung ergeben. Sind Eigenpfand und Drittpfand bestellt, die beide einfach und schnell zu verwerten sind (z. B. zwei Wertpapierdepots), so hat sich der Pfandgläubiger zunächst an das Eigenpfand zu halten (vgl. Simonius, BJM 1982, 126 ff.; ders., ZSR 1979 I 369 ff.).■

Nach der soeben zitierten Auffassung von Bauer besteht somit im Grundsatz kein Anspruch des Drittpfandgläubigers, dass Eigenpfänder vor Drittpfändern verwertet werden. Eine Ausnahme könne sich allenfalls aus dem Gebot der schonenden Rechtsausübung ergeben, wenn etwa Eigenpfand und Drittpfand einfach und schnell verwertbar seien. Zur Begründung des Grundsatzes ■ keine vorrangige Verwertung von Eigenpfändern ■ verweist Bauer auf einen Aufsatz von Degrandi. Dieser führt unter dem Titel ■ Zwischentitel ■ Mehrheit von Verpfändern ■ Folgendes aus (Rechtsprobleme des Lombardkredites, SZW 1990, S. 2, 5 f.).

■ Gelegentlich tritt neben dem Schuldner ein weiterer Verpfänder auf, weil die Vermögenswerte, über welche der Schuldner selbst verfügt (Eigenpfand), nach Massgabe der Margenerfordernisse als Sicherheit für den benötigten Kreditbetrag nicht ausreichen. Möglich ist auch, dass mehrere Drittpfandbesteller einen Kredit sichern. Hierbei schliessen die Verpfänder in der Regel unabhängig voneinander je einzeln mit der Bank auf üblichem Formular einen Pfand- und Verfügungsvertrag und sichern grundsätzlich individuell mit ihren verpfändeten Werten die ganze Kreditforderung gegen den Schuldner, nicht nur einen bestimmten Teil davon. Damit haften der Bank sämtliche ihr verpfändeten Werte als Gesamtpfand. Auch hier hat sich die Bank ebenso wenig um das Innenverhältnis zwischen den einzelnen Verpfändern zu kümmern wie um dasjenige zwischen den Drittpfandbestellern und dem Schuldner. Die Bank kann zur Befriedigung ihrer Kreditforderung nach ihrem Ermessen auf das ganze verpfändete Depot jedes einzelnen Verpfänders bzw. auf die Gesamtheit der verpfändeten Vermögenswerte oder beliebige Teile davon greifen. ■

Zur Begründung der Ausnahme ■ vorrangige Verwendung von Eigenpfändern ■ verweist Bauer auf einen Aufsatz von Simonius. Dieser führt diesbezüglich Folgendes aus (Das Drittpfand neben anderen Pfändern, BJM 1982, 113, 126 f.):

■ Da das Gesetz beim Fahrnispfand keinerlei beschränkende Voraussetzungen aufstellt und keine Pfandhaftverteilung vorsieht, kann ein Nebeneinander von Pfändern verschiedener Eigentümer, namentlich von Eigen- und Drittpfändern, hier noch viel leichter entstehen. Ein solches Nebeneinander kann auch die von den Pfandeigentümern völlig unbeabsichtigte Folge von Retentionsrechten sein. Dabei stehen vereinbarte Gesamtverpfändungen neben Fällen, wo verschiedene Pfänder ohne Zusammenhang untereinander für die Sicherung der gleichen Forderung dienen. Eine Regel, die eine Pfandhaftverteilung bei den Simultanpfändern vorschreiben würde, fehlt.

Es ist gefordert worden, auf diese Verhältnisse die Regeln des Grundpfandrechts, insbesondere Art. 107 VZG, analog anzuwenden. In der Tat kann gesagt werden, dass eine Verwertung des Drittpfandes vor dem danebenstehenden Eigenpfand oder eine einseitige Verwertung eines von mehreren Drittpfändern den betroffenen Eigentümer in stossender Weise benachteiligt.

Dennoch habe ich Hemmungen, diesen Weg zu gehen, weil dadurch die Stellung des Gläubigers, den es vor allem zu sichern gilt, beeinträchtigt wird. Anders als die Grundpfänder, werden die Fahrnispfänder auf sehr verschiedene und auch verschieden umtriebige Weise geltend gemacht; neben Verkaufspfändern gibt es Pfänder, für die eine Pfandbetreibung nötig ist, und Forderungspfänder, bei denen ein Guthaben eingetrieben werden muss. Auch die Aussichten, bei der Verwertung zu einem lohnenden und namentlich kostendeckenden Resultat zu kommen, sind bei den einzelnen Objekten sehr

verschieden. Im Hinblick darauf scheint mir ein Zurückkommen auf die klassische Regel des gemeinen Rechts, wonach der Gläubiger das zu verwertende Pfand auswählen kann, die richtige Ergänzung des schweigenden Gesetzes zu sein.■

Die drei zitierten Autoren sind sich somit einig, dass der Gläubiger im Grundsatz auswählen kann, ob er zuerst Eigenpfänder oder Drittpfänder verwertet. Bauer hält ■ als Einziger ■ dafür, dass sich aus dem Gebot der schonenden Rechtsausübung ■ allenfalls ■ Gegenteiliges ergeben könne und verweist dabei auf Simonius. Dieser hält aber ■ wie Degrandi ■ gerade fest, dass dem Gläubiger (beim Fehlen einer besonderen Vereinbarung) ausnahmslos die Wahl des vorrangig zu verwertenden Pfands zustehe; eine Ausnahme im Sinn des Gebots der schonender Rechtsausübung lässt sich damit gerade nicht begründen. Der von Simonius und Degrandi (und im Grundsatz auch von Bauer) vertretenen Auffassung ist zu folgen. Dafür spricht nicht nur das von Simonius angesprochene Interesse, in erster Linie den Gläubiger zu sichern, sondern auch die Einfachheit und Praktikabilität des Wahlrechts des Gläubigers, insbesondere auch im internationalen Geschäftsverkehr (vgl. auch Berufungsantwort, Ziffern 160 ff.).

5.2.3 Im vorliegenden Fall wurden für die Darlehensschuld von D_____ über USD 35 Millionen zwei Sicherheiten bestellt: das Kreditkonto von D_____ als Eigenpfand und das Gesellschaftskonto als Drittpfand. Aufgrund der obigen Ausführungen hat die Berufungsklägerin (die im Übrigen nicht selbst Drittpfandgläubigerin ist) keinen gesetzlichen Anspruch darauf, dass die Berufungsbeklagte vor dem Guthaben auf dem Gesellschaftskonto das Guthaben auf dem Kreditkonto von D_____ beansprucht. Die Berufungsbeklagte war somit berechtigt, das Guthaben von USD 3'587'437.12 auf dem Kreditkonto von D_____ nicht vorrangig in Anspruch zu nehmen.

Ist die Berufungsbeklagte bereits von Gesetzes wegen berechtigt, Drittpfänder vor Eigenpfändern zu beanspruchen, kann die Frage offen gelassen werden, ob eine entsprechende vertragliche Grundlage besteht und ob die Berufungsbeklagte diese in prozessual korrekter Weise angerufen hat.

E. 5.3

5.3.1 Die Berufungsklägerin macht sodann geltend, dass die nach dem 3. August 2009 (Arrestvollzug) aufgelaufenen Zinsen von rund USD 1'000'000.■ im Widerspruchsverfahren nicht zu berücksichtigen seien. Zwar könnten künftige Zinsen durchaus pfandgesichert sein, doch gehe dieses Pfand, das erst mit dem Entstehen der künftigen Forderung entstehe, einem früheren Arrest nicht vor. Entgegen der Befürchtung des Zivilgerichts werde damit nicht die Sicherung künftiger Forderungen durch eine Arrestlegung unterlaufen. Vielmehr könnte bei umgekehrter Betrachtung der Arrest auf Bankguthaben dadurch unterlaufen werden, dass das Guthaben zur Besicherung künftiger Forderungen der Bank verpfändet werde und dann nach Arrestlegung solche Forderungen begründet würden (Berufung, Ziffern 58 und 59; vgl. auch schon Klagebegründung, Ziffer 57, und Replik, Ziffer 68). Die Berufungsbeklagte wendet ein, dass künftige Forderungen sehr wohl pfandrechlich gesichert werden können. Die genaue Ermittlung der gesicherten Forderung müsse erst im Zeitpunkt der Pfandverwertung feststehen. Es genüge, wenn die Parteien mit der künftigen Entstehung der Forderung rechnet und diese bestimmbar sei. Das Pfandrecht an Forderungen sichere die Forderung einschliesslich der Vertragszinsen, der Betreuungskosten und der Verzugszinsen (Berufungsantwort, Ziffern 148■153; vgl. auch schon Klageantwort, Ziffern 73 und 78).

5.3.2 Es ist unbestritten, dass auch künftige Forderungen pfandrechlich gesichert werden können. Dabei genügt es, dass die Parteien an deren Begründung in der Zukunft bei Abschluss des Pfandvertrags vernünftigerweise hätten denken können und müssen; es geht um Forderungen, deren Eingehung in den Bereich der bereits bestehenden oder doch in Aussicht genommenen geschäftlichen Beziehungen zwischen den Parteien fällt (BGE 108 II 47 E. 2 S. 49; BGer 4A_435/2009 vom 11. November 2009 E. 3.3. 1: **■**Le Tribunal fédéral a reconnu depuis fort longtemps la licéité du mode très large de détermination des créances garanties adopté [] par les parties, dans la mesure où il se rapporte clairement aux créances auxquelles celles-ci pouvaient et devaient raisonnablement penser lors de la conclusion du contrat de gage puisqu'**■**il s'**■**agit uniquement de garantir celles nées de leurs rapports d'**■**affaires"; Bauer, a.a.O., Art. 884 ZGB N 55). Lässt man die Begründung von Pfandrechten für künftige Forderungen zu, so sind diese **■** im Einklang mit den Erwägungen des Zivilgerichts, die sich auf den Berner Kommentar von Zobl/Thurnherr stützen **■** konsequenterweise auch bei der Pfändung des Pfandobjekts zu berücksichtigen. Hat der Gläubiger aufgrund der Umstände keine Möglichkeit, die künftige Pfandforderung einigermassen zu substantiieren, so ist ihm zuzubilligen, ohne weiteren Nachweis eine Forderung geltend zu machen, die punkto Höhe dem Wert der Pfandgegenstände entspricht (vgl. Zobl/Thurnherr, in: Berner Kommentar zu Art. 884 **■** 887 ZGB, Systematischer Teil, N 708).

5.3.3 Im vorliegenden Fall haben D_____ und die Berufungsbeklagte im General Pledge and Assignment vom 8. Dezember 2008 betreffend das Gesellschaftskonto vereinbart, dass das Gesellschaftskonto nicht nur für die ausstehende Darlehensforderung der Berufungsbeklagten von USD 35 Millionen haftet, sondern auch für zukünftige Forderungen, einschliesslich Zinsen und Kommissionen (vgl. dazu Klageantwort, Ziffer 73; KAB 36). Mit Vereinbarung vom 15./18. Mai 2010 hat sich D_____ gegenüber der Berufungsbeklagten verpflichtet, auf den Darlehensbetrag von USD 35 Millionen und die bis 11. Mai 2010 aufgelaufenen Vertragszinsen von USD 497'299.28 einen Zins von 1,25% zu zahlen (KAB 52). Mit der Begründung dieser künftigen Zinsforderung konnten und mussten die Parteien beim Abschluss des General Pledge and Assignment vom 8. Dezember 2008 ohne weiteres rechnen. Die Berufungsbeklagte weist nach, dass sich ihre Darlehensforderung unter Berücksichtigung der Zinsforderung per 18. Oktober 2012 (Datum des angefochtenen Entscheids des Zivilgerichts) auf USD 36'736'099.48 belief (Berufungsantwort, Ziffer 153).

Zu berücksichtigen sind sodann folgerichtig auch die seit dem 18. Oktober 2012 bis zur Pfandverwertung voraussichtlich anfallenden Zinsen als zukünftige Forderung (vgl. dazu Berufungsantwort, Ziffer 153). Bezüglich der von der Berufungsbeklagten gegenüber der [] AG erklärten Garantie über CHF 100'000. **■** (vgl. dazu auch angefochtener Entscheid, E. 8.2 S. 17 mit Hinweisen) räumt die Berufungsbeklagte ein, dass sich diese Garantie **■** zufolge Kündigung der Kreditkarte durch die Beklagte per 19. November 2012 erledigt **■** hat (Berufungsantwort, Ziffer 155). Die Kündigung erfolgte nach dem erstinstanzlichen Entscheid vom 18. Oktober 2012 und stellt an sich ein zu berücksichtigendes Novum dar (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Der Garantievertrag von 2003 (KAB 49, 51) ist damit zwar für den Umfang der pfandgesicherten Forderung nicht mehr von Belang, was jedoch angesichts der Grössenordnung der weiter anfallenden Zinsen als zu berücksichtigende Forderungen nichts daran ändert, dass die Berufungsbeklagte zu Recht ein Pfandrecht in der bisherigen Höhe beansprucht.

E. 6

6.1 Aufgrund dieser Erwägungen ist der Entscheid des Zivilgerichts zu bestätigen und die dagegen erhobene Berufung abzuweisen.

Sodann ist der Berufungsbeklagten eine bezifferte Parteientschädigung zuzusprechen. Im Berufungsverfahren berechnet sich das Honorar nach den für das erstinstanzliche Verfahren aufgestellten Grundsätzen, wobei in der Regel ein Abzug von einem Drittel vorzunehmen ist (§ 12 Abs. 1 Satz 1 HO). Das erstinstanzliche Grundhonorar beträgt zwischen 1,5% und 3% des Streitwerts von CHF 36'550'802.■ (§ 4 Abs. 1 HO). Der von der Berufungsbeklagten mit Honorarrechnung vom 6. September 2013 angewandte Ansatz von 2% des Streitwerts ist angesichts der Komplexität und Tragweite der Streitsache nicht zu beanstanden. Dieses Honorar deckt in schriftlich geführten (erstinstanzlichen) Verfahren den Aufwand für eine Rechtsschrift und eine Verhandlung (§ 3 Abs. 2 Satz 2 HO). Im vorliegenden Berufungsverfahren, in welchem ein zweiter Schriftenwechsel, aber keine mündliche Verhandlung durchgeführt worden ist, ist kein Zuschlag für den zweiten Schriftenwechsel angezeigt, da anzunehmen ist, dass der Aufwand für eine zweite Rechtsschrift ungefähr dem durch § 3 Abs. 2 Satz 2 HO abgegoltenen Aufwand für eine mündliche Verhandlung entspricht. Angesichts des Drittelsabzugs für das Berufungsverfahren ergibt sich somit ein Honorar von CHF 487'344.■ (2% des Streitwerts von CHF 36'550'802, abzüglich ein Drittel). Sodann hat die Berufungsklägerin antragsgemäss die Auslagen von pauschal 1% oder CHF 4'873.■ zu vergüten. Daraus resultiert eine Parteientschädigung von insgesamt CHF 499'217.■ zuzüglich Mehrwertsteuer von 8% oder CHF 39'377.35. Dies entspricht ■ abgesehen vom geltend gemachten Zuschlag von 15% für den zweiten Schriftenwechsel ■ der Honorarrechnung der Vertreter der Berufungsbeklagten vom 6. September 2013.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.