

ZH_HANDELSGERICHT HG110033 vom 1. September 2014

Zh Handelsgericht, 2014-09-01, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_handelsgericht_HG110033

FR: ZH_HANDELSGERICHT HG110033 du 1 septembre 2014

IT: ZH_HANDELSGERICHT HG110033 del 1 settembre 2014

Erwägungen

E. 2

Frage der Priorität

E. 2.1

Begründung des "equitable security interest" Grundsätzlich ist unbestritten, dass durch Ziffer 5.2 des AMA nach englischem Recht zugunsten der Klägerin ein billigkeitsrechtliches Sicherungsrecht ("equitable security interest") begründet wurde. Ein gesetzliches Sicherungsrecht ("legal security interest") wurde nicht begründet, da die Bestimmungen des AMA keine Übertragung eines Rechts am streitgegenständlichen Konto vorsehen, sondern lediglich eine Vereinbarung, ein Sicherungsrecht einzuräumen, welche jedoch nie vollzogen wurde. Im Gegensatz zu einem "legal security interest" kann ein "equitable security interest" schon aufgrund der Verpflichtung, ein Sicherungsrecht zu errichten, entstehen (act. 1 Rz 79; act. 10 Rz 60 und 94). Abgesehen von der durch die Klägerin geltend gemachten Nichtigkeit bzw. Sittenwidrigkeit des Assignment Agreement (vgl. dazu oben Ziffer 1) ist unbestritten, dass mit dem dem Schweizer Recht unterstehenden Assignment Agreement das streitgegenständliche Konto gültig an die Beklagte abgetreten wurde. Hinsichtlich des "equitable security interest" bestreitet die Beklagte, dass sich die Klägerin darauf berufen könne, da sie beim Abschluss des AMA bösgläubig gewesen sei. Für die hier zu

- 32 - beantwortende Frage des Vorrangs der beiden Sicherungsrechte, kann dieses Vorbringen jedoch ausser Acht gelassen werden.

E. 2.2

Auf die Frage der Priorität anwendbares Recht

E. 2.2.1

In dieser Streitigkeit gilt es im Wesentlichen zu beurteilen, ob dem zugunsten der Klägerin errichteten billigkeitsrechtlichen Sicherungsrecht Vorrang vor der an die Beklagte erfolgten Abtretung zukommt. Zunächst ist das Recht zu ermitteln, nach welchem sich die Frage der Priorität beantwortet.

E. 2.2.2

In Ziffer 5.2 des AMA verpflichtete sich die H._____, USD 220 Mio. auf das Konto bei der I._____ Bank zu platzieren und alle Dokumente auszufertigen, welche gegenüber der I._____ Bank ein Pfandrecht in Bezug auf die hinterlegte Kaufsumme zugunsten der Klägerin (genannt "Bank") begründen ("[...] and shall execute all documents effecting a pledge to I._____ Bank of the Security Deposit in favour of the Bank, [...]"). Nach der Schweizer lex fori ist eine solche Vereinbarung ("pledge" des Kontos) als Verpfändung der Forderung aus dem Kontoguthaben zu qualifizieren, welche hinsichtlich des darauf

anwendbaren Rechts von Art. 116 und Art. 105 IPRG erfasst wird (so auch die Klägerin, act. 1 Rz 85). Bezüglich der Abtretung des Kontoguthabens an die Beklagte durch das Assignment Agreement liegt eine Forderungsabtretung vor, hinsichtlich welcher Art. 116 und Art. 145 IPRG das anwendbare Recht regeln.

E. 2.2.3

Nach Art. 105 Abs. 1 IPRG untersteht die Verpfändung von Forderungen dem von den Parteien gewählten Recht. Fehlt eine Rechtswahl, so untersteht die Verpfändung dem Recht am gewöhnlichen Aufenthalt des Pfandgläubigers (Abs. 2). Art. 105 regelt den sachenrechtlichen Teil der Verpfändung (Sachstatut) und ist vom zugrunde liegenden Verpflichtungsgeschäft zu unterscheiden. Das Sachstatut regelt den Erwerb und Verlust, den Inhalt und die Ausübung der Verpfändung, weiter die Akzessorietät des Pfandrechts, die Voraussetzungen für dessen Erlöschen und die Auslösung (BSK IPRG-Fisch, Art. 105 N 4 und 7) und insbesondere die praktisch im Vordergrund stehenden Fragen der Verwertung. Lediglich das Verwertungsverfahren untersteht der lex fori (ZK IPRG-Heini, Art. 105 N 1). Es ist eine Frage der Ausübung bzw. Verwertung des klägerischen

- 33 - Pfandrechts, ob ihr "equitable security interest" gegenüber der zugunsten der Beklagten erfolgten Abtretung Vorrang hat. Diese Frage ist somit nach dem auf das "equitable security interest" anwendbaren Sachstatut zu beantworten.

E. 2.2.4

Das AMA wurde englischem Recht unterstellt (act. 3/26 Ziffer 18.1). Die Klägerin behauptet, dass der Vertragswille der Parteien hinsichtlich der Rechtswahl sowohl das Verpflichtungs- als auch das Verfügungsgeschäft umfasst habe. Ziffer 5.2 des AMA lasse darauf schließen, dass sich die Klägerin und H._____ beim Abschluss des AMA durchaus bewusst gewesen seien, dass zwischen einem Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft zu unterscheiden sei, und in diesem Bewusstsein die Rechtswahl zugunsten des englischen Rechts getroffen hätten, so dass das englische Recht nicht nur als Vertragsstatut, sondern auch als Sachstatut massgebend sei (act. 1 Rz 87). Die Beklagte anerkennt das Vorliegen einer dahingehenden Willensübereinkunft (act. 10 Rz 93). Die Rechtswahl muss ausdrücklich sein oder sich eindeutig aus dem Vertrag oder den Umständen ergeben. Sie muss sich klar auch auf den dinglichen Vertrag beziehen (BSK IPRG-Fisch, Art. 105 N 11). Wie die Klägerin richtigerweise bemerkt, wird in Ziffer 5.2 des AMA davon gesprochen, dass H._____ Dokumente ausfertigen müsse, welche als Sicherheit für die Klägerin dienen sollen ("[...] shall execute all documents effecting a pledge to I._____ Bank of the Security Deposit in favour of the Bank, [...]"). Vor diesem Hintergrund ist mit der Klägerin davon auszugehen, dass den Vertragsparteien des AMA bewusst war, dass neben dem Verpflichtungsgeschäft ein Verfügungsgeschäft vollzogen werden musste, damit die vereinbarte Sicherheit zur Entstehung kommt, und sie daher von der Vereinbarung des englischen Rechts in Ziffer 18.1 auch dieses Verfügungsgeschäft erfasst haben wollten.

E. 2.2.5

Die Frage der Priorität des "equitable security interest" der Klägerin vor der Abtretung an die Beklagte ist somit nach englischem Recht zu beurteilen. Der gleichen Ansicht sind auch die Parteien (vgl. act. 1 Rz 87 ff. und act. 10 Rz 102 ff.; jeweils mit Hinweis auf die von ihnen eingereichten Rechtsgutachten act. 3/35 und 11/31).

E. 2.2.6

Der Inhalt des anzuwendenden ausländischen Rechts ist von Amtes wegen festzustellen. Dazu kann die Mitwirkung der Parteien verlangt werden. Bei vermö-

- 34 - gensrechtlichen Ansprüchen kann der Nachweis den Parteien überbunden werden (Art. 16 Abs. 1 IPRG). Die Parteien haben die Möglichkeit, auch ohne Aufforderung bei der Feststellung des ausländischen Rechts mitzuwirken (BSK IPRG-Mächler-Erne/Wolf-Mettier, Art. 16 N 10). Vorliegend haben die Parteien ohne Aufforderung jeweils Rechtsgutachten zum Inhalt des englischen Rechts eingereicht (vgl. act. 11/32, 27/11, 40/1/A). Das ausländische Recht hat Norm- und nicht Tatsachencharakter. Es ist so anzuwenden und auszulegen, wie der ausländische Richter dies tun würde (BSK IPRG-Mächler-Erne/Wolf-Mettier, Art. 16 N 15 und 5).

E. 2.3

Regelung der Priorität nach englischem Billigkeitsrecht

E. 2.3.1

Die Parteien sind sich hinsichtlich der Regelung der Priorität nach englischem Recht einig, welche von den nachfolgend genannten Prinzipien beherrscht wird.

E. 2.3.2

Im englischen Sachenrecht unterliegt die Rangfolge konkurrenzierender Sicherungsrechte wie im schweizerischen Recht primär dem Prinzip der Alterspriorität. Ein früher begründetes Sicherungsrecht geht einem später begründeten Sicherungsrecht somit grundsätzlich vor. Wird ein Sicherungsrecht an zukünftigen Vermögensgegenständen begründet, entsteht dieses beim Erwerb des Vermögensgegenstandes rückwirkend auf den Zeitpunkt der Begründung des Sicherungsrechts (act. 10 Rz 108).

E. 2.3.3

Das Prinzip der Alterspriorität wird jedoch dann durchbrochen, wenn ein früher errichtetes Sicherungsrecht lediglich als "equitable security interest" zu qualifizieren ist und es sich beim später errichteten Sicherungsrecht um ein "legal security interest" handelt. Das früher begründete "equitable security interest" hat gegenüber dem später errichteten "legal security interest" nur dann Priorität, wenn der Gläubiger des (später errichteten) "legal security interest" bei dessen Erwerb Kenntnis vom (früher errichteten) "equitable security interest" hatte oder haben konnte (constructive notice). Zurechenbare Kenntnis erstreckt sich auf Fakten oder Angelegenheiten, welche ein Erwerber gewusst hätte, wenn er angemessene Ermittlungen und Prüfungen vorgenommen hätte (act. 1 Rz 88 f.; act. 10 Rz 109).

E. 2.3.4

Dieser – das Prinzip der Alterspriorität durchbrechende – Grundsatz wird wiederum durch das Prinzip des "purchase-money security interest" umgekehrt. Erfolgt der Erwerb eines Vermögensgegenstandes aus fremdem Geld und hat sich die für den Erwerb des Gegenstandes kreditgebende Person als Sicherheit für das Darlehen vor der Auszahlung des Darlehensbetrages ein Sicherungsrecht am zu erwerbenden Vermögensgegenstand einräumen lassen, hat dieses – auch wenn zeitlich später errichtetes – Sicherungsrecht Vorrang. Da der Vermögensgegenstand zufolge der "pre-existing contractual obligation" von Anfang an mit dem Sicherungsrecht zugunsten des Darlehensgebers belastet ist, erwirbt der Erwerber auch nicht für eine logische Sekunde ("scintilla temporis") unbelastetes Eigentum. Dabei spielt eine allfällige tatsächliche oder normative Kenntnis des

Darlehensgebers über ein allfällig vorher begründetes Sicherungsrecht keine Rolle (act. 10 Rz 108 ff., act. 26 Rz 119 ff., act. 47 Rz 70). Wenn die Klägerin in der Stellungnahme zu den Dupliknoten geltend macht, dass beim Prinzip des "purchase-money security interest" wegen Billigkeitsüberlegungen das Kennenmüssen entscheidend sei (act. 47 Rz 71), widerspricht sie – wie die Beklagte richtig feststellt (act. 52 Rz 45) – ihren eigenen bisherigen Ausführungen sowie denjenigen in der gleichen Rechtschrift, wonach das Prinzip des "purchase-money security interest" den Grundsatz des Kennenmüssens umkehre (vgl. act. 47 Rz 70, act. 26 Rz 119 ff.).

E. 3

Anwendbarkeit des "equitable security interest" im Lichte der Art. 17 und 18 IPRG

E. 3.1

Unter Berufung auf Art. 17 IPRG plädiert die Beklagte dafür, den Regeln des englischen Rechts über die Entstehung und Wirkungen eines "equitable security interest" vorliegend die Anwendung zu versagen. Das "equitable security interest" sei ein ohne Einhaltung irgendeiner Form begründetes Sicherungsrecht. Da es für sich in Anspruch nehme, dingliche Wirkung gegenüber jedermann zu entfalten, diesen Anspruch aber nicht für Dritte erkennbar werden lasse, erfülle es das dem Verkehrsschutz dienende Publizitätsprinzip nicht. Ausländische Rechts-

- 36 - regeln, deren Anwendung dem zwingenden Publizitätserfordernis als Grundprinzip des schweizerischen Sachenrechts zuwiderliefe, verletzen den schweizerischen *ordre public*. Dies müsse besonders für die Regeln betreffend ein "equitable security interest" gelten, da diese nicht nur keinerlei Publizitätserfordernisse erfüllten, sondern diesen im Gegenteil diametral gegenüberstünden. Einerseits werde nämlich in einem Vertrag stipuliert, es solle in Zukunft ein formgültiges Pfandrecht errichtet werden, andererseits solle dennoch bereits mit dieser Vereinbarung ein dingliches Recht entstanden sein, ohne dass die Vertragsparteien auch nur eine der nach aussen sichtbaren vorgesehenen Formalitäten hätten unternehmen müssen. Jedenfalls wäre Art. 900 ZGB als "loi d'application immédiate" im Sinne von Art. 18 IPRG anzuwenden; aus dem besonderen Zweck von Art. 900 ZGB – dem Schutz des Verkehrs durch den fundamentalen Grundsatz der Publizität – sei zu folgern, dass diese Norm auch im internationalen Verhältnis zwingend anzuwenden sei (act. 10 Rz 95-101, act. 39 Rz 44-57).

E. 3.2

Die Klägerin entgegnet, dass das Schriftformerfordernis von Art. 900 ZGB bei der Verpfändung unverbriefter Forderungen der Rechtssicherheit und nicht der Publizität diene. Art. 900 Abs. 1 ZGB sehe ausdrücklich vor, dass eine einfache, schriftliche Abfassung eines Pfandvertrags zur Begründung eines Pfandrechts ausreiche. Eine Pflicht zur Mitteilung der Verpfändung an Dritte bestehe nicht und sei insbesondere kein Gültigkeitserfordernis. Daher könne die Tatsache, dass bei der Begründung des ausländischen Sicherungsrechts an einer unverbrieften Forderung dem Publizitätsprinzip nicht Rechnung getragen worden sei, unmöglich grundlegende Vorschriften der schweizerischen Rechtsordnung missachten, wenn der Schweizer Gesetzgeber selbst für die Errichtung eines schweizerischen Sicherheitsrechts an derselben Forderung eine Ausnahme vom Publizitätsprinzip vorsehe. Auch sei Art. 900 ZGB und damit das Erfordernis eines schriftlichen Pfandvertrags keine "loi d'application immédiate" im Sinne von Art. 18 IPRG. Der schweizerische Gesetzgeber habe in Art. 105 IPRG spezifische und

detaillierte Regelungen zur kollisionsrechtlichen Behandlung der Verpfändung von Forderungen aufgestellt. Dabei habe er nicht nur festgehalten, dass eine Rechtswahl grundsätzlich zulässig sei, sondern auch wann diese unbeachtlich sei. Wäre es tatsächlich der Wille des Gesetzgebers gewesen, die Regelung von

- 37 - Art. 900 ZGB im internationalen Verhältnis zwingend anzuwenden, hätte er dies bei der Ausgestaltung von Art. 105 IPRG getan (act. 26 Rz 291-118).

E. 3.3

Nach Art. 17 IPRG ist die Anwendung von Bestimmungen eines ausländischen Rechts ausgeschlossen, wenn sie zu einem Ergebnis führen würde, das mit dem schweizerischen Ordre public unvereinbar ist. Ein Verstoss gegen den Ordre public liegt nach der Rechtsprechung vor, wenn fundamentale Rechtsgrundsätze verletzt sind, der fragliche Akt mit der schweizerischen Rechts- und Wertordnung – nicht nur in der Begründung, sondern auch im Ergebnis – schlechthin unvereinbar ist (BSK IPRG-Mächler-Erne/Wolf-Mettier, Art. 17 N 13 m.w.H.). Bei der sich demnach vorliegend stellenden Frage, ob das konkrete Ergebnis – die Verpfändung einer Forderung ohne Einhaltung einer besonderen Form, wobei die Verpfändung gutgläubigen Dritten nicht entgegengehalten werden kann – mit der schweizerischen Rechts- und Wertordnung schlechthin unvereinbar ist, ist zunächst zu beachten, dass das schweizerische IPRG in Art. 105 Abs. 1 die Verpfändung von Forderungen dem von den Parteien gewählten Recht unterstellt. Folglich sieht das IPRG selbst vor, dass eine gültige Entstehung eines Pfandrechts an einer Forderung – Art. 105 IPRG betrifft den verfügungsrechtlichen Teil der Verpfändung – die Einhaltung der Vorschriften des schweizerischen materiellen Rechts nicht voraussetzt. Im Übrigen erfordern diese – wenn für die Forderung keine Urkunde oder nur ein Schuldschein besteht – auch nicht mehr als einen schriftlichen Pfandvertrag und gegebenenfalls die Übergabe des Schuldscheines (Art. 900 Abs. 1 ZGB). Damit ist auch die Verpfändung einer Forderung nach schweizerischem materiellen Recht für Dritte nicht ohne Weiteres erkennbar. Weiter ist es aber auch so, dass auch das "equitable security interest" einem anderen, gutgläubigen Sicherungsnehmer nicht entgegengehalten werden kann und dessen (zeitlich späteres) Sicherungsrecht vorgeht; die mangelnde Publizität des "equitable security interest" wirkt sich demnach nur gegenüber bösgläubigen Dritten aus. Somit ist es nicht so, wie die Beklagte behauptet, dass das "equitable security interest" dingliche Wirkung gegenüber jedermann beansprucht. Im Zusammenhang mit ihrer Behauptung, die Publizität dinglicher Rechte sei wegen ihrer fundamentalen Bedeutung auch auf kollisionsrechtlicher Ebene zwingend zu beachten, weist die Beklagte auf die Rechtsprechung zum Eigentums-

- 38 - vorbehalt hin (act. 10 Rz 100). Wie die Klägerin richtigerweise ausführt (act. 26 Rz 98-101), ist hier ein Vergleich nicht angebracht. Bezüglich des Eigentumsvorbehalts an beweglichen Sachen sind im IPRG eigene Bestimmungen aufgestellt worden (vgl. Art. 102 und 103 IPRG). Dem Publizitätsprinzip bezüglich der Sicherungsrechte an beweglichen Sachen wurde – anders als bei Sicherungsrechten an Forderungen – vom IPRG-Gesetzgeber ein höherer Stellenwert zuerkannt. Bei der Verpfändung von Forderungen wurden die sachenrechtlichen Prinzipien gerade nicht aufrechterhalten (BSK IPRG-Fisch, Art. 100 N 48 und Art. 105 N 7). Festzuhalten ist, dass das "equitable security interest" nicht gegen den schweizerischen Ordre public verstösst.

E. 3.4

Nach Art. 18 IPRG bleiben Bestimmungen des schweizerischen Rechts vorbehalten, die wegen ihres besonderen Zweckes, unabhängig von dem durch dieses Gesetz bezeichneten Recht, zwingend anzuwenden sind. Nur diejenigen inländischen Normen dürfen zwingende Anwendung beanspruchen, welche "für den Staat und die Rechtsgemeinschaft von fundamentaler Bedeutung sind" (BSK IPRG-Mächler-Erne/Wolf-Mettier, Art. 18 N 10). Dass es sich bei Art. 900 ZGB nicht um eine solche Bestimmung handelt, erhellt schon daraus, dass das IPRG bei der Verpfändung einer Forderung das von den Parteien gewählte Recht für massgeblich hält und – im Gegensatz zum Eigentumsvorbehalt – keine besonderen Bestimmungen aufstellt. Ausserdem ist auch die Verpfändung einer Forderung nach Art. 900 Abs. 1 ZGB mit dem schriftlichen Pfandvertrag für Dritte nicht ohne Weiteres erkennbar.

E. 3.5

Im Sinne vorstehender Ausführungen ist festzuhalten, dass ein "equitable security interest" den schweizerischen Ordre public nicht verletzt und Art. 900 ZGB keine von Art. 18 IPRG betroffene Norm darstellt. Die Regeln des englischen Rechts über die Entstehung und Wirkungen eines "equitable security interest" sind vorliegend somit anzuwenden.

- 39 -

E. 4

Prinzip des "purchase-money security interest"

E. 4.1

Behauptungen der Parteien

E. 4.1.1

Für die Vorrangigkeit der an sie erfolgten Abtretung beruft sich die Beklagte auf das nach englischem Billigkeitsrecht geltende Prinzip des "purchase-money security interest". Erfolgt der Erwerb eines Vermögensgegenstandes aus fremdem Geld und hat sich die für den Erwerb des Gegenstandes kreditgebende Person als Sicherheit für das Darlehen vor der Auszahlung des Darlehensbetrages ein Sicherungsrecht am zu erwerbenden Vermögensgegenstand einräumen lassen, hat nach dem genannten Prinzip dieses – auch wenn zeitlich später errichtetes – Sicherungsrecht Vorrang. Da der Gegenstand zufolge der "pre-existing contractual obligation" von Anfang an mit dem Sicherungsrecht zugunsten des Darlehensgebers belastet ist, erwirbt der Erwerber auch nicht für eine logische Sekunde ("scintilla temporis") unbelastetes Eigentum. Dabei spielt eine allfällige tatsächliche oder normative Kenntnis des Darlehensgebers über ein allfällig vorher begründetes Sicherungsrecht keine Rolle (vgl. vorne Ziffer 2.3.4). Gemäss der Beklagten werde dadurch verhindert, dass ein vorgängig mit einem Dritten vereinbartes Sicherungsrecht am Vermögensgegenstand im Zeitpunkt des Erwerbes (rückwirkend und damit prioritär) begründet werden könne (act. 10 Rz 111; act. 11/32). Vorliegend sei im Facility Agreement vereinbart worden, dass die Auszahlung der Darlehenssumme unter anderem unter der Bedingung ("condition precedent") stehe, dass H._____ zuvor gültig das "Swiss Charge" errichte, mithin die Forderung aus dem streitgegenständlichen Konto an die Beklagte abtrete. Das Facility Agreement und das Assignment Agreement seien denn auch am 15. März 2006 unmittelbar hintereinander unterschrieben worden. Ebenfalls am 15. März 2006 habe die I._____ Bank ihre Kenntnis über die Abtretung bestätigt. Der Darlehensbetrag sei erst am 17. März 2006 freigegeben worden. Indem die Beklagte und E._____ den

Abschluss des Facility Agreement und die Auszahlung des Kreditbetrags an die Bedingung geknüpft hätten, dass vor der Auszahlung des Betrags eine Sicherungsabtretung zugunsten des streitgegenständlichen Bankkontos zu er-

- 40 - folgen habe, habe H. _____ im Zeitpunkt der Einzahlung der USD 217'500'000.– am 17. März 2006 bereits unter dieser vorbestehenden vertraglichen Verpflichtung gestanden ("pre-existing contractual obligation"). Die Forderung gegenüber der I. _____ Bank habe sie nämlich nicht aus eigenen Mitteln begründen können, sondern habe dies mit fremdem Geld – demjenigen der Beklagten – getan. Damit sei diese Forderung nach englischem Recht von Anfang an nicht – auch nicht für eine logische Sekunde – unbelastet gewesen. Daher könne das "equitable security interest" der Klägerin dem Sicherungsrecht der Beklagten nicht vorgehen; dies völlig unabhängig vom Wissen oder Wissenkönnen der Beklagten über das AMA (act. 10 Rz 116 ff.).

E. 4.1.2

Die Klägerin führt ins Feld, dass es sich beim Prinzip des "purchase-money security interest" nach englischem Recht – wie beim "equitable security interest" – um ein Institut des Billigkeitsrechts ("equity") handle. Die Überlegung hinter diesem Institut sei, dass es in bestimmten Konstellationen als ungerecht erscheine, wenn ein Gläubiger, der einen Sicherheitsanspruch an allen derzeitigen und künftigen Vermögenswerten eines Schuldners habe, von einer Ausweitung des Haftungssubstrats profitiere, welches durch einen Dritten finanziert worden sei. In diesem Fall erscheine es billig, wenn ein allfälliges Sicherheitsrecht des Dritten an diesen Vermögensgegenständen vorgehe, auch wenn es später entstanden sei. Dabei würden zwei grundsätzliche Fallgruppen unterschieden: Der erste Fall betreffe das Sicherungsrecht eines Verkäufers an der verkauften Sache zur Sicherung des Kaufpreises und der zweite das Sicherungsrecht des Kreditgebers an einer Sache, wenn dieser den Kredit zum Erwerb der Sache gestellt habe. Vorliegend handle es sich weder um einen Prätendentenstreit bezüglich eines Vermögensgegenstandes, der mit vom zweiten Sicherungsnehmer geliehenen Mitteln erworben worden sei, noch betreffe der Fall Barmittel, die im Wege eines Darlehens und im Hinblick auf den Erwerb eines Gegenstandes ausgezahlt worden seien. Das auf das Konto der H. _____ bei der I. _____ Bank eingezahlte Geld habe in keinem Zusammenhang mit irgendeinem Erwerb gestanden (act. 26 Rz 121-125; act. 27/11).

- 41 -

E. 4.1.3

Die Beklagte widerspricht der klägerischen Behauptung, dass es sich in der vorliegenden Konstellation nicht um einen typischen Anwendungsfall eines "purchase-money security interest" handle. So verkenne die Klägerin, dass das streitgegenständliche Konto selbst (und genau dieses Konto sei der Sicherungsgegenstand der beiden behaupteten Sicherungsinteressen) einen Vermögensgegenstand im Vermögen der H. _____ darstelle, welchen H. _____ nur mit Mitteln der Beklagten habe erwerben können. Wie im Schweizer Recht werde auch nach englischem Recht ein Bankkonto als Forderung gegen die Bank qualifiziert, welche einen Vermögensbestandteil im Vermögen des Kontoinhabers darstelle. Die Forderung von H. _____ gegen die I. _____ Bank sei deshalb ein Vermögenswert von H. _____ und damit Bestandteil ihres Eigentums. H. _____ gehöre die Forderung, sie könne die Forderung übertragen oder daran einem Dritten ein Sicherheitsrecht einräumen. Damit könne am streitgegenständlichen Konto als Vermögenswert

im Eigentum von H. _____ grundsätzlich auch ein "purchase-money security interest" entstehen. Genau dieser zweite Fall sei hier eingetreten, da H. _____ die Forderung gegenüber der I. _____ Bank erst mit Geld, das von der Beklagten zur Verfügung gestellt worden sei, habe erwerben können, dies indem sie das von der Beklagten unter dem Facility Agreement erhaltene Geld auf das Konto bei der I. _____ Bank einbezahlt habe. Rechtlich bestehe kein Unterschied zwischen der Situation, in welcher – wie hier – Geld für die Begründung einer (Bank)forderung gegen die Einräumung einer Sicherheit kreditiert werde, und der Situation, in welcher Geld für den Erwerb eines anderen Vermögensgegenstandes vom Kreditgeber zur Verfügung gestellt werde (act. 39 Rz 63-67).

E. 4.2

Würdigung zum "purchase-money security interest"

E. 4.2.1

In Anwendung des Prinzips des "purchase-money security interest" ist zu prüfen, ob ein Erwerb eines Vermögensgegenstandes aus fremdem Geld vorliegt und die für den Erwerb des Gegenstandes kreditgebende Person sich als Sicherheit für das Darlehen vor der Auszahlung des Darlehensbetrages ein Sicherungsrecht am zu erwerbenden Vermögensgegenstand hat einräumen lassen. Dabei herrscht bei den Parteien Übereinstimmung, dass nach englischem Recht auch ein Konto bzw. eine entsprechende Forderung einen solchen Vermögenswert

- 42 - darstellt. Die Beklagte hat diese Rechtslage auch genügend dargelegt (act. 39 Rz 65, act. 40/1/A Rz 8). Auch ist es so, dass mit der am 15. März 2006 erfolgten Abtretung die Sicherheit vor dem (behaupteten) Erwerb des Vermögenswertes am 17. März 2006 (Zeitpunkt der Überweisung der USD 217'500'000.– auf das Konto bei der I. _____ Bank) bestellt wurde. Die Klägerin stellt lediglich das Vorliegen eines Erwerbs in Abrede. In der bisherigen Anwendung des Prinzips des "purchase-money security interest" gewährte die Rechtsprechung Vorrang einem Sicherungsrecht eines Verkäufers an der verkauften Sache zur Sicherung des Kaufpreises sowie dem Sicherungsrecht des Kreditgebers an einer Sache, wenn er zwecks deren Erwerbs einen Kredit gestellt hat. Zwar ist die klägerische Behauptung hinsichtlich des letztgenannten Falles richtig, dass H. _____ mit dem erhaltenen Geld nie einen Gegenstand erworben hat und nie über einen Vermögenswert verfügt hat, welcher sich vom Recht auf Rückzahlung gegen die I. _____ Bank qualitativ unterschieden hätte. Betrifft der zweite Fall jedoch ein Sicherungsrecht des Kreditgebers an einer Sache, wenn er zwecks deren Erwerbs einen Kredit gestellt hat, so kann hinsichtlich der – durch die Einzahlung des Geldes auf das Konto – gegen die I. _____ Bank erworbenen Forderung gesagt werden, dass diese mit den von der Beklagten zur Verfügung gestellten Mitteln erworben wurde. Hätte die Beklagte der H. _____ das Darlehen nicht gewährt, wäre die entsprechende Forderung gegenüber der I. _____ Bank nicht entstanden. Wenn durch einen Kreditgeber beispielsweise Barmittel zur Verfügung gestellt werden, besteht betreffend die weitere Verwendung der Barmittel rechtlich kein Unterschied, ob mit diesen ein Erwerb einer beweglichen Sache oder einer Forderung erfolgt. Bezweckt das Prinzip den Schutz des Kreditgebers ist weiter zu bemerken, dass es auch für diesen keinen Unterschied macht, ob mit den von ihm zur Verfügung gestellten Mitteln ein Gegenstand erworben oder eine Forderung gegenüber der das Konto führenden Bank begründet wird. Die zugunsten des Kreditgebers errichtete Sicherheit bezweckt in jedem Fall die Absicherung der Rückzahlung der von ihm zur Verfügung gestellten Mittel. Die vorliegende Konstellation

ist daher unter den zweiten Anwendungsfall des "purchase-money security interest" – Erwerb eines Vermögenswertes mit Mitteln des Sicherungsnehmers – zu subsumieren. Aber auch wenn sich der Erwerb einer Forderung nicht unter den zweiten Anwen-

- 43 - dungsfall subsumieren liesse, müsste angesichts des billigkeitsrechtlichen Charakters des Instituts des "purchase-money security interest" in Anwendung der Billigkeitsüberlegungen der Kreditgeber in der vorliegenden Konstellation geschützt werden. So ist nicht ersichtlich, wieso ein Kreditgeber aus Billigkeitsüberlegungen schutzwürdiger sein soll, wenn mit seinen Mitteln ein Erwerb einer Sache erfolgt, als wenn die gleichen Mittel auf ein Konto einbezahlt werden, mithin eine entsprechende Rückzahlungsforderung entsteht. Denn dem Kreditgeber geht es schliesslich in jedem Fall darum, die Rückzahlung der von ihm zur Verfügung gestellten Mittel zu sichern. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das Prinzip des "purchase-money security interest" auch in der vorliegenden Konstellation anzuwenden ist.

E. 4.2.2

Da – wie schon ausgeführt (oben Ziffer III. 1.11) – die Beklagte das Pfandrecht an den Notes im Rahmen der Neuausgestaltung der Vertragsverhältnisse unter dem Omnibus Agreement freigegeben und die Notes an die M._____ Bank übergeben hat, greift die von der Klägerin angesprochene "doctrine of marshalling" von vornherein nicht. Diese setzt voraus, dass die Forderung des Gläubigers mit mehreren Sicherheiten gesichert ist. Vorliegend besteht zugunsten der Beklagten als einzige Sicherheit die Abtretung bezüglich des Kontos bei der I._____ Bank. Daher erübrigt es sich, darüber zu entscheiden, welche Sicherheit die Beklagte zuerst in Anspruch hätte nehmen müssen. Im Übrigen ist auch nicht ersichtlich, ob die Klägerin aus der "doctrine of marshalling" ableiten will, dass die Beklagte zuerst das Pfandrecht an den Notes beanspruchen müsste, damit sie, die Klägerin, sich aus dem auf dem Konto liegenden Betrag befriedigen könnte. Die Klägerin macht keine Ausführungen dazu, sondern verweist lediglich auf die von ihr eingereichten Rechtsgutachten (act. 26 Rz 128 und act. 47 Rz 72). Eine solche Interpretation wird von der Beklagten jedenfalls bestritten (act. 39 Rz 71).

E. 4.2.3

Im Sinne vorstehender Ausführungen ist zu folgern, dass mit dem Assignment Agreement zugunsten der Beklagten ein "purchase-money security interest" begründet wurde. Damit hat die an die Beklagte erfolgte Abtretung des Kontoguthabens Vorrang vor dem mit dem AMA zugunsten der Klägerin begründeten "equitable security interest".

- 44 -

E. 4.2.4

Eventualiter: Zum gleichen Ergebnis, dass die von der H._____ abgetretene Forderung nicht unbelastet entstanden ist, gelangt man auch in Anwendung des für die Abtretung der Forderung massgebenden Schweizer Rechts: Nach herrschender Lehre und Praxis gilt der Grundsatz, dass die Wirkungen der Zession künftiger Forderungen zum Zeitpunkt eintreten, in dem die einzelne Forderung entsteht (BGer v. 1.9.2008, 4A_248/2008, E. 3.2; BGE 111 III 73, 75 E. 3a). Die Beantwortung der sich hier stellenden Frage, ob eine im Voraus abgetretene Forderung im Zeitpunkt ihrer Entstehung direkt in der Person des Zessionars (Unmittelbarkeitstheorie) oder (für eine logische Sekunde) in der Person des Zedenten (Durchgangstheorie) entsteht, hat sich nach dem auf die Abtretung dieser Forde-

zung anwendbaren Recht zu richten. Denn dieses regelt alle mit der Abtretung als Verfügungsgeschäft zusammenhängenden Fragen sowohl im internen Verhältnis von Zedent und Zessionar wie auch im externen zum Schuldner, insbesondere Zustandekommen, Gültigkeit und Inhalt des Abtretungsvertrages und Zeitpunkt des Übergangs der Forderung (BSK IPRG-Dasser, Art. 145 N 7). Die Abtretung einer Forderung durch Vertrag untersteht dem von den Parteien gewählten Recht oder, wenn ein solches fehlt, dem auf die Forderung anzuwendenden Recht (Art. 145 Abs. 1 IPRG). Im Assignment Agreement wurde eine Rechtswahl zu- gunsten des Schweizer Rechts getroffen. Das Bundesgericht und die überwiegende Lehre haben sich hinsichtlich des Übergangs der abgetretenen künftigen Forderungen bei nachträglichem Konkurs des Zedenten für die Durchgangstheorie ausgesprochen, so dass die Forderung in die Konkursmasse fällt. Hingegen soll (im Sinne der Unmittelbarkeitstheorie) die Vorauszession einer allfälligen Pfändung der betroffenen zukünftigen Forde- rung vorgehen; die Forderung entsteht danach direkt beim Zessionar, auch wenn sie vorher beim Zedenten gepfändet worden ist (BGE 95 III 9 E 1, wo eine Lohn- pfändung mit einer zuvor erfolgten Lohnabtretung konkurrierte). Dies entspricht dem Prinzip der zeitlichen Priorität bei mehrfacher Zession (BSK OR I-Girsberger, Art. 164 N 48 mit Hinweisen auf Rechtsprechung und Literatur; Schwenger, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 2013, N 90.34). Die Durchgangstheorie ist daher lediglich im Falle des Konkurses einschlägig. Denn im Gegensatz zur Situation bei einer Pfändung gebieten es gemäss Bundesge-

- 45 - richt Sinn und Zweck der konkursrechtlichen Ordnung – insbesondere die zu vermeidende Bevorzugung einzelner Gläubiger –, Forderungen, die vor Konkurs- öffnung zwar abgetreten worden, aber erst danach entstanden sind, in die Kon- kursmasse fallen zu lassen (BGE 111 III 73 E 3.c). Im Zeitpunkt der Abtretung durch H._____ am 15. März 2006 hatte diese (H._____) Verfügungsmacht über die (künftige) Forderung gegen die I._____ Bank; mit dem Abschluss des AMA am 17. Februar 2006 hat H._____ die Verfügungsmacht jedenfalls nicht verloren, zumal das AMA lediglich eine – nicht vollzogene – Vereinbarung zur Pfandbestel- lung darstellt. Im Sinne der vorliegend massgebenden Unmittelbarkeitstheorie ist die im Voraus abgetretene Forderung gegenüber der I._____ Bank im Zeitpunkt ihrer Entstehung direkt in der Person der Beklagten entstanden. Die Beklagte ist nunmehr Gläubigerin gegenüber der I._____ Bank, wobei ihre Gläubigerstellung vom klägerischen "equitable security interest" nicht eingeschränkt wird. Die H._____ ihrerseits hat mit der Abtretung die Gläubigerstellung und die Verfü- gungsmacht über die Forderung verloren.

E. 4.2.5

Als Zwischenfazit ist das Ergebnis festzuhalten, dass aufgrund des mit dem Assignment Agreement zugunsten der Beklagten begründeten "purchase-money security interest" die an die Beklagte erfolgte Abtretung des Kontoguthabens Vor- rang vor dem mit dem AMA zugunsten der Klägerin begründeten "equitable security interest" hat und damit eine Berechtigung der Klägerin am hinterlegten Betrag an dieser Stelle zu verneinen ist. Bei dieser Ausgangslage erweist sich die von der Klägerin aufgeworfene Frage einer allfälligen Kenntnis der Beklagten be- züglich des AMA als irrelevant.

E. 4.2.6

Selbst wenn aber die Frage der Kenntnis von Bedeutung wäre, würde dies vorliegend zu keinem anderen (zu Gunsten der Klägerin lautenden) Schlussergebnis führen, was unter Ziffer 5 nachfolgend – rein eventualiter und der Vollständigkeit halber – aufgezeigt wird.

- 46 -

E. 5

Vorrang des "equitable security interest" bei Kenntnis bzw. Kennenmüssen

E. 5.1

Behauptungen der Parteien zur Kenntnis

E. 5.1.1

Die Klägerin behauptet, die Beklagte habe vom AMA gewusst oder hätte davon bei angemessener Sorgfalt zumindest wissen müssen. Dabei sei ihr sämtliches Wissen und Wissenmüssen von E._____ und von deren involvierten Mitarbeitern anzurechnen. Denn die Beklagte sei lediglich zwecks Kreditvergabe an H._____ gegründet worden. Sie habe keine eigenen Angestellten gehabt, ihre formellen Organe seien von einer Trust-Gesellschaft gestellt worden, und die eigentliche Geschäftsführung sei von E._____ und ihren Mitarbeitern wahrgenommen worden, welche sämtliche wesentlichen Entscheidungen für die Beklagte getroffen hätten (act. 1 Rz 96-98, Rz 115). Dass dies so gewesen sei, bestreitet die Beklagte nicht. Sie bestreitet aber die Zurechenbarkeit des Wissens; diese Frage richte sich ohnehin nach dem Recht am Sitz der Beklagten (act. 10 Rz 236 ff.). Auf die Frage der Zurechenbarkeit muss hier nicht weiter eingegangen werden, da – wie nachfolgend zu zeigen sein wird – von einer Kenntnis bzw. dem Kennenmüssen der Beklagten nicht auszugehen ist.

E. 5.1.1.1

Zur Kenntnis der Beklagten führt die Klägerin zunächst ins Feld, dass E._____ schon aufgrund ihrer engen Geschäftsbeziehung mit F._____ Kenntnis vom AMA gehabt habe bzw. hätte haben müssen. So sei es E._____ gewesen, welche aus verschiedenen von F._____ kontrollierten Fonds beinahe alle den Gegenstand des AMA bildenden Wertschriften kreierte habe. Als F._____ Anfang 2006 bei E._____ um einen Kredit in dreistelliger Millionenhöhe im Zusammenhang mit den Wertschriften nachgesucht habe, sei es E._____ bewusst gewesen, oder hätte ihr mindestens bewusst sein müssen, dass dieser Kredit einen Zusammenhang mit den Unregelmässigkeiten der Wertschriften habe; sie habe gewusst – oder hätte zumindest wissen müssen –, dass diese Wertschriften von Anfang an nicht an die Klägerin hätten veräussert werden dürfen, da ihnen unter anderem die Aktien der Klägerin selbst zugrunde gelegen hätten (act. 1 Rz 123-126).

- 47 -

E. 5.1.1.2

Weiter entspreche die Darlehenstranche B von USD 220 Mio. exakt der Kautionssumme gemäss AMA. In Ziffer 3.1 (b) des Facility Agreement verpflichtete sich H._____, eine Sicherheit von USD 220'875'000.– bei der I._____ Bank zu hinterlegen. Mit dieser Verpflichtung sei diejenige aus Ziffer 5.2 des AMA gemeint, wonach H._____ USD 220 Mio. bei der I._____ Bank zu hinterlegen habe. Mithin ergebe sich bereits aus dem Facility Agreement, dass es die Absicht der Beklagten, E._____ und H._____ gewesen sei, dass die Darlehenstranche B zur Leistung einer Sicherheit von USD 220 Mio. verwendet

werde. Deshalb sei es unvorstellbar, dass die Beklagte das zugrundeliegende AMA nicht vorher gesehen habe. Habe sie dies tatsächlich nicht getan, sei sie leichtfertig vorgegangen, da sie damit hätte rechnen müssen, dass ein Konto, auf das eine Kautionssumme einbezahlt werden müsse, in irgendeiner Art und Weise zugunsten des Gläubigers dieser Kautionssumme besichert gewesen sei (act. 1 Rz 127-129).

E. 5.1.1.3

Weiter habe die Beklagte damit gerechnet, dass die Rückzahlung der Darlehenstranche B möglicherweise nicht erfolgen würde. Daher habe die Darlehenstranche A als Sicherheit für die Darlehenstranche B gedient. Anders könne nicht erklärt werden, wieso H._____ mit der Tranche A von der Beklagten herausgegebene Notes habe erwerben müssen, welche daraufhin der Beklagten verpfändet worden seien. Bei Fälligkeit der Notes hätte die Beklagte damit jederzeit eine Verrechnung mit dem Auszahlungsbetrag vornehmen können, wenn H._____ den Kredit nicht rechtzeitig zurückgezahlt hätte. Effektiv habe die Beklagte somit einzig das Risiko getragen, dass H._____ die Zinsen des Kredits nicht habe bezahlen können. Weiter sei die Ausgestaltung der Zinspflicht für die beiden Tranchen in Ziffer 8.1 des Facility Agreement so, dass H._____ während der Laufzeit des AMA keine wirkliche Zinsenlast getroffen habe. Die Struktur des Facility Agreement mit den beiden Tranchen sei auf das AMA ausgerichtet gewesen (act. 1 Rz 130-138).

E. 5.1.1.4

Als weiteres Argument bringt die Klägerin vor, dass das Assignment Agreement einen klaren Hinweis auf das AMA enthalte. So weise Ziffer 4.3 auf ein "forward commitment [...] relating to the purchase of certain assets [...]" hin. Ein

- 48 - "forward commitment" sei eine Verpflichtung aus dem Abschluss eines ausserbörslichen Termingeschäfts, bei dem sich eine Partei gegenüber der anderen zur Lieferung eines im Voraus bestimmten Vermögenswerts, zu einem im Voraus bestimmten Zeitpunkt und einem im Voraus bestimmten Preis verpflichte. Beim genannten "forward commitment" handle es sich um das AMA. Da Ziffer 4.3 des Assignment Agreement festhalte, dass im Hinblick auf eine bestehende Verpflichtung aus einem "forward" eine Ausnahme vom Mitteilungsverbot bezüglich der Abtretung des streitgegenständlichen Kontoguthabens gemacht werden dürfe, hätten die Parteien des Assignment Agreement gewusst, dass irgendein Zusammenhang zwischen einem Termingeschäft und dem streitgegenständlichen Kontoguthaben existiert habe. Der einzig denkbare Zusammenhang sei, dass das streitgegenständliche Kontoguthaben als Sicherheit für die Verpflichtungen aus dem "forward" gedient habe. Jede sorgfältig handelnde Bank hätte in einer solchen Situation die Hintergründe des "forward commitment" in Erfahrung gebracht und Einsicht in die zugrundeliegenden Verträge verlangt. Wenn die Beklagte bzw. E._____ verlangt habe, die dem "forward commitment" zugrundeliegende Vereinbarung zu sehen, habe sie auch Kenntnis vom "equitable security interest" gehabt. Wenn sie dies nicht getan habe, habe sie gegen elementarste Sorgfaltspflichten verstossen und es sei ihr der Inhalt dieser Vereinbarung als "constructive notice" (Kennenmüssen) zuzurechnen (act. 1 Rz 139-145). Hätte die Beklagte bei der Klägerin nachgefragt, hätte sie jedenfalls Kenntnis vom AMA erlangt (act. 26 Rz 247).

E. 5.1.1.5

Die Klägerin weist auf die E-Mail eines Mitarbeiters von E._____ an N._____ vom 29. November 2005 (act. 11/11) hin, in welcher jener ausführt, die Klägerin (Bank J._____)

würde ein zweites Pfandrecht ("2nd Charge") über das Schweizer Bankguthaben haben, so dass alle Aktiven des illiquiden Portfolios, die nicht bis zum Ende des Geschäfts in 20 Jahren verkauft worden wären, von der Klägerin an H._____ zu 100% verkauft würden. Sie leitet daraus die Kenntnis der Beklagten ab, dass die Errichtung einer Sicherheit zugunsten der Klägerin am streitgegenständlichen Kontoguthaben geplant gewesen sei. Die Beklagte hätte diesen Punkt ohne grossen Aufwand mit der Klägerin abklären können (act. 26 Rz 171 ff. und 242).

- 49 -

E. 5.1.1.6

Zudem sei die Konstruktion mit den zwei Kredittranchen, bei denen die Kreditgeberin am Ende doch die absolute Kontrolle über die Mittel der ersten Kredittranche behalte, aber die Kreditnehmerin nach aussen als Kontoinhaberin in Erscheinung trete, derart ungewöhnlich, dass eine extensive Prüfung der wirtschaftlichen Hintergründe angezeigt gewesen wäre. In diesem Zusammenhang hätten die Beklagte bzw. E._____ zwingend darauf bestehen müssen, sämtliche massgeblichen Verträge einzusehen. Dieselbe Pflicht habe die I._____ Bank getroffen (act. 1 Rz 146).

E. 5.1.1.7

Ausserdem habe die Beklagte am 25. März 2008 zugestimmt, dass H._____ der Klägerin die ihr im Zusammenhang mit dem AMA zustehenden Zinserträge aus den Wertschriften von USD 38'142'585.– zulasten des streitgegenständlichen Kontoguthabens überweisen dürfe. Dies spreche dafür, dass der Beklagten der Zusammenhang zwischen dem streitgegenständlichen Kontoguthaben und dem AMA bekannt gewesen sei (act. 1 Rz 147).

E. 5.1.1.8

Falls die Beklagte bzw. E._____ tatsächlich nicht nach den Hintergründen des "forward commitment" gefragt und nicht darauf bestanden habe, das AMA zu sehen, habe sie dies wohl darum getan, weil die intensive und langjährige Geschäftsbeziehung zu F._____ dem E._____ Konzern über die Jahre Millionen an Gebühren eingebracht habe. Ein Bereich der Geschäftsbeziehung zwischen E._____ und F._____ sei das "Umverpacken" von Beteiligungen gewesen, die F._____ über seine diversen Beteiligungsgesellschaften gehalten habe. Mit Hilfe mehrerer Gesellschaften des E._____ Konzerns seien in komplexen Transaktionen Anteile diverser von F._____ gehaltener Fonds in Wertpapiere verpackt worden, die anschliessend unter anderem der Klägerin untergejubelt worden seien. Diese Transaktionen hätten keinen wirtschaftlichen Zweck erfüllt und F._____ lediglich dazu gedient, den Wert seiner Unternehmen auf dem Papier aufzublähen und den wahren Inhalt und den tatsächlichen Herausgeber der Papiere zu verschleiern. Dabei sei E._____ unvorstellbar leichtfertig gegenüber F._____ gewesen. Den Akten eines in London stattgefundenen Gerichtsverfahrens lasse sich entnehmen, wie sich E._____ auch in einem anderen Fall blind oder wider bess-

- 50 - ren Wissens auf falsche Angaben von F._____ verlassen habe und nichts unternommen habe, um deren Wahrheitsgehalt zu überprüfen (act. 1 Rz 148-165).

E. 5.1.2

Die Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, im Zeitpunkt der Sicherungsabtretung keine Kenntnis über die genaue Vereinbarung zwischen H._____ und der Klägerin und

insbesondere keine Kenntnis von der Verpflichtung H.____s zur Er- richtung eines Pfandrechts zugunsten der Klägerin gehabt zu haben; sie habe da- von auch nichts wissen können. Zwar habe F.____ die Beklagte bzw. E.____ informiert, dass die Klägerin unterstützt werden solle, ihre Bilanz zu sanieren. Der Beklagten bzw. E.____ sei auch bekannt gewesen, dass H.____ der Klägerin in einer Vereinbarung habe versprechen wollen, bestimmte Wertschriften der Kläge- rin innert 20 Jahren zu liquidieren und, sollte ihr dies nicht gelingen, selbst diese Wertschriften zum Nennwert zu erwerben. Der von E.____ zu sprechende Kredit sollte diese Rückkaufverpflichtung – sofern sie denn eintreten würde – ermögli- chen. Während dieses ganzen Zeitraumes sollte die Beklagte das Konto bei der I.____ als Sicherheit für H.____s Verpflichtung aus dem Kreditvertrag erhalten (vgl. oben Ziffer 1.1.2.1). Welche genaue Vereinbarung H.____ letztendlich mit der Klägerin eingegangen sei, hätten weder die Beklagte noch E.____ gewusst. Insbesondere hätten sie nicht gewusst, dass F.____ der Klägerin versprochen habe, ihr das Konto zu verpfänden (act. 10 Rz 120 f.).

E. 5.1.2.1

Das Argument der Klägerin, es sei schon aufgrund der Geschäftsbezie- hung zwischen E.____ und F.____ von einem Wissen auszugehen, sei reali- tätsfremd und nicht überzeugend. Denn die Klägerin unterstelle damit, man müs- se über sämtliche vertraglichen Verpflichtungen und sogar über allfällige Siche- rungsvereinbarungen von Geschäftspartnern mit Dritten Bescheid wissen (act. 10 Rz 122). Dass der Betrag von USD 220 Mio., den H.____ gemäss AMA als Sicherheit zugunsten der Klägerin habe stellen müssen, dem Betrag entspre- che, den E.____ durch die Beklagte als Darlehen unter der Tranche B zur Verfü- gung gestellt habe, komme daher, dass F.____ exakt nach diesem Betrag ge- fragt habe. Eine Kenntnis der Beklagten von der Verpflichtung im AMA könne da- raus nicht abgeleitet werden (act. 10 Rz 123).

- 51 -

E. 5.1.2.2

Die Beklagte bestreitet, dass das Geschäft mit den Notes der Absiche- rung der Beklagten für den Fall habe dienen sollen, dass mit der auf das Konto bei der I.____ Bank geflossenen Darlehenstranche irgend etwas schiefgehen sollte. Ihr, der Beklagten, sei ja die Forderung hinsichtlich des Kontos sicherheits- halber abgetreten worden und es sei ihr zugesichert worden, dass keine ander- weitigen Sicherheiten oder konkurrenzierenden Forderungen am Konto bestün- den (act. 10 Rz 184).

E. 5.1.2.3

Die von der Klägerin angesprochene Ziffer 4.3 des Assignment Agree- ment und das dort aufgeführte "forward commitment" seien kein Beweis für eine Kenntnis der Beklagten. Wie erwähnt habe F.____ über die geplante Liquidation der Wertschriften und die bedingte Verpflichtung H.____s, die Wertschriften selbst zu erwerben, informiert. Nach dem Verständnis von E.____ und der Be- klagten habe es sich beim "forward commitment" um diese Verpflichtung H.____s gehandelt, welche aber ihr eigenes Sicherungsrecht am Konto nicht tangieren würde (act. 10 Rz 124).

E. 5.1.2.4

Im Zusammenhang mit der E-Mail von N.____ vom 29. November 2005 und dem darin erwähnten zweiten Pfandrecht der Klägerin bringt die Beklagte vor, dass dabei die

Möglichkeit eines zweiten Pfandrechts zugunsten der Klägerin diskutiert worden sei; E._____ habe jedoch nicht damit rechnen müssen, dass die Beklagte betrogen werden würde und am streitgegenständlichen Konto ohne ihr Wissen und ihre Zustimmung ein Sicherheitsrecht errichtet werden sollte (act. 39 Rz 191).

E. 5.1.2.5

Zu den von der Klägerin behaupteten Überweisungen vom streitgegenständlichen Konto an die Klägerin macht die Beklagte geltend, dass auf Anfrage der H._____ hin, Gelder vom Konto gegen Stellung von Sicherheiten abzuziehen, eine entsprechende Vereinbarung im Omnibus Agreement getroffen worden sei. In der Folge seien zwischen März und Juni 2008 USD 65 Mio. vom Konto im Austausch gegen "Letters of Credit" abgezogen worden (act. 10 Rz 49 f. und 273). Die Zahlungen für Zinszahlungen der Wertschriften an die Klägerin seien jedoch vom streitgegenständlichen Konto nicht erfolgt (act. 10 Rz 191).

- 52 -

E. 5.1.2.6

Die Beklagte bestreitet schliesslich den Vorwurf des Kennenkönnens. Das englische Recht gehe von einem Kennenkönnen (constructive notice) aus, wenn sämtliche Abklärungen, welche eine vernünftige Person in der konkreten Situation üblicherweise unternehmen würde, diese Kenntnis zutage fördern würden. Als Massstab würden dabei die konkreten Umstände, die Position und die Fähigkeiten der konkret handelnden Person gelten. Da E._____ bzw. die Beklagte keine Kenntnis über solche Umstände gehabt hätten, könne ihnen auch nicht vorgeworfen werden, sie hätten aufgrund der Umstände vom AMA und dessen Ziffer

E. 5.1.2.7

Wie schon erwähnt, habe E._____ alle erforderlichen Risikoeinschätzungen und Absicherungen getroffen, welche auch eine andere Bank im vorliegenden Fall vorgenommen hätte. Sie habe sich überdies im Facility Agreement und im Assignment Agreement Zusicherungen über das Fehlen konkurrenzierender Verbindlichkeiten und Sicherheiten durch H._____ geben lassen. Weiter habe sie schon während der Verhandlungen mit F._____ und im Zeitpunkt der Unterzeichnung der beiden Verträge "Representation Letters" von H._____ verlangt und erhalten, wonach H._____ unbeschränkt Eigentum am Konto habe und keine anderen Sicherheiten daran bestünden oder beabsichtigt seien. E._____ habe ausserdem das Sicherheitenregister der H._____ konsultiert und dabei festgestellt, dass keine Sicherheiten zugunsten anderer Personen im Register eingetragen seien. Sie habe ihr eigenes Sicherungsrecht ins Register eintragen lassen. Sie hat die I._____ Bank über die Abtretung notifiziert und sich in einem Confirmation Agreement bestätigen lassen, dass diese von der Abtretung Kenntnis habe und sich verpflichte, fortan die Gelder auf dem Konto für die Beklagte zu halten und ihr diese auf erste Aufforderung hin auszubehalten (act. 10 Rz 126; act. 39 Rz 80). Das Prozedere bei E._____ habe somit den gängigen Kriterien einer Kreditrisikoprüfung entsprochen. Jeder vernünftige Kreditgeber hätte den Kredit unter diesen Umständen ebenfalls gesprochen. Der Vorwurf, E._____ hätte deshalb vom AMA und insbesondere dessen Ziffer 5.2 im Detail Kenntnis haben müssen, sei nicht begründet (act. 10 Rz 128).

- 53 -

E. 5.1.2.8

Im Übrigen habe sich gezeigt, dass F._____ die Beklagte mehrfach ange- logen habe, indem er namens H._____ wiederholt wider besseren Wissens bestä- tigt habe, es bestünden zulasten des Kontos keine anderweitigen, konkurrenz- renden Sicherheiten. Wenn E._____ weitere Abklärungen unternommen hätte und nach den konkreten Vereinbarungen und den Vertragsdokumenten zwischen H._____ und der Klägerin gefragt hätte, hätte ihr F._____ mit Sicherheit nicht das AMA inklusive dessen Ziffer 5.2 mit dem Versprechen, ein Pfand zulasten des Kontos zu errichten, gezeigt. F._____ habe gewusst, dass die Beklagte bzw. E._____ unter diesen Umständen niemals bereit gewesen wären, den Kredit zu sprechen (act. 10 Rz 121). Tatsächlich sei es auch so, dass die Beklagte niemals die Gelder auf das Konto bei der I._____ Bank überwiesen hätte, ohne sicher zu sein, dass ihr daran ein vorrangiges Sicherheitsrecht eingeräumt werde. Wenn die Klägerin vorbringt, die Beklagte hätte im Rahmen der Vertragsverhandlung über das Facility Agreement explizit nach den zwischen der H._____ und der Klägerin abzuschliessenden Verträgen fragen müssen, verkennt sie die geschäftlichen Realitäten. Die Beklagte habe mit der Klägerin weder in Vertragsverhandlungen noch sonst wie im direkten Kontakt gestanden, sondern einzig mit H._____. Aber auch H._____ habe unter keinerlei Verpflichtung gestanden, die Beklagte über die konkreten Verträge mit der Klägerin zu informieren. Im Gegenteil, Ziffer 12 des AMA enthalte eine Verschwiegenheitsklausel, wonach es den Vertragsparteien – der H._____ und der Klägerin – nicht erlaubt sei, Informationen über den Vertrag offen zu legen. Da die Beklagte gegenüber der H._____ keinen Anspruch auf ent- sprechende Information gehabt habe, habe schon allein deshalb für die Beklagte gar kein Anlass bestanden, H._____ oder gar die Klägerin über die zwischen ihnen abzuschliessenden Verträge zu befragen (act. 39 Rz 78 f.).

E. 5.2

Würdigung der Behauptungen

E. 5.2.1

Den von der Beklagten eingereichten Unterlagen kann entnommen werden, dass E._____ seit August 2005 in die Pläne der Klägerin involviert war, die Wert- schriften zu liquidieren (act. 11/4-11/15.). Dabei wurden verschiedene vertragliche Verbindungen evaluiert. Die Konstruktion mit einem Kredit, dem Kauf von Notes auf 30 Jahre (später 20 Jahre, act. 11/11) im doppelten Nennwert und einem

- 54 - "cash deposit" taucht verschiedentlich auf. Die Beklagte weist richtig darauf hin, dass das Geschäft mehrfach Änderungen erfahren hat (act. 39 Rz 76 f.). Die Ab- tretung des "cash deposit" an die Beklagte war jedoch durchgehend Bestandteil jeder der diskutierten Varianten der Vertragsausgestaltung (act. 11/5-11/11).

E. 5.2.2

Die Beklagte behauptet, das zwischen der Klägerin und H._____ vereinbar- te Geschäft so verstanden zu haben, dass H._____ während 20 Jahren versu- chen würde, Käufer für aus der Bilanz der Klägerin herauszulösende, illiquide Wertschriften zu finden, und, sollte dies nicht gelingen, nach 20 Jahren die ver- bleibenden Wertschriften selbst zum Nennwert zu kaufen. Der von E._____ zu sprechende Kredit sollte diese Rückkaufverpflichtung ermöglichen (act. 10 Rz 33). Dieses Verständnis – belegt durch die von der Beklagten eingereichten Unterla- gen (act. 11/14 und 11/11) – entspricht auch dem Konstrukt des Facility Agree- ment, wonach nach Ablauf von 20 Jahren H._____ die für USD 220 Mio. erwor- benen Notes für USD 440 Mio. verkauft und damit der Beklagten den Kreditbetrag

zurückgezahlt hätte. Mit den ihr danach zur freien Verfügung stehenden Mitteln auf dem Konto bei der I._____ Bank hätte die H._____ die Wertschriften von der Klägerin erwerben können. Den Akten ist nicht zu entnehmen, dass die Beklagte gewusst hätte, dass es der Klägerin darum gegangen sei, die Liquidität sofort zu beschaffen. Dass das AMA der Beklagten im Wortlaut bekannt gegeben worden wäre, ist auch nicht ersichtlich.

E. 5.2.3

Ziffer 4.3 des Assignment Agreement sieht vor, dass H._____ ohne die vorherige Einwilligung der Beklagten in Bezug auf die abgetretene Forderung keine Vereinbarungen eingehen dürfe. Wenn gegenüber der Klägerin (Bank J._____) im Zusammenhang mit dem "forward commitment" Informationen oder Dokumente offengelegt würden, müsse über das der Beklagten zustehende Sicherungsrecht am Konto informiert werden und es dürften keinerlei Äusserungen gegenüber der Klägerin gemacht werden, welche zu Missverständnissen oder falschen Schlussfolgerungen in Bezug auf die Verfügbarkeit und die Inhaberschaft über das Konto führen könnten (vgl. oben Ziffer III. 1.7). Vor dem Hintergrund der Korrespondenz kann eine Kenntnis der Beklagten auch nicht auf diese Bestimmung gestützt werden. Die Beklagte führt ja aus, von F._____ über die geplante - 55 - Liquidation der Wertschriften und die bedingte Verpflichtung H._____, die Wertschriften selbst zu erwerben, informiert worden zu sein. Es ist naheliegend, dass das Verständnis der Beklagten hinsichtlich der Bedeutung des "forward commitment" auf dieser Information von F._____ beruht; dass F._____ die Beklagte über ein vorrangiges Recht der Klägerin informiert hätte, ist den Akten nicht zu entnehmen. Vielmehr bestimmt Ziffer 4.3, dass bei Offenlegung von Informationen die Klägerin über das der Beklagten zustehende Sicherungsrecht am Konto zu informieren sei und über dessen Verfügbarkeit keine Missverständnisse entstehen sollten.

E. 5.2.4

Im Zusammenhang mit der E-Mail von N._____ vom 29. November 2005 (act. 11/11) und dem darin erwähnten zweiten Pfandrecht ("2nd Charge") zugunsten der Klägerin ist zu betonen, dass bei der Frage der Kenntnis massgeblich ist, ob die Beklagte wusste, dass der Klägerin mit dem AMA ein dem der Beklagten vorgehendes Sicherheitsrecht eingeräumt werden würde. Dass über die Möglichkeit diskutiert wurde, ein zweites – mithin im Rang nachstehendes – Pfandrecht zugunsten der Klägerin zu errichten, begründet die Kenntnis der Beklagten über die anderslautende Vereinbarung im AMA nicht. Das angesprochene zweite Pfandrecht würde auch nur den Fall absichern, dass die Klägerin die Wertschriften in 20 Jahren nicht hätte verkaufen können und diese selber erwerben müsste ("Bank J._____ would have a 2nd Charge over the Swiss Bank Deposit, such that any assets of the illiquid asset portfolio that have not been sold before end of trade in 20 years would be sold to H._____ at 100.00% by Bank J._____"). Im Gegensatz dazu ist das AMA auf drei Jahre angelegt. Nirgendwo in der Korrespondenz zwischen E._____ bzw. der Beklagten und F._____ ist zur Rede gestanden, dass zugunsten der Klägerin ein dem der Beklagten vorrangiges Sicherheitsrecht errichtet werden solle; auch ist nirgends von einem auf lediglich drei Jahre angelegten Geschäft die Rede.

E. 5.2.5

Das Argument der Klägerin, dass die Darlehenstranche A bzw. das Pfand an den damit erworbenen Notes als Sicherheit für die Tranche B gedient habe, da die Beklagte damit gerechnet habe, dass die Rückzahlung der Tranche B möglicherweise nicht erfolgen

würde, wird durch den Umstand entkräftet, dass dieses

- 56 - Pfandrecht im Rahmen der Neuausgestaltung der Vertragsverhältnisse unter dem Omnibus Agreement aufgehoben und die Notes an die M._____ Bank freigegeben wurden. Dass die Beklagte dafür eine andere Sicherheit erhalten hat, ist den Parteibehauptungen nicht zu entnehmen (act. 10 Rz 247; act. 39 Rz 70).

E. 5.2.6

Die enge Zusammenarbeit zwischen E._____ und F._____ allein genügt nicht, um Kenntnis zu supponieren. So ist die Klägerin selbst der Ansicht, dass auch die Beklagte durch F._____ hinter das Licht geführt wurde. Ebenso kann die Identität der Höhe der Darlehenstranche mit dem auf das Konto einzuzahlenden Betrag für die Kenntnis nicht herangezogen werden, da der Darlehensnehmer – mit dem entsprechenden Antrag – Einfluss auf die Höhe des Darlehens hat. Dass es sich bei den von der Klägerin behaupteten Überweisungen vom streitgegenständlichen Konto in der Höhe von USD 38'142'585.– um Zinszahlungen für Wertschriften gehandelt haben soll, bestreitet die Beklagte. Unbestritten und belegt ist jedoch, dass zwischen März und Juni 2008 USD 65 Mio. vom Konto im Austausch gegen die von der M._____ Bank in der gleichen Höhe ausgestellten "Letters of Credit" abgezogen wurden (vgl. oben Ziffer III. 1.11; act. 11/22 und 11/23). Damit sind auch die an die Klägerin ausgerichteten Zahlungen von USD 38'142'585.– gegen entsprechende Sicherheit erfolgt. Es ist nicht ersichtlich, wieso die Beklagte hinsichtlich der an die Klägerin erfolgten Zahlungen auf einen Zusammenhang zwischen dem AMA und dem streitgegenständlichen Konto hätte schliessen sollen, sind das doch nicht die einzigen Abzüge vom Konto gewesen; vom streitgegenständlichen Konto sind weitere rund USD 27 Mio. gegen Kreditbriefe abgezogen worden, wobei die Klägerin nicht geltend macht, dass diese Zahlungen auch an sie geflossen seien. Erfolgte die Abzüge gegen Sicherheit, wird es für die Beklagte vielmehr keine Rolle gespielt haben, an wen die Zahlungen geflossen sind.

E. 5.2.7

Aus der Korrespondenz zwischen E._____ bzw. der Beklagten und H._____ ist ersichtlich, dass die Abtretung des streitgegenständlichen Kontos an die Beklagte durchgehend Bestandteil jeder der diskutierten Varianten der Vertragsausgestaltung war – auch wenn die Konstrukte selbst mehrfach Änderungen erfuhren – und ein das Konto betreffendes, vorrangiges Recht der Klägerin nie zur

- 57 - Debatte stand (act. 11/4-11/15). Auch aus diesem Grund kann der klägerischen Argumentation nicht gefolgt werden, wonach sich die Beklagte bei der Klägerin hätte vergewissern sollen, dass der Vorrang der Abtretung durch die Klägerin anerkannt werde (vgl. act. 26 Rz 174). Es kann nicht verlangt werden, dass in Vorwegnahme der Unredlichkeit des Vertragspartners weitere Abklärungen erfolgen müssen. Dies ist umso weniger der Fall, als der Vertragspartner – wie hier H._____ – bei den Vertragsverhandlungen durch eine renommierte Anwaltskanzlei vertreten wird (vgl. act. 39 Rz 82). Tatsächlich hat sich die Beklagte – wie sie auch ausführt (oben Ziffer 5.1.2.7) – soweit als möglich im eigenen Interesse abgesichert. Es kann nicht zulasten der Beklagten ausgelegt werden, dass sie ihre Forderung im Gegensatz zur Klägerin gültig hat absichern lassen. Die Klägerin ihrerseits wusste, dass die Verpfändung des Kontos an sie nicht perfektioniert wurde und sie damit kein gesetzliches Pfandrecht daran erlangt hat. Sie konnte damit ohnehin nicht davon ausgehen, dass das AMA ihr in dieser Hinsicht eine

genü- gende Sicherheit bietet.

E. 5.2.8

Die Parteien sind sich einig, dass zurechenbare Kenntnis (constructive no- tice) vorliegt, wenn sämtliche Abklärungen, welche eine vernünftige Person in der konkreten Situation üblicherweise unternehmen würde, diese Kenntnis zutage fördern würden. Da im Sinne des Ausgeführten nicht auf Umstände geschlossen werden kann, aufgrund welcher die Beklagte hätte annehmen müssen, dass H._____ der Klägerin eine derjenigen der Beklagten vorgehende Sicherheit zu gewähren beabsichtigte, und sie demnach zu weiteren Abklärungen nicht ver- pflichtet war, ist die zurechenbare Kenntnis der Beklagten zu verneinen.

E. 5.2.9

Im Zusammenhang mit der Behauptung der Kenntnis der Beklagten vom AMA beantragt die Klägerin die Edition sämtlicher Korrespondenz (sowie weiterer Unterlagen) zwischen H._____ und/oder F._____ einerseits sowie der Beklagten und/oder E._____ und/oder den jeweiligen Rechtsvertretern andererseits betref- fend die Prüfung und Ausarbeitung des Facility Agreement und des Assignment Agreement (insb. betreffend dessen Ziffer 4.3) sowie auch der Korrespondenz der oben Genannten mit der I._____ Bank bzw. ihren Rechtsvertretern (vgl. Editions- begehren 1-3 in act. 26). Vor dem Hintergrund, dass sich die von der Klägerin ins

- 58 - Feld geführten Argumente zur Frage der Kenntnis bereits durch die von der Be- klagten eingereichten Unterlagen rechtsgenügend entkräften lassen und lediglich auf von der Klägerin gezogenen – im Sinne vorstehender Ausführungen nicht na- heliegenden – Schlüssen basieren, laufen diese klägerischen Editionsbegehren darauf hinaus, aus einer Fülle von Dokumenten nach solchen zu suchen, die ih- rem, bisher lediglich auf Vermutungen basierenden Standpunkt möglicherweise dienlich sein könnten. Vor diesem Hintergrund erscheinen die klägerischen Editi- onsbegehren als eine unzulässige Beweisausforschung.

E. 6

Berechtigung der Beklagten am hinterlegten Betrag

E. 6.1

In Ziffer 2 ihres Rechtsbegehrens gemäss Duplikschrift verlangt die Be- klagte die Feststellung, dass sie am hinterlegten Betrag von USD 156'500'532.48 zuzüglich allfällig aufgelaufener Zinsen, abzüglich von CHF 244'545.– (welche durch die Verwertung im Rahmen der Betreibungen Nr. ... und ... des Betrei- bungsamtes Zürich 1 vom hinterlegten Betrag bezahlt wurden) berechtigt ist. Ihre Berechtigung am hinterlegten Betrag stützt sie auf die mit dem Assignment Ag- reement erfolgte Abtretung des Kontoguthabens. Die darin enthaltene Siche- rungsabrede sehe vor, dass die Beklagte bei Eintritt eines Fälligkeitsereignisses gemäss dem Facility Agreement und jederzeit während der Dauer des Fälligkeits- ereignisses Auszahlung von der I._____ Bank verlangen bzw. die auf dem Konto liegenden Vermögenswerte verwerten dürfe. Die Beklagte habe den mit dem Fa- cility Agreement gewährten Kredit am 29. Januar 2009 gekündigt und per 17. März 2009 USD 440 Mio. fällig gestellt (act. 11/24). Nachdem H._____ es un- terlassen habe, die nach der Kündigung weiterhin fällig werdenden Zinszahlungen zu leisten, habe die Beklagte den Kredit am 12. Februar 2009 und im Einklang mit dem Facility Agreement per sofort fällig

gestellt (act. 11/25). Nachdem H._____ dieser Rückzahlungsaufforderung nicht nachgekommen sei, habe die Beklagte unter Bezugnahme auf das Assignment Agreement und das Confirmation Agreement die I._____ Bank aufgefordert, ihr das auf dem Konto liegende Geld zu überweisen (act. 10 Rz 51-54). Gemäss Assignment Agreement sichere die Abtretung sämtliche Ansprüche aus dem Facility Agreement. Die offenen und fälligen Forderungen der Beklagten gegenüber H._____ aus dem Facility Agreement

- 59 - beliefen sich auf USD 375 Mio. (ohne Zinsen). Da der auf dem Konto liegende Betrag von rund USD 156 Mio. die zu sichernde Forderung unterschreite, habe die Beklagte einen Anspruch auf die gesamten auf dem Konto liegenden bzw. hinterlegten Mittel (act. 10 Rz 89-91).

E. 6.2

Abgesehen von der Behauptung der Nichtigkeit des Facility Agreement bzw. des Assignment Agreement (vgl. dazu oben Ziffer 1) bestreitet die Klägerin den Anspruch der Beklagten aus den beiden Verträgen nicht. Die Beklagte weist auch darauf hin, dass auch in den vorprozessualen Verhandlungen sowie im Hinterlegungsverfahren im Grundsatz unbestritten geblieben sei, dass die Beklagte gestützt auf die beiden Verträge einen ausgewiesenen Titel auf Auszahlung des auf dem Konto liegenden Betrages habe; streitig sei lediglich die Frage der Priorität gewesen (act. 10 Rz 88). Da die Behauptungen der Beklagten hinsichtlich der Anspruchsgrundlage und der Fälligkeit des Darlehens unbestritten geblieben sind, besteht grundsätzlich ein Anspruch der Beklagten auf die hinterlegten Mittel.

E. 6.3

Kommt man vorliegend zum Schluss, dass mit der Abtretung im Assignment Agreement ein "purchase-money security interest" auf dem streitgegenständlichen Konto bzw. der Forderung der H._____ gegenüber der I._____ Bank begründet wurde, ist hervorzuheben, dass die Abtretung nicht die gesamte Darlehenssumme von USD 440 Mio. betraf, sondern nur die eine Hälfte des Darlehens (Tranche B), wovon die Beklagte auf das streitgegenständliche Konto USD 217'500'000.– überwiesen hat (vgl. oben Ziffer III. 1.10). Die Forderung der Beklagten gegenüber H._____ möge sich zwar schon auf USD 375 Mio. belaufen. Ein "purchase-money security interest" der Beklagten, welcher dem klägerischen Sicherungsrecht vorgeht, besteht jedoch lediglich in Bezug auf die Tranche B. Da der hinterlegte Betrag ohnehin tiefer ist als der beklagtische Anspruch hinsichtlich der Tranche B, ist auf diese Unterscheidung jedoch nicht weiter einzugehen.

E. 6.4

Im Zusammenhang mit dem "purchase-money security interest" wäre weiter dem Umstand Rechnung zu tragen, dass neben der Überweisung von USD 217'500'000.– durch die Beklagte die H._____ selbst einen Betrag von USD 3'375'000.– auf das Konto eingezahlt hat (um den auf dem Konto geforderten Stand von USD 220'875'000.– zu erreichen; vgl. oben Ziffer III. 1.10). Zwar lis-

- 60 - tet das Facility Agreement als Bedingung für das Darlehen "Confirmation from the Account Bank in relation to the Bank Account of receipt of a deposit from the Borrower of US\$3,375,000" auf (vgl. act. 3/38, Schedule 1, conditions precedent, Ziffer 3. (f)), jedoch ist dies von den Parteien so nicht behauptet worden, und den Parteiaussführungen ist auch nicht zu entnehmen, ob dieser Betrag von der H._____ vor oder nach der Überweisung

durch die Beklagte einbezahlt wurde. Eine vorher erfolgte Einzahlung auf das Konto durch die H._____ könnte allenfalls zur Folge haben, dass die Beklagte auf den durch die H._____ eingezahlten Betrag keinen Anspruch hätte bzw. die Anspruchsberechtigung in Bezug auf diesen Betrag gesondert geprüft werden müsste. Von einer solchen Prüfung ist hier jedoch mangels entsprechender Parteibehauptungen abzusehen. Die Beklagte ist somit am gesamten hinterlegten Betrag von USD 156'500'532.48 (zuzüglich allfälliger aufgelaufener Zinsen, abzüglich CHF 244'545.–) berechtigt.

E. 6.5

In Gutheissung von Ziffer 2 des beklagtischen Rechtsbegehrens ist festzustellen, dass die Beklagte am hinterlegten Betrag berechtigt ist. Entsprechend ist in Gutheissung von Ziffer 4 des Rechtsbegehrens die Obergerichtskasse anzuweisen, den hinterlegten Betrag – nach Rechtskraft dieses Urteils – an die Beklagte auszuzahlen.

E. 7

Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Der Streitwert beträgt CHF 144'961'000.–.

- 64 - Zürich, 1. September 2014 Handelsgericht des Kantons Zürich Der Vorsitzende: Die Gerichtsschreiberin: Dr. George Daetwyler Azra Ohnjec-Hadziabdic

E. 7.1

Im Sinne vorstehender Ausführungen ist festzuhalten, dass das "equitable security interest" der Klägerin gegenüber der an die Beklagte erfolgten Abtretung nachrangig ist. In Gutheissung von Ziffer 2 des beklagtischen Rechtsbegehrens ist festzustellen, dass die Beklagte am von der C._____ bei der D._____, Konto lautend auf Obergerichtskasse des Kantons Zürich, IBAN-Nr. ..., hinterlegten Betrag von USD 156'500'532.48 zuzüglich allfälliger aufgelaufener Zinsen, abzüglich von CHF 244'545.–, welche durch die Verwertung im Rahmen der Betreibungen Nr. ... und ... des Betreibungsamtes Zürich 1 vom hinterlegten Betrag bezahlt wurden, berechtigt ist. Entsprechend ist die Obergerichtskasse des Kantons Zürich zur Auszahlung an die Beklagte anzuweisen.

- 61 -

E. 7.2

Wird somit die Priorität des klägerischen Anspruchs verneint, erübrigt sich die Prüfung der beklagtischen Vorbringen, wonach die Klägerin das "equitable security interest" nicht in Anspruch nehmen könne, da sie beim Abschluss des AMA bösgläubig gewesen sei bzw. "unclean hands" gehabt habe, da H._____ und die Klägerin das AMA gar nicht hätten leben wollen und dieses nur zur Täuschung der indonesischen Aufsichtsbehörde abgeschlossen hätten. Auch erübrigt sich die Prüfung des weiteren beklagtischen Einwandes, wonach die Klägerin keinen Anspruch aus dem AMA geltend machen könne, da die im AMA vorgesehene Bedingung zur Ausübung – Vorliegen eines Fehlbetrags aus einem Verkauf der Wertschriften – nicht vorliege. V. (Kosten- und Entschädigungsfolgen) 1. Der Streitwert richtet sich nach dem Rechtsbegehren zum Zeitpunkt der Klageeinreichung beim Gericht (BSK ZPO-Rüegg, Art. 91 N 3 ff.). Er beträgt nach Massgabe der bei Einreichung

der Klageschrift geltenden Währungskurse CHF 144'961'000.– [USD 156'228'182.–; Kurs USD 1 = CHF 0.92788 am 1. März 2011]. 2. Ausgangsgemäss wird die Klägerin kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG), während die Höhe der Partei- bzw. Prozessentschädigung gemäss der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 festzusetzen ist (Art. 96 ZPO i.V.m. § 48 Abs. 1 lit. c und Abs. 2 des Anwaltsgesetzes vom 17. November 2003). Sowohl die Gerichtsgebühr als auch die Prozessentschädigung richten sich in erster Linie nach dem Streitwert bzw. nach dem Streitinteresse (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG; § 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV). In Anbetracht des Schwierigkeitsgrades und des Aufwandes rechtfertigt es sich, die Gerichtsgebühr gemäss § 4 Abs. 1 GebV OG um die Hälfte zu erhöhen (§ 4 Abs. 2 GebV OG), wobei gleichzeitig auf eine Erhöhung gemäss § 11 GebVOG zu verzichten ist. Bei der Festsetzung der Parteientschädigung ist die Anzahl der eingereichten

- 62 - Rechtsschriften und die Referentenaudienz und Vergleichsverhandlung zu berücksichtigen. Unter Berücksichtigung des hohen Streitwerts ist dabei die Grundgebühr um einen Drittel zu erhöhen (§§ 4 und 11 AnwGebV). 3. Die Beklagte verlangt die Erstattung der Kosten für das von ihr eingereichte Rechtsgutachten vom 7. Juli 2011 (act. 11/32) in der Höhe von GBP 14'952.–, welche zur Parteientschädigung hinzuzurechnen seien (vgl. act. 10 Rz 282). Gemäss Art. 95 Abs. 3 ZPO gelten als Parteientschädigung der Ersatz notwendiger Auslagen, die Kosten einer berufsmässigen Vertretung und unter Umständen eine angemessene Umtriebsentschädigung. Unter die notwendigen Auslagen fallen insbesondere Spesen und Barauslagen. Parteigutachten, auch soweit sie unmittelbar im Zusammenhang mit dem Prozess erstellt wurden, sind nur mit Zurückhaltung zu ersetzen (Suter/von Holzen, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 95 N 33) bzw. ist deren Notwendigkeit, Zweckdienlichkeit und Angemessenheit besonders zu überprüfen (BSK-ZPO-Rüegg, Art. 95 N 17). Beim betreffenden Gutachten geht es nicht um eine den Parteien vom Gericht überbundene Abklärung ausländischen Rechts, sondern um die Abklärung, die die Beklagte selbst – wie die Klägerin auch – im eigenen Interesse angestellt hat. Ob diese ersatzfähig ist, muss hier jedoch nicht geprüft werden, denn eine gesonderte Entschädigung des Gutachtens rechtfertigt sich schon angesichts der aus der Höhe des Streitwerts resultierenden Parteientschädigung nicht. 4. Die Klägerin hat folgende Kautionsleistung geleistet: für Gerichtskosten (gemäss Verfügung vom 2. März 2011 [Prot. S. 2]): CHF 1'591'000.–; für Parteientschädigung (ab Mitte des Verfahrens, gemäss rechtskräftiger Verfügung vom 14. September 2012 [act. 32]): CHF 700'000.–. Daraus sind die Kosten zu beziehen bzw. ist die Parteientschädigung vorweg zu decken. Das Handelsgericht erkennt: 1. Es wird festgestellt, dass die Beklagte am von der C._____ (Schweiz) AG, ... [Adresse], bei der D._____, Konto lautend auf die Obergerichtskasse des Kantons Zürich, Hirschengraben 15, 8001 Zürich, IBAN-Nr. ..., hinterlegten

- 63 - Betrag von USD 156'500'532.48 zuzüglich allfällig aufgelaufener Zinsen, abzüglich von CHF 244'545.–, welche durch die Verwertung im Rahmen der Beteiligungen Nr. ... und ... des Beteiligungsamtes Zürich 1 vom hinterlegten Betrag bezahlt wurden, berechtigt ist. 2. Die Obergerichtskasse des Kantons Zürich, Hirschengraben 15, 8001 Zürich, wird angewiesen, nach Rechtskraft dieses Urteils den von der C._____ (Schweiz) AG, ... [Adresse], bei der D._____, Konto lautend auf die Obergerichtskasse des Kantons Zürich,

Hirschengraben 15, 8001 Zürich, IBAN-Nr. ..., hinterlegten Betrag von USD 156'500'532.48 zuzüglich allfällig aufgelaufener Zinsen, abzüglich von CHF 244'545.–, welche durch die Verwertung im Rahmen der Betreibungen Nr. ... und ... des Betreibungsamtes Zürich I vom hinterlegten Betrag bezahlt wurden, an die Beklagte auszusahlen. 3. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 1'200'000.–. 4. Die Kosten werden der Klägerin auferlegt und aus ihrer Kautionsbezogen. 5. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 1'040'000.– zu bezahlen. Davon werden der Beklagten – nach Rechtskraft dieses Urteils – von der Obergerichtskasse CHF 700'000.– aus der von der Klägerin geleisteten Kautions für die Parteientschädigung überwiesen. Im übersteigenden Betrag hat die Beklagte einen Anspruch gegenüber der Klägerin. 6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Obergerichtskasse.

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