

ZH_OBERGERICHT NE160001 vom 11. August 2016

ZH Obergericht, 2016-08-11, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_NE160001

FR: ZH_OBERGERICHT NE160001 du 11 août 2016

IT: ZH_OBERGERICHT NE160001 del 11 agosto 2016

Erwägungen

E. 1

Sachverhalt

E. 1.1

Die Klägerin wurde im Jahre 1939 als italienische öffentlich-rechtliche Körperschaft gegründet und im Jahre 1996 in eine Stiftung des italienischen Privatrechts umgewandelt. Sie dient der Durchführung der obligatorischen Altersvorsorge für Arbeitnehmer und untersteht der Aufsicht des italienischen Ministeriums für Arbeit und soziale Sicherheit (Urk. 1 Rz 23 und Urk. 23 Rz 17; Urk. 3/6).

E. 1.2

Die Beklagte ist die Konkursmasse der A._____ Finance AG. Die A._____ Finance AG bzw. die A._____ Finance SA (im Folgenden: Kridarin) war eine nach schweizerischem Recht organisierte Aktiengesellschaft und mit einem Aktienkapital von 6 Mio. Franken im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Sie bezweckte gemäss Eintrag im Handelsregister die "Vornahme von Finanzgeschäften, insbesondere Strukturierung, Begebung und Abschluss von Transaktionen in Derivaten". Die Kridarin war eine hundertprozentige Tochtergesellschaft der "A._____ Holdings Inc.", welche im Zuge der Finanzkrise am 15. September 2008 in den USA um Gläubigerschutz gemäss Chapter 11 des US-Bankruptcy Code nachsuchen musste (Urk. 1 Rz 56; Urk. 23 Rz 56). Am 29. Oktober 2008 wurde die Kridarin durch Verfügung der Eidgenössischen Bankenkommision in

- 5 - Liquidation gesetzt, wobei die Gesellschaft gemäss Anordnung der Bankenkommision einstweilen "nur zum Zweck der Liquidation unter der Firma A._____ Finance AG in Liquidation weitergeführt" wurde. Als Liquidatorin wurde die B._____ AG, Zürich, eingesetzt. Wenige Wochen später, am 19. Dezember 2008, eröffnete die Eidgenössische Bankenkommision "über die bereits aufgelöste Gesellschaft mit Wirkung ab dem 22. Dezember 2008, 08.00 Uhr, den Konkurs". Gleichzeitig wurde die B._____ AG zur Konkursliquidatorin bestimmt (vgl. Handelsregisterauszug, Urk. 116).

E. 1.3

Die Klägerin verlangt von der Beklagten, d.h. von der Konkursmasse der Kridarin, eine Ausgleichszahlung gestützt auf eine Put Option, die wegen des Zusammenbruchs der A._____ Gruppe vorzeitig beendet wurde. Im Einzelnen ist auf Folgendes hinzuweisen:

E. 1.3.1

Die "E._____ (...) Limited" (im Folgenden E._____) ist eine auf den Cayman Islands inkorporierte Gesellschaft. Sie ist ein Anlagevehikel und wurde zum Zweck gegründet, von der A._____ Gruppe strukturierte Transaktionen durchzuführen (Urk. 23 N 18, Urk. 45 N

269 und 446, Urk. 53 Rz 696).

E. 1.3.2

Die E._____ veranlasste unter ihrem "USD 10'000'000'000 Secured euro medium term note programme" (vgl. dazu Urk. 3/8) zahlreiche Emissionen von Anlehensobligationen bzw. Notes. So emittierte sie am 14. Dezember 2007 die "Series 26" dieses Programms im Nominalbetrag von EUR 780'470'000. In diesem Zusammenhang wurde ein besonderer Angebotsprospekt erstellt (Urk. 3/9). Der Fälligkeitstermin wurde auf den 14. Juni 2023 festgesetzt. Die Klägerin zeichnete in der Folge sämtliche unter "Series 26" ausgegebenen Notes im Nominalbetrag von EUR 780'470'000 (Urk. 1 Rz 31-32, 34 und 35; Urk. 23 Rz 354 f. und 357).

E. 1.3.3

Die E._____ investierte den aus der Emission der Notes gemäss "Series 26" von der Klägerin erhaltenen Betrag zur Zeichnung in Aktien der "F._____ (R- 26) Limited" (im Folgenden: F._____). Diese investierte ihrerseits die erhaltenen Mittel, und zwar nach Angaben der Klägerin in Hedge Funds und Funds of Hedge Funds (Urk. 1 Rz 38) und nach Angaben der Beklagten in "Mutual Funds und Funds of Hedge Funds" (Urk. 23 Rz 359).

- 6 -

E. 1.3.4

Um den Kapitalschutz für den Nominalbetrag der Notes von EUR 780'470'000 abzusichern, kaufte die E._____ bei der Kridarin eine Put Option. Zu diesem Zwecke hatten die E._____ und die Kridarin bereits am 29. April 2005 und am 22. Dezember 2006 einen Rahmenvertrag gemäss dem von der "International Swap Dealers Association" herausgegebenen "1992 ISDA Master Agreement" (Urk. 3/15; im Folgenden "Agreement") sowie das dazugehörige "Schedule to the Master Agreement" abgeschlossen (Urk. 3/16; im Folgenden "Schedule"). Am 14. Dezember 2007 unterzeichneten die Vertragsparteien (die Kridarin als "seller" und die E._____ als "buyer") die "Confirmation for Share Option Transaction" (Urk. 3/17). Die Parteien sind sich darin einig, dass das Agreement zusammen mit dem Schedule und der "Confirmation" einen einheitlichen Vertrag bildet (Urk. 1 Rz 42-45; Urk. 23 Rz 363-368).

E. 1.3.4.1

Mit der durch den Vertrag vereinbarten Put Option sollte sichergestellt werden, dass die E._____ bei Fälligkeit der Notes am 14. Juni 2023 mindestens den Nominalbetrag der Notes von EUR 780'470'000 werde zurückzahlen können. Die Kridarin verpflichtete sich daher, die Differenz zwischen dem tatsächlichen Liquidationserlös aller Aktien der Klasse A und dem minimalen Rückzahlungsbetrag von EUR 780'470'000 auszugleichen. Der durch die Put Option vermittelte Kapitalschutz sollte es namentlich Pensionskassen ermöglichen, Anlagen mit potentiell höheren Erträgen zu tätigen, was ihnen ohne Kapitalschutz verwehrt wäre (Urk. 1 Rz 46 f., Urk. 23 Rz 369 f.).

E. 1.3.4.2

Mit Part 4 lit. h des "Schedule" (Urk. 3/16) wurde von den Vertragsparteien wie folgt eine Rechtswahl getroffen: "Governing Law. This Agreement will be governed by and construed in accordance with the laws of England and Wales."

E. 1.3.4.3

Unter dem Titel "Jurisdiction" trafen die Vertragsparteien mit Ziff. 13 lit. b des "1992 ISDA Master Agreement" (Urk. 3/15) wie folgt eine Gerichtsstandsvereinbarung: "With respect to any suit, action or proceedings relating to this Agreement ('Proceedings'), each party irrevocably (i) submits to the jurisdiction of the English courts, if this Agreement is expressed to be governed by English law, or to the non-exclusive jurisdiction of the courts of the State of New York and the United States District Court locat-

- 7 - ed in the Borough of Manhattan in New York City, if this Agreement is expressed to be governed by the laws of the State of New York; (ii) ..."

E. 1.3.4.4

Das "Schedule" sieht in Part 1 lit. i vor, dass die Ziff. 6 lit. a des Agreements über die "Automatic Early Termination" auf die Kridarin (= Party A), nicht aber auf E._____, d.h. auf die Rechtsvorgängerin der Klägerin, anzuwenden ist. Ziff. 5 und 6 des Agreements regeln denn auch die "automatische vorzeitige Vertragsbeendigung" ("Automatic Early Termination"). Diese tritt namentlich dann ein, wenn gegen eine Vertragspartei bzw. gegen einen hinter ihr stehenden "Credit Support Provider" ein Insolvenz- oder Konkursverfahren ("proceeding seeking a judgment of insolvency or bankruptcy") eingeleitet wird (Agreement Ziff. 5 lit. a und Ziff. 6 lit. a). Die Parteien sind sich einig darin, dass hinsichtlich des hier interessierenden Vertragsverhältnisses zwischen der E._____ und der Kridarin die "Automatic Early Termination" per 15. September 2008 erfolgte, weil die als "Credit Support Provider" dienende Muttergesellschaft der Kridarin in diesem Zeitpunkt in den USA um Gläubigerschutz gemäss Chapter 11 nachsuchte (Urk. 1 Rz 50-57, insbesondere Rz 56; Urk. 23 Rz 375-377).

E. 1.3.4.5

Im Falle einer "Early Termination" wird gemäss Ziff. 6 lit. e des Agreements eine Liquidationszahlung fällig, die auf verschiedene Weise berechnet werden kann. Fest steht, dass sich die Parteien mit dem Schedule für die Berechnungsvariante "Second Method and Loss" entschieden haben. Dennoch sind sie sich nicht einig darüber, wie diese Berechnung konkret vorzunehmen ist.

E. 1.3.5

Mit Vertrag vom 18. September 2009 ("Deed of purchase and cancellation"; Urk. 3/21) verkaufte die Klägerin (als "Noteholder") ihre Notes der E._____ (als "Issuer"). Die Parteien stimmen darin überein, dass auf Grund dieses Vertrags die Notes unmittelbar nach ihrem Verkauf kraftlos erklärt wurden. Als Gegenleistung für die Notes lieferte die E._____ der Klägerin sämtliche Aktien der F._____; ferner trat sie ihr auch "sämtliche Ansprüche gegen die Beklagte unter der Put Option" ab.

E. 1.4

Mit einem an die Kridarin ("A._____ Finance S.A., ... [Adresse]") gerichteten Schreiben vom 16. September 2009 berechnete die E._____ die ihr zustehende Liquidationszahlung inkl. Zinsen auf USD 61'764'595 (Urk. 1 Rz 72 ff.

- 8 - mit Hinweis auf Urk. 3/18). Sie stützte sich dabei auf eine von der D._____ am 6. Mai 2009 erstattete Offerte (Urk. 1 Rz 73, 77; Urk. 23 Rz 394). Die Klägerin stellt sich nun auf den Standpunkt, das Angebot der D'._____ habe "einen verbindlichen Preis für eine Kapitalschutzgarantie bezüglich der Anteile an der F._____ Company" beinhaltet (Urk. 45 Rz 478). Sie beruft sich in diesem Zusammenhang auf das ISDA Master Agreement

zwischen ihr und der "D._____, an unlimited Company incorporated under the laws of England and Wales" (Urk. 45 Rz 476 und Urk. 53 Rz 731 mit Hinweis auf Urk. 46/216). Die Beklagte bestreitet allerdings, dass es sich bei der ins Recht gelegten Offerte "um die behauptete Offerte" handle (Urk. 53 Rz 22-33 und 731; Urk. 58 Rz 28-35). Ferner bestreitet sie das Vorliegen einer Ersatztransaktion (Urk. 53 Rz 3, Urk. 65 Rz 37 ff.).

E. 1.5

In Grossbritannien ergingen in dem hier interessierenden Zusammenhang zwei Urteile:

E. 1.5.1

Am 15. Juli 2011 erging am High Court of Justice in London durch den Richter Briggs ein Urteil im Verfahren zwischen der Klägerin (auch dort als Klägerin) gegen die Kridarin (bezeichnet als "A.____ Fincance S.A.") als Erstbeklagte und E.____ (Cayman) Limited" (= E.____) als Zweitbeklagte (Urk. 3/25 und Urk. 3/26). Mit diesem sog. Briggs-Urteil wurden gewisse von den Parteien dem Gericht unterbreitete Fragen beantwortet (vgl. dazu Urk. 1 Rz 95 ff. und Urk. 23 Rz 423 ff.). In diesem Sinne wurde dort Folgendes festgehalten (Urk. 3/26; vgl. Urk. 1 Rz 95-97): - Das "Derivative Agreement" sei am 15. September 2008 wegen eines "Event of Default" vorzeitig beendet worden ("Early Termination"). - Die E.____ als Non-defaulting Party sei bezüglich der "Automatic Early Termination" im Sinne von Ziff. 6 lit. e des "Master Agreement" befugt, den Loss auf Grund einer Ersatztransaktion ("replacement transaction") zu berechnen. - E.____ schulde der Kridarin namentlich keinen "Early Termination Cash Settlement Amount" ("ETCSA"). Das Briggs-Urteil wurde von keiner Partei weitergezogen (Urk. 1 Rz 98-100; Urk. 23 Rz 436-438). Während das Briggs-Urteil von der Klägerin als für die Parteien verbindlich angesehen wird (Urk. 1 Rz 101), meint die Beklagte, dass es im vorliegenden Kollokationsverfahren "keinerlei Wirkung" entfalte (Urk. 23 Rz 439).

- 9 -

E. 1.5.2

Am 12. Mai 2015 erging am High Court of Justice in London zwischen den gleichen Parteien, welche vom Briggs-Urteil betroffen waren, durch den Richter Richards ein zweites Urteil (sog. Richards-Urteil; Urk. 69/248 und Urk. 72/250 bzw. 69/249 bzw. 72/251). Zu beurteilen war unter anderem eine Klage, welche die Klägerin des vorliegenden Verfahrens gegen die Kridarin sowie gegen die E.____ gerichtet hatte. Mit diesem Urteil wurde die Kridarin verpflichtet, der Klägerin den Betrag von USD 61'507'902 sowie Zinsen von USD 4'115'785.83 zu bezahlen. Die Widerklage der Kridarin gegen die Klägerin wurde dagegen abgewiesen. Gegen das Richards-Urteil vom 12. Mai 2015 reichte die Kridarin beim zuständigen Court of Appeal die Appellation ein (Urk. 85, Urk. 86/107-110, Urk. 88/111). Mit Entscheid vom 16. Oktober 2015 liess der Court of Appeal die Appellation nicht zu, weil sie keine Erfolgsaussichten habe ("an appeal would not have a real prospect of success") (Urk. 101/256-257). Auch das Richards-Urteil sieht die Klägerin als für die Parteien des vorliegenden Verfahrens bindend an (Urk. 91 Rz 16), wogegen aus Sicht der Beklagten auch dieses Urteil im vorliegenden Prozess unbeachtlich ist (Urk. 85 S. 1).

E. 1.6

Am 16. September 2009 meldete die E.____ im Insolvenzverfahren der Muttergesellschaft der Kridarin "eine Forderung aus der Garantie" von USD 61'764'595 an (Urk. 1 Rz 71 mit

Hinweis auf Urk. 3/20; Urk. 23 Rz 392). Gleichentags meldete die E._____ im Konkurs der Kridarin bei deren Konkurs- verwaltung im Zusammenhang mit den Notes der "Series 26" einen Forderungs- betrag von Fr. 67'377'108.42 an (Urk. 3/19).

E. 1.6.1

Im Zusammenhang mit dem bereits erwähnten Kaufvertrag vom 18. Sep- tember 2009 (Urk. 3/21) zederte die E._____ mit Abtretungserklärung vom glei- chen Tage ihre Forderungen gegen die Beklagte an die Klägerin (Urk. 3/22; Urk. 1 Rz 83 ff.; vgl. oben E. 1.3.5.).

E. 1.6.2

In der Folge trat die Klägerin gemäss ihrer Sachdarstellung in der Klage- schrift die Forderung an eine Zessionarin ab, "welche im Kollokationsplan als Gläubigerin der streitbetroffenen Forderung Nr. 30 aufgeführt wird" (Urk. 1 Rz 86; Urk. 23 Rz 411). Die Klägerin umschreibt jedenfalls mit diesen Worten ihre Abtre-

- 10 - tungserklärung unbekanntem Datums an die "G._____, L.P." (Urk. 23 Rz 75 mit Hinweis auf Urk. 3/24; Urk. 45 Rz 462).

E. 1.6.3

Die "G._____, L.P." nahm sodann unterm 18. April 2013 eine Rückzession an die Klägerin vor (Urk. 3/24; Urk. 1 Rz 87, Urk. 23 Rz 411).

E. 1.7

Im Konkurs über die Kridarin legte die Konkursverwalterin den Kollo- kationsplan (Urk. 3/3) am 3. April 2013 auf.

E. 1.7.1

Im Kollokationsplan ist die hier interessierende Forderung Nr. 30 unter der Ordnungsnummer 94 verzeichnet. Als Gläubiger wurde die "G._____, L.P.", New York (USA), aufgeführt. Die angemeldete Forderung wird wie folgt umschrieben: "Ansprüche aus ISDA Agreement a) Derivatgeschäfte CHF 67'097'089.88 b) Zinsen vom 15.09.2008 - 22.12.2008 CHF 280'018.54" Der Kollokationsplan enthält dazu die folgenden Bemerkungen: "Die ursprünglich von E._____ (Cayman) Limited – Series 26 / Fondazione C._____ angemeldete Forderung aus ISDA Agreement wurde an G._____, L.P., abgetreten. Sicherheit: Die Forderung wurde im Chapter 11-Verfahren der A._____ Hol- ding Inc. (A._____ HI) als Forderung aus Garantie angemeldet. Eine ab- schliessende Beurteilung und allfällige Teilzahlungen durch A._____ HI sind entsprechend dem Kenntnisstand der Konkursliquidatorin bisher noch nicht erfolgt."

E. 1.7.2

Die Forderung wurde im Kollokationsplan nicht zugelassen (Urk. 3/3 S. 28). Verwiesen wurde auf den Entscheid Nr. 67.

E. 1.7.3

Der Entscheid Nr. 67 der Konkursverwaltung liegt als Urk. 3/4 bei den Ak- ten. Die Konkursverwaltung hält dort fest, dass die angemeldete Forderung auf einer Hauptforderung von EUR 46'236'114 beruhe, welche in die "Termination Currency" zum Kurs von EUR 1.3303 in USD 61'507'902 umgerechnet worden sei. Die Konkursverwaltung beanstandete in ihrer Verfügung namentlich, dass sich die Gläubigerin

zur Berechnung ihrer Liquidationszahlung einzig auf das "indikative Angebot der D._____" stütze. Dieses Angebot sei per 6. Mai 2009 und nicht per 15. September 2008 eingeholt worden und daher schon aus diesem Grunde für die Bewertung nicht relevant. Allein die Anpassung auf das korrekte

- 11 - Bewertungsdatum vom 15. September 2008 hätte zu einer erheblichen Reduktion geführt. Ein einzelnes indikatives Angebot genüge ohnehin nicht, um den Loss zu ermitteln. Weil die Gläubigerin keine andere Berechnungsmethode herangezogen habe, sei die Forderung "bereits aus diesem Grunde abzulehnen". Die Konkursverwaltung habe überdies eine eigene Bewertung der Transaktion vorgenommen. Diese Berechnung habe ergeben, dass die Prämie für ein Ersatzgeschäft jene Prämie, welche die Gläubigerin der Kridarin hätte bezahlen müssen, nicht überstiegen hätte. Daher sei die Forderung unbegründet.

E. 2

Prozessverlauf

E. 2.1

Mit Klageschrift vom 22. April 2013 (Postaufgabe am gleichen Tag: vgl. Urk. 1 S. 1) erhob die Klägerin gegen die Konkursmasse der Kridarin Kollokationsklage. Da der Kollokationsplan ab dem 3. April 2013 öffentlich auflag (Urk. 3/2 S. 4), ist die Klagefrist gemäss Art. 250 Abs. 1 SchKG eingehalten. Im Übrigen sei für den Verlauf des erstinstanzlichen Verfahrens auf das angefochtene Urteil verwiesen (Urk. 108 S. 3-5).

E. 2.2

Das am 2. Dezember 2015 ergangene vorinstanzliche Urteil wurde den Parteien am 4. Dezember 2015 zugestellt (Urk. 104 und 105). Dieses Urteil zogen beide Parteien rechtzeitig an das Obergericht weiter, und zwar die Beklagte mit der Berufung vom 19. Januar 2016 (Urk. 107; Postaufgabe 19. Januar 2016) und die Klägerin – hinsichtlich der Bemessung der Parteientschädigung – mit der Beschwerde vom 19. Januar 2016 (Urk. 111/107; Postaufgabe 19. Januar 2016). Das Berufungsverfahren wurde unter Geschäfts-Nr. NE160001 angelegt und das Beschwerdeverfahren unter Geschäfts-Nr. PE160001.

E. 2.3

Mit Beschluss vom 29. Januar 2016 vereinigte die Rechtsmittelinstanz das Beschwerdeverfahren mit dem Berufungsverfahren und bestimmte, dass die Sache unter der Geschäfts-Nr. NE160001 weitergeführt werde. Ferner wurden für beide Rechtsmittel Kostenvorschüsse festgesetzt, und in Anwendung von Art. 124 Abs. 2 ZPO wurde die Prozessleitung dem Referenten delegiert (Urk. 113).

E. 2.4

Mit Verfügung vom 10. Februar 2016 wurde darauf hingewiesen, dass das dem Streit zugrunde liegende Vertragsverhältnis vom Recht von England und

- 12 - Wales beherrscht werde. In Anwendung von Art. 16 Abs. 1 Satz 3 IPRG wurde den Parteien die Obliegenheit überbunden, im Sinne der Erwägungen im Rahmen ihrer Vorträge des Berufungsverfahrens das massgebliche ausländische Recht nachzuweisen (Urk. 115).

E. 2.5

Mit Verfügung vom 16. März 2016 wurde in Anwendung von Art. 316 Abs. 2 ZPO für das Berufungsverfahren ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet (Urk. 125 Dispositiv-Ziff. 3). Vor der Rechtsmittelinstanz erstatteten die Parteien die folgenden Rechtsschriften:

E. 2.5.1

Berufungsverfahren: Berufungsschrift der Beklagten vom 19. Januar 2016 (Urk. 107); Berufungsantwort der Klägerin vom 14. März 2016 (Urk. 124); Berufungsreplik der Beklagten vom 3. Mai 2016 (Urk. 126); Berufungsduplik der Klägerin vom 27. Juni 2016 (Urk. 130). Die Berufungsduplikatschrift wurde der Beklagten mit Verfügung vom 29. Juni 2016 zugestellt (Urk. 133). Gleichzeitig wurde unter Hinweis auf BGer 4A_619/2015 vom 25.5.2016, E. 2.2, festgehalten, dass damit die Phase der Urteilsberatung beginne. Mit Datum vom 8. Juli 2016 reichte die Klägerin eine Noveneingabe samt Beilage ein (Urk. 134-136), von der sie der Beklagten von sich aus eine Kopie zusandte. Diese Eingabe wurde der Beklagten aus prozessualen Gründen nicht eigens zugestellt (vgl. hinten E. 3.4.). Dennoch sah sich diese veranlasst, mit Eingabe vom 12. Juli 2016 dazu Stellung zu nehmen (Urk. 137).

E. 2.5.2

Beschwerdeverfahren: Beschwerdeschrift der Klägerin vom 19. Januar 2016 (Urk. 111/107), Beschwerdeantwort der Beklagten vom 14. März 2016 (Urk. 123). Die Beschwerdeantwort wurde der Beklagten mit Verfügung vom 16. März 2016 (Urk. 125) zugestellt.

E. 3

Prozessuales

E. 3.1

Gerichtsstandsklausel. Im Konkurs über die Kridarin bestimmte die Eidg. Bankenkommision (heute FINMA) Zürich als Konkursort (Urk. 116; Urk. 3/2). Der in Art. 250 SchKG für Kollokationsklagen vorgesehene Gerichtsstand am Konkursort ist zwingend und ausschliesslich (BSK-HIERHOLZER, Art. 250 SchKG N 46 mit Hinweisen). Zu Recht stellt keine der Parteien – trotz der Gerichtsstandsklausel im Agreement – die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts in Frage (vgl. dazu Urk. 124 Rz 281).

E. 3.2

Aktenschluss. Die folgenden Parteivorträge des vorinstanzlichen Verfahrens sind bezüglich der von den Parteien aufgestellten Behauptungen und der gestellten Beweisanträge (vgl. Art. 221 Abs. 1 lit. d und lit. e und Art. 222 Abs. 2 ZPO) von Belang: - Klageschrift der Klägerin vom 22. April 2013 (Urk. 1) bzw. Fassung mit deutschen Übersetzungen (Urk. 30); - Klageantwortschrift der Beklagten vom 30. September 2013 (Urk. 23); - Replikatschrift gemäss Art. 225 ZPO der Klägerin vom 26. Mai 2014 (Urk. 45); - Duplikatschrift gemäss Art. 225 ZPO der Beklagten vom 16. Oktober 2014 (Urk. 53). Mit dem zweiten Schriftenwechsel tritt der Aktenschluss ein. Neue Tatsachen und Beweisanträge können nach diesem Zeitpunkt nur noch unter den Voraussetzungen des Art. 229 Abs. 1 ZPO in den Prozess eingebracht werden (BGE 140 III 312), wobei einerseits solche Noven "ohne Verzug" in das Verfahren einzuführen sind und andererseits diejenige Partei, die sich auf Noven beruft, darzutun hat, dass die Voraussetzungen dazu

gegeben sind. Ob zulässige Noven vorge- tragen werden, entscheidet das Gericht von Amtes wegen. Liegen zulässige No- ven vor, so hat es daher ebenso von Amtes wegen der Gegenpartei durch ent- sprechende Fristansetzung Gelegenheit zu geben, dazu Stellung zu nehmen (BGE 142 III 48 E. 4.1.1. und 4.1.2.).

E. 3.2.1

Tatsächliche Vorbringen und Beweisanträge der Parteien in ihren Stellung- nahmen zur Duplik vom 2. Februar 2015 (Klägerin in Urk. 58) bzw. mit ihrer "Stel- lungnahme zur Stellungnahme der Klägerin zur Duplik" vom 7. Mai 2015 (Beklag- te in Urk. 65) waren für die Vorinstanz daher unter dem Gesichtspunkt des Akten- schlusses nur insoweit von Belang, als im Sinne von Art. 229 ZPO zulässige No- ven vorgetragen wurden. Eine Partei, die von ihrem Novenrecht Gebrauch macht, hat das zu begründen. Mit ihrer Eingabe vom 2. Februar 2015 an die Vorinstanz verweist die Kläge- rin namentlich auf Äusserungen des Experten in einer Befragung im englischen

- 14 - Verfahren, die erst im Dezember 2014 stattgefunden hat (Urk. 58 Rz 11 und 12). Die Beklagte widerspricht diesem Vorgehen nicht (Urk. 65 Rz 4).

E. 3.2.2

In ihrer an die Vorinstanz gerichteten Stellungnahme zur Duplik vom 2. Februar 2015 wies die Klägerin darauf hin, dass im englischen Verfahren mehr als 2'500 Urkunden offengelegt worden seien. Die Klägerin habe einem Begehren der Beklagten zugestimmt, wonach die im englischen Verfahren vorgelegten Do- kumente im vorliegenden Verfahren verwendet werden dürften (Urk. 58 Rz 12). Mit ihrer "Stellungnahme zur Stellungnahme der Klägerin zur Duplik" bestätigt die Beklagte eine derartige Abrede der Parteien (Urk. 65 Rz 4). Soweit die Parteien mit dieser Abrede den Aktenschluss hinauszuschieben versuchen, ist sie unzu- lässig und auch unbeachtlich: Die Bestimmungen der Prozessordnung über den Aktenschluss sind zwingend. Neue Tatsachen sind gemäss Art. 229 Abs. 1 ZPO gegebenenfalls ohne Verzug geltend zu machen. Geschieht dies nicht binnen zehn Tagen, ist das Novenrecht verwirkt (BGE 140 III 312; ZK-LEUENBERGER, Art. 229 ZPO N 9a, PAHUD, DIKE-Kommentar ZPO, Art. 229 N 16). Werden zuläs- sige Noven vorgetragen, auf die das Gericht abstellen will, ist der Gegenpartei Frist zur Stellungnahme anzusetzen. Die Klägerin hatte ihre Replikschrift mit Urk. 45 am 26. Mai 2014 erstattet. Nur wenige Tage später, nämlich ab dem 2. Juni 2014 (vgl. Urk. 58 Rz 13), standen ihr jene Akten zur Verfügung, die sie zum Gegenstand ihrer Noveneingabe vom 2. Februar 2015 machte. Damit ist of- fensichtlich, dass die Noven nicht "ohne Verzug" im Sinne von Art. 229 Abs. 1 ZPO in den Prozess eingeführt wurden.

E. 3.2.3

Mit Eingabe vom 22. Mai 2015 reichte die Klägerin der Vorinstanz das Richards-Urteil vom 12. Mai 2015 in deutscher und englischer Sprache ein, wobei sie dieses Urteil kommentierte (Urk. 68 und 69/248-249). Ferner reichte sie am 28. Mai 2015 der Vorinstanz die dazugehörige Verfügung von Richter Richards vom 21. Mai 2015 ein, wiederum zusammen mit einer Übersetzung (Urk. 70 und Urk. 72/250-251). Urteil und Verfügung von Richter Richards sind gemäss Art. 229 Abs. 1 lit. a ZPO echte Noven, handelt es sich doch bei ihnen um Tatsa- chen, die erst nach Abschluss des Schriftenwechsels entstanden sind, die über- dies "ohne Verzug" im Sinne von Art. 229 Abs. 1 ZPO ins Verfahren eingeführt worden sind. Zulässig sind daher auch die Stellungnahme der Beklagten vom

- 15 - 21. Juli 2015 und vom 25. August 2015 dazu und ihre Hinweise auf die Appellationsbegründung der Kridarin im englischen Verfahren (Urk. 85 und 87 mit Hinweisen auf Urk. 86/107-110 und Urk. 88/111). Ein zulässiges Novum liegt auch vor, wenn die Klägerin mit ihrer Eingabe vom 23. Oktober 2015 den Entscheid des zuständigen englischen Appellationsgerichts zu den Akten gab, wonach die Appellation der Beklagten bzw. der Kridarin unzulässig sei (Urk. 100 mit Hinweis auf Urk. 101/256-257).

E. 3.3

Vorinstanzliche Hauptverhandlung, Stellungnahme zum Beweisergebnis vor Vorinstanz

E. 3.3.1

Die Vorinstanz hatte die Parteien am 30. Juni 2015 auf den 23. September 2015, 14.00 Uhr, zur Hauptverhandlung vorgeladen (Urk. 80/1-2). Diese fand in der Folge wie vorgesehen statt (Prot. I S. 14-20). Zunächst plädierte der Rechtsvertreter der Klägerin, nachdem er Fragen der Vorinstanz zum Briggs-Urteil und zum Richards-Urteil beantwortet hatte; alsdann verlas er seine 31seitigen eng bedruckten Plädoyernotizen (Prot. I S. 14 f.; Urk. 91). Schliesslich nahm der Vertreter der Beklagten zum Prozessgegenstand Stellung. Einerseits verlas auch er ebenfalls eng bedruckte und 21 Seiten umfassende Plädoyernotizen und andererseits nahm er zu den Vorbringen der Gegenpartei Stellung (Prot. I S. 15-19; Urk. 93). In der Folge erklärte der Rechtsvertreter der Klägerin, dass die Voraussetzungen für eine inzidente Anerkennung des "englischen Urteils" gegeben seien. Er offerierte, "das Urteil im Original vorzulegen und auf Wunsch noch darüber hinaus Formerfordernisse zu erfüllen". Das Original dieses Urteils habe er bei sich und könnte es vorlegen, wenn dies gewünscht werden sollte. Alsdann erklärte er: "Im Übrigen sehen wir keine Notwendigkeit zu einer Replik". Dennoch müssten die Ausführungen der Beklagten als bestritten gelten (Prot. I S. 19). Das Verhandlungsprotokoll enthält sodann die folgenden Protokollnotizen (Prot. I S. 20): "(Den Parteien wird die vorläufige Einschätzung der Sach- und Rechtslage durch das Gericht vorgetragen.) (Auf entsprechende Frage des Bezirksrichters erklärt RA X2._____ [= Rechtsvertreter der Beklagten], es sei sinnvoll mit dem Fortgang des Verfahrens einen Monat zuzuwarten, damit die Parteien allenfalls Vergleichsgespräche führen könnten.)

- 16 - (RA Y1._____ [= Rechtsvertreter der Klägerin] ist damit einverstanden, behält sich jedoch vor, sich schon früher beim Gericht zu melden, falls die Vergleichsgespräche scheiterten.) (Ende der Verhandlung: 19.20 Uhr.)"

E. 3.3.1.1

Am 2. Oktober 2015 teilte die Klägerin der Vorinstanz mit, dass zur Zeit zwischen den Parteien keine Gespräche stattfänden (Urk. 94). Hierauf wandte sich die Beklagte am 8. Oktober 2015 an die Vorinstanz und legte dar, dass "entgegen den Ausführungen der Klägerin" die Sache "keineswegs spruchreif" sei. Die Klägerin habe sich im bisherigen Prozessverlauf nicht nur auf Dokumente berufen, sondern auch auf den Zeugenbeweis, die Einholung eines oder mehrerer Gutachten sowie auf die Edition von Unterlagen. Die Voraussetzungen für eine antizipierte Beweiswürdigung seien nicht gegeben. Die Parteien hätten sich im bisherigen Verfahrensverlauf ohnehin noch nicht zum Beweisergebnis äussern können. Diese Möglichkeit müsste man ihnen selbst dann einräumen, "wenn das Gericht entgegen den vorstehenden Ausführungen in (ungerechtfertigter) antizipierter Beweiswürdigung auf die Abnahme weiterer Beweise gänzlich verzichten sollte" (Urk. 95).

E. 3.3.1.2

In der Folge setzte die Vorinstanz mit Verfügung vom 13. Oktober 2015 beiden Parteien eine Frist von zehn Tagen an, um "zum gesamten Beweisergebnis eine Stellungnahme einzureichen" (Urk. 96). In den Erwägungen wurde ausgeführt, die Hauptverhandlung vom 23. September 2015 habe von 14.00 Uhr bis 19.20 Uhr gedauert. Dabei seien die Parteien vom Einzelrichter "insofern unter Druck gesetzt" worden, "als er ihnen in Aussicht stellte, wenn sie länger als bis 18 Uhr plädierten, würde der Vortrag der vorläufigen Stellungnahme des Gerichts entfallen". Weil die Parteien indessen nicht ausdrücklich auf Schlussvorträge verzichtet hätten, sei ihnen "nochmals Gelegenheit" zu geben, "zum bisherigen Beweisergebnis im Sinne eines Schlussvortrages Stellung zu nehmen".

E. 3.3.1.3

Unterm 21. Oktober 2015 richtete die Beklagte eine Eingabe an die Vorinstanz (Urk. 99). Mit ihrem Hauptantrag verlangte sie a) die Abnahme der mit Verfügung vom 13. Oktober 2015 angesetzten Frist, b) den Erlass einer Beweisverfügung im Sinne von Art. 154 ZPO und c) die Vorladung der Parteien zur Fortsetzung der Hauptverhandlung nach durchgeführter Beweisabnahme. Mit ihrem Eventualantrag dagegen verlangte sie die Erstreckung der mit Verfügung vom

- 17 - 13. Oktober 2015 angesetzten Frist. In der Folge behandelte die Vorinstanz einzig den Eventualantrag der Beklagten und erstreckte ihr die Frist zur Stellungnahme zum Beweisergebnis letztmals bis zum 5. November 2015 (Urk. 99 S. 2).

E. 3.3.1.4

Mit Eingabe vom 23. Oktober 2015 nahm die Klägerin im Sinne der Verfügung des Gerichts vom 13. Oktober 2015 Stellung (Urk. 100). Sie wies darauf hin, dass sie in ihren Eingaben und in ihrem Plädoyer anlässlich der Hauptverhandlung bereits "ausführlich zu den relevanten Beweismitteln Stellung genommen" habe. Der Erlass einer Beweisverfügung sei entgegen der Meinung der Beklagten unnötig. Inzwischen habe das Gericht "hinreichend klar gemacht, dass es keine weiteren Beweise abzunehmen" gedenke. Eine Zeugenbefragung sei nicht nötig und auf das Einholen eines Gerichtsgutachtens könne verzichtet werden, weil das Gericht die "entscheidrelevanten Tatsachenfeststellungen ... aufgrund der substantiierten Behauptungen und der vorhandenen Beweismittel auch ohne Beizug eines Gerichtsgutachtens" treffen könne. Die Klägerin schliesse sich aber der Meinung der Beklagten an, dass die Schlussvorträge insoweit keinen Sinn machten, als seit der Hauptverhandlung keine weiteren Prozesshandlungen erfolgt seien. Sie verwies auf BGer 4A_47/2015 vom 2.6.2015, E. 3.3, wo das Bundesgericht darlegte, dass Schlussvorträge gemäss Art. 232 ZPO nur in Frage kämen, wenn zuvor ein Beweisverfahren stattgefunden habe.

E. 3.3.1.5

Die Stellungnahme der Beklagten im Sinne der vorinstanzlichen Verfügung vom 13. Oktober 2015 datiert vom 5. November 2015 (Urk. 102) und umfasst 36 eng bedruckte Seiten und 180 Randziffern. Die Beklagte setzt sich dort erneut mit dem ganzen Prozessstoff auseinander.

E. 3.3.2

Wie schon vor Vorinstanz beanstandet die Beklagte auch im Berufungsverfahren, dass ihr von der Vorinstanz nicht Gelegenheit gegeben worden sei, im Rahmen mündlicher

Schlussvorträge gemäss Art. 232 ZPO zum gesamten Beweisergebnis abschliessend Stellung zu nehmen (Urk. 107 Rz 22). Mit dem angefochtenen Urteil wies die Vorinstanz den Antrag der Beklagten auf Fortsetzung der Hauptverhandlung zurück: Weil im Stadium der Hauptverhandlung "keine weiteren Beweismittel abzunehmen" seien, müssten gesonderte Schlussvorträge entfallen (Urk. 108 S. 5 f.).

- 18 -

E. 3.3.2.1

Ein Beweisverfahren hat stattzufinden, wenn rechtserhebliche streitige Tatsachen vorliegen und die beweisbelastete Partei form- und fristgerecht taugliche Beweismittel angeboten hat (Art. 150 Abs.1 und Art. 152 Abs. 1 ZPO). Keine streitigen Tatsachen liegen vor, wenn sich die Parteien im Prozess auf Urkunden berufen, deren Inhalt unbestritten ist. Ist aber im Sinne von Art. 150 Abs. 1 und 152 Abs. 1 ZPO ein Beweisverfahren durchzuführen, so hat vor der Beweisabnahme die von Art. 154 ZPO obligatorisch vorgesehene Beweisverfügung des Gerichts zu ergehen (ISAAK MEIER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich 2010, S. 312 f., 351, 358; CHRISTOPH LEUENBERGER/BEATRICE UFFER-TOBLER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Bern 2010, Rz 9.41): Das Gericht hat dort die zugelassenen Beweismittel zu bezeichnen und darüber zu bestimmen, "welcher Partei zu welchen Tatsachen der Haupt- oder der Gegenbeweis obliegt". Da die Beweisverfügung mithin sowohl den Beweisgegenstand als auch die Beweismittel festlegt, steckt sie damit gleichzeitig auch die Thematik der Schlussvorträge der Parteien gemäss Art. 232 ZPO ab, jedenfalls soweit die Parteien dort "zum Beweisergebnis" Stellung zu nehmen haben. Die Vorinstanz hat vorliegend indessen keine Beweise abgenommen und folgerichtig auch keine Beweisverfügung erlassen. Demgemäss gab es für die Parteien auch keinen Raum, um im Rahmen von Schlussvorträgen zum Beweisergebnis Stellung zu nehmen. Aus diesem Grund gab es auch keinen Anlass für die vorinstanzliche Verfügung vom 13. Oktober 2015 (Urk. 96), mit der die Parteien aufgefordert wurden, "zum gesamten Beweisergebnis Stellung" zu nehmen. Die erwähnte Verfügung sowie die darauf beruhenden Rechtsschriften der Parteien vom 23. Oktober 2015 sowie vom 5. November 2015 (Urk. 100 und 102) waren und sind für den weiteren Verfahrensverlauf daher ohne jeden Belang.

E. 3.3.2.2

Die Vorinstanz hat mit dem angefochtenen Urteil in verschiedener Hinsicht in antizipierter Beweiswürdigung tatsächliche Schlüsse gezogen (vgl. Urk. 108 S. 37, 42, 47). Dem Sachgericht steht es frei, gestützt auf die Aktenlage und gegebenenfalls unter Einbezug bereits abgenommener Beweise, in vorweggenommener Beweiswürdigung auf die Abnahme von Beweisen zu verzichten, weil die angerufenen Beweismittel an dem, was bereits feststeht, nichts zu verändern vermöchten (BGE 138 III 374 E. 4.3.2, BGE 131 III 222 E. 4.3). Die antizi-

- 19 - pierte Beweiswürdigung bildet einen Teil der freien Beweiswürdigung gemäss Art. 157 ZPO (so die Botschaft zur ZPO, S. 7312), die von der Berufungsinstanz frei und vom Bundesgericht nur auf Willkür überprüft werden kann (BGer 4A_238/2015 vom 22.9.2015; BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 5A_708/2014 vom 23.3.2015, E. 2 mit Hinweisen). Wie jede andere Beweiswürdigung erfolgt die antizipierte Beweiswürdigung ohne Befolgung bestimmter Beweisregeln nach freier richterlicher Überzeugung; sie ist – jedenfalls beim Kollegialgericht – das Ergebnis der Urteilsberatung gemäss der Beurteilung der

Gerichtsmehrheit (Art. 236 Abs. 2 ZPO) und wird den Parteien erst nach abgeschlossenem Beweisverfahren mit dem Endentscheid offengelegt (ZK-HASENBÖHLER, Art. 157 ZPO N 4 und 7 ff.; BSK-GUYAN, Art. 157 ZPO N 1). Da die gerichtliche Beweiswürdigung erst mit dem Urteil feststeht, kann sie daher auch nicht Gegenstand der Schlussvorträge der Parteien gemäss Art. 232 ZPO sein. Daran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass die Vorinstanz den Parteien offenbar im Rahmen einer vorläufigen Beurteilung, welche ausserhalb des Protokolls im Anschluss an die Parteivorträge der Hauptverhandlung erfolgte, zu erkennen gab, dass sie die Sache möglicherweise auf Grund vorweggenommener Beweiswürdigung beurteilen werde. Derartige ausserhalb des Protokolls erfolgte Stellungnahmen des Gerichts dienen dem Versuch, eine Einigung zwischen den Parteien herbeizuführen. Das kann das Gericht gemäss Art. 124 Abs. 3 ZPO jederzeit tun. Für den weiteren Prozessverlauf sind solche Äusserungen aber ohne Bedeutung.

E. 3.3.2.3

Die Beklagte moniert sodann, dass die Schlussvorträge nicht mündlich erstattet werden konnten (Urk. 107 Rz 22). In der Tat sind schriftliche Vorträge gemäss Art. 232 Abs. 2 ZPO nur möglich, wenn beide Parteien einen übereinstimmenden derartigen Antrag stellen, was vorliegend nicht der Fall war. Allerdings setzen Schlussvorträge im Sinne von Art. 232 ZPO gemäss dem Gesagten voraus, dass es überhaupt zu einer Beweisabnahme gekommen ist. Das war hier nicht der Fall, so dass für die Vorinstanz kein Anlass dazu bestand, den Parteien nach den "Ersten Parteivorträgen" gemäss Art. 228 ZPO noch Gelegenheit zu Schlussvorträgen gemäss Art. 232 ZPO zu geben. Im Übrigen verweist die Klägerin zu Recht auf BGer 4A_47/2015 vom 2.6.2015, E. 3.3. Auch nach diesem Entscheid kommen Schlussvorträge gemäss Art. 232 ZPO nur dann in Betracht,

- 20 - wenn ein eigentliches Beweisverfahren stattgefunden hat. Das traf hier gerade nicht zu.

E. 3.4

Noveneingabe der Klägerin vom 8. Juli 2016. Mit Verfügung vom 29. Juni 2016 wurden der Beklagten die Doppel der Berufungsduplikatschrift sowie des Beilagenverzeichnisses und der Beilagen zugestellt. Gleichzeitig wurde den Parteien mitgeteilt, dass damit die Phase der Urteilsberatung beginne und die Beurteilung der Berufung frühestens am 13. Juli 2016 erfolge (Urk. 133). Damit wurde der Beklagten die Möglichkeit geboten, ihr sog. "Replikrecht" wahrzunehmen und sich vor der Entscheidung zur Berufungsduplikatschrift zu äussern, sollte sie dies für notwendig halten (vgl. BGE 139 I 189 E. 3.2, BGE 138 I 484 E. 2.1, je mit weiteren Hinweisen). Eine entsprechende Stellungnahme ist nicht eingegangen. Hingegen reichte die Klägerin unterm 8. Juli 2016 eine Noveneingabe mit Beilage ein, woraus hervorgehe, dass die Appellation gegen das Richards-Urteil in England am 5. Juli 2016 definitiv nicht zugelassen worden und dasselbe somit endgültig sei (Urk. 134-136). Zwar besteht im Berufungsverfahren ein beschränktes Novenrecht (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Ab dem den Parteien angezeigten Beginn der Urteilsberatung sind aber keine neuen tatsächlichen Behauptungen und Beweismittel mehr zulässig (BGer 4A_619/2015 vom 25.5.2016, E. 2.2). Das gilt sowohl für echte als auch für unechte Noven. Die Eingabe der Klägerin vom 8. Juli 2016, die ausschliesslich eine neue Tatsachenbehauptung und ein neues Beweismittel enthält, ist daher von vornherein unbeachtlich. Gleiches gilt mit Bezug auf die von der Beklagten auf die blosse private

Zusendung hin eingereichte Stellungnahme vom 12. Juli 2016 (Urk. 137). Als klarerweise unzulässige reine Noveneingaben lösen sie auch kein Replikrecht der Gegenpartei aus. Es besteht deshalb kein Anlass, diese Eingaben der jeweiligen Gegenpartei vor der Entscheidung zur Kenntnisnahme zuzustellen.

E. 4

Die Frage der Verbindlichkeit der beiden in Grossbritannien ergangenen Urteile

E. 4.1

Die Klägerin stellt sich auf den Standpunkt, die beiden in Grossbritannien ergangenen Urteile, d.h. das sog. Briggs-Urteil vom 15. Juli 2011 (Urk. 3/25-26) und das sog. Richards-Urteil vom 12. Mai 2015 (Urk. 69/248-249 und Urk. 72/250-251), seien vom Kollokationsrichter gemäss Art. 33 Nr. 1 LugÜ inzident ohne wei-

- 21 - teres anzuerkennen, ohne dass es eines besonderen Exequaturverfahrens bedürfe (Urk. 91 Rz 20 ff.; Urk. 124 Rz 28, 39, 100, 260-289). Fest steht in diesem Zusammenhang, dass das Verfahren betreffend das Briggs-Urteil im März 2011 und jenes betreffend das Richards-Urteil im August 2013 eingeleitet wurde (Prot. I S. 14; vgl. auch Urk. 69/249 Rz 41). Die Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, dass die Frage der Anerkennung der britischen Urteile nicht Gegenstand des Berufungsverfahrens sei, denn die Klägerin sei nur befugt, zu den Berufungsanträgen der Beklagten Stellung zu nehmen (Urk. 126 Rz 102 f.). Die Argumentation ist abwegig: Gegenstand des Berufungsverfahrens ist das Dispositiv des angefochtenen Urteils. Der Klägerin steht es selbstredend frei, mit ihrer Berufungsantwort auf andere Begründungen hinzuweisen, die gegebenenfalls das angefochtene Urteil zu stützen vermöchten (BGer 4A_258/2015 vom 21.10.2015, E. 2.4.2). Zu Recht kommt die Beklagte selber zum Schluss, dass auf eine Anschlussberufung der Klägerin mangels Beschwer nicht hätte eingetreten werden können (Urk. 126 Rz 104). Damit entzieht sie ihrer eigenen Argumentation den Boden.

E. 4.2

Gemäss Art. 1 Nr. 2 lit. b LugÜ werden "Konkurse, Vergleiche und ähnliche Verfahren" vom LugÜ nicht erfasst. Es fragt sich daher, ob den beiden englischen Urteilen gestützt auf diese Bestimmung die Anerkennungsfähigkeit gemäss LugÜ von vornherein verweigert werden muss. Ausgangspunkt für die Beurteilung dieser Rechtsfrage ist die bundesgerichtliche Rechtsprechung gemäss BGE 141 III 382 und BGE 140 III 320. Es ist daher von Folgendem auszugehen: - Vom Ausnahmereich gemäss LugÜ erfasst werden nicht nur Gesamtverfahren, sondern auch Einzelverfahren ("Annexverfahren") im Zusammenhang mit einem Gesamtverfahren (BGE 141 III 382 E. 3.4). - Die Kollokationsklage gemäss Art. 250 SchKG ist als sog. konkursrechtliche Klage mit Reflexwirkung auf das materielle Recht ein Rechtsbehelf, der eng mit der Struktur des Konkursrechts und seinen Besonderheiten verbunden ist, und bildet daher einen integrierenden Bestandteil der Konkursliquidation (BGE 141 III 382 E. 3.5.2). - Der schweizerische Kollokationsrichter entscheidet in einem schweizerischen Konkurs verbindlich über den Bestand einer Forderung; ein ausländisches Urteil kann nicht als Kollokationsurteil anerkannt werden (BGE 141 III 382 E. 4.2).

- 22 - - Der zivilrechtliche Bestand einer zu kollozierenden Forderung ist an und für sich nicht Gegenstand des Kollokationsprozesses, weil dieser ausschliesslich der Bereinigung des Kollokationsplans (Bestand, Höhe, Rang und Vorzugsrechte) dient. Vorfrageweise hat

der schweizerische Kollokationsrichter dennoch den zivilrechtlichen Bestand der Forderung zu überprüfen. Über das Schuldverhältnis zwischen Schuldner und Gläubiger wird aber im Kollokationsprozess nicht entschieden, denn Gegenstand des Kollokationsprozesses ist einzig die Feststellung, inwieweit die streitigen Gläubigeransprüche bei der Liquidationsmasse zu berücksichtigen sind (BGE 141 III 382 E. 3.5.1, 140 III 320 E. 8.2). - Ein ausländisches Verfahren kann die Kontrolle von Forderungsbestand und Gläubigereigenschaft nicht übernehmen: Ein Verfahren ist nämlich schon dann als insolvenzrechtlich im Sinne des LugÜ anzusehen, wenn für den Kläger bei Einleitung des Verfahrens absehbar oder klar sein musste, dass das zu erwirkende Urteil einzig im schweizerischen Konkursverfahren vollstreckt werden kann. Wer unter solchen Umständen vor einem ausländischen Gericht eine Klage einleitet, hat es darauf abgesehen, ein ausländisches Gericht über die Vorfrage betreffend den zivilrechtlichen Bestand der Forderung entscheiden zu lassen anstelle des dafür ausschliesslich zuständigen schweizerischen Kollokationsrichters (BGE 141 III 382 E. 5.2, 140 III 320 E. 9.4). In einem solchen Fall ist ein ausländisches Verfahren – zwar nicht formell, aber funktionell – Bestandteil des schweizerischen Insolvenzverfahrens und fällt damit unter den LugÜ-Ausschluss (BGE 141 III 382 E. 5.2, 140 III 320 E. 9.3). Wegen der vis attractiva concursus vermag ein derartiges Urteil den schweizerischen Kollokationsrichter ohnehin nicht zu binden (BGE 141 III 382 E. 5.2). - Ein im Ausland nach der Konkurseröffnung in der Schweiz eröffnetes Verfahren wird ausschliesslich im Hinblick auf die Kollokation erhoben und fällt daher gemäss Art. 1 Nr. 2 lit. b LugÜ nicht in den Anwendungsbereich des LugÜ (BGE 140 III 320 E. 9.4). In einem solchen Fall ist nämlich absehbar, dass das Urteil ausschliesslich im schweizerischen Konkursverfahren vollstreckt werden kann (BGE 140 III 320 E. 9.4). Selbst auf die frühere Rechtshängigkeit eines ausländischen Verfahrens kann es nicht ankommen (BGE 141 III 382 E. 5.3). - Die Rechtshängigkeit eines Prozesses im Ausland beeinflusst den Lauf des schweizerischen Kollokationsverfahrens nicht (BGE 141 III 382 E. 5.3, BGE 140 III 320 E. 8.3.2); der ausländische Prozess vermag nämlich nicht die hoheitliche Kompetenz der schweizerischen Konkursverwaltung zu beschneiden (BGE 141 III 382 E. 5.4). - Die Anerkennung eines ausländischen Urteils als Kollokationsurteil kann nicht in Frage kommen. Alle in einem Kollokationsstreit auftauchenden und mit ihm zusammenhängenden Rechtsfragen sind ausschliesslich von den in der Schweiz örtlich zuständigen Behörden zu beurteilen (BGE 141 III 382 E. 5.4). - Nur wenn eine angemeldete Forderung auf einem bereits vor der Konkurseröffnung in Rechtskraft erwachsenen und – nach Staatsvertrag oder IPRG – anerkennbaren und vollstreckbaren Gerichtsurteil beruht, ist die

- 23 - Konkursverwaltung an die urteilsmässigen Feststellungen eines ausländischen Gerichts über Bestand und Höhe der Forderung gebunden (BGE 141 III 382 E. 4, BGE 140 III 320 E. 8.3.1).

E. 4.3

Bezüglich der beiden englischen Urteile, welche die Klägerin inzident anerkannt haben möchte, ist die Rechtslage denkbar klar: Im vorliegenden Fall fand die Konkurseröffnung über die Kridarin am 19. Dezember 2008 statt, während die englischen Prozesse von der Klägerin gegen die Kridarin erst viel später eingeleitet wurden, nämlich im März 2011 bzw. im August 2013. Für die Klägerin war es mithin bereits bei Einleitung des Verfahrens in England klar, dass die prozessuale Auseinandersetzung über die von ihr geltend gemachten Ansprüche vor dem schweizerischen Kollokationsrichter und nicht vor einem

englischen Gericht stattzufinden hatte. Durch ihr Vorgehen vermochte sie die hoheitliche Kompetenz der schweizerischen Konkursverwaltung nicht zu beschneiden. Auch eine inzidente Anerkennung der englischen Urteile im vorliegenden Kollokationsprozess muss nach der erwähnten bundesgerichtlichen Rechtsprechung ausscheiden, denn das ausländische Gericht kann dem schweizerischen Kollokationsrichter auch nicht die vorfrageweise Prüfung von Bestand und Gläubigereigenschaft der geltend gemachten Forderungen abnehmen. Notabene entspricht es auch der Rechtsprechung des High Court of Justice in London, wonach ein schweizerisches Kollokationsverfahren nicht in den Anwendungsbereich des LugÜ fällt (URS FELLER /MARK MEILI, Schweizer Schlichtungsgesuch im euro-internationalen Verhältnis, in SJZ 111/2015 S. 196 mit Hinweis auf den Entscheid des High Court of Justice vom

E. 4.4

Die Klägerin stellt sich auf den Standpunkt, die sog. "Swissair-Rechtsprechung" sei hier nicht anwendbar; sie meint damit BGE 140 III 320. Was sie in diesem Zusammenhang vorbringt (Urk. 91 Rz 20-48; Urk. 124 Rz 279-289), vermag nicht durchzuschlagen:

E. 4.4.1

Entscheidend ist, dass im vorliegenden Zusammenhang das englische Gericht auch für eine vorfrageweise Beurteilung der zivilrechtlichen Ansprüche nicht zuständig ist. Das Argument der Klägerin, dass das "Bedürfnis nach einer widerspruchsfreien Entscheidung besonders" hoch sei (vgl. Urk. 91 Rz 38), stösst daher ins Leere. Die englischen Prozesse wurden erst eröffnet, als sich sowohl die

- 24 - Kridarin als auch ihre Muttergesellschaft längst im Konkurs bzw. in einem Insolvenzverfahren befanden. Ausgelöst wurde der Konkurs über die Kridarin durch die Insolvenz ihrer Muttergesellschaft, welche ein weltweites Aufsehen erregte. Wenn die Klägerin nun geltend macht, zu den englischen Verfahren hätte es auch ohne Konkurs kommen können, dann ist das nicht nur haltlos, sondern auch angesichts der ausschliesslichen Zuständigkeit des schweizerischen Kollokationsrichters in rechtlicher Hinsicht ohne Belang. Ein solcher Entscheid kann entgegen der These der Klägerin (Urk. 124 Rz 281) nicht einem ausländischen Gericht überlassen werden.

E. 4.4.2

Auch die seinerzeit vereinbarte Gerichtsstandsklausel vermag der Klägerin über die zwingende Zuständigkeit des schweizerischen Kollokationsrichters nicht hinwegzuhelfen. Dass die Kridarin im englischen Prozess eine Widerklage erhob, kann keine Rolle spielen, geht es doch hier um die Frage, ob der Klägerin bzw. einer Rechtsvorgängerin Ansprüche gegen die Kridarin zustehen (vgl. Urk. 91 Rz 39 und 40). Ansprüche der Kridarin gegen eine Rechtsvorgängerin der Klägerin stehen hier nicht zur Diskussion. Abwegig ist es daher, das englische Verfahren aus der Perspektive der Kridarin als "Aktivprozess" zu bezeichnen, jedenfalls soweit es die hier einzig interessierende Hauptklage betrifft. Die Klägerin verlangt denn auch, dass in diesem Kollokationsprozess durch Anerkennung des englischen Urteils ohne weiteres davon auszugehen sei, dass ihr ein Betrag von USD 61'507'902 zustehe (Urk. 91 Rz 47 und 48). Die Klägerin übersieht dabei, dass die Kollokationsklage vollstreckungsrechtlicher und nicht zivilrechtlicher Natur ist.

E. 4.4.3

Im Übrigen gibt die Klägerin zu erkennen, dass sie die bundesgerichtliche Rechtsprechung für verfehlt hält (Urk. 91 Rz 44-46, Urk. 124 Rz 286). Das vermag ihr ohnehin nicht zu helfen. Es steht ihr frei, den Versuch zu unternehmen, eine Änderung der Rechtsprechung zu bewirken. Die Berufungsinstanz sieht jedenfalls keinen Anlass zu einer solchen Änderung. In diesem Zusammenhang macht die Klägerin geltend, die Beklagte habe sich damit einverstanden erklärt, dass in England ein Verfahren durchgeführt wurde (Urk. 124 Rz 270, Urk. 91 Rz 28). Sie verweist in diesem Zusammenhang

- 25 - auf Urk. 92/252, ein englisches Urteil vom 16. Januar 2014, mithin auf eine Urkunde, die sie – ohne nähere Begründung notabene – erst anlässlich der Hauptverhandlung präsentierte und damit längst nach Aktenschluss. Und auch die Verfügung des englischen Gerichts vom 22. Mai 2015 (Urk. 72/251) vermag der Klägerin nicht zu helfen. An der von der Klägerin genannten Stelle wird ausgeführt, dass ihr am 4. März 2011 vom englischen Gericht gestattet worden sei, gegen die Kridarin zu prozessieren. Eine solche Bewilligung eines ausländischen Gerichts vermag die ausschliessliche Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte nicht auszuhebeln. Dazu kommt, dass dieser Umstand von der Klägerin ohnehin erst nach Aktenschluss in den Prozess eingeführt wurde, weshalb er auch prozessual unbeachtlich ist. In rechtlicher Hinsicht spielt dies alles ohnehin keine Rolle, weil es hier um eine Kollokationsklage geht. Eine Bindung des angerufenen schweizerischen Gerichts an die ergangenen englischen Urteile steht daher ausser Diskussion.

E. 4.5

Im Sinne einer Zwischenbilanz ist festzuhalten, dass die beiden Urteile des High Court of Justice in London vom 15. Juli 2011 und vom 12. Mai 2015 nicht im Sinne von Art. 33 Nr. 1 LugÜ anerkannt werden können. 5. Anwendbares Recht 5.1. Für die Frage, ob der Klägerin eine Liquidationszahlung – und gegebenenfalls in welchem Umfange – zusteht oder nicht, sind die Bestimmungen des Agreements bzw. des Schedules massgebend, welche zusammen mit der "Confirmation" einen einheitlichen Vertrag bilden (vgl. oben E. 1.3.4.). Auf dieses Vertragsverhältnis kommt das Recht von England und Wales zur Anwendung (vgl. oben E. 1.3.4.2.). 5.2. Der Inhalt des ausländischen Rechts ist gemäss Art. 16 Abs. 1 IPRG festzustellen, und zwar grundsätzlich von Amtes wegen. Das betrifft hier namentlich die nach englischem Recht anwendbaren Auslegungsregeln bezüglich des an und für sich feststehenden Vertragstexts. Die Vorinstanz hat in diesem Zusammenhang die beiden in Grossbritannien ergangenen Urteile zur Richtschnur erklärt (vgl. Urk. 108 S. 24 f.). In tatsächlicher Hinsicht ist das für das vorliegende Verfahren ohnehin unzulässig, weil allein die in diesem Verfahren aufgestellten tatsäch-

- 26 - lichen Behauptungen massgebend sind. Und in rechtlicher Hinsicht kann einzig auf der schmalen Basis zweier Urteile ausländisches Recht nicht im Sinne von Art. 16 Abs. 1 IPRG festgestellt werden, was von der Beklagten mit der Berufung zu Recht gerügt wird (Urk. 107 Rz 61, 83 ff.). Allerdings ist auch der Beklagten nicht zu folgen, wonach derartige Urteile, weil nicht anerkennbar, überhaupt nicht berücksichtigt werden dürften (Urk. 107 Rz 64). Sie können nämlich sehr wohl ein Element einer Gesamtbeurteilung darstellen, wie das die Vorinstanz an und für sich richtig festhält (Urk. 108 S. 23). 5.3. Mit Verfügung vom 10. Februar 2016 wurde der Klägerin Frist zur Beantwortung der Berufung angesetzt (Urk. 115, Dispositiv-Ziff. 3). Gleichzeitig wurde beiden Parteien gestützt auf Art. 16 Abs. 1 Satz 3 IPRG der Nachweis des englischen Rechts überbunden (Dispositiv-Ziff. 5); gleichzeitig wurde den Parteien für das Berufungsverfahren ein zweiter Schriftenwechsel im Sinne von Art. 316 Abs. 2 ZPO in Aussicht gestellt (Dispositiv-Ziff.

6). In der Folge haben sich die Parteien dazu in folgenden Rechtsschriften geäußert: - Klägerin: Berufungsantwortschrift vom 14. März 2016 Rz 20-40 (Urk. 124); - Beklagte: Berufungsreplikschrift vom 3. Mai 2016 Rz 112-184 (Urk. 126); - Klägerin: Berufungsduplikatschrift vom 27. Juni 2016 Rz 79-125 (Urk. 130). 5.4. Im Sachzusammenhang wird zu prüfen sein, inwieweit die Parteien verlässliche Hinweise auf das englische Recht liefern. Hinweise auf die Auslegung des ISDA-Master Agreements ergeben sich aber auch aus zwei Standardwerken: • DIETER ZOBL/THOMAS WERLEN, 1992 ISDA-Master Agreement unter besonderer Berücksichtigung der Swapgeschäfte, Schweizer Schriften zum Bankrecht, Band 33, Zürich 1995; • GÜNTER REINER, ISDA Master Agreement, München 2013.

E. 6

Das "1992 ISDA-Master Agreement" ("Agreement") samt zugehörigem Schedule

E. 6.1

Das "1992 ISDA-Master Agreement" ist ein internationaler Standardvertrag, herausgegeben von der "International Swap and Derivatives Association"

- 27 - (ISDA), einer Gesellschaft amerikanischen Rechts mit Sitz in New York. In einem von der Klägerin zitierten englischen Urteil (vgl. Urk. 124 Rz 27) ist von einem der weltweit verbreitetsten Formularverträgen die Rede ("one of the most widely used forms of agreement in the world"). Kernelemente dieses Standardvertrages sind unter anderem die Ziff. 5 und 6, welche das sog. "Close out" betreffen, d.h. eine Regelung, wie Verbindlichkeiten und Forderungen fällig zu stellen sind, sobald eines von mehreren genau festgelegten Ereignissen eintritt. In diesem Sinne wird auch festgelegt, unter welchen Umständen die vertraglichen Beziehungen beendet werden und wie "ein einheitlicher Schadensbetrag" berechnet werden kann (DIETER ZOBL/THOMAS WERLEN, a.a.O., S. 4 f., S. 9 und S. 62). Das Agreement ist ein blosser Rahmen- oder Mantelvertrag, der lediglich die Rahmenbedingungen für künftige Einzelverträge festlegt. Im vorliegenden Fall geschah dies durch das Schedule vom 29. April 2005 (Urk. 3/16). Tragende Prinzipien sind Treu und Glauben ("good faith") und kaufmännische Zweckmässigkeit ("commercial reasonableness"). Jedenfalls sollten die Folgen einer vorzeitigen Vertragsbeendigung für die vertragstreue Partei (Non-Defaulting Party) möglichst gemildert werden (GÜNTER REINER, a.a.O., Einleitung Rz 22 und Rz 6/28). Übereinstimmend gehen die Parteien – teilweise unter Hinweis auf einschlägige englische Gerichtsentscheide – davon aus, dass das "1992 ISDA-Master Agreement" als Standardvertrag "normativ" auszulegen ist (vgl. Urk. 124 Rz 26 f. und Urk. 126 Rz 132-136). Bei der Auslegung der einzelnen Bestimmungen dieses Vertragswerks treten daher die konkreten Umstände der betreffenden Parteien – anders als bei individuell redigierten Verträgen – in den Hintergrund. Der Standardvertrag ist vor allem auf Grund seines Wortlautes und nach den Prinzipien von Treu und Glauben ("good faith") und der "reasonableness" (bzw. "commercial reasonableness") – ähnlich wie ein Gesetz – für alle Anwender möglichst gleich auszulegen.

E. 6.2

Das hier massgebende Schedule legt in Part 1 lit. i (Urk. 3/16) fest, dass die Vorschriften des Agreements über die "Automatic Early Termination" nur auf eine Vertragspartei angewendet würden, nämlich auf die Kridarin (vgl. dazu Agreement Ziff. 6). Gemäss Ziff. 6 lit. a in Verbindung mit Ziff. 5 lit. a (vii) des Agreements führt daher ein Insolvenzfall

("bankruptcy") betreffend die Kridarin

- 28 - oder einen ihrer "Credit Support Provider" zur "Automatic Early Termination", d.h. zur automatischen Vertragsbeendigung. Der Begriff "bankruptcy" ist dabei weit auszulegen, denn dieser Begriff ist vom angloamerikanischen Insolvenzrecht geprägt (ZOBL/WERLEN, a.a.O., S. 76). Da die US-amerikanische Muttergesellschaft der Kridarin dieser als "Credit Support Provider" gedient hatte, trat die "Automatic Early Termination" des Vertrages mit dem Gesuch der Muttergesellschaft um Gläubigerschutz gemäss Chapter 11 am 15. September 2008 ein. Insoweit sind sich die Parteien einig (Urk. 108 S. 10 mit Hinweis auf Urk. 1 Rz 29 f. und Urk. 23 Rz 57; Urk. 107 Rz 10; Urk. 124 Rz 194). Die vom Agreement erfassten Transaktionen stehen mithin unter der auflösenden Bedingung eines Falles von "bankruptcy" (ZOBL/WERLEN, a.a.O., S. 82).

E. 6.3

Unter dem anzuwendenden britischen Recht spielen im hier interessierenden Zusammenhang bloss die Auslegungsregeln eine Rolle, die im Wesentlichen von Treu und Glauben bestimmt sind. Durch die Vorbringen der Parteien und die beigezogene Literatur konnten diese Auslegungsregeln genügend ermittelt werden. Weiterer Abklärungen bedarf es nicht.

E. 7

Die Liquidationszahlung: Die gemäss Agreement anwendbaren Kriterien

E. 7.1

Eine "Early Termination" führt gemäss dem Agreement zu Liquidationszahlungen. Solche Liquidationszahlungen sind auf das schweizerische Recht übertragen vergleichbar mit den Ersatzpflichten gemäss den Art. 97 ff. OR (ZOBL/WERLEN, a.a.O., S. 65 FN 275). Ziff. 6 lit. e Abs. 1 des Agreements lautet wie folgt: "Payments on Early Termination. If an Early Termination Date occurs, the following provisions shall apply based on the parties' election in the Schedule of a payment measure, either 'Market Quotation' or 'Loss', and a payment method, either the 'First Method' or the 'Second Method'. ..." Die Klägerin übersetzt diese Bestimmung wie folgt (Urk. 30 Rz 62): "Zahlungen bei Vorzeitiger Beendigung. Sofern ein Vorzeitiger Beendigungstermin eintritt, gelten die nachfolgenden Bestimmungen gestützt auf die von den Parteien getroffenen Wahlerklärungen, d.h. entweder 'Market Quotation' oder 'Loss' als Berechnungsmethoden und die 'Erste Methode' oder die 'Zweite Methode' als Zahlungsmethoden." In Part 1 lit. j des "Schedule" wurde von den Vertragsparteien dazu Folgendes festgelegt:

- 29 - "Payments on Early Termination. For the purpose of Section 6(e) of this Agreement, Loss and the Second Method will apply." Die Übersetzung der Klägerin lautet wie folgt (Urk. 30 Rz 61): "Zahlungen bei Vorzeitiger Beendigung. Für die Zwecke von Ziff. 6(e) dieses Vertrages sind 'Loss' und 'Zweite Methode' anwendbar."

E. 7.2

Die Parteien sind sich einig darüber, dass die Kridarin als "Defaulting Party" und die Klägerin bzw. ihre Rechtsvorgängerinnen als "Non-Defaulting Party" zu gelten haben. Ziff. 14 des Agreements enthält verschiedene Definitionen. Bezüglich der Begriffe "Defaulting Party" und "Non-Defaulting Party" wird allerdings auf Ziff. 6 lit. a des Agreements verwiesen, wo sich der folgende Satzteil findet, der in diesem Zusammenhang interessiert: "If at any time an Event of Default with respect to a party (the 'Defaulting Party') has

occurred and is then continuing, the other party (the 'Non-defaulting Party') may"

E. 7.3

In Ziff. 6 lit e sieht das Agreement zur Berechnung der Liquidationszahlung eine "First Method" sowie eine "Second Method" vor, die beide entsprechend der von den Vertragsparteien getroffenen Vereinbarung entweder mit der weiteren Berechnungsweise "Market Quotation" bzw. mit der Berechnungsweise "Loss" zu verknüpfen sind. Nach der "First Method" sind Zahlungen an die "Defaulting Party" von vornherein ausgeschlossen. Demgegenüber hat bei der "Second Method" die "Non-Defaulting Party" zwar bei einem positiven Rechnungsergebnis eine Liquidationszahlung zugute, bei einem negativen Rechnungsergebnis schuldet sie aber der "Defaulting Party" eine Liquidationszahlung. In der Lehre wird die "First Method" unter dem Gesichtspunkt des schweizerischen ordres public als problematisch angesehen, während bezüglich der im vorliegenden Fall von den Vertragsparteien vereinbarten "Second Method" keine Bedenken erhoben werden (ZOBL/WERLEN, a.a.O., S. 134, S. 176).

E. 7.4

In Ziff. 6 lit. e/i/1-4 des Agreements werden vier verschiedene Berechnungsmethoden der Liquidationszahlung beschrieben (1. "First Method and Market Quotation", 2. "First Method and Loss", 3. "Second Method and Market Quotation", 4. "Second Method and Loss"). Angesichts der Vereinbarung der Parteien im Schedule kommt die vierte Variante zum Zuge. Ziff. 6 lit. e/i/4 lautet wie folgt:

- 30 - "Second Method and Loss. If the Second Method and Loss apply, an amount will be payable equal to the Non-defaulting Party's Loss in respect of this Agreement. If that amount is a positive number, the Defaulting Party will pay it to the Non-defaulting Party; if it is a negative number, the Non-defaulting Party will pay the absolute value of that amount to the Defaulting Party." Die Klägerin übersetzt diesen Passus wie folgt (Urk. 30 Rz 62): "'Zweite Methode' und 'Loss'. Sofern 'Zweite Methode' und 'Loss' anwendbar sind, ist ein Betrag in der Höhe des 'Loss' derjenigen Partei, die den Verzugsfall nicht verursacht hat, geschuldet. Handelt es sich um eine positive Zahl, so bezahlt diejenige Partei, die den Verzugsfall verursacht hat, den betreffenden Betrag an die andere Partei; handelt es sich um eine negative Zahl, so bezahlt diejenige Partei, die den Verzugsfall nicht verursacht hat, den absoluten Wert des betreffenden Betrages an die andere Partei." Da gemäss der Vereinbarung der Parteien die Berechnungsweise "Loss" mit der "Second Method" verknüpft ist, führt das bei einem positiven Loss-Wert zu einer Liquidationszahlung der Kridarin an die E._____ bzw. an die Klägerin als deren Zessionarin und bei einem negativen Loss-Wert zu einer Liquidationszahlung der E._____ an die Kridarin.

E. 8

Die Berechnung des "Loss" der Klägerin im Allgemeinen

E. 8.1

Bestand und Umfang der zur Kollokation angemeldeten Forderung hängen nach dem Gesagten davon ab, ob und in welchem Umfange die Berechnung des "Loss" der E._____ einen positiven Wert ergibt. Von Belang ist der Passus von Ziff. 14 des Agreements, wo der Begriff des "Loss" wie folgt definiert wird: "'Loss' means, with respect to this Agreement or one or more Terminated Transactions, as the case may be, and a party, the Termination Currency Equivalent of an amount that party reasonably determines in good faith to be its

total losses and costs (or gain, in which case expressed as a negative number) in connection with this Agreement or that Terminated Transaction or group of Terminated Transactions, as the case may be, including any loss of bargain, cost of funding or, at the election of such party but without duplication, loss or cost incurred as a result of its terminating, liquidating, obtaining or reestablishing any hedge or related trading position (or any gain resulting from any of them). Loss includes losses and costs (or gains) in respect of any payment or delivery required to have been made (assuming satisfaction of each applicable condition precedent) on or before the relevant Early Termination Date and not made, except, so as to avoid duplication, if Section 6(e)(i)(1) or (3) or 6(e)(ii)(2)(A) applies. Loss does not include a party's legal fees and out-of-pocket expenses referred to under Section 11. A party will determine its Loss as of the relevant Early Termination Date, or, if that is not reasonably practicable, as of the earliest date thereafter as is reasonably practicable. A party may (but need not) determine its Loss by reference to quotations of relevant rates or prices from one or more leading dealers in the relevant markets."

- 31 - Die Klägerin übersetzt diesen Passus wenigstens teilweise, und zwar so (Urk. 30 Rz 63): "'Loss' bedeutet bezüglich dieses Rahmenvertrags bzw. bezüglich einer oder mehrerer beendeter Transaktionen und der betreffenden Partei den in die Beendigungswährung konvertierten Betrag ['Termination Currency Equivalent'], den diese Partei in vernünftiger Weise und in guten Treuen bestimmt als den Gesamtbetrag ihrer Verluste und Kosten (oder ihren Gewinn, der gegebenenfalls als negative Zahl auszudrücken ist) im Zusammenhang mit der Beendigung dieses Rahmenvertrages bzw. der betreffenden Transaktionen, einschliesslich eines allfällig entgangenen Gewinns, der im Zusammenhang mit der Beendigung stehenden Finanzierungskosten oder, nach Wahl dieser Partei, aber ohne Doppelzählung, Verluste bzw. Kosten im Zusammenhang mit der Beendigung, Liquidation, dem Abschluss oder der Wiederherstellung von Hedging-Transaktionen oder damit im Zusammenhang stehenden anderen Handelspositionen durch diese Partei (oder allfälligen Gewinnen, die daraus resultieren). [...] Die Partei wird ihren 'Loss' auf den betreffenden vorzeitigen Beendigungstermin bestimmen oder, soweit dies nicht praktikabel ist, auf das nächste Datum, auf das ihr 'Loss' vernünftigerweise berechnet werden kann. Eine Partei kann ihren 'Loss' unter Bezugnahme auf indikative Schätzungen oder Preise von einem oder mehreren im relevanten Markt führenden Händler bestimmen, ohne aber zur Verwendung solcher Daten verpflichtet zu sein."

E. 8.2

Das Agreement stellt die Berechnungsmethode "Loss" in den Gegensatz zur Berechnungsmethode "Market Quotation". Ziel beider Berechnungsmethoden ist es, die von der sofortigen Beendigung des Vertrages betroffene Partei so zu stellen, wie wenn der Vertrag vertragskonform erfüllt worden wäre: Oder mit anderen Worten: Beide Berechnungsmethoden zielen darauf ab, dass derjenigen Partei, welche durch die sofortige Vertragsbeendigung zu Schaden gekommen ist, das Erfüllungsinteresse ersetzt wird (ZOBL/WERLEN, a.a.O., S. 132, S. 175 und S. 83 FN 346; vgl. REINER, Rz 6/118).

E. 8.2.1

Die "Market Quotation" ist eine abstrakte Schadensberechnungsmethode, die auf einem hypothetisch und zu Marktpreisen abgeschlossenen Ersatzgeschäft beruht (ZOBL/WERLEN, a.a.O., S. 83 f.). In diesem Zusammenhang sind bei führenden Derivathändlern die Marktwerte von Ersatztransaktionen zu erfragen (REINER, a.a.O., Rz

6/118).

E. 8.2.2

Demgegenüber ist die von den Vertragsparteien vereinbarte Berechnungsmethode "Loss" eine konkrete Berechnungsmethode. Sie beruht auf dem von der betroffenen Partei "in guten Treuen tatsächlich erlittenen und substantiierten Schaden", sei es im Hinblick auf das *damnum emergens*, d.h. auf eine Vermö-

- 32 - gensreduktion, sei es im Hinblick auf das *lucrum cessans*, d.h. auf den entgangenen Gewinn (ZOBL/WERLEN, a.a.O., S. 84). Die Methode "Loss" entspricht mehr oder weniger der auch dem schweizerischen Recht bekannten Schadensberechnungsmethode (ZOBL/WERLEN, a.a.O., S. 175). Allerdings ist es denkbar, dass der "Loss" – entgegen seinem Wortsinn – einen negativen Wert annimmt und damit einen Vorteil ausdrückt, den die vertragstreue Partei durch die vorzeitige Vertragsbeendigung erzielt (REINER, a.a.O., Rz 6/88). Bei der von den Parteien gewählten "Second Method" wäre diese Differenz auszugleichen, wobei eine Differenz zu Gunsten der Beklagten nicht Gegenstand dieses Prozesses ist. Grundsätzlich wird der "Loss" anhand von tatsächlichen Ersatzbeschaffungskosten ermittelt. Die Loss-Methode ist darauf ausgerichtet, den Parteien bei der Schadensberechnung eine möglichst grosse Flexibilität einzuräumen. Namentlich bedarf es – im Gegensatz zur abstrakten "Market Quotation" – keiner umständlichen Erhebungen über den Marktdurchschnitt (REINER, a.a.O., Rz 6/89 f.). Auch in diesem Zusammenhang haben sich die Parteien vielmehr von der "commercial reasonableness" (vgl. REINER, a.a.O., Einleitung Rz 22 und Rz 6/28) leiten zu lassen.

E. 8.3

Das "agreement" ist darauf ausgerichtet, eine möglichst einfache und möglichst schnelle Auseinandersetzung zwischen den Parteien herbeizuführen. Diesem Zwecke soll die vom "agreement" vorgesehene Schadenspauschalierung dienen (ZOBL/WERLEN, a.a.O., S. 133 f.). Stützt sich der Ansprecher zur Berechnung des "Loss" im Sinne der "commercial reasonableness" auf Umstände, die im Sinne des "agreements" "prima facie" massgebend sind, so hat die Gegenpartei darzutun, dass die "commercial reasonableness" gerade nicht gegeben ist, und entsprechende Tatsachen nachzuweisen. Der Hinweis der Klägerin auf entsprechende Überlegungen des Briggs-Urteils (Urk. 124 Rz 39 mit Hinweis auf Urk. 3/25 Rz 112) überzeugt. Die Beklagte vermag diese stichhaltigen und von Treu und Glauben getragenen Überlegungen nicht zu entkräften, namentlich nicht mit dem Hinweis auf Art. 8 ZGB (Urk. 126 Rz 10-14 mit Hinweis auf Urk. 107 Rz 249-253). Wenn die Beklagte in allgemeiner Weise auf die Beweislast im englischen Recht hinweist (Urk. 126 Rz 17), verliert sie die Zielsetzungen des hier interessierenden Formularvertrages aus den Augen.

- 33 -

E. 8.4

Der soeben beschriebene Weg zur Ermittlung des Loss stimmt durchaus überein mit der von beiden Parteien anerkannten "normativen" Auslegungsart (vgl. oben E. 6.1. und Urk. 124 Rz 26 f. und Urk. 126 Rz 132-136), die im Sinne der von der Klägerin zitierten englischen Rechtsprechung (vgl. Urk. 124 Rz 27) dem Umstand Rechnung trägt, dass das weit verbreitete Vertragswerk ("one of the most widely used forms of agreement in the world") für alle Anwender möglichst einheitlich ausgelegt werden soll. Der

Standardvertrag ist daher vor allem auf Grund seines Wortlautes und nach den Prinzipien von Treu und Glauben ("good faith") und der "reasonableness" (bzw. "commercial reasonableness") – ähnlich wie ein Gesetz – in allen Fällen möglichst gleich auszulegen. Das ergibt sich denn auch aus den erwähnten Lehrmeinungen und im Ergebnis auch auf Grund der Vorbringen der Parteien. Damit sind die Auslegungskriterien nach englischem Recht ermittelt; weiterer Abklärungen bedarf es nicht mehr.

E. 9

Das Angebot der D.____ (D.____) als Grundlage für die Berechnung der Liquidationszahlung

E. 9.1

Der letzte Satz der Loss-Definition gemäss Ziff. 14 des Agreements lautet wie folgt: "A party may (but need not) determine its Loss by reference to quotations of relevant rates or prices from one or more leading dealers in the relevant markets." Diese Bestimmung umschreibt eine mögliche Variante, wie das Erfüllungsinteresse der Non-Defaulting Party (und bei der hier anzuwendenden Second Method gegebenenfalls auch der Defaulting Party) konkret zu ermitteln ist. Diese Variante der Ermittlung des Loss soll es derjenigen Partei, die einen Loss zu ihren Gunsten geltend macht, ermöglichen, bei der Bestimmung des Loss auf die Preisangaben eines einzelnen führenden Marktteilnehmers abzustellen. Eine solche Preisbestimmung muss jedenfalls prima facie angemessen sein. Letzteres ergibt sich aus der vertraglichen Vorgabe (vgl. Definition "Loss" in Ziff. 14), wonach der Loss von der von der Vertragsbeendigung betroffenen Partei in guten Treuen und sachgerecht zu bestimmen ist ("party reasonably determines in good faith") (REINER, a.a.O., Rz 6/89). Die Klägerin macht einzig diese Berechnungsweise geltend. Mithin ist diese und nur diese Berechnungsweise zu prüfen. Im Sinne des Agreements steht dabei im Vordergrund, dass eine verhältnismässig

- 34 - rasche Prüfung erfolgen soll. Das geltend gemachte Ersatzgeschäft ist daher unter dem Gesichtspunkt zu prüfen, ob es verlässliche Schlüsse erlaubt oder nicht.

E. 9.2

Mit der Klageschrift rief die Klägerin die erwähnte Vertragsbestimmung an, indem sie sich auf eine "verbindliche Offerte" berief, welche die D.____ (D.____) am 6. Mai 2009 der E.____ habe zukommen lassen (Urk. 1 Rz 73, 77, 119, 121). Zur Berechnung des "Loss" verweist die Klägerin auf das "Calculation Statement" (Urk. 3/18). In rechtlicher Hinsicht macht sie geltend, dass das Abstellen auf eine einzige Offerte eines führenden Händlers vertragskonform und nicht unvernünftig sei (Urk. 1 Rz 116-120). Der von E.____ per 6. Mai 2009 berechnete Loss sei am frühesten Datum erfolgt, "an dem eine Berechnung vernünftigerweise möglich war" (Urk. 1 Rz 124). Erst mit der Replik legte die Klägerin dann offen, dass sie sich in Tat und Wahrheit nicht auf eine Offerte der D.____ gegenüber E.____ stützt, sondern auf einen Put-Option-Vertrag, den sie selber am 6. Mai 2009 mit der D.____ abgeschlossen hatte (Urk. 45 Rz 170 mit Hinweis auf Urk. 46/216).

E. 9.2.1

Die Frage, ob eine Offerte oder Ersatztransaktion die Grundlage für die Berechnung des Loss bilden kann, hängt nicht nur von Rechtsfragen, sondern ebenso von Tatfragen ab, welche im vorliegenden Fall in finanztechnischer Hinsicht grösstenteils höchst komplex sind. Das gilt nicht nur für die Frage der Vergleichbarkeit und damit der Massgeblichkeit

der zum Vergleich herangezogenen Transaktion, sondern auch für die Frage, zu welcher konkreten Berechnung eine solche Transaktion führt. Die Vorinstanz setzte sich einlässlich mit der Frage auseinander, ob die D.____-Transaktion die Grundlage für die Loss-Berechnung darstellen könne (Urk. 108 S. 25-32), ob die konkrete D.____-Transaktion als Ersatztransaktion angemessen sei (Urk. 108 S. 32-49) und ob schliesslich das Calculation Statement von der Klägerin rechtzeitig und genügend detailliert erstellt worden ist (Urk. 108 S. 49 f.). Bei ihrer Beurteilung ging die Vorinstanz insbesondere davon aus, dass die Tatsachenfeststellungen der englischen Gerichte im vorliegenden Verfahren verbindlich seien (Urk. 108 S. 33). Sie gelangte so zum Schluss, dass eine Forderung der Klägerin im Betrage von Fr. 67'434'680.00 bestehe und – entsprechend dem von der Klägerin gestellten Rechtsbegehren – eine Forderung von Fr. 67'377'108.00 zu kollozieren sei (Urk. 108 S. 50 f.).

- 35 -

E. 9.2.2

Nach dem oben Ausgeführten (oben E. 4) sind die in Grossbritannien ergangenen Urteile für das für die Beurteilung der Kollokationsklage zuständige Gericht nicht verbindlich. Während diese Urteile unter Umständen in rechtlicher Hinsicht – soweit britisches Recht zu ermitteln ist – durchaus gewisse wertvolle Hinweise zu geben vermögen, kann in tatsächlicher Hinsicht von vornherein nicht auf sie abgestellt werden, denn die Tatsachenfeststellungen hängen vom jeweiligen Prozessrecht ab. Im Richards-Urteil wird die Ersatztransaktion vom 6. Mai 2009 erwähnt (Urk. 69/249 Rz 11) und gestützt auf den oben erwähnten Passus von Ziff. 14 des Agreements der Loss der Klägerin festgesetzt (vgl. Urk. 69/249 Rz 25, 48). Sodann wird in diesem Urteil festgehalten, dass im Prozess vor dem englischen Gericht zwei Gutachten von Belang gewesen seien, nämlich jenes von Dr. H.____ sowie jenes von I.____. Ersteres war namens und im Auftrage der Klägerin erstattet worden und letzteres namens und im Auftrage der Kridarin (Urk. 69/249 Rz 46). Im englischen Prozess wurde Dr. H.____ einem Kreuzverhör unterzogen (Urk. 69/249 Rz 127). Das dem englischen Gericht eingereichte Gutachten von I.____ liegt als Urk. 55/23 bei den Akten. Es umfasst 191 Seiten sowie vier teils äusserst umfangreiche Beilagen.

E. 9.2.3

Die Klägerin stützt ihre Ausführungen zur Loss-Ermittlung auf ein hochtechnisches, 146 Seiten umfassendes Privatgutachten, das ihr am 23. Mai 2014 von der J.____ Consulting, London, durch K.____ erstattet wurde (Urk. 46/36). Demgegenüber stützt sich die Beklagte für die Loss-Ermittlung ihrerseits auf ein 65seitiges Privatgutachten, das unterm 27. September 2013 von L.____ Partners erstattet wurde (Urk. 23 Rz 242 ff., Urk. 25/12).

E. 9.2.4

Zur Frage der Berechnung des Loss bzw. der Tauglichkeit der Ersatztransaktion als Grundlage für die Berechnung des Loss stellten die Parteien vor Aktenschluss die folgenden Gutachtensanträge: • Klägerin (Urk. 45 Rz 438): Gutachten zur Bestimmung des Loss. • Klägerin (Beweismittelverzeichnis zur Replik, Urk. 45, Anhang): Gerichtliche Expertise zur Frage der Diskontierung bzw. Barwertberechnung und zur Bestätigung von E.____s Loss. • Beklagte (Beweismittelverzeichnis zur Klageantwort, Urk. 23, Anhang): Expertise zur Frage, ob die von der D'.____ gestellte Garantie demselben Zweck wie die Put Option der Beklagten diene;

- 36 - • Beklagte (Urk. 23 Rz 244 und Beweismittelverzeichnis zur Klageantwort, Urk. 23, Anhang): Expertise zur Optionsprämie einer hypothetischen Ersatztransaktion per 15. September 2008; • Beklagte (Beweismittelverzeichnis zur Klageantwort, Urk. 23, Anhang): Expertise zur Relevanz des Datums für die Loss-Ermittlung. • Beklagte (Beweismittelverzeichnis zur Duplik, Urk. 53, Anhang): Expertise zur Frage, ob die von der D'._____ gestellte Garantie demselben Zweck wie die Put Option der Beklagten diene. • Beklagte (Urk. 53 Rz 304 und Beweismittelverzeichnis zur Duplik, Urk. 53, Anhang): Expertise zur Optionsprämie einer hypothetischen Ersatztransaktion per 15. September 2008. • Beklagte (Beweismittelverzeichnis zur Duplik, Urk. 53, Anhang): Expertise zur Relevanz des Datums für die Loss-Ermittlung. Die Vorinstanz erwähnt eine erst nach Aktenschluss erstattete Eingabe der Beklagten und wirft ihr vor, sie ersetze substantiierte Behauptungen durch "inflationäre Gutachtensanträge" (Urk. 108 S. 33 mit Hinweis auf Urk. 102). Die Beklagte rügt das mit der Berufung zu Recht (Urk. 107 Rz 169). Zwar verlangt das Agreement eine möglichst einfache, auf eine Offerte oder eine Ersatztransaktion gestützte Schadensberechnung. Die finanztechnischen Hintergründe dieser Berechnungen sind dennoch äusserst komplex. Um ein Gerichtsgutachten kommt man in dieser Situation nicht herum. Nicht undenkbar wäre es bei der gegebenen komplexen Thematik, in Anwendung von Art. 183 Abs. 1 ZPO ein Gutachten von Amtes wegen anzuordnen. Für die Einzelheiten sei auf nachstehende Erwägungen verwiesen. Bei hochtechnischen Fragen, wie sie hier vorliegen, dürfen die Anforderungen an die Substantiierung der Parteibehauptungen jedenfalls nicht überspannt werden. Wenn in diesem Zusammenhang die Einholung eines Gerichtsgutachtens verlangt wird, muss das genügen. Auch unter der Herrschaft der Verhandlungsmaxime ist es bei hochtechnischen Fragen Sache des Gutachters, Fakten in den Prozess einfliessen zu lassen. Nicht umsonst sieht das Gesetz in Art. 186 ZPO vor, dass die vom Gericht beauftragte sachverständige Person eigene Abklärungen machen kann.

E. 9.2.5

Im Sinne der nachfolgenden Ausführungen wird eine entsprechende Beweisverfügung gemäss Art. 154 ZPO zu erlassen und damit insbesondere der Gutachtensbeweis anzuordnen sein. Mit dieser Beweisverfügung sind auch weitere von den Parteien vor Aktenschluss bezeichnete und im Sinne von Art. 221

- 37 - Abs. 1 lit. e ZPO mit einschlägigen Tatsachenbehauptungen verknüpfte Beweismittel zu erfassen. Keine Beweismittel im Sinne des Gesetzes sind allerdings die von den Parteien eingeholten Gutachten. Es handelt sich dabei um Privatgutachten, die auch dann im schweizerischen Recht als Beweismittel nicht zugelassen sind (vgl. BGE 141 III 433), wenn sie vom britischen Gericht, das sich mit der gleichen Thematik zu befassen hatte, entsprechend dem dortigen Prozessrecht als vollwertige Beweismittel akzeptiert wurden (vgl. dazu Urk. 69/249 passim). Denkbar ist freilich, dass der gerichtliche Gutachter im Laufe des Verfahrens mit den Thesen der Privatgutachter konfrontiert werden muss. Von vornherein untauglich sind sodann jene Anträge der Parteien, mit denen sie die Vernehmung ihrer Privatgutachter I._____ und K._____ als Zeugen verlangen (vgl. Urk. 23, 45 und 53, je passim). I._____ und K._____ sollen über ihre Beurteilung der damaligen Marktsituation Auskunft geben und die Ersatztransaktion bewerten. Das betrifft allerdings keine Tatsachen, welche die Betroffenen im Sinne von Art. 169 ZPO unmittelbar wahrgenommen haben, sondern vielmehr klassische Gutachtensfragen. Verlangt werden sollen von ihnen Feststellungen und Bewertungen, wie sie nur sachverständige Personen im

Sinne von Art. 183 ZPO machen können. Entgegen der Meinung der Beklagten sind "Wahrnehmungen der Marktpraxis" allgemeiner Art dem Zeugenbeweis nicht zugänglich (vgl. Urk. 23 Rz 144), denn derartige Beurteilungen sind einzig Sache von sachverständigen Personen: Der Zeuge macht Aussagen über eigene in der Vergangenheit liegende Sinneswahrnehmungen; demgegenüber gibt der Sachverständige gestützt auf seine Fachkenntnisse über allgemeine und jederzeit zugängliche Erfahrungstatsachen Auskunft. Im Gegensatz zum Zeugen ist der Sachverständige ersetzbar und auswechselbar. Er wird daher vom Gericht ernannt; demgegenüber wird der Zeuge von den Parteien bezeichnet und kann daher auch nicht ersetzt werden (DIKE-Kommentar-MÜLLER, Art. 183 ZPO N 12 und Art. 175 ZPO N 4).

E. 9.3

Abstellen auf eine einzige Transaktion (Urk. 108 S. 25 ff.; Urk. 107 Rz 101-106, Urk. 124 Rz 28 ff.). Die Vorinstanz ist mit zutreffender Begründung, auf die zu verweisen ist (Urk. 108 S. 25-27), davon ausgegangen, dass eine einzige Transaktion als Vergleichsgrösse im Sinne des Agreements genügt. Die Auslegung der einschlägigen Bestimmung des Agreements ist klar: Auf "rates or prices"

- 38 - von "one or more leading dealers" darf abgestellt werden. Eine Ersatztransaktion kann von der hier interessierenden Bestimmung des Agreements sehr wohl erfasst sein, denn sie ist ein sog. *maius*, nämlich im Gegensatz zu einer blossen Offerte für beide Teile verbindlich. Die Non-Defaulting Party, die auf eine solche Ersatztransaktion eingeht, riskiert freilich, dass sie von der Gegenpartei nicht akzeptiert wird. Im Streitfall wird die Frage daher vom Gericht zu entscheiden sein. In der Klageschrift legte die Klägerin dar, dass die Basis für ihre Berechnung des Loss eine Offerte sei, was sie in ihrem nächsten Vortrag in dem Sinne korrigierte, dass sie eine von ihr selber abgeschlossene Ersatztransaktion heranziehe. Dazu meint die Beklagte, dass "gemäss Dispositionsmaxime" die Klägerin an ihre Sachdarstellung gebunden sei, wonach sie auf Grund einer Offerte den Loss ermittelt habe (Urk. 107 Rz 106). Entgegen der Beklagten spielt die Dispositionsmaxime in diesem Zusammenhang allerdings keine Rolle. Entscheidend ist dagegen, dass die Klägerin vor Aktenschluss ihre erste Behauptung korrigiert und offengelegt hat, dass ihre Loss-Berechnung auf einer Ersatztransaktion beruht. Die Beklagte stellt sodann vor Obergericht zu Recht nicht in Frage, dass die D._____ ein "leading dealer" im Sinne der hier interessierenden Bestimmung ist.

E. 9.4

Abschluss der Ersatztransaktion durch Klägerin und nicht durch E._____ (Urk. 108 S. 27 f.; Urk. 107 Rz 107 f., Urk. 124 Rz 31). Beim Vertrag vom 6. Mai 2009 betreffend die Ersatztransaktion trat nicht wie beim ursprünglichen Vertrag die E._____ als Käuferin auf, sondern ihre nachmalige Zessionarin, die Klägerin (vgl. Urk. 46/216 gegenüber Urk. 3/15). Die Beklagte bestreitet aus diesem Grunde die Massgeblichkeit der Ersatztransaktion. Auch in dieser Hinsicht ist auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz zu verweisen (Urk. 108 S. 27 f.). Dazu kommt Folgendes: Das Agreement ist darauf ausgerichtet, die Liquidationszahlen möglichst einfach ermitteln zu können. Dass bei Geschäften der vorliegenden Art Ansprüche hin- und herzediert werden, ist durchaus nichts Aussergewöhnliches. An den wirtschaftlichen Interessen der Beteiligten ändert sich dadurch nichts. Entgegen der Meinung der Beklagten führt der Umstand, dass die Zession erst drei Tage nach der Automatic Early Termination vom 15. September 2008 vorgenommen wurde,

keineswegs dazu, dass nicht die Klägerin, sondern die Zedentin die Wahl der Berechnungsart des Loss hätte vornehmen müssen

- 39 - (vgl. aber Urk. 107 Rz 177). Eine solche Haltung widerspricht den dem Agreement zugrunde liegenden tragenden Prinzipien von Treu und Glauben ("good faith") sowie kaufmännischer Zweckmässigkeit ("commercial reasonableness") (vgl. REINER, a.a.O., Einleitung Rz 22 und Rz 6/28). Entscheidend ist daher allein, ob im Prozess vom betreffenden Ansprecher eine taugliche Rechnung präsentiert wird.

E. 9.5

Die Frage der Vergleichbarkeit der konkreten Ersatztransaktion (Urk. 108 S. 28 ff.; Urk. 107 Rz 109-113).

E. 9.5.1

Laufzeit der Put Option bzw. Fälligkeitsdatum (Urk. 108 S. 29; Urk. 107 Rz 114-118, Urk. 124 Rz 125 ff.). Während die ursprüngliche Transaktion gemäss "Confirmation" eine Laufzeit bis zum 14. Juni 2023 aufgewiesen hatte (Urk. 3/17 S. 3), weist die von der Klägerin zum Vergleich herangezogene Ersatztransaktion eine Laufzeit bis zum 30. Juni 2039 auf (Urk. 46/216, "Scheduled Termination Date: 30 Juni 2039"). In diesem Zusammenhang stellt die Klägerin sich aus verschiedenen finanztechnischen Gründen auf den Standpunkt, dass die D._____ eine Transaktion bis zum 14. Juni 2023 als risikoreicher hätte betrachten müssen als eine solche, die bis zum 30. Juni 2039 dauert (Urk. 45 Rz 171). Die Beklagte bestritt vor Vorinstanz die Sichtweise der Klägerin (Urk. 53 Rz 454-456). Die Vorinstanz verweist kurz auf das von der Beklagten dem englischen Gericht vorgelegte Privatgutachten von I._____ sowie auf die Argumentation der englischen Justiz im Richards-Urteil (Urk. 108 S. 29 mit Hinweisen auf Urk. 55/23 und Urk. 69/249). Die Beklagte bestreitet im Berufungsverfahren die vorinstanzliche Sichtweise wiederum mit finanztechnischen Argumenten (Urk. 107 Rz 114-118). Zu Recht trägt die Klägerin vor Obergericht vor, dass die von den englischen Gerichten als Beweismittel akzeptierten Privatgutachten im vorliegenden nach der ZPO zu führenden Prozess keine Beweiskraft haben (Urk. 124 Rz 127; vgl. dazu BGE 141 III 433). Ohne Fachkunde lässt sich die Bedeutung der Laufzeit nicht beantworten. Bereits oben wurde ausgeführt, dass in diesem Zusammenhang von den Parteien form- und fristgerecht der Antrag auf die Einholung eines gerichtlichen Gutachtens gestellt wurde. Das wird auch in dieser Hinsicht nachzuholen sein.

- 40 -

E. 9.5.2

Basisportfolio (Urk. 108 S. 29 f.; Urk. 107 Rz 119-123, Urk. 124 Rz 128-133). Die Vorinstanz hält fest, es sei unbestritten, dass sich das Basisportfolio zwischen September 2008 und Mai 2009 verschlechtert habe. Gemeint ist damit offensichtlich der Zeitraum zwischen dem Early Termination Date (ETD) vom 15. September 2008 und dem Abschluss der hier zu prüfenden Ersatztransaktion vom 6. Mai 2009. Die Verschlechterung der Basiswerte sei eine Folge der Finanzkrise gewesen. Die Loss-Berechnung verlange "nicht zwingend eine hypothetische Berechnung per ETD". Damit wird von der Vorinstanz offenbar namentlich Bezug genommen auf die Vorbringen der Klägerin in Urk. 45 Rz 77-81, welche sie auf ihr Privatgutachten "J._____ Report" stützt, sowie auf die Vorbringen der Beklagten in Urk. 53 Rz 371-374.

E. 9.5.2.1

Mit der Berufung rügt die Beklagte die summarische vorinstanzliche Argumentation. Der Preis einer Put-Option hänge nämlich von einer bestimmten Zusammensetzung des Portfolios ab. Wenn die Vorinstanz sage, dass die negative Wertentwicklung nicht der Klägerin anzulasten sei, sei das sachfremd. Die Verschuldensfrage sei hier nicht relevant. Die Klägerin sei aber dafür verantwortlich, dass das Portfolio umgeschichtet worden sei und mit der Loss-Ermittlung solange zugewartet wurde (Urk. 107 Rz 119-123). Mit der Berufungsantwort (Urk. 124 Rz 128-133) weist die Klägerin namentlich auf ihre erstinstanzlichen Replikvorbringen hin; sie erklärt die Differenzen mit entsprechenden Marktentwicklungen.

E. 9.5.2.2

Die konkrete Zusammensetzung des Basisfonds in den verschiedenen Phasen ist zwischen den Parteien umstritten. Für die Berechnung des Loss ist diese Zusammensetzung durchaus von Belang. Da die Parteien die Berechnung des Loss anhand der von der Klägerin präsentierten Ersatztransaktion durch einen Gerichtsgutachter verlangen, ist auch dieser Umstand durch ihre Beweisträger gedeckt. Das wird in der Beweisverfügung zu berücksichtigen sein. Zu Recht stellt die Beklagte vor Obergericht die Haltung der Vorinstanz (Urk. 108 S. 30) nicht in Frage, wonach die Loss-Berechnung "nicht zwingend eine hypothetische Berechnung per ETD" verlange. Die Early Termination wurde durch den überraschenden Untergang des Mutterhauses der Kridarin ausgelöst. Dass die Berechnung des Loss auf Grund einer Ersatztransaktion per ETD, d.h. per 15. September 2008, hätte vorgenommen werden können, wäre schlicht ein Ding

- 41 - der Unmöglichkeit gewesen. Ob die Klägerin die massgebliche Ersatztransaktion erst am 6. Mai 2009 hat abschliessen dürfen, beurteilt sich nach dem Agreement nach den Grundsätzen von Treu und Glauben ("good faith") und kaufmännischer Zweckmässigkeit ("commercial reasonableness"). Die Early Termination hat die Kridarin zwar nicht schuldhaft herbeigeführt; indessen sind die Gründe dafür auf ihrer Seite zu suchen und nicht auf jener der Klägerin bzw. ihrer Rechtsvorgängerin. Nach dem Agreement sollen jedenfalls die Folgen einer vorzeitigen Vertragsbeendigung für die vertragstreue Partei bzw. Non-Defaulting Party möglichst gemildert werden (REINER, a.a.O., Einleitung Rz 22 und Rz 6/28). Auf dieser Linie liegt denn auch die Argumentation des Richards-Urteils, auf die die Klägerin mit ihrer Berufungsantwort zu Recht hinweist (Urk. 124 Rz 133 mit Hinweis Urk. 69/248 Rz 134).

E. 9.5.3

Anlagemechanismus und Trigger-Event (Urk. 108 S. 30 f.; Urk. 107 Rz 124-130, Urk. 124 Rz 134 ff.) und Pflicht zur Liquidierung des F._____ Portfolios (Urk. 108 S. 31 f., Urk. 107 Rz 135-142, Urk. 124 Rz 142 ff.). Die Vorinstanz be ruft sich in diesem Zusammenhang zwar auf Tatsachenvorbringen der Beklagten, die mit deren Rechtsschrift Urk. 65 erstattet wurden, mithin erst nach Aktenschluss in den Prozess eingeführt wurden. Die fehlende Beachtung des Trigger Event bemängelte die Beklagte aber schon mit der Klageantwort (Urk. 23 Rz 44 ff.). Unter der Anleihsenserie 26 sei vorgesehen gewesen, dass das gesamte Investitionsportfolio von F._____ hätte liquidiert werden müssen, wenn die Differenz zwischen dem Nettoanlagewert der getätigten Investitionen ("Net Asset Value" oder "NAV") und einer in den Anleihsensbedingungen definierten Referenzschwelle ("FIC-Referenzschwelle") den Wert von 10% erreicht hätte (Urk. 23 Rz 45-47). Nach

Auffassung der Klägerin sind diese Fragen allerdings irrelevant (Urk. 45 Rz 343-346). An die Substantiierung der Tatsachenbehauptungen dürfen bei diesen äusserst technischen Fragen keine allzu hohen Ansprüche gestellt werden. Ob diese Fragen bei der Berechnung des Loss von Belang sind, wird letztlich vom Sachverständigen zu beurteilen sein.

E. 9.5.4

Höhere Bonität der D._____ (Urk. 108 S. 31; Urk. 107 Rz 131-134, Urk. 124 Rz 139 ff.). Hinsichtlich dieser Themen handelt die Vorinstanz mit dem angefochtenen Urteil Tatsachenvorbringen der Beklagten ab, welche diese erst mit ihrer als

- 42 - "Stellungnahme zur Stellungnahme der Klägerin zur Duplik vom 2. Februar 2015" bezeichneten Rechtsschrift vom 7. Mai 2015 geltend gemacht hat. Entscheidend sind demgegenüber Tatsachenbehauptungen, die vor Aktenschluss vorgetragen wurden. Die Beklagte stützte sich indessen schon mit ihrer Klageantwort- und auch mit ihrer Duplikschrift auf die Darstellung ihres Privatgutachters, wonach der Anbieter einer Ersatztransaktion hinsichtlich des Risikoprofils, der Bilanzstruktur und der Bonität ähnliche Eigenschaften aufzuweisen gehabt hätte wie die Kridarin bei Abschluss der ursprünglichen Transaktion (Urk. 23 Rz 249; Urk. 53 Rz 158). Derartige Anforderungen an eine Ersatztransaktion dürfen indessen der vom Agreement bezweckten einfachen Ermittlung der Liquidationszahlung nicht entgegenstehen. Wenn der beizuziehende Gutachter zum Schlusse kommen sollte, dass die Bonität der beiden Anbieter für die Frage der Vergleichbarkeit zwischen ursprünglicher Transaktion und Ersatztransaktion von Belang sei, dann hätte er sich im Gutachten betreffend die Berechnung des Loss dazu zu äussern.

E. 9.6

Die Frage der Angemessenheit der D._____-Transaktion (Urk. 108 S. 32 ff.). Die Vorinstanz setzt sich einlässlich mit dieser Frage auseinander. Zu erinnern ist auch in diesem Zusammenhang daran, dass solche Fragen im Lichte so- wie im Sinn und Geist des Agreements zu beurteilen sind. Man hat sich daher auch in diesem Zusammenhang stets von den tragenden Prinzipien des Agreements, nämlich von Treu und Glauben ("good faith") und kaufmännischer Zweckmässigkeit ("commercial reasonableness"), leiten zu lassen (REINER, a.a.O., Einleitung Rz 22 und Rz 6/28). Von Belang ist in diesem Zusammenhang namentlich der folgende Passus von Ziff. 14 des Agreements: "A party will determine its Loss as of the relevant Early Termination Date, or, if that is not reasonably practicable, as of the earliest date thereafter as is reasonably practicable." Die Frage stellt sich, wie lange die Klägerin mit der Veranlassung der Ersatztransaktion und der darauf gestützten Berechnung des Loss zuwarten durfte und welches die Konsequenzen wären, wenn sie nicht im Sinne dieser Bestimmung sofort gehandelt haben sollte.

E. 9.6.1

Frühestes praktikables Datum; Bemühungen der Klägerin, eine Ersatzofferte einzuholen (Urk. 108 S. 34 ff.; Urk. 107 Rz 145-157 und Rz 171-197,

- 43 - Urk. 124 Rz 149 ff. und Rz 165 ff.; Urk. 108 S. 37-42, Urk. 107 Rz 198-226, Urk. 124 Rz 181 ff.). Die erwähnte Bestimmung des Agreements regelt den Stichtag für die Berechnung des Loss. Der Loss ist grundsätzlich per "Early Termination Date" zu ermitteln, hier per 15. September 2008. Das war hier indessen klarerweise "not reasonably practicable", weil es hier um eine "Automatic Early Termination" ging, die unvorbereitet und gleichsam von der einen Stunde auf die andere wirksam wurde. Offenkundig im Sinne

von Art. 151 ZPO ist sodann, dass der Zusammenbruch des Mutterhauses der Kridarin den Höhepunkt der seinerzeitigen Finanzkrise bildete und damit auf den Finanzmärkten einen Schock auslöste. Allgemein bekannt ist daher auch, dass mit dem Zusammenbruch des Mutterhauses der Kridarin das Geschäft mit strukturierten Produkten einbrach (THOMAS JUTZI/SIMON SCHÄREN, Grundriss des schweizerischen Kollektivanlagerechts, Bern 2014, S. 303), war doch das Mutterhaus der Kridarin weltweit einer der grössten Derivatehändler (HANS KUHN, Die Regulierung des Derivatehandels im künftigen Finanzmarktinfrastrukturgesetz, in GesKR 2014 S. 164). Unter diesen Umständen musste die Klägerin nach den Regeln der "commercial reasonableness" vernünftigerweise nicht an eine sofortige Ersatztransaktion, mit der eine Investition von immerhin über $\frac{3}{4}$ Milliarden Euro hätte abgesichert werden sollen, denken. Grundsätzlich ist angesichts der notorischen Verwerfungen auf den Finanzmärkten in jener Zeit das Datum vom 6. Mai 2009 der hier zu beurteilenden Ersatztransaktion nicht als gegen die Regeln des "good faith" verstossend anzusehen. Die konkrete Beantwortung der Rechtsfrage, ob das Datum der Ersatztransaktion des 6. Mai 2009 unter den Gesichtspunkten der "commercial reasonableness" und des "good faith" zu akzeptieren ist oder nicht, hängt jedoch von verschiedenen finanzmarktbezogenen Tatsachen ab, die eine fachkundige Beurteilung des seinerzeitigen Finanzmarktes voraussetzen. Diese Sachverhaltsfragen sind als Fragen des Beweises und der Beweislast anzusehen und das Gericht wird sie ohne Unterstützung eines Experten nicht beantworten können. Ohne gegenteilige und überzeugende Äusserung eines gerichtlichen Sachverständigen wird die Beklagte allerdings angesichts der durch den Zusammenbruch des Mutterhauses der Kridarin bewirkten gravierenden weltweiten Erschütterung der Finanzmärkte die verhältnismässig späte Ersatztransaktion hinzunehmen haben. Diese rechtliche Betrachtungsweise wird durch die Vorbringen der Beklagten in der Berufung

- 44 - nicht tangiert. Die Beklagte macht namentlich nicht geltend, die Klägerin habe wider Treu und Glauben den Abschluss der Ersatztransaktion hinausgezögert.

E. 9.6.2

Gegengutachten zur Angemessenheit der D.____-Transaktion (Urk. 108 S. 44-47; Urk. 107 Rz 227-233, Urk. 124 Rz 214 ff.). Die Vorinstanz weist darauf hin, "dass die Prämie der Ersatztransaktion den Loss und entsprechend die Höhe der klägerischen Forderung bestimmt" und dass "diese Loss-Bestimmung grundsätzlich vernünftig ist und in guten Treuen erfolgt" (Urk. 108 S. 44). Alsdann setzt sie sich im Einzelnen mit den Parteigutachten der Parteien auseinander, nämlich mit dem "J.____ Report" der Klägerin (Urk. 46/36), welcher das sog. "Monte-Carlo-Modell" favorisiert, sowie mit dem Parteigutachten der Beklagten, erstattet zuhanden des britischen Gerichtes von I.____, welches das sog. "Convolution-Modell" propagiert (Urk. 55/23). Beide Parteien halten die von ihrem jeweiligen Parteigutachter gewählte und sie begünstigende Lösung für richtig (vgl. dazu insbesondere Klägerin in der Replik, insbesondere Urk. 45 Rz 306-438, 616; Beklagte in der Duplik: Urk. 53 Rz 82-304), und beide Parteien berufen sich für den Fall, dass das Gericht den Thesen ihres Privatgutachters nicht folgen sollte, auf ein gerichtliches Gutachten (Urk. 45 Rz 438 und Urk. 53 Rz 304). Angesichts der hochtechnischen Fragen darf entgegen der Klägerin (Urk. 124 Rz 62) eine weitergehende Substantiierung nicht verlangt werden. Die von den Parteien ins Feld geführten Parteigutachten sind nicht beweistauglich (BGE 141 III 433). Unter diesen Umständen ist es müssig, ohne gerichtliches Gutachten auf die verschiedenen hochkomplexen

Berechnungsweisen die- ser Parteigutachten einzugehen. Wenn die Vorinstanz bei der gegebenen Akten- lage das von der Beklagten favorisierte Convolution-Modell als nicht massgeblich beurteilt (Urk. 108 S. 44-47), ist das jedenfalls nicht zielführend. Ohne gerichtli- ches Gutachten kann die Frage nicht beurteilt werden.

E. 9.6.3

Prämienhöhe (Urk. 108 S. 48 f.; Urk. 107 Rz 234-242, Urk. 124 Rz 217 ff.). Die Beklagte machte mit der Duplik den Hinweis, dass die D._____- Ersatztransaktion keine fixe, sondern eine variable Prämie, eine sog. "Floating Rate" enthalte (Urk. 53 Rz 29 mit Hinweis auf Urk. 46/216, "Confirmation" S. 4). Die Klägerin stellt sich demgegenüber auf den Standpunkt, dass die Barwerte der

- 45 - Prämienzahlungen unter Verwendung von Diskontfaktoren zu berechnen seien. Zu diesem Behufe habe E._____ im Statement of Calculation auf die Euro- Zinskurve per 6. Mai 2009 abgestellt (Urk. 45 Rz 180-187). Auch in diesem Zu- sammenhang verlangt die Klägerin ausdrücklich die Anordnung eines gerichtli- chen Gutachtens (Urk. 45 Rz 187). Gestützt auf ihre Überlegungen berechnet die Klägerin ihren Loss auf EUR 46'450'410 (Urk. 45 Rz 191) bzw. auf USD 61'792'980 (Urk. 45 Rz 197) bzw. auf Fr. 67'434'679 (Urk. 45 Rz 204). Dem- gegenüber geht die Beklagte gestützt auf ihre Überlegungen von andern Prä- mienhöhen aus als die Beklagte und errechnet gestützt darauf einen Loss von EUR 29'425'932.59, indessen nicht zu Gunsten der Klägerin, sondern zu ihren ei- genen Gunsten (Urk. 53 Rz 303). Auch die Beklagte verlangt in diesem Zusam- menhang die Anordnung eines gerichtlichen Gutachtens (Urk. 53 Rz 304). Die Beurteilung der massgeblichen Fragen verlangt Sachkunde, die dem Gericht fehlt. Ein gerichtliches Gutachten ist auch in diesem Zusammenhang zwingend.

E. 9.6.3.1

Die Vorinstanz geht von einer Prämie von 1.8% pro Jahr aus und kommt zum Schluss, dass die Voraussetzungen für die Prämienreduktion gemäss der Floating-Rate-Klausel nicht gegeben seien. Die Vorinstanz macht in diesem Zu- sammenhang allerdings nicht nachvollziehbare fachliche Überlegungen (Urk. 108 S. 48 f.), die von der Beklagten mit der Berufung zu Recht in Frage gestellt wer- den (Urk. 107 Rz 234-239). Ohne das von den Parteien vor Aktenschluss bean- tragte Gutachten können diese komplexen finanztechnischen Fragen nicht be- antwortet werden.

E. 9.6.3.2

Erst nach Aktenschluss, nämlich mit ihrer "Stellungnahme zur Stellung- nahme der Klägerin zur Duplik", macht die Beklagte geltend, von der Prämie sei auf jeden Fall auch die Arranger Fee von 0.0625% abzuziehen, welche die D._____ der M._____ habe bezahlen müssen. Der Hinweis auf die Arranger Fee von 0.0625% ist tatsächlicher Art. Die Vorinstanz wirft der Beklagten vor, sie habe dieses Vorbringen erst nach Aktenschluss erhoben (Urk. 108 S. 48). Die Beklagte rügt das mit der Berufung und trägt vor, sie habe bereits mit ihrer Duplik auf die Arranger Fee von 0.0625% hingewiesen (Urk. 107 Rz 240). Das ist aktenwidrig. An der von der Beklagten erwähnten Stelle ihrer Duplik (Urk. 53 Rz 591) ist von einer Arranger Fee von 0.0625% nichts zu lesen. Verfehlt ist sodann die Haltung

- 46 - der Beklagten, wonach der Hinweis auf die Arranger Fee habe unterbleiben dür- fen, weil dies vom Rechtsbegehren auf Abweisung der Klage gedeckt gewesen sei:

Rechtsbegehren und prozessrechtskonform vorgetragene Tatsachenbehauptungen liegen auf verschiedenen Ebenen.

E. 9.6.3.3

Die Vorinstanz nimmt sodann Bezug auf das von der Beklagten mit ihrer "Stellungnahme zur Stellungnahme der Klägerin zur Duplik" vom 7. Mai 2015 vorgebrachte Argument, die Klägerin habe die Gesamttransaktion bereits im Jahre 2012 abgewickelt (Urk. 65 Rz 115), sowie auf Ausführungen der Beklagten in ihrer "Stellungnahme zum Beweisergebnis" (Urk. 102 Rz 170; vgl. auch Rz 167 ff.). Zu Recht geht die Vorinstanz davon aus, dass diese Vorbringen unbeachtlich sind, weil sie erst nach Aktenschluss vorgetragen worden sind. Auch das will die Beklagte mit ihrer Berufung nicht gelten lassen (Urk. 107 Rz 240 f.), indessen zu Unrecht: Die "Stellungnahme zum Beweisergebnis" hat, wie erörtert, ohnehin keine Bedeutung, weil ein Beweisverfahren nicht stattgefunden hat. Im Übrigen sind die massgeblichen Tatsachenbehauptungen in den ersten beiden Parteivorträgen aufzustellen (vgl. Art. 221 Abs. 1 lit. d und Art. 222 Abs. 2 Satz 1 ZPO). Wenn die Beklagte sich mit ihrer Berufung auf den Standpunkt stellt, sie könne gestützt auf die umfangreichen Beilagen der Parteien zu ihren Rechtsschriften irgendwelche Behauptungen auch längst nach Aktenschluss in den Prozess einführen, dann verkennt sie die fundamentale Bedeutung des Verhandlungsgrundsatzes gemäss Art. 55 Abs. 1 ZPO. In rechtlicher Hinsicht ist der Vorinstanz sodann klarerweise zuzustimmen: Was im Jahre 2011 oder im Jahre 2012 geschah, vermag die per 6. Mai 2009 erfolgte Berechnung des Loss von vornherein nicht zu beeinflussen (vgl. dazu Urk. 108 S. 49).

E. 9.7

Zwischenbilanz. Festzuhalten ist, dass die Klägerin ihren Loss grundsätzlich auf Grund einer von ihr am 6. Mai 2009 mit der D._____ abgeschlossenen Ersatztransaktion berechnen darf. Ob diese Ersatztransaktion aber als konkrete Berechnungsgrundlage für den Loss dienen kann, hängt von Tatfragen ab, die noch zu ermitteln sein werden.

- 47 -

E. 10

Parteientschädigung des vorinstanzlichen Verfahrens

E. 10.1

Die Vorinstanz hat die Parteientschädigung für das vorinstanzliche Verfahren auf Fr. 258'531.00 zuzüglich 8% Mehrwertsteuer festgelegt. Das entspricht bei einem Streitwert von Fr. 40'426'265.00 exakt der Grundgebühr gemäss § 4 Abs. 1 AnwGebV. Mit ihrer Beschwerde verlangt die Klägerin, dass die Parteientschädigung auf Fr. 689'416.00 festzusetzen sei (Urk. 111/107 S. 3). Die Beklagte widersetzt sich diesem Ansinnen (Urk. 123).

E. 10.2

Die Klägerin verlangte mit ihrer Beschwerde, dass das Beschwerdeverfahren zu sistieren sei. Dem war nicht zu entsprechen: Die Klägerin hätte den vorinstanzlichen Entscheid auch mit der Anschlussberufung anfechten können. Auch in diesem Falle wäre es nicht in Frage gekommen, das Verfahren betreffend die vorinstanzliche Parteientschädigung zu sistieren. Daran ändert nichts, dass heute ein Rückweisungsentscheid ergehen wird, was zur Gegenstandslosigkeit des Beschwerdeverfahrens führen wird.

E. 10.3

Mit heutiger Entscheidung wird das vorinstanzliche Urteil aufgehoben. Damit ist das Beschwerdeverfahren gegenstandslos und daher abzuschreiben.

E. 10.4

Es rechtfertigt sich dennoch, sich mit den Argumenten der klägerischen Beschwerde auseinanderzusetzen:

E. 10.4.1

Gemäss § 4 Abs. 2 AnwGebV kann die Grundgebühr bei besonders hoher Schwierigkeit des Falles bis zu einem Drittel erhöht werden. Bei den Akten liegen komplizierte finanztechnische Gutachten, mit denen sich die Vertreter der Klägerin auseinandersetzen hatten. Die massgeblichen Akten sind sodann in englischer Sprache. Das rechtfertigt, die Grundgebühr um 20% zu erhöhen.

E. 10.4.2

Die Grundgebühr deckt gemäss § 11 Abs. 1 AnwGebV nicht nur die Erstellung der Klage, sondern auch die Teilnahme an der Hauptverhandlung ab. Dazu kommen für jede notwendige Rechtschrift Zuschläge gemäss § 11 Abs. 2 AnwGebV. Nicht zuschlagsberechtigt sind namentlich unverlangte Repliken im Sinne des allgemeinen ungeschriebenen Replikrechts. In diesem Sinne rechtfertigt es sich, die folgenden Zuschläge zu berechnen: Replik (Urk. 45) 25%, Noveneingabe Klägerin (Urk. 68) 3% sowie die prozessual zwar unnötige, aber von der

- 48 - Vorinstanz dennoch verlangte Eingabe zum Beweisergebnis (Urk. 100) 3%. Insgesamt hätte sich bei Obsiegen der Klägerin eine Parteientschädigung von Fr. 406'411.00 ergeben. Zu Unrecht hat die Vorinstanz indessen zugunsten der im Ausland domizilierten Klägerin eine Mehrwertsteuer von 8% berechnet und damit der Klägerin insgesamt eine Parteientschädigung von Fr. 279'213.50 zugesprochen. Nach dem Gesagten hätte der Klägerin bei Obsiegen Fr. 127'197.50 mehr zugesprochen werden sollen. Demgegenüber verlangte die Klägerin mit ihrer Beschwerde eine Parteientschädigung von Fr. 689'416.00, mithin Fr. 283'005.00 mehr als ihr zustand. Das wird bei der endgültigen Verteilung der Prozesskosten zu berücksichtigen sein.

E. 11

Vor-Urteil und Rückweisung; Kosten- und Entschädigungsfolgen

E. 11.1

Wie zu zeigen sein wird, ist die Sache zur Durchführung eines Beweisverfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen. Verschiedene zwischen den Parteien strittige Fragen können dennoch endgültig geklärt werden. Es sind diejenigen Fragen, die in den obigen Erwägungen (E. 4.5. und 9.7.) im Sinne einer Zwischenbilanz beantwortet wurden.

E. 11.2

Nach dem Gesagten wird im Hinblick auf die Berechnung des Loss ein Beweisverfahren durchzuführen sein, welches mit einer Beweisverfügung gemäss Art. 154 ZPO eröffnet werden muss. Namentlich wird ein gerichtliches Gutachten anzuordnen sein. In die Beweisverfügung werden sodann die weiteren zulässigen Beweismittel (namentlich Urkunden) aufzunehmen sein, welche von den Parteien bis Aktenschluss angerufen und den massgeblichen Tatsachenbehauptungen zugeordnet wurden. Allerdings sind die

Privatgutachter der Parteien, welche von ihnen als Zeugen angerufen wurden, nicht zu vernehmen, weil diese Privatgutachter offensichtlich nicht über Wahrnehmungen im Sinne von Art. 169 ZPO berichten können. Da mithin der Sachverhalt in wesentlichen Teilen zu vervollständigen ist, ist das angefochtene Urteil aufzuheben, und die Sache ist gestützt auf Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 2 ZPO an die Vorinstanz zurückzuweisen.

E. 11.3

Der Streitwert beträgt Fr. 40'426'265.00 (Urk. 108 S. 52). Im Sinne von Art. 104 Abs. 4 ZPO ist die Verteilung der Prozesskosten des Rechtsmittelverfahrens dem neuen Entscheid der Vorinstanz zu überlassen.

- 49 - Im Sinne eines Vor-Urteils wird erkannt: 1. Es wird festgestellt, – dass die Urteile des High Court of Justice, London, vom 15. Juli 2011 und vom 12. Mai 2015 nicht im Sinne von Art. 33 Nr. 1 LugÜ anerkannt werden können; – dass die Klägerin ihren "Loss" grundsätzlich auf Grund einer von ihr am 6. Mai 2009 mit der D._____ abgeschlossenen Ersatztransaktion berechnen darf. 2. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz zusammen mit dem nachstehenden Beschluss. 3. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 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 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Dies ist ein Vorentscheid im Sinne von Art. 93 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 40'426'265.00. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

- 50 - Und sodann wird beschlossen: 1. Im Übrigen wird das Urteil des Bezirksgerichts Zürich (Einzelgericht für SchKG-Klagen) vom 2. Dezember 2015 aufgehoben und die Sache zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuem Entscheid im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen. 2. Das Verfahren betreffend die von der Klägerin gegen die von der Vorinstanz festgesetzte Parteientschädigung erhobene Beschwerde wird abgeschrieben. 3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 273'000.00 festgesetzt. 4. Die Vorinstanz wird mit ihrem neuen Entscheid über die Verteilung der Prozesskosten des vorliegenden Berufungs- und Beschwerdeverfahrens zu befinden haben. 5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte unter Beilage der Doppel von Urk. 134-136, an die Klägerin unter Beilage des Doppels von Urk. 137, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erst- und zweitinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück. 6. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 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 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

- 51 - Dies ist ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 40'426'265.00. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG. Zürich, 11. August 2016 Obergericht des Kantons Zürich I. Zivilkammer Die Vorsitzende: Der Gerichtsschreiber: Dr. L. Hunziker Schnider

Dr. Markus Nietlispach versandt am: gs

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