



Mitwirkend: Oberrichter Dr. George Daetwyler, Vizepräsident, und Oberrichter Roland Schmid, die Handelsrichter Dr. Felix Graber, Christian Zuber und Thomas Steinebrunner sowie der Gerichtsschreiber Dr. Thomas Steininger

Urteil vom 27. Mai 2014

in Sachen

A._____ Inc.,
Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X1._____
vertreten durch Rechtsanwältin MLaw X2._____

gegen

B._____ SA,
Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y._____

betreffend **Forderung**

Inhaltsverzeichnis

Rechtsbegehren: (act. 1 S. 2).....	4
Sachverhalt und Verfahren	4
A. Sachverhaltsübersicht	4
a. Parteien und ihre Stellung.....	4
b. Prozessgegenstand	4
B. Prozessverlauf.....	8
a. vorgängiges Verfahren	8
b. Klageeinleitung	8
c. Wesentliche Verfahrensschritte	9
Erwägungen	10
1. Formelles.....	10
1.1. Zuständigkeit.....	10
1.1.1. Örtliche Zuständigkeit.....	10
1.1.2. Sachliche Zuständigkeit.....	11
1.2. Anwendbares Recht.....	12
1.2.1. Materielles Recht.....	12
1.2.2. Prozessrecht	12
2. Qualifikation des Rechtsgeschäfts	12
2.1. Unbestrittener Sachverhalt.....	12
2.2. Streitpunkte	13
2.3. Rechtliches.....	14
2.4. Subsumtion	15
2.5. Fazit	17
3. Befreiungsanspruch	17
3.1. Unbestrittener Sachverhalt.....	17
3.2. Streitpunkte	18
3.3. Rechtliches.....	18
3.4. Subsumtion	20
3.5. Fazit	24
4. Pfandrecht	25
4.1. Unbestrittener Sachverhalt.....	25
4.2. Streitpunkte	26
4.3. Pfandrecht nach Art. 900 ZGB	26
4.3.1. Rechtliches.....	26
4.3.2. Subsumtion	27
4.3.3. Akzeptierte Vermögenswerte	28
4.3.4. Fazit.....	29
4.4. Retentionsrecht	29
4.4.1. Rechtliches.....	29
4.4.2. Subsumtion	29
4.4.3. Fazit.....	30

5. Zusammenfassung der Tat- und Rechtsfragen	30
6. Kosten- und Entschädigungsfolgen	31
6.1. Gerichtskosten	31
6.2. Parteientschädigungen.....	31
6.3. Hinweis Mehrwertsteuer.....	32
Das Handelsgericht erkennt:	32

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

"Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von EUR 120'000 in Verrechnung mit ihrem Guthaben auf dem Konto Nr. 1 bei der Geschäftsniederlassung der Beklagten in Zürich zu bezahlen;

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich Mehrwertsteuer) zulasten der Beklagten."

Sachverhalt und Verfahren

A. Sachverhaltsübersicht

a. Parteien und ihre Stellung

Die Klägerin ist eine Treuhandgesellschaft mit Sitz auf den British Virgin Islands (BVI) und nach deren Recht inkorporiert (act. 3/1; 22/1).

Die Beklagte ist eine Aktiengesellschaft nach schweizerischem Recht mit Sitz in ..., welche eine Bank betreibt. Sie verfügt daneben auch über eine Geschäftsniederlassung in ... (act. 3/2-3).

b. Prozessgegenstand

Allgemeines

Die Klägerin ist seit 1999 Kundin der Beklagten. Die aktuelle vertragliche Grundlage der Bankbeziehung zwischen den Parteien bildet eine Kontovereinbarung von Dezember 2005 (act. 1 Rz. 4; act. 16 Rz. 12). Im Februar 2000 erwarb die Beklagte für die Klägerin 746.03 Anteile am Fairfield Sentry Fund zum Preis von USD 499'998.86 zuzüglich einer Stempelsteuer von USD 750.--. Die Beklagte erhielt hierfür eine Entschädigung in der Höhe von USD 3'749.99 (act. 3/9). Der Fairfield Sentry Fund legte das ihm anvertraute Vermögen im Brokerunternehmen des in der Zwischenzeit verurteilten Betrügers Bernhard Madoff "Bernard L. Madoff Investment Securities LLC" [BLMIS] an. Die Klägerin

wies im September 2008 (Anmeldung der Rücknahme am 5. September 2008; act. 17/10) die Beklagte an, die für sie erworbenen Fondsanteile zurückzugeben. Diese Rückgabe erfolgte nur wenige Wochen vor dem Aufdecken der betrügerischen Machenschaften von Bernard Madoff. Die Rückgabesumme betrug USD 1'007'591.10, wovon die Klägerin mit Valuta 15. Oktober 2008 - nach Abzug einer Gebühr in der Höhe von USD 12'594.89 für die Beklagte - einen Nettobetrag von USD 994'996.21 auf ihrem Konto gutgeschrieben erhielt (act. 3/10-11). Über den Fairfield Sentry Fund musste nach Bekanntgabe der betrügerischen Machenschaften von Bernard Madoff im Dezember 2008 der Konkurs eröffnet werden (act. 1 Rz. 17; act. 16 Rz. 28). Am 19. April 2010 reichten die Liquidatoren des Fairfield Sentry Funds unter anderem gegen die Beklagte Klage beim Supreme Court of the State of New York ein [nachfolgend "US-Verfahren"]. Die Kläger im US-Verfahren verlangen im Wesentlichen die Rückzahlung sämtlicher Ausschüttungen aus dem Fairfield Sentry Fund für Fondsanteile, welche zwischen dem 20. April 2004 und Dezember 2008, als der Betrugsfall Madoff publik wurde, rückvergütet wurden. Die Klage richtet sich zudem pauschal und ohne nähere Identifizierung auch gegen die an den Konten der Beklagten wirtschaftlich Berechtigten, welchen Rückvergütungen für Fairfield Sentry Fondsanteile in der besagten Periode gutgeschrieben wurden. Unter die von den Liquidatoren des Fonds zurückgeforderten Rückvergütungen fällt auch die oben erwähnte Auszahlung über USD 1'007'591.10 (act. 3/12; 3/13, Exhibit A). In diesem Umfang weigert sich die Beklagte gegenüber der Klägerin Auszahlungen zu tätigen bzw. Liquidität freizugeben. Mit ihrer Klage will die Klägerin die Auszahlung eines Teilbetrages von EUR 120'000.-- erwirken (act. 1 S. 2 ff.).

Standpunkt der Klägerin

Die Klägerin stellt sich auf den Standpunkt, die Beklagte sei auftragsrechtlich zur Auszahlung des ihr, der Klägerin, aus diesem Verkauf gutgeschriebenen Betrages verpflichtet. Insbesondere habe die Beklagte gegenüber der Klägerin keinen aus dem US-Verfahren resultierenden Befreiungsanspruch nach Art. 402 Abs. 1 OR. Dies begründet sie wie folgt: Erstens sei die angebliche Forderung aus dem US-

Prozess von der Beklagten *nicht genügend ausgewiesen*. Die Tatsachen, die der behaupteten Entstehung der Forderung zugrunde lägen, das anwendbare Recht sowie die daraus resultierenden Voraussetzungen für die Entstehung der Forderung seien durch die Beklagte zu beweisen, was diese jedoch nicht tue (act. 33 Rz. 55). Zweitens habe die Klägerin die Beteiligungen am Fairfield Sentry Fund der Beklagten *nicht mittels indirekter Stellvertretung* verschafft. Letztere habe vielmehr bereits vorgängig selbständig und auf eigene Rechnung eine grosse Anzahl Fondsanteile gekauft und diese dann selbständig und auf eigene Rechnung an die Klägerin weiterverkauft. Der auftragsrechtliche Befreiungsanspruch nach Art. 402 Abs. 1 OR sei somit nicht einschlägig (act. 33 Rz. 22; 40). Drittens lägen, selbst wenn Kommissionsrecht bzw. Auftragsrecht auf den Kauf sowie die Rückgabe der Beteiligungen anwendbar sei, *keine eingegangenen Verbindlichkeiten* im Sinne von Art. 402 Abs. 1 OR vor, da der dafür nötige rechtsgeschäftliche Charakter der von Fairfield Sentry Ltd. gegenüber der Beklagten geltend gemachten Forderung fehle. Ein allfälliger Rückgriff auf die Beklagte sei keine Verbindlichkeit, die freiwillig aus der Auftragserfüllung resultiere (act. 33 Rz. 63 ff.). Zuletzt sei der Beklagten durch die Klageeinleitung im US-Verfahren noch *überhaupt keine Verpflichtungen entstanden*, da diese weder zu einer Vermehrung der Passiven noch zu einer Verminderung der Aktiven geführt habe (act. 33 Rz. 68 ff.). Auch ein Anspruch auf Schadenersatz nach Art. 402 Abs. 2 OR läge nicht vor, da ein allfälliger Anspruch der Beklagten gegenüber der Klägerin noch gar nicht entstanden sei, womit auch kein Schaden vorläge. Die Beklagte könne sich demnach nicht auf ein Pfandrecht berufen, da das zwischen den Parteien bankvertraglich vereinbarte Pfandrecht ausschliesslich bereits bestehende und nicht zukünftige Forderungen betreffe. Zudem fehle es ebenfalls an der Grundlage für ein Retentionsrecht, sowohl im Sinne von Art. 895 ZGB als auch in obligatorischer Hinsicht, da es sich bei den von der Beklagten blockierten Guthaben um Forderungen der Klägerin gegenüber der Bank handle. Insgesamt verletze die Beklagte, indem sie die Auszahlung verweigere und somit den Auftrag nicht ordnungsgemäss erfülle, den Vertrag mit der Klägerin. Dazu komme, dass die Beklagte ohnehin über hinreichende

Sicherheiten verfüge und die Klägerin lediglich die Auszahlung eines Teilbetrages verlange (act. 1 Rz. 86 ff.; act. 33 Rz. 87).

Standpunkt der Beklagten

Die Beklagte bestreitet demgegenüber, dass sie grosse eigene Positionen am Fairfield Sentry Fund vorgängig auf eigene Rechnung erworben habe. Die *Subscription Agreements*, welche die Beklagte mit der Fairfield Sentry Ltd. abgeschlossen habe, seien lediglich Formulare, die jeder Investor ausfüllen müsse, um Fondsanteile überhaupt zeichnen zu können. Die Beklagte habe einzig auf Weisung der Klägerin gehandelt (act. 37 Rz. 10). Die Forderung von USD 1'007'591.10, die Fairfield Sentry Ltd. gegenüber der Beklagten in den USA erhoben habe, sei daher eine Verbindlichkeit, welche die Beklagte in ordnungsgemässer Ausführung ihres Treuhandauftrags - lautend auf Zeichnen, Halten und Rückgabe der Fondsanteile - eingegangen sei. Gemäss Art. 402 Abs. 1 OR habe die Beklagte daher gegenüber der Klägerin einen Anspruch auf Befreiung von dieser Verbindlichkeit, sei es durch Befreiung extern gegenüber Fairfield Sentry Ltd. oder intern in Form genügender Deckung. Zur Sicherung dieses Anspruchs beruft sich die Beklagte gestützt auf Art. 10 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen sowie auf den Pfandvertrag der Parteien vom 9. Dezember 2005 auf ein Pfandrecht an den bei ihr gelegenen Vermögenswerten der Klägerin. Da ein Grossteil der bei der Beklagten gelegenen klägerischen Vermögenswerte illiquid sei und die einzigen derzeit liquiden Vermögenswerte, Kontoguthaben von USD 153'503.08 und EUR 461'191.01, als Sicherheit für einen Deckungsanspruch in der Höhe von USD 1'007'591.10 nicht ausreichen würden, sei die Beklagte nicht gehalten, irgendwelche Vermögenswerte aus der Pfandhaft zu entlassen - auch nicht den von der Klägerin geforderten Teilbetrag von EUR 120'000.-- (act. 37 Rz. 26 ff.).

Im Übrigen gehe es nicht an, einen Befreiungsanspruch seitens der Beklagten deshalb zu verneinen, weil die Verbindlichkeit der Beklagten gegenüber Fairfield Sentry Ltd. bestritten sei. Die Auffassung der Klägerin lasse sich weder mit Sinn und Zweck des Befreiungsanspruchs noch mit Literatur und Rechtsprechung vereinbaren. Nur weil eine Forderung bestritten sei, bedeute das nicht, dass sie inexistent sei. Ein die Klage von Fairfield Sentry Ltd. gutheissendes amerikanisches Urteil würde die Forderung von USD 1'007'591.10 denn auch

nicht zum Entstehen bringen, sondern lediglich ihre Existenz bestätigen (act. 37 Rz. 43). Der Befreiungs- bzw. Deckungsanspruch der Beklagten nach Art. 402 Abs. 1 OR betreffe somit keine künftige Verbindlichkeit, deren Entstehung vollkommen ungewiss sei, sondern eine aktuell bestehende, wenn auch bestrittene Forderung. Aus demselben Grund lasse sich auch nicht sagen, die Forderung von Fairfield Sentry Ltd. sei, da von einem gutheissenden Urteil des amerikanischen Gerichts abhängig, im heutigen Zeitpunkt suspensiv-bedingt. Suspensiv-bedingt könne die Forderung nur dann sein, wenn sie erst durch das Urteil entstehen würde, was jedoch nicht der Fall sei. Abgesehen davon würde das Pfandrecht der Beklagten selbst für einen suspensiv-bedingten Anspruch bestehen, was sich aus den für die Parteien relevanten Pfandklauseln ergebe und sich mit der entsprechenden Literatur zum Pfandrecht decke. Insgesamt stehe fest, dass der Beklagten an sämtlichen bei ihr gelegenen Vermögenswerten der Klägerin ein Pfandrecht zustehe. Die Klägerin habe keinen Anspruch auf Freigabe des von ihr geforderten Betrages von EUR 120'000.--, weshalb die Klage abzuweisen sei (act. 16 S. 2 ff.).

B. Prozessverlauf

a. vorgängiges Verfahren

Mit Eingabe vom 23. Februar 2011 stellte die Klägerin hierorts ein Gesuch um Rechtsschutz in klaren Fällen (Art. 257 ff. ZPO) und beantragte, dass die Beklagte zu verpflichten sei, ihr in Verrechnung mit dem Guthaben auf ihrem Konto bei der Beklagten EUR 120'000.-- zu bezahlen (act. 3/36). Mit Urteil vom 7. Juli 2011 hiess das Handelsgericht als Einzelgericht die Klage gut (act. 3/38). Die von der Beklagten dagegen erhobene Beschwerde wurde vom Bundesgericht mit Urteil vom 22. Februar 2012 gutgeheissen und das angefochtene Urteil aufgehoben (act. 3/45).

b. Klageeinleitung

Am 17. April 2012 (Datum Poststempel) reichte die Klägerin hierorts Klage ein (act. 1). Mit Verfügung vom 19. April 2012 wurde ihr eine Frist angesetzt, um für

die Gerichtskosten einen Vorschuss von CHF 14'000.-- zu leisten (Prot. S. 2). Nachdem die Klägerin den Gerichtskostenvorschuss rechtzeitig geleistet hatte (act. 5), wurde der Beklagten mit Verfügung vom 3. Mai 2012 Frist angesetzt, um die Klageantwort einzureichen (Prot. S. 4).

c. Wesentliche Verfahrensschritte

Mit Eingabe vom 16. April 2012 beantragte die Beklagte, es sei, unter Abnahme der Frist zur Klageantwort, die Klägerin zu verpflichten, Sicherheit für die Parteientschädigung zu leisten, da diese ihren Sitz im Ausland habe und zudem Prozesskosten aus früheren Verfahren schulde (act. 8). Mit Verfügung vom 21. Mai 2012 erhielt die Klägerin Gelegenheit zur Stellungnahme (Prot. S. 5). Mit Eingabe vom 1. Juni 2012 beantragte die Klägerin - im Wesentlichen unter Hinweis darauf, dass die Beklagte über genügend Sicherheit verfüge und ausstehende Parteientschädigungen durch Verrechnung getilgt worden seien - Abweisung des Gesuchs um Sicherstellung der Parteientschädigung, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (act. 11). Mit Präsidialverfügung vom 4. Juni 2012 wurde das Gesuch der Beklagten um Sicherstellung ihrer Parteientschädigung gutgeheissen und der Klägerin eine Frist bis 9. Juli 2012 angesetzt, um für die Parteientschädigung eine Sicherheit von CHF 18'000.-- zu leisten, unter gleichzeitiger Abnahme der Frist zur Klageantwort (Prot. S. 6-8).

Nachdem die Klägerin die Sicherheit für die Parteientschädigung rechtzeitig geleistet hatte (act. 14), wurde der Beklagten eine einmalige Frist bis zum 20. September 2012 zur Einreichung der Klageantwortschrift angesetzt (Prot. S. 9). Nach Eingang der Klageantwortschrift vom 20. September 2012 (act. 16) fand am 28. Februar 2013 eine Vergleichsverhandlung statt (Prot. S. 12 ff.), die zu keiner Einigung führte (Prot. S. 13). Das Verfahren wurde mit Verfügung vom 12. März 2013 schriftlich fortgeführt und der Klägerin Frist zur Replik angesetzt (Prot. S. 15). Diese ging am 30. Mai 2013 hiernach ein (act. 33). Darauf reichte die Beklagte am 9. September 2013 die Duplik ein (act. 37), welche der Klägerin zugestellt wurde (Prot. S. 17). Der Prozess erweist sich als spruchreif.

Die Parteien haben auf die Durchführung einer Hauptverhandlung verzichtet
(act. 43, 44).

Erwägungen:

1. Formelles

1.1. Zuständigkeit

1.1.1. Örtliche Zuständigkeit

1.1.1.1 Die Parteien haben ihren jeweiligen statutarischen Sitz in zwei unterschiedlichen Ländern, weshalb ein internationaler Sachverhalt vorliegt (FELIX DASSER, in: Dasser/Oberhammer, SHK Lugano Übereinkommen, 2. Aufl. 2011, Art. 1 N 10). In den allgemeinen Geschäftsbedingungen findet sich eine Gerichtsstandsklausel. Ihre Zulässigkeit beurteilt sich vorliegend nach Art. 23 des Übereinkommens über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen [LugÜ, SR 0.275.12], da die Schweiz Signatarstaat des LugÜ ist und für die Anwendung von Art. 23 LugÜ lediglich *eine* der Parteien (Wohn-)Sitz in einem LugÜ-Staat haben muss (Art. 23 Abs. 1 LugÜ; vgl. LAURENT KILLIAS; in: Dasser/Oberhammer, SHK Lugano Übereinkommen, 2. Aufl. 2011, Art. 23 N 8). Der Streit ist überdies als Zivil- und Handelssache im Sinne von Art. 1 LugÜ zu qualifizieren, weshalb er auch in den sachlichen Zuständigkeitsbereich des LugÜ fällt. Art. 23 Abs. 1 LugÜ hält Folgendes fest:

"Haben die Parteien, von denen mindestens eine ihren Wohnsitz im Hoheitsgebiet eines durch dieses Übereinkommen gebundenen Staates hat, vereinbart, dass (...) die Gerichte eines durch dieses Übereinkommen gebundenen Staates über eine bereits entstandene Rechtsstreitigkeit oder über eine künftige aus einem bestimmten Rechtsverhältnis entspringende Rechtsstreitigkeit entscheiden sollen, so sind (...) die Gerichte dieses Staates zuständig. (...) die Gerichte dieses Staates sind ausschliesslich zuständig, sofern die Parteien nichts anderes vereinbart haben."

1.1.1.2 Die entsprechende Klausel in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten hält fest, dass für Streitigkeiten aus oder im Zusammenhang mit dem jeweils abgeschlossenen Vertrag das Gericht am Hauptsitz der Bank oder an

derjenigen Geschäftsniederlassungen, bei welcher das Konto eröffnet wurde, ausschliesslich zuständig ist (act. 3/5). Die Vereinbarung wurde vorliegend für ein bestimmtes Rechtsverhältnis (Konto- und Depotführungsvertrag) geschlossen. Zudem werden durch die Parteien Gerichtsstände in der Schweiz, einem Signatarstaat des LugÜ, prorogiert. Die Voraussetzungen von Art. 23 LugÜ sind damit erfüllt und die Gerichtsstandsvereinbarung ist gültig. Zürcherische Gerichte sind folglich örtlich zuständig.

1.1.2. Sachliche Zuständigkeit

1.1.2.1 Eine Streitigkeit gilt nach Art. 6 Abs. 2 der schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 [ZPO, SR 272] dann als handelsrechtlich, wenn kumulativ (i) die geschäftliche Tätigkeit mindestens einer Partei betroffen ist (lit. a), (ii) gegen den Entscheid die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht offen steht (lit. b) und (iii) die Parteien im schweizerischen Handelsregister oder in einem vergleichbaren ausländischen Register eingetragen sind (lit. c). Eine Beschwerde in Zivilsachen ist gegen Entscheide letzter kantonaler Instanzen zulässig (Art. 75 Abs. 1 des Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Handelt es sich um eine vermögensrechtliche Streitigkeit, so muss zudem ein Streitwert von CHF 30'000.-- erreicht werden (Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG).

1.1.2.2 Die vorliegende Streitigkeit betrifft die geschäftliche Tätigkeit beider Parteien, welche im schweizerischen Handelsregister bzw. im *Registrar of Companies* der British Virgin Islands rechtsgültig eingetragen sind. Der behauptete Anspruch ist vermögensrechtlicher Natur und übersteigt die Streitwertgrenze von CHF 30'000.--. Entscheide des Handelsgerichts können zudem als Entscheide letzter kantonaler Instanz mittels Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht weitergezogen werden. Das Handelsgericht ist somit sachlich zuständig.

1.1.2.3 Die örtliche und sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons Zürich wird denn auch von beiden Parteien anerkannt.

1.2. Anwendbares Recht

1.2.1. Materielles Recht

Die Parteien haben sowohl im Rahmen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (act. 3/5, Ziff. 36) als auch des Pfandvertrages vom 9. Dezember 2005 (act. 3/35 Ziff. 10) eine Rechtswahl zugunsten des schweizerischen Rechts getroffen. Nach Art. 116 des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987 [IPRG, SR 291] unterstehen Verträge dem von den Parteien gewählten Recht (Abs. 1). Die Rechtswahl muss dabei ausdrücklich sein oder sich eindeutig aus dem Vertrag oder aus den Umständen ergeben. Im Übrigen untersteht sie dem gewählten Recht (Abs. 2). Vorliegend wurde die Rechtswahl ausdrücklich und in schriftlicher Form getroffen. Da aus Sicht des schweizerischen Rechts einer Rechtswahl nichts entgegensteht, wurde diese gültig zwischen den Parteien getroffen. Die vorliegende Streitigkeit ist damit nach schweizerischem Recht zu beurteilen.

1.2.2. Prozessrecht

Das anwendbare Prozessrecht richtet sich nach der *lex fori*. Da die Parteien rechtsgültig die zuständige Gerichtsbarkeit im Kanton Zürich prorogiert haben, findet schweizerisches Prozessrecht Anwendung. Am 1. Januar 2011 trat die ZPO in Kraft. Nachdem die Klage am 19. April 2012, mithin nach Inkrafttreten dieses Gesetzes, hierorts anhängig gemacht wurde, kommen in prozessualer Hinsicht die Bestimmungen der ZPO zur Anwendung.

2. Qualifikation des Rechtsgeschäfts

2.1. Unbestrittener Sachverhalt

Zwischen den Parteien besteht ein Bankvertrag, welcher auch die Konto- und Depotführung umfasst. Die Beklagte kaufte für die Klägerin im Februar 2000 746.03 Anteile des Fairfield Sentry Fund zum Preis von USD 499'998.86 zuzüglich USD 750.-- Stempelsteuer. Die Beklagte erhielt hierfür eine

Entschädigung in der Höhe von USD 3'749.99 (act. 1 Rz. 19, act. 16 Rz. 25 ff., act. 33 Rz. 9; act. 3/9). Im September 2008 erteilte die Klägerin der Beklagten den Auftrag, die Fondanteile zu retournieren (act. 17/10). Sie erhielt mit Valuta 15. Oktober 2008 - nach Abzug einer Gebühr von USD 12'594.89 für die Beklagte - einen Nettobetrag von USD 994'996.21 auf ihr Konto bei der Beklagten gutgeschrieben (act. 3/10-11, act. 33 Rz. 9; act. 37 Rz. 1).

2.2. Streitpunkte

2.2.1 In Ihrer Klageschrift vom 17. April 2012 stellt sich die Klägerin auf den Standpunkt, dass auf das Rechtsverhältnis zwischen Bank und Kunde grundsätzlich Auftragsrecht anzuwenden sei. Der Kauf bzw. Verkauf der Fairfield Sentry Fund-Anteile sei jedoch im Rahmen einer Kommission getätigt worden, worauf Auftragsrecht erst subsidiär Anwendung finde (act. 1 Rz. 55). In der Replik vom 30. Mai 2013 macht sie zudem geltend, ihre Beteiligungen am Fairfield Sentry Fund habe ihr die Beklagte nicht mittels indirekter Stellvertretung verschafft; die Beklagte habe vielmehr bereits vorgängig selbständig und auf eigene Rechnung eine grosse Anzahl Fondsanteile gekauft, welche sie dann an die Klägerin weiterverkauft habe (act. 33 Rz. 22, 40). Die Bestimmungen des Auftragsrechts zur indirekten Stellvertretung seien daher für die vorliegende Streitsache nicht einschlägig (act. 33 Rz. 47).

2.2.2 Die Beklagte dagegen stellt sich auf den Standpunkt, sie hätte die Anteile am Fairfield Sentry Fund aufgrund einer unbedingten Weisung und im Auftrag der Klägerin gezeichnet. Danach habe sie auftragsgemäss die Beteiligungen gehalten, bis sie im September 2008 von der Vermögensverwaltung der Klägerin, der C._____ AG, die unbedingte Weisung erhalten habe, diese zurückzugeben. Dies habe sie instruktionsgemäss getan (act. 37 Rz. 47). Sie hätte entgegen der Behauptung der Klägerin zudem selbst nicht über eine grosse eigene Position von Fondsanteilen verfügt. Die von der Klägerin angeführten *Subscription Agreements* seien lediglich Formulare gewesen, welche vom Investor auszufüllen gewesen seien, um überhaupt in den Fairfield Sentry Fund investieren zu können. Sie seien notwendig gewesen, um für die Klägerin sowie die übrigen Kunden die gewünschten Anteile treuhänderisch erwerben und halten zu können. Es habe

sich somit nicht um eine reine Kommission, sondern vielmehr um einen Treuhandauftrag gehandelt, weshalb Auftragsrecht anwendbar sei (act. 37 Rz. 47 f.).

2.3. Rechtliches

2.3.1 Durch die Annahme eines Auftrages verpflichtet sich der Beauftragte, die ihm übertragenen Geschäfte oder Dienste vertragsgemäss zu besorgen (Art. 394 Abs. 1 OR). Verträge über Arbeitsleistung, die keiner besonderen Vertragsart des Obligationenrechts unterstellt sind, stehen unter den Vorschriften über den Auftrag (Art. 394 Abs. 2 OR). Hauptgegenstand ist damit regelmässig ein positiver Leistungsinhalt auf eine Tat- oder Rechtshandlung, mithin eine körperliche oder geistige Arbeit zum Vorteil eines anderen (ROLF H. WEBER, in: Basler Kommentar Obligationenrecht I, 5. Aufl. 2011, N 6 zu Art. 394). Der Anwendungsbereich ist aufgrund des Auffangcharakters weit und umfasst u.a. auch Bank-, Anlageberatung- und Vermögensverwaltungsverträge (vgl. ROLF H. WEBER, a.a.O., N 7 zu Art. 394; P. CHRISTOPH GUTZWILLER, Rechtsfragen der Vermögensverwaltung, Zürich 2008, S. 26, 34; BGE 124 III 155 S. 161 E. 2b; 131 III 377 S. 380 E. 4.1).

2.3.2 Einkaufs- oder Verkaufskommissionär ist dagegen derjenige, der gegen eine Kommissionsgebühr in eigenem Namen jedoch für Rechnung eines anderen den Einkauf oder Verkauf von beweglichen Sachen oder Wertpapieren zu besorgen übernimmt (Art. 425 Abs. 1 OR). Für das Kommissionsverhältnis kommen die Vorschriften über den Auftrag erst subsidiär zur Anwendung (Art. 425 Abs. 2 OR).

2.3.3 Nach Art. 431 Abs. 1 OR ist der Kommissionär berechtigt, für alle im Interesse des Kommittenten gemachten Vorschüsse, Auslagen und andere Verwendungen Ersatz zu fordern und von diesen Beträgen Zinse zu berechnen. Das Recht auf Verwendungsersatz sowie der Befreiungsanspruch setzt folglich das Handeln im Interesse des Kommittenten voraus. Sinngemäss entspricht die Begrenzung damit derjenigen von Art. 402 OR des Auftragsrechts, die sich auf die richtige Ausführung des Auftrags bezieht. Der Ersatzanspruch besteht dabei

unabhängig vom Erfolg des Kommissionsgeschäfts (VON PLANTA/LENZ, in: Basler Kommentar Obligationenrecht I, 5. Aufl. 2011, N 2 zu Art. 431).

2.3.4 Bei Kommissionen zum Einkauf oder zum Verkauf von Waren, Wechseln und anderen Wertpapieren, die einen Börsenpreis oder Marktpreis haben, ist der Kommissionär, wenn der Kommittent nicht etwas anderes bestimmt hat, befugt, das Gut, das er einkaufen soll, als Verkäufer selbst zu liefern, oder das Gut, das er zu verkaufen beauftragt ist, als Käufer für sich zu behalten (Art. 436 Abs. 1 OR). Bei einem derartigen Selbsteintritt ist der Kommissionär verpflichtet, den zur Zeit der Ausführung des Auftrages geltenden Börsen- oder Marktpreis in Rechnung zu bringen und kann sowohl die gewöhnliche Provision als die bei Kommissionsgeschäften sonst regelmässig vorkommenden Unkosten berechnen (Art. 436 Abs. 2 OR). Im Übrigen ist das Geschäft als Kaufvertrag zu behandeln (Art. 436 Abs. 3 OR). Der Selbsteintritt schafft damit einen Mischtatbestand: Für Provision sowie Verwendungsersatz und Befreiungsanspruch gelten die Kommissionsregeln, subsidiär Auftragsrecht. Ergänzt werden diese um die kaufrechtliche Gewährleistungspflicht des als Verkäufer selbsteintretenden Kommissionärs (vgl. VON PLANTA/LENZ, a.a.O., N 3 zu Art. 436).

2.4. Subsumtion

2.4.1 Gemäss Beleg vom 15. Februar 2000 kaufte die Beklagte auf Anweisung der Klägerin 746.03 Anteile am Fairfield Sentry Fund (act. 3/9). Im September 2008 gab die Beklagte die für die Klägerin treuhänderisch gehaltenen Beteiligungen auf deren Rechnung zurück (act. 3/10-11). Die Leistungen der Beklagten erschöpften sich damit nicht im Einkauf bzw. Verkauf von Fondsanteilen mittels indirekter Stellvertretung. Das treuhänderische Erwerben, das anschliessende Halten sowie die Rückgabe ist vielmehr als Dienstleistungspaket zugunsten eines anderen zu qualifizieren, welches in Ermangelung einer spezifischen Regelung durch das Obligationenrecht dem Auftragsrecht untersteht (Art. 394 Abs. 2 OR).

2.4.2 Selbst wenn es sich um eine Kommission gehandelt hätte, bestünde mit Art. 431 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 425 Abs. 2 OR ein dem Auftragsrecht

entsprechender Anspruch auf Verwendungersatz sowie auf Befreiung von eingegangenen Verbindlichkeiten. Für den zentralen Streitpunkt, ob ein Befreiungsanspruch nach Massgabe von Art. 402 Abs. 1 OR vorliegend grundsätzlich möglich ist, hat die Frage, ob die Rechtsbeziehung zwischen den Parteien als Kommissions- oder Auftragsverhältnis zu qualifizieren ist, somit keinen Einfluss.

2.4.3 Die Klägerin wendet ein, die Beklagte habe die Anteile am Fairfield Sentry Fund zwar in eigenem Namen, jedoch nicht auf fremde, sondern bereits vorgängig auf eigene Rechnung gekauft und sie erst dann an die Klägerin weiterverkauft. Sie macht mit anderen Worten einen Selbsteintritt der Beklagten geltend. Als Begründung fügt sie an, die Beklagte habe bei Fairfield Sentry Ltd. ein eigenes Depot unterhalten und nur gestützt auf die *Subscription Agreements* überhaupt Fondsanteile erwerben können (act. 33 Rz. 40 f.). Die Klägerin verkennt hierbei, dass es sich beim vorliegenden Geschäft nicht um eine reine Einkaufskommission handelte, bei der lediglich der Erwerb in eigenem Namen erfolgte. Die Beklagte musste die Beteiligungen nach deren Erwerb treuhänderisch halten, da eine Investition in den Fairfield Sentry Fund nur aufgrund eines *Subscription Agreement* überhaupt möglich war. Die Fondsanteile waren somit bei entsprechendem Kundenwunsch auch wieder durch die Beklagte im eigenen Namen zurückgegeben. Die Handlung, die vorliegend zur möglichen Verbindlichkeit geführt hat, war dabei nicht der Kauf, sondern die Rückgabe der Fondsanteile. Wäre diese Rückgabe im Rahmen eines Selbsteintritts erfolgt, so hätte die Beklagte - wie sie selbst richtig ausführt (act. 37 Rz. 41) - die Anteile einstweilen im eigenen Depot behalten, da sie als Käuferin eingetreten wäre. Eine direkte Rückgabe an Fairfield Sentry Ltd. wäre dadurch zum damaligen Zeitpunkt unterblieben und die Beklagte wäre nicht mit einem Rückforderungsanspruch seitens Fairfield Sentry Ltd. in der jetzigen Höhe und für eine Rückgabe zum besagten Zeitpunkt konfrontiert worden. Auch eine Rückgabe auf eigene Rechnung der Beklagten ist zu verneinen, da sie in diesem Fall den Erlös (abzüglich entsprechender Gebühr) nicht dem Konto der Klägerin gutgeschrieben hätte. Der Einwand der Klägerin, die Beklagte habe auf eigene Rechnung gehandelt, ist somit nicht zu hören. Ob dagegen beim Kauf ein Handeln auf

eigene Rechnung vorgelegen hat oder nicht, ist für den vorliegend umstrittenen Befreiungsanspruchs nicht von Bedeutung, da die mögliche Verbindlichkeit erst aufgrund der *Rückgabe* der Anteile entstanden ist.

2.5. Fazit

Aufgrund der treuhänderischen Tätigkeit der Beklagten, die über den Kauf bzw. Verkauf der Anteile hinausging, liegt keine reine Kommission vor. Ausgehend von den vertraglichen Pflichten "erwerben, halten und allenfalls verkaufen" von Fondsanteilen des Fairfield Sentry Funds ist von einem Auftrag auszugehen. Da die umstrittene Forderung erst im Rahmen der Rückgabe entstand, ist die Frage, ob die Beklagte bereits vor der Auftragserteilung durch die Klägerin über eine substantielle Anzahl von Fairfield Sentry Fondsanteile verfügte und beim Erwerb selbst eintrat, nicht von Belang und kann offengelassen werden. Ein Selbsteintritt bei der Rückgabe lag nicht vor, da die Beklagte die Anteile nicht selbst behielt sondern offenkundig zurückgab. Im Ergebnis liegt ein Handeln auf fremde Rechnung vor, womit ein Befreiungsanspruch nach Art. 402 Abs. 1 OR grundsätzlich möglich ist.

3. Befreiungsanspruch

3.1. Unbestrittener Sachverhalt

Die Klägerin gab im September 2008 der Beklagten den Auftrag, die 746.03 Fondsanteile, welche die Beklagte bis zu diesem Zeitpunkt treuhänderisch für die Klägerin hielt, zurückzugeben. Die Beklagte erhielt für die Rückgabe der Anteile (wie vorstehend bereits erwähnt) die Summe von USD 1'007'591.10, wovon sie der Klägerin mit Valuta 15. Oktober 2008 - nach Abzug einer Gebühr von USD 12'594.89 - einen Nettobetrag von USD 994'996.21 auf deren Konto gutschrieb (act. 3/10-11). Am 19. April 2010 leiteten die Liquidatoren des inzwischen konkursiten Fairfield Sentry Funds das US-Verfahren gegen die Beklagte ein. Die Liquidatoren im US-Verfahren verlangten die Rückzahlung sämtlicher Ausschüttungen aus dem Fairfield Sentry Fund für Fondsanteile,

welche zwischen dem 20. April 2004 und Dezember 2008, als der Betrugsfall Madoff publik wurde, rückvergütet wurden. Darunter fällt auch der genannte Betrag von USD 1'007'591.10 (act. 3/12-13, Exhibit A). In diesem Umfange weigert sich die Beklagte gegenüber der Klägerin, Auszahlungen zu machen bzw. Liquidität freizugeben.

3.2. Streitpunkte

3.2.1 Nach Ansicht der Klägerin besteht seitens der Beklagten kein Befreiungsanspruch nach Massgabe von Art. 402 Abs. 1 OR. Dieser erfasse nach Wortlaut und Systematik lediglich Schuldverpflichtungen, die der Beauftragte zum Zweck der Auftragserfüllung freiwillig eingegangen sei. Es müsse folglich ein mit einem Dritten eingegangenes Rechtsgeschäft vorliegen (act. 33 Rz. 50 f.). Ein etwaiger Rückgriff auf die Beklagte aus Billigkeit (wie vorliegend) falle dagegen nicht hierunter, da es sich nicht um eine Verbindlichkeit handle, die weder zum Zwecke der Auftragserfüllung eingegangen noch freiwillig erfolgt sei (act. 33 Rz. 62 ff.). Der Gegenstand des US-Verfahrens stelle zudem keine Verpflichtung dar, die zu einer Erhöhung der Passiven der Beklagten geführt habe. Sie könne deshalb auch nicht als Verbindlichkeit im Sinne von Art. 402 Abs. 1 OR qualifiziert werden (act. 33 Rz. 68 ff.).

3.2.2 Die Beklagte ihrerseits hält dafür, dass unter "eingegangenen Verbindlichkeiten" jegliche Verbindlichkeiten - gleich welchen Rechtsgrundes - zu verstehen seien, solange sie ihren Ursprung in einem Rechtsgeschäft hätten, welches der Beauftragte in eigenem Namen, aber auf Rechnung bzw. im Interesse des Auftraggebers abgeschlossen habe (act. 16 Rz. 86 ff.).

3.3. Rechtliches

3.3.1 Auf das vorliegend zu beurteilende Verhältnis ist Auftragsrecht anwendbar (vgl. Erw. 2.4.1). Gemäss Art. 402 Abs. 1 OR hat der Auftraggeber dem Beauftragten die Auslagen und Verwendungen zu ersetzen (Verwendungsersatz) und ihn von den eingegangenen Verbindlichkeiten zu befreien (Befreiungsanspruch). Durch seine Tätigkeit im Interesse des Auftraggebers soll

der Beauftragte generell keinen Vermögensverlust erleiden (Entscheid des Bundesgerichts 4A_443/2011 vom 22. Februar 2012, E. 2.2.2; WALTER FELLMANN, in: Berner Kommentar, VI/2/4, 1992, N 10 zu Art. 402; GEORG GAUTSCHI, Berner Kommentar, VI/2/4, 3. Aufl. 1971, N 16a zu Art. 402; TERCIER/FAVRE, Les contrats spéciaux, 4. Aufl. 2009, S. 784 Rz. 5226). Auslagen sind dabei Aufwendungen in Form von Geld, Verwendungen sind ein Verbrauch von Sachen (ROLF H. WEBER, a.a.O., N 3 f. zu Art. 402, FELLMANN, a.a.O., N. 15 f. zu Art. 402). Eine Verbindlichkeit liegt dagegen vor, wenn der Beauftragte im Interesse des Auftraggebers, aber in eigenem Namen gegenüber einem Dritten eine Schuldverpflichtung eingeht (FELLMANN, a.a.O., N 88 zu 402; GAUTSCHI, a.a.O., N 15 zu Art. 402; HUGO OSER/WILHELM SCHÖNENBERGER, Zürcher Kommentar, V/3, 2. Aufl. 1945, N 8 zu Art. 402). Im Gegensatz zu den Auslagen und Verwendungen vermindern die Verbindlichkeiten nicht die Aktiven des Auftragnehmers, sondern vermehren seine Passiven (FELLMANN, a.a.O., N 88 zu 402; WEBER, a.a.O., N 8 zu Art. 402). Die Auslagen, Verwendungen und Verbindlichkeiten müssen im Rahmen eines konkreten und richtig ausgeführten Auftrags entstehen, damit ein Ersatz- bzw. Übernahmeanspruch besteht (FELLMANN, a.a.O., N 92 f. zu 402; WEBER, a.a.O. N 5 f. zu Art. 402).

3.3.2 Wie Art. 401 OR für die Rechte (Legalzession), so korrigiert der Befreiungsanspruch nach Art. 402 Abs. 1 OR die Situation des indirekten Stellvertreters für die Verpflichtungen, welche dieser für den Auftraggeber eingegangen ist. Der Auftragnehmer soll von solchen Verpflichtungen befreit und im Ergebnis nicht schwerer belastet werden, als wenn er als direkter Stellvertreter des Auftraggebers gehandelt und diesen damit direkt verpflichtet hätte (vgl. dazu FELLMANN, a.a.O., N 85 ff. zu Art. 402; GAUTSCHI, a.a.O., N 16a zu Art. 402). Der Befreiungsanspruch hat folglich die Funktion, den Beauftragten vor künftigen Schaden zu bewahren, der ihm durch die Erfüllung einer Verpflichtung im Interesse des Auftraggebers entstehen würde (GAUTSCHI, a.a.O., N 16b zu Art. 402).

3.3.3 Welche Ansprüche im Detail vom Befreiungsanspruch nach Art. 402 Abs. 1 OR erfasst werden, ist von Lehre und Rechtsprechung noch nicht abschliessend

geklärt. Im Vordergrund stehen Verpflichtungen zu Sachleistungen, insbesondere die Pflicht zur Zahlung einer Geldsumme (FELLMANN, a.a.O., N 89 zu Art. 402). Ansprüche gegen den Beauftragten aus Delikt oder ungerechtfertigter Bereicherung würden gemäss einer Lehrmeinung nicht vom Befreiungsanspruch (Art. 402 Abs. 1 OR) erfasst, sondern könnten nur als Schadenersatzanspruch (Art. 402 Abs. 2 OR) entschädigt werden (vgl. FRANZ WERRO, *Le mandat et ses effets*, 1993, S. 233 Rz. 681; DERS., in: *Commentaire romand, Code des obligations*, 2003, N 10 zu Art. 402 OR). Nach anderen Lehrmeinungen sind auch Forderungen aus (verschuldensunabhängigen) Haftpflichtansprüchen Dritter (FELLMANN, a.a.O., N. 89 zu Art. 402 OR), Gewährleistungspflichten aus dem Verkauf von Kommissgütern (FELLMANN, a.a.O., N 89 zu Art. 402 OR) oder aber auch Steuerverpflichtungen (GAUTSCHI, a.a.O., N 16a zu Art. 402 OR) als Verbindlichkeiten im Sinne von Art. 402 Abs. 1 OR zu betrachten (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_443/2011 vom 27. Februar 2012, E. 2.1, 2.2.2). All diesen Verbindlichkeiten ist gemein, dass sie aus einem in indirekter Stellvertretung eingegangenen Rechtsgeschäft resultieren und daher den Beauftragten direkt anstelle des Auftraggebers treffen.

3.3.4 Der Beauftragte kann den Befreiungsanspruch geltend machen, sobald die Verbindlichkeit gegenüber dem Dritten entstanden ist (BGE 78 II 42 E. 4 S. 51; GAUTSCHI, a.a.O., N 18a zu Art. 402). Ob die eingegangene Verbindlichkeit gegenüber dem Dritten bereits fällig ist, spielt für den Befreiungsanspruch keine Rolle. Dessen Fälligkeit tritt gemäss Art. 402 Abs. 1 OR mit der Eingehung der Verbindlichkeit ein (FELLMANN, a.a.O., N 118 zu Art. 402 OR). Eine bereits realisierte, effektive Vermögensverminderung seitens des Beauftragten ist damit keine Voraussetzung für den Befreiungsanspruch, einzig die Erhöhung der Passiven. Der Umstand, dass Verbindlichkeiten bestritten werden und sie allenfalls gar Streitgegenstand eines laufenden Prozesses bilden, vermag nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nichts am grundsätzlichen Befreiungsanspruch des Beauftragten zu ändern. Zwar steht erst mit Abschluss des entsprechenden Verfahrens rechtsgültig fest, ob die Verbindlichkeit im behaupteten Umfang überhaupt besteht, entstanden ist sie jedoch für den Fall der Bejahung bereits vorher und nicht erst im Zeitpunkt des Urteils bzw. dessen

Rechtskraft. Gemäss Bundesgericht belastet denn auch bereits die Existenz einer bestrittenen Forderung das Vermögen des Belangten (Entscheid des Bundesgerichts vom 22. Februar 2012, 4A_443/2011, E. 2.4).

3.4. Subsumtion

3.4.1 Der vorliegend umstrittene Anspruch hat seinen Ursprung offenkundig im Auftragsverhältnis zwischen den Parteien. Indem die Beklagte im Jahr 2000 von der Klägerin den Auftrag übernommen hat, die Fondsanteile der Fairfield Sentry Ltd. treuhänderisch für die Klägerin zu zeichnen und zu halten, hat sie gleichzeitig sämtliche mit dem Zeichnen, Halten oder der Rückgabe dieser Position verbundenen Obligationen übernommen (vgl. dazu GAUTSCHI, a.a.O., N 15a zu Art. 402, unter Hinweis auf BGE 72 I 334 S. 338 f.). Die Beendigung eines Rechtsgeschäfts stellt ebenso einen rechtsgeschäftlichen Akt dar wie dessen Begründung. Wenn die Fairfield Sentry Ltd. von der Beklagten nun die genaue gleiche Summe zurückverlangt, welche die Beklagte im Zusammenhang mit der rechtsgeschäftlichen Auflösung dieses Rechtsverhältnisses von Fairfield Sentry Ltd. erhalten hat, so besteht offensichtlich ein Bezug des im US-Verfahren gegen die Beklagte geltend gemachten Rückforderungsanspruchs zum ursprünglichen Rechtsgeschäft zwischen Fairfield Sentry Ltd. und der für die Klägerin treuhänderisch handelnden Beklagten. Zu den mit der Rückgabe verbundenen Obligationen gehören daher auch Rückforderungsansprüche, die nach dem jeweils anwendbaren Recht im Fall eines Konkurses des Fonds gegenüber denjenigen Anlegern entstehen können, die ihre Anteile vor Konkurseröffnung noch zurückgegeben haben. Letztlich sieht sich die Beklagte diesem Rückforderungsanspruch nur deswegen ausgesetzt, weil sie den klägerischen Auftrag vom 5. September 2008 zur Rückgabe der Fondsanteile an Fairfield Sentry Ltd. (act. 17/10) instruktionsgemäss ausgeführt hat. Der Begriff "*eingegangene Verbindlichkeiten*" umfasst dementsprechend nicht nur vom Beauftragten spezifisch kontrahierte vertragliche Hauptpflichten wie etwa die Pflicht zur Bezahlung eines Kaufpreises. Vielmehr fallen auch Verbindlichkeiten aus anderen Rechtsgründen darunter, sofern sie ihren Ursprung in einem Rechtsgeschäft haben, welches der Beauftragte im eigenen Namen, jedoch im

Interesse des Auftraggebers abgeschlossen hat und diese Verbindlichkeiten direkt den Auftraggeber treffen würden, hätte dieser den Auftragnehmer als direkter Stellvertreter für seine Rechnung rechtsgeschäftlich handeln lassen. Unter den "*eingegangenen Verbindlichkeiten*" sind mithin nicht nur im Sinne spezifischer vom Beauftragten gemachter Zusicherungen zu verstehen. Sie umfassen vielmehr grundsätzlich alle Pflichten, die aus einem vom Beauftragten eingegangenen Rechtsgeschäft resultieren bzw. direkt damit zusammenhängen. Insofern erweist sich die Interpretation der Klägerin, welche unter den Begriff der "*eingegangenen Verbindlichkeiten*" nur Obligationen subsumieren möchte, die unmittelbar rechtsgeschäftlicher Natur sind, als zu eng.

3.4.2. Die Rückforderungsansprüche sind insofern auch als "freiwillig" zu qualifizieren, da die Beklagte, um den Instruktionen der Klägerin nachzukommen, die Fondsanteile aus freien Stücken im Austausch gegen die Rückgabesumme von USD 1'007'591.10 an Fairfield Sentry Ltd. restituierte. Es ist im Übrigen unbestritten, dass die Beklagte diesbezüglich pflichtbewusst und sorgfältig gehandelt hat.

3.4.3 Die Klägerin wendet dagegen ein, die im US-Verfahren eingeklagte Summe von USD 1'007'591.10 stimme zwar betragsmässig und in zeitlicher Hinsicht mit dem Erlös der für die Klägerin treuhänderisch vorgenommenen Rückgabe überein, es sei jedoch nicht auszuschliessen, dass es sich um eine Ausschüttung an einen Dritten gehandelt habe, die rein zufällig zur gleichen Zeit und in derselben Höhe erfolgte. Sie bestreitet mithin die Identität der Zahlungen. Diese sei durch die Beklagte nicht genügend substantiiert.

Die Beklagte hat gezeigt, dass sie zur nämlichen Zeit, auf Instruktion der Beklagten hin (act. 17/10), die Anteile zurückgegeben, den besagten Betrag von Fairfield Sentry Ltd. erhalten und ihn - abzüglich einer entsprechenden Gebühr - dem Konto der Klägerin gutgeschrieben hat (act. 3/11; act. 17/11). Sie hat weiter gezeigt, dass sie im US-Verfahren u.a. über denselben Betrag einer zur selben Zeit getätigten Auszahlung eingeklagt worden ist (act. 3/13, Exhibit A). Auch wenn die Klägerin im US-Verfahren nicht genannt wird - was aufgrund der Unkenntnis der US-amerikanischen Liquidatoren hinsichtlich der Identität der wirtschaftlich

Berechtigten nicht weiter erstaunt - so gelingt der Beklagten damit dennoch der Beweis, dass es sich bei der eingeklagten Rückzahlungssumme ohne Zweifel um diejenige handelt, welche die Beklagte aus der Transaktion vom 15. Oktober 2008 erhalten und der Klägerin - abzüglich Gebühr - auf deren Konto gutgeschrieben hat. Exhibit A der *First Amended Complaint* vom 5. Januar 2011, welche die durch die Liquidatoren eingeklagten Rückzahlungssummen (sog. *Redemption Payments*) einzeln und mit Datum auflistet, weist nur einmal den Auszahlungsbetrag von USD 1'007'591.10 aus. Die eingeklagte Auszahlung erfolgte gemäss Exhibit A zudem am 15. Oktober 2008, mithin exakt zum gleichen Zeitpunkt, an dem die Beklagte die Fondsanteile der Klägerin auf deren Ersuchen hin an Fairfield Sentry Ltd. zurückgab (von act. 3/13, Exhibit A S. 3; act. 17/11; act. 3/11). Es handelt sich folglich um dieselbe Auszahlung. Jedenfalls bestehen für einen gegenteiligen Rückschluss keinerlei Indizien. Der klägerische Einwand ist daher unbegründet und nicht zu hören.

3.4.4 Das Argument der Klägerin, ein allfälliger Befreiungsanspruch der Beklagten gegenüber der Klägerin sei gar noch nicht entstanden (act. 1 Rz. 77-85), vermag im Lichte der unter Ziffer 3.3.4 vorstehend erwähnten bundesgerichtlichen Rechtsprechung ebenfalls nicht zu überzeugen. Der Beauftragte kann die Befreiung verlangen, sobald seine Verbindlichkeit gegenüber dem Dritten entstanden ist, selbst wenn diese noch nicht fällig ist bzw. selbst wenn sie bestritten wird. Ein Befreiungsanspruch der Beklagten ist somit nicht allein deshalb zu verneinen, weil die Verbindlichkeit der Beklagten gegenüber Fairfield Sentry Ltd. (erst) Gegenstand des US-Verfahrens bildet. Sowohl das Bundesgericht als auch die Lehre interpretieren den Befreiungsanspruch nach Art. 402 Abs. 1 OR in einer Weise, welche den Unsicherheitsfaktoren, mit denen eine Verbindlichkeit naturgemäss belastet ist, entsprechend Rechnung trägt. In diesem Sinne ist es nicht von Belang, dass der Entscheid im US-Verfahren noch offen ist. Ein die Klage von Fairfield Sentry Ltd. gutheissendes US-amerikanisches Urteil würde die Forderung im zugesprochenen Umfang denn auch nicht zum Entstehen bringen, sondern sie lediglich in ihrer Existenz bestätigen. Der Einwand der Klägerin, die im US-Verfahren gegen die Beklagte geltend gemachte Forderung stütze sich lediglich auf Billigkeit und entstehe

deshalb erst im Urteilszeitpunkt (act. 33 Rz. 83), ist nicht zu hören. Aus dem Wortlaut der *Second Amended Claim* vom 19. Juli 2012 geht klar hervor, dass es sich um einen bereicherungsrechtlichen Anspruch handelt ("*B._____ has been unjustly enriched*"; act. 34/1 Rz. 79). Aus dem Umstand, dass hiernach auf die Unredlichkeit einer solchen ungerechtfertigten Bereicherung verwiesen wird ("*It would offend principles of equity and good conscience*"; act. 34/1 Rz. 80), lässt sich nicht ableiten, dass es sich um eine reine Billigkeitshaftung handeln würde, wie dies die Beklagte tut (act. 33 Rz. 56 ff.). Vielmehr wird mit dem stehenden Begriff "*equity and good conscience*" unterstrichen, dass das Behalten einer ungerechtfertigten Bereicherung gegen die allgemein geltenden Grundwerte von Recht und Billigkeit, mithin gegen Treu und Glauben im Geschäftsverkehr, verstossen würde. Dass die gesamte Rückzahlungssumme gefordert wird, lässt den Anspruch nicht bereits zu einem reinen Billigkeitsanspruch ähnlich Art. 54 OR werden. Im Umfang der Bereicherung entspricht der geltend gemachte Anspruch einer Leistungskondition, der, sofern er besteht, in dieser Höhe bereits im Zeitpunkt der Bereicherung entstanden ist und nicht erst im Urteilszeitpunkt begründet wird. Die Höhe der Bereicherung ergibt sich dabei - entgegen der Meinung der Klägerin (act. 33 Rz. 59) - nicht nur aus dem vermeintliche Gewinn der Investition, der sich aus der Differenz zwischen Kauf- und Rücknahmepreis der Fondsanteile errechnen würde. Da über den Fairfield Sentry Fund kurz nach der Rückgabe der Anteile der Konkurs eröffnet wurde (act. 16 Rz. 27; act. 33 Rz. 10), verfügten die Anteile zum Rückgabezeitpunkt höchstens noch über einen Bruchteil desjenigen Werts, den sie im Zeitpunkt des Erwerbs hatten. Je nach Höhe des Gesamtwertes des Fonds im Oktober 2008 strebte auch der Wert der Fondsanteile zu dieser Zeit bereits gegen Null, womit sich im Ergebnis die Höhe der Bereicherung der Rückzahlungssumme annähert. Es ist daher verständlich, dass die US-Liquidatoren des Fairfield Sentry Fund unter dem Titel der ungerechtfertigten Bereicherung die gesamte Rückzahlungssumme einfordern. Über deren genauen Bestand ist im US-Verfahren zu befinden. Auf die Entstehung des vorliegend umstrittenen Befreiungsanspruchs nach Art. 402 Abs. 1 OR hat dies jedoch keinen Einfluss.

3.5. Fazit

Die Forderung von USD 1'007'591.10, welche Fairfield Sentry Ltd. gegenüber der Beklagten geltend macht, ist als "Verbindlichkeit" im Sinne von Art. 402 Abs. 1 OR zu qualifizieren. Sie stützt sich nicht ausschliesslich auf Billigkeitsüberlegungen, sondern vielmehr auf Bereicherungsrecht. Die Forderung ist daher auch ohne abschliessendes Urteil im US-Prozess bereits entstanden. Die Beklagte ist diese Verbindlichkeit in ordnungs- und pflichtgemässer Ausführung ihres Treuhandauftrags - lautend auf Zeichnen, Halten und Rückgabe der Fondsanteile - "eingegangen". Nach Art. 402 Abs. 1 OR hat die Beklagte gegenüber der Klägerin deshalb einen Befreiungsanspruch, sei es durch Befreiung extern gegenüber Fairfield Sentry Ltd. oder intern in Form einer genügenden Deckung.

4. Pfandrecht

4.1. Unbestrittener Sachverhalt

4.1.1 Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten (act. 3/5), deren grundsätzliche Gültigkeit und Anwendbarkeit von keiner Seite bestritten wird (vgl. act. 1 Rz. 5 f., 46, 89; act. 16 Rz. 44 ff., 181 f.), sehen in Art. 10, zweiter Abschnitt, ein Pfandrecht der Beklagten "*by the way of guarantee all claims against the Client, including in particular those arising from the granting of loans and credit facilities*" (sinngemäss übersetzt: im Sinne einer Garantie aller Ansprüche gegen den Kunden, insbesondere auch solcher, welche aus der Gewährung von Darlehen und Kreditfazilitäten entstehen) vor. Das Pfandrecht erfasst dabei "*all assets and receivables of the Client that it possesses*" (sinngemäss übersetzt: das gesamte Vermögen und alle Forderungen, welche der Bankkunde eingebracht hat). Der siebte Abschnitt macht weiter klar, dass das Pfandrecht sämtliche Verbindlichkeiten - seien sie fällig, noch nicht fällig oder bedingt - sichert.

4.1.2 Der Pfandvertrag vom 9. Dezember 2005 (3/35) räumt der Beklagten ebenfalls ein Pfandrecht für (i) "*any loans, debits, advances, credit facilities, charges or any other facilities*" (sinngemäss übersetzt: jegliche Darlehen, Sollpositionen, Vorschüsse, Kredite, Belastungen und weitere Fazilitäten) ein (Art. 3 lit. a) sowie für (ii) "*(...) any obligations (including any liabilities incurred on*

behalf of the Pledgor by the bank, arising, for example, from rights of recourse (...)" (sinngemäss übersetzt: alle Verbindlichkeiten, welche die Bank zugunsten des Pfandschuldners eingegangen ist und ihr bspw. aus Rückgriffsrechten entstehen) (Art. 3 lit. b). Das Pfandrecht erfasst dabei nach Art. 2 "*all assets and securities and any future rights attaching thereto, such as bonus shares, subscription rights etc. (...), insurance policies and any claims thereunder, any debt claims (...), debt instruments and shareholdings, cash deposits, banknotes, precious metals, (...) commodities or assets of any type whatsoever, held either directly or indirectly by the Bank (...)*" (sinngemäss übersetzt: das gesamte Vermögen, alle Wertschriften und alle daraus folgenden zukünftigen Rechte, Versicherungspolice, Forderungen, Beteiligungen, Barhinterlegungen, Banknoten, Edelmetalle, Güter und Vermögen jeglicher Art, welche direkt oder indirekt von der Bank verwahrt werden).

4.2. Streitpunkte

4.2.1 Zur Sicherung ihres Anspruchs nach Art. 402 Abs. 1 OR in der Höhe von USD 1'007'591.10 macht die Beklagte ein Pfandrecht an den bei ihr gelegenen Vermögenswerten der Klägerin geltend. Die Beklagte geht davon aus, dass das Pfandrecht ihren Anspruch auf Sicherheitsleistung bzw. auf Deckung im oben umschriebenen Sinn sichert (act. 16 S. 77 ff.). Dabei stützt sich die Beklagte sowohl auf Art. 10 ihrer Allgemeinen Geschäftsbedingungen (act. 3/5) als auch auf den Pfandvertrag vom 9. Dezember 2005 (act. 3/35).

4.2.2. Nach der Ansicht der Klägerin können dagegen nur bereits bestehende Verpflichtungen pfandrechtl. gesichert werden. Dies sei vorliegend aber nicht möglich, nachdem die Beklagte diesbezüglich selbst bloss von einer "potentiellen Forderung" spreche. Da die Forderung seitens Fairfield Sentry Ltd. noch gar nicht entstanden sei, bestünde auch kein Befreiungsanspruch nach Art. 402 Abs. 1 OR und somit auch kein Pfandgrund (act. 1 S. 29 und 30; act. 33 Rz. 86).

4.3. Pfandrecht nach Art. 900 ZGB

4.3.1. Rechtliches

Vorliegend soll eine bereits dem Konto der Klägerin gutgeschriebene Forderung mit einer Pfandhaft belegt werden. Zur Verpfändung einer Forderung, für die keine Urkunde besteht, bedarf es der schriftlichen Abfassung des Pfandvertrages (Art. 900 Abs. 1 OR). Die zu verpfändende Forderung muss bestimmbar sein. Es gelten dabei die gleichen Grundsätze wie bei der Globalzession (DIETER ZOBL, Berner Kommentar, IV/2/5/2, 2. Aufl. 1996, N 24 zu Art. 900 ZGB). Werden sämtliche gegenwärtigen und zukünftigen Kundenguthaben aus dem Geschäftsbetrieb, aus Lieferung oder aus Arbeitsleistung des Verpfänders verpfändet, so liegt bspw. eine genügende Bestimmbarkeit vor (BGE 113 II 163 S. 165 E. 2a; 112 II 433 S. 436 E. 3; DIETER ZOBL, Berner Kommentar, IV/2/5/1, 2. Aufl. 2010, N 1666 zum Systematischen Teil vor Art. 884 ZGB m. w. H.). Der Pfandvertrag muss nicht zwingend in einer separaten Urkunde errichtet werden, sondern kann auch aus den unterzeichneten AGB hergeleitet werden (ZOBL, a.a.O., N 29 zu Art. 900 ZGB). Er bedarf nur der Unterschrift des Verpfänders (BGE 27 II 527 S. 531 f. E. 4). Die Nichtbeachtung der Form hat die Nichtigkeit des Pfandvertrages zu Folge (Art. 11 II OR).

4.3.2. Subsumtion

4.3.2.1 Sowohl der Pfandvertrag als auch die Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind schriftlich abgefasst und vom Verpfänder unterschrieben (act. 3/5, act. 35). Pfandobjekte sind sämtliche Forderungen und werthaltigen Gegenstände, die die Klägerin bei der Beklagten hinterlegt hat sowie deren Surrogate. Die Pfandobjekte sind damit genügend bestimmt und eine übermässige Bindung liegt nicht vor. Die Pfandklauseln der Allgemeinen Geschäftsbedingungen sowie des Pfandvertrages sind zudem derart weit gefasst, dass der Befreiungsanspruch der Beklagten ohne weiteres darunter subsumiert werden kann, zumal vorliegend - entgegen der Meinung der Klägerin und wie oben bereits aufgezeigt - keine künftige, sondern eine bereits entstandene, wenn auch bestrittene Forderung vorliegt.

4.3.2.2 Der Einwand der Klägerin, die Beklagte hätte es versäumt, genügend grosse Rückstellungen für die eingeklagten *Redemption Payments* zu tätigen (act. 33 Rz. 28 ff.), hat keinen Einfluss auf die vorliegend zu beantwortende Frage, ob die Beklagte berechtigt ist, die hinterlegten Vermögenswerte mit einem

Pfand zu belegen. Die eingeklagten Auszahlungen stellen Verpflichtungen im Sinne von Art. 402 Abs. 1 OR dar, womit ein Befreiungsanspruch seitens der Beklagten gegenüber der Klägerin besteht. Für diese Forderung steht der Beklagten ein vertraglich vereinbartes Pfandrecht zu. Die Frage der Rückstellungen tangiert dieses von den Parteien zweifach kontrahierte Pfandrecht nicht.

4.3.3. Akzeptierte Vermögenswerte

4.3.3.1 Der Pfandvertrag (act. 3/35) enthält einen Anhang mit der Bezeichnung "*General Policy for Collateralised Credit Facilities and Margin Requirements*" (Generelle Regeln für gesicherte Kreditfazilitäten und Margenanforderungen). Auch dieser Anhang findet als Teil des Vertrages grundsätzlich Anwendung in der vorliegenden Streitsache, was von der Klägerin in ihren Schriften auch nicht bestritten wird. Unter Ziff. II des Anhangs ("*General policy for advance rates on financial assets held and pledged with the Bank*") wird festgehalten, welche Vermögenswerte des Kunden die Bank als Pfand akzeptiert (vgl. Rubrik "*Type of Collateral*"). Akzeptiert werden demgemäss:

- Kontoguthaben ("*Cash Balances and B._____ Deposits*"),
- kurzfristige Schuldverschreibungen ("*Other Money Market Instruments*"),
- liquide Obligationen mit dem Rating Single A oder besser ("*liquid single A rated Bonds or better*")
- sowie liquide Blue Chip Aktien ("*liquid blue chip stocks*").

Hinsichtlich der Kategorien Aktien, Obligationen und kurzfristige Schuldverschreibungen gelten sodann zusätzliche Voraussetzungen: Insbesondere müssen die betreffenden Titel bzw. ihre Herausgeber zu Gesellschaften gehören, welche ihren Sitz in Ländern haben, die mindestens das Rating Single A tragen. Ferner müssen die Titel in bestimmten, im Appendix umschriebenen Währungen denominiert sein. Zudem werden illiquide Vermögenswerte grundsätzlich nicht als Pfand akzeptiert. Die Frage, ob Hedge-Fondsanteile als Pfand akzeptiert werden, entscheidet die Bank von Fall zu Fall ("*No advances are generally extended against illiquid assets and advances*

against hedge funds are treated separately on a case by case basis", act. 3/35, S. 5).

4.3.3.2 Lediglich die klägerischen Kontoguthaben von EUR 461'191.01 und USD 153'503.08 sind damit liquid und belehnbar im Sinne des Pfandvertrages. Die diversen Fondsanteile der Klägerin (Stellar Energy Fund, Stellar International Property Fund Ltd., XMARK Opportunity Fund Ltd. Class A S. X2, XMARK Opportunity Fund Ltd. Class A S. XI sowie XMARK Opportunity Fund Ltd. Class A S. X5) sind dagegen gemäss den pfandrechtlichen Richtlinien der Beklagten zufolge ungenügender Liquidität nicht als Pfand anrechenbar. Die einzigen liquiden Vermögenswerte der Klägerin (EUR 461'191.01 und USD 153'503.08) vermögen den Befreiungsanspruch der Beklagten von USD 1'007'591.10 jedoch nicht ausreichend zu decken. Ebenso wenig können sie einen reduzierten Betrag von USD 994'996.21 decken, der dem von Fairfield Sentry Ltd. empfangenen Rückgabebetrag von USD 1'007'591.10, abzüglich der von der Beklagten veranschlagten Auftragsgebühr, entspricht.

4.3.4. Fazit

Im Ergebnis steht der Beklagten an sämtlichen bei ihr gelegenen Vermögenswerten der Klägerin ein Pfandrecht zu. Da die belehnbaren Mittel den umstrittenen Rückforderungsanspruch von Fairfield Sentry Ltd. nicht abdecken, hat die Klägerin keinen Anspruch auf Freigabe des Teilbetrags von EUR 120'000.--.

4.4. Retentionsrecht

4.4.1. Rechtliches

Rechtsprechung und Literatur anerkennen ein Retentionsrecht oder zumindest ein obligatorisches Rückbehaltungsrecht, bis der Beauftragte nach Massgabe von Art. 402 Abs. 1 OR von den eingegangenen Verbindlichkeiten befreit ist, die Auslagen ersetzt und die "Kommissionen" bezahlt sind (BGE 113 III 26 S. 32 E. 3c m.w.H.). Auch eine dingliche Sicherung des Befreiungsanspruchs nach Art. 402 Abs. 1 OR ist somit anerkannt.

4.4.2. Subsumtion

Der Rückforderungsanspruch seitens der Fairfield Sentry Ltd. ist als eingegangene Verbindlichkeiten zu qualifizieren, wovon die Beklagte gemäss Art. 402 Abs. 1 OR einen Anspruch hat, befreit zu werden. Solange der Befreiungsanspruch nicht erfüllt ist, könnte sich die Beklagten alternativ auch auf ein Retentions- bzw. Rückbehaltungsrecht berufen.

4.4.3. Fazit

Der Beklagten stünde somit alternativ zum vertraglich vereinbarten Pfandrecht auch ein aus dem Auftrag resultierendes Retentions- bzw. Rückbehaltungsrecht an den eingebrachten Vermögenswerten der Klägerin zu.

5. Zusammenfassung der Tat- und Rechtsfragen

5.1 Die Beklagte erwarb, hielt und verkaufte 746.03 Anteile am Fairfield Sentry Fund in eigenem Namen. Zumindest der Verkauf erfolgte dabei auf Rechnung der Klägerin. Die bei der Rückgabe erhaltene Rückvergütung (sog. "*Redemption Payment*") basierte auf einer fiktiven Wertsteigerung der Fondsanteile des Fairfield Sentry Funds, welche seitens des Fonds nie erzielt worden ist.

5.2 Der Rückforderungsanspruch seitens der Fairfield Sentry Ltd., welche diese im US-Verfahren gegen die Beklagte geltend macht, stützt sich auf Bereicherungsrecht, ist bereits entstanden und stellt eine "eingegangene Verbindlichkeit" der Beklagten im Sinne von Art. 402 Abs. 1 OR dar. Sie resultiert aus der instruktionsgemässen Rückgabe der Anteilsscheine. Die Beklagte hat daher ihrerseits mit Entstehung dieser Rückforderung einen gesetzlichen Befreiungsanspruch gegenüber der Klägerin in selbiger Höhe. Der Umstand, dass der Rückforderungsanspruch bestritten ist und Gegenstand des US-Verfahrens bildet, vermag sich nicht auf den Befreiungsanspruch der Beklagten auszuwirken.

5.3 Der Befreiungsanspruch der Beklagten ist sowohl aufgrund der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten als auch nach Pfandvertrag vom 9. Dezember 2005 ein Grund für die Errichtung eines Pfands an den durch die Klägerin bei der Beklagten eingebrachten Vermögenswerten. Gemäss den vertraglichen Abmachungen der Parteien können jedoch nicht alle eingebrachten Vermögenswerte verpfändet werden, sondern nur werthaltige. Vorliegend sind einzig die beiden klägerischen Kontoguthaben von EUR 461'191.01 und USD 153'503.08 belehnbar. Diese reichen jedoch nicht aus, um den Rückforderungsanspruch genügend zu sichern.

5.4 Die Beklagte hat damit die Vermögenswerte der Klägerin im Einklang mit den rechtsgeschäftlich vereinbarten Pfandverabredungen in Pfandhaft genommen. Eine Entlassung, auch nicht im geforderten Umfang, hat sie nicht vorzunehmen, da die belehnbaren Mittel die eingegangene Verbindlichkeit nicht übersteigen. Die Klage ist somit abzuweisen.

6. Kosten- und Entschädigungsfolgen

6.1. Gerichtskosten

Die Höhe der Gerichtskosten bestimmt sich nach der Gerichtsgebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 [GebV OG] (Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG). Der vorliegende Streitwert von USD 120'000.-- ist auf das Datum der Begründung der Rechtshängigkeit in Schweizer Franken umzurechnen (BGE 63 II 34 S. 35) und beträgt gerundet CHF 144'250.--. Basierend auf dieser Streitwertsumme ist die Gebühr in Anwendung von § 4 GebV OG auf gerundet CHF 12'000.-- festzusetzen. Die Gerichtskosten sind der Klägerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO) und aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss zu beziehen.

6.2. Parteientschädigungen

Die Höhe der Parteientschädigung ist nach der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 [AnwGebV] zu bemessen (Art. 105 Abs. 2 ZPO). Grundlage bildet der Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV). Die

Grundgebühr ist für die Begründung bzw. die Beantwortung einer Klage geschuldet und deckt auch die Teilnahme an einer allfälligen Hauptverhandlung. Für die Teilnahme an zusätzlichen Verhandlungen und für jede weitere Rechtsschrift ist ein Zuschlag zu gewähren (§ 11 Abs. 1 u. 2 AnwGebV). Der Beklagten ist eine Parteientschädigung von vier Dritteln der Grundgebühr zuzusprechen. Die Klägerin ist demnach zu verpflichten, der Beklagten eine Parteientschädigung von gerundet CHF 18'000.-- (exkl. MwSt.) zu bezahlen (§ 4 i.V.m. § 11 Abs. 2); diese ist aus der entsprechenden, von der Klägerin geleisteten Kautionsleistung zu begleichen.

6.3. Hinweis Mehrwertsteuer

Ist einer mehrwertsteuerpflichtigen Partei eine Prozessentschädigung zuzusprechen, hat dies zufolge Möglichkeit des Vorsteuerabzugs ohne Berücksichtigung der Mehrwertsteuer zu erfolgen (Praxisänderung des Kassationsgerichts des Kantons Zürich, Entscheid vom 19. Juli 2005; ZR 104 (2005) Nr. 76, SJZ 101 (2005) 531 ff.). Die Beklagte hat zudem keine Mehrwertsteuer beantragt (act. 16 S. 2, act. 37 S. 2).

Das Handelsgericht erkennt:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Gerichtskosten werden auf CHF 12'000.-- festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten werden der Klägerin auferlegt und aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss gedeckt.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 18'000.-- (exkl. MwSt.) zu bezahlen. Die Kasse des Obergerichts des Kantons Zürich wird angewiesen, die von der Klägerin hierfür geleistete Sicherheit (CHF 18'000.--) nach Rechtskraft des Urteils der Beklagten auszuzahlen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Kasse des Obergerichts des Kantons Zürich.
6. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht [BGG]. Der Streitwert beträgt CHF 144'250.--.

Zürich, 27. Mai 2014

Handelsgericht des Kantons Zürich

Vorsitzender:

Gerichtsschreiber:

Dr. George Daetwyler

Dr. Thomas Steininger