



Mitwirkend: Oberrichter Roland Schmid, Präsident, und Oberrichterin Flurina Schorta, die Handelsrichter Dr. Felix Graber und Christian Zuber, Handelsrichterin Ursula Mengelt sowie der Gerichtsschreiber Dr. Giulio Donati

Urteil vom 31. Januar 2020

in Sachen

A._____ AG,
Klägerin

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

gegen

B._____ LTD,
Beklagte

betreffend **Forderung / Arrestprosequierung**

Rechtsbegehren:

(act. 9 S. 2)

- "1. Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin EUR 17'080'021.86 zzgl. Zins zu 5% seit 23. August 2018 zu bezahlen.
2. Es sei der Klägerin in der Betreuung Nr. 1 des Betreibungsamtes Genf (Zahlungsbefehl vom 17. Dezember 2018) und in der Betreuung Nr. 2 des Betreibungsamtes Zürich 5 (Zahlungsbefehl vom 1. November 2018) definitive Rechtsöffnung zu erteilen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWSt) zulasten der Beklagten."

Sachverhalt und Verfahren

A. Sachverhaltsübersicht

a. Parteien und ihre Stellung

Die Klägerin ist eine als Aktiengesellschaft organisierte Bank mit Sitz in C._____. Ihr Geschäftskreis umfasst alle mit dem ... (act. 1 Rz. 10; act. 3/8).

Die Beklagte ist eine Gesellschaft mit Sitz in D._____. Sie investiert für sich selbst, für ihre Muttergesellschaften und für Tochtergesellschaften in Anlageinstrumente und zeichnet, erwirbt, hält, veräussert oder handelt anderweitig zu diesem Zweck mit Aktien, Schuldverschreibungen, Anleihen, Optionen, Beteiligungen oder Wertpapieren aller Art etc. Wirtschaftlich berechtigt an der Beklagten ist die türkische Familie E._____. Das Familienvermögen der Familie E._____ beträgt nach Angaben der Klägerin mutmasslich mehrere hundert Millionen USD (vgl. act. 1 Rz. 12 f.).

b. Prozessgegenstand

Die Beklagte eröffnete anfangs 2018 bei der Klägerin eine Bankbeziehung unter der Stammmnummer (CIF) ... Die hinter der Beklagten stehenden Personen nutzen die Beklagte als Vehikel für Devisengeschäfte. Investiert wurde unter anderem in die Türkische Lira. Aufgrund von heftigen Marktturbulenzen kam es im August 2018 zu erheblichen Wertschwankungen der gehaltenen Devisenpositionen. Das

Konto der Beklagten bei der Klägerin wies als Folge der Marktturbulenzen eine Unterdeckung auf, welche die Beklagte laut Klägerin hätte ausgleichen müssen. Die Beklagte habe trotz mehrfacher Aufforderung durch die Klägerin keine Massnahmen getroffen, um die eingetretene Unterdeckung auszugleichen. Die Klägerin bringt vor, sie sei gezwungen gewesen, der Beklagten einen *Margin Call* anzusetzen. Da die Beklagte auf diesen *Margin Call* nicht reagiert habe, habe die Klägerin gestützt auf die vertraglichen Vereinbarungen die Bankbeziehung gekündigt und die Positionen der Beklagten glattgestellt. Das Glattstellen der offenen Positionen habe einen Verlust von EUR 17'080'021.86 verursacht. Die Klägerin verlangt von der Beklagten die Bezahlung dieses Verlustes.

B. Prozessverlauf

Am 18. April 2019 (überbracht) reichte die Klägerin ihre Klage samt Beilagen hierorts ein (act. 1, act. 2 und act. 3/1–72). Innert mit Verfügung vom 18. April 2019 angesetzter Frist leistete sie den verlangten Kostenvorschuss (act. 4 und act. 6). Nach Eingang des Kostenvorschusses wurde der Beklagten mit Verfügung vom 15. Mai 2019 sowie unter Beilage der Startverfügung vom 18. April 2019 (act. 7) Frist angesetzt, um ihre Klageantwort hierorts einzureichen sowie um in der Schweiz ein Zustellungsdomizil zu bezeichnen. Die genannten Verfügungen, insbesondere das verfahrenseinleitende Schriftstück, wurden der Beklagten auf dem Rechtshilfeweg am 26. Juli 2019 erfolgreich zugestellt (vgl. act. 8B). Die Beklagte liess die ihr mit Verfügung vom 15. Mai 2019 angesetzten Fristen zur Erstattung der Klageantwort sowie zur Bezeichnung eines Zustellungsdomizils unbenutzt verstreichen. Mit Eingabe vom 4. Juni 2019 (überbracht) reichte die Klägerin eine Klageänderung samt Beilagen ein und verlangte neu zusätzlich, dass auch in der Betreuung Nr. 2 des Betreibungsamtes Zürich 5 definitive Rechtsöffnung erteilt werde (vgl. act. 9; act. 10/1–2). Mit Verfügung vom 4. Juni 2019 wurde die unaufgefordert erstattete Eingabe der Klägerin vom 4. Juni 2019 aus dem Recht gewiesen (act. 11). Mit Eingabe vom 11. Juni 2019 (überbracht) stellte die Klägerin ein Wiedererwägungsgesuch und beantragte, die Verfügung vom 4. Juni 2019 sei in Wiedererwägung zu ziehen und ihre Eingabe vom 4. Juni 2019 sei vom Gericht zu berücksichtigen (vgl. act. 13; act. 14/1–2). In Wiederer-

wägung der Verfügung vom 4. Juni 2019 wurde mit Verfügung vom 11. Juni 2019 die klägerische Eingabe vom 4. Juni 2019 samt Beilagen zu den Akten genommen (act. 15). Mit Verfügung vom 11. Oktober 2019, die im Schweizerischen Handelsamtsblatt publiziert wurde (vgl. act. 20–21), wurde der Beklagten eine Nachfrist eingeräumt, um ihre Klageantwort einzureichen, unter Androhung, dass im Säumnisfall das Gericht entweder einen Endentscheid treffen, sofern die Angelegenheit spruchreif sei, oder zur Hauptverhandlung vorladen werde (act. 18). Diese Frist verstrich ebenfalls ungenutzt. Schliesslich wurde der Beklagten mit Verfügung vom 25. November 2019 Frist angesetzt, um sich zur klägerischen Eingabe vom 4. Juni 2019 zu äussern, unter Androhung, dass im Säumnisfall Verzicht auf Stellungnahme angenommen werde (act. 23). Es gingen seitens der Beklagten keine Stellungnahmen ein.

Erwägungen

1. Formelles

1.1. Versäumte Klageantwort

Reicht die beklagte Partei auch innerhalb der Nachfrist keine Klageantwort ein, so trifft das Gericht einen Endentscheid, sofern die Angelegenheit spruchreif ist (Art. 223 Abs. 2 ZPO). Spruchreife liegt vor, wenn das Gericht die Klage aufgrund der unbestritten gebliebenen Behauptungen der klägerischen Partei durch Prozess- oder Sachurteil erledigen kann. Weiter darf das Gericht an der Richtigkeit der klägerischen Tatsachenbehauptungen keine erheblichen Zweifel haben (Art. 153 Abs. 2 ZPO). Das Verfahren ist spruchreif.

1.2. Zuständigkeit

1.2.1. Örtliche Zuständigkeit

Die Parteien regelten ihre Bankbeziehung in mehreren Verträgen. In diesen Verträgen haben die Parteien jeweils einen Gerichtsstand C._____ vereinbart (vgl. act. 3/18, S. 22; act. 3/19, S 6). Die Voraussetzungen von Art. 23 LugÜ sind erfüllt. Der zwingende Gerichtsstand von Art. 22 Ziff. 5 LugÜ ist nicht anwendbar. Das hiesige Gericht ist örtlich zuständig.

1.2.2. Sachliche Zuständigkeit

Der Streit betrifft die geschäftliche Tätigkeit beider Parteien. Die Klägerin ist im schweizerischen Handelsregister eingetragen und die Beklagte ist in einem dem schweizerischen Handelsregister vergleichbaren ausländischen Register eingetragen. Der Streitwert übersteigt CHF 30'000.00. Die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons Zürich ist gegeben.

1.3. Anwendbares Recht

Gestützt auf die von den Parteien vereinbarten Rechtswahlklauseln ist schweizerisches Recht anwendbar (vgl. die Rechtswahlklauseln in act. 3/18, S. 22; act. 3/19, S. 6; act. 3/20, S. 6; act. 3/22, S. 8; act. 3/23, S. 3).

2. Ersatz der erlittenen Verluste aus der Bankbeziehung

2.1. Unbestrittener Sachverhalt

Die Vorbringen der Klägerin blieben unbestritten. Es ist nachfolgend auf diese abzustellen. Für die Anwendung von Art. 153 Abs. 2 ZPO besteht kein Anlass. Die Parteien schlossen zusammengefasst im Rahmen ihrer Bankbeziehung mehrere Verträge ab. Die Beklagte nahm jeweils Devisengeschäfte vor, wobei sie vorwiegend mit der Türkischen Lira handelte. Im August 2018 kam es zu Wertschwankungen. Die Beklagte rutschte mit ihren Devisenpositionen in die Verlustzone, was zu einer Unterdeckung führte. Da die Beklagte auf den *Margin Call* vom 10. August 2018 durch die Klägerin nicht reagierte und die eingetretene Unterde-

ckung nicht behob, kündigte die Klägerin die Bankbeziehung und stellte die von der Beklagten gehaltenen Positionen glatt (vgl. act. 1 Rz. 73 ff.). Aus dieser Glattstellung resultierte ein Verlust von EUR 17'080'021.86, den die Klägerin von der Beklagten ersetzt haben will.

2.2. Rechtliches

Die Klägerin muss zum einen aufzeigen, dass die Beklagte verpflichtet war, die eingetretene Unterdeckung auszugleichen. Zum anderen muss die Klägerin nachweisen, dass sie ein Liquidationsrecht hatte, für den Fall, dass die Beklagte ihrer Ausgleichspflicht nicht nachkommen würde. Steht beides fest, ist die Klage gutzuheissen. Einen aus der (zulässigen) Liquidation resultierenden Verlust müsste die Beklagte der Klägerin ersetzen.

2.2.1. Die Ausgleichspflicht der Beklagten folgt aus mehreren zwischen den Parteien vereinbarten Vertragsklauseln: Gemäss Ziff. 9 des *OTC Master Agreements* kann die Klägerin jederzeit in einer von ihr gesetzten Frist zusätzliche Deckung verlangen (vgl. act. 3/19, Ziffer 9). Die Pflicht, weiteres Deckungssubstrat beizubringen, besteht sodann auch gestützt auf das *Facility Agreement* (vgl. act. 3/22 S. 4, "Obligation to Provide Additional Cover"). Weiter muss die Beklagte auch nach dem *General Deed of Pledge* jederzeit zusätzliche Deckung leisten, wenn die Klägerin dies verlangt (vgl. act. 3/23 Ziffer 5).

2.2.2. Das Liquidationsrecht der Klägerin stützt sich unter anderem auf das *OTC Master Agreement*. Massgebend sind die Ziffern 4.4, 4.7, 4.8 und 4.9 und 9.4 des *OTC Master Agreements*. Wenn die Beklagte ihrer Ausgleichspflicht nicht nachkommt, darf die Klägerin den Vertrag beenden und die Vermögenswerte liquidieren. Ein Liquidationsrecht der Klägerin folgt auch aus dem *Facility Agreement* (vgl. act. 3/22; dort S. 5 f.). Auch im *General Deed of Pledge* wird festgehalten, dass die Klägerin alle Vermögenswerte liquidieren darf, wenn die Beklagte der klägerischen Aufforderung zur Nachleistung nicht innert Frist nachkommt (vgl. act. 3/23 Ziffer 5).

2.3. Subsumtion

2.3.1. Die klägerische Darstellung der rechtlichen Grundlagen ist zutreffend. Weiter ist auch der Tatsachenvortrag der Klägerin nachvollziehbar und er blieb unbestritten. Die Klägerin legt ihr Vorgehen hinsichtlich der Liquidation der gehaltenen Positionen schlüssig dar. Auch das Verhalten der Beklagten, namentlich deren fehlende Reaktion auf den *Margin Call* vom 10. August 2018, behauptet die Klägerin rechtsgenügend (vgl. act. 1 Rz. 73). Schliesslich sind auch die Berechnungen der Klägerin betreffend den Verlust von EUR 17'080'021.86 vollständig und nachvollziehbar dargestellt (vgl. act. 1 Rz. 77 bis Rz. 100).

2.3.2. Zusammenfassend hat die Klägerin ihren Anspruch schlüssig behauptet und die Klage ist gutzuheissen.

2.4. Verzugszinsen

Die Klägerin ermahnte die Beklagte mit Schreiben vom 21. August 2018 letztmals, den offenen Betrag von EUR 17'080'021.86 zu bezahlen. Mit gleichem Schreiben zeigte sie der Beklagten an, dass ab dem 23. August 2018 Verzugszinsen von 5 % p.a. geschuldet sein würden (vgl. act. 3/50). Diese Darstellung der Klägerin blieb unbestritten, weshalb die Beklagte Verzugszinsen von 5% p.a. auf EUR 17'080'021.86 seit 23. August 2018 schuldet.

2.5. Beseitigung des Rechtsvorschlages

2.5.1. Der Gläubiger kann im Zivilprozess die Beseitigung des durch den Schuldner erhobenen Rechtsvorschlages verlangen (Art. 79 Abs. 1 SchKG und Art. 279 Abs. 2 SchKG). Der Gläubiger kann aber auch die Beseitigung des Rechtsvorschlages im Rahmen des Rechtsöffnungsverfahrens verlangen, wenn er für seine Forderung über einen Rechtsöffnungstitel verfügt (Art. 80 ff. SchKG). Nicht möglich ist indes die Erteilung der Rechtsöffnung innerhalb des ordentlichen oder vereinfachten Verfahrens, da die Entscheide des Rechtsöffnungsgerichts im summarischen Verfahren getroffen werden (Art. 251 lit. a ZPO), die objektive Klagehäufung indes voraussetzt, dass gehäufte Ansprüche im gleichen Verfahren behan-

delt werden (Art. 90 lit. b ZPO; vgl. dazu auch ZR 90 (1991) Nr. 80 und BGE 142 III 788 ff.).

2.5.2. Vorliegend verlangt die Klägerin zwar ausdrücklich die Erteilung der definitiven Rechtsöffnung. Da ihr Begehren im Wesentlichen auf Beseitigung des Rechtsvorschlages gerichtet ist, ist es ungeachtet der Formulierung als Begehren im Sinne von Art. 79 SchKG entgegenzunehmen (und nicht als Begehren um Rechtsöffnung im Sinne von Art. 80 ff. SchKG). Es erschiene zu formalistisch, auf das Rechtsbegehren 2 infolge Nichterfüllung der Voraussetzungen von Art. 90 lit. b ZPO nicht einzutreten und die Klägerin zwecks Beseitigung des Rechtsvorschlages in das Rechtsöffnungsverfahren zu verweisen, zumal es sich bei der betriebenen und der eingeklagten Forderung offensichtlich um dieselbe handelt.

2.5.3. Unter diesen Umständen ergibt sich Folgendes: Die Beklagte hat sowohl in der Betreuung Nr. 1 des Betreibungsamts Genf (Zahlungsbefehl vom 17. Dezember 2018) als auch in der Betreuung Nr. 2 des Betreibungsamtes Zürich 5 (Zahlungsbefehl vom 1. November 2018) Rechtsvorschlag erhoben. Die Klägerin beziffert nicht, in welchem Umfang der Rechtsvorschlag jeweils zu beseitigen sei. Es ist darum anzunehmen, dass sie beide Rechtsvorschläge vollumfänglich beseitigen will. Aus den Zahlungsbefehlen ist ersichtlich, dass die Klägerin neben der vorliegend eingeklagten Hauptforderung weitere Forderungen in Betreuung gesetzt hat. Im Zahlungsbefehl betreffend die Betreuung Nr. 2 des Betreibungsamtes Zürich 5 sind es beispielsweise insgesamt vier zusätzliche Forderungen, die in Betreuung gesetzt wurden. Die Klägerin hat zu diesen zusätzlichen Forderungen nichts ausgeführt. Sie hängen – soweit nachvollziehbar – weitgehend mit dem Arrestbewilligungsverfahren in Genf zusammen (gleiches gilt für den Zahlungsbefehl des Betreibungsamtes Genf). Die Forderungen stellen mit anderen Worten Betreuungskosten sowie Parteientschädigungen dar, die in rein betreibungsrechtlichen Summarverfahren zugesprochen wurden (vgl. zu den Betreuungskosten PENON/WOHLGEMUTH, in: Kren Kostiewicz/Vock (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2017, N 3 zu Art. 68). Der Schuldner hat diese gestützt auf Art. 68 SchKG zu tragen. Eine Beseitigung des Rechtsvorschlages ist hierfür nicht nötig

(vgl. BGE 144 III 360, E. 3.6.2; Urteil 5A_455/2012 vom 5. Dezember 2012, E. 3). Nur der Vollständigkeit halber sei hinzugefügt, dass sie – sollten einzelne der in Betreuung gesetzten Zusatzforderungen nicht in die Kategorie der Betreuungskosten fallen – der definitiven Rechtsöffnung unterliegen würden, da sie aus einem Gerichtsurteil resultieren. Das hiesige Gericht ist, wie erwähnt, für die Erteilung der Rechtsöffnung nicht zuständig.

2.5.4. Zusammenfassend sind beide Rechtsvorschläge einzig im Umfang der Hauptforderung zu beseitigen. Die Frage, welcher Stichtag massgebend ist, um die Fremdwährungsforderung in Schweizer Franken umzurechnen, bestimmt das Vollstreckungsrecht. Der Gläubiger kann grundsätzlich wählen zwischen dem Wechselkurs am Tag des Arrestbegehrens, am Tag des Betreibungsbegehrens und am Tag des Fortsetzungsbegehrens. Vorliegend ist auf den Wechselkurs am Tag des Arrestbegehrens abzustellen, und nicht – anders als für den Streitwert – auf den Zeitpunkt der Rechtshängigkeit des vorliegenden Verfahrens. Anzuwenden ist darum der Wechselkurs gemäss dem Arresturteil vom 16. Oktober 2018 (vgl. act. 3/1); was umgerechnet einen Betrag von CHF 19'546'377.00 ergibt. Entsprechend sind die Rechtsvorschläge in den beiden vorstehend genannten Betreibungen im Umfang von jeweils CHF 19'546'377.00 aufzuheben.

3. Kosten- und Entschädigungsfolgen

3.1. Gerichtskosten

Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG) und richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert bzw. nach dem Streitinteresse (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG). Ausgehend von einem Streitwert von CHF 19'471'800.00 (EUR 17'080'021.86; Wechselkurs: 18. April 2019) beträgt die Grundgebühr rund CHF 170'000.00. Unter Berücksichtigung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 10 Abs. 1 GebV OG sind die Gerichtskosten auf rund die Hälfte der Grundgebühr, d.h. CHF 85'000.00, festzusetzen und ausgangsgemäss der Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Diese Kosten sind vorab aus dem von der Klägerin geleis-

teten Kostenvorschuss zu decken. Der Klägerin ist das Rückgriffsrecht auf die Beklagte einzuräumen (vgl. Art. 111 Abs. 2 ZPO).

3.2. Parteientschädigungen

3.2.1. Aufgrund des Obsiegens der Klägerin ist die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin eine Parteientschädigung zu bezahlen. Die Höhe der Parteientschädigung ist gestützt auf die Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 in erster Linie anhand des Streitwerts zu bemessen (AnwGebV; Art. 96 ZPO i.V.m. Art. 105 Abs. 2 ZPO). Bei einem Streitwert von CHF 19'471'800.00 beträgt die Grundgebühr rund CHF 154'000.00 (§ 2 Abs. 1 lit. a und § 4 Abs. 1 AnwGebV). Sie ist mit der Begründung bzw. Beantwortung der Klage verdient (§ 11 Abs. 1 AnwGebV).

3.2.2. Die Klägerin macht geltend, sie sei im Jahr 2018 für Schweizer Mehrwertsteuerzwecke lediglich zu 10.84% vorsteuerabzugsberechtigt gewesen. Es könne davon ausgegangen werden, dass sie für das Jahr 2019 im gleichen Umfang vorsteuerabzugsberechtigt sein werde. Der Klägerin sei somit 6.86% Mehrwertsteuer (gerundet; 89.16% von 7.7%) auf das zu bezahlende Honorar zuzusprechen (vgl. act. 1 Rz. 117 f.). Diese Darstellung der Klägerin blieb unbestritten. Die Parteientschädigung ist zuzüglich 6.86% Mehrwertsteuer zuzusprechen.

Das Handelsgericht erkennt:

1. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin EUR 17'080'021.86 samt 5% Zins seit 23. August 2018 zu bezahlen.
2. Der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. 1 des Betreibungsamtes Genf (Zahlungsbefehl vom 17. Dezember 2018) wird im Umfang von CHF 19'546'377.00 beseitigt.
3. Der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. 2 des Betreibungsamtes Zürich 5 (Zahlungsbefehl vom 1. November 2018) wird im Umfang von CHF 19'546'377.00 beseitigt.

4. Die Gerichtsgebühr wird auf CHF 85'000.00 festgesetzt.
5. Die Kosten werden der Beklagten auferlegt. Sie werden vorab aus dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss gedeckt, wofür der Klägerin das Rückgriffsrecht auf die Beklagte eingeräumt wird.
6. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Parteientschädigung von CHF 154'000.00 (zuzüglich 6.86% MwSt.) zu bezahlen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte durch Publikation im Schweizerischen Handelsamtsblatt.
8. 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 19'471'800.00.

Zürich, 31. Januar 2020

Handelsgericht des Kantons Zürich

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Roland Schmid

Dr. Giulio Donati