



Mitwirkend: Oberrichterin Dr. Claudia Bühler, Präsidentin, und Oberrichterin Noëlle Kaiser Job, die Handelsrichter Thomas Steinebrunner, Prof. Dr. Othmar Strasser und Martin Fischer sowie der Gerichtsschreiber Dr. Pierre Heijmen

Urteil vom 5. März 2025

in Sachen

A._____,
Kläger

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X1._____

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw, LL.M. X2._____

gegen

B._____ SA,
Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur., LL.M. Y._____

betreffend **Forderung**

Rechtsbegehren:
(act. 1 S. 2)

- "1. Es sei festzustellen, dass der Kläger an dem durch die C._____ AG, ... [Adresse], hinterlegten Betrag von CHF 2'427'634.36 zuzüglich allfälliger aufgelaufener Zinsen, hinterlegt bei der Zürcher Kantonalbank, Postfach, 8010 Zürich, IBAN CH1, Konto 2 lautend auf Bezirksgerichtskasse Zürich, berechtigt ist.
2. Die Bezirksgerichtskasse Zürich sei anzuweisen, den durch die C._____ AG, ... [Adresse], hinterlegten Betrag von CHF 2'427'634.36 zuzüglich allfälliger aufgelaufener Zinsen, hinterlegt bei der Zürcher Kantonalbank, Postfach, 8010 Zürich, IBAN CH1, Konto 2 lautend auf Bezirksgerichtskasse Zürich, auf das Massekonto des Klägers, IBAN AT3, BIC: 4 auszuzahlen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

Sachverhalt und Verfahren

A. Sachverhaltsübersicht

a. Parteien und ihre Stellung

Der Kläger klagt als Insolvenzverwalter im Konkurs über das Vermögen der D._____ AG (fortan "D._____ "; act. 3/3). Bei dieser handelt es sich um eine ehemalige Bank mit Sitz in ..., die vormals unter "D._____ Bank AG" und davor unter "E._____ " firmierte (act. 3/2).

Die Beklagte ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Sie bezweckt insbesondere die Erbringung von Finanz- und Beratungsdienstleistungen aller Art, die nicht nach Banken-, Börsen- oder Kollektivanlagegesetzgebung bewilligungspflichtig sind (act. 3/4).

b. Prozessgegenstand

Die Beklagte war ursprünglich eine von der FINMA beaufsichtigte Effekthändlerin. Im Jahre 2011 beschloss sie, ihre gemäss Börsengesetzgebung unterstellungspflichtige Tätigkeit aufzugeben, und ersuchte die FINMA am 6. Oktober 2011 um Entlassung aus der Aufsicht betreffend die Tätigkeit als Effekthändlerin (act. 1 Rz. 15; act. 20 Rz. 9). In der Folge verhandelten die Beklagte und die FINMA über die Voraussetzungen für eine Entlassung. Hintergrund war insbesondere die Sicherstellung potentieller Ansprüche von ehemaligen Kunden gegenüber der Beklagten aufgrund möglicher Verletzung von Anlagerichtlinien und vertragswidrigem Erhalt von Retrozessionen (act. 20 Rz. 11; act. 21/1 S. 3). Letztendlich verlangte die FINMA die Errichtung eines unwiderruflichen Sperrkontos ("Escrow Account") bei einer Schweizer Bank im Umfang von mindestens CHF 2'500'000.– für eine Laufzeit von 10 Jahren (act. 1 Rz. 16; act. 20 Rz. 12 ff.; act. 21/2; act. 28 Rz. 15). Das Sperrkonto durfte nicht durch die Beklagte, sondern musste durch einen Treuhänder ("Escrow Agent") in eigenem Namen eröffnet werden. Anders als bei üblichen Escrows durfte der Sicherstellungsbetrag nicht von der Beklagten selber, sondern musste von einem beaufsichtigten Unternehmen auf das Sperrkonto einbezahlt werden (act. 1 Rz. 15 ff; act. 20 Rz. 17 ff.). Es galt zu verhindern, dass im Falle eines Konkurses oder einer Liquidation der Beklagten das Konto zur Konkurs-/Liquidationsmasse herangezogen werden könnte (act. 20 Rz. 16). Im Einverständnis mit der FINMA wählte die Beklagte für die Einzahlung des Sicherstellungsbetrags die D._____, eine ihrer damaligen langjährigen Hausbanken (act. 20 Rz. 7 und 22).

Vor diesem Hintergrund wurden zwei Verträge geschlossen. Zum einen schlossen die D._____, die C._____ AG (fortan "C._____") und die F._____ AG am 25./29./30. Oktober 2012 einen Escrow Vertrag (act. 3/8). Darin verpflichtete sich die C._____, als Escrow Agent ein Sperrkonto bei der G._____ AG zu eröffnen. Die D._____ verpflichtete sich, bis zum 2. November 2012 einen Betrag von CHF 2'500'000.– auf das Sperrkonto einzuzahlen. Die F._____ AG sollte allfällige Ansprüche ehemaliger Kunden der Beklagten prüfen und die C._____ die geprüften Forderungsbeträge den Anspruchsberechtigten vom Sperrkonto auszahlen. Ein all-

fälliger Habensaldo nach Ablauf der Sperrfrist war von der C._____ an die D._____ zurückzuüberweisen. Parallel zum Escrow Vertrag schloss die Beklagte mit der D._____ am 26./29. Oktober 2012 eine Vereinbarung (fortan "Deckungsvereinbarung"; act. 3/9). Darin verpflichtete sich die Beklagte, CHF 2'500'000.– in Form einer Festgeldeinlage auf ein Konto bei der D._____ als Deckung für den von der D._____ geschuldeten Sicherstellungsbetrag unter dem Escrow Vertrag zu überweisen. Beide Verträge hatten eine Laufzeit bis 31. Dezember 2021 (act. 3/8 Ziff. 6.1; act. 3/9 Ziff. 3).

Am 2. November 2012 (Valutadatum 31. Oktober 2012) überwies die Beklagte den Deckungsbetrag in der Höhe von CHF 2'499'983.– (CHF 2'500'000.– abzüglich CHF 17.– Spesen) auf ein unter ihrem Namen geführtes Konto bei der D._____ (act. 28 Rz. 29; act. 29/22). Ebenfalls am 2. November 2012 (Valutadatum 31. Oktober 2012) überwies die D._____ einen Betrag in der Höhe von CHF 2'500'000.– auf das Sperrkonto der C._____ bei der G._____ AG (act. 20 Rz. 38; act. 21/7; act. 28 Rz. 30).

Am 2. März 2020, also noch während der zehnjährigen Sperrfrist, wurde über das Vermögen der D._____ in Österreich das Insolvenzverfahren eröffnet und Rechtsanwalt Dr. A._____ als Insolvenzverwalter bestellt (act. 1 Rz. 3; act. 20 Rz. 39; act. 3/3; act. 3/5). Während der Sperrfrist wurden keine Ansprüche ehemaliger Kunden der Beklagten geltend gemacht, so dass es zu keinen Auszahlungen vom Sperrkonto kam. Dessen Schlusssaldo belief sich (abzüglich Gebühren) per 31. Dezember 2021 auf CHF 2'447'634.36 (act. 1 Rz. 40; act. 3/11; act. 20 Rz. 45). Nachdem sowohl der Kläger als auch die Beklagte die Auszahlung des auf dem Konto befindlichen Betrags von der C._____ verlangten, liess sich diese mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich (Einzelgericht) vom 22. Februar 2022 zur Hinterlegung des Betrags von CHF 2'427'634.36 (CHF 2'447'634.36 abzüglich Gebühren in der Höhe von CHF 20'000.–) bei der Bezirksgerichtskasse Zürich ermächtigen (act. 3/14; act. 3/15).

Mit der Klage verlangt der Kläger die Feststellung, dass er am hinterlegten Betrag berechtigt ist. Ausserdem beantragt er die Anweisung an die Bezirksgerichtskasse, den hinterlegten Betrag auf das Massekonto auszuzahlen. Er macht geltend, dass

der Escrow Vertrag explizit eine Überweisung an die D._____ nach Ablauf der Sperrfrist vorsehe. Da die Beklagte keine Partei des Escrow Vertrags sei, könne sie keine Forderung daraus ableiten. Die Beklagte beantragt Klageabweisung und stellt sich auf den Standpunkt, dass die Auszahlungsforderung der D._____ gestützt auf Art. 401 Abs. 1 OR auf sie übergegangen und sie daher rechtmässige Forderungsinhaberin sei.

B. Prozessverlauf

Mit Eingabe vom 4. Oktober 2022 (Datum Poststempel) machte der Kläger die vorliegende Klage rechtshängig (act. 1). Mit Verfügung vom 11. Oktober 2022 wurde ihm Frist angesetzt, um für die Gerichtskosten einen Vorschuss von CHF 45'000.– zu leisten (act. 4). Nach fristgerechtem Eingang des Kostenvorschusses (act. 6) wurde der Beklagten mit Verfügung vom 19. Oktober 2022 Frist zur Erstattung der schriftlichen Klageantwort angesetzt (act. 7). Mit Eingabe vom 28. Oktober 2022 stellte die Beklagte einen Antrag auf Sicherstellung der Parteientschädigung (act. 9). Mit Verfügung vom 31. Oktober 2022 wurde dem Kläger Frist zur Stellungnahme angesetzt; gleichzeitig wurde der Beklagten die laufende Frist zur Erstattung der Klageantwort abgenommen (act. 11). Die Stellungnahme des Klägers datiert vom 21. November 2022. Mit Verfügung vom 30. November 2022 wurde der Kläger zur Leistung einer Sicherheit für die Parteientschädigung in Höhe von CHF 68'500.– verpflichtet, (act. 15). Die verlangte Sicherheit wurde innert Frist geleistet (act. 17). Die Beklagte erstattete ihre Klageantwort innert verkürzter Frist unterm 7. Juli 2023 (act. 20). Mit Verfügung vom 28. Februar 2023 wurde die Klageantwort dem Kläger zugestellt und die Leitung des vorliegenden Prozesses an Oberrichterin Noëlle Kaiser Job als Instruktionsrichterin delegiert (act. 22).

Am 2. Mai 2023 fand eine Vergleichsverhandlung statt, anlässlich welcher keine Einigung erzielt werden konnte (Prot. S. 10 ff.). Mit Verfügung vom 4. Mai 2023 wurde ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet (act. 25). Mit Eingabe vom 7. Juli 2023 reichte der Kläger fristgerecht seine Replik ein (act. 28). Die Beklagte erstattete die Duplik fristgerecht am 16. Oktober 2023 (act. 32). Mit Verfügung vom 19. Oktober 2023 wurde dem Kläger die Duplik unter Hinweis des Aktenschlusses zugestellt (act. 34). Weitere Eingaben erfolgten nicht.

Die Parteien erklärten, auf die Hauptverhandlung zu verzichten (act. 36; act. 38; act. 39).

Das Verfahren ist spruchreif, weshalb ein Urteil zu fällen ist (Art. 236 Abs. 1 ZPO).

Erwägungen

I. Formelles

1. Zuständigkeit

1.1. Örtliche Zuständigkeit

Der Kläger ist Insolvenzverwalter im Konkursverfahren in Österreich über das Vermögen der D._____. Das Konkursdekret sowie die Ernennung der Konkursverwaltung wurden mit Wirkung für die Schweiz anerkannt (vgl. act. 3/6). Die Beklagte hat ihren Sitz in.... Da die Parteien ihren Wohnsitz bzw. Sitz in zwei unterschiedlichen Ländern haben, liegt ein internationaler Sachverhalt vor (DASSER, in: SHK Lugano Übereinkommen, 3. Aufl. 2021, N 10 zu Art. 1 LugÜ). Vorrangig ist die Anwendung des Übereinkommens über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (LugÜ) zu prüfen.

Gemäss Art. 1 Abs. 2 lit. b LugÜ ist das Übereinkommen auf Konkurse und Nachlassverträge nicht anwendbar. Unter den Anwendungsbereich von Art. 1 Abs. 2 lit. b LugÜ fallen Klagen, die unmittelbar aus dem Insolvenzverfahren hervorgehen und mit diesem in einem engen Zusammenhang stehen (MARKUS, in: Brücken bauen, Festschrift für Thomas Koller; Gerichtsstände grenzüberschreitender Einzelverfahren im Internationalen Insolvenzrecht der Schweiz, 2018, S. 621). Diese "insolvenznahe" Verfahren müssen ihren Ursprung im Insolvenzrecht haben; kommt die Rechtsgrundlage jedoch aus dem Zivilrecht, unterfällt der Anspruch ohne Weiteres den Zuständigkeiten des LugÜ. Der Umstand, dass die Insolvenzverwaltung als Partei an einem solchen Rechtsstreit

beteiligt ist, ändert an dieser Qualifikation nichts (MARKUS, a.a.O., S. 622; ROHNER/LERCH, in: BSK Lugano Übereinkommen, 3. Aufl. 2024, N 88 zu Art. 1).

Die vorliegende Klage betrifft einen sog. Prätendentenstreit, wobei der Kläger nicht nur die Feststellung anbegehrt, dass er an der hinterlegten Geldsumme berechtigt ist, sondern auch die Zuführung des hinterlegten Betrags zur Konkursmasse bezweckt. Trotz dieses insolvenzrechtlichen Bezugs hätte die Klage auch ohne ein Insolvenzverfahren geführt werden können, denn der Kläger macht einen vertraglichen Rückzahlungsanspruch geltend, womit die Klage ihre Grundlage im Zivilrecht hat. Demzufolge findet das LugÜ Anwendung. Da für die vorliegende Streitigkeit im LugÜ kein "ausschliesslicher", d.h. zwingender Gerichtsstand vorgesehen ist, ergibt sich die internationale und örtliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichts am Sitz der Beklagten aus deren vorbehaltlosen Einlassung zur Sache i.S.v. Art. 23 LugÜ (act. 20 Rz. 3).

1.2. Sachliche Zuständigkeit

Die sachliche Zuständigkeit stützt sich auf Art. 6 Abs. 2 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG und ist ebenfalls unbestritten geblieben (act. 20 Rz. 3).

2. Feststellungsklage

Der Kläger beantragt die Feststellung, dass er an einem bei der Bezirksgerichtskasse Zürich hinterlegten Betrag berechtigt ist (vgl. act. 1 S. 2 Ziff. 1). Gegenstand einer Feststellungsklage nach Art. 88 ZPO ist die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens von Rechten oder Rechtsverhältnissen. Das dafür erforderliche Feststellungsinteresse ist gegeben, wenn eine Unsicherheit über ein Rechtsverhältnis besteht, der Fortbestand dieser Unsicherheit unzumutbar ist und diese Unsicherheit nicht durch eine Leistungs- oder Gestaltungsklage beseitigt werden kann (WEBER, in: Basler Kommentar Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2021, N 9 zu Art. 88, m.H.). Da der Kläger die hinterlegte Leistung nur auf Grund eines Urteils oder mit Einwilligung der Gegenpartei erlangen kann, ist das für die Feststellungsklage erforderliche Feststellungsinteresse nach erfolgter Hinterlegung gegeben. Eine Leistungsklage gegen die Beklagte kommt vorliegend nicht in Betracht, da sie zur Her-

ausgabe des hinterlegten Betrages nicht verpflichtet werden kann. Die Feststellungsklage im Sinne von Ziffer 1 des klägerischen Rechtsbegehrens ist somit zulässig.

3. Prozessführungsbefugnis

Der Kläger stützt seine Prozessführungsbefugnis auf eine Verfügung der FINMA vom 14. Februar 2022, worin das österreichische Konkursdekret über die D._____ mit gleichzeitiger Ernennung einer Konkursverwaltung mit Wirkung für die Schweiz anerkannt worden sei (act. 1 Rz. 8 ff.; act. 28 Rz. 70; act. 3/6). Die Beklagte macht geltend, dass der Kläger seine Prozessführungsbefugnis bzw. Vertretungsbefugnis für die Insolvenzmasse nicht hinreichend nachgewiesen habe (act. 20 Rz. 5; act. 32 Rz. 5 ff.). Der Kläger habe lediglich eine Publikation der FINMA im Schweizerischen Handelsamtsblatt eingereicht. Aus dieser ergebe sich nicht, dass er berechtigt sei, die streitgegenständliche Forderung gerichtlich geltend zu machen. Für den Nachweis seiner Prozessführungsbefugnis wäre vielmehr die Verfügung der FINMA vom 14. Februar 2022 erforderlich gewesen, deren Einreichung der Kläger jedoch unterlassen habe (act. 20 Rz. 5; act. 32 Rz. 5 ff.).

3.1. Rechtliches

Das Gericht prüft die Prozessvoraussetzungen von Amtes wegen (Art. 60 ZPO). Prozessvoraussetzung ist auch die Prozessführungsbefugnis (BGE 144 III 552 E. 4.1.2), deren Fehlen zum Nichteintreten auf die Klage führt. Darunter wird die Befugnis verstanden, als Partei in eigenem Namen über einen eigenen oder über einen fremden Anspruch ein Verfahren führen zu können (DOMEJ, in: Kurzkomm. Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2021, N 21 zu Art. 59 ZPO; JACOB, Die Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter, 2018, Rz. 23). Ob der Kläger zur Prozessführung legitimiert ist, bestimmt sich gemäss Rechtsprechung nach schweizerischem internationalem Konkursrecht (BGer 7B.109/2004 v. 17.08.2004 E. 3.2).

Der Kläger als ausländische Konkursbehörde hat die Anerkennung des ausländischen Konkursdekretes in der Schweiz zu beantragen, wenn er im Rahmen der

Abwicklung des ausländischen Insolvenzverfahrens auf Vermögenswerte des Konkursiten in der Schweiz zugreifen und entsprechende Rechtshandlungen in der Schweiz veranlassen will (Art. 166 ff. IPRG; vgl. BGE 137 III 570 E. 2). Bei im Ausland gegenüber Banken ausgesprochenen Konkursdekreten regelt Art. 37g BankG deren Anerkennung. Solange eine Anerkennung nicht erfolgt ist, entfaltet das ausländische Verfahren im Inland keine Wirkung (BGer 5A_952/2013 vom 25. Juli 2014 E. 3; STAEHELIN, in: Bankengesetz, Basler Kommentar, 2. Aufl. 2013, N 1 zu Art. 37g BankG). Erst nach Anerkennung durch die FINMA, ohne Durchführung eines inländischen Verfahrens, kommen der ausländischen Verwaltung gestützt auf Art. 37g Abs. 2 BankG die Rechtshandlungsbefugnisse über die in der Schweiz belegenen Aktiven zu (FINMA, Verfügung vom 28. August 2012, FINMA-Bulletin 4/2013, 128, Rz. 91, 92). Die ausländische Verwaltung kann dann insbesondere unter den allgemeinen Voraussetzungen in der Schweiz eine Zivilklage einreichen (BGE 137 III 374 E. 3 S. 376-377; STAEHELIN, a.a.O., N 8k zu Art. 37g BankG).

3.2. Würdigung

Vorliegend eröffnete das Handelsgericht Wien mit Beschluss vom 2. März 2020 das Konkursverfahren über das Vermögen der D._____ und bestellte den Kläger als Insolvenzverwalter bzw. Masseverwalter (act. 3/3). Nach österreichischem Recht wird dem Insolvenzschuldner im Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über die Insolvenzmasse entzogen und dem Insolvenzverwalter zugewiesen (Oberster Gerichtshof [OGH] Urteil vom 07.05.2020, 3 Ob 51/20a). Gemäss § 81a Abs. 2 der österreichischen Insolvenzordnung (IO; Bundesgesetz über das Insolvenzverfahren; RGBI. Nr. 337/1914) hat der Insolvenzverwalter u.a. Rechtsstreitigkeiten, die die Masse ganz oder teilweise betreffen, zu führen. In einem Prozess tritt der Insolvenzverwalter in Österreich dabei üblicherweise in eigenem Namen als klägerische oder beklagte Partei auf (JACOB, a.a.O., Rz. 18 mit Verweis auf Fn. 58). Nach der Rechtsprechung ist der Insolvenzverwalter der gesetzliche Vertreter der Schuldnerin hinsichtlich der Insolvenzmasse. Er ist zwar im Interesse aller Gläubiger, aber "immer nur als Vertreter und Organ (Amtsorgan) der Insolvenzmasse" tätig, sodass er nur Ansprüche der Masse geltend machen kann (OGH Urteil vom 07.05.2020, 3 Ob 51/20a; OGH Urteil vom 20.12.2017,

10 ObS 95/17v; OGH Urteil vom 19.06.2013, 7 Ob 96/13p; OGH Urteil vom 9.11.2011, 7 Ob 172/11m). Der Masseverwalter handelt dabei formal zwar in eigenem Namen, materiell jedoch mit Wirkung für die Konkursmasse (vgl. Österreichischer Verwaltungsgerichtshof Urteil vom 24.01.2002, 2002/16/0009).

Durch die Ernennung zum Insolvenzverwalter erlangte der Kläger somit die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über die Insolvenzmasse. Vorliegend macht der Kläger die Klage in seinem eigenen Namen geltend, klagt jedoch "als Insolvenzverwalter im Konkurs über das Vermögen der D._____ AG" (vgl. act. 1 S. 1), was dem österreichischen Recht entspricht. Das Konkursdekret des Handelsgerichts Wien vom 2. März 2020 wurde durch die FINMA mit Verfügung vom 14. Februar 2020 anerkannt (act. 3/6). Die FINMA ordnete gleichzeitig die Durchführung des abgekürzten Verfahrens nach Art. 37g Abs. 1 und 2 Bankengesetz an. Aus der eingereichten Publikation im Schweizerischen Handelsamtsblatt ist ersichtlich, dass gemäss Ziffer 3 dieser Verfügung die D._____, handelnd durch den Konkursverwalter, ermächtigt wurde, ihre im Anerkennungsgesuch und in der Verfügung beschriebenen allfälligen Rechtsansprüche geltend zu machen. Die Ermächtigung umfasst dabei auch die Vornahme von Rechtshandlungen, die Klageerhebung sowie die Rückführung von Vermögenswerten nach Österreich (vgl. act. 3/6 Ziff. 3). Da die ausländische Konkursverwaltung bei einer Durchführung des Verfahrens gemäss Art. 37g Abs. 2 BankG die Ermächtigung bzw. Rechtshandlungsbefugnis über alle in der Schweiz liegenden Vermögenswerte erhält und diese Befugnis uneingeschränkt gilt (vgl. STAEHELIN, a.a.O., N 8k zu Art. 37g BankG), ist die vorliegende Klage auch davon umfasst. Die Einreichung der Verfügung der FINMA vom 14. Februar 2022 ist daher nicht erforderlich. Insgesamt ergibt sich, dass der Kläger für den vorliegenden Prozess prozessführungsbefugt ist.

II. Materielles

1. Anspruch auf den hinterlegten Betrag

Der Kläger erhebt gestützt auf den Escrow Vertrag Anspruch auf den hinterlegten Betrag in Höhe von CHF 2'427'634.36. Er bringt vor, die Beklagte sei nicht Vertragspartei und könne aus dem Escrow Vertrag keine Ansprüche ableiten. Es sei

der Wille der Parteien gewesen, dass die Beklagte ausschliesslich potentielle Ansprüche aus dem Deckungsverhältnis gegenüber der D._____ geltend machen könne (act. 1 Rz. 48 ff.; act. 28 Rz. 2 ff.). Die Beklagte hält dem entgegen, unabhängig davon, ob sie Vertragspartei des Escrow Vertrags gewesen sei, sei die Auszahlungsforderung aus dem Escrow Vertrag gestützt auf Art. 401 Abs. 1 OR auf sie übergegangen, was auch im Konkurs gelte (act. 20 Rz. 52 ff.; act. 32 Rz. 25 ff.). Nachstehend ist daher zu prüfen, ob die D._____ einen vertraglichen Auszahlungsanspruch hat und ob dieser auf dem Wege der Legalzession auf die Beklagte übergegangen ist.

2. Anwendbares Recht

Liegt ein internationaler Sachverhalt vor, ist das anwendbare Recht aufgrund einer Qualifizierung des Rechtsverhältnisses nach der lex fori zu bestimmen (BGer 4A_624/2014, Urteil vom 9. Juli 2015, E. 3.1 mit Verweis auf BGE 136 III 142, E. 3.2. S. 144 m.H.). Die Parteien berufen sich für ihre – im Verhältnis zur Gegenpartei bessere – Berechtigung am hinterlegten Betrag auf die im Zusammenhang mit dem Escrow Account geschlossenen Verträge. Somit geht es um eine primär vertragsrechtliche Fragestellung. Hinsichtlich der seitens der Beklagten geltend gemachten Legalzession ist Art. 146 IPRG einschlägig (DASSER, in: BSK Internationales Privatrecht, 4. Aufl. 2021, Art. 146 N 3). Diese Bestimmung knüpft den gesetzlichen Forderungsübergang an das Recht des zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses zwischen altem und neuem Gläubiger (Kausalstatut) und subsidiär an das Forderungsstatut an.

Verträge unterstehen in erster Linie dem von den Parteien gewählten Recht (Art. 116 Abs. 1 und 2 IPRG). Da sowohl im Escrow Vertrag vom 25./29./30. Oktober 2012 (act. 3/8 S. 6 Ziff. 10) als auch in der Deckungsvereinbarung vom 25./29. Oktober 2012 (act. 3/9 S. 3 Ziff. 6) ausdrücklich schweizerisches Recht für anwendbar erklärt worden ist, richtet sich die Beurteilung der vertraglichen Ansprüche nach diesem. Dies gilt auch für die in Frage stehende Legalzession, da das zugrundeliegende Rechtsverhältnis zwischen der Beklagten und der D._____ auf der Deckungsvereinbarung beruht, für welche die Parteien Schweizer Recht gewählt haben.

3. Auszahlungsanspruch

3.1. Rechtliches

Bei einem Escrow Vertrag wird ein Vermögenswert an einen unabhängigen Dritten (sog. Escrow-Agent) übergeben, der ihn treuhänderisch verwaltet, bis eine bestimmte Vertragsbedingung erfüllt ist bzw. ein oder mehrere andere Ereignisse eingetreten sind (KUH, Schweizerisches Kreditsicherungsrecht, 2. Aufl., 2023, Rz. 618). Das Escrow Verhältnis ist ein Sicherungsgeschäft und bezweckt meist eine Vollzugshinterlegung für den Leistungsaustausch oder eine Sicherungshinterlegung für bestimmte Fälle bei einem unabhängigen Dritten, dem sog. Escrow Agent. Der Escrow Vertrag ist gesetzlich nicht geregelt. Er enthält sowohl Elemente des Hinterlegungsvertrages als auch des Auftrages und ist deshalb als Innominatvertrag zu qualifizieren (KUSTER, Das Escrow Agreement im Bankgeschäft am Beispiel des Verkaufs nicht kotierter Aktien, SZW, 1996, S. 68). Die Eigentumsverhältnisse am Escrow Betrag hängen von der Ausgestaltung des konkreten Vertrags ab. Wird der Escrow Betrag auf das vom Escrow Agent eröffnete Bankkonto überwiesen, wird dessen Bank Eigentümerin der Geldsumme. Gegenüber seiner Bank hat der Escrow Agent einen vertraglichen Rückerstattungsanspruch, und die Parteien des Escrow Agreements haben ihrerseits nach den Bestimmungen des Escrow Vertrages einen schuldrechtlichen Anspruch gegenüber dem Escrow Agent auf Auszahlung eines Teiles oder des ganzen Escrow Betrags (vgl. HUBER, Der Escrow in der Zwangsvollstreckung, SZW 2005 285 ff., 286).

3.2. Würdigung

Unstreitig ist, dass die D. _____ mit der C. _____ und der F. _____ AG am 25./29./30. Oktober 2012 einen Escrow Vertrag betreffend "Sicherheitszahlung im Umfang von CHF 2'500'000.– in Escrow zur Sicherstellung potentieller Ansprüche ehemaliger Kunden der B. _____ SA" schloss (act. 3/8). Im Rahmen dieses Vertrags verpflichtete sich die D. _____, bis spätestens am 2. November 2012 einen Betrag von CHF 2'500'000.– auf ein Sperrkonto der C. _____ bei der G. _____ AG zu überweisen (act. 1 Rz. 16; act. 20 Rz. 37; act. 3/8 Ziffer 1.2). In den Rückzahlungsmodalitäten wurde geregelt, dass der Habensaldo des Sperrkontos nach Ablauf der Sperr-

frist durch den Escrow Agent an die D. _____ bzw. an ein von dieser zu gegebenem Zeitpunkt genanntes Bankkonto (zurück) überwiesen wird (vgl. act. 3/8 Ziffer 2.2; Hervorhebung nicht im Original). Gemäss Ziffer 6.1 wurde der Escrow Vertrag für die Dauer bis 31. Dezember 2021 fest und unwiderruflich abgeschlossen.

Vorliegend bestätigte die G. _____ AG am 31. Oktober 2012 den Eingang der Sicherheitszahlung im Umfang von CHF 2'500'000.– durch die D. _____ auf das Sperrkonto der C. _____ (act. 3/9 Ziffer 1.2; act. 20 Rz. 38; act. 21/7). Damit hat die D. _____ ihre Hauptleistungspflicht aus dem Escrow Vertrag erfüllt. Die Vertragsdauer bzw. Sperrfrist endete am 31. Dezember 2021. Der Abschlussaldo per 31. Dezember 2021 belief sich abzüglich Gebühren auf CHF 2'447'634.36 (act. 3/11). Mangels anderweitiger Vereinbarung wurde der Anspruch auf (Rück-)Überweisung sofort fällig (vgl. Art. 75 OR). Es kann somit festgehalten werden, dass der D. _____ grundsätzlich ein vertraglicher Anspruch auf Auszahlung des Habensaldo ab dem 1. Januar 2022 in Höhe von CHF 2'447'634.36 zusteht.

4. Forderungsübergang gemäss Art. 401 Abs. 1 OR

4.1. Anspruchsvoraussetzungen

Art. 401 Abs. 1 OR sieht vor, dass Forderungsrechte, die der Beauftragte aus indirekter Stellvertretung gegen Dritte erworben hat, von Gesetzes wegen (ohne Zutun der Parteien) auf den Auftraggeber übergehen, sobald dieser seinerseits allen Verbindlichkeiten aus dem Auftragsverhältnis nachgekommen ist. Die Legalzession nach Art. 401 Abs. 1 OR setzt somit kumulativ ein Auftragsverhältnis, den Erwerb von Forderungsrechten durch den Beauftragten gegen Dritte als indirekter Stellvertreter des Auftraggebers, keinen Ausschluss der Forderungsabtretung und die Erfüllung sämtlicher Verbindlichkeiten aus dem Auftragsverhältnis durch den Auftraggeber voraus (OSER/WEBER, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl.

2020, N 4, 9 f. zu Art. 401 OR; FELLMANN, a.a.O., N 15 ff. zu Art. 401 OR; GEHRER/GION, a.a.O., N 2 zu Art. 401 OR).

4.2. Prinzipien der Vertragsauslegung

Soweit für die Beurteilung der vorstehend wiedergegebenen Voraussetzungen Vertragsbestimmungen auszulegen sind, ist in erster Linie der übereinstimmende wirkliche Parteiwillen bei Vertragsschluss festzustellen. Wenn ein solcher nicht festgestellt werden kann, sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips auszulegen. Dabei ist vom Wortlaut der Erklärungen auszugehen, welche jedoch nicht isoliert, sondern aus ihrem konkreten Sinngefüge heraus zu beurteilen sind. Auch wenn der Wortlaut auf den ersten Blick klar erscheint, darf es also nicht bei einer reinen Wortauslegung sein Bewenden haben. Vielmehr sind die Erklärungen der Parteien so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten. Das Gericht hat auch den vom Erklärenden verfolgten Regelungszweck zu beachten, wie ihn der Erklärungsempfänger in guten Treuen verstehen durfte und musste (zum Ganzen BGE 148 III 57 E. 2.2.1 m.w.H.; BGE 145 III 365 E. 3.2.1; BGE 142 III 671 E. 3.3; BGE 140 III 391 E. 2.3; BGE 138 III 659 E. 4.2.1; BGE 135 III 295 E. 5.2; BGE 130 III 417 E. 3.2).

Nach dem Gesagten ist das primäre Auslegungsmittel der Wortlaut. Darüber hinaus sind ergänzende Auslegungsmittel heranzuziehen, namentlich die Begleitumstände des Vertragsschlusses, das Verhalten der Parteien vor Vertragsschluss (insbesondere anlässlich der Vertragsverhandlungen unter Einschluss allfälliger Vertragsentwürfe), die Interessenlage der Parteien bei Vertragsschluss, der Vertragszweck und die Verkehrsauffassung (zum Ganzen GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil Band I, 11. Aufl. 2020, Rz. 1212 ff.; JÄGGI/GAUCH/HARMANN, in: Schmid [Hrsg.], Zürcher Kommentar, Art. 18 – Auslegung, Ergänzung und Anpassung der Verträge, 4. Aufl. 2014, N. 385 ff. zu Art. 18 OR; MÜLLER, in: Aebi-Müller/Müller [Hrsg.], Berner Kommentar, Art. 1-18 OR mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht, 2018, N. 139 ff. zu Art. 18 OR; siehe auch BGE 135 III 295 E. 5.2 S. 302; BGE 133 III 406 E. 2.2 S. 409; BGE 133 III 61 E. 2.2.1 S. 67; BGE 130 III 417 E. 3.2 S. 425;

BGE 122 III 426 E. 5 S. 429; BGE 106 II 226 E. 2b S. 230; BGE 72 II 29 E. 1 S. 35). Nicht von Bedeutung für die Auslegung nach Vertrauensprinzip ist dagegen das nachvertragliche Parteiverhalten. Dieses ist nur im Rahmen der subjektiven Auslegung zu berücksichtigen, sofern es Rückschlüsse auf den tatsächlichen Parteiwillen im Zeitpunkt des Vertragsschlusses zulässt (BGE 143 III 157 ff. E. 1.2.2 m.w.H.).

Soweit eine Partei einen vom Ergebnis der objektivierten Auslegung abweichenden wirklichen Parteiwillen geltend macht, trägt sie die Behauptungs- und Beweislast für diesen abweichenden wirklichen Willen (BGE 121 III 118 E. 4b). Dementsprechend ist zunächst eine objektivierte Vertragsauslegung vorzunehmen und erst danach auf allfällige Parteivorbringen zu einem davon abweichenden übereinstimmenden wirklichen Willen einzugehen.

4.3. Auftragsverhältnis

4.3.1. Parteivorbringen

Der Kläger macht geltend, dass die D._____ den Sicherstellungsbetrag aus wirtschaftlich eigenen Mitteln gestellt und nicht "bloss" die Deckungszahlung der Beklagten auf das Sperrkonto weitergeleitet habe (act. 28 Rz. 12, act. 28 Rz. 55 ff.). Damit habe die D._____ eine eigene Forderung auf Rücküberweisung des Habensaldos auf dem Sperrkonto gegenüber der C._____ erworben. Da die Einziehung der eigenen Forderung primär dem Interesse der D._____ diene, könne diese mangels Fremdheit nicht Gegenstand eines Auftrags sein (act. 28 Rz. 55-57).

Dagegen wendet die Beklagte ein, dass ein Auftragsverhältnis zwischen der D._____ und der Beklagten aus der Deckungsvereinbarung hervorgehe (act. 20 Rz. 56 ff.; act. 32 Rz. 25 ff.). Im Rahmen dieser Vereinbarung habe sie die D._____ damit beauftragt, den Escrow Vertrag mit der C._____ einzugehen und den Sicherstellungsbetrag auf das Sperrkonto zu überweisen. Aus der Präambel der Deckungsvereinbarung sei ersichtlich, dass sich die D._____ für die Beklagte verpflichtet habe, den Escrow Vertrag zur Sicherstellung der potentiellen Schadenersatzforderungen von (ehemaligen) Kunden der Beklagten mit dem Escrow Agent

einzugehen (act. 32 Rz. 36; act. 20 Rz. 24 ff.; act. 3/9). Ein eigenes Interesse am Vertrag habe die D. _____ daher nicht gehabt. Gleichzeitig habe sich die Beklagte zum Auslagenersatz gegenüber der D. _____ verpflichtet, welche ihr im Zusammenhang mit dem Escrow Vertrag entstanden seien (act. 38 Rz. 36). Aus welchen Mitteln die Zahlung auf das Sperrkonto erfolge, sei rechtlich irrelevant, da Art. 401 Abs. 1 OR nicht voraussetze, dass eine Forderung mittels wirtschaftlichen Mitteln des Auftraggebers erworben werden müsse (act. 32 Rz. 41).

4.3.2. Rechtliches

Unter einem einfachen Auftrag versteht man die vertragliche Übernahme einer Geschäftsbesorgung oder Dienstleistung durch den Beauftragten im Interesse und nach dem Willen des Auftraggebers (vgl. Art. 394 Abs. 1 OR). Das Wesensmerkmal des Auftrags ist, dass das Tätigwerden des Beauftragten stets die Geschäfte des Auftraggebers betrifft und damit die Wahrung der Interessen des Auftraggebers zum Ziel hat (BGE 122 III 361 E. 3b). Gemäss Art. 394 Abs. 2 OR ist ein Auftragsverhältnis zudem ein Sammelbecken für alle Arbeits- und Dienstleistungsverträge, die nicht einem gesetzlichen Sondertypus unterliegen. Auftrags Elemente finden in gemischten Verträgen ein breites Anwendungsgebiet, nicht zuletzt in Bankverträgen, und auch bei der Anweisung bildet ein Auftrag deren Grundlage. Die vom Beauftragten zu besorgenden Geschäfte können sowohl rechtlicher (Rechtshandlungsaufträge) als auch tatsächlicher Natur (Tathandlungsaufträge) sein (GEHRER/GION, in: a.a.O., N 1 zu Art. 394 OR; SCHALLER, in: Kurzkomentar Obligationenrecht, 1. Aufl., 2014, N 3 ff. zu Art. 394 OR; FELLMANN, a.a.O., N 91 ff. zu Art. 394 OR; OSER/WEBER, a.a.O., N 3 zu Art. 394 OR).

4.3.3. Würdigung

Die Deckungsvereinbarung, welche zwischen der D. _____ und der Beklagten abgeschlossen wurde, führt folgenden Betreff auf: *"Deckungszahlung der B. _____ an die MB [D. _____] im Umfang von CHF 2'500'000.00 im Zusammenhang mit dem Escrow Vertrag zwischen der MB [D. _____], der C. _____ AG und der F. _____ AG"* (act. 3/9 S. 1). In der Präambel des Vertrags wird der Hintergrund der Vereinbarung beschrieben. Danach müsse die Beklagte ein von der FINMA vorgegebenes Si-

cherheitskonzept einhalten, um aus der Aufsicht als Effekthändlerin entlassen zu werden. Um das vorgeschriebene Sicherheitskonzept einzuhalten, sei der Escrow Vertrag abgeschlossen worden (act. 3/9 lit. (A) und (B)). Weiter wird ausgeführt, dass die Parteien vorgängig zum Escrow Vertrag vereinbart hätten, dass *"die MB [D._____] Vertragspartei des Escrow Vertrages sei und in dieser Funktion den Escrow Betrag von CHF 2'500'000.00 an den Escrow Agent stellen wird."* (vgl. act. 3/9 lit. (C)). Sowohl aus dem Betreff als auch aus der Präambel geht hervor, dass die Deckungsvereinbarung im Interesse der Beklagten abgeschlossen wurde. Sie verfolgte mit dieser Vereinbarung das Ziel, den Sicherstellungsbetrag unter dem Escrow Vertrag mit einer "Deckungszahlung" an die D._____ abzusichern.

Für dieses Verständnis sprechen auch die Vertragsverhandlungen zur Deckungsvereinbarung bzw. zum Escrow Vertrag. Zunächst wollte die Beklagte selber die Einzahlung des Sicherstellungsbetrags auf das Sperrkonto vornehmen (act. 20 Rz. 16). Dieses Vorgehen wurde von der FINMA nicht akzeptiert. Diese verlangte, dass ein Drittunternehmen die Einzahlung tätigt (act. 20 Rz. 17; act. 21/3). Aus diesem Grund wandte sich die Beklagte an die D._____, um sie mit der Einzahlung des Sicherstellungsbetrags auf das Sperrkonto zu betrauen. Der Einwand des Klägers, die D._____ habe ein eigenes Interesse aufgrund einer eigenen Forderung in der Eingehung des Escrow Vertrags gehabt, überzeugt daher nicht. Zwar hatte die D._____ den Sicherstellungsbetrag gemäss Escrow Vertrag aus ihren eigenen Mitteln zu leisten (vgl. act. 3/8 Ziffer 1.2). Allerdings liess sich die D._____ im Gegenzug den gesamten Sicherstellungsbetrag im Rahmen der Deckungsvereinbarung durch die Beklagte sicherstellen (act. 3/9 Ziffer 1). Zudem konnte sich die D._____ gemäss Ziffer 1 3. Absatz der Deckungsvereinbarung aus dem Deckungsbetrag befriedigen, sofern vom Sperrkonto Zahlungen an Dritte geleistet werden mussten. Ein Risiko eines Forderungsausfalls bestand daher seitens der D._____ nicht, was gegen die Annahme einer eigenen Geschäftsbesorgung der D._____ spricht. Nach dem Gesagten liegt ein Auftragsverhältnis zwischen der D._____ und der Beklagten vor. Im Rahmen dieses Auftrags wies die Beklagte die D._____ an, den Escrow Vertrag einzugehen und die Einzahlung des Sicherstellungsbetrags auf das Sperrkonto zu leisten, um aus der Aufsicht der FINMA entlassen werden zu können.

4.4. Indirekte Stellvertretung

4.4.1. Parteivorbringen

Der Kläger macht geltend, es sei im Sicherstellungskonzept der FINMA und in den Verträgen festgelegt worden, dass der Habensaldo auf dem Sperrkonto nach Ablauf des Escrow Vertrags an die D._____ zurück zu überweisen sei und sie diesen einbehalten dürfe (act. 28 Rz. 58 ff.). Dieser Umstand führe dazu, dass die D._____ nicht "auf fremde Rechnung" gehandelt habe (act. 28 Rz. 60). Darüber hinaus habe sich die D._____ lediglich in einem begrenzten Umfang aus der Deckungszahlung befriedigen können. Der Ersatz anderer Auslagen oder die Befreiung anderer Verbindlichkeiten sei nicht vorgesehen gewesen. Es sei daher klar gewesen, dass die D._____ den Escrow Betrag auf eigene Rechnung stellen und den Habensaldo des Sperrkontos auf eigenes Risiko einziehen müsse (act. 28 Rz. 61). Da die D._____ kein umfassendes Recht auf Auslagen- und Verwendungersatz sowie auf Befreiung der eingegangener Verbindlichkeiten gehabt habe, liege keine indirekte Stellvertretung vor.

Die Beklagte hält dem entgegen, dass die D._____ im Interesse der Beklagten den Escrow Vertrag abgeschlossen habe und ihr im Gegenzug sämtliche Aufwendungen erstattet worden seien. Dies ergebe sich aus den Bestimmungen der Deckungsvereinbarung und indirekt aus dem Escrow Vertrag (act. 32 Rz. 66 ff.). Die Deckungsvereinbarung sehe vor, dass die D._____ ihre "Kommissionen, Gebühren, Spesen und Steuern etc." mit den auf der Deckungszahlung anfallenden Zinsen begleichen könne (act. 32 Rz. 69 mit Verweis auf act. 3/9 Ziff. 1 Abs. 2). Im Escrow Vertrag werde festgelegt, dass die Beklagte dem Escrow Agent eine pauschale Entschädigung von CHF 5'000.– pro Jahr für administrative Aufwendungen und für allfällige weitere Kosten bezahlen müsse (act. 32 Rz. 70 mit Verweis auf act. 3/8 Ziff. 4.1). Damit seien sämtliche Kosten der D._____ im Zusammenhang mit dem Escrow Agent von der Beklagten übernommen worden. Auch habe die Beklagte die Kosten der Prüfgesellschaft beglichen, was letztlich als eine direkte Bezahlung einer Aufwendung der D._____ anzusehen sei (act. 32 Rz. 72). Bei diesen Bestimmungen handle es sich um eine Konkretisierung des auftragsrechtlichen Auslagen- und Verwendungersatzes.

4.4.2. Rechtliches

Im Auftragsrecht liegt eine indirekte Stellvertretung vor, wenn der Beauftragte bei der Ausführung des Auftrages zwar in eigenem Namen, aber auf Rechnung des Auftraggebers handelt (SCHALLER, in: a.a.O., N 2 zu Art. 401 OR; GEHRER/GIGER, in: a.a.O., N 3 zu Art. 401 OR). Juristisch wird aus den so abgeschlossenen Geschäften nur der Beauftragte selbst berechtigt und verpflichtet. Da er aber auf Rechnung des Auftraggebers tätig wird und dessen Interessen wahrnimmt, soll diesem auch das wirtschaftliche Endergebnis zugutekommen (FELLMANN, a.a.O., N 26 zu Art. 401 OR). Bei der indirekten Stellvertretung steht der Auftraggeber, um dessen Interessen es geht und der deshalb intern als Geschäftsherr zu betrachten ist, nur zum Beauftragten in einer Rechtsbeziehung. Aufgrund seiner vertraglichen Bindung zum Auftraggeber ist jedoch der Beauftragte im internen Verhältnis verpflichtet, dem Auftraggeber alles herauszugeben bzw. abzutreten, was er aus dem Geschäft mit dem Dritten erlangt (FELLMANN, in: a.a.O., N 27 zu Art. 401 OR). Das Handeln auf Rechnung eines andern bedingt die Verpflichtung des Beauftragten, die Früchte seiner Tätigkeit herauszugeben und ihm im Gegenzug vom Auftraggeber den entstandenen Aufwand und ggf. ein Honorar zu bezahlen (FELLMANN, a.a.O., N 28 zu Art. 401 OR mit Verweis auf ZÄCH/KÜNZLER, in: Berner Kommentar, Stellvertretung, Art. 32-40 OR, 2014, 2. Aufl., N 179 zu Art. 32 OR).

4.4.3. Würdigung

Wie unter Ziffer 4.3.3. erwogen, bestand das Auftragsverhältnis darin, dass die D._____ im Interesse der Beklagten den Escrow Vertrag eingeht und den Sicherstellungsbetrag leistet. Der Escrow Vertrag diente dem Zweck der Entlassung der Beklagten aus der Aufsicht der FINMA als Effekthändlerin. Im Rahmen dieses Auftrags nahm die Beklagte die Stellung der Auftraggeberin bzw. Geschäftsherrin ein; die D._____ war Beauftragte. Die D._____ führte den Auftrag zwar im eigenen Namen aus. Dies ergibt sich daraus, dass sie und nicht die Beklagte den Escrow Vertrag als Vertragspartei unterzeichnete. Die Beklagte erteilte lediglich ihre Zustimmung zum Escrow Vertrag, ohne selbst Vertragspartei zu werden (vgl. act. 3/8 S. 7). Dass die D._____ in eigenem Namen handelte, geht auch aus der Deckungsvereinbarung hervor. Darin vereinbarten die Parteien, dass die D._____ Vertrags-

partei des Escrow Vertrags werden und in dieser Funktion die Sicherstellungssumme an den Escrow Agent überweisen soll (vgl. act. 3/9; Präambel lit. C). Daraus ergibt sich allerdings auch, dass die D._____ auf fremde Rechnung handelte, da sie von der Beklagten angewiesen wurde, den Escrow Vertrag einzugehen. Zudem sollte das "wirtschaftliche Endergebnis" der Beklagten zukommen. Im Gegenzug wurde der D._____ das Recht eingeräumt, der Beklagten "Kommissionen, Gebühren, Spesen und Steuern etc." in Rechnung zu stellen, bevor sie die anfallenden Zinsen der Deckungszahlung an die Beklagte ausbezahlt (act. 3/9 Ziffer 1). Im Escrow Vertrag findet sich in Ziffer 4.1 die Abrede, dass die C._____ von der Beklagten mit CHF 5'000.– entschädigt wird (act. 3/8). Ferner wurde durch die Beklagte auch das Honorar der Prüfgesellschaft übernommen (vgl. act. 3/8 Ziffer 4.2). Der Einwand des Klägers, die D._____ habe im Auftragsverhältnis gewisse Kosten selber tragen müssen, verfängt daher nicht, zumal sie auch nicht spezifiziert, um welche "anderen Auslagen oder Verbindlichkeiten" es sich dabei gehandelt haben soll. Auch der Umstand, dass der Habensaldo nach Ablauf der Sperrfrist auf das Konto der D._____ zurück zu überweisen war, führt nicht zu der Annahme, dass die D._____ auf eigene Rechnung gehandelt hat. Vielmehr wurde vorliegend eine typische auftragsrechtliche Freistellungsvereinbarung abgeschlossen. Danach hatte die D._____ das Recht, sich aus der Deckungszahlung der Beklagten zu befriedigen, sofern sie nicht den vollständigen Escrow Betrag zurückerhält (vgl. act. 3/9 Ziff. 1 Abs. 1 und 3). Folglich schloss die D._____ als indirekte Stellvertreterin für die Beklagte den Escrow Vertrag ab.

4.5. Ausschluss der Abtretbarkeit

4.5.1. Parteivorbringen

Der Kläger macht geltend, dass die Abtretbarkeit der Forderung der D._____ am Habensaldo des Sperrkontos aufgrund der strengen Anforderungen der FINMA zur Entlassung der Beklagten aus dem Effektenhändlerstatus ausgeschlossen worden sei (act. 28 Rz. 12 ff.; act. 28 Rz. 40 ff.; act. 28 Rz. 63 ff.). Dadurch habe die FINMA einen Zugriff der Beklagten auf den Habensaldo des Sperrkontos verhindern wollen (act. 28 Rz. 16-19). Das Abtretungsverbot sei im Escrow Vertrag umgesetzt worden, indem der Habensaldo des Sperrkontos nach Ablauf der Sperrfrist von der

C._____ nicht direkt an die Beklagte, sondern an die D._____ zu überweisen gewesen sei (act. 28 Rz. 65). In der Deckungsvereinbarung sei dann vereinbart worden, dass die D._____ nach der Rücküberweisung mit der Beklagten über die Deckungszahlung abrechnet und erst anschliessend den Habensaldo an die Beklagte überweist (act. 28 Rz. 46). Dieser Auszahlungsmechanismus sei als Abtretbarkeitsausschluss zu werten. Dieses Verständnis werde dadurch bestätigt, dass die FINMA im Rahmen der Verhandlungen verlangt habe, dass der von der D._____ auf das Sperrkonto überwiesene Betrag im Falle eines Konkurses oder einer Liquidation der Beklagten nicht zu deren Konkurs- bzw. Liquidationsmasse gezogen werden könne (act. 28 Rz. 42; act. 21/3). Zudem habe eine Klausel gestrichen werden müssen, wonach die D._____ ihre Rechte und Pflichten aus dem Escrow Vertrag an eine andere aufsichtsrechtlich überwachte Gesellschaft innerhalb der D._____ Bankengruppe abtreten konnte (act. 28 Rz. 42; act. 21/5 S. 2 Ziff. 4).

Dagegen wendet die Beklagte ein, dass sich weder aus dem Escrow Vertrag noch aus der Deckungsvereinbarung ein Abtretungsverbot ergebe (act. 20 Rz. 77; act. 32 Rz. 106 ff.). Der Wortlaut des Escrow Vertrags enthalte keine explizite Klausel, nach welcher eine Abtretung der Forderung am Habensaldo ausgeschlossen sei. Da bei der Erstellung des Escrow Vertrags und der Deckungsvereinbarung geschäftserfahrene Personen beteiligt gewesen seien, hätten sie eine übliche Formulierung in den Vertrag aufgenommen, wenn sie ein Abtretungsverbot hätten vereinbaren wollen (act. 32 Rz. 115 f.). Ein Abtretungsverbot sei auch nicht aus der Regelung zu den Auszahlungsmodalitäten ableitbar, da die Überweisung nicht zwingend an die D._____ selber, sondern auch an ein von ihr bezeichnetes Konto habe vorgenommen werden können (act. 32 Rz. 118 ff.). Ein Abtretungsverbot ergebe sich auch nicht aus den Anforderungen der FINMA bzw. aus der Entstehungsgeschichte des Escrow Vertrags (act. 32 Rz. 133 f.). Die FINMA habe zwar die Streichung einer Klausel verlangt, wonach die D._____ ihre Rechte und Pflichten aus dem Escrow Vertrag an Gesellschaften der D._____ Bankengruppe hätte abtreten können. Die FINMA habe jedoch nicht gefordert, dass ein explizites Abtretungsverbot in den Vertrag aufgenommen werden müsse. Aus ihrer Sicht sei es vielmehr darum gegangen, zu wissen, wer Vertragspartner des Escrow Agent war. Für die FINMA habe es keine Rolle gespielt, wem die Forderung auf Rückerstattung des

Escrow Betrags, insbesondere nach Ablauf der Sicherstellungsfrist, zustehe (act. 32 Rz. 140). Ohnehin habe die Person des Gläubigers der Rückerstattungsforderung keinerlei Einfluss auf die Zweckerreichung gehabt, da der Escrow Vertrag für zehn Jahre fest und unwiderruflich abgeschlossen worden sei. Auch im Falle eines Konkurses der D. _____ wäre der sichergestellte Betrag ausschliesslich den potentiellen, spezifisch gesicherten Gläubigern zugutegekommen (act. 32 Rz. 148).

4.5.2. Rechtliches

Die Legalzession ist dogmatisch eine Einzelrechtsnachfolge ohne Zessionserklärung (OSER/WEBER, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl. 2020, N 9 zu Art. 401 OR). Die Bestimmungen über die rechtsgeschäftliche Abtretung von Forderungen im Sinne von Art. 164 ff. OR gelten deshalb auch für die Legalzession nach Art. 401 Abs. 1 OR (BGE 130 III 312 E. 5.2). Dementsprechend können der Auftraggeber und der Beauftragte den gesetzliche Forderungsübergang gemäss Art. 401 Abs. 1 OR vertraglich ausschliessen oder dessen Anwendungsbereich auf bestimmte Gegenstände beschränken. Der Auftraggeber kann auch auf ein solches Recht verzichten (GIRSBERGER/HERMANN, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl. 2020, N 32 zu Art. 164 OR; FELLMANN, in: a.a.O., N 27 zu Art. 401 OR; BGE 130 III 316 E. 5.2; ZOGG, in: Das Aussonderungsrecht nach Art. 401 OR - eine Neuordnung. AJP 2020, S. 990 f.). Der Ausschluss kann in Form eines besonderen Vertrages oder als Vertragsklausel ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart werden. Die Abtretbarkeit einer Forderung kann dabei ganz ausgeschlossen oder auch nur teilweise eingeschränkt werden (z.B. Ausschluss der Zession während einer bestimmten Zeit oder der Zession an bestimmte Personen; vgl. BGE 4A_423/2009, E. 7.1). Der vertragliche Ausschluss der Abtretbarkeit ist Dritten gegenüber, d.h. auch gegenüber dem vermeintlichen Zessionar, wirksam. Im Einzelfall kann ein grundsätzlich wirksames Abtretungsverbot infolge Rechtsmissbrauch unwirksam werden (GIRSBERGER/HERMANN, a.a.O., N 32 zu Art. 164 OR; vgl. auch BGE 4C.129/2002 E. 1.1).

4.5.3. Würdigung

4.5.3.1. Unbestrittenermassen lässt sich dem Escrow Vertrag kein expliziter Abtretungsausschluss hinsichtlich der Forderung am Habensaldo des Sperrkontos entnehmen (act. 28 Rz. 40 ff.; act. 32 Rz. 116, act. 3/8). Deshalb ist zu prüfen, ob sich ein konkludenter Ausschluss der Abtretbarkeit aus dem Vertrag ableiten lässt oder aus den Umständen ergibt.

4.5.3.2. Der Kläger beruft sich für den Nachweis eines Abtretungsausschlusses auf folgenden Abrechnungsmechanismus im Escrow Vertrag und in der Deckungsvereinbarung: *"Weist das Escrow Konto nach Ablauf der Sperrfrist gemäss Ziffer 6.1 einen Habensaldo aus, wird dieser restliche Habensaldo durch den Escrow Agent an die MB [D._____] bzw. an ein von dieser zu gegebenem Zeitpunkt genanntes Bankkonto (zurück) überwiesen."* (act. 3/8 Ziff. 2.2). *"Nach Beendigung des Escrow Vertrages rechnet die MB [D._____] und die B.____ [Beklagte] über die Deckungszahlung ab. Die MB [D._____] kann sich im Umfang, indem aus dem Escrow Betrag Zahlungen an die Anspruchsberechtigten unter dem Escrow Vertrag geleistet wurden, aus der Deckungszahlung der B.____ befriedigen. Resultiert aus der Deckungszahlung ein Überschuss, wird dieser gemäss den Instruktionen der B.____ an diese (zurück) überwiesen."* (act. 3/9 Ziff. 1 Abs. 3).

4.5.3.3. Gemäss diesem Abrechnungsmechanismus sollte die C._____ als Escrow Agent den allfälligen Habensaldo auf dem Sperrkonto nach Ablauf der Sperrfrist am 31. Dezember 2021 an die D._____ überweisen. Anschliessend sollte die D._____ mit der Beklagten abrechnen. Aus der Abrechnungsregelung des Escrow Vertrags geht allerdings auch hervor, dass die D._____ das Recht hatte, dem Escrow Agent ein beliebiges Konto für die Rückzahlung dieses Betrages zu nennen. Danach hätte die D._____ von der C._____ gar verlangen können, den Habensaldo auf ein Bankkonto eines Dritten zu überweisen. Diese Möglichkeit spricht gegen einen Abtretungsausschluss, da das Geld nicht zwangsläufig vom Escrow Agent an die D._____ überwiesen werden musste. Die D._____ hätte die C._____ auch anweisen können, den Habensaldo direkt an die Beklagte zu überweisen. Aus der Klausel zur Rückzahlung des Sicherstellungsbetrags nach Ablauf der Sperrfrist lässt sich

mithin kein Abtretungsverbot ableiten, welches überdies auch den gesetzlichen Forderungsübergang gemäss Art. 401 Abs. 1 OR mitumfasst hätte.

4.5.3.4. Gegen die Vereinbarung eines (stillschweigenden) Abtretungsausschlusses spricht auch die Vertragsklausel, dass die getroffenen Vereinbarungen in Bezug auf den Escrow Vertrag abschliessend sind (vgl. act. 3/8, Ziff. 9.1). Dies deutet darauf hin, dass die Parteien die Regelungen als klar ansahen und keine über den Wortlaut hinausgehende Auslegung wünschten. Auch die FINMA verlangte, dass die Auszahlungs- und Zugriffsmodalitäten "klar und unmissverständlich zu regeln" seien (act. 21/2). Es ist davon auszugehen, dass vernünftige Parteien eine ausdrückliche Klausel aufgenommen hätten, wenn sie den gesetzlichen Forderungsübergang gemäss Art. 401 Abs. 1 OR hätten ausschliessen wollen. Dafür spricht auch, dass die am Vertrag beteiligten Parteien eine längere Zeit über den Escrow Vertrag verhandelten, ohne dabei ein ausdrückliches Abtretungsverbot zu vereinbaren, wobei alle beteiligten Personen fach- und rechtskundig waren (act. 32 Rz. 126). Hätten die Parteien einen Abtretungsausschluss gewollt, hätten sie diesen ohne weiteres in den Vertragstext aufnehmen können. Aus dem Vertragstext bzw. aus der Regelung zu den Auszahlungsmodalitäten lässt sich daher kein Abtretungsausschluss ableiten.

4.5.3.5. Auch aus den Verhandlungen zur Entlassung aus dem Effektenhändlerstatus ergibt sich zunächst nicht, dass die FINMA ein ausdrückliches Verbot der Abtretung der Forderung am Habensaldo des Sperrkontos verlangt hat. Aus den Unterlagen geht hervor, dass die FINMA primär das Ziel verfolgte, den Sicherstellungsbetrag nur Kunden der Beklagten mit potentiellen Ansprüchen für zehn Jahre zur Verfügung zu stellen (vgl. act. 21/1-5). So führte die FINMA in einer E-Mail vom 21. Mai 2012 aus: *"das Sperrkonto / Escrow Konto sollte nur die mit der Effektenhandelstätigkeit der B._____ SA verbundene Verbindlichkeiten, insbesondere für mögliche Forderungen aus der Verletzung der Anlagerichtlinien oder im Zusammenhang mit den Vertriebskommissionen strukturierter Produkte, abdecken und nicht für andere, möglicherweise in Zukunft entstehende Forderungen verwendet werden können."* (act. 21/2). Folglich wollte die FINMA den Zugriff auf das Geld ausschliesslich diesen Gläubigern gewährleisten. Alle anderen, mithin auch die Be-

klagte, sollten während der zehn Jahre keinen Zugriff auf das Sperrkonto erhalten. Im Lichte dieses Zwecks sind die folgenden Ausführungen der FINMA zu werten.

4.5.3.6. In dem vom Kläger als Hinweis für einen Abtretungsausschluss erwähnten Schreiben vom 22. Juni 2012 führte die FINMA aus: "*[...] Da die B._____ SA nach Entlassung aus der Aufsicht weiterbestehen soll, muss deshalb sichergestellt sein, dass im Falle eines Konkurses- oder einer Liquidation der B._____ SA das Konto nicht zur Konkurs-/ Liquidationsmasse herangezogen werden kann. [...]*" (act. 21/3). Im gleichen Absatz erläuterte die FINMA vorab, dass sie nur eine Lösung akzeptieren könne, bei welcher sichergestellt sei, dass ein unwiderrufliches Sperrkonto nur für die möglichen Schadenersatzforderungen verwendet werden könne. Die FINMA wollte mit der Regelung erreichen, dass der Sicherstellungsbetrag nicht zur Konkursmasse der Beklagten gezogen werden konnte und nur bestimmten Gläubigern zur Verfügung steht. Dieses Ziel wurde bereits dadurch erreicht, dass der Escrow Vertrag "für die Dauer bis 31. Dezember 2021 fest und unwiderruflich" abgeschlossen wurde (act. 3/8 Ziff. 6.1). Mit dieser Klausel konnte die Beklagte, auch im Falle eines Konkurses, nicht vor Ablauf der Sperrfrist auf den Sicherstellungsbetrag zugreifen. Mithin lässt sich aus dem Schreiben kein Abtretungsausschluss ableiten, da die Vorgabe der FINMA auch ohne einen solchen eingehalten wurde.

4.5.3.7. Ferner beruft sich der Kläger auf ein Schreiben der FINMA vom 12. September 2012. Darin habe die FINMA die Streichung der Ziffer 9.2 eines Entwurfs der Beklagten für den Escrow Vertrag verlangt (act. 21/5 S. 2; act. 33/17 S. 5). Die Ziffer 9.2 lautet: "*MB [D._____] ist berechtigt, ihre Rechte und Pflichten aus diesem Vertrag an eine andere aufsichtsrechtlich überwachte Gesellschaft innerhalb der E._____engruppe abzutreten, sofern sich diese verpflichtet, in alle Verpflichtungen ohne Einschränkungen einzutreten.*" Zunächst ist festzuhalten, dass das Abtretungsrecht auch die Beklagte umfasst hätte, da sie zu dieser Zeit eine Schwester-gesellschaft der D._____ war (act. 21/1 S. 4). Allerdings geht aus dem Schreiben der FINMA nicht hervor, warum sie die Streichung verlangte. Was genau die FINMA damit bezweckte, lässt sich daher nicht abschliessend klären. Der Kläger führt dazu lediglich aus, dass die FINMA damit das angebliche Abtretungsverbot habe sicher-

stellen wollen (act. 28 Rz. 42). Die Streichung dieser Klausel hatte jedoch nur zur Folge, dass eine Abtretung innerhalb der D._____ Bankengruppe nicht möglich war. Die Aufnahme einer Klausel für ein allgemeines Abtretungsverbot oder der Ausschluss der Legalzession nach Art. 401 Abs. 1 OR wurden bezeichnenderweise nicht verlangt. Selbst wenn man annehmen würde, dass die FINMA damit ein umfassendes Abtretungsverbot durchsetzen wollte, so würde sich das Verbot jedenfalls nicht über die Sperrfrist hinaus erstrecken. Wie erwogen, verfolgte die FINMA mit ihren Auflagen das Ziel, den Sicherstellungsbetrag für potentielle Ansprüche ehemaliger Kunden der Beklagten für einen Zeitraum von zehn Jahren zur Verfügung zu stellen. In den Unterlagen finden sich keine Hinweise, dass das Abtretungsverbot über die Sperrfrist von zehn Jahren hinaus bestehen sollte. Ein etwaiges Abtretungsverbot wäre daher spätestens mit Ende der Sperrfrist entfallen, weshalb der gesetzliche Forderungsübergang ohnehin zu diesem Zeitpunkt eingetreten wäre.

Insgesamt ergibt die Auslegung nach dem Vertrauensprinzip, dass ein (dauerhafter) Ausschluss der Abtretbarkeit der Forderung am Habensaldo nicht vereinbart wurde.

4.5.4. Subjektive Auslegung

Der Kläger behauptet, dass der Abtretbarkeitsausschluss auch dem Verständnis der C._____ und der Beklagten entsprochen habe und verweist dazu auf den vereinbarten Abrechnungsmechanismus (act. 28 Rz 44 ff.). Aus den vorstehend dargelegten Gründen genügt der vertragliche Abrechnungsmechanismus nicht, um daraus auf einen Ausschluss der Legalzession zu schliessen. Ebenso wenig lässt sich dies aus der vorübergehenden Anmeldung einer Insolvenzforderung durch die Beklagte im Konkursverfahren über das Vermögen der D._____ (act. 28 Rz 47 ff.) ableiten. Dies kann, wie die Beklagte berechtigterweise vorbringt (vgl. act. 32 Rz 247), aus Gründen der Vorsicht erfolgt sein und belegt nicht, dass die Beklagte ihrerseits von einem Abtretungsverbot ausging, zumal sie die Forderungsanmeldung später wieder zurückzog (act. 3/12). Mangels weiterer rechtsgenügender Behauptungen des Klägers zu einem übereinstimmenden tatsächlichen Parteiwillen bleibt es beim Auslegungsergebnis nach Vertrauensprinzip. Infolgedessen erübrigt

es sich, auf die weiteren Vorbringen der Beklagten zur subjektiven Vertragsauslegung einzugehen.

4.6. Erfüllung sämtlicher Verbindlichkeiten

Die Forderung geht gemäss Art. 401 Abs. 1 OR nur dann auf den Auftraggeber über, wenn dieser seinerseits die Verbindlichkeiten aus dem Auftragsverhältnis erfüllt hat. Vorliegend war die Beklagte im Rahmen ihres Auftragsverhältnisses verpflichtet, die Deckungszahlung in der Höhe von CHF 2'500'000.– auf eines ihrer Konten bei der D._____ AG einzubezahlen (vgl. act. 3/9 Ziffer 1). Am 2. November 2012 (Valutadatum 31. Oktober 2012) überwies die Beklagte CHF 2'499'983.– (CHF 2'500'000.– abzüglich CHF 17.– Spesen) auf ihr Konto bei der D._____ AG (act. 28 Rz. 29; act. 29/22). Damit hat sie ihre Pflicht aus dem Auftragsverhältnis erfüllt, was überdies vom Kläger auch nicht sG._____ tantiiert bestritten wurde (vgl. act. 28 Rz. 103).

5. Zusammenfassung

Dem Kläger ist es nicht gelungen, einen Abtretungsausschluss hinsichtlich der Forderung am Habensaldo des Sperrkontos rechtsgenügend darzutun und zu beweisen. Die Auslegung der Deckungsvereinbarung, des Escrow Vertrags sowie die Würdigung der Begleitumstände führen zum Schluss, dass die Forderung auf dem Wege der Legalzession i.S.v. Art. 401 Abs. 1 OR auf die Beklagte übergegangen ist. Zu bemerken ist, dass der Konkurs der D._____ als Beauftragte auf den Forderungsübergang keine Auswirkungen hat, da er in diesem Fall gemäss Art. 401 Abs. 2 OR auch gegenüber der Konkursmasse Wirkung entfaltet. Dementsprechend ist die Klage abzuweisen.

6. Kosten- und Entschädigungsfolgen

6.1. Gerichtskosten

Die Höhe der Gerichtskosten bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG; Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG ZH). Sie richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV

OG), welcher die Basis zur Berechnung der Grundgebühr bildet (§ 4 Abs. 1 GebV OG). Der Streitwert wird durch das Rechtsbegehren bestimmt (Art. 91 Abs. 1 ZPO) und beläuft sich vorliegend auf CHF 2'427'634.36. Bei diesem Streitwert beträgt die Gerichtsgebühr rund CHF 45'000.–. Ausgangsgemäss ist die Gerichtsgebühr dem Kläger als unterliegende Partei vollumfänglich aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Kosten sind aus dem vom Kläger geleisteten Vorschuss zu beziehen (Art. 111 Abs. 1 ZPO).

6.2. Parteientschädigungen

Die Höhe der Parteientschädigung ist nach der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 zu bemessen (AnwGebV; Art. 105 Abs. 2 ZPO). Grundlage ist auch hier der Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV). Beim vorliegenden Streitwert beträgt die nach § 4 Abs. 1 AnwGebV ermittelte Grundgebühr CHF 45'700.–; sie ist mit der Begründung bzw. Beantwortung der Klage verdient und deckt auch den Aufwand für die Teilnahme an einer allfälligen Hauptverhandlung ab. Für die Teilnahme an zusätzlichen Verhandlungen und für weitere notwendige Rechtsschriften wird ein Zuschlag von je höchstens der Hälfte der Grundgebühr berechnet (§ 11 Abs. 1 und 2 AnwGebV i.V.m. § 4 Abs. 1 AnwGebV). Unter Berücksichtigung des Aufwands für die Vergleichsverhandlung und die zweite Rechtsschrift ist eine Erhöhung der Grundgebühr um 40 % angezeigt (§ 11 Abs. 1 und Abs. 2 AnwGebV). Der Kläger ist daher zu verpflichten, der Beklagten eine Parteientschädigung in der Höhe von CHF 64'000.– zu bezahlen; nach Ablauf der Rechtsmittelfrist ist die vom Kläger geleistete Sicherheit für die Parteientschädigung von der Obergerichtskasse direkt an die Beklagte auszubezahlen.

Das Handelsgericht erkennt:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 45'000.–.
3. Die Kosten werden dem Kläger auferlegt und aus dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss bezogen.
4. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 64'000.– zu bezahlen. Nach Ablauf der Rechtsmittelfrist wird die vom Kläger geleistete Sicherheit für die Parteientschädigung von der Obergerichtskasse direkt der Beklagten ausbezahlt.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Obergerichtskasse.
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 2'427'634.36.

Zürich, 5. März 2025

Handelsgericht des Kantons Zürich

Vorsitzende:

Gerichtsschreiber:

Dr. Claudia Bühler

Dr. Pierre Heijmen