

Daniel Hunkeler / Georg Wohl

Wirkungen eines ausländischen Urteils im schweizerischen Kollokationsprozess

Besprechung des Bundesgerichtsurteils 4A_740/2012 vom 8. Mai 2014 (zur Publikation vorgesehen)

Im zur Publikation vorgesehenen Urteil des Bundesgerichts 4A_740/2012 vom 8. Mai 2014 erhielt die I. zivilrechtliche Abteilung in einem weiteren Fall der «Swissair» Gelegenheit, sich zur Anerkennung und Vollstreckung eines (noch nicht rechtskräftigen) belgischen Gerichtsurteils in der Schweiz sowie zu anderen wichtigen Aspekten des internationalen Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrechts der Schweiz zu äussern. Dabei stehen Fragen zur Anwendbarkeit des Lugano-Übereinkommens sowie zur Koordinierung in- und ausländischer Gerichtsprozesse im Zusammenhang mit einem schweizerischen Insolvenzverfahren im Zentrum.

Beitragsarten: Urteilsbesprechungen

Rechtsgebiete: SchKG; Zivilprozessrecht; LugÜ; Handelsrecht

Zitiervorschlag: Daniel Hunkeler / Georg Wohl, Wirkungen eines ausländischen Urteils im schweizerischen Kollokationsprozess, in: Jusletter 30. Juni 2014

Inhaltsübersicht

- 1 Prozessgeschichte
- 2 Fragestellung
- 3 Entscheidung
- 4 Kommentar

1 Prozessgeschichte

[Rz 1] **Beschwerdeführerinnen** im zur Diskussion stehenden Entscheid 4A_740/2012 vor Bundesgericht waren die heutigen Nachlassmassen der SAirLines AG sowie der SAirGroup AG, beide in Nachlassliquidation (nachfolgend: «Swissair-Konzern»). **Beschwerdegegnerin** war die masse en faillite ancillaire de Sabena, die schweizerische IPRG Hilfs-Konkursmasse der ehemaligen, nunmehr konkursiten Airline Sabena SA (nachfolgend: «Sabena»). Diese hatte vor dem **Berufungsgericht in Brüssel** einen sog. zivilrechtlichen Vorentscheid erwirkt, der aber noch nicht rechtskräftig ist (nachfolgend: «belgisches Urteil»). Dessen Ziff. 7 lit. a)–c) lauten sinngemäss:

- a) Es wird festgestellt, dass der Swissair-Konzern infolge Vertragsbruchs (im Zusammenhang mit dem sog. Astoria Agreement zwischen dem Swissair-Konzern und der Sabena) unmittelbar verantwortlich ist für den Zusammenbruch und den Konkurs der Sabena;
- b) Der Swissair-Konzern hat der Sabena und ihren Aktionären den Konkurssschaden (sog. «Diskontinuitätsschaden») zu ersetzen;
- c) Der Konkurssschaden wird provisorisch auf EUR 18'290'800.60 festgesetzt.

[Rz 2] Mit Eingabe vom 24. März 2011 beantragte die Sabena beim **Einzelrichter des Bezirks Zürich**, das belgische Urteil sei anzuerkennen und für vollstreckbar zu erklären. Mit Urteil vom 25. März 2011 erklärte der Einzelrichter Dispositivziffer 7 lit. c für vollstreckbar. Im Übrigen trat er auf das Begehren nicht ein. Gegen dieses Urteil führten sowohl der Swissair-Konzern als auch die Sabena Beschwerde im Sinne vom Art. 319 ff. der Zivilprozessordnung (ZPO) beim **Obergericht des Kantons Zürich**. Mit Urteil RV110006-O/U vom 7. November 2012 wies das Obergericht die Beschwerde des Swissair-Konzerns vollumfänglich ab und bestätigte das erstinstanzliche Urteil. Darüber hinaus anerkannte es auch das belgische Urteil hinsichtlich der Dispositivziffern 7 lit. a) und b). Mit **Beschwerde in Zivilsachen** beantragte der Swissair-Konzern dem **Bundesgericht** unter anderem, das Urteil des Obergerichts Zürich sei aufzuheben.

[Rz 3] Bei der **II. zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts** ist ein **Verfahren betreffend Kollokation hängig**, in welchem sich die Sabena und die Nachlassmasse der SAirLines AG gegenüberstehen (nachfolgend: «Kollokationsprozess»). Die Sabena stellte im Kollokationsprozess ein Sistierungsgesuch und reichte eine Kopie dieses Gesuchs im vorliegenden Verfahren dem Bundesgericht ein. Dieses zog in der Folge von Amtes wegen die Akten des Kollokationsprozesses bei und stellte fest, dass parallel zum belgischen Zivilprozess (dessen Vorurteil nun in der Schweiz vollstreckt werden soll) die Sabena Forderungen in Höhe von CHF 4'250'226'925.– im schweizerischen Nachlassverfahren der SAirLines AG eingegeben hatte. Diese wurden vom Liquidator in Höhe von «lediglich» CHF 397'115'192.55 zugelassen und im Übrigen abgewiesen. Die Sabena erhob daraufhin Kollokationsklage, welche aber vom **Einzelgericht am Bezirksgericht Zürich** mit Urteil vom 22. Februar 2011 abgewiesen wurde. Vor Obergericht Zürich verwies die Sabena auf das zwischenzeitlich ergangene belgische Urteil und verlangte dessen inzidente Anerkennung und Vollstreckbarerklärung. Das Obergericht Zürich wies mit Urteil und Beschluss NE110009-O/U vom 8. November 2012 die Berufung sowie die sonstigen Begehren unter Hinweis auf das

Novenverbot ab. *Im Sinne einer Eventualbegründung hielt das Obergericht fest, dass ein ausländisches Urteil für den schweizerischen Kollokationsrichter materiell nicht verbindlich sei, weshalb eine Anerkennung und Vollstreckbarerklärung ohnehin nicht möglich gewesen wären. Die Sabena focht dieses Urteil vor der II. zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts an und verlangte daraufhin die Sistierung des Verfahrens, bis über die Anerkennung des belgischen Urteils entschieden worden sei (dieses Sistierungsgesuch wurde im Übrigen vom Bundesgericht abgelehnt, doch hat das Bundesgericht in der Sache selber noch nicht entschieden).*

2 Fragestellung

[Rz 4] Die I. zivilrechtliche Abteilung hatte im vorliegend diskutierten Entscheid 4A_740/2012 im Wesentlichen zu entscheiden, ob eine Anerkennung und Vollstreckbarerklärung des belgischen Urteils gestützt auf das sog. revidierte Lugano-Übereinkommen (LugÜ) möglich sei, oder ob dieses vielmehr wegen des Ausschlussgrundes in Art. 1 Abs. 2 lit. b LugÜ gar nicht erst zur Anwendung gelange. Laut dieser Ausnahmebestimmung ist das LugÜ nämlich auf «Konkurse, Vergleiche und ähnliche Verfahren» nicht anwendbar und ist somit ein ausländisches Gerichtsurteil infolge Insolvenz des schweizerischen Schuldners nach den Vorschriften des IPRG zu anerkennen, was aber nicht Prozessthema war (und im Übrigen ohnehin nicht möglich gewesen wäre).¹

3 Entscheidung

[Rz 5] Das Bundesgericht rief in E. 6.1 und E. 6.2 des Urteils zunächst in Erinnerung, dass es gemäss ständiger Praxis bei der Auslegung des LugÜ der Rechtsprechung des EuGH zum Europäischen Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 27. September 1968 (EuGVÜ) sowie zur Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (EuGVVO) folgt, ausser ein Entscheid des EuGH stütze sich massgeblich auf gemeinschaftsrechtliche Grundsätze, die weder dem LugÜ noch den Rechtsordnungen der Vertragsstaaten entnommen worden sind, sodass diese Grundsätze nicht unesehen auf die Auslegung des revidierten LugÜ übertragen werden können (Verweis auf BGE 139 III 345 E. 4, 232 E. 2.2; BGE 138 III 386 E. 2.6; Protokoll Nr. 2 LugÜ). Sodann verwies das Bundesgericht in diesem Zusammenhang auf die bisherige Praxis des EuGH zum ehemaligen Art. 1 Abs. 2 Ziff. 2 EuGVÜ, wonach «Entscheidungen, die sich auf ein Insolvenzverfahren beziehen, [...] nur dann von der Anwendung des Übereinkommens ausgeschlossen [sind], wenn sie unmittelbar aus diesem Verfahren hervorgehen und sich eng innerhalb des Rahmens eines Konkurs- oder Vergleichsverfahrens [...] halten» (Verweis auf das Urteil des EuGH vom 22. Februar 1979 C-133/78 *Gourdain/Nadler* Rz. 4; bestätigt in Urteil vom 12. Februar 2009 C-339/07 *Seagon/Deko Marty Belgium NV* Rz. 19).

[Rz 6] Auf dieser Rechtsprechung aufbauend, entwickelte das Bundesgericht die in E. 6.3 dargestellte Praxis, wonach das LugÜ dann nicht anwendbar sei, wenn das betreffende Verfahren seine

¹ Vgl. Rz. 15 unten.

Grundlage im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht habe. Verfahren, die aller Wahrscheinlichkeit nach auch ohne einen Konkurs erhoben worden wären, fielen nicht unter den Ausschlussbestand von Art. 1 Abs. 2 lit. b LugÜ (Verweis auf BGE 131 III 227 E. 3.2; BGE 129 III 683 E. 3.2; BGE 125 III 108 E. 3d). Gestützt auf diese Grundsätze sei das LugÜ z.B. auf die nach Konkurseröffnung eingeleitete paulianische Anfechtungsklage nicht anwendbar (Verweis auf BGE 131 III 227 E. 3.3 und 4). Auch eine Klage einer ausländischen Konkursmasse gegen einen schweizerischen Schuldner, die der Vergrößerung der ausländischen Konkursmasse diene, falle nicht unter das LugÜ (Verweis auf nicht publizierten Urteil des Bundesgerichts 4A_231/2007 vom 6. März 2008 E. 4.1). Ferner fällt eine (Wider-) Klage nicht unter das LugÜ, wenn damit ein (Wider-) Kläger eine Vereinbarung rückabzuwickeln versucht, die er mit einem ausländischen Insolvenzverwalter abgeschlossen hatte (BGE 139 III 236 E. 5.2).

[Rz 7] In E. 6.4 fasste das Bundesgericht schliesslich die jüngste Rechtsprechung des EuGH zu Art. 1 Abs. 2 lit. c EuGVVO zusammen. So erwähnte das Bundesgericht zunächst den Entscheid *SCT Industri/Alpenblume* vom 2. Juli 2009 (C-111/08), in welchem es um die Rückabwicklung eines Kaufvertrags hinsichtlich Anteile an einer österreichischen Gesellschaft ging, der zwischen einem schwedischen Insolvenzverwalter (als Verkäufer) und einer schwedischen Gesellschaft (als Käuferin) zu Stande gekommen war. Ein österreichisches Gericht hatte nachträglich die Ungültigkeit des Kaufvertrags festgestellt, und es stellte sich die Frage, ob dieses Urteil nach der EugVVO in Schweden anerkennungsfähig und vollstreckbar sei. Unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung in *Gourdain/Nadler* prüfte der EuGH, ob der erforderliche «enge Zusammenhang» zwischen einer gerichtlichen Klage und dem Konkursverfahren bestehe. In diesem Zusammenhang erkannte der EuGH in der streitgegenständlichen Gesellschaftsübertragung eine «unmittelbare und untrennbare Folge» der Konkurseröffnung, weil durch den Anteilsverkauf der Konkursmasse flüssige Mittel zugeflossen seien. Ausserdem fusse das österreichische Urteil auf den fehlenden vollstreckungsrechtlichen Befugnissen des schwedischen Insolvenzverwalters auf dem Territorium Österreichs, was ebenfalls für einen engen Zusammenhang mit dem schwedischen Konkursverfahren spreche. In der gemeinschaftsrechtlichen Fachliteratur sei dieser Entscheid teils auf Zustimmung, teils auf Ablehnung gestossen. Einigkeit bestehe aber auf beiden Seiten, dass der Ausschlussbestand von Art. 1 Abs. 2 lit. c EuGVVO im genannten Urteil *Alpenblume* zu Recht weit interpretiert worden sei.²

[Rz 8] Im Urteil vom 10. September 2009 C-292/08 *German Graphics/van der Schee* ging es um die Abgrenzung zwischen der EuGVVO und der Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates vom 29. Mai 2000 über Insolvenzverfahren (EuInsVO). Darin erklärte der EuGH die EuGVVO auf eine Klage gegen einen *insolventen* Beklagten für anwendbar, die gestützt auf einen Eigentumsvorbehalt angehoben wurde. In der gemeinschaftsrechtlichen Fachliteratur sei dieser Entscheid mehrheitlich begrüsst worden.³

[Rz 9] Das Bundesgericht schlug in E.7 sodann einen Bogen zu früheren von ihm gefällten Urteilen, die sich ebenfalls zum Verhältnis zwischen den schweizerischen Nachlassverfahren des Swissair-Konzerns und von der Sabena bzw. ihren belgischen Mehrheitsaktionären in Belgien geführten Zivilprozessen äusserten. So wurde in BGE 133 III 386 unter Bezugnahme auf BGE 130 III 769 festgehalten, dass Art. 207 Abs. 1 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs

² E. 6.4. Abs. 6, unter Verweis auf FELIX DASSER, in: Dasser/Oberhammer [Hrsg.], Kommentar zum Lugano Übereinkommen, 2. Aufl. 2011, N. 83 zu Art. 1 LugÜ.

³ E. 6.4. Abs. 7.

(SchKG) in Verbindung mit Art. 63 der Verordnung über die Geschäftsführung der Konkursämter (KOV) auf ausländische Zivilverfahren *nicht* anwendbar sei. Demzufolge müssten die schweizerische Konkursverwaltung und auch ein allfälliges Gericht bei der Kollokation von Forderungen eines ausländischen Gläubigers auf parallele ausländische Prozesse *keine* Rücksicht nehmen. In BGE 135 III 127 wurde entschieden, dass ein schweizerisches Kollokationsverfahren während eines ausländischen Zivilprozesses, der die zu kollozierenden Forderungen zum Gegenstand hat, nicht zu sistieren sei und eine Sistierung deshalb gegen Bundesrecht verstosse. Aufgrund des Territorialitätsprinzips und der sich daraus ergebenden zwingenden Zuständigkeit des schweizerischen Kollokationsrichters könne für diesen ein ausländisches Gericht nicht verbindlich über *die verfahrensrechtliche Kollokation* einer Forderung entscheiden. Damit wurde insbesondere entgegen einer früheren Rechtsprechung klargestellt, dass im Zeitpunkt einer schweizerischen Konkursöffnung bereits rechtshängige ausländische Zivilprozesse nicht automatisch zu Kollokationsprozessen werden.⁴

[Rz 10] In der Sache selber betonte das Bundesgericht in E. 8, dass das zu anerkennende belgische Urteil kein Kollokationsurteil sei, weil es ausschliesslich die zivilrechtliche Schadensersatzforderung der Sabena bzw. ihrer Mehrheitsaktionäre gegenüber dem Swissair-Konzern betreffe und insbesondere keine Anweisungen an den Liquidator zu irgendeiner bestimmten Vormerkung dieser Forderung im schweizerischen Kollokationsplan enthalte. Umgekehrt sei Hauptthema des schweizerischen SchKG-Kollokationsverfahrens bzw. des zwischen den Parteien hängigen Kollokationsprozesses *gerade nicht* der materiell-rechtliche Bestand einer Forderung, sondern die verfahrensrechtliche Bereinigung des Kollokationsplans. Die materielle Begründetheit der Forderung sei Vorfrage der Kollokation, über die sich der Kollokationsrichter zwingend Rechenschaft geben müsse, ansonsten er die vom Gesetz vorgeschriebene Kollokation gar nicht vornehmen könne (Verweis auf BGE 133 III 386). Gestützt auf die genannten Grundsätze ergäbe sich für schweizerische Binnensachverhalte, dass Zivilurteile, die bereits *bei Konkursöffnung in Rechtskraft erwachsen* seien, in einem nachfolgenden Kollokationsprozess in materieller Hinsicht für das Gericht verbindlich seien. Gleiches gelte für internationale Sachverhalte, insbesondere für LugÜ – Sachverhalte, unter Vorbehalt der Anerkennbarkeit der entsprechenden ausländischen Urteile. Die (nachträgliche) Überprüfung konkursrechtlicher Aspekte, so etwa die einredeweise geltend gemachte Anfechtbarkeit nach Art. 285 ff. SchKG, bleibe ebenfalls vorbehalten.

[Rz 11] Für den Fall, dass im Zeitpunkt der Konkursöffnung *noch kein* rechtskräftiges Zivilurteil existiere, sei zu unterscheiden: Im schweizerischen Binnenverhältnis gelte Art. 207 SchKG i.V.m. Art. 63 KOV, wonach hängige Zivilprozesse zu sistieren seien, bis feststehe, ob der Prozess von der Masse oder von den Gläubigern fortgeführt werde. Der Zivilprozess werde diesfalls zum Kollokationsprozess (Verweis auf BGE 135 III 127 E.3.3.1). Auf diese Weise soll verhindert werden, dass während des Kollokationsverfahrens ein Urteil zur selben Forderung ergehe. Im internationalen Verhältnis fehlten derartige Koordinationsregeln. Demzufolge nehme ein schweizerisches Kollokationsverfahren unbeeinflusst von einer ausländischen Rechtshängigkeit seinen Lauf. Wie es sich verhalte, wenn vor Abschluss des schweizerischen Kollokationsverfahrens im Ausland ein Zivilurteil ergehe, das im schweizerischen Kollokationsverfahren vorgelegt werde und allenfalls gemäss internationaler Verpflichtungen der Schweiz zu anerkennen wäre (wie gemäss Prozessgeschichte im Parallelverfahren vor Obergericht Zürich geschehen), liess das Bundesgericht offen,

⁴ Im Zusammenhang mit der diesbezüglichen, nunmehr überholten Rechtsprechung verweist das Bundesgericht auf ANDREA BRACONI, La collocation des créances en droit international suisse de la faillite, 2005, S. 150 f.

da es die Beschwerde guthiess, ohne auf diese Frage eingehen zu müssen.

[Rz 12] Das Bundesgericht bejahte nämlich in E.9 seines Urteils den engen Zusammenhang des belgischen Zivilprozesses mit der schweizerischen Nachlassliquidation des Swissair-Konzerns und somit den Ausschluss des LugÜ gemäss Art. 1 Abs. 2 lit. b. Eine Anerkennung und Vollstreckbarerklärung gemäss LugÜ war somit nicht möglich, und die **Beschwerde** des Swissair-Konzerns war mangels Rüge im Zusammenhang mit den Vorschriften des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (IPRG) **gutzuheissen**. Angesichts der zeitlichen Abfolge der Bewilligung der provisorischen Nachlassstundung bzw. der Homologation (gerichtlichen Bestätigung) des Liquidationsvergleichs betreffend den Swissair-Konzern und den *anschliessend* parallel geführten Zivilprozesse in Belgien und das Kollokationsverfahren in der Schweiz erachtete es das Bundesgericht für erwiesen, dass es das belgische Verfahren ohne das schweizerische nicht gäbe, bzw. dass das belgische Zivilurteil keine andere Funktion hatte, als im schweizerischen Kollokationsverfahren vorgelegt zu werden. Mithin sei das belgische Urteil wenn nicht *formell*, so doch *funktional* Teil des schweizerischen Nachlassverfahrens, was den gemäss Gesetz und Rechtsprechung geforderten engen Zusammenhang zu einem schweizerischen Insolvenzverfahren begründe. Daran ändere auch nichts, dass der in Belgien geführte Schadensersatzprozess nicht unmittelbar dem schweizerischen Nachlassverfahren entstamme und somit auch ausserhalb eines Insolvenzverfahrens geführt werden könne. Der Sabena sei nämlich von Anfang an bewusst gewesen, dass sie ein allfälliges belgisches Urteil ausschliesslich im schweizerischen Nachlassliquidationsverfahren vollstrecken könne. «Die insolvenzrechtliche Wirkung des Entscheids» sei das eigentliche Klageziel gewesen.⁵

[Rz 13] Der so begründete Ausschluss des belgischen Urteils aus dem Anwendungsbereich des LugÜ steht, laut Bundesgericht, im Einklang mit der *ratio* der angewendeten insolvenzrechtlichen Ausschlussbestimmung. Es solle verhindert werden, dass nach Insolvenzeröffnung die Masseverwaltung während ihres Kollokationsverfahrens von den Konkursgläubigern vor ausländische Gerichte gezogen werde, was die wirtschaftliche Abwicklung von Generalexekutionen in Frage stellen und letztlich die Interessen der Gläubigersamtheit beeinträchtigen könnte. Bei einem gerichtlichen Nachlassverfahren würde dasselbe gelten wie im Konkurs, wobei der massgebende Zeitpunkt die Bewilligung der (provisorischen) Nachlassstundung anstelle der Konkurseröffnung sei.⁶

4 Kommentar

[Rz 14] Das Bundesgerichtsurteil ist u.E. im Ergebnis zu **begrüssen**. Es lässt indessen leider, wenn auch verfahrensrechtlich erklärbar, gewisse zentrale Fragen zur Koordinierung internationaler Prozesse im Zusammenhang mit einem schweizerischen Insolvenzverfahren offen.

[Rz 15] Das Bundesgericht stellte im geografischen Anwendungsbereich des LugÜ klar, dass sog. Passivprozesse im Ausland, die **nach** Eröffnung des schweizerischen Konkurs- oder Nachlassverfahrens von Konkurs- bzw. Nachlassgläubigern gegen die Masse angehoben worden sind, unter den Ausschlussstatbestand von Art. 1 Abs. 2 lit. b. LugÜ fallen, weshalb solche ausländischen Urteile de facto und de iure in der Schweiz nicht vollstreckbar sind, weil die Anerkennungsregeln

⁵ E.9.4.

⁶ E.9.2.

des IPRG bei hängigen schweizerischen Insolvenzverfahren *zumindest für die Kollokation* nicht zur Anwendung gelangen.⁷ Ob ein solches Urteil dennoch «Wirkungen» auf ein schweizerisches Kollokationsverfahren entfalten könne, liess das Bundesgericht explizit offen.⁸

[Rz 16] Es ist nachvollziehbar und deckt sich mit der ratio von Art. 1 Abs. 2 lit. b. LugÜ,⁹ dass aus Effizienzgründen ein Insolvenzverfahren ausschliesslich am Ort der Insolvenzeröffnung durchgeführt werden soll und die Konkursverwaltung bzw. der Liquidator im Nachlassverfahren **nach der Eröffnung des schweizerischen Insolvenzverfahrens** nicht von den Insolvenzgläubigern vor beliebige Gerichte im Ausland gezerrt werden darf, andernfalls die Interessen der Gläubigersamtheit gefährdet sein könnten.¹⁰ Die nunmehr vom Bundesgericht (weiter-) entwickelte Auslegung des LugÜ stärkt insofern das aktive Territorialitätsprinzip¹¹ im schweizerischen internationalen Insolvenzrecht und unterstreicht nochmals für schweizerische *Kollokationsklagen*, dass diese zwingend beim Gericht am schweizerischen Insolvenzort zu erheben sind und damit im Ergebnis allfällige anderslautende vertragliche (ausländische) Gerichtsstände unbeachtlich sind, was aber auch bisher schon in Lehre und Rechtsprechung anerkannt war.¹² Für die Anhebung ausländischer Zivilklagen *nach* schweizerischer Insolvenzeröffnung, sozusagen als «verkappte» Kollokationsklagen (weil nur die materielle Forderung betreffend und nicht auch die Bereinigung des schweizerischen Kollokationsplans), besteht deshalb absolut kein Raum mehr, da diese Klagen immer ihre Grundlage im schweizerischen Konkurs- bzw. Nachlassverfahren haben bzw. mit den Worten des Bundesgerichts «funktional» Teil des Insolvenzverfahrens sind und damit stets unter die Ausnahmebestimmung von Art. 1 Abs. 2 lit. b. LugÜ fallen. Eine Anerkennung als *Kollokationsurteil* fällt auch im Anwendungsbereich des IPRG ausser Betracht, sodass nach schweizerischer Insolvenzeröffnung nur eine (originär) schweizerische Kollokationsklage (mit inzidentem Forderungsprozess) zur Bereinigung eines schweizerischen Kollokationsplans führt.

[Rz 17] Das **Obergericht** des Kantons Zürich hatte in seinem Urteil vom 7. November 2012 als Vorinstanz *vom praktischen Ergebnis her* gleich entschieden wie das Bundesgericht. Es hatte zwar das Exequatur zu Gunsten der Sabena gutgeheissen und das belgische Urteil für vollstreckbar erklärt, aber dabei wie das Bundesgericht offengelassen, ob das belgische Urteil in anderer Weise dereinst für das schweizerische Kollokationsverfahren Verbindlichkeit erlangen wird.¹³ Dass sich aus einem (selbständigen) Exequatur und einem parallelen Kollokationsverfahren nachteilige Doppelspurigkeiten ergeben könnten, befürchtete das Obergericht Zürich derweil nicht. Nach seinem Dafürhalten sind die Anerkennungswirkungen «mannigfach» und gehen über das Insolvenzrecht hinaus,¹⁴ sodass selbst bei hängigem schweizerischen Kollokationsverfahren ein ge-

⁷ Die Anerkennung von Urteilen im Zusammenhang mit einer Kollokation ist vollstreckungsrechtlicher Natur und keine Zivilsache: BGE 139 III 236E. 5.3 unter Verweis auf BGE 135 III 127E. 3.3.3 sowie BGE 129 III 683.

⁸ Vgl. E. 8.3.2 Abs. 3.

⁹ Zur Entstehungsgeschichte von Art. 1 Abs. 2 lit. b. LugÜ vgl. FELIX DASSER, Stämpflis Handkommentar zum Lugano-Übereinkommen, 2. Auflage, Zürich 2011, N 52 ff. sowie Anton K. Schnyder (Hrsg.), Lugano Übereinkommen (LugÜ) zum internationalen Verfahrensrecht, Kommentar, Zürich/St. Gallen 2011, ACOCCELLA, Art. 1 N 99 ff.

¹⁰ E.9.4.

¹¹ Zum Begriff: KUKO SchKG, 2. Aufl. 2014 – IVO SCHWANDER, Art. 30a N 23; im Zusammenhang mit dem LugÜ: Anton K. Schnyder (Hrsg.), a.a.O., KILLIAS, Art. 22 Nr. 5 N 2.

¹² KUKO SchKG, 2. Aufl. 2014 – THOMAS SPRECHER, Art. 250 N 26; FRANCO LORANDI, Grenzüberschreitende Aspekte in der Insolvenz – ausgewählte Fragen, in: Thomas Sprecher (Hrsg.), Sanierung und Insolvenz von Unternehmen II, Zürich 2012, S. 33 mit Verweis auf BSK SchKG-RUESSENBERGER, Art. 250 N 46.

¹³ OGer ZH, I. Zivilkammer, RV110006-O/U, Urteil vom 7. November 2012, E. 2.5, 3. Absatz, mit weiteren Hinweisen.

¹⁴ OGer ZH, I. Zivilkammer, RV110006-O/U, Urteil vom 7. November 2012, E. 2.5, 2. Absatz in fine.

nügendes Rechtsschutzinteresse an der Durchführung eines selbständigen Exequaturverfahrens sowie an der Vollstreckbarkeitserklärung bestehe. Letztere stelle nämlich nur eine vorbereitende Massnahme für die weitere effektive Vollstreckung dar. Das Obergericht Zürich räumte zwar ein, dass gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts ein ausländisches Zivilurteil für den schweizerischen *Kollokationsrichter* nicht verbindlich sei, doch könnte ein schweizerisches Insolvenzverfahren theoretisch widerrufen werden, weshalb das ausländische Zivilurteil bzw. dessen Anerkennung und Vollstreckung dann «wieder Bedeutung»¹⁵ erlangen könnten.

[Rz 18] Die Ausführungen des Obergerichts Zürich kamen nicht von ungefähr. Einen Tag später, nämlich am 8. November 2012, wies es die Berufung der Sabena gegen das erstinstanzliche Kollokationsurteil des Bezirksgerichts Zürich ab.¹⁶ Unter Bezugnahme auf BGE 135 III 133 E. 3.3.3 und 3.3.4 verneinte das Obergericht Zürich die Verbindlichkeit eines ausländischen Zivilurteils für den schweizerischen Kollokationsrichter, was somit auch eine inzidente Anerkennung des ausländischen Urteils durch den schweizerischen Kollokationsrichter ausschliesse.¹⁷ Damit ist das Obergericht Zürich, wie nun auch das Bundesgericht im vorliegend diskutierten Urteil, der Ansicht, dass *nach* Eröffnung eines schweizerischen Konkurses keine neuen Zivilprozesse im Ausland anhängig gemacht werden können mit dem Ziel, das schweizerische Kollokationsverfahren zu beeinflussen.

[Rz 19] In den vom Obergericht Zürich mehrfach referenzierten Leitentscheiden BGE 133 III 386 sowie BGE 135 III 127 stellte das Bundesgericht klar, dass aufgrund des Territorialitätsprinzips im schweizerischen internationalen Insolvenzrecht Art. 207 Abs. 1 SchKG und Art. 63 KOV auf ausländische Zivilprozesse *nicht* anwendbar seien. Ausserdem sei ein ausländisches Zivilurteil für den schweizerischen (Konkurs-) Liquidator bzw. für den Kollokationsrichter *im Hinblick auf die zu treffende Kollokation* nicht verbindlich, weshalb ein schweizerisches Kollokationsverfahren während der Dauer des nach Konkurseröffnung angehobenen ausländischen Prozesses nicht zu sistieren sei.¹⁸ Bei dieser Ausgangslage ist die Möglichkeit eines «race of time zwischen ausländischem Erkenntnisverfahren und inländischem Insolvenzverfahren»¹⁹ trotz des vorliegend diskutierten Bundesgerichtsurteils nicht gänzlich weggefallen, zumal dieses zur Verbindlichkeit solcher ausländischer Zivilprozesse bzw. Urteile, *die in der Schweiz grundsätzlich anerkennungsfähig wären*, gerade nichts aussagt.²⁰

[Rz 20] Mit anderen Worten ist die **Wirkung von Urteilen aus ausländischen Erkenntnisverfahren, die bereits im Zeitpunkt der schweizerischen Konkurseröffnung (bzw. der Eröffnung eines Nachlassverfahrens) rechtshängig waren, aber noch nicht abgeschlossen sind, auf das schweizerische Kollokationsverfahren nach wie vor offen**. Diese Fallkonstellation dürfte in der Praxis inskünftig überwiegen, zumal es abgesehen von Ausnahmefällen (z.B. wenn Massevermögen im Ausland belegen ist) für einen Gläubiger keinen Sinn mehr macht, parallel zum schweizerischen Kollokationsverfahren im Ausland ein (neues) zivilrechtliches Erkenntnisverfahren über dieselbe Forderung gegen eine insolvente schweizerische Partei anzustrengen. Demgegenüber kommt es nicht selten vor, dass eine schweizerische Partei während eines ausländischen Zivil-

¹⁵ OGer ZH, I. Zivilkammer, RV110006-O/U, Urteil vom 7. November 2012, E. 4.4, 2. Absatz.

¹⁶ Vgl. OGer ZH, I. Zivilkammer, NE110009-O/U, Urteil und Beschluss vom 8. November 2012.

¹⁷ OGer ZH, I. Zivilkammer, NE110009-O/U, Urteil und Beschluss vom 8. November 2012, E. D. 3. B) (S. 75).

¹⁸ Statt vieler: KUKO SchKG, 2. Aufl. 2014 – KURT STÖCKLI/PHILIPP POSSA, Art. 207 N 11.

¹⁹ FRANCO LORANDI, a.a.O., S. 37.

²⁰ Vgl. Rz. 15 oben.

prozesses insolvent wird und sich deshalb sowohl für den schweizerischen Insolvenzverwalter als auch für die ausländische Gegenpartei die Frage nach dem «wie weiter» im ausländischen Verfahren stellt. Je nach ausländischer Rechtsordnung hat nämlich die schweizerische Insolvenz keinen Einfluss auf das ausländische Verfahren und wird letzteres daher trotz des schweizerischen Insolvenz- und Kollokationsverfahrens fortgeführt.²¹ Dies gilt gleichermassen für Aktiv- wie auch Passivprozesse der schweizerischen Masse. Der schweizerische Insolvenzverwalter kann mangels genügender Mittel einen Prozess im Ausland mitunter nicht weiterführen – diesfalls sind die Klagerechte den Gläubigern nach Art. 260 SchKG abzutreten. Andererseits sieht sich die ausländische Gegenpartei, die nunmehr etwas aus dem Konkurs fordert, regelmässig dazu veranlasst, sich auch am schweizerischen Konkursverfahren zu beteiligen, was faktisch (über das Kollokationsverfahren) zu einem Zweitprozess über weitgehend identische Streitfragen führen kann und ineffizient ist.

[Rz 21] Damit stellt sich die Frage, unter welchen Voraussetzungen solche Zivilurteile dereinst im Lichte von Art. 1 Abs. 2 lit. b LugÜ anerkannt werden können und vollstreckbar sind. Folgt man der bisherigen, nunmehr um ein neues Anwendungsbeispiel bereicherten Rechtsprechung des Bundesgerichts, so hat ein bereits im Zeitpunkt der schweizerischen Konkursöffnung hängiger Zivilprozess seine Grundlage grundsätzlich nicht in einem schweizerischen Insolvenzverfahren, jedenfalls soweit er unabhängig von diesem im Ausland angestrengt wurde. So gesehen müssten u.E. solche **im Ausland vollstreckbaren ausländischen LugÜ Urteile** klarerweise in der Schweiz zumindest anerkannt und für vollstreckbar erklärt werden, soweit sie vor der rechtskräftigen Erledigung des schweizerischen Kollokationsverfahrens ergehen.²² Je nachdem, im Sinne eines **Rechtsmissbrauchsvorbehalts**, könnte man sich ausnahmsweise auf den Standpunkt stellen, dass eine ausländische Klage bzw. der daraufhin eröffnete Prozess, der im Wissen, dass eine Insolvenz in der Schweiz drohte, lediglich im Hinblick auf das schweizerische Insolvenzverfahren angestrengt wurde und deshalb funktional mit diesem zusammenhängt. Eine Anerkennung und Vollstreckbarerklärung wäre demzufolge nicht möglich.

[Rz 22] Die Anerkennung und Vollstreckbarerklärung für die Schweiz bedeutet aber noch nicht, dass ein schweizerischer Kollokationsrichter dieses ausländische Urteil bei der Bereinigung des Kollokationsplans auch berücksichtigen muss. Sowohl das Bundesgericht als auch das Obergericht Zürich scheinen zumindest nicht ausdrücklich auszuschliessen, dass trotz Anerkennung in der Schweiz der Kollokationsrichter wegen des verfahrensrechtlichen Territorialitätsprinzips völlig frei und in Missachtung einer *res iudicata* im Zivilpunkt diesen neu beurteilen kann.

[Rz 23] U.E. rechtfertigt es das Territorialitätsprinzip im schweizerischen Insolvenzrecht nicht, dass Zivilurteile aus ausländischen Verfahren, die bereits vor schweizerischer Konkursöffnung oder Bewilligung einer (provisorischen) Nachlassstundung hängig, aber noch nicht entschieden waren, im schweizerischen Insolvenzverfahren gewissermassen als inexistent behandelt werden. Solches würde dem Gläubigergleichbehandlungsprinzip zuwider laufen. Jeder Gläubiger muss die Vermögenslage des insolventen Schuldners so akzeptieren, wie sie sich im Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung präsentiert. Dazu gehört auch, dass ein einzelner Gläubiger wegen eines bereits vor Insolvenzeröffnung begonnen Rechtstreits allenfalls einen Vorteil gegenüber der Gläubigergemeinschaft geniesst. Diesen Vorteil einseitig zu Lasten des einzelnen Gläubigers unter Anwen-

²¹ Jeder Staat hat vorbehaltlich staatsvertraglicher Verpflichtungen seine eigene *lex concursus*; FRANCO LORANDI, a.a.O., S. 35.

²² Hinsichtlich der materiellen Verbindlichkeit vgl. sogleich unten Rz. 22 f.

dung des Territorialitätsprinzips im Ergebnis zu missachten, erscheint nicht gerechtfertigt. Daran ändert auch nichts, dass das schweizerische internationale Insolvenzrecht vom Grundsatz her auf die Benachteiligung ausländischer Gläubiger ausgelegt ist bzw. diese in Kauf nimmt.²³

[Rz 24] Einerseits hat sich die Schweiz mit der Unterzeichnung und Ratifizierung des LugÜ dazu verpflichtet, ausländische Urteile, die nicht unter die Ausnahmebestimmung von Art. 1 Abs. 2 lit. b LugÜ fallen, zu anerkennen und zu vollstrecken. Andererseits gehen die Entwicklungen im (autonomen) internationalen Insolvenzrecht der Schweiz in Richtung Gleichbehandlung schweizerischer und ausländischer Gläubiger, wie auch das in jüngerer Zeit massgeblich revidierte Bankenkursverfahren zeigt.²⁴ Ein schweizerischer Insolvenzverwalter wird ein im Ausland hängiges und fortzuführendes Zivilverfahren über eine Forderung gegen den schweizerischen Schuldner u.E. daher aufnehmen müssen oder aber die Abwehrrechte an die Gläubiger gemäss Art. 260 SchKG abtreten. Ein «race of time» kann dabei insoweit entstehen, als der schweizerische Insolvenzverwalter versucht sein kann, rascher eine endgültige Kollokationsverfügung zu erwirken als im Ausland ein anerkennungs- und vollstreckungsfähiges Urteil ergehen kann.

Dr. iur. DANIEL HUNKELER, LL.M., Partner bei BAUR HÜRLIMANN AG, Zürich und Baden (www.bhlaw.ch); Leiter der Fachgruppe SchKG des Zürcher Anwaltsverbandes (ZAV) und u.a. Mitglied des Gläubigerausschusses der SAirLines AG in Nachlassliquidation, welche einer der Parteien des besprochenen Bundesgerichtsurteils ist.

Lic. iur. GEORG J. WOHL, LL.M., Senior Associate bei BAUR HÜRLIMANN AG, Zürich und Baden (www.bhlaw.ch); Mitglied der Fachgruppe SchKG des Zürcher Anwaltsverbandes (ZAV).

²³ Vgl. Art. 172 IPRG, der bei einem Sekundärkonkurs nur solche ausserhalb der Schweiz wohnende Gläubiger zulässt, die durch ein in der Schweiz belegenes Pfand gesichert sind.

²⁴ Vgl. Art. 37g Abs. 4 des Bankengesetzes (BankG), der seit 1. September 2011 in Kraft ist.