

6. Gerichtsorganisation und Verfahrensrecht / Organisation judiciaire et procédure

6.6. Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht / Exécution forcée et faillite

(4) Beachtlichkeit hängiger Prozesse/Schiedsverfahren im Ausland bei der Kollokation in der inländischen Generalexekution.

Bundesgericht, Schuldbetreibungs- und Konkurskammer, 12.11.2004, i.S. *Société d'exploitation AOM AIR LIBERTE gegen Swisscargo AG in Nachlassliquidation sowie Obergericht des Kantons Zürich als obere kantonale Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibungs- und Konkursachen* (7B.124/2004 = BGE 130 III 769 ff.), Beschwerde.

Mit Bemerkungen von
Prof. Dr. iur. FRANCO LORANDI, LL.M.,
Rechtsanwalt, Zürich



Das Bundesgericht hatte sich kürzlich mit der Frage zu befassen, wie es sich in der Generalexekution (Konkurs, Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung) verhält, wenn im Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens in der Schweiz ein ausländisches Erkenntnisverfahren hängig ist. Nachfolgend soll der Entscheid des Bundesgerichts (BGE 130 III 769 ff.) kritisch hinterfragt werden. Ausgangspunkt ist die gesetzliche Regelung:

I. Gesetzliche Regelung

Gemäss Art. 207 SchKG werden *Zivilprozesse*, in denen der Schuldner Partei ist und die den Bestand der Konkursmasse berühren, mit der Konkurseröffnung *eingestellt*. Es handelt sich um eine Einstellung ex lege (CARL JAEGER, Das Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs, Zürich 1911, Art. 207 SchKG N 5; ComR-ROMY, Art. 207 SchKG N 12; BGE 100 Ia 301). Die Prozesse können frühestens zehn Tage nach der zweiten Gläubigerversammlung (im ordentlichen Konkursverfahren) bzw. 20 Tage nach der Auflage des Kollokationsplans (im summarischen Konkursverfahren) wieder aufgenommen werden (Abs. 1). Diese Regelung gilt beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung ab Bestätigung des Nachlassvertrages nicht analog; hängige Prozesse werden nicht eingestellt (GILDO PAPA, Die analoge Anwendung der Konkursnormen auf den Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung, Diss. Bern 1941, 99; PETER LUDWIG, Der Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung [Liquidationsvergleich], Diss. Bern 1970, 77; BasK-WINKELMANN/LÉVY/JEANNERET/MERKT/BIRCHLER, Art. 319 SchKG N 37; FRANCO LORANDI, Die Wirkungen des Konkursaufschubs [Art. 725a OR]: Ausgewählte Fragen aus vollstreckungsrechtlicher Sicht, in: HANS MICHAEL RIEMER/MORITZ KUHN/DOMINIK VOCK/MYRIAM A. GEHRI [Hrsg.], Schweizerisches und

internationales Zwangsvollstreckungsrecht, Festschrift für Karl Spühler, Zürich 2005, 222; ComR-MARCHAND, Art. 311 SchKG N 3; in BGE 133 III 386 ff. und 130 III 771 ff. hat sich das Bundesgericht dazu nicht geäußert).

Gemäss Art. 63 KOV sind *streitige Forderungen* (Passiven), welche im Zeitpunkt der Konkurseröffnung bereits Gegenstand eines Prozesses bilden, im *Kollokationsplan zunächst ohne Verfügung der Konkursverwaltung pro memoria vorzumerken* (Abs. 1). Wird der Prozess weder von der Masse noch von einzelnen Gläubigern gemäss Art. 260 SchKG fortgeführt, so gilt die Forderung als anerkannt, und die Gläubiger haben kein Recht mehr, die Kollokation gemäss Art. 250 SchKG anzufechten (Abs. 2). Wird der Prozess dagegen fortgeführt, so wird er im Ergebnis zum Kollokationsprozess (PIERRE-ROBERT GILLIÉRON, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Lausanne 2001, Art. 250 SchKG N 11; BGE 128 III 293 f., 130 III 772, 132 III 94, 133 III 388.). Je nach Ausgang des Prozesses erfolgt die Streichung der Forderung oder ihre definitive Kollokation, welche von den Gläubigern nicht mehr mit Kollokationsklage angefochten werden kann (Abs. 3). Art. 63 KOV gilt beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung analog (LUDWIG, 77; BasK-WINKELMANN/LÉVY/JEAN-NERET/MERKT/BIRCHLER, Art. 319 SchKG N 37; ComR-MARCHAND, Art. 311 SchKG N 3).

Lange Zeit war umstritten, ob Art. 207 SchKG und Art. 63 KOV auch zur Anwendung gelangen, wenn der *Prozess im Ausland* geführt wird. (In BGE 93 III 84 ff. hat das Bundesgericht die Frage offen gelassen; in BGE 112 III 36 ff. hat es Art. 207 SchKG bzw. Art. 63 KOV auf einen Prozess in Deutschland angewendet, ohne dies zu begründen.) Die Lehre war geteilt. Das Bundesgericht hat sich in der jüngeren Vergangenheit zweimal mit der Frage befasst (vgl. BGE 130 III 769 ff. und 133 III 386 ff.):

II. Keine Sistierung des ausländischen Prozesses gemäss Art. 207 SchKG

Art. 207 SchKG hat seinen Grund darin, dass der Gemeinschuldner mit dem Eintritt der Generalexekution die Verfügungsfähigkeit über sein Vermögen verliert (Art. 204, Art. 298 SchKG; BGE 130 III 774, 118 III 41, 54 III 265).

Die Einstellung des Prozesses von Gesetzes wegen wirkt nur gegenüber inländischen Richtern und Behörden. Mangels anderslautender staatsvertraglicher Regeln ist der ausländische Richter nicht verpflichtet, das schweizerische Insolvenzereignis (Konkurs, Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung) zu beachten und den Prozess zu sistieren. Art. 207 SchKG gilt somit nicht für im Ausland hängige Prozesse oder Schiedsverfahren (ERNST BLUMENSTEIN, Handbuch des Schweizerischen Schuldbetreibungsrechts, Bern 1911, 703 f., Anm. 32; CLAUDE SANDOZ, De l'effet de la faillite sur les procès du débiteur, Diss. Lausanne 1938, 49 f.; BasK-HIERHOLZER, Art. 247 SchKG N 76; FRIDOLIN WALTHER, Allgemeiner Überblick: Grundlagen und Probleme des internationalen Konkursrechts, in: KARL SPÜHLER [Hrsg.], Ak-

tuelle Probleme des internationalen Insolvenzrechts, Zürich 2003, 5; BGE 130 III 774, 133 III 388 f.; SJZ 2001, 329; a.M. HANS FRITZSCHE/HANS ULRICH WALDER, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Bd. II, Zürich 1993, § 49, Rz. 15, Anm. 28; ComR-MARCHAND, Art. 311 SchKG N 3). Dem ist vollumfänglich zuzustimmen.

III. Kollokationsverfügung oder Kollokation pro memoria im inländischen Insolvenzverfahren?

A. Ansicht des Bundesgerichts

Das Bundesgericht geht bei seiner Entscheidung davon aus, Art. 63 KOV, welcher unter anderem vorsieht, dass die im Prozess liegende Forderung zunächst nur pro memoria vorgemerkt wird (vgl. I.), habe seine gesetzliche Grundlage in Art. 207 SchKG (KURT AMONN/FRIDOLIN WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, Bern 2003, § 46 N 14; BGE 130 III 774, 118 III 42, 83 III 76 f., 37 I 572). Die Rechtslage für im Ausland hängige Prozesse sei daher in Bezug auf Art. 207 SchKG und Art. 63 KOV dieselbe (BGE 130 III 774).

Das Bundesgericht schliesst aus dem Umstand, dass der ausländische Richter nicht an Art. 207 SchKG gebunden ist und deshalb den ausländischen Prozess nicht sistieren muss, Art. 63 KOV finde keine Anwendung: «*Ist aber der französische Richter (mangels anderslautender staatsvertraglicher Regeln) nicht verpflichtet, den schweizerischen Konkurs zu beachten und den Prozess gemäss Art. 207 SchKG zu sistieren, besteht keine gesetzliche Grundlage, die hoheitlichen Kompetenzen der schweizerischen Konkursverwaltung (Art. 245 SchKG) zu beschneiden und ihre Kollokationsverfügung der Anfechtung durch Klage gemäss Art. 250 SchKG zu entziehen. Da sich Art. 207 SchKG nur auf Prozesse im Inland bezieht (...), gilt dies auch für Art. 63 KOV. (...) [F]olglich hat die Konkursverwaltung eine angemeldete Forderung ohne Rücksicht auf den im Zeitpunkt der Konkurseröffnung hängigen Prozess im Ausland zu erwahren (...). Nach dem Dargelegten ergibt sich, dass Art. 63 KOV bei Prozessen im Ausland nicht anwendbar ist.*» (BGE 130 III 774 f., vgl. auch BGE 133 III 392).

Nach Ansicht des Bundesgerichts hat das verfahrensleitende Organ in einer Generalexekution (Konkursverwaltung, Liquidatoren beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung) eine angemeldete Forderung ohne Rücksicht auf den im Insolvenzzeitpunkt (Konkurs, Bestätigung des Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung, BGE 133 III 388) hängigen Prozess im Ausland zu erwahren (BasK-HIERHOLZER, Art. 247 SchKG N 34; BGE 130 III 775). Es kann über die Forderung im Kollokationsplan verfügen (BGE 130 III 775). Dies hat zur Folge, dass der ausländische Prozess zwar weitergeführt wird, für die Kollokation im schweizerischen Insolvenzverfahren aber völlig belanglos wird.

B. Differenzierte Sichtweise

Diese Ansicht des Bundesgerichts überzeugt m.E. nicht: Art. 207 SchKG und Art. 63 KOV regeln *zwei verschiedene*

Dinge, auch wenn diese miteinander verknüpft sind: Art. 207 SchKG betrifft die Sistierung eines hängigen Prozesses, während Art. 63 KOV die Kompetenzen der Konkursverwaltung regelt, über die Forderung, welche Gegenstand des hängigen Prozesses ist, durch Kollokationsverfügung zu entscheiden bzw. die Forderung nur pro memoria vorzumerken.

Überzeugend ist, dass Art. 207 SchKG nur den inländischen Richter (und die inländischen Behörden) bindet, nicht aber den ausländischen Richter (vgl. auch THOMAS SPRECHER, Schweizerischer Konkurs und ausländischer Prozess, in: KARL SPÜHLER [Hrsg.], Internationales Zivilprozess- und Verfahrensrecht III, Zürich 2003, 20 f.; KURT STÖCKLI, Die Behandlung eines ausländischen Prozesses im Konkurs- und Nachlassverfahren, Verschiedene Fragen zur Anwendung von Art. 207 SchKG und Art. 63 KOV, Kommentierung von BGE 7B.123/2004 und 7B.124/2004 vom 12. November 2004, Jusletter vom 13. Dezember 2004, Rz. 11). Aus dem Umstand, dass der ausländische Richter den Prozess nicht sistieren muss, zu schliessen, die Konkursverwaltung könne eine Kollokationsverfügung treffen, überzeugt m.E. dagegen nicht:

Zunächst kann der ausländische Richter (oder ein Schiedsgericht) den Prozess ohne weiteres nach Massgabe der *Bestimmungen der lex fori* sistieren (vgl. SPRECHER, a.a.O., 20, Fn. 27 mit Verweis auf die deutsche Praxis). Sofern dies geschieht (aus verfahrensökonomischen Gründen macht eine Sistierung zufolge Insolvenz einer Partei durchaus Sinn), ist m.E. nicht ersichtlich, weshalb das inländische verfahrensleitende Organ nicht gemäss Art. 63 KOV vorgehen sollte. Ob die Sistierung ex lege (gemäss Art. 207 SchKG; vgl. I.) oder auf richterliche Anordnung (gemäss der *lex fori*) erfolgt, spielt für die Frage, ob eine Kollokation im inländischen Insolvenzverfahren nur p.m. zu erfolgen hat, wahrlich keine entscheidende Rolle.

Die Ansicht des Bundesgerichts überzeugt m.E. aber auch dann nicht, wenn keine Sistierung des ausländischen Erkenntnisverfahrens erfolgt: *Zweck von Art. 63 KOV* ist es, um mit den Worten des Bundesgerichts zu sprechen, «um des Gewinnes an Zeit und Geld Willen den Konkursgläubigern zu ersparen, im Anschluss an die Auflegung des Kollokationsplans einen bereits teilweise instruierten Prozess von neuem anzufangen» (BGE 130 III 773, vgl. schon BGE 113 III 133, 54 III 164). Es geht somit um *Verfahrensökonomie*. Wenn aber schon für Forderungen, welche im Prozess liegen und welcher Prozess sistiert wird, nur eine Vormerkung pro memoria im Kollokationsplan erfolgt, so muss dies *a fortiori* für Prozesse gelten, die fortgeführt werden (vgl. auch SPRECHER, a.a.O., 32 f.). In dieser Situation wäre es aus verfahrensökonomischen Gründen noch unsinniger «einen bereits teilweise instruierten Prozess von neuem anzufangen» (vgl. auch STÖCKLI, a.a.O., Rz. 12; a.M. THOMAS BAUER, Der ausseramtliche Konkursverwalter – Totengräber oder Geburtshelfer?, BISchK 2007, 48, wonach durch die vom Bundesgericht vorgezeichnete Lösung «regelmässig Zeit

und Kosten vermieden» werden könnten). Die *ratio legis* von Art. 63 KOV spricht somit klar dafür, die im (ausländischen) Prozess liegende Forderung nur p.m. zu kollozieren.

Art. 63 KOV regelt die Behandlung von Forderungen, die im Prozess liegen, in der Kollokation. Der *Wortlaut* von Art. 63 KOV setzt keineswegs voraus, dass eine Einstellung des hängigen Prozesses stattfindet. Die Norm gilt vielmehr unabhängig davon, ob eine Sistierung des Prozesses stattfindet oder nicht (ERNST BRAND, SJK Nr. 1002, 11; SPRECHER, a.a.O., 32; BGE 112 III 36), nämlich «für alle hängigen Zivilprozesse ohne Ausnahme» (BRAND, a.a.O., 11). Dies zeigt sich auch darin, dass Art. 63 KOV beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung zur Anwendung kommt, obwohl Art. 207 SchKG nach einhelliger Auffassung nicht gilt (vgl. I.). So anerkennt auch das Bundesgericht, dass Art. 63 KOV weder von territorialen noch von anderen Einschränkungen spricht (BGE 130 III 773).

Es gibt denn auch inländische *Prozesse, welche trotz Konkursöffnung fortgesetzt werden* (Art. 207 Abs. 1 und Abs. 4 SchKG). Dies gilt nicht nur für Prozesse, deren Ausgang die Masse nicht betrifft, sondern auch für solche, welche die Aktiv- oder Passivmasse beschlagen. Dazu gehören nebst den «dringlichen Fällen» (Art. 207 Abs. 1 SchKG) auch familienrechtliche Prozesse (Art. 207 Abs. 4 SchKG), wie etwa der Scheidungsprozess, welcher mit seinen vermögensrechtlichen Nebenfolgen durchaus eine Auswirkung auf die Konkursmasse des insolventen Ehegatten haben kann (BRAND, a.a.O., 11; BasK-WOHLFART, Art. 207 SchKG N 37). Auch solche Forderungen werden, obschon keine Sistierung des Prozess stattfindet, im Kollokationsplan nur pro memoria aufgeführt (BRAND, a.a.O., 11).

Schliesslich ist Art. 63 KOV im Zusammenhang mit der Frage zu sehen, wie bei der Kollokation von Forderungen aufgrund *rechtskräftiger ausländischer Urteile* (gleichgestellt sind ausländische *Schiedssprüche* [SPRECHER, a.a.O., 35, 38]) vorzugehen ist. Die Kollokationsklage ist bekanntlich eine sog. betreibungsrechtliche Klage mit Reflexwirkung auf das materielle Recht (anstatt aller: AMONN/WALTHER, a.a.O., § 30 N 19). Betreibungsrechtlich ist die Frage, ob und wie eine Forderung im Kollokationsplan aufzunehmen ist. Hierfür wird in materiellrechtlicher Hinsicht vorfrageweise Bestand und Umfang der Forderung geprüft. Hinsichtlich der Bindungswirkung eines ausländischen Urteils/Schiedsspruches ist nach diesen zwei Aspekten zu unterscheiden:

In Bezug auf die *materiellrechtlichen Aspekte* (Vorfrage) entfaltet das ausländische (für Urteile *inländischer* Gerichte vgl. Bundesgerichtsurteil 5A_476/2007 vom 2. November 2007, E. 3) Urteil/Schiedsurteil materielle Rechtskraft (PAOLO MICHELE PATOCCHI/ELLIOTT GEISINGER, IPRG, Zürich 2000, Art. 194 IPRG N 32) vorausgesetzt, es ist nach den massgeblichen schweizerischen Normen anerkennungsfähig (BasK-HIERHOLZER, Art. 247 SchKG N 35; SPRECHER, a.a.O., 34, 35 ff., 39; vgl. auch BGE 107 III 121 f. und den [unpublizierten] Beschluss des Kassationsgerichts des Kantons Zürich vom 15. November 2007, E. 3.3.b, E. 3.3. c/bb

und E. 3.3.e/bb. Zu den Problemen und Lösungsansätzen im Verhältnis der beiden Aspekte [materiellrechtliche Fragen und betriebsrechtliche Aspekte] vgl. KARL WÜTHRICH, Bereinigung der Passiven und Passivenvergleich, Vortragsunterlagen zur Tagung Aktuelle Probleme des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts vom 25. Oktober 2007 in Luzern, 3 f., 9 f.). Das verfahrensleitende Organ bzw. der Kollokationsrichter hat somit die Anerkennungsfähigkeit zu prüfen.

Für die *betriebsrechtliche* Frage (Kollokation) sind einzig die Normen des SchKG massgeblich. Das verfahrensleitende Organ bzw. der schweizerische Kollokationsrichter hat die Einhaltung der SchKG-Normen auf jeden Fall zu prüfen bzw. diese anzuwenden (ALEXANDER BRUNNER/MARK A. REUTTER, Kollokations- und Widerspruchsklagen nach SchKG, 2. Aufl., Bern 2002, 62 f.; WÜTHRICH, a.a.O., 7 f.).

Im genannten Rahmen (Anerkennungsfähigkeit vorausgesetzt und Prüfung der materiellrechtlichen SchKG-Normen vorbehalten) sind ausländische Urteile und Schiedssprüche somit für den inländischen Kollokationsrichter beachtlich. Es ist deshalb m.E. nicht einzusehen, weshalb die Rechtshängigkeit eines ausländischen Erkenntnisverfahrens weniger beachtlich sein soll als jene eines inländischen Verfahrens. Es macht m.E. keinen Sinn, zwar ausländische, rechtskräftige (und anerkennungsfähige) Urteile, nicht aber ausländische, hängige Prozesse zu beachten. Vielmehr ist – wie im Zivilprozessrecht (Art. 46 und Art. 206 ff. E-ZPO) namentlich auch im internationalen (Art. 9 und Art. 25 ff. IPRG; Art. 21 ff. und Art. 25 ff. LugÜ) – die *nahe Verwandtschaft der Institute der Rechtshängigkeit und der materiellen Rechtskraft* zu beachten. Beide Institute gehen auf den Grundsatz des Rechtsschutzinteresses zurück (anstatt vieler: OSCAR VOGEL/KARL SPÜHLER, Grundriss des Zivilprozessrechts, 8. Aufl., Bern 2006, 8. Kap. N 42), weshalb sowohl einer hängigen Klage als auch einem rechtskräftigen Urteil gegenüber einer späteren Klage Ausschlusswirkung zukommt.

C. Ergebnis

Nach der hier vertretenen Meinung ist ein ausländisches, hängiges Erkenntnisverfahren (unbesehen der Frage, ob der Prozess sistiert wird) für die Beurteilung der materiellrechtlichen Fragen bei der Kollokation beachtlich. Das verfahrensleitende Organ (Konkursamt, Liquidator) kann diesbezüglich keine Kollokationsverfügung erlassen, sondern hat die Forderung im Kollokationsplan gemäss Art. 63 KOV pro memoria vorzumerken. In Bezug auf die betriebsrechtlichen Aspekte (Privilegierung, materiellrechtliche SchKG-Normen) kann das verfahrensleitende Organ dagegen eine Verfügung erlassen. Entsprechend kann auch der Kollokationsrichter darüber entscheiden. Dies führt zu einer Gabelung des Rechtswegs (zur Möglichkeit, den Kollokationsprozess [über die betriebsrechtlichen Fragen] zu *sistieren*, vgl. WÜTHRICH, a.a.O., 7 ff.; unpublizierter Beschluss des Kassationsgerichts des Kantons Zürich vom 15. November 2007, E. 3).