

Brücken bauen

Festschrift für Thomas Koller

Herausgegeben von:

Susan Emmenegger

Stephanie Hrubesch-Millauer

Frédéric Krauskopf

Stephan Wolf



Stämpfli Verlag

Susan Emmenegger/Stephanie Hrubesch-Millauer/
Frédéric Krauskopf/Stephan Wolf (Hrsg.)

Brücken bauen



Thilo Weh

Susan Emmenegger/Stephanie Hrubesch-Millauer/
Frédéric Krauskopf/Stephan Wolf (Hrsg.)

Brücken bauen

Festschrift für Thomas Koller



Stämpfli Verlag

© Stämpfli Verlag AG Bern

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das Recht der Vervielfältigung, der Verbreitung und der Übersetzung. Das Werk oder Teile davon dürfen ausser in den gesetzlich vorgesehenen Fällen ohne schriftliche Genehmigung des Verlags weder in irgendeiner Form reproduziert (z.B. fotokopiert) noch elektronisch gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

© Stämpfli Verlag AG Bern · 2018
www.staempfliverlag.com

ISBN 978-3-7272-2657-1

Über unsere Online-Buchhandlung www.staempflishop.com
ist zudem folgende Ausgabe erhältlich:
Judocu ISBN 978-3-0354-1583-4

printed in
switzerland



© Stämpfli Verlag AG Bern

Gerichtsstände grenzüberschreitender Einzelverfahren im Internationalen Insolvenzrecht der Schweiz

Aussonderungs-, Admassierungs- und Forderungseinziehungsklage unter dem revidierten IPRG

ALEXANDER R. MARKUS*

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung.....	616
II.	Räumlich-persönlicher Anwendungsbereich des elften Kapitels IPRG	618
III.	Erweiterte Anerkennung nach Art. 174a IPRG n.F.....	619
	A. Voraussetzungen.....	619
	B. Erweiterte Prozessführungsbefugnis der ausländischen Verwaltung für insolvenzbezogene Einzelverfahren	620
IV.	Insolvenzbezogene Verfahren nach LugÜ	621
V.	Insolvenzbezogene Verfahren nach IPRG	624
VI.	Aussonderungsklage	625
	A. Regelung in SchKG und IPRG.....	625
	B. Sachlicher Anwendungsbereich des LugÜ.....	626
	C. Räumlicher Anwendungsbereich und Zuständigkeiten nach LugÜ.....	628
	D. Grenzüberschreitende Zuständigkeiten ausserhalb des LugÜ	629
VII.	Admassierungsklage	631
	A. Regelung im SchKG.....	631
	B. Aktivlegitimation zur Admassierungsklage im internationalen Verhältnis	632
	C. Sachlicher Anwendungsbereich des LugÜ.....	632
	D. Räumlicher Anwendungsbereich und Zuständigkeiten nach LugÜ.....	634
	E. Grenzüberschreitende Zuständigkeiten ausserhalb des LugÜ	634
VIII.	Forderungseinziehungsklagen gegen den Drittschuldner.....	635
	A. Regelung im SchKG.....	635

* Prof. Dr. iur. ALEXANDER R. MARKUS, Ordinarius und Direktor am Institut CIVPRO der Universität Bern.

B. Aktivlegitimation zur Forderungseinziehungsklage im internationalen Verhältnis.....	635
C. Sachlicher Anwendungsbereich des LugÜ.....	636
D. Räumlicher Anwendungsbereich und Zuständigkeiten nach LugÜ.....	639
E. Grenzüberschreitende Zuständigkeiten ausserhalb des LugÜ.....	639
IX. Schluss.....	640

I. Einleitung

Der Gefeierte versteht es nicht nur, das materielle Recht stets im engen Kontext zum Verfahrensrecht zu sehen. Obwohl Obligationenrechtler, bezieht er jeweils vorbildlich das Verfahrensrecht in seine Untersuchungen mit ein und bemüht sich um die Fortentwicklung dieses Fachgebiets. Das Insolvenzrecht strahlt denn auch nicht nur – wie jedes Verfahrensrecht – auf das materielle Recht zurück, sondern ist vielleicht das Paradebeispiel für geradezu «übergreifendes» Verfahrensrecht schlechthin. Es schafft sozusagen eine neue Welt nicht nur für das materielle Recht, sondern setzt Zäsuren auch für zivilprozessuale Verhältnisse. Das niemals zu unterschätzende Postulat der *Einheit der Rechtsordnung* hält dem entgegen, indem es die Eingriffe des Insolvenzrechts gegenüber dem materiellen Recht und dem Zivilprozessrecht so gering wie möglich halten will – im Interesse der Kontinuität der Rechtsverhältnisse und der Voraussehbarkeit der Lösungen für die Rechtsunterworfenen.

Im März 2018 hat das Parlament eine Revision des elften Kapitels IPRG verabschiedet,¹ welche die anno 1989 noch als modernes Vorbild geltende Schweizer Regelung den ausländischen Systemen annähern will, die es inzwischen links überholt hatten. Das UNCITRAL-Modellgesetz von 1997² und die EU-Insolvenzverordnung von 2015³ sind dem Prinzip der internationalen Gleichbehandlung der Gläubiger enger verpflichtet als das IPRG. Die Schweizer Regelung ist auch nach der Revision nach wie vor weit von den «Idealprinzipien» von Universalität und Einheit der Insolvenz entfernt.⁴ So hält die Revision an einem formellen Anerkennungsverfahren fest, das durch-

¹ BBl 2018 1505; das Inkrafttreten findet voraussichtlich per 1. Januar 2019 statt.

² UNCITRAL-Modellgesetz betreffend grenzüberschreitende Insolvenz vom 30. Mai 1997.

³ Verordnung (EU) Nr. 2015/848 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2015 über Insolvenzverfahren (EuInsVO).

⁴ ALEXANDER R. MARKUS, Ohne Hilfskonkurs – ein Paradigmenwechsel im internationalen Insolvenzrecht der Schweiz, in: Alexander R. Markus/Stephanie Hrubesch Millauer/Rodrigo Rodriguez (Hrsg.), Zivilprozess und Vollstreckung national und international – Schnittstellen und Vergleiche, Festschrift für Jolanta Kren Kostkiewicz, Bern 2018, S. 222, S. 325 ff.

gestanden sein will, um einer ausländischen Hauptinsolvenz den Zugriff auf die Schweizer Aktivmasse zu erlauben.⁵ Der erhebliche Fortschritt der Neuregelung besteht hingegen darin, dass das Anerkennungsgericht nach Art. 174a IPRG n.F. unter bestimmten Voraussetzungen auf ein hiesiges Hilfsverfahren verzichten kann.⁶ Damit ist eine erhebliche *Erweiterung der Anerkennung* verbunden, zumal die ausländische Konkursverwaltung bedeutend grössere Kompetenzen erhält als dies bei einem hiesigen Hilfsverfahren der Fall ist. Die ausländische Verwaltung handelt unmittelbar für das ausländische Insolvenzverfahren in der Schweiz, indem sie etwa Informationen einholt, Vermögensstücke in den Eröffnungsstaat der ausländischen Hauptinsolvenz verbringt oder – eben – Aktiv- und Passivprozesse führt.⁷

Unter dem elften Kapitel IPRG in seiner vormaligen Fassung zog die Anerkennung der ausländischen Hauptinsolvenz zwingend ein schweizerisches Hilfs-Insolvenzverfahren nach sich. Im Kontext der Insolvenz stehende Einzelverfahren befinden sich – wie bei einer Schweizer Haupt- oder Niederlassungsinsolvenz – *beinahe ausschliesslich* in der Hand der hiesigen Verwaltung der Hilfsinsolvenz. Dieses Prinzip hat das IPRG in seiner b.F. nur gerade bei der Anfechtungsklage aufgeweicht, die auch durch die ausländische Konkursverwalter oder berechnigte Konkursgläubiger erhoben werden kann.⁸ Die Zuständigkeit für diese oder andere insolvenzbezogene Einzelverfahren, die sich in der Hand der Schweizer Hilfsverwaltung befinden, richtete sich nach bisherigem Mehrheitsverständnis nach den Zuständigkeitsvorschriften des SchKG, allenfalls der ZPO oder ggf. des IPRG.⁹

Bei einem Verzicht auf das Hilfskonkursverfahren öffnet sich – wie erwähnt – das Feld für ausländische Insolvenzbehörden. Sie haben denn auch das Verwaltungsvakuum auszufüllen, das durch den Verzicht auf ein Schweizer Hilfsverfahren besteht. Nach Art. 174a Abs. 4 IPRG n.F. stehen der ausländischen Verwaltung sämtliche Befugnisse zu, die ihr nach der ausländischen *lex concursus* zukommen; sie darf in der Schweiz insbesondere auch insolvenzbezogene Einzelverfahren führen. Der Einsicht folgend, dass sich Einzelverfahren mit Bezug zur Schweizer Aktivmasse zudem auch vermehrt im Ausland abspielen dürften, sieht das revidierte Recht mit Art. 174c IPRG n.F.

⁵ Art. 166 IPRG.

⁶ Dazu FRANCO LORANDI, Die Revision des internationalen Insolvenzrechts (Art. 166 ff. IPRG), in: Alexander R. Markus/Stephanie Hrubesch Millauer/Rodrigo Rodriguez (Hrsg.), Zivilprozess und Vollstreckung national und international – Schnittstellen und Vergleiche, Festschrift für Jolanta Kren Kostkiewicz, Bern 2018, S.189 ff. Zu Natur und Funktionsweise des Verzichts auf das Hilfsverfahren: MARKUS, Hilfskonkurs (Fn. 4), S. 225 ff.

⁷ Zur Prozessführungsbefugnis des ausländischen Insolvenzverwalters siehe MARJOLAINE JAKOB, Die Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter, Zürich/Basel/Genf 2018, *passim*.

⁸ Art. 171 Abs. 1 IPRG.

⁹ Siehe dazu die Ausführungen zu den einzelnen Klagen hinten.

eine Anerkennungsnorm für ausländische Urteile vor, die aus insolvenznahen Einzelverfahren hervorgehen. Sie beschränkt sich allerdings auf die Kategorie der Anfechtungsansprüche und ähnlicher gläubigerschädigenden Ansprüche und lässt andere insolvenznahe Verfahren ausser Acht, so z.B. ausländische Kollokationsverfahren, die mit der Schweizer Insolvenz koordiniert werden.¹⁰

In Zukunft werden sich somit Einzelverfahren im In- und Ausland ergeben, die zwar einen Bezug zur Schweizer Hilfsmasse aufweisen, jedoch unter die bedeutend erweiterten Prozessführungsbefugnisse der ausländischen Verwaltung fallen. Das Inkrafttreten des revidierten IPRG ändert nicht etwa Rechtsnatur und zuständigkeitsrechtliche Beurteilung dieser Einzelverfahren; es betrifft jedoch die Parteikonstellation und beeinflusst damit die gerichtlichen Zuständigkeiten. Ausländische Zuständigkeiten werden mit der Beteiligung der ausländischen Verwaltung häufiger, wodurch auch die Frage der Anerkennung und Vollstreckbarerklärung daraus hervorgehender Entscheidungen in der Schweiz vermehrt ins Blickfeld gerät. Der vorliegende Beitrag will anhand einer Reihe von insolvenzverbundenen Gerichtsverfahren – Aussonderungs-, Admassierungs- und Forderungseinziehungsklage – prüfen, welchen grenzüberschreitenden Zuständigkeiten sie bei einer erweiterten Anerkennung zu gehorchen haben.

Die Zuständigkeitsfragen sind auf zwei Ebenen anzugehen:

- (1) Welche Verfahren unterstehen dem LugÜ und sind deshalb einer nationalen Regelung durch IPRG oder SchKG entzogen?
- (2) Welche Zuständigkeitsvorschriften bieten IPRG oder SchKG an, soweit das LugÜ nicht anwendbar ist?

Zuvor ist der neue Rahmen, den das revidierte elfte Kapitel des IPRG bietet, kurz zu beleuchten.

II. Räumlich-persönlicher Anwendungsbereich des elften Kapitels IPRG

Das elfte Kapitel des IPRG erhebt räumlich-persönlich nur insoweit einen Geltungsanspruch, als die schweizerische Hilfsmasse betroffen ist.¹¹ Gerade im Rahmen der erweiterten Anerkennung, bei welcher keine schweizerische Verwaltung für diese Masse tätig ist, verlangt diese Abgrenzung nach beson-

¹⁰ Dazu ALEXANDER R. MARKUS, Revision des 11. Kapitels IPRG: Ausländische Zivilprozesse und Schweizer Insolvenz, in: Florence Guillaume/Ilaria Pretelli (Hrsg.), *Les nouveautés en faillite transfrontalière et les banques et les assurance den face aux tiers*, Zürich 2016, S. 40 ff.

¹¹ BGE 137 III 631 E. 2.3.4; JAKOB, Prozessführungsbefugnis (Fn. 7), N 78, N 154.

derer Aufmerksamkeit. So kann sich nämlich – wenn auch selten – die Frage einer schweizerischen Zuständigkeit in Bezug auf insolvenzbezogene Einzelverfahren stellen, welche die schweizerische Aktivmasse nicht betreffen, und zwar unabhängig davon, ob die ausländische Hauptinsolvenz anerkannt wurde oder nicht. Ein schweizerischer Gerichtsstand für solche Verfahren kann sich z.B. aufgrund einer Zuständigkeitsvereinbarung ergeben.¹² Das BGer hat die Frage offengelassen, wie die Frage der Prozessführungsbefugnis der ausländischen Verwaltung in diesen Fällen zu beurteilen ist.¹³ In solchen Verfahren wird vorgeschlagen, dass die Prozessführungsbefugnis der ausländischen Verwaltung gestützt auf eine *inzidente Anerkennung* der ausländischen Hauptinsolvenz angenommen werden kann mit dem Ergebnis, dass eine im Prinzip unbeschränkte Prozessführungsbefugnis der ausländischen Verwaltung nach Massgabe der *lex fori processus* resultiert.¹⁴ Diese Verfahren, die auch nach der vorliegenden Revision ausserhalb des elften Kapitels IPRG bleiben, bilden zwar nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung. Die vorliegenden Ergebnisse können jedoch *mutatis mutandis* darauf übertragen werden.

III. Erweiterte Anerkennung nach Art. 174a IPRG n.F.

A. Voraussetzungen

Die erweiterte Anerkennung unter Verzicht auf das Hilfsverfahren erfolgt auf Antrag der ausländischen Konkursverwaltung. Der Antrag wird gestellt, nachdem die ausländische Insolvenz anerkannt und ein Schuldenruf analog Art. 232 SchKG durchgeführt wurde, der keine Forderungen i.S.v. Art. 172 Abs. 1 IPRG n.F. (pfandgesicherte und nach Schweizer Recht privilegierte Forderungen sowie Forderungen von Schweizer Niederlassungsgläubigern) ergeben hat.¹⁵ Werden andere Forderungen von Gläubigern mit Wohnsitz in der Schweiz angemeldet, so kann der Verzicht auf das Hilfsverfahren nur erfolgen, wenn die Forderungen dieser Gläubiger im ausländischen Konkurs-

¹² JAKOB, Prozessführungsbefugnis (Fn. 7), N 153 m.w.H.

¹³ BGE 139 III 236 E. 4.5; JAKOB, Prozessführungsbefugnis (Fn. 7), N 79.

¹⁴ JAKOB, Prozessführungsbefugnis (Fn. 7), N 181 ff.; MARJOLAINE JAKOB, Bemerkungen zur Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter vor schweizerischen Gerichten nach dem Vorentwurf für eine Revision des 11. Kapitels des IPRG, Jusletter 11. April 2016, N 45.

¹⁵ Art. 174a Abs. 1 IPRG n.F.

verfahren angemessen berücksichtigt werden.¹⁶ Die erweiterte Anerkennung kann unter Bedingungen und Auflagen erteilt werden.¹⁷

B. Erweiterte Prozessführungsbefugnis der ausländischen Verwaltung für insolvenzbezogene Einzelverfahren

Das BGER hält die Legitimation der ausländischen Verwaltung nach dem bisherigen elften Kapitel IPRG eng: Sie ist im Wesentlichen darauf beschränkt, den Antrag zur Anerkennung der ausländischen Hauptinsolvenz einzureichen, vorsorgliche Massnahmenanträge zu stellen sowie – zufolge einer Anerkennung der ausländischen Insolvenz – auch Anfechtungsklagen einzuleiten.¹⁸ In besonderen Fällen lässt das BGER zudem die klageweise Geltendmachung bestrittener Forderungen des Gemeinschuldners durch die ausländische Verwaltung zu, und zwar sofern im Hilfsverfahren keine Gläubiger vorhanden sind und deshalb weder ein Beschluss über die Geltendmachung noch eine Abtretung nach Art. 260 SchKG erfolgen kann.¹⁹

Bei der erweiterten Anerkennung ändert sich das Szenario entscheidend. Mangels einer schweizerischen Insolvenzverwaltung muss die ausländische Verwaltung notwendigerweise zusätzliche Kompetenzen erhalten; ihre Prozessführungsbefugnis wird denn auch entsprechend erweitert.²⁰ Sie ist grundsätzlich befugt, jegliche Ansprüche geltend zu machen, welche der ausländischen Masse zustehen, und ist gleichzeitig befugt, die Anerkennung ausländischer insolvenznaher Entscheidungen im Sinne von Art. 174 c IPRG zu beantragen.²¹ Das Entsprechende gilt für die Passivseite. Somit werden also diese Zuständigkeitsfragen aus der neuen Perspektive der ausländischen Verwaltung zu beantworten sein, welche bei der Lösung dieser Fragen zweifellos das europäische Verfahrensrecht – EuGVVO, LugÜ, EuInsVO – vor Augen haben wird.

¹⁶ Art. 174a Abs. 2 IPRG n.F.

¹⁷ Art. 174a Abs. 3 IPRG n.F.; zur Durchsetzbarkeit solcher Bedingungen und Auflagen siehe MARKUS, Hilfskonkurs (Fn. 4), S. 224.

¹⁸ BGE 129 III 683 E. 5.3; bestätigt in BGE 130 III 620 E. 3.4.2; siehe aber auch BGE 134 III 366 E. 9.2.4.

¹⁹ BGE 174 III 374; JAKOB, Prozessführungsbefugnis (Fn. 7) N 88; RODRIGO RODRIGUEZ, Zuständigkeiten im internationalen Insolvenzrecht, Bern 2016, N 729.

²⁰ Art. 174a Abs. 4 IPRG n.F.

²¹ JAKOB, Vorentwurf (Fn. 14), N 17 f.

IV. Insolvenzbezogene Verfahren nach LugÜ

Haben Kläger oder Beklagte ihren Wohnsitz im Ausland, so ist die Voraussetzung der Internationalität des Schweizer Verfahrens gegeben, und zwar sowohl im Sinne des LugÜ wie auch des IPRG. Die Gerichtsstände des IPRG gehen den Gerichtsständen des SchKG vor, solange es sich um *Erkenntnisverfahren* handelt, und nicht um (Gesamt- oder Einzel-)Vollstreckungsverfahren, welche das IPRG ausserhalb des elften Kapitels nicht regelt.²² Sofern das LugÜ räumlich-persönlich anwendbar ist, überlagert es die unilateralen Normierungen des IPRG und des SchKG.²³ Deshalb ist jeweils vorab zu prüfen, ob die vorliegend zu behandelnden Klagen in den sachlichen Anwendungsbereich des LugÜ fallen.

Gemäss Rechtsprechung des EuGH sind Klagen i.S.v. Art. 1 Ziff. 2 lit. b LugÜ vom Anwendungsbereich der EuGVVO oder des LugÜ ausgeschlossen, *wenn sie unmittelbar aus dem Insolvenzverfahren hervorgehen* und mit diesem in einem *engen Zusammenhang* stehen.²⁴ Nach Art. 1 Prot. Nr. 2 LugÜ sind die Entscheidungen des EuGH zur aEuGVVO von der schweizerischen Rechtsprechung zu berücksichtigen.²⁵

Die Unterscheidung zwischen zivilprozessualen und insolvenznahen Verfahren ist hoch sensibel. Während erstere Kategorie dem Prinzip von *actor sequitur forum rei* unterliegen muss, folgt letztere der *vis attractiva concursus*. Die beiden Prinzipien stehen in einem deutlichen Spannungsfeld zueinander,²⁶ das Prinzip des Beklagtenschutzes ist nicht ohne Weiteres dem insolvenzrechtlichen Konzentrationsanspruch zu opfern. Gerade auch unter dem Aspekt des Beklagtenschutzes hat der EuGH eine Reihe von Entscheidungen erlassen, die im Grundtenor einen *engen Begriff* der «insolvenznahen» Verfahren postulieren, die statt unter die EuGVVO unter die EuInsVO fallen.²⁷ Daraus resultiert ein weiter Anwendungsbereich des Gerichtsstandsystems

²² Art. 30a SchKG; siehe zur Qualifikation als Erkenntnisverfahren hinten V.

²³ Art. 1 Abs. 2 IPRG; Art. 30a SchKG.

²⁴ Grundlegend EuGH Rs. C- 133/78 Gourdain/Nadler, 22.2.1979, N 4; ALEXANDER R. MARKUS, Turbulenzen zwischen Brüssel und Lugano, Schweizerische Insolvenz und ausländischer Zivilprozess in der Praxis des Bundesgerichts, AJP 3/2017, S. 290; KARL SPÜHLER/RODRIGO RODRIGUEZ, Internationales Zivilprozessrecht, 2. Aufl. Zürich/Basel/Genf 2013, N 520; GERHARD WALTER/TANJA DOMEJ, Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz, 5. Aufl. Bern 2012, S. 188 f.

²⁵ Statt vieler ALEXANDER R. MARKUS, Internationales Zivilprozessrecht, Bern 2014, N 635 ff.

²⁶ Dazu PETER KINDLER/MATTHIAS WENDLAND, Die internationale Zuständigkeit für Einzelstreitverfahren nach der neuen Europäischen Insolvenzverordnung, RIW 2018, S. 245 ff., *passim*.

²⁷ Siehe dazu MORITZ BRINKMANN, Der Aussonderungsstreit im internationalen Insolvenzrecht – Zur Abgrenzung zwischen EuGVVO und EuInsVO, IPRax 2010, 4, S. 325.

von Brüssel und Lugano, das insbesondere auch eine Reihe von Einzelverfahren erfasst, die in einem Kontext zu Insolvenzverfahren stehen.

«Insolvenznahe» Verfahren liegen nach EuGH nur vor, wenn sie sich eng innerhalb des insolvenzrechtlichen Rahmens halten.²⁸ Ausnahmen von der Anwendung des LugÜ sind nur gerechtfertigt, wenn es um Streitigkeiten geht, die ohne die Insolvenzeröffnung nicht entstehen könnten und unmittelbar der Durchführung des Insolvenzverfahrens dienen.²⁹ Dabei handelt es sich etwa um paulianische Anfechtungsklagen oder die Rückforderungsklage wegen amtlicher Veräusserungshandlungen einer unzuständigen Insolvenzverwaltung.³⁰ Verfahren etwa, die auch ohne Insolvenz hätten geführt werden können, verbleiben hingegen deutlich im Anwendungsbereich der europäischen Zivilprozessinstrumente.³¹ «Insolvenznahe» Verfahren müssen ihren Ursprung geradezu im Insolvenzrecht haben; ist dagegen das Zivilrecht Rechtsgrundlage, so unterfällt der Anspruch ohne Weiteres den Zuständigkeiten des Europäischen Zivilprozessrechts, also des Systems von Brüssel und Lugano.³² Dass die Insolvenzverwaltung als Partei an einem solchen Rechtsstreit beteiligt ist, ändert nichts an dieser Qualifikation.³³ Der Bereich der zur EuGVVO komplementären aEuInsVO³⁴ und EuInsVO, die seit dem Jahr 2002 die insolvenzrechtlichen Gegenstücke zum Brüsseler Gerichtsstandssystem bilden, wird entsprechend eng ausgelegt.³⁵

In einer Reihe von Entscheidungen äussert sich das BGer im ungefähr selben Grundtenor wie der EuGH.³⁶ Es statuiert zur Einordnung eines Verfahrens als «insolvenznahe» drei Kriterien:³⁷ (1) Der Streitgegenstand ist insolvenzrechtlich, d.h. die Klage findet seine Grundlage im Insolvenzrecht³⁸, es besteht (2) keine Wahrscheinlichkeit, dass das Verfahren auch ohne Insolvenz geführt worden wäre und (3) der Ertrag der ausländischen Konkursmasse wird

²⁸ EuGH Rs. C-133/78 Gourdain/Nadler, 22.2.1979; EuGH Rs. C-339/07 Deko Marty, 12.2.2009; EuGH Rs. C-292/08 German Graphics, 10.9.2009; Art. 25 Abs. 1 EuInsVO; BGE 131 III 227 E. 3.2.

²⁹ JAN KROPHOLLER/JAN VON HEIN, Europäisches Zivilprozessrecht, Kommentar zu EuGVO, Lugano-Uebereinkommen 2007, EuVTVO, EuMVVI und EuGFVO, 9. A., Frankfurt am Main 2011, Art. 1 EuGVO N 35, m.w.H.

³⁰ EuGH Rs. C-339/07 Deko Marty, 12.2.2009; EuGH C-111/08 Alpenblume, 2.7.2009.

³¹ EuGH Rs. C-133/78 Gourdain/Nadler, 22.2.1979; vgl. BGE 125 III 108 E. 3b, m.w.H.; MARKUS, Turbulenzen (Fn. 24), S. 290.

³² EuGH Rs. C-157/13 Nickel/Goeldner, 4.9.2014, N 27.

³³ EuGH Rs. C-292/08 German Graphics, 10.9.2009, N 33.

³⁴ Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates vom 29. Mai 2000 über Insolvenzverfahren, ABl. L 160 vom 30. Juni 2000.

³⁵ EuGH Rs. C-292/08 German Graphics, 10.9.2009, N 23-25.

³⁶ So etwa BGE 125 III 108; 131 III 227 E. 3.2; 133 III 386.

³⁷ Darstellung der Rechtsprechung bei RODRIGUEZ, Zuständigkeiten (Fn. 19), N 645.

³⁸ Z.B. bei der paulianischen Anfechtungsklage klar zu bejahen, zumal dieses Instrument ausserhalb des Vollstreckungskontextes keine rechtliche Grundlage hat.

vergrössert,³⁹ wobei das letztere Kriterium als blosses Hilfskriterium betrachtet wird.⁴⁰

Im Zusammenhang mit den Klagen, deren Bezug zur Insolvenz sich allein daraus ergibt, dass eine der beteiligten Parteien von Anfang an oder im Verlauf der zivilrechtlichen Streitigkeit einem Insolvenzverfahren unterliegt,⁴¹ zeichnet sich hingegen eine neue, abweichende Linie des Bundesgerichts ab. Im Fall, in welchem eine schweizerische Gläubigerschaft eine Forderung gegen eine insolvente Gesellschaft in Frankreich eingeklagt hatte, sah das BGER noch das LugÜ als anwendbar an, trotz der Beteiligung einer Gemeinschaftsdnerin auf der Passivseite am Verfahren.⁴² Als jedoch – mit umgekehrten geographischen Vorzeichen – belgische Kläger schuldrechtliche Forderungen gegen die SAir-Gruppe geltend machten, weitete das BGER den Begriff der «insolvenznahen» Verfahren markant aus. In den BGE 140 III 320 und BGE 141 III 382 ging es um die Anerkennung zweier belgischer Forderungsurteile, die nach Ausbruch der SAir-Insolvenz gefällt und in der hiesigen Kollokation geltend gemacht worden waren. Der belgische Forderungsprozess des letzteren BGE war vor, des ersteren nach der Eröffnung in der Schweiz eingeleitet worden. Das BGER verneinte (im Ergebnis unterschiedslos) die Anerkennung beider Urteile aufgrund des LugÜ mit der Begründung, dass es sich um «insolvenznahe» Verfahren handle, die nach Art. 1 Ziff. 2 lit. b LugÜ ausserhalb des Anwendungsbereichs des LugÜ stünden. Die Einordnung der Brüsseler Klagen als insolvenznahe Verfahren ist aber fraglich, zumal diese Verfahren in casu weder unmittelbar aus dem Insolvenzverfahren hervorgingen, noch sich eng in dessen Rahmen hielten, noch ihren Ursprung im Insolvenzrecht hatten, wie es die vorstehend dargestellte Rechtsprechung voraussetzen würde.⁴³ Ob die Verfahren ohne Insolvenz geführt worden wären, kann zwar nicht mit Sicherheit gesagt werden, ist jedoch durchaus wahrscheinlich. Die erste belgische Klage war jedenfalls bereits eingeleitet worden, bevor die SAir-Group insolvent wurde, die zweite zwar erst nachher, jedoch wie die erste an einem Forum in Belgien, welches Land die schweizerische Insolvenz nicht anerkannt hatte, und somit die Klage auch nicht als insolvenzrechtliches Verfahren behandelte. Somit fehlte m.a.W. auch dem späteren Verfahren eine insolvenzrechtliche Grundlage; die Klagen waren

³⁹ BGE 134 III 366 = BGER 6.3.2008 4A_231/2007 unpublizierte E. 4.2. betr. Klage einer italienischen Konkursverwaltung gegen einen CH-Schuldner.

⁴⁰ RODRIGUEZ, Zuständigkeiten (Fn. 19), N 645.

⁴¹ RODRIGUEZ, Zuständigkeiten (Fn. 19), N 624, erfasst diese vorliegend bedeutenden Klagen als eigene Kategorie.

⁴² BGE 125 III 108 E. 3b m.w.H.; dazu hinten VIII.C.

⁴³ Vgl. denn auch diverse Rechtsprechungskritik von JAKOB, Prozessführungsbefugnis (Fn. 7), N 127; MARKUS, Turbulenzen (Fn. 24), S. 289 ff.; MARKUS, Revision (Fn. 10), S. 29 ff.; IVO SCHWANDER, SAirLines, Rechtsprechung zum internationalen Sachen-, Schuld-, Gesellschafts- und Zwangsvollstreckungsrecht, SZIER 2009, S. 425 ff.

nicht als Kollokationsklagen einzustufen, sondern hatten resp. behielten ihren Charakter als Erkenntnisverfahren und ihre verfahrensrechtliche Grundlage im gemeinen Zivilprozessrecht.⁴⁴

V. Insolvenzbezogene Verfahren nach IPRG

Hauptsächlich in Situationen, in welchen der Gemeinschuldner seinen Wohnsitz ausserhalb eines LugÜ-Staats besitzt, bestimmen sich allfällige Schweizer Zuständigkeiten nach dem autonomen internationalen Zivilverfahrensrecht der Schweiz. *Sedes materiae* ist im Ausgangspunkt das IPRG; anders die ZPO, die ausdrücklich im SchKG vorgesehene Gerichtsständen nicht derogiert,⁴⁵ beansprucht das IPRG nach Art. 30a SchKG Vorrang vor sämtlichen geschriebenen und ungeschriebenen SchKG-Gerichtsständen, sofern und soweit sich die Klage im Anwendungsbereich des IPRG befindet.

Die Gerichtsstände des IPRG finden auf Erkenntnisverfahren nach schweizerischem Verständnis Anwendung, nicht jedoch auf Gerichtsstände, die dem (Einzel- oder Gesamt-)Vollstreckungsrecht zuzuordnen sind.⁴⁶ Die Zuordnung ist insbesondere im Fall der «Reflexklagen» (wie etwa der Anfechtungsklage) differenzierend vorzunehmen⁴⁷ und dementsprechend umstritten.⁴⁸ Die Qualifikation ist unter dem IPRG nicht notwendigerweise gleich wie unter dem LugÜ. Während unter dem LugÜ eine staatsvertragsautonome Qualifikation greift, die einer funktional-rechtsvergleichenden Sicht zu folgen hat,⁴⁹ greift beim IPRG eine Qualifikation *lege fori*, nach derjenigen grundsätzlich auch die formale Einordnung der Klagen im Gesetz – vorliegend im SchKG – in die Waagschale geworfen werden kann. Allerdings ist dabei gleichzeitig dem bundesgerichtlichen Postulat Rechnung zu tragen, wonach

⁴⁴ Siehe dazu auch hinten VIII.C.

⁴⁵ Art. 46 ZPO.

⁴⁶ ANNETTE DOLGE, Internationale Zuständigkeit für zwangsvollstreckungsrechtliche Klagen nach dem revidierten Lugano-Übereinkommen, Zürich 2009, S. 44 ff.; DOMINIK VOCK/DANIÈLE MÜLLER, SchKG-Klagen nach der schweizerischen ZPO, Zürich 2012, S. 9, S. 248.

⁴⁷ BSK SchKG-STAEHELIN, Art. 30a N 2.

⁴⁸ Für Einordnung von „Reflexklagen“ allgemein unter dem IPRG: PAUL OBERHAMMER, Jäger des verlorenen Schatzes – Deutsche Insolvenzverwalter in der Schweiz, in: Bernd-Rüdiger Kern/Hans Lilie (Hrsg.), FS Gerfried Fischer, Medizinjurisprudenz zwischen Medizin und Kultur, Frankfurt am Main etc. 2010, S. 346; HENRY SCHÜPBACH, Droit et action revocatoires, Bâle 1997, Art. 289 N 78 ff.; allgemein gegen Einordnung unter dem IPRG: BGE 129 III 683; DOLGE (Fn. 46) S. 44 ff.; BSK SchKG-STAEHELIN, Art. 289 N 27 m.w.H.

⁴⁹ Vgl. MARKUS, IZPR (Fn. 25), N 660 ff.

eine Harmonie zwischen LugÜ und IPRG anzustreben und als (systematische) Auslegungsrichtlinie zu berücksichtigen ist.⁵⁰

Auch wenn die Qualifikation der Verfahren beim IPRG grundsätzlich aus der Sicht der Schweizer *lex fori* erfolgt, ist dieses Gesetz nicht zwingend an die Einordnungen gebunden, welche die materiellen oder prozessualen Sachkodifikationen vornehmen. Es sieht vielmehr selbst auch unabhängige Qualifikationen vor, welche die Einordnungen der *sedes materiae* für die Zwecke dieses Gesetzes erweitern oder abändern (vgl. Art. 13 oder Art. 150 IPRG). Eine so verstandene *lex fori* dient mithin nur als Ausgangspunkt für eine kodifikationsautonome Qualifikation des IPRG.

VI. Aussonderungsklage

A. Regelung in SchKG und IPRG.

Der Dritte, der die Herausgabe einer Sache aus der Schweizer Masse beansprucht, hat nach Fristansetzung durch die Konkursverwaltung *am Konkursort* zu klagen.⁵¹ Befindet sich die Sache in der Masse eines schweizerischen Hilfskonkurses, so beansprucht diese Regelung ebenfalls Geltung, so zumindest nominal kraft der Verweisung des Art. 170 Abs. 1 IPRG auf das SchKG. Findet zufolge erweiterter Anerkennung kein Hilfsverfahren in der Schweiz statt, so greift die Verweisung hingegen ins Leere, zumal ein schweizerischer (Hilfs-) Konkursort fehlt.

Aus Binnensicht wird die Aussonderungsklage von der wohl noch h.M. als insolvenzrechtliche «Reflexklage» eingestuft, welche die Eigentumsverhältnisse nur vorfrageweise beurteilt, deshalb nur zwischen den Parteien für das nämliche Insolvenzverfahren wirkt und deren Urteil insbesondere keine materielle Rechtskraft für spätere zivilprozessuale Erkenntnisverfahren entfaltet.⁵² Die h.M. hat hier durchaus die Aussonderungsklage im Auge, welcher zivil-

⁵⁰ BGE 126 III 334 E. 3.b; 135 III 556 E. 3.1; dazu ALEXANDER R. MARKUS, Der zukünftige Vertragsgerichtsstand nach IPRG und seine Auslegung im Licht des revidierten Lugano-Übereinkommens – oder: Staatsvertragskonforme Auslegung reloaded, in: Bonomi Andrea/Cashin Ritaine Eleanor (Hrsg.), *La loi fédérale de droit international privé: vingt ans après*, Zürich/Basel/Genf 2009, S. 87 ff.; DANIEL WÜGER, Anwendbarkeit und Justizialität völkerrechtlicher Normen im schweizerischen Recht: Grundlagen, Methoden und Kriterien, Diss. Bern 2005, S. 52 ff.

⁵¹ Art. 242 Abs. 2 SchKG. Die allfällige Anwendung dieser Frist oder ähnlicher Regeln des ausländischen Insolvenzrechts bestimmt sich nach dem Kollisionsrecht des ausländischen Gerichts.

⁵² Siehe die Stimmen hinten Fn. 82.

rechtliche Aussonderungsgründe zugrunde liegen.⁵³ Das erstaunt bereits vor dem Hintergrund, dass ihr Gegenstück, die Admassierungsklage, wesentlich deutlicher als materiellrechtliche Klage beurteilt wird.⁵⁴ Ob das Aussonderungs- oder das Admassierungsverfahren zum Zug kommt, entscheidet sich jedoch allein aufgrund der Gewahrsams- oder Eintragungsverhältnisse am streitigen Vermögensgegenstand im Zeitpunkt des Konkurses.⁵⁵ Die Reihe von weiteren Gründen, weshalb die «selbstbeschränkende» Einordnung der Aussonderungsklage als «Reflexklage» sachlich nicht zutrifft, werden hinten im Kontext mit der Qualifikation nach IPRG beleuchtet.⁵⁶

Weil in der Schweiz kein Gesamtverfahren stattfindet, fehlt der schweizerischen «Masse» eine eigene rechtliche Identität. Beklagte der Aussonderungsklage ist somit keine schweizerische «Masse» sondern die ausländische Masse bzw. deren Verwaltung. Damit ist jedoch nicht ausgeschlossen, dass ein Aussonderungsverfahren dennoch in der Schweiz stattfindet. Neben dem Beklagtenwohnsitz bietet das IPRG nämlich besondere Gerichtsstände an den Lageorten von Sachen;⁵⁷ das LugÜ immerhin für unbewegliche Sachen.⁵⁸

B. Sachlicher Anwendungsbereich des LugÜ

Ob die Aussonderungsklage sachlich unter das LugÜ fällt, ist hierzulande umstritten.⁵⁹ Der EuGH hatte jedoch im Jahr 2009 einen Fall zu beurteilen, dessen Ausgangssituation sich exakt gleich darstellt wie bei einer Aussonde-

⁵³ Eine Einstufung als „Reflexklage“ ist m.E. nur dann geboten, wenn dem Verfahren nicht zivilrechtliche sondern rein konkursrechtliche Aussonderungsgründe zugrunde liegen (Tatbestände nach Art. 201, 202 und 203 SchKG; dazu JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ, *Schuldbetreibungs- und Konkursrecht*, Zürich 2014, N 1309).

⁵⁴ Hinten VII.A.

⁵⁵ KREN KOSTKIEWICZ (Fn. 53), N 1304.

⁵⁶ Hinten VI.D.

⁵⁷ Art. 97 und 98 Abs. 2 IPRG.

⁵⁸ Art. 22 Ziff. 1 LugÜ.

⁵⁹ Für Einordnung im LugÜ: YVES DONZALLAZ, *La Convention de Lugano du 16 septembre 1988 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, Bern 1998, N 965; SPÜHLER/RODRIGUEZ (Fn. 24), N 520. Gegen Einordnung im LugÜ: BHK-DASSER, Art. 1 LugÜ N 88; DOLGE (Fn. 46), S. 44 ff.; DANIEL HUNKELER/ZENO SCHÖNMANN, in: Boesch/Duss Jacobi/Hunkeler/Marro/Meier-Dieterle/Renggli/Schönmann (Hrsg.), *Klagen und Rechtsbehelfe im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht*, Basel 2018, S. 625; ISAAK MEIER, *Internationales Zivilprozessrecht und Zwangsvollstreckungsrecht*, Zürich/Basel/Genf 2005, S. 179 m.w.H.; WALTER STOFFEL, *Ausschliessliche Gerichtsstände des Lugano-Übereinkommens und SchKG-Verfahren, insbesondere Rechtsöffnung, Widerspruchsklage und Arrest*, in: I. Schwander/W. Stoffel (Hrsg.), *Festschrift für Oscar Vogel*, Fribourg 1991, S. 370; VOCK/MÜLLER (Fn. 46), S. 8; WALTER/DOMEJ (Fn. 24), S. 191; ebenso noch BHK LugÜ-MARKUS, Art. 22 Nr. 5 N 217; MARKUS, *IZPR* (Fn. 25) N 715, N 719.

rungsklage⁶⁰ des schweizerischen Rechts. German Graphics erhob gegen eine im Zeitpunkt der Klageerhebung bereits insolvente Gesellschaft eine dingliche Klage, und zwar gestützt auf ihr Eigentumsrecht, das auf einem Eigentumsvorbehalt beruhte. Dass die Insolvenzverwalterin auf der Passivseite am Rechtsstreit beteiligt war, reichte dem EuGH für einen Ausschluss von der EuGVVO nicht aus.⁶¹ Entscheidend war für das Gericht vielmehr, dass die Klage ihren Grund nicht im Insolvenz-, sondern im allgemeinen zivilrechtlichen Eigentumsrecht hatte. Die Klage hätte auch ausserhalb der Insolvenz erhoben werden können und setzte als solche die Bestellung eines Insolvenzverwalters nicht voraus;⁶² «der Aussonderungsanspruch besteht trotz des Insolvenzverfahrens, und nicht aufgrund desselben.»⁶³ Vor diesem Hintergrund qualifizierte der EuGH die vorliegende Klage als Instrument, das unter die aEuGVVO fällt. Zumal die prozessuale Ausgangslage mit derjenigen einer schweizerischen Aussonderungsklage identisch ist, sollte diese Entscheidung bei einer schweizerischen Beurteilung unbedingt berücksichtigt werden.

Wie erwähnt, wird die Aussonderungsklage aus mehrheitlicher Binnensicht als blosse «Reflexklage» eingestuft, deren Urteil keine materielle Rechtskraft entfaltet.⁶⁴ Auch sogar wenn diese Beurteilung entgegen m.M. zutreffen sollte,⁶⁵ so spielte sie für die Einordnung als LugÜ-Erkenntnisverfahren dennoch keine Rolle. Auch wenn eine Vindikationsklage im Kontext der Insolvenz allenfalls im Sinne einer «Reflexklage» modifiziert und reduziert wird, so lässt dies deshalb nicht den Schluss zu, der Anspruch finde seinen Ursprung im Insolvenzverfahren und sei ohne Gesamtverfahren nicht denkbar.⁶⁶ Der Eigentümer klagt auch bei der Reflexklage gestützt auf sein ziviles Recht gegen den Gemeinschuldner bzw. dessen Verwaltung als Prozessstandscharakterin; der Zeitpunkt seiner Klage allein, d.h. ob sie vor oder nach Ausbruch der Insolvenz erhoben wurde, ist nicht mit dem Kriterium von EuGH und BGer gleichzusetzen, ob die Insolvenz für die Klage *kausal* war.⁶⁷ Auch wenn die SchKG-Sicht das «Reflexurteil» insofern modifiziert und reduziert, als es im Gegensatz zur ordentlichen Vindikationsklage keine materielle Rechtskraft für zivilrechtliche Verhältnisse entfaltet, so spielt dies für die Einord-

⁶⁰ Für eine rechtsvergleichende Sicht siehe BRINKMANN (Fn. 27), S. 327.

⁶¹ EuGH, Rs. C-292/08 German Graphics, 10.9.2009, N 33.

⁶² EuGH, Rs. C-292/08 German Graphics, 10.9.2009, N 32; vgl. dazu PAUL OBERHAMMER, Im Holz sind Wege: EuGH SCT./Alpenblume und der Insolvenzbestand des Art. 1 Abs. 2 lit. b EuGVVO, IPRax 4/2010, S. 324; KINDLER/WENDLAND (Fn. 26), S. 248, S. 251.

⁶³ CHARLOTTE WILLEMER, *Vis attractiva* und die Europäische Insolvenzverordnung, Tübingen 2006, S. 361.

⁶⁴ Vorne VI.A; siehe hinten Fn. 82.

⁶⁵ Vgl. hinten VI.D.

⁶⁶ So aber DOLGE (Fn. 46) S. 44 ff.

⁶⁷ Vorne IV.

nung als LugÜ-Erkenntnisverfahren keine Rolle, zumal dafür eine materielle Rechtskraft des Urteils dort überhaupt nicht vorausgesetzt wird.⁶⁸ Die Eigenschaft als Vindikationsklage mit materiellrechtlicher Grundlage bleibt in einer funktionalen Betrachtung somit gewahrt. Vorbehalten bleiben allein Aussonderungsklagen, die auf rein insolvenzrechtlichen Aussonderungsrechten beruhen.⁶⁹

Die konkursrechtliche *Kollokationsklage* ist als insolvenznahe Klage zu beurteilen, welche nicht dem LugÜ unterfällt.⁷⁰ Sie mag auf den ersten Blick Gemeinsamkeiten mit der Aussonderungsklage aufweisen, zumal sie sich wie die Aussonderungsklage gegen die Prozessstandschafterin des Gemeinschuldners richtet. Das Instrument ist aber von der Aussonderungsklage klar zu unterscheiden, denn bei ersterer geht es um die Passiven, bei letzterer um die Aktiven der Masse.⁷¹ Der Grund dafür, dass die Kollokationsklage auch internationalzivilprozessual anders qualifiziert wird als dingliche Klagen liegt darin, dass die Konkursforderungen in einem Kollokationssystem, das diese Ansprüche nach dem Prinzip der *par conditio creditorum* intensiv bewirtschaftet, integriert sind.⁷²

C. Räumlicher Anwendungsbereich und Zuständigkeiten nach LugÜ

Das LugÜ ist grundsätzlich⁷³ anwendbar, wenn der Beklagte seinen Wohnsitz oder Sitz in einem Staat hat, der an das LugÜ gebunden ist.⁷⁴ Bei einer schweizerischen Hauptinsolvenz hat der Gemeinschuldner meist seinen Sitz oder Wohnsitz in der Schweiz, zumal der Konkurs nach Art. 46 SchKG i.d.R. am Wohnsitz stattfindet. Bei einer schweizerischen Hilfsinsolvenz nach dem elften Kapitel IPRG befindet sich die prozessführungsbefugte Hilfsinsolvenzverwaltung am schweizerischen Vermögensort.⁷⁵ Damit fallen die Aussonderungsklagen, die der Dritte gegen diese Massen richtet, i.d.R. räumlichpersönlich unter das LugÜ.

⁶⁸ MARKUS, IZPR (Fn. 25), N 1455.

⁶⁹ Vorne VI.A.

⁷⁰ BGE 141 III 382 E. 3.5.2; siehe zudem nur DOLGE (Fn. 46), S. 44; HUNKELER/SCHÖNEMANN (Fn. 59), S. 645, S. 658; MARKUS, IZPR (Fn. 25), N 719.

⁷¹ BGE 105 III 11 E. 2.

⁷² Darin unterscheiden sich Kollokationsverfahren *nota bene* von Zivilprozessen gegen den Gemeinschuldner, welche nicht in ein solches System eingebunden sind, also z.B. die belgischen Klagen der Sabena und des belgischen Staates nach der vorne IV kritisch beleuchteten SAir-Rechtsprechung des Bundesgerichts.

⁷³ Vorbehaltlich der Anknüpfungen nach Art. 22 und 23 LugÜ.

⁷⁴ Art. 2 LugÜ; MARKUS, IZPR (Fn. 25), N 652 ff.

⁷⁵ Art. 167 Abs. 1 IPRG n.F.

Anders verhält es sich bei der erweiterten Anerkennung einer ausländischen Hauptinsolvenz. Da in der Schweiz keine Hilfsverwaltung existiert, befindet sich die beklagte Partei im Aussonderungsverfahren am Sitz der Verwaltung des betroffenen ausländischen Insolvenzverfahrens. Eine schweizerische Sitz- oder Wohnsitzzuständigkeit kommt somit nicht in Betracht. Zumal das LugÜ keine Vindikationszuständigkeit am Belegenheitsort der beweglichen Sache zur Verfügung stellt, wird somit recht häufig in der Schweiz *überhaupt keine Zuständigkeit* gegeben sein. Immerhin sind Fälle denkbar, in welchen etwa eine schweizerische Gerichtsstandsvereinbarung abgeschlossen wurde, eine schweizerische Niederlassungszuständigkeit gegeben ist oder aber dingliche Rechte an einer unbeweglichen Sache in der Schweiz betroffen sind.⁷⁶

Hat die Verwaltung der ausländischen Insolvenz ihren Sitz ausserhalb der LugÜ-Staaten, so bestimmt sich eine allfällige schweizerische Zuständigkeit nur sehr selten nach LugÜ, so etwa wenn es sich um dingliche Rechte Dritter an in der Schweiz belegenen Grundstücken handelt⁷⁷ oder wenn mit einem Aussonderungsgläubiger, der seinen Wohnsitz in einem LugÜ-Staat besitzt, eine Gerichtsstandsvereinbarung zugunsten einer Schweizer Zuständigkeit besteht.⁷⁸

Um den Aussonderungsanspruch durchzusetzen, wird somit häufig der Dritte das ausländische Aussonderungsurteil gestützt auf das LugÜ in der Schweiz zur *Anerkennung und Vollstreckbarerklärung* bringen. Im Exequaturverfahren passivlegitimiert ist die ausländische Insolvenzverwaltung. Wegen der vorliegenden Qualifikation des Aussonderungsverfahrens als LugÜ-Erkenntnisverfahren steht die isolierte Regelung des Art. 174 c IPRG n.F. diesem Vorgehen denn auch nicht entgegen, zumal sich diese Bestimmung nur auf Anfechtungsklagen u.Ä. bezieht, welche als «insolvenznahe» Verfahren nicht dem LugÜ unterstehen.⁷⁹

D. Grenzüberschreitende Zuständigkeiten ausserhalb des LugÜ

Wie vorne⁸⁰ erwähnt, wirft Art. 242 Abs. 2 SchKG, der eine Zuständigkeit am Konkursort vorsieht, in den Fällen der erweiterten Anerkennung Fragen auf. M.E. ist im internationalen Verhältnis aber ohnehin das IPRG anwendbar, zumal das Aussonderungsverfahren als zivilprozessuales Erkenntnisverfahren

⁷⁶ Art. 23 LugÜ; Art. 5 Ziff. 5 LugÜ; Art. 5 Ziff. 1 LugÜ.

⁷⁷ Art. 22 Ziff. 5 LugÜ.

⁷⁸ Art. 23 Ziff. 1 LugÜ.

⁷⁹ KINDLER/WENDLAND (Fn. 26), S. 259.

⁸⁰ Vorne VI.A.

einzustufen ist.⁸¹ Für eine (gesamt-)vollstreckungsrechtliche Einordnung spricht zwar der Zusammenhang mit dem eigens für die Aussonderungsklage normierten Vorverfahren nach Art. 242 Abs. 1 und 2 SchKG, welches sich in das schweizerische Gesamtverfahren integriert. Für ein zivilprozessuales Erkenntnisverfahren spricht hingegen, dass die Aussonderungsklage, die auf zivilrechtlichen Aussonderungsgründen beruht, auch sogar unter dem schweizerischen Zivilverfahrensrecht funktional mit einer Vindikationsklage gleichzusetzen ist. Zwar entfaltet die daraus hervorgehende Entscheidung gemäss wohl noch h.M. keine *res iudicata*, sondern wird als konkursrechtliche «Reflexklage» betrachtet.⁸² Die Begründungen dafür, dass die Klage allein den Konkursbeschluss in der laufenden Zwangsvollstreckung zwischen den Parteien entscheide, und damit das materielle Recht nur vorfrageweise geprüft werden müsse,⁸³ erscheinen jedoch tautologisch. In der Sache ist eine solche Selbstbeschränkung der Aussonderungsklage unnötig und kann insbesondere nicht darauf gestützt werden, dass das Verfahren zwischen Parteien stattfindet, die materiell nicht zur Sache legitimiert wären.⁸⁴ Zweckmässigkeitsüberlegung könnte immerhin sein, dass der Streitgegenstand möglichst rein insolvenzrechtlich gehalten werden soll, um Weiterungen des Verfahrens etwa im Zusammenhang mit Drittsprechern zu vermeiden. Das BGer relativiert solche Zweckmässigkeitsüberlegungen jedoch, wenn es zwar als einzigen Prüfungsgegenstand erachtet, ob der Ansprecher im Zeitpunkt der Konkursöffnung ein dingliches Recht gehabt habe, gleichzeitig aber einräumt, dass diese Frage nicht in jedem Fall ohne Prüfung der Rechte Dritter beantwortet werden könne.⁸⁵ Erwächst die aus dem Aussonderungsverfahren hervorgehende Entscheidung hingegen in materielle Rechtskraft, so wird eine erneute Beanspruchung der Justiz in einem zweiten Prozess verhindert, weshalb diese Lösung ihrerseits auch dem Gebot der effizienten Rechtsprechung gerecht wird. Eine Notwendigkeit, die Prüfung wie beschrieben zu beschrän-

⁸¹ Zur Unterscheidung siehe vorne V.

⁸² Für Einordnung als materielle Vindikationsklage mit *res iudicata*: KUKO-SchKG-BÜRGI, Art. 242 N 5, N 17; HUNKELER/SCHÖNMANN (Fn. 59), S. 636; CARL JAEGER, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (4. Aufl. bearb. von Hans Ulrich Walder/Thomas M. Kull/Martin Kottmann), 5. Aufl., Zürich 1997–2001, Art. 242 N 21; ganz entschieden jüngst auch ROGER SCHOBER/MONIKA AVDYLI, in: Jolanta Kren Kostkiewicz/Dominik Vock (Hrsg.), Kommentar zum SchKG, 4. Aufl. Zürich/Basel/Genf 2017, Art. 242 SchKG N 31; VOCK/MÜLLER (Fn. 46) S. 7 m.w.H.; für Einordnung als Klage mit nur insolvenzrechtlichen Wirkungen BGer 15.11.2011 4A_185/2011 E. 2.2.; BGE 131 III 595 E. 2.1; KURT AMONN/FRIDOLIN WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. Aufl., Bern 2013, § 46 N 46; DOLGE (Fn. 46), S. 22; BSK SchKG-RUSSENBERGER, Art. 242 N 6; KREN KOSTKIEWICZ (Fn. 53), N 1316; OFK SchKG-KREN KOSTKIEWICZ, Art. 242 N 11; MEIER, IZPR (Fn. 59), S. 179.

⁸³ BSK SchKG-RUSSENBERGER, Art. 242 N 6 m.w.H.; DOLGE (Fn. 46), S. 22.

⁸⁴ Dies ist nur der Fall z.B. bei der negativen Kollokationsklage oder der Anfechtungsklage.

⁸⁵ BGE 131 III 595 E. 2.1 i.f.

ken, ergibt sich keineswegs, zumal sich – wie erwähnt – mit der Prozessstandschafterin des behaupteten Eigentümers und dem besitzenden Dritten die *legitimi contradictores* gegenüberstehen, was gegen eine Einordnung als blosser «Reflexklage» spricht.

Was die nachstehend behandelte Admassierungsklage als unmittelbares Spiegelbild der Aussonderungsklage betrifft, so sind diese Umstände ins Bewusstsein eines bedeutenden Teils der Lehre gerückt, die ihr denn auch die Qualität einer materiellrechtlichen Klage zugesteht.⁸⁶ Auch vor diesem Hintergrund ist eine Einordnung des Aussonderungsverfahrens unter die Erkenntniszuständigkeiten des IPRG gerechtfertigt.

Damit eröffnet sich dem ausländischen Ansprecher wahlweise zur ausländischen allgemeinen Zuständigkeit eine schweizerische Belegenheitszuständigkeit der beweglichen Sache nach Art. 98 Abs. 2 IPRG; ggf. besteht eine Immobilienzuständigkeit nach Art. 97 IPRG in der Schweiz. In der Mehrzahl der Fälle wird jedoch ein ausländisches Aussonderungsurteil am Ort der Hauptmasse gefällt, das in der Schweiz zur Anerkennung und Vollstreckbarerklärung gebracht wird. Dies ist gestützt auf Art. 25 ff. IPRG möglich, solange der hier geforderten Einordnung als IPRG-Erkenntnisurteil gefolgt wird.

VII. Admassierungsklage

A. Regelung im SchKG

Das Instrument der Admassierungsklage dient – wie übrigens auch dasjenige der nachstehend behandelten Forderungseinziehungsklage – zur Feststellung und Bereinigung der Aktiven der Schweizer Hilfsinsolvenz. Die Admassierungsklage ist aus SchKG-Sicht als materiellrechtliche Klage zu beurteilen, und nicht etwa als insolvenzrechtliche «Reflexklage».⁸⁷ Mit dem Dritten als Beklagten und der Verwaltung als Klägerin und Prozessstandschafterin für den Gemeinschuldner stehen sich die *legitimi contradictores* gegenüber. Das SchKG sieht für die Admassierungsklage denn auch keine spezifisch zwangsvollstreckungsrechtliche Zuständigkeit vor, weshalb im Binnenverhältnis die Zuständigkeiten der ZPO für die Vindikations- bzw. Grundbuchberichtigungsklage greifen.⁸⁸

⁸⁶ Hinten VII.A.

⁸⁷ HUNKELER/SCHÖNEMANN (Fn. 59), S. 636 m.w.H.; VOCK/MÜLLER (Fn. 46), S. 6; BSK SchKG-RUSSENBERGER, Art. 242 N 7; a.M. AMONN/WALTHER (Fn. 82), § 46 N 46; KREN KOSTKIEWICZ (Fn. 53), N 1321; DOLGE (Fn. 53), S. 23.

⁸⁸ Nach Art. 46 ZPO.

B. Aktivlegitimation zur Admassierungsklage im internationalen Verhältnis

Wird ein ausländisches Insolvenzverfahren nach Art. 166 IPRG ordentlich anerkannt, d.h. ohne dass auf das Hilfsverfahren verzichtet wird, so bereinigt die Hilfskonkursverwaltung die Aktiven, indem sie wenn nötig Admassierungsklagen nach Art. 242 Abs. 3 SchKG (oder bei bestrittenen Forderungen Forderungseinziehungsklagen⁸⁹) erhebt.⁹⁰ Die ausländische Verwaltung verfügt in diesen Situationen über keine Aktivlegitimation für eine Admassierungsklage in der Schweiz.

Im Fall einer *erweiterten Anerkennung* ohne Hilfsverfahren hingegen ist die ausländische Verwaltung der Hauptinsolvenz zur Klage legitimiert. Sofern die Sache der (virtuellen) «Schweizer Masse» zuzuordnen ist, d.h. sich auf schweizerischem Territorium befindet, bestimmt sich die Legitimation unmittelbar nach dem elften Kapitel IPRG.⁹¹ Betrifft die Admassierungsklage ausländisches Vermögen des Gemeinschuldners, so ist das elfte Kapitel des IPRG hingegen nicht direkt anwendbar; die Aktivlegitimation der ausländischen Verwaltung bestimmt sich diesfalls gestützt auf eine analoge Anwendung dieser Regeln.⁹²

C. Sachlicher Anwendungsbereich des LugÜ

Nach heute wohl noch h.L. werden Admassierungsklagen unter dem LugÜ als insolvenznahe Klagen beurteilt und somit nach Art. 1 Ziff. 2 lit. b LugÜ vom Staatsvertrag nicht erfasst.⁹³ Diese Lehre konfligiert deutlich mit der neueren Rechtsprechung des EuGH. Im 2009 entschiedenen Fall erhob German Graphics eine Klage gegen eine bereits insolvente Gesellschaft gestützt

⁸⁹ Nach Bestätigung durch die zweite Gläubigerversammlung (BSK SchKG-RUSSENBERGER, Art. 243 N 7).

⁹⁰ Vorbehältlich Abtretung nach Art. 260 SchKG, in welchem Fall die Abtretungsgläubiger aktivlegitimiert sind. Siehe auch hinten VIII.B.

⁹¹ Art. 174a Abs. 4 IPRG n.F.; BGE 137 III 631 E. 2.3.4, siehe auch BGE 139 III 236 E. 4.5; JAKOB, Prozessführungsbefugnis (Fn. 7), N 78, N 154.

⁹² Vorne II.

⁹³ Gegen Anwendbarkeit des LugÜ: SHK LugÜ-DASSER, Art. 1 N 888 Fn. 222 (allerdings zweifelnd); DOLGE (Fn. 46), S. 22; OFK IPRG/LugÜ-KREN KOSTKIEWICZ, Art. 1 LugÜ N 16; BSK LugÜ-ROHNER/LERCH, Art. 1 N 93; VOCK/MÜLLER (Fn. 46), S. 8, S. 254; so auch noch BHK-MARKUS, Art. 22 Nr. 5 LugÜ N 217 m.w.H., jedoch kritisch MARKUS, IZPR (Fn. 25), N 72; zweifelnd MEIER, IZPR (Fn. 59), S. 179. Für eine Einordnung als LugÜ-Erkenntnisverfahren hingegen Komm. Schnyder-ACOCELLA, Art. 1 LugÜ N 111; HUNKELER/SCHÖNMANN (Fn. 59), S. 637; SPÜHLER/RODRIGUEZ (Fn. 24), N 520; implizit KUKO SchKG-BÜRGI, Art. 242 N 5.

auf ihr Eigentumsrecht, das sie aus einem Eigentumsvorbehalt zu ihren Gunsten ableitete.⁹⁴ Wie vorne erwähnt,⁹⁵ entspricht diese Klage funktional einer Aussonderungsklage, die ihrerseits nichts Anderes als eine Vindikationsklage darstellt.⁹⁶ Nun ist die Admassierungsklage nichts Anderes als das Gegenstück der Aussonderungsklage: Die Parteirollen sind vertauscht, Klägerin gegen den Dritten ist die Masse, Beklagter ist der Drittsprecher. Die Admassierungsklage wird denn auch aus Schweizer Sicht deutlich als materiellrechtliche *Vindikation* und nicht als Reflexklage eingeordnet,⁹⁷ was schon beinahe imperativ für eine Qualifikation als ein zivilprozessuales LugÜ-Erkenntnisverfahren spricht. Insofern erstaunt es, dass die h.L. *unter dem LugÜ* eine Beurteilung als «insolvenznahe» Verfahren vornimmt, zumal insolvenznahe Verfahren unter dem LugÜ restriktiver zu qualifizieren sind als die insolvenzrechtlichen Instrumente unter dem nationalen Recht.⁹⁸

Bei der hinten näher besprochenen EuGH-Rechtsprechung Nickel und Goeldner⁹⁹ geht es um eine Forderungseinziehung durch die Insolvenzverwaltung gegen einen Drittschuldner des Gemeinschuldners, welche Klage vom EuGH als zivilprozessuale Klage beurteilt wurde, die unter die aEuGVVO/LugÜ fällt. Es wäre nicht einzusehen, warum die vorliegende Geltendmachung eines dinglichen Anspruchs durch die Verwaltung anders zu beurteilen wäre als die Geltendmachung eines obligatorischen Anspruchs durch die Verwaltung. Beides betrifft zivilrechtliche Ansprüche des Gemeinschuldners gegen Dritte, beides gehört aus insolvenzrechtlicher Sicht zur Bereinigung der Aktivmasse im Konkurs.

In der Vergleichung mit der Aussonderungsklage verlangt der Schutz des beklagten Dritten bei der Admassierungsklage noch verstärkt nach einer Anwendung des LugÜ, zumal der Beklagte als Passivpartei ausserhalb des Insolvenzstaats erwarten darf, dass er in einer genuin zivilrechtlichen Auseinandersetzung nur an den zivilprozessualen Gerichtsständen des Staatsvertrags verfolgt werden kann, und zwar unabhängig davon, ob und wann der Ansprecher insolvent geworden ist.

⁹⁴ EuGH, Rs. C-292/08 German Graphics, 10.9.2009.

⁹⁵ Vorne VI.B.

⁹⁶ Vorne VI.B, VI.D.

⁹⁷ BSK SchKG-RUSSENBERGER, Art. 242 N 7; ZK SUTTER-SOMM/SCHRANK, Art. 46 ZPO N 9 m.w.H.; VOCK/MÜLLER (Fn. 46), S. 6, S. 254; vgl. auch die übrigen Autoren in Fn. 87, die sich gegen eine Reflexklage aussprechen; a.M. DOLGE (Fn. 46), S. 23.

⁹⁸ Vorne IV.

⁹⁹ EuGH Rs. C-157/13 Nickel/Goeldner 4.9.2014; hinten VIII.C.

D. Räumlicher Anwendungsbereich und Zuständigkeiten nach LugÜ

Geht es um die Admassierung einer beweglichen Sache, so findet das LugÜ Anwendung, wenn der beklagte Dritte seinen Wohnsitz in einem an diesen Staatsvertrag gebundenen Land hat. Das LugÜ sieht für solche Vindikationsklagen keinen besonderen Gerichtsstand vor; sie sind im nach Art. 2 LugÜ Wohnsitzstaat des Beklagten anzubringen.¹⁰⁰ Geht es um die Admassierung eines schweizerischen Grundstücks, so gibt das LugÜ für dingliche Klagen eine zwingende Zuständigkeit nach Art. 22 Ziff. 1 im schweizerischen Belegenheitsstaat.¹⁰¹ Daraus hervorgehende Urteile werden gestützt auf Art. 32 ff. LugÜ im eurozivilprozessualen Wohnsitzstaat des beklagten Dritten anerkannt.

E. Grenzüberschreitende Zuständigkeiten ausserhalb des LugÜ

Wie erwähnt, regelt das IPRG ausserhalb des elften Kapitels Verfahren weder der Einzel- noch der Gesamtvollstreckung. Die Qualifikation, ob ein insolvenznahe Einzelverfahren vorliegt, erfolgt aus der Sicht der schweizerischen *lex fori*.¹⁰²

Ob Admassierungsklagen von den Erkenntniszuständigkeiten des IPRG erfasst werden, ist umstritten.¹⁰³ Angesichts des Umstands, dass die Admassierungsklage bereits aus SchKG-Sicht nicht als «Reflexklage» sondern als materiellrechtliche Klage zu beurteilen ist, deren Binnenzuständigkeit nach der ZPO bestimmt wird,¹⁰⁴ müsste sie aber zwanglos als Erkenntnisverfahren ins IPRG eingeordnet werden.¹⁰⁵ Was für die Aussonderungsklage gilt, muss im Übrigen umso mehr auch für deren Spiegelbild gelten, zumal die Rechtsnatur jener Klage als materielles Erkenntnisverfahren vergleichsweise umstrittener ist.¹⁰⁶

¹⁰⁰ Weil Art. 2 LugÜ nur die internationale Zuständigkeit regelt, richtet sich die örtliche Zuständigkeit nach dem autonomen internationalen Zivilprozessrecht des Forumstaats.

¹⁰¹ Art. 97 IPRG regelt die örtliche Zuständigkeit am Situs des Grundstücks.

¹⁰² Vorne V.

¹⁰³ Gegen Anwendung des IPRG: DOLGE (Fn. 46), S. 48. Für Anwendung des IPRG: VOCK/MÜLLER (Fn. 46), S. 9, S. 254; HUNKELER/SCHÖNMANN (Fn. 59), S. 637; MEIER, IZPR (Fn. 59), S. 179.

¹⁰⁴ Vorne VII.A.

¹⁰⁵ MEIER, IZPR (Fn. 59), S. 179.

¹⁰⁶ Vorne VI.A.

Gestützt auf diese Beurteilung eröffnet sich der ausländischen Verwaltung (wahlweise zur ausländischen Zuständigkeit am Wohnsitz des Dritten) eine schweizerische Belegenheitszuständigkeit nach IPRG, sofern es sich um eine bewegliche Sache handelt;¹⁰⁷ andernfalls besteht hierzulande eine Immobiliarzuständigkeit nach Art. 97 IPRG. In den meisten Fällen wird ein ausländisches Aussonderungsurteil, das am Ort der Hauptmasse ergangen ist, in der Schweiz zur Anerkennung und Vollstreckbarerklärung gebracht werden. Dies ist gestützt auf Art. 25 ff. IPRG möglich.

VIII. Forderungseinziehungsklagen gegen den Drittschuldner

A. Regelung im SchKG

Im Gegensatz zur Aussonderungsklage regelt das SchKG die Zuständigkeit für die Forderungseinzugsklage nicht, weshalb im Binnenkontext die ZPO dafür massgeblich ist.¹⁰⁸

Die schweizerische Konkursverwaltung darf gestützt auf Art. 243 SchKG nur *unbestrittene* Forderungen autonom einziehen. Leitet sie Betreibung ein und erhebt der Drittschuldner (begründeten) Rechtsvorschlag, so hat die zweite Gläubigerversammlung über die Einziehung der Forderung durch die Konkursverwaltung oder eine allfällige Abtretung zu entscheiden. Die Einziehung durch die Konkursverwaltung ist nur zulässig, wenn keine Abtretung i.S.v. Art. 260 SchKG erfolgt ist;¹⁰⁹ in der Praxis werden strittige Ansprüche häufig den Abtretungsgläubigern überlassen.

B. Aktivlegitimation zur Forderungseinziehungsklage im internationalen Verhältnis

Das Bundesgericht hat eine Aktivlegitimation der ausländischen Verwaltung zur klageweisen Durchsetzung bestrittener Forderungen bereits unter dem bisherigen Recht bejaht, und zwar unter der Voraussetzung, dass keine schweizerischen Gläubiger vorhanden sind, die über die Anhebung der Forderungseinzugsklage bzw. über deren Abtretung befinden können. Im beurteilten Fall trat die schweizerische Verwaltung die Forderung der ausländischen Masse ab, und zwar in analoger Anwendung des Art. 260 SchKG.¹¹⁰ Nach

¹⁰⁷ Art. 98 Abs. 2 IPRG.

¹⁰⁸ Art. 46 ZPO.

¹⁰⁹ Dazu BSK SchKG-RUSSENBERGER, Art. 243 N 7; BSK SchKG-BERTI, Art. 260 N 2.

¹¹⁰ BGE 137 III 374 E. 3; JAKOB, Prozessführungsbefugnis (Fn. 7), Rz. 95; vorne III.B.

dem neuen Recht ist die Rechtszuständigkeit an der Forderung ohne Weiteres bei der ausländischen Masse zu verorten, allein gestützt auf die erweiterte Anerkennung gemäss Art. 174a Abs. 4 IPRG n.F.

C. Sachlicher Anwendungsbereich des LugÜ

Ob die Forderungseinziehungsklage als insolvenznahe Klage im Sinne von Art. 1 Ziff. 2 lit. b LugÜ gilt, wird hierzulande unterschiedlich beurteilt.¹¹¹ Das Bundesgericht entschied, dass die Klage der ausländischen Verwaltung auf Einziehung einer Forderung gegen den schweizerischen Drittschuldner nicht dem LugÜ unterstehe, da die Klage ohne die Konkursöffnung nicht eingeleitet worden wäre.¹¹²

Die Qualifikation der Forderungseinziehungsklage ist vor dem Hintergrund der EuGH-Rechtsprechung zu beurteilen. Wie erwähnt, schliesst der EuGH Ansprüche aus dem Anwendungsbereich der EuGVVO (und des dazu parallelen LugÜ) aus, wenn diese *unmittelbar aus dem Insolvenzverfahren hervorgehen* und in *engem Zusammenhang mit dem Insolvenzverfahren* stehen. Dabei sei der Anwendungsbereich der erwähnten zivilprozessualen Instrumente weit zu fassen, während der Bereich der komplementären EuInsVO eng auszulegen ist.¹¹³ Wie vorne gezeigt, konkretisiert sich die erwähnte Regel insofern, als die rechtliche Grundlage der Ansprüche geprüft wird. Ist das allgemeine Zivilrecht Rechtsgrundlage, so unterfällt der Anspruch den Zuständigkeiten des Europäischen Zivilprozessrechts, ungeachtet des Umstands, dass er statt durch den Gemeinschuldner durch den Insolvenzverwalter als dessen Prozessstandschafter geltend gemacht wird.¹¹⁴

In der Entscheidung des EuGH Nickel und Goeldner machte die Insolvenzverwaltung eine Forderung gegen den Schuldner des Gemeinschuldners (Drittschuldner) geltend, die Entgelt für einen Transport darstellte, welchen der Gemeinschuldner vor seiner Insolvenz gestützt auf einen Frachtvertrag durchgeführt hatte. Der EuGH hielt fest, dass sich die rechtliche Grundlage dieser Forderung im Zivil- und Handelsrecht finde, und nicht in abweichenden Sonderregeln des Insolvenzrechts, weshalb sich die gerichtliche Zuständigkeit nach der aEuGVVO bestimme.¹¹⁵ Bei der vom EuGH beurteilten Klage handelt es sich um das genaue Äquivalent einer schweizerischen Einzie-

¹¹¹ Nicht unter das LugÜ fallend: BSK LugÜ-ROHNER/LERCH, Art. 1 N 93 lit. j (vgl. jedoch widersprüchlich N 94 lit. q). Unter das LugÜ fallend: SHK LugÜ-DASSER, Art. 1 N 89 Fn. 242; WALTER/DOMEI (Fn. 24), S. 190.

¹¹² BGE 134 III 366 = BGER 6.3.2008 4A_231/2007, unpublizierte E. 4.2; vgl. dazu vorne IV.

¹¹³ Vorne IV.

¹¹⁴ Siehe vorne IV; KINDLER/WENDLAND (Fn. 26), S. 250.

¹¹⁵ EuGH, Rs. C-157/13 Nickel/Goeldner, 4.9.2014, N 27; N 29 ff.

hungsklage der Verwaltung, die von der zweiten Gläubigerversammlung dazu ermächtigt wurde.

Die erwähnte bundesgerichtliche Rechtsprechung¹¹⁶ ist vor diesem Hintergrund neu zu überdenken. Das vom BGer noch hilfsweise verwendete Einordnungskriterium, ob der Ertrag aus der Forderung die ausländische Konkursmasse vergrössert, darf unter dem neurechtlichen Konzept einer erweiterten Anerkennung ohnehin keine Rolle spielen. Die Schweizer Masse wird in diesem neuen Konzept nicht bewirtschaftet, die Tätigkeiten des ausländischen Verwalters, die er gestützt auf Art. 174a Abs. 4 IPRG n.F. in der Schweiz ausübt, sind naturgemäss auf die ausländische Masse ausgerichtet.¹¹⁷

In der Entscheidung des EuGH i.S. F-*Tex* ging es um die Durchsetzung von Anfechtungsansprüchen, welche die Verwaltung einem Gläubiger abgetreten hatte. Anfechtungsklagen sind gemäss EuGH zwar als insolvenznah zu qualifizieren und fallen deshalb nicht unter die Zuständigkeitsvorschriften der EuGVVO/LugÜ.¹¹⁸ Zuzufolge der Abtretung an den einzigen Gläubiger der Schuldnerin qualifizierte der EuGH deren Anspruch jedoch als gemein-zivilprozessual und damit der aEuGVVO unterfallend. Zur Begründung führte der EuGH an, dass die Forderung mit der Abtretung in das Vermögen der Zessionarin übergegangen war, und die Zessionarin im eigenen Interesse, zu ihrem persönlichen Vorteil und nach ihrer freien Disposition handle, zumal der Erlös zum Bestandteil ihres Vermögens werde. Daran ändere nichts, dass im konkreten Fall vereinbart wurde, einen Teil des Erlöses als Gegenleistung für die Abtretung abzugeben, zumal es sich dabei lediglich um eine Zahlungsmodalität handle.¹¹⁹ Allein der Wechsel in der Gläubigerschaft macht mithin einen an sich als insolvenznah zu qualifizierenden Anspruch zu einem gemein-zivilprozessualen. Umgekehrt ändert die Qualifikation eines gemein-zivilprozessualen Anspruchs hingegen nicht zu einem insolvenznahen, weil er von der Verwaltung als insolvenzrechtliche Prozessstandschafterin geltend gemacht wird.¹²⁰ Dies zeigt deutlich die Tendenz des EuGH, Aktivprozesse der Verwaltung, welche die Geltendmachung von Forderungen des Gemeinschaftschuldners gegen Drittschuldner zum Gegenstand haben, den EuGVVO und LugÜ zuzuordnen. Wird eine solche Forderung des Drittschuldners den Gläubigern abgetreten, so ändert mit Gewissheit nichts an dieser Qualifikation.

¹¹⁶ BGE 134 III 366 = BGer 6.3.2008 4A_231/2007 unpublizierte E. 4.2.

¹¹⁷ Art. 174a Abs. 2 IPRG n.F. alleine hat zu gewährleisten, dass die Interessen der Schweizer Gläubiger an der ausländischen Masse berücksichtigt werden.

¹¹⁸ EuGH Rs. C-213/10 F-*Tex*, 19.4.2012, N 29; siehe auch EuGH, Rs. C-339/07 *Deko Marty*, 12.2.2009 N 28.

¹¹⁹ EuGH Rs. C-213/10 F-*Tex*, 19.4.2012, N 45.

¹²⁰ EuGH Rs. C-292/08, *German Graphics*, 10.9.2009, N 33; vorne IV.

In diesem Kontext ist es von Interesse, die umgekehrte Situation eines Passivprozesses der Verwaltung zu betrachten, in welcher Gläubiger Forderungen gegen den Gemeinschuldner geltend machen. Im Fall einer schweizerischen Gläubigerschaft, die im Jahr 1993 eine Forderung gegen eine insolvente Gesellschaft in Frankreich eingeklagt hatte, betrachtete das BGer das LugÜ durchaus als anwendbar.¹²¹ Das mag auf den ersten Blick erstaunen, zumal der Passivprozess der Verwaltung grundsätzlich anders zu beurteilen ist als deren Aktivprozess. Mit Ausbruch der Insolvenz werden obligatorische Ansprüche gegen den Gemeinschuldner zu Konkursforderungen, welche der Gläubiger nötigenfalls mit einer *Kollokationsklage* erstreiten muss. Diese Klagen sind aus guten Gründen als «insolvenznahe» zu beurteilen,¹²² weshalb das LugÜ oder die EuGVVO auf diese Verfahren nicht angewendet werden. Die Begründung des Bundesgerichts lautete jedoch im vorliegenden Fall, dass die Klage aus Sicht der Schweiz nicht auf dem Insolvenzrecht beruhe und mit hoher Wahrscheinlichkeit auch ohne das Insolvenzverfahren der Beklagten eingereicht worden wäre.¹²³ In der Tat war der bilaterale Gerichtsstands- und Konkursvertrag mit Frankreich¹²⁴ per 31.12.1991 ausser Kraft getreten,¹²⁵ weshalb in casu keine Anerkennung der französischen Insolvenz in der Schweiz erfolgte. Damit waren die schweizerischen Behörden nicht gehalten, eine allfällige insolvenzrechtliche Grundlage dieser Klage, die aus französischer Sicht zweifellos bestand, zu berücksichtigen. Aus Schweizer Perspektive blieb die französische Insolvenz auf das Territorium Frankreichs beschränkt, die schweizerische Klage war nicht als Kollokationsklage i.e.S. zu beurteilen. Im Licht dieser Rechtsprechung wäre ein Aktivprozess der Verwaltung, wie er bei der Forderungseinziehungsklage vorliegt, noch *a fortiori* als LugÜ-Erkenntnisverfahren zu beurteilen statt als insolvenznahe Verfahren.

In analogen Fällen mit umgekehrtem geographischen Vorzeichen, in welchem ausländische Einzelverfahren zu beurteilen waren, die sich gegen den Schweizer Gemeinschuldner richteten, hat das BGer jedoch anders geurteilt.¹²⁶ Wie vorne beschrieben, behandelte es diese Klagen funktional als «Kollokationsklagen», deren Urteile weder nach LugÜ noch nach IPRG anerkennbar sind.¹²⁷ Die Klagen waren jedoch in einem Staat hängig, für den die schweizerische Insolvenz keine Wirkung entfaltete, weshalb sie unter dem

¹²¹ BGE 125 III 108; dazu RODRIGUEZ, Zuständigkeiten (Fn. 19), N 635.

¹²² Dazu vorne VI.B.

¹²³ BGE 125 III 108 E. 3b m.w.H.

¹²⁴ Vertrag über den Gerichtsstand und die Vollziehung von Urteilen in Zivilsachen vom 15. Juni 1869, seine Zusatzakte vom 4. Oktober 1935 sowie sein erläuterndes Protokoll (SR 0.276.193.491).

¹²⁵ VPB 55.58A.

¹²⁶ BGE 140 III 320; 141 III 382.

¹²⁷ Vorne IV.

LugÜ als zivilprozessuale Erkenntnisverfahren und die daraus hervorgehenden Urteile als anerkenntbar einzustufen gewesen wären.

Unabhängig davon, ob die vorliegende Meinung zur Behandlung nicht in die Insolvenz eingebundener Verfahren geteilt wird, so ist festzuhalten, dass der Kollokationsprozess i.e.S. a priori anders zu beurteilen ist als der aktive Forderungsprozess der Verwaltung, zumal die Kollokationssituation naturgemäss eine enge Einbindung in die Insolvenz erfordert und bewirkt.¹²⁸ Rückschlüsse vom Aktiv- auf den Passivprozess der Verwaltung sind nicht ohne Weiteres möglich.

D. Räumlicher Anwendungsbereich und Zuständigkeiten nach LugÜ

Werden Forderungseinziehungsklagen einer ausländischen Verwaltung wie vorliegend als zivilprozessuale Erkenntnisverfahren eingeordnet, so ist der räumliche Anwendungsbereich des LugÜ differenzierend zu bestimmen, und zwar nach Massgabe der jeweils in Frage kommenden Zuständigkeiten.¹²⁹ Für Forderungsklagen gilt als Grundprinzip, dass der Beklagte seinen Wohnsitz in einem an das LugÜ gebundenen Staat haben muss; hat er seinen Wohnsitz in einem EU-Staat, so bestimmt sich die Zuständigkeit nach der EuGVVO, sofern ein Gerichtsstand in einem EU-Mitgliedstaat angerufen wird.¹³⁰ Für die Forderungsklagen des Gemeinschuldners kommt fast die ganze Palette der Zuständigkeiten in Frage, und zwar – neben dem allgemeinen Beklagtengerichtsstand von Art. 2 LugÜ – die besonderen Gerichtsstände jeweils nach Massangabe der Natur der Forderung als vertraglich, deliktisch etc.¹³¹ Solche besonderen Gerichtsstände ergeben sich je nach Umständen auch in der Schweiz, so z.B. an einem hiesigen Vertragserfüllungsort.¹³²

E. Grenzüberschreitende Zuständigkeiten ausserhalb des LugÜ

Das SchKG regelt den Gerichtsstand der Forderungseinziehungsklage nicht ausdrücklich, weshalb im Binnenbereich die ZPO greift.¹³³ In grenzüberschreitenden Situationen fällt die Forderungseinziehungsklage unter das

¹²⁸ Vorne VI.B.

¹²⁹ Vgl. vorne VI.C.

¹³⁰ Art. 64 Abs. 1 und 2 LugÜ *per analogiam*.

¹³¹ Art. 5 ff. LugÜ.

¹³² Art. 5 Ziff. 1 LugÜ.

¹³³ Art. 46 ZPO.

IPRG, wenn es sich um ein Erkenntnisverfahren handelt, die Klage mithin nicht als vollstreckungsrechtlich bzw. insolvenzrechtlich zu beurteilen ist.¹³⁴

Dass die Klage nicht als «insolvenznahe» im Sinne des Europäischen Zivilprozessrechts zu beurteilen ist, wurde vorne¹³⁵ gezeigt. Unter einer autonom schweizerischen Betrachtungsweise ändert sich nichts an dieser Beurteilung, zumal auch das SchKG nicht den Anspruch erhebt, die Klage sei als insolvenzrechtlich zu qualifizieren. Es normiert weder die Zuständigkeit noch ansonsten verfahrensrechtliche Besonderheiten dieser Klagen, sondern folgt allein der Notwendigkeit, die Klagelegitimation zuzuteilen, welche Frage aber allein zur Beurteilung der Natur der Klage keine Rolle spielen kann.¹³⁶

IX. Schluss

Bei einer erweiterten Anerkennung der ausländischen Insolvenz, wie sie nach der Novelle zum elften Kapitel des IPRG nunmehr zugelassen wird, ist das schweizerische Feld frei für insolvenzbezogene Verfahren, an welchen eine ausländische Insolvenzverwaltung beteiligt ist. Bis heute richtete sich das Hauptinteresse auf die paulianische Anfechtungszuständigkeit, zumal die Legitimation der ausländischen Verwaltung grundsätzlich darauf beschränkt war. Die Frage der Zuständigkeit für weitere insolvenzbezogene Klagen wird erst virulent, nachdem das neue Recht auf eine schweizerische Hilfsverwaltung verzichtet und deshalb der ausländischen Insolvenzverwaltung eine umfassende Aktiv- und Passivlegitimation zuerkennt.

Die vorliegenden Ausführungen, wonach für die drei behandelten Instrumente das LugÜ und/oder das IPRG anwendbar sind, gelten zwar auch für Situationen, in welchen ein Hilfsverfahren in der Schweiz ausgelöst wurde, und demnach i.d.R. die schweizerische Hilfsverwaltung Verfahrenspartei ist. Die Gesetzesnovelle hat insbesondere nichts an den staatsvertraglichen Rechtsgrundlagen geändert; der nunmehr vermehrte Einbezug der ausländischen Verwaltung schärft jedoch – auch für den Autoren selber – den Blick auf die Qualifikation der untersuchten Verfahren. Fast durchwegs entgegen der h.L. ist bei den drei untersuchten Instrumenten der Aussonderungs-, Admassierungs- und Forderungseinziehungsklage davon auszugehen, dass sie im internationalen Kontext unter die *Erkenntniszuständigkeiten* des LugÜ und/oder des IPRG fallen. Dieser Umstand unterstützt bei der Lösung einiger Fragen, die sich wegen der bloss punktuellen Regelung von insolvenzbezogenen Verfahren in

¹³⁴ Vorne V.

¹³⁵ Vorne VII.C.

¹³⁶ Vgl. vorne IV; vorne VIII.B.

der Gesetzesnovelle stellen.¹³⁷ Insbesondere haben die vorgeschlagenen Einordnungen zur Konsequenz, dass neben den Anfechtungsentscheidungen weitere Kategorien ausländischer Entscheidungen, welche die Schweizer Masse betreffen, hiezulande anerkannt und vollstreckbar erklärt werden können. Damit werden Rechtsschutzlücken im Interesse in- und ausländischer Gläubiger vermieden.

¹³⁷ Art. 171 und Art. 174 c. IPRG n.F.

