

VISCHER

Der HELBING & LICHTENHAHN VERLAG hat freundlicherweise die Genehmigung erteilt, dass arrestpraxis.ch den nachfolgenden Entscheid auf der Website online zugänglich macht.

Sämtliche Rechte verbleiben aber beim HELBING & LICHTENHAHN VERLAG.

Nr. 49 Bundesgericht, II. zivilrechtliche Abteilung
Urteil vom 6. Juni 2014 i.S. X. AG c. Y., Betreibungsamt von Genf, Genf, Konkursamt von Genf, Carouge, Handelsregisteramt des Kantons Genf, Genf, Grundbuchamt, Genf (5A_450/2013)

Übersetzt von DANIEL SCHWANDER

(Originaltext französisch. Publikation in der Amtlichen Sammlung erfolgt; BGE 140 III 379.)

Anerkennung eines durch eine ausländische Instanz bestätigten Nachlassvertrages (Art. 166–170 IPRG; Art. 317 ff. SchKG). Voraussetzungen und Wirkungen der Anerkennung eines ausländischen Nachlassvertrages sowie der Eröffnung eines Hilfsverfahrens.

Sachverhalt:

Y. ist eine nach dem Recht des Bundesstaates Delaware errichtete Aktiengesellschaft mit Sitz in Wilmington (Bundesstaat Delaware/USA); sie ist eine Tochter der A., einer in Südamerika aktiven Luftfahrtgesellschaft.

X. AG (nachfolgend: X.) ist eine Aktiengesellschaft brasilianischen Rechts mit Sitz in Sao Paulo (Brasilien), die im Luftfrachtgeschäft tätig ist.

Im Jahr 2006 brach zwischen der Y. und der X. ein Streit aus.

Am 29. August 2007 erhob Y. vor dem höchsten Gericht des Bundesstaates New York eine Klage auf Zahlung gegen X. Dieses Verfahren führte zu zwei Urteilen, in welchen X. verpflichtet wurde, der Y. folgende Beträge zu bezahlen:

- USD 17 167 300 (Kapital der Zahlungsverpflichtung) gemäss Urteil vom 1. Dezember 2008,
- USD 874 578.85, wobei dieser Betrag den bis zum 22. Januar 2009 angefallenen Zinsen entspricht, sowie USD 1 118 956.07 für die bis Ende Dezember 2008 angefallene Anwaltshonorare, das heisst insgesamt USD 1 993 534.92, gemäss Urteil vom 8. Juni 2009 (zugestellt am 9. Juni 2010).

Zur Sicherung ihrer Forderungen gegen X. erwirkte Y. in der Schweiz drei Arreste, die sie in der Folge mittels Betreibungen prosequierte.

Am 9. Dezember 2008 ersuchte Y. insbesondere um Anerkennung und definitive Rechtsöffnung betreffend den im ersten Arrestprosequierungsverfahren gegenüber dem Zahlungsbefehl erhobenen Rechtsvorschlag.

Mit Urteil vom 2. Februar 2009 anerkannte das erstinstanzliche Gericht des Kantons Genf das Urteil des höchsten Gerichts des Bundesstaates New York vom 1. Dezember 2008 (betreffend die Kapitalforderung) und erteilte bis zum Betrag von Fr. 20 090 891.20 definitive Rechtsöffnung (Gegenwert des Betrages von USD 17 167 300; 1. Betreibung).

Nachdem Y. die Fortsetzung der Betreibung verlangt hatte, verfügte das Betreibungsamt am 17. November 2009 die Umwandlung des ersten Arrestes in der ersten Betreibung in eine definitive Pfändung. Hiergegen wurde eine betreibungsrechtliche Beschwerde erhoben, der die aufschiebende Wirkung erteilt wurde, und alsdann eine Beschwerde in Zivilsachen an das Schweizerische Bundesgericht, der ebenfalls die aufschiebende Wirkung zuerkannt wurde. Mit Urteil vom 3. Februar 2011 wurden die Handlungen betreffend die erste Betreibung aufgeschoben bis zum Entscheid über die Anerkennung des Nachlassvertrages vom 13. März 2009 (gemäss Dispositiv des Urteils 5A_322/2010 vom 3. Februar 2011, nicht publiziert in: BGE 137 III 138 = Pra 2011 Nr. 85).

Während die Gläubigerin Y. in der Schweiz Arrest legte und ihre Forderungen eintrieb, war X. in Brasilien Gegenstand eines gerichtlichen Entscheids des Gerichtes von Sao Paulo vom 13. März 2009, der einer Nachlassstundung nach schweizerischem Recht entsprach. Dabei wurde der Aufschub von Zwangsvollstreckungshandlungen während einer Dauer von 180 Tagen angeordnet.

Am 6. Juli 2009 ersuchte X. beim erstinstanzlichen Genfer Gericht um Anerkennung des brasilianischen Entscheids betreffend Nachlassstundung vom 13. März 2009 in der Schweiz.

Das erstinstanzliche Gericht anerkannte diesen Entscheid mit Urteil vom 27. Oktober 2009 ohne zeitliche Begrenzung, so dass diese Anerkennung nach Massgabe von Art. 297 Abs. 1 SchKG zum Aufschub der Beteiligungen in der Schweiz führte (BGE 137 III 138 E. 2.2 = Pra 2011 Nr. 85), solange die Frage der zeitlichen Grenzen der Nachlassstundung nicht gelöst war.

Mit Urteil vom 9. Dezember 2010 erklärte der Cour de justice die Nachlassstundung in der Schweiz für vollstreckbar, und zwar für die Dauer von 180 Tagen, nämlich vom 13. März bis zum 8. September 2009. Dieser Entscheid war endgültig und wurde vollstreckbar.

Am 5. Oktober 2009 gewährte die 1. Konkurs- und Nachlasskammer des Gerichts von Sao Paulo der X. ein gerichtliches Nachlassverfahren und bewilligte den Nachlassvertrag (cram down), was der Bewilligung eines Nachlassvertrags nach Schweizerischem Recht entsprach. Die Forderung der Y. ist der in diesem Nachlassvertrag vorgesehenen Regelung unterstellt. Die Berufung von Y. und anderen Gläubigern, welcher aufschiebende Wirkung zukam, wurde vom zweitinstanzlichen Gericht von Sao Paulo am 1. Juni 2010 abgewiesen. Am 19. Oktober 2010 wurde eine Beschwerde betreffend Auslegung vom gleichen Gericht abgewiesen.

Am 27. Dezember 2010 ersuchte X. beim erstinstanzlichen Gericht des Kantons Genf um Anerkennung der Genehmigung des Nachlassvertrags vom 5. Oktober 2009 sowie der Entscheide vom 1. Juni sowie vom 19. Oktober 2010, die diesen bestätigten. Weiter verlangte X., dass die verarrestierten Guthaben auf das Gerichtskonto des brasilianischen Konkursgerichts überwiesen werden, welches alsdann dafür sorgen werde, dass diese in Übereinstimmung mit dem Nachlassvertrag verwendet würden.

Das erstinstanzliche Gericht anerkannte die Genehmigung des Nachlassvertrages mit Urteil vom 26. März 2012 und ordnete unter anderem an, dass die Beteiligungen und Arreste hinfällig wurden und X. nach Massgabe des Nachlassvertrages über die Guthaben in der Schweiz verfügen konnte. Dieses Urteil wurde mit Entscheid des Cour de justice vom 11. Juli 2012 aufgehoben, und zwar wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs von Y., worauf das erstinstanzliche Gericht am 7. Januar 2013 ein neues Urteil erliess, in welchem es die Anerkennung verweigerte, weil X. keine Originalausfertigung des zu anerkennenden Urteils vorgelegt hatte.

Am 10. Mai 2013 trat die Zivilkammer des Cour de justice des Kantons Genf auf die von X. erhobene Beschwerde nicht ein. Sie hielt namentlich fest, dass die am 17. November 2009 erfolgte Umwandlung des Arrestes in eine Pfändung durch die Anerkennung der Nachlassstundung nicht verhindert wurde, nachdem die Stundung vom 13. März bis zum 8. September 2009 dauerte. Nachdem die Mitwirkungsfrist verstrichen war, wurde der Gläubigerin unter anderem das Privileg von Art. 199 Abs. 2 SchKG zuteil. Demzufolge hatte die Gesuchstellerin

kein schutzwürdiges Interesse daran, gegen die Abweisung ihres Gesuchs um Anerkennung des bestätigten Nachlassvertrags Beschwerde zu führen.

Mit Urteil vom 6. Juni 2014 hiess das Bundesgericht die von X. gegen diesen Nichteintretensentscheid erhobene Beschwerde gut.

Aus den Erwägungen:

1.–3. [...]

4.

Streitig ist die Frage, ob der bestätigte Nachlassvertrag anerkannt werden kann oder ob Gründe bestehen, die dagegen sprechen.

4.1 Die Vorinstanz hat im Wesentlichen festgehalten, dass die Anerkennung zu verweigern sei, da die Arrestgläubigerin nach Massgabe von Art. 199 Abs. 2 SchKG einen vorrangigen Anspruch auf die gepfändeten Vermögenswerte habe: Der erste Arrest der Gläubigerin wurde in eine definitive Pfändung umgewandelt und die Anschlussfristen sind abgelaufen, so dass die Gläubigerin das Recht erworben hat, sich aus den beschlagnahmten Werten zu befriedigen. Implizit gibt es somit in der Schweiz keine Vermögenswerte, die es im Rahmen eines hilfswisen Nachlassvertrags zu inventarisieren gäbe oder die der ausländischen Nachlassmasse zuzuführen wären.

Die Beschwerdeführerin macht unter Berufung auf BGE 137 III 138 = Pra 2011 Nr. 85 geltend, es habe keine Umwandlung des Arrestes in eine definitive Pfändung stattgefunden und die Anschlussfristen hätten nicht zu laufen begonnen sowie subsidiär, dass die Voraussetzungen von Art. 199 Abs. 2 SchKG nicht erfüllt seien.

4.2 Ein Nachlassvertrag oder ein analoges Verfahren, das von einer ausländischen Instanz bestätigt wurde, wird in der Schweiz anerkannt, und zwar nach Massgabe von Art. 166–170 IPRG (SR 291), die analog anzuwenden sind (Art. 175 Abs. 1 IPRG).

4.2.1 Die Anerkennung bewirkt, dass sich die obligatorische Wirkung des Nachlassvertrages in der Schweiz auf alle Gläubiger erstreckt (mit Ausnahme der Pfandgläubiger, deren Pfandsache sich in der Schweiz befindet sowie der privilegierten Gläubiger, die in der Schweiz wohnen; Art. 172 Abs. 1 IPRG), so dass diese daran gehindert werden, den Saldo ihrer durch die Dividende nicht gedeckten Forderungen oder der verwerteten Aktiven in der Schweiz einzutreiben, nachdem sie im Ausland dem Nachlassvertrag zugestimmt hatten (Botschaft vom 10. November 1982 betreffend ein Bundesgesetz über das internationale Privatrecht, BBl 1983 I 263 ff., 455; CR LDIP CL-BRACONI, N. 29 zu Art. 175 IPRG mit Hinweisen).

Wenn der Schuldner den Gläubigern seine in der Schweiz befindlichen Vermögenswerte überlässt und es Pfandgläubiger gibt, deren Pfand sich in der Schweiz befindet, oder privilegierte Gläubiger, die in der Schweiz wohnen (Art. 172 Abs. 1 SchKG), muss ein hilfsweises Nachlassverfahren in der Schweiz eröffnet werden nach Massgabe von Art. 317 ff. SchKG (unter Verweis auf Art. 170 Abs. 1 IPRG; BGE 137 III 138 E. 2.2 S. 141 mit Hinweisen auf die Lehre = Pra 2011 Nr. 85; CR LDIP CL-BRACONI, N. 30 zu Art. 175 IPRG). Der für die Anerkennung zuständige Richter ernannt einen Schweizer Liquidator zur Führung dieses Verfahrens. Dieser hat einen Kollokationsplan zu erstellen und die Mittel zu verteilen. Nur der allenfalls übrig bleibende Saldo wird an die ausländische Nachlassmasse oder an jene Gläubiger zurückgeführt, denen aufgrund der Anerkennung des ausländischen Kollokationsplans ein entsprechendes Recht zusteht (Art. 173 Abs. 1 IPRG; CR LDIP CL-BRACONI, N. 30 zu Art. 175 IPRG).

Wenn sich kein privilegierter Gläubiger gemeldet hat, ist es nicht erforderlich, ein hilfsweises Nachlassverfahren in der Schweiz zu eröffnen. Da der ausländische Sachwalter in der Schweiz keinerlei Handlung vornehmen darf, sondern darum ersuchen muss, dass die in der Schweiz befindlichen Vermögenswerte dem ausländischen Nachlassverfahren zur Verfügung gestellt werden, bedarf es auch keiner Ernennung eines Sachwalters in der Schweiz. Sollte sich abzeichnen, dass in der Schweiz Vollstreckungshandlungen erforderlich würden, müsste sich der ausländische Sachwalter an die schweizerischen Gerichts- bzw. Vollstreckungsbehörden wenden (Urteil 5A_267/2007 vom 30. September 2008 E. 5.3). Daraus folgt, dass der in der Schweiz für die Anerkennung zuständige Richter nicht nur den ausländischen Nachlassvertrag anerkennen kann, sondern auch diesbezüglichen ausländischen Massnahmen Wirkung in der Schweiz verleihen kann, entweder indem er dem ausländischen Sachwalter die entsprechenden Befugnisse einräumt oder indem er ihm überdies einen schweizerischen Co-Sachwalter zur Seite stellt (BBl 1983 I 455; CR LDIP CL-BRACONI, N. 26 zu Art. 175 IPRG).

4.2.2 Der ausländische Nachlassvertrag oder ein analoges Verfahren wird in der Schweiz nach Massgabe der Bestimmungen von Art. 166 Abs. 1 IPRG (gemäss dem Verweis von Art. 175 IPRG) anerkannt, das heisst wenn die ausländische Entscheidung von einer zuständigen Behörde stammt (indirekte Zuständigkeit; Art. 166 Abs. 1 a.A. IPRG), vollstreckbar ist (Art. 166 Abs. 1 lit. a IPRG) und kein Verweigerungsgrund im Sinne von Art. 27 IPRG besteht, da die Entscheidung mit dem materiellen und formellen *Ordre public* (lit. b) im Einklang steht, und der ausländische Staat, in dem die Entscheidung erging, Gegenrecht hält (lit. c; vgl. CR LDIP CL-BRACONI, N. 14 zu Art. 175 IPRG).

Wenn die Eröffnung eines hilfsweisen Nachlassverfahrens im Übrigen an andere Bedingungen geknüpft ist (vgl. oben E. 4.2.1), so gilt dies nicht für die Anerkennung als solche, die lediglich bezweckt, die Genehmigung des ausländi-

schen Nachlassvertrages an die Genehmigung eines schweizerischen Nachlassvertrages anzugleichen.

4.3 Vorliegend ist unbestritten, dass es in der Schweiz keine Pfandgläubiger oder privilegierten Gläubiger gibt. Demzufolge ist in der Schweiz kein hilfsweises Nachlassverfahren zu eröffnen.

Demgegenüber wurden die der Schuldnerin gehörenden Guthaben in der Schweiz verarrestiert. Das Betreibungsamt verarrestierte einen Betrag von Fr. 24 541 781.–, den es auf der Hinterlegungskasse des Kantons Genf hinterlegte. Insoweit als die ausländische Nachlassmasse, die Rechtsnachfolgerin der Schuldnerin geworden ist, und die Arrestgläubigerin um das Recht an diesem Guthaben streiten, muss der Richter in der Schweiz die Genehmigung des brasilianischen Nachlassvertrages so anerkennen, dass der Verwalter oder Liquidator des ausländischen Nachlassvertrages seine Rechte an der Nachlassmasse beim Betreibungsamt geltend machen kann, das diese Guthaben verarrestiert hat, und zwar nötigenfalls mittels betreibungsrechtlicher Beschwerde bei der Aufsichtsbehörde (Art. 17 ff. SchKG; BGE 74 III 40 E. 1 und 2 S. 43 ff. = Pra 37 Nr. 164; vgl. BSK SchKG II-HANDSCHIN/HUNKELER, N. 12 zu Art. 199 SchKG; CR LP-ROMY, N. 7 zu Art. 199 SchKG). Es ist Sache der Vollstreckungsbehörden, die Frage zu entscheiden, ob die Guthaben in die Masse fallen oder ob sie dem betreffenden Gläubiger zustehen, der die Schuldnerin betrieben hat. In seiner Eigenschaft als internationaler Rechtshilferichter muss der mit der Anerkennung befasste Richter nur prüfen, ob die Voraussetzungen gemäss IPRG erfüllt sind; er muss nicht vorfrageweise über das weitere Schicksal dieser Frage entscheiden (vgl. Urteil 4A_366/2011 vom 31. Oktober 2011 E. 2.2, Abs. 2 am Ende).

4.4 Damit hat der Cour de justice das von der Beschwerdeführerin gestellte Begehren um Anerkennung zu Unrecht mit der erwähnten Begründung abgewiesen. Die Beschwerde ist somit gutzuheissen und der angefochtene Entscheid ist aufzuheben. Die Sache ist an die Vorinstanz zwecks Prüfung der weiteren Anerkennungsvoraussetzungen zurückzuweisen. [...]