

4. **Internationales Privat- und Verfahrensrecht/Droit international privé et procédure civile internationale**
- 4.2. **Internationales Verfahrens-, Vollstreckungs- und Konkursrecht/Procédure civile internationale, exécution forcée internationale et droit international de la faillite**

Anerkennung eines ausländischen Nachlassvertrags

Besprechung von BGer, 5A_861/2023, 12.7.2024

Bundesgericht, II. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 5A_861/2023 vom 12. Juli 2024, A. AG gegen B. Limited, Anerkennung eines ausländischen Nachlassvertrags.



ROGER ABEGG*



MARC WOHLGEMUTH**

Das Bundesgericht beurteilte die Anerkennung eines australischen Nachlassvertrags mit Wirkung für das Schweizer Staatsgebiet i.S.v. Art. 175 IPRG. Laut Bundesgericht gilt die Privilegierung von Schweizer Gläubigern gemäss Art. 172 IPRG bei unternehmererhaltenden Hilfsnachlassverfahren nur eingeschränkt. In solchen in der Schweiz anerkannten ausländischen Insolvenzverfahren gelten nur solche Forderungen als zweigniederlassungsbezogen und damit als i.S.v. Art. 172 Abs. 1 lit. c IPRG privilegiert, bei welchen das zugrunde liegende Rechtsgeschäft direkt mit der Zweigniederlassung abgeschlossen wurde.

I. Sachverhalt und Prozessgeschichte

Die B. Limited ist eine Public Company Limited by Shares mit Sitz in Australien. Die B. Limited (nachfolgend: «Gemeinschuldnerin») ist im schweizerischen Handelsregister mit einer Zweigniederlassung in Zürich eingetragen. Per 20. Oktober 2022 wurde gestützt auf das austra-

lische Sanierungsrecht eine sog. External Administration eingeleitet und es wurden zwei Administratoren bestellt.

Mit Eingabe vom 23. November 2022 gelangten die australischen Administratoren an das Bezirksgericht Zürich und verlangten, es sei die External Administration als Sanierungsverfahren im Sinne von Art. 175 IPRG in der Schweiz anzuerkennen. Mit Entscheid des Bezirksgerichts Zürich (Nachlassgericht) vom 3. Januar 2023 wurde die Einleitung der External Administration über die Gemeinschuldnerin als Eröffnung eines insolvenzrechtlichen Sanierungsverfahrens im Sinne von Art. 175 IPRG für das Gebiet der Schweiz anerkannt. Gleichzeitig wurde über das in der Schweiz belegene Vermögen der Schuldnerin ein Hilfsnachlassverfahren eröffnet und wurden hierfür Anordnungen getroffen (insb. zwei Co-Sachwalter bestellt). Dieser Entscheid erwuchs unangefochten in Rechtskraft.

Am 21. März 2023 beschloss die zweite Gläubigerversammlung (in Australien), ein Deed of Company Arrangement (nachfolgend «DOCA» oder «ausländischer Nachlassvertrag», vergleichbar mit einem Nachlassvertrag mit Dividendenvergleich nach Art. 314 ff. SchKG) auszuarbeiten. Das DOCA trat am 12. April 2023 in Kraft.

Mit Urteil vom 20. Juli 2023 anerkannte das Nachlassgericht das DOCA vom 21. März/12. April 2023 als Nachlassvertrag für das Gebiet der Schweiz mit entsprechender Verbindlichkeit für sämtliche Gläubiger mit (Wohn-)Sitz in der Schweiz. Es erklärte das schweizerische Hilfsnachlassverfahren und die Stundungswirkungen nach Art. 297 SchKG für beendet. Die bisherigen Co-Sachwalter wurden als Vollzugspersonen im Sinne von Art. 314 Abs. 2 SchKG mit dem Auftrag eingesetzt, für die Erfüllung des DOCA in der Schweiz besorgt zu sein und die Befriedigung der Schweizer Gläubiger entsprechend dem DOCA sicherzustellen.

Gegen den Entscheid des Nachlassgerichts vom 20. Juli 2023 über die Anerkennung des ausländischen Nachlassvertrages erhob die A. AG (Vermieterin der Gemeinschuldnerin mit Sitz in der Schweiz) Beschwerde an das Obergericht des Kantons Zürich. Mit Urteil vom 10. Oktober 2023 wies das Obergericht die Beschwerde ab.¹

Mit Eingabe vom 13. November 2023 erhob die A. AG (nachfolgend: «Beschwerdeführerin») Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht. Mit Urteil vom 12. Juli 2024 wies das Bundesgericht die Beschwerde ab.

* ROGER ABEGG, MLaw, Linde Law AG, Zürich.

** MARC WOHLGEMUTH, MLaw, Rechtsanwalt, Inhaber des Zürcher Notarpatents, Linde Law AG, Zürich.

¹ OGer ZH, PS230145-O/U, 10.10.2023.

II. Aus den Erwägungen des Bundesgerichts

A. Anerkennung eines ausländischen Nachlassvertrags

Das Bundesgericht äusserte sich im vorliegenden Entscheid zu einer konkreten Anerkennung eines ausländischen Nachlassvertrags mit Wirkung für das Schweizer Staatsgebiet i.S.v. Art. 175 IPRG. Dabei machte das Bundesgericht mit Verweis auf die einschlägige Literatur interessante allgemeine Ausführungen zu einer solchen Anerkennung und schuf in den nachfolgend aufgegriffenen Punkten Rechtssicherheit.

Im vorliegend diskutierten Entscheid stellt das Bundesgericht zuerst die Voraussetzungen für die Anerkennung eines ausländischen Nachlassvertrags klar: Es müsse am (Wohn-)Sitz der Gemeinschuldnerin im Ausland ein Sanierungsverfahren eröffnet worden sein, der entsprechende ausländische Eröffnungsentscheid müsse vollstreckbar und in der Schweiz bereits anerkannt worden sein, und es dürfen keine Verweigerungsgründe gemäss Art. 27 IPRG (insb. keine Ordre-Public-Widrigkeit) vorliegen (E. 3.1.2 und E. 3.1.3).

Sodann wiederholte das Bundesgericht Art. 175 IPRG: Demnach werde eine von der zuständigen ausländischen Behörde ausgesprochene Genehmigung eines Nachlassvertrags oder eines ähnlichen Verfahrens in der Schweiz grundsätzlich anerkannt, wobei die Art. 166–170 IPRG und Art. 174a–174c IPRG sinngemäss zur Anwendung kämen (E. 3.1).

Mit Hinweis auf BGE 137 III 138 sowie auf die h.L. hielt das Bundesgericht anschliessend fest, dass nicht nur die hierzulande gängigen Nachlassvertragstypen (Stundungs-, Dividenden- und Liquidationsvergleich), sondern auch andere ausländische Formen von Sanierungsverfahren gestützt auf Art. 175 IPRG in der Schweiz anerkannt werden könnten (E. 3.1.1). Die gemäss Gesetzestext von Art. 175 IPRG lediglich *sinngemäss* geltende Verweisung auf die konkursrechtlichen Bestimmungen im IPRG ermögliche dem Schweizer Gericht, bei der Anerkennung eines ausländischen Sanierungsverfahrens einzelfallbezogen auf dessen jeweilige Besonderheiten und Wirkungen einzugehen (E. 3.1.3).

Es ist dabei zwischen Nachlassverträgen mit Liquidation des gemeinschuldnerischen Vermögens (übertragende Sanierung, bspw. Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung) und solchen ohne Liquidation (unternehmenserhaltende Sanierung, bspw. Nachlassvertrag mit Dividendenvergleich) zu unterscheiden. Im Falle einer Liquidation der Gemeinschuldnerin seien bei der Anerkennung eines

ausländischen Nachlassvertrags die konkursrechtlichen Bestimmungen in Art. 171–174 IPRG auch ohne Verweis im Gesetz anzuwenden. Im Falle des Fortbestands der Gemeinschuldnerin komme hingegen der vertraglichen Komponente des Nachlassvertrages eine viel höhere Bedeutung zu und die konkursrechtlichen Bestimmungen des IPRG seien nach Art. 175 IPRG höchstens sinngemäss anwendbar (E. 3.3.2 und E. 3.3.3).

B. Privilegierung zweigniederlassungsbezogener Forderungen

Die Beschwerdeführerin, welche im Schweizer Hilfsnachlassverfahren über die Gemeinschuldnerin Forderungen aus Miet- sowie aus Aktienkaufvertrag geltend machte, beanspruchte dafür das Privileg für zweigniederlassungsbezogene Forderungen gemäss Art. 172 Abs. 1 lit. c IPRG. Die Forderung der Beschwerdeführerin wurde sodann zwar im ausländischen Nachlassvertrag aufgenommen, jedoch ohne die entsprechende Privilegierung. Vor der Vorinstanz und später vor dem Bundesgericht machte die Beschwerdeführerin geltend, die Anerkennung des ausländischen Nachlassvertrags sei rechtswidrig und verstosse gegen den Ordre Public (E. 3 und E. 3.3).

Das Bundesgericht hatte sich daher mit der Frage zu befassen, wann eine Forderung gegenüber einer ausländischen, sich in einem Hilfsnachlassverfahren befindenden Gesellschaft «zweigniederlassungsbezogen» und damit privilegiert ist. Die Vorinstanz erwog dazu, es seien nur jene Forderungen privilegiert, welche gegenüber einer Schweizer Niederlassung «effektiv und originär» begründet worden seien. Die Beschwerdeführerin habe sowohl in einem Mietschlichtungsbegehren gegenüber der Gemeinschuldnerin als auch in einem Aktienkaufvertrag mit der Gemeinschuldnerin deren australische Hauptniederlassung und nicht deren Schweizer Zweigniederlassung als Partei bezeichnet. Damit seien die Forderungen der Beschwerdeführerin nicht niederlassungsbezogen und nicht i.S.v. Art. 172 Abs. 1 lit. c IPRG privilegiert.²

Das Bundesgericht erachtete den vorinstanzlichen Entscheid als bundesrechtskonform und wies die dagegen erhobene Beschwerde ab (E. 3.4.2). Es liege eine unternehmenserhaltende Sanierung vor und da Art. 175 IPRG explizit nicht auf die konkursrechtlichen Bestimmungen des IPRG verweise, komme der vertraglichen Komponente des Nachlassvertrags eine hohe Bedeutung zu (E. 3.3.3). Bei einer unternehmenserhaltenden Sanierung habe der Sachwalter vor allem darauf hinzuwirken, dass

² OGer ZH, PS230145-O/U, 10.10.2023, E. 4.3 und E. 4.4.

der ausländische Gemeinschuldner die Befriedigung der privilegierten Forderungen (mindestens) in der Höhe der mutmasslich in einem hypothetischen Hilfskonkursverfahren zu erzielenden Dividende sicherstellt. Dies sei vorliegend der Fall, weshalb weder eine Rechtsverletzung noch eine Ordre-Public-Widrigkeit vorliege (E. 3.5).

III. Bemerkungen

Der vorliegende Entscheid des Bundesgerichts erläutert anschaulich, wie ein ausländisches Insolvenzverfahren und ein dabei zustande gekommener ausländischer Kollokationsplan oder Nachlassvertrag in der Schweiz gestützt auf Art. 166 ff. IPRG (bei Nachlassverfahren und -verträgen i.V.m. Art. 175 IPRG) anerkannt und gehandhabt werden können. Dies wird im Folgenden kurz übersichtlich zusammengefasst.

A. Schweizer Hilfskonkursverfahren

Wird im Ausland ein Konkursverfahren über die Gemeinschuldnerin eröffnet, so muss der entsprechende ausländische Eröffnungsentscheid gemäss Art. 166 ff. IPRG in der Schweiz auf Antrag anerkannt werden, damit die in der Schweiz liegenden Vermögenswerte einbezogen werden können.³

Mit der Anerkennung des ausländischen Eröffnungsentscheids wird über das in der Schweiz gelegene Vermögen der Gemeinschuldnerin ein Hilfskonkursverfahren eröffnet (Art. 170 Abs. 1 IPRG).

Am Schweizer Hilfskonkursverfahren können im Sinne einer Privilegierung nur pfandgesicherte Gläubiger, i.S.v. Art. 219 Abs. 4 SchKG privilegierte Gläubiger mit (Wohn-)Sitz in der Schweiz und Gläubiger von zweigniederlassungsbezogenen Forderungen teilnehmen (Art. 172 Abs. 1 IPRG). «Zweigniederlassungsbezogen» und damit privilegiert sind Forderungen i.S.v. Art. 50 Abs. 1 SchKG,⁴ bei welchen explizit die Zweigniederlassung der ausländischen Gemeinschuldnerin als Vertragspartnerin der Gläubigerin bezeichnet wurde (E. 3.4.2, vgl. oben). Nicht im Sinne von Art. 172 Abs. 1 IPRG privilegierte Gläubiger sind gehalten, ihre Forderungen nicht im Schweizer Hilfskonkursverfahren anzumelden, sondern

bei der für das ausländische Hauptkonkursverfahren zuständigen ausländischen Konkursverwaltung.⁵

Im Schweizer Hilfskonkursverfahren erfolgt durch die Schweizer Konkursverwaltung die Auflage eines eigens für die im Sinne von Art. 172 Abs. 1 IPRG privilegierten Gläubiger erstellten Kollokationsplans (Art. 172 IPRG) sowie eine damit verbundene Verteilung der Hilfskonkursmasse (vgl. Art. 173 f. IPRG).

In einem zweiten Schritt muss der im ausländischen Hauptkonkursverfahren erstellte Kollokationsplan durch das Schweizer Gericht mit Wirkung für das Schweizer Staatsgebiet anerkannt werden (Art. 173 f. IPRG). Der ausländische Kollokationsplan muss dabei die Forderungen der (im Sinne des IPRG nicht privilegierten) Schweizer Gläubiger angemessen berücksichtigen (Art. 173 Abs. 3 IPRG). Wird der ausländische Kollokationsplan in der Schweiz anerkannt, so stellt die Schweizer Konkursverwaltung einen allfälligen Überschuss aus dem Hilfskonkursverfahren der ausländischen Konkursverwaltung oder den berechtigten Gläubigern zur Verfügung (Art. 173 Abs. 1 IPRG).⁶ Wird der ausländische Kollokationsplan in der Schweiz (bspw. aufgrund einer Ordre-Public-Widrigkeit) nicht anerkannt, so ist ein allfälliger Überschuss aus dem Hilfskonkursverfahren an die im Sinne des IPRG nicht privilegierten Gläubiger mit Wohnsitz in der Schweiz zu verteilen (Art. 174 Abs. 1 IPRG).⁷

B. Schweizer Hilfsnachlassverfahren

Ähnlich verhält es sich, wenn im Ausland ein Sanierungsverfahren über die Gemeinschuldnerin eröffnet wird: Der entsprechende ausländische Eröffnungsentscheid kann gemäss Art. 175 IPRG i.V.m. Art. 166 ff. IPRG in der Schweiz auf Antrag anerkannt werden.⁸

Mit der Anerkennung des ausländischen Eröffnungsentscheids wird über das in der Schweiz gelegene Vermögen der Gemeinschuldnerin regelmässig ein Hilfsnachlassverfahren eröffnet (Art. 175 IPRG i.V.m. Art. 170 Abs. 1 IPRG).⁹ Gemäss Bundesgericht und h.L. besteht dabei kein *numerus clausus* an anerkennungsfähigen Insolvenzverfahren, sondern es sind gestützt auf Art. 175 IPRG grundsätzlich alle denkbaren nachlassähn-

³ PAUL VOLKEN/RODRIGO RODRIGUEZ, Zürcher Kommentar zum IPRG, Band II, Art. 108a–200 IPRG, Zürich/Basel/Genf 2018 (zit. ZK-VOLKEN/RODRIGUEZ), Art. 166 IPRG N 1 und 3.

⁴ BSK IPRG-BÜRGI, Art. 172 N 9 ff., in: Pascal Grolimund/Leander D. Loacker/Anton K. Schnyder (Hrsg.), Internationales Privatrecht, Basler Kommentar, 4. A., Basel 2021 (zit. BSK IPRG-Verfasser).

⁵ Art. 172 Abs. 1 IPRG *e contrario*; ZK-VOLKEN/RODRIGUEZ (FN 3), Art. 172 IPRG N 27 f.; BSK IPRG-BÜRGI (FN 4), Art. 173 N 6.

⁶ ZK-VOLKEN/RODRIGUEZ (FN 3), Art. 173 IPRG N 22 f.

⁷ BSK IPRG-BÜRGI (FN 4), Art. 174 N 6.

⁸ BERNARD DUTOIT/ANDREA BONOMI, Droit international privé suisse, 6. A., Basel 2022, Art. 175 N 1.

⁹ JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ, Schweizerisches Internationales Privatrecht, 2. A., Bern 2018, N 3099.

lichen ausländischen Formen von Sanierungsverfahren in der Schweiz anerkennungsfähig (E. 3.1.1).¹⁰

Wird im Schweizer Hilfsnachlassverfahren auf separaten Antrag hin ein ausländischer Nachlassvertrag anerkannt, so verweist Art. 175 IPRG diesbezüglich sinngemäss lediglich auf die Art. 166–170 IPRG sowie auf die Art. 174a–174c IPRG, jedoch nicht auf die Art. 171–173 IPRG (und damit nicht auf die Regelung zur Privilegierung von Forderungen).

Das Bundesgericht stellte für den Umgang mit diesem fehlenden gesetzlichen Verweis mit Verweis auf die Lehre die folgenden Regeln auf. (i) Führt der ausländische Nachlassvertrag faktisch zu einer Liquidation der Gemeinschuldnerin, so kommen die konkursrechtlichen Bestimmungen in Art. 171–174 IPRG inkl. der Privilegierungsregelung des Art. 172 IPRG zur Anwendung (E. 3.3.2 und E. 3.3.3).¹¹ Die Schweizer Gläubiger wären damit vorab zu befriedigen. (ii) Führt der ausländische Nachlassvertrag hingegen faktisch zum Fortbestand der Gemeinschuldnerin, so kommen die konkursrechtlichen Bestimmungen des IPRG und damit auch die Privilegierungsregelung in Art. 172 IPRG nicht starr zur Anwendung (E. 3.3.2, E. 3.3.3 und E. 3.5). In diesem Fall der unternehmenserhaltenden Sanierung soll der Sachwalter zur Wahrung des Ordre Public lediglich darauf hinwirken, dass die ausländische Gemeinschuldnerin die nach Art. 172 IPRG privilegierten Forderungen in der Höhe der in einem hypothetischen Hilfskonkurs zu erzielenden Dividende sicherstellt (E. 3.5). So werden die Schweizer Gläubiger in einem Hilfsnachlassverfahren nicht schlechtergestellt als in einem hypothetischen Hilfskonkursverfahren über dieselbe Gemeinschuldnerin.¹²

IV. Fazit

Im vorliegenden Fall der Anerkennung eines unternehmenserhaltenden ausländischen Nachlassvertrags in der Schweiz nach Art. 175 IPRG kommt die Privilegierungsregelung für Schweizer Gläubiger in Art. 172 IPRG laut Bundesgericht nicht starr zur Anwendung. Im Rahmen des Ordre Public darf das Hilfsnachlassverfahren die Beschwerdeführerin als Gläubigerin lediglich nicht schlechterstellen als in einem hypothetischen Hilfskonkursverfahren über die Gemeinschuldnerin. Diese Voraus-

setzung war gemäss Bundesgericht i.c. erfüllt, weshalb die Anerkennung des ausländischen Nachlassvertrags nicht zu beanstanden war.

Weiter wurden die vorliegenden strittigen Verträge von der Beschwerdeführerin mit der ausländischen Hauptniederlassung der Gemeinschuldnerin abgeschlossen (die existierende Schweizer Niederlassung wurde nie als Partei bezeichnet). Entsprechend schützte das Bundesgericht den vorinstanzlichen Entscheid, wonach die Forderungen der Beschwerdeführerin ohnehin nicht nach Art. 172 Abs. 1 lit. c IPRG privilegiert gewesen wären.

Aus rein vollstreckungsrechtlicher Optik empfiehlt es sich in Anbetracht des hier besprochenen Urteils, Rechtsgeschäfte jeweils mit der Schweizer Zweigniederlassung ausländischer Gesellschaften abzuschliessen. In der Praxis gibt es jedoch häufig Gründe (wie bspw. Mehrwertsteuern), welche für den Abschluss des Geschäfts direkt mit der ausländischen Gesellschaft sprechen. In der Praxis ist deshalb anhand der konkreten Umstände und Risiken im Einzelfall zu prüfen, mit wem genau das Rechtsgeschäft abgeschlossen wird.

¹⁰ CR LDIP-BRACONI, Art. 175 N 10 m.w.H., in: Andreas Bucher (Hrsg.), *Loi sur le droit international privé – Convention de Lugano*, Commentaire romand, Basel 2011.

¹¹ CR LDIP-BRACONI (FN 10), Art. 175 N 12 m.w.H.

¹² BSK IPRG-BOPP (FN 4), Art. 175 N 40.