

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: NE130006-O/U.doc

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichterin Dr. D. Scherrer und Oberrichter Dr. M. Kriech sowie Gerichtsschreiber lic. iur. H. Dubach

Beschluss vom 23. Oktober 2014

in Sachen

Masse en faillite ancillaire de A._____ SA,

Klägerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Fürsprecher W._____ und / oder

Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

Nachlassmasse der B._____ AG in Nachlassliquidation,

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch den Liquidator Rechtsanwalt lic. iur. Y._____

dieser vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Z1._____ und / oder

Rechtsanwalt lic. iur. Z2._____

betreffend **Kollokation**

(ungesicherte Forderung in der Nachlassliquidation der B._____ AG)

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im beschleunigten Verfahren am Bezirksgericht Zürich vom 30. April 2013 (FB060144-L)

Rechtsbegehren:

(Urk. 1 S. 2; Urk. 37 S. 2)

„Die Forderung der Klägerin bzw. der A. _____ SA in Konkurs gemäss Forderungseingaben vom 29. Januar 2002 und 19. April 2006 im Betrag von CHF 3'852'500'000.00 sei über die mit Verfügung Nr. SG14304 vom 10. Oktober 2006 des Liquidators Y. _____ bereits kollozierten CHF 382'551'524.55 hinaus im Umfang von weiteren CHF 2'387'468'475.45 somit im Gesamtbetrag von CHF 2'770'020'000.00 zuzulassen und im Kollokationsplan der B. _____ AG in Nachlassliquidation zu kollozieren,

unter Kosten und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten.“

Urteil des Einzelgerichts im beschleunigten Verfahren am Bezirksgericht Zürich vom 30. April 2013

1. Die Klage wird im Betrag von CHF 28'684'927 gutgeheissen und im Übrigen abgewiesen.

Demzufolge wird der Liquidator angewiesen, die Klägerin mit dem obgenannten Betrag zusätzlich in der 3. Klasse zu kollozieren.

2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 956'340.
3. Die Gerichtsgebühr wird der Klägerin im Umfang von CHF 944'818 und der Beklagten in der Höhe von CHF 11'522 auferlegt.

(Hinweis für die Zentrale Inkassostelle der Gerichte des Kantons Zürich: Die Kautions ist vorweg für die Ausrichtung der Prozessentschädigung zu verwenden und erst ein allfälliger Restbetrag für die Gerichtsgebühr zu verwenden [§ 81 ZPO/ZH]).

4. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten eine Prozessentschädigung von CHF 1'522'815 zu bezahlen. Diese wird aus der vorhandenen Kautions bezogen. Die allfällige restliche Kautions wird zur Deckung der der Klägerin auferlegten Gerichtsgebühr verwendet.

(5./6. Mitteilungen, Rechtsmittel)

Berufungsanträge:

der Klägerin und Berufungsklägerin (Urk. 124 S. 2 f.):

„1. Hauptantrag:

Das angefochtene Urteil sei vollumfänglich aufzuheben und die Streitsache sei zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

2. Eventualantrag:

Das angefochtene Urteil sei vollumfänglich aufzuheben und in Gutheissung der Klage sei die Forderung der Klägerin gemäss Forderungseingaben vom 29. Januar 2002 und 19. April 2006 im Betrag von CHF 3'852'500'000.00 über die mit Verfügung Nr. SG14304 vom 10. Oktober 2006 des Liquidators Y. _____ bereits kollozierten CHF 382'551'524.55, welche durch das Urteil des Einzelrichters vom 30. April 2013 um CHF 28'684'927.– erhöht wurden, hinaus, im Umfang von weiteren CHF 2'358'783'548.45 somit im Gesamtbetrag von CHF 2'770'020'000.00 zuzulassen und im Kollokationsplan der B. _____ AG in Nachlassliquidation zu kollozieren.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inkl. MWST) zu Lasten der Beklagten und Berufungsbeklagten

3. Subsidiäre Eventualanträge für den Fall der Abweisung der Berufung:

3.1.

Die erstinstanzliche Gerichtsgebühr sei nach Ermessen des Gerichts festzulegen, jedoch auf maximal CHF 300'000.– zu bemessen

3.2

Die erstinstanzliche Prozessentschädigung sei nach Ermessen des Gerichts festzulegen, jedoch auf maximal CHF 500'000.– (inkl. MWST.) zu bemessen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inkl. MWST) zu Lasten der Beklagten und Berufungsbeklagten.“

Der Beklagten und Berufungsbeklagten (Urk. 142 S. 2):

„1. Es sei die Berufung abzuweisen und das vorinstanzliche Urteil zu bestätigen.

2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin.“

Erwägungen:

I.

Mit Entscheid des Handelsgerichts Brüssel vom 7. November 2001 wurde über die belgische Luftfahrtgesellschaft A._____ SA ("A._____ SA") der Konkurs eröffnet. Die Klägerin ist die schweizerische IPRG-Konkursmasse dieses Konkurses (Art. 170 IPRG). Die Beklagte ist die Masse der B._____ AG in Nachlassliquidation. Die B._____ AG war im Jahre 1997 durch Änderung der Firma aus der C._____ -Aktiengesellschaft hervorgegangen und bezweckte den Erwerb, die Verwaltung und das Veräussern von Beteiligungen, insbesondere im Bereich Luftverkehr. Am 5. Oktober 2001 war der B._____ AG die provisorische Nachlassstundung bewilligt und am 20. Juni 2003 der Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung bestätigt worden.

Im Nachlassverfahren der Beklagten gab die Klägerin Forderungen von insgesamt CHF 3'852'500'000.– ein, welche von den Liquidatoren der Beklagten im Umfang von CHF 382'551'524.55 zugelassen und im Übrigen abgewiesen wurden. Die zugelassene Forderung beruhte auf einem Vertrag vom 2. August 2001 (sog. ... Agreement), der u.a. von der A._____ SA und der B._____ AG unterzeichnet worden war. Die Klägerin verlangt die Zulassung (Kollokation) von weiteren CHF 2'387'468'475.45. Sie begründet diese zusätzliche Forderung mit dem Schaden, der ihr aus der Nichterfüllung der von der B._____ AG im Vertrag vom 2. August 2001 und in den Januarverträgen desselben Jahres eingegangenen Verpflichtungen entstanden sei. Zudem stützt die Klägerin ihre Kollokationsklage unabhängig von dieser vertraglichen Grundlage auf Art. 530 des Code Belge des Sociétés (CdS), wonach u.a. der faktische Geschäftsführer einer Gesellschaft, die in Konkurs gefallen ist, bis zur Höhe des Konkursausfalls haftbar gemacht werden kann.

II.

Die vorliegende Kollokationsklage ging am 2. November 2006 bei der Vorinstanz ein (Urk. 1). Der weitere Prozessverlauf vor Vorinstanz kann dem angefochtenen Urteil entnommen werden (Urk. 126 S. 7 ff.). Die Klägerin hat gegen das ihr am 6. Mai 2013 zugestellte Urteil rechtzeitig Berufung eingelegt (Urk. 119, 124). Mit Präsidialverfügung vom 25. Juni 2013 wurde der Klägerin eine Prozesskaution von Fr. 800'000.– auferlegt, ausgehend von einem Streitwert von Fr. 362 Mio. (Urk. 132). Das von der Klägerin angerufene Bundesgericht korrigierte den Streitwert auf Fr. 251,5 Mio. (Urk. 137 S. 7). Die neu festgesetzte Prozesskaution von Fr. 600'000.– wurde rechtzeitig geleistet (Urk. 139, 140). Die Berufungsantwort datiert vom 5. Juni 2014 (Urk. 142). Die Klägerin hat mit Eingabe vom 28. Juli 2014 unaufgefordert eine Replik eingereicht (Urk. 149). Ein Doppel der Replik samt Beilagen wurde der Beklagten zur Kenntnisnahme zugestellt (Prot. II S. 9). Die Beklagte reichte dazu am 1. September 2014 eine kurze Stellungnahme ein, welche der Klägerin zugestellt wurde (Urk. 153).

III.

1. Auf den 1. Januar 2011 ist die neue Schweizerische Zivilprozessordnung in Kraft getreten. Gemäss Art. 404 Abs. 1 ZPO gilt für Verfahren, die bei Inkrafttreten der Zivilprozessordnung rechtshängig sind, das bisherige Verfahrensrecht bis zum Abschluss vor der betroffenen Instanz. Für die Rechtsmittel gilt das Recht, das bei der Eröffnung des Entscheides in Kraft ist (Art. 405 Abs. 1 ZPO). Der vorinstanzliche Entscheid datiert vom 30. April 2013 und wurde den Parteien am 3. bzw. 6. Mai 2013 schriftlich eröffnet (Urk. 119-121). Demnach ist vorliegend für das Berufungsverfahren die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) anwendbar. Demgegenüber hatte die Vorinstanz die bisherigen Bestimmungen der ZPO/ZH und des GVG/ZH anzuwenden. Soweit sich im Rahmen der Überprüfung des vorinstanzlichen Entscheides Fragen der Anwendung von Verfahrensregeln stellen, wird zu prüfen sein, ob die Vorinstanz die im Zeitpunkt der Entscheidfäll-

lung geltenden Normen richtig angewendet hat; eine Rückwirkung des neuen Rechts findet nicht statt.

2. Gemäss Art. 316 ZPO kann die Rechtsmittelinstanz eine Verhandlung durchführen, aufgrund der Akten entscheiden (Art. 316 Abs. 1 ZPO) oder einen zweiten Schriftenwechsel anordnen (Art. 316 Abs. 2 ZPO). Diese Regelung stellt es ins Ermessen der Rechtsmittelinstanz, das für den konkreten Fall Geeignete vorzukehren (Peter Volkart, DIKE-Komm-ZPO, Art. 316 N 1). Die Berufungsinstanz kann damit selbst entscheiden, ob das Berufungsverfahren mündlich oder schriftlich durchgeführt wird. Wenn die Sache spruchreif ist, kann bereits nach der Berufungsschrift und der Berufungsantwort – d.h. ohne zweiten Schriftenwechsel bzw. ohne mündliche Berufungsverhandlung – entschieden werden. Die Sache ist dann spruchreif und ein Aktenentscheid angezeigt, wenn die Berufungsschrift und die Berufungsantwort hinreichend aufschlussreich sind, so dass sich die Berufungsinstanz bereits nach dem ersten Schriftenwechsel eine abschliessende Meinung bilden kann. Dies wird häufig anzunehmen sein (Reetz/Hilber, in: ZPO-Komm. Sutter-Somm et al., 2. A., Art. 316 N 34). Vorliegend drängte sich kein zweiter Schriftenwechsel auf.

3. a) Die Klägerin hat beantragt, das Berufungsverfahren sei zu sistieren, bis das vor Bundesgericht hängige Beschwerdeverfahren 4A_740/2012 zwischen den Nachlassmassen von D._____ und B._____ in Nachlassliquidation und der Klägerin betreffend Anerkennung und Vollstreckung des Urteils der Cour d'Appel von Brüssel vom 27. Januar 2011 rechtskräftig entschieden sei (Urk. 124 S. 3). Das Bundesgericht hat darüber am 8. Mai 2014 entschieden (Urk. 144/1). Die Klägerin hat ein Gesuch um Revision dieses Entscheids eingereicht (Urk. 151/1) und neu die Sistierung bis zum Revisionsentscheid beantragt (Urk. 149/2). Zudem hat die Klägerin die Sistierung des Verfahrens verlangt, bis das Bundesgericht über ihre Beschwerde im Kollokationsprozess, den sie gegen die Nachlassmasse der D._____ AG in Nachlassliquidation führt, entschieden habe (Urk. 124 S. 4). Die Klägerin begründet ihren Sistierungsantrag damit, dass es in den beiden Verfahren um gleiche Themen wie im vorliegenden Verfahren gehe, „namentlich die analoge Art und Weise, wie der vorinstanzliche Einzelrichter im Parallelverfahren

A._____ vs. D._____ das Verfahren geführt, ob er dabei nicht die klägerischen Parteirechte, namentlich den Anspruch auf rechtliches Gehör und die klägerischen Beweisrechte verletzt hat und ob er nicht die Wirkungen des Urteils der belgischen Cour d'Appel vom 27. Januar 2011 schon im Verfahren A._____ vs. D._____ hätte beachten müssen (und damit selbstredend auch vorliegendenfalls nicht hätte missachten dürfen)“ (Urk. 124 S. 12 f.).

b) Die Beklagte wersetzt sich einer Sistierung des Verfahrens (Urk. 142 S. 5 ff.).

c) Gemäss Art. 126 Abs. 1 ZPO kann das Gericht das Verfahren sistieren, wenn die Zweckmässigkeit dies verlangt. Das Verfahren kann namentlich sistiert werden, wenn der Entscheid vom Ausgang eines anderen Verfahrens abhängig ist. Das vorliegende Verfahren ist nicht vom Ausgang des Verfahrens der Klägerin gegen die Nachlassmasse der D._____ AG in Nachlassliquidation abhängig, auch wenn die Prozessthemen über weite Strecken identisch sind. Die Beklagte hat darauf hingewiesen, dass das Bundesgericht im letztgenannten Verfahren bislang nicht einmal die Vernehmlassung der beklagten Partei eingefordert habe – was die Klägerin nicht bestreitet (Urk. 149 S. 9) –, weshalb angenommen werden müsse, dass es entweder noch längere Zeit dauern werde, bis ein Entscheid ergehe, oder dass die Beschwerde der Klägerin abgewiesen werde (Urk. 142 S. 6 f.). Vor dem Hintergrund, dass das vorliegende Verfahren zur Wahrung des rechtlichen Gehörs der Klägerin im Hinblick auf die Duplik an die Vorinstanz zurückzuweisen ist (nachfolgend Ziff. 4), rechtfertigt sich im heutigen Zeitpunkt keine Sistierung des Verfahrens. Sollte das Bundesgericht im Verfahren gegen die Nachlassmasse der D._____ AG in Nachlassliquidation einen Entscheid fällen, während das vorliegende Verfahren noch vor Vorinstanz hängig ist, kann diese den bundesgerichtlichen Entscheid ohne weiteres berücksichtigen. Das gleiche gilt für das erwähnte Anerkennungs- und Vollstreckungsverfahren. Das Sistierungsbegehren ist daher abzuweisen.

4. a) Die Klägerin rügt, dass die Vorinstanz ihr die Duplik der Beklagten erst zusammen mit dem Urteil zugestellt habe. Dadurch sei sie, die Klägerin, daran gehindert worden, gegebenenfalls zu den Ausführungen in der Duplik und zu den

Duplikbeilagen Stellung zu nehmen. Ihr Anspruch auf rechtliches Gehör sei verletzt worden. Dies zeige aber auch (ein weiteres Mal), dass der vorinstanzliche Richter voreingenommen sei. Die offensichtliche Verletzung der klägerischen Parteirechte führe dazu, dass die Streitsache an die Vorinstanz zurückzuweisen sei, zumal die Klägerin von der Beklagten auch nicht auf freiwilliger Basis vor der Urteilsfällung eine Kopie von der Duplik erhalten habe (Urk. 124 S. 16 ff.). In einem Anhang zur Berufungsschrift nahm die Klägerin „rein vorsichtshalber“ zu einigen Ausführungen in der Duplik Stellung, damit ihr nicht etwa unterstellt werde, sie habe die Ausführungen in der Duplik in irgendeiner Hinsicht anerkannt (Urk. 125).

b) Die Beklagte ist der Auffassung, dass das rechtliche Gehör der Klägerin nicht verletzt worden sei. Die Duplik sei ihr zwar erst zusammen mit dem Urteil der Vorinstanz zugestellt worden; da die Duplik aber keine Noven beinhalte, habe die Klägerin von vornherein keine Möglichkeit gehabt, ihre bisherigen Eingaben materiell zu ergänzen bzw. zu verbessern. Gehe man dennoch von einer Gehörsverletzung aus, sei diese nicht als schwerwiegend einzustufen. Die Schwere der Verletzung stünde einer Heilung im Berufungsverfahren nicht entgegen, zumal die Berufungsinstanz über eine volle Kognition hinsichtlich aller Sach- und Rechtsfragen verfüge. Von einer Rückweisung an die Vorinstanz sei daher abzusehen (Urk. 142 S. 12 f.).

c) Im Entscheid Bger 5A_296/2013 vom 9. Juli 2013 hat sich das Bundesgericht zum sogenannten Replikrecht wie folgt geäußert:

„Gemäss Art. 29 Abs. 2 BV haben die Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör. Das Recht, angehört zu werden, ist formeller Natur. Dessen Verletzung führt ungeachtet der materiellen Begründetheit des Rechtsmittels zur Gutheissung der Beschwerde und zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids. Die Garantie umfasst auch das Recht, von den beim Gericht eingereichten Stellungnahmen Kenntnis zu erhalten und sich dazu äussern zu können (sog. Replikrecht). Die Wahrnehmung des Replikrechts setzt voraus, dass die fragliche Eingabe der Partei vor Erlass des Urteils zugestellt wird, damit sie sich darüber schlüssig werden kann, ob sie sich dazu äussern will oder nicht (BGE 137 I 195 E. 2.2 und 2.3.1 S. 197 mit zahlreichen Hinweisen). Es obliegt dem Gericht, in jedem Einzelfall den

Parteien ein effektives Replikrecht zu gewähren. Es kann dem Betroffenen hierfür eine Frist setzen (BGE 133 V 196 E. 1.2 S. 197 f.). Indes genügt grundsätzlich, dass den Parteien die Eingaben zur Information (Kenntnisnahme, Orientierung) zugestellt werden, wenn von ihnen, namentlich von anwaltlich Vertretenen oder Rechtskundigen, erwartet werden kann, dass sie unaufgefordert Stellung nehmen (BGE 138 I 484 E. 2.4 S. 487). Das Gericht hat bei der letztgenannten Vorgehensweise mit der Entscheidung so lange zuzuwarten, bis es annehmen darf, der Adressat habe auf eine weitere Eingabe verzichtet (Urteil 2C_560/2012 vom 21. Januar 2013 E. 4.4, in: StR 68/2013 S. 405; vgl. auch Urteil des EGMR in Sachen Joos gegen Schweiz vom 15. November 2012 §§ 27 ff.). Eine nicht besonders schwerwiegende Verletzung des rechtlichen Gehörs kann ausnahmsweise als geheilt gelten, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Rechtsmittelinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt wie auch die Rechtslage frei überprüfen kann. Unter dieser Voraussetzung ist darüber hinaus – im Sinne einer Heilung des Mangels – selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör von einer Rückweisung der Sache an die Vorinstanz abzusehen, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem (der Anhörung gleichgestellten) Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (BGE 137 I 195 E. 2.3.2 S. 197 f. mit Hinweisen).“

Vorliegend hat die Vorinstanz die knapp 100-seitige Duplik (Urk. 111) der Klägerin erst mit dem Urteil zugestellt (vgl. Urk. 126 S. 132, Disp.Ziff. 5). Mit der Duplik hat die Beklagte vierzehn Urkunden als Beweismittel eingereicht und einen Zeugen benannt. Im Vorgehen der Vorinstanz ist eine schwere Verletzung des rechtlichen Gehörs zu sehen. Bei einer schwerwiegenden Verletzung des rechtlichen Gehörs kommt die Heilung des Mangels vor der Rechtsmittelinstanz nur in seltenen Ausnahmefällen in Betracht. Ein solcher ist vorliegend nicht ersichtlich. Das Interesse der Klägerin, den Instanzenzug vollumfänglich durchlaufen zu können, überwiegt das Interesse an einer beförderlichen Beurteilung der Sache. Zwar ist nicht zu verkennen, dass das Verfahren schon einige Jahre andauert, doch hängt dies vor allem mit verschiedenen prozessleitenden Entscheiden zusam-

men, welche jeweils auf dem Rechtsmittelweg angefochten wurden. Angesichts des hohen Streitwertinteresses und der Komplexität der Streitsache ist die zusätzliche Verfahrensverzögerung hinzunehmen, welche die Rückweisung mit sich bringt. Das Verfahren ist daher zurückzuweisen, damit die Klägerin Gelegenheit erhält, zur Duplik eine freigestellte Stellungnahme einzureichen.

d) Die Klägerin hat die Rückweisung „zwingend an einen anderen Einzelrichter als ER ...“ beantragt (Urk. 124 S. 5) und wiederholt geltend gemacht, dieser sei befangen.

Das Obergericht entscheidet nicht über die Zuteilung der Verfahren innerhalb der Bezirksgerichte; vielmehr bestimmen die Geschäftsordnungen der Bezirksgerichte über die Kompetenz zur Verfahrenszuteilung bzw. über die Konstituierung der Gerichte (§ 18 GOG; vgl. zur Fallzuteilung Wullschleger, in: Sutter-Somm et al., ZPO-Komm., 2. A., Art. 48 N 6).

IV.

Für das vorliegende Verfahren ist praxisgemäss nur eine Entscheidgebühr festzusetzen. Die Verlegung der Gerichtskosten und die Regelung der Entschädigungsfolgen für das Berufungsverfahren bleiben dem neuen Entscheid der Vorinstanz vorbehalten.

Es wird beschlossen:

1. Das Urteil des Einzelgerichts im beschleunigten Verfahren am Bezirksgericht Zürich vom 30. April 2013 wird aufgehoben und die Sache zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 20'000.– festgesetzt.
3. Die Regelung der Prozesskosten des vorliegenden Berufungsverfahrens wird dem neuen Entscheid des Bezirksgerichtes vorbehalten.

4. Es wird vorgemerkt, dass die Klägerin einen Kostenvorschuss von Fr. 600'000.– geleistet hat.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Zürich, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erst- und zweitinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

6. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 251,5 Mio.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 23. Oktober 2014

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. H. Dubach

versandt am: js