

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RT190049-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter Dr. M. Kriech und Oberrichter lic. iur. A. Huizinga sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Notz

Urteil vom 31. Oktober 2019

in Sachen

A. _____,

Beklagter und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X1. _____ und / oder
Rechtsanwältin lic. iur. X2. _____

gegen

B. _____ Ltd,

Klägerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **Rechtsöffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Horgen vom 18. März 2019 (EB190025-F)

Erwägungen:

I.

1. Der Streitigkeit liegt ein Schiedsspruch vom 3. September 2018 des London Court of International Arbitration (LCIA) zugrunde. Die Höhe der im vorliegenden Verfahren geltend gemachten Forderung beträgt gemäss Dispositiv-Ziffer 8 des Schiedsentscheids Nr. 153100 GBP 74'298.60 bzw. Fr. 95'126.75 und beschlägt die Kostenerstattungspflicht im Schiedsverfahren. Dispositiv-Ziffer 9 regelt die Zinspflicht. Das Schiedsverfahren wurde ursprünglich zwischen der Klägerin/Beschwerdegegnerin (fortan Klägerin) und der C._____ AG geführt (anhängig gemacht am 29. Juli 2015) und betraf einen Prozessfinanzierungsvertrag. Umstritten war, ob die C._____ AG diesen rechtsgültig gekündigt hatte. Am 3. Mai 2016 wurde über die C._____ AG (heute C._____ AG in Liq.) der Konkurs eröffnet (Urk. 4/4). Mit Verfügung vom 25. Oktober 2016 des Konkursamts Zug hat der Beklagte und Beschwerdeführer (fortan Beklagter) die Forderung im Sinne von Art. 260 SchKG abgetreten erhalten (Urk. 4/5).

2. Mit Urteil vom 18. März 2019 erklärte die Vorinstanz die Dispositiv-Ziffern 8 und 9 des Schiedsspruchs Nr. 153100 vom 3. September 2018 des LCIA vorfrageweise für anerkennungsfähig und vollstreckbar und erteilte definitive Rechtsöffnung in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamts Horgen (Zahlungsbefehl vom 21. November 2018) für Fr. 95'126.75 nebst Zins zu 5 % seit 3. September 2018. Im Mehrbetrag wies die Vorinstanz das Rechtsöffnungsgesuch ab.

3. Mit Eingabe vom 1. April 2019 erhob der Beklagte Beschwerde mit folgendem prozessualen Antrag (Urk. 16 S. 2):

"Es sei die Vollstreckbarkeit des Urteils des Bezirksgerichts Horgen, Einzelgericht, vom 18. März 2019 in Sachen B._____ Ltd gegen A._____ (EB190025) bis zum Entscheid in der Sache aufzuschieben."

und folgendem Rechtsbegehren:

- "1. Es sei das Urteil des Bezirksgerichts Horgen, Einzelgericht, vom 18. März 2019 in Sachen B. _____ Ltd gegen A. _____ (EB190025) aufzuheben.
 2. Es sei das Rechtsöffnungsgesuch der Beschwerdegegnerin vom 23. Januar 2019 betreffend die Betreuung Nr. ..., Betreibungsamt Horgen, Zahlungsbefehl vom 21. November 2018, abzuweisen.
 3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, zuzüglich Mehrwertsteuerzuschlag, zu Lasten der Beschwerdegegnerin."
4. Mit Verfügung vom 4. April 2019 wurde der Beklagte zur Leistung eines Kostenvorschusses verpflichtet. Gleichzeitig wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung erteilt und der Gegenpartei Gelegenheit gegeben, um zum Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung Stellung zu nehmen (Urk. 21 S. 2). Der Kostenvorschuss ging fristgerecht ein (Urk. 22). Nach Eingang der Stellungnahme der Klägerin (Urk. 23) wurde mit weiterer Verfügung vom 29. Mai 2019 der Beschwerde gegen das vorinstanzliche Urteil die aufschiebende Wirkung erteilt (Urk. 26 S. 4). Die Beschwerdeantwort datiert vom 11. Juni 2019 (Urk. 27). Mit Eingabe vom 1. Juli 2019 machte der Beklagte von seinem Replikrecht Gebrauch (Urk. 31), worauf sich auch die Klägerin am 10. Juli 2019 erneut vernehmen liess (Urk. 33). Je eine weitere Eingabe erfolgte am 19. Juli 2019 und am 7. August 2019 (Urk. 35, 39).

II.

1. Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Im Beschwerdeverfahren gilt das Rügeprinzip (Freiburghaus/Afheldt, in: Sutter-Somm et al., ZPO Komm., Art. 321 N 15), d.h. die Beschwerde führende Partei hat im Einzelnen darzulegen, an welchen Mängeln (unrichtige Rechtsanwendung, offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts) der angefochtene Entscheid ihrer Ansicht nach leidet.
2. Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel (zum Nachweis des gerügten Mangels) sind im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen

(Art. 326 Abs. 1 ZPO). Was im erstinstanzlichen Verfahren nicht behauptet, bestritten oder eingereicht wurde, kann im Beschwerdeverfahren nicht mehr nachgeholt werden. Das Novenverbot ist umfassend und gilt sowohl für echte wie auch für unechte Noven (BGE 137 III 470 E. 4.5.3). Daher ist auch auf Noven wie beispielsweise die vom Beklagten eingereichte Eingabe des Konkursamtes Zug vom 14. März 2019 an das Obergericht des Kantons Zug (Urk. 37/5), wozu die Gegenseite mit verspäteten Vorbringen Anlass gegeben haben soll (Urk. 35 S. 5), nicht einzutreten.

3. Auf die Parteivorbringen wird im Folgenden nur insoweit eingegangen, als dies für die Entscheidungsfindung notwendig ist.

4. Die Vorinstanz prüfte im Rahmen des Rechtsöffnungsverfahrens vorfrageweise die Vollstreckbarkeit der Dispositiv-Ziffern 8 und 9 des Schiedsspruchs vom 3. September 2018, welche den Kostenentscheid und die Zinspflicht betreffen. Vorab hielt sie fest, dass die Klägerin kein eigenes Exequaturbegehren gestellt hat.

4.1 Die Vorinstanz erklärte das Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche vom 10. Juni 1958 (New Yorker Übereinkommen; NYÜ) für anwendbar. Zunächst prüfte sie die formellen Voraussetzungen gemäss Art. IV NYÜ und bejahte diese (Urk. 17 S. 5 ff.). Alsdann untersuchte sie die Anerkennungsverweigerungsgründe gemäss Art. V NYÜ. Zur objektiven Schiedsfähigkeit der Sache gemäss Art. V Ziff. 2 lit. a NYÜ führte die Vorinstanz im Wesentlichen aus, die fehlende Schiedsfähigkeit sei eine Erscheinungsform des Ordre Public und richte sich nach Art. 177 IPRG. Gegenstand eines Schiedsverfahrens könne jeder vermögensrechtliche Anspruch sein (Art. 177 Abs. 1 IPRG). Wenn über die Schiedsfähigkeit einer in einem Schiedsspruch zugesprochenen Entschädigung zu befinden sei, sei zu differenzieren, ob die Entschädigung ihre Grundlage im Rechtsverhältnis habe, für welches die Schiedsabrede getroffen worden sei, oder ob sich die Grundlage in der Schiedsvereinbarung selbst befinde. Die Schiedsvereinbarung sei ein vom Hauptvorgang zu unterscheidender, autonomer Prozessvertrag (BSK IPRG-Gränicher, Art. 178 N 90).

Soweit sich der Anspruch direkt auf den Schiedsvertrag stütze, sei dieser Vertrag vermögensrechtlicher Natur (Urk. 17 S. 7 f.).

4.2 Die Klägerin fordere den ihr gemäss Schiedsurteil zugesprochenen Ersatz für von ihr vorgeschossene Prozesskosten von GBP 74'298.60 zuzüglich Zins. Grundlage dafür sei die im Prozessfinanzierungsvertrag vom 19. Januar 2012 enthaltene Schiedsvereinbarung bzw. die als massgebend erklärten und im Zeitpunkt des Vertragsschlusses geltenden Regeln des London Court of Arbitration. Die Einzelschiedsrichterin habe den Beklagten gestützt auf Art. 28 der London Court of International Rules zur genannten Zahlung verpflichtet. Der Ersatzanspruch der Klägerin habe seine Grundlage daher im Schiedsvertrag gemäss Ziff. 3.2 des Prozessfinanzierungsvertrages vom 19. Januar 2012 und nicht im Prozessfinanzierungsvertrag als Hauptvertrag; als solcher sei er vermögensrechtlicher Natur und objektiv schiedsfähig (Urk. 17 S. 8).

4.3 Selbst wenn - so die Vorinstanz weiter - sich die objektive Schiedsfähigkeit der Ersatzforderung aus dem Schiedsvertrag an der objektiven Schiedsfähigkeit des Hauptsachenanspruchs orientieren würde, würde sich nichts an der objektiven Schiedsfähigkeit des Anspruchs ändern. Streitigkeiten insolvenzrechtlicher Natur seien objektiv nicht schiedsfähig. Gemäss Rechtsprechung müssten im Konkurs einer Schweizer Gesellschaft Kollokationsprozesse vor dem staatlichen Richter geführt werden. Der Zwang, den Kollokationsprozess vor dem staatlichen Schweizer Gericht führen zu müssen, schliesse damit die objektive Schiedsfähigkeit einer Kollokationsklage aus (vgl. BGE 136 III 107 E. 2.5 a.E.). Dagegen könne einem (ausländischen) Schiedsgericht nicht vorgeschrieben werden, dass dieses das Verfahren bei Ausbruch des Konkurses einer (Schweizer) Partei in Nachachtung von Art. 207 SchKG einzustellen bzw. zu beenden hätte, sofern die *lex causae* nicht Schweizer Recht sei. Dass der Schiedsspruch in der Folge in der Schweiz vom Kollokationsrichter keine Beachtung finde, würde die Parteien nicht daran hindern, ein im Ergebnis (mangels im Konkurs [nicht] anerkennungsfähigem Schiedsspruch) nutzloses Schiedsverfahren weiterzuführen (Urk. 17 S. 8 ff.).

4.4 Zur Anerkennungsfähigkeit der Hauptsache sei zu sagen, dass der Prozessgegenstand vor dem Schiedsgericht ein zwischen den Parteien abgeschlossener Prozessfinanzierungsvertrag sei, wobei während des Schiedsverfahrens zwischen der erstbeklagten C._____ AG in Liq. und der heutigen Rechtsöffnungsklägerin der Konkurs über die Erstbeklagte ausgebrochen sei. Hätten sich die Parteien in einem Forderungsprozess vor einem staatlichen Gericht in der Schweiz gegenübergestanden, wäre dieser Prozess ex lege zum Kollokationsprozess geworden. Da die Streitigkeit aber vor einem (ausländischen) Schiedsgericht anhängig und das englische Recht anwendbar gewesen sei und somit Art. 63 KOV keine Anwendung finde, treffe dies nicht zu. Das Schiedsverfahren weise daher eine Doppelnatur auf: Innerhalb des Konkursverfahrens der C._____ AG in Liq. erscheine die ursprüngliche Forderung insolvenzrechtlicher Natur und objektiv nicht schiedsfähig. Entsprechend könne der Schiedsspruch vom 3. September 2018 im Konkursverfahren der C._____ AG in Liq. wohl nicht als Kollokationsurteil anerkannt werden. Da das vorliegende Verfahren das Konkursverfahren jedoch nicht berühre, stehe die *vis attractiva concursus* einer vorfrageweisen Anerkennung und Vollstreckbarkeitserklärung des Schiedsspruchs vom 3. September 2018 nicht entgegen. Es stehe denn auch nicht die Anerkennung und Vollstreckbarkeitserklärung des Schiedsspruches als Kollokationsurteil, sondern als Forderungsurteil im Raum. Es handle sich bei der strittigen Hauptsache um einen ordnären vermögensrechtlichen Anspruch, der ohne Weiteres eine schiedsfähige Sache im Sinne von Art. 177 Abs. 1 IPRG darstelle. Daraus folge, dass der Ersatzanspruch der Klägerin aus dem Schiedsvertrag gegenüber dem Beklagten selbst dann objektiv schiedsfähig und damit anerkennungsfähig sei, wenn sich dieser an der objektiven Schiedsfähigkeit des Hauptsachenanspruchs aus dem Prozessfinanzierungsvertrag orientieren würde (Urk. 17 S. 10 f.).

4.5 Die Vorinstanz schloss, dass der Anspruch der Klägerin auf Kostenersatz objektiv schiedsfähig im Sinne von Art. V Ziff. 2 lit. a NYÜ sei. Weitere Anerkennungsversagungsgründe im Sinne von Art. 5 Ziff. 2 lit. b NYÜ seien nicht ersichtlich, insbesondere liege keine Verletzung des rechtlichen Gehörs vor. Dementsprechend seien die Dispositiv-Ziffern 8 und 9 des Schiedsspruchs Nr. 153100

vom 3. September 2018 des LCIA vorfrageweise anzuerkennen und für vollstreckbar zu erklären (Urk. 17 S. 11 f.).

5.1 Der Beklagte macht geltend, die Vorinstanz verletze Art. 194 IPRG i.V.m. Art. V Ziff. 2 lit. a und b NYÜ. Für die von der Vorinstanz vorgenommene Differenzierung, wonach zu unterscheiden sei, ob die Entschädigung ihre Grundlage im Schiedsspruch oder im Hauptsachenvertrag habe, existiere keine Grundlage. Die als völlig überraschend zu qualifizierende Auffassung sei weltweit einmalig. In der über 50-jährigen Geschichte des New Yorker Übereinkommens sei kein Vertragsstaat jemals darauf gekommen, den Kostenentscheid gegen einen unterliegenden Beklagten anzuerkennen und zu vollstrecken, wenn der Streitgegenstand in der Sache nicht schiedsfähig sei. Selbstredend sei dem Schiedsurteil *gesamthaft* die Anerkennung zu versagen. Dass ein Kostenentscheid für das Unterliegen in der Hauptsache nicht bestehen könne, wenn der Streitgegenstand nicht schiedsfähig sei, sei geradezu axiomatisch. Der Kostenentscheid für das Unterliegen in der Hauptsache hänge davon ab, dass der Entscheid in der Hauptsache Bestand habe. Es treffe zwar zu, dass die Schiedsvereinbarung ein vom Hauptvertrag zu unterscheidender, autonomer (Prozess-)Vertrag sei. Das bedeute jedoch nicht, dass der Kostenschiedsspruch vom Entscheid in der Hauptsache zu trennen sei. Niemand könne verpflichtet werden, die Kosten für das Unterliegen in der Hauptsache zu tragen, wenn die Hauptsache nicht schiedsfähig sei (Urk. 16 S. 11 ff.).

5.2 Im Jahre 2012 schlossen die Klägerin und die (damalige) C._____ AG einen Prozessfinanzierungsvertrag mit einer Schiedsklausel (Urk. 4/11). Gegenstand war das Bereitstellen von finanziellen Mitteln für ein Schiedsverfahren in der Schweiz zwischen der (damaligen) C._____ AG und der D._____ AG (Urk. 11 S. 4f.). Der Prozessfinanzierungsvertrag beinhaltet folglich vermögensrechtliche Ansprüche und war als solcher schiedsfähig. Der Behauptung des Beklagten, es seien ihm die Kosten des Schiedsverfahrens auferlegt worden, weil er in der nicht schiedsfähigen Hauptsache unterlegen sei (Urk. 16 S. 13), ist somit nicht zu folgen. Sodann war es die (damalige) C._____ AG, welche am 14. Mai 2014 diesen Prozessfinanzierungsvertrag gekündigt hatte (Urk. 4/8). Und das Schiedsgericht hatte - nachdem die Klägerin am 29. Juli 2015 ein Schiedsverfahren anhängig

gemacht hatte (Urk. 16 S. 9) - über die Gültigkeit dieser Kündigung zu entscheiden (Urk. 4/8 Dispo.-Ziffer 1). Die Kündigung ist ein Gestaltungsrecht, das durch einseitiges Rechtsgeschäft ausgeübt wird. Weil mit der Kündigung das Rechtsverhältnis einseitig umgestaltet wird, ist sie grundsätzlich bedingungsfeindlich und unwiderruflich (BGE 128 III 129 E. 2a) mit Hinweisen). Es ging somit um die Frage, ob das Vertragsverhältnis beendet wurde bzw. um die Frage der Weitergeltung des Prozessfinanzierungsvertrages.

6.1 Der Beklagte macht weiter geltend, in der Schweiz beurteile sich die objektive Schiedsfähigkeit im internationalen Verhältnis nach Art. 177 Abs. 1 IPRG. Danach könne grundsätzlich jeder vermögensrechtliche Anspruch Gegenstand eines Schiedsverfahrens sein. Dieser sehr weitgehenden Definition würden jedoch Grenzen durch den *Ordre public* gesetzt. Eine gewichtige Schranke setze im Anerkennungsverfahren der *Ordre public* bei Klagen mit insolvenzrechtlichem Hintergrund. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung und herrschender Lehre würden Streitigkeiten, die so eng mit der eigentlichen Durchführung eines Insolvenzverfahrens verbunden seien, dass sie nicht der Schiedsgerichtsbarkeit überlassen werden könnten, nicht als schiedsfähig gelten. Unter diese Kategorie subsumiere das Bundesgericht insbesondere die Kollokationsklage. Da ausschliesslich Schweizer Behörden mit Blick auf die *vis attractiva concursus* für den Kollokationsprozess und -plan verantwortlich sein könnten, sei ausländischen (Schieds-)Entscheiden, die nach Konkurseröffnung des Schuldners ergangen seien, die Anerkennung *insgesamt* zu versagen. Die ratio des Anerkennungsverbots sei, dass nicht ausländische Gerichte, und erst recht nicht ausländische Schiedsgerichte, über die Kollokation von Ansprüchen in Schweizer Konkursverfahren entscheiden könnten (Urk. 16 S. 15).

6.2 Zweck des Kollokationsverfahrens im Konkurs (Art. 244 bis 251 SchKG) ist die Feststellung der Passivmasse, d.h. der Forderungen, die am Konkurs- bzw. Liquidationsergebnis nach Bestand, Höhe, Rang und allfälligen Vorzugsrechten am Vermögen des Schuldners teilzunehmen haben (BGE 141 III 382 E. 3.5). Wie dargelegt, ging es im Schiedsverfahren gemäss Dispositiv-Ziffer 1 um eine Gestaltungsklage betreffend den Prozessfinanzierungsvertrag und gemäss Disposi-

tiv-Ziffer 2 um den prozentualen Anspruch der Klägerin gegenüber der C._____ in Liq, welchen diese aus dem Schiedsverfahren mit der D._____ AG erhalten würde (Urk. 4/8). Um eine konkrete, bezifferte Geldforderung ging es nicht. Ihre Grundlage hatte die in London geführte Schiedsklage mithin nicht im Insolvenzrecht. Ob der ausländische Schiedsspruch für die Frage der Kollokation im hiesigen Konkursverfahren der C._____ in Liq. rechtlich verbindlich ist, kann an dieser Stelle offenbleiben. Diese Frage wie auch jene nach der Tragweite des konkursrechtlichen Territorialitätsprinzips beschlägt die eigentliche Zwangsvollstreckung gegenüber der C._____ in Liq. Hat das Schiedsgericht aber nicht über eine Kollokationsklage im schweizerischen Konkursverfahren entschieden, ist auch die Behauptung des Beklagten, die Tätigkeit des Schiedsgerichts verstosse gegen die öffentliche Ordnung in der Schweiz (Urk. 16 S. 23), nicht begründet.

6.3 Der wiederholte Einwand des Beklagten, es handle sich um ein insolvenzrechtliches Verfahren, weshalb dem Entscheid als Ganzes die Anerkennung zu versagen sei (Urk. 16 S. 13 ff.), verfängt daher nicht. Im zu beurteilenden Fall geht es, wie dargelegt, nämlich nicht um die Frage, inwieweit die streitigen Gläubigeransprüche bei der Liquidationsmasse zu berücksichtigen sind (BGE 141 III 382 E. 3.5.1). In der Stellungnahme vom 1. Juli 2019 wendet der Beklagte ein, das Bundesgericht habe im eben zitierten Entscheid seine Praxis geändert. Danach dürften alle ausländischen Entscheidungen, die nach der Eröffnung der Schweizer Insolvenz über den Beklagten ergangen seien, nicht anerkannt werden, unabhängig davon, ob die Klägerin das ausländische Verfahren in der Absicht eingeleitet habe, um eine verbindliche Vorgabe in einem Schweizer Insolvenzverfahren zu schaffen (Urk. 31 S. 4 f.). Allerdings betrifft dieser Entscheid eine Kollokationsklage i.S.v. Art. 250 Abs. 1 SchKG, weshalb sich daraus für das vorliegende Verfahren nichts ableiten lässt. Streitpunkt war im Wesentlichen, ob das belgische Urteil gestützt auf das LugÜ im schweizerischen Kollokationsverfahren anzuerkennen ("verbindlich") ist (BGE 141 III 382 E. 3.2). Demgegenüber ist vorliegend zu prüfen, ob die Dispositiv-Ziffern 8 und 9 des Urteilsdispositivs des LCIA, welche den Beklagten persönlich (neben der C._____ in Liq.) ins Recht fassen, vorfrageweise im Rahmen des Rechtsöffnungsverfahrens anerkannt und vollstreckt werden können. Beim Rechtsöffnungsverfahren handelt es sich um ein

auf Urkunden gestütztes Verfahren, das nicht den Entscheid über den Bestand der in Betreuung gesetzten Forderung zum Gegenstand hat, sondern einzig über die Vollstreckbarkeit der vom Betreibenden beigebrachten Urkunden (Pra 2011 Nr. 55 E. 2.3 m.w.H.). Im Verhältnis zwischen den Parteien hat denn die Angabe der Höhe der Verfahrenskosten im Schiedsspruch die Wirkung eines rechtskräftigen Urteils, d.h. insoweit, als damit über deren Kostentragungs- und erstattungspflichtigen untereinander entschieden wird (BGE 136 III 597 E. 5.2.1). Im Übrigen hat bereits die Vorinstanz in ihrer Eventualbegründung darauf hingewiesen, dass vorliegend auch nicht die Anerkennung und Vollstreckbarerklärung des Schiedsspruches als Kollokationsurteil, sondern als Forderungsurteil im Raum stehe. Damit würde man sich *ausserhalb* des Konkursverfahrens der C. _____ AG in Liq. befinden, womit es sich bei der strittigen Hauptsache vor dem Schiedsgericht in London um einen ordinären vermögensrechtlichen Anspruch handle, der ohne Weiteres eine schiedsfähige Sache im Sinne von Art. 177 Abs. 1 IPRG darstelle (Urk. 17 S. 11).

7. Der Beklagte rügt sodann, die von einem ausländischen (Schieds-)Gericht zugesprochenen Entschädigungen könnten unter Umständen (bei internationalen Schiedsgerichten sogar sehr häufig) sehr erheblich sein, insbesondere im Verhältnis zu den anderen Konkursforderungen. Eine Anerkennung dieses ausländischen Kostenentscheids hätte weitreichende Auswirkungen auf die Konkursdividende aller Konkursgläubiger (Urk. 16 S. 16 f.). Die Behauptung ist neu; der Beklagte zeigt jedenfalls nicht auf, wo er vor Vorinstanz dieses Vorbringen geltend machte, und kommt deshalb der Begründungspflicht nicht nach. Auf die entsprechende Rüge ist nicht weiter einzugehen.

8. Nach dem Gesagten sind die Vorbringen im Zusammenhang mit dem behaupteten Kollokationsprozess nicht zielführend und ein Verstoss gegen den *Ordre public* nicht erkennbar. Entsprechend wurde dem Kostenschiedsspruch nicht - wie vom Beklagten behauptet (Urk. 16 S. 18) - die Grundlage genommen.

9.1 Betreffend die Eventualbegründung wird moniert, es sei vorliegend von fundamentaler Bedeutung, dass der Beklagte als Prozessstandschafter der C. _____ in Liq. im Schiedsverfahren gegen die Klägerin aufgetreten sei. Die Prozess-

standschaft habe ihre Grundlage im Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, womit die insolvenzrechtliche Natur des Verfahrens und der Prozessführungsbefugnis geradezu ins Auge springe. Bei der Abtretung nach Art. 260 SchKG handle es sich nicht um eine Abtretung im Sinne von Art. 164 ff. OR, sondern um ein betreibungs- und prozessrechtliches Institut sui generis, das eine Prozessstandschaft und nicht einen Übergang der materiellen Berechtigung zur Folge habe. Es handle sich um ein dem Konkursverfahren spezifisches Institut, das ausschliesslich innerhalb eines schweizerischen Konkursverfahrens Anwendung finde (Urk. 16 S. 19 f.).

9.2 Der Abtretungsgläubiger handelt auf eigene Gefahr und im eigenen Namen. Die Kosten einer erfolglosen Rechtsverfolgung gehen daher zu seinen Lasten (Kren Kostkiewicz, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, 3. Aufl., Zürich 2018, N 1492). Mit dem Prozesseintritt übernimmt der Abtretungsgläubiger nach Bundesrecht das ganze Prozessrisiko (BGE 105 III 135 E. 4). Mit anderen Worten musste sich der Beklagte, der sich nach Konkurseröffnung die Bestreitungsrechte abtreten liess, bewusst sein, dass er im Falle eines Unterliegens für die Prozesskosten aufzukommen hat. Aus dem Umstand, dass er mit der C._____ in Liq. gesamtschuldnerisch verpflichtet wurde, der Klägerin die Kosten des Schiedsverfahrens zu bezahlen, kann er nichts zu seinen Gunsten ableiten. Zudem ist die Behauptung, mit Blick auf die *vis attractiva concursus* hätte das Konkursamt die Abtretung niemals verfügen dürfen (Urk. 16 S. 19), neu und prozessual verspätet (Art. 326 ZPO).

10. Der Beklagte macht weiter geltend, der Schiedsprozess habe die Funktion gehabt, verbindlich feststellen zu lassen, dass 50 % des Prozessgewinns aus dem ICC-Schiedsverfahren zwischen der C._____ und der D._____ AG der Klägerin zustünden. Nach Konkurseröffnung sollten die Feststellungen des Schiedsgerichts nach Meinung der Klägerin auch im schweizerischen Konkurs der C._____ in Liq. Beachtung finden und eine vorbehaltlose Kollokation des Anspruchs ermöglichen. Mit Eintritt des Beklagten in das Schiedsverfahren gemäss Art. 260 SchKG habe sich nichts an dem von der Klägerin verfolgten vollstreckungsrechtlichen Zweck des Verfahrens geändert (Urk. 16 S. 20). Der Beklagte

zeigt nicht auf, wo er vor Vorinstanz diesen Einwand erhoben hat, und kommt damit seiner Begründungspflicht wiederum nicht nach.

11.1 Der Beklagte trägt vor, seine Befugnisse im Schiedsverfahren beruhten auf der insolvenzrechtlichen Abtretung der Prozessführungsbefugnis nach Art. 260 SchKG. Damit sei erstellt, dass das laufende Schiedsverfahren einen evidenten "insolvenzrechtlichen Hintergrund" gehabt habe. Wenn die Konkursverwaltung beschlossen hätte, den Passivprozess gegen die Klägerin selbst weiterzuführen, wäre dem Schiedsurteil die Anerkennung und Vollstreckung unzweifelhaft gesamthaft verweigert worden. Die Schiedsfähigkeit eines Streitgegenstandes könne selbstredend nicht von der Person abhängen, die im Verfahren auftrete (das heisst die Konkursverwaltung oder ein Abtretungsgläubiger nach Art. 260 SchKG). Entweder sei eine Streitigkeit schiedsfähig i.S.v. Art. 177 IPRG oder nicht (Urk. 16 S. 21).

11.2 Wie erwähnt, ist im zu beurteilenden Fall nicht über einen Kollokationsstreit in einem in der Schweiz durchgeführten Zwangsvollstreckungsverfahren zu entscheiden. Im Rahmen der inzidenten Prüfung ist es nicht Aufgabe des Anerkennungsgerichts, abschliessend zu klären, welche Wirkungen im Einzelnen die Anerkennung in einem spezifischen inländischen Rechtsstreit (wie dem geltend gemachten Kollokationsprozess) haben wird und welche nicht, sondern nur zu prüfen, ob die Anerkennungsvoraussetzungen erfüllt sind, hier jene gemäss NYÜ. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist sodann Art. 207 SchKG betreffend die Einstellung von Zivilprozessen nur auf Prozesse im Inland anwendbar (BGE 130 III 769 E. 3.2.3). Der ausländische Richter ist nicht verpflichtet, den schweizerischen Konkurs zu beachten. Unter diesen Umständen ist weder in der Einleitung noch in der Fortführung eines Prozesses gegen die Konkursmasse bzw. den Abtretungsgläubiger ein Verstoss gegen den schweizerischen Ordre public zu sehen (vgl. *OGer ZH RV110006 vom 7. 11.2012, E. V.2.3*). Verstösst die Fortführung des Verfahrens im Ausland nicht gegen den Ordre public, kann auch die Einforderung der aus dem Prozess entstandenen Kosten gegenüber dem Beklagten, der sich die Bestreitungsrechte im Wissen um das Prozessrisiko hat abtreten lassen, nicht Ordre public-widrig sein. Dies nicht zuletzt angesichts

des anerkennungs- und vollstreckungsfreundlichen Ansatzes des NYÜ (vgl. BGer 4A_124/2010 vom 4. Oktober 2010, E. 3.1)

12.1 Schliesslich macht der Beklagte geltend, die Ablehnung der Anerkennung des Schiedsurteils stelle auch keine ungebührliche Rechtsfolge dar. Er habe mit E-Mail vom 11. November 2016 die Einzelschiedsrichterin explizit darauf hingewiesen, dass er das Schiedsverfahren unter dem Vorbehalt der fehlenden Schiedsfähigkeit weiterführe. Spätestens seit diesem Zeitpunkt habe sich die Klägerin über die Problematik der fehlenden Schiedsfähigkeit und des entsprechenden Anerkennungsverbots in der Schweiz bewusst sein müssen. Die Klägerin habe das Schiedsverfahren unbeirrt weitergeführt, nunmehr aber auf eigenes Risiko in Bezug auf Anerkennungs- und Vollstreckungshindernisse. Es wäre ihr freigestanden, die Schiedsklage zurückzuziehen und einen ordentlichen Kollokationsprozess in der schweizerischen *lex loci concursus* anzustrengen. Die Kosten dieses spätestens ab dem Konkurseintritt unnötigen und aus der Sicht der schweizerischen Rechtsordnung unrechtmässigen Verfahrens habe sie selbst zu verantworten und zu tragen (Urk. 16 S. 22).

12.2 Erstens zeigt der Beklagte nicht auf, wo er vor Vorinstanz diesen Einwand erhoben hat und kommt seiner Begründungspflicht nicht nach. Zweitens ist der ausländische Richter, wie ausgeführt, nicht verpflichtet, den schweizerischen Konkurs zu beachten. Drittens ist darauf hinzuweisen, dass dem angerufenen Vollstreckungsrichter eine inhaltliche Überprüfung des Entscheides verwehrt ist. Und viertens hat der Vorbehalt des Ordre public im Bereich der Vollstreckung ausländischer Schiedsurteile eine geringere Tragweite als bei der Anwendung ausländischen Rechts durch schweizerische Gerichte in einem Sachentscheid. Nicht jeder Mangel, der zur Aufhebung eines schweizerischen Entscheides führen würde, ist ein Ordre public-Verstoss im Sinne von Art. V Ziff. 2 lit. b NYÜ. Gegen den Ordre public verstösst die materielle Beurteilung eines streitigen Anspruchs nur, wenn sie fundamentale Rechtsgrundsätze verletzt und daher mit der Rechts- und Wertordnung schlechthin unvereinbar ist (BGE 116 II 634 E. 4). Das Argument des Beklagten, aus Gründen der Vorhersehbarkeit und Fairness rechtfertige

es sich, dem Schiedsurteil die Anerkennung zu versagen (Urk. 16 S. 22), begründet jedenfalls keine Ordre public-Widrigkeit.

13. Zusammenfassend vermögen die Vorbringen des Beklagten keine Verletzung von Art. 194 IPRG i.V.m. Art. V Ziff. 2 lit. a und b NYÜ bzw. von Art. 320 ZPO zu begründen.

14. In Bezug auf die Erteilung der definitiven Rechtsöffnung und des Quantitativs erhebt der Beklagte keine Einwände, weshalb es dabei sein Bewenden hat.

15.1 Demzufolge ist die Beschwerde abzuweisen, soweit sie sich gegen die Dispositiv-Ziffern 1, 2 und 3 des vorinstanzlichen Urteils richtet.

15.2 In Dispositiv-Ziffer 4 spricht die Vorinstanz der Klägerin eine Parteientschädigung von Fr. 2'120.– zuzüglich 7.7 % Mehrwertsteuer zu (Urk. 17 S. 15). Der Beklagte kritisiert zu Recht, dass die Vorinstanz den Mehrwertsteuerzuschlag ausgesprochen habe, obwohl die Klägerin ihren Sitz nach eigenen Angaben im Ausland habe und ihr schweizerischer Rechtsvertreter gar nicht berechtigt sei, für seine Dienstleistungen die schweizerische Mehrwertsteuer zu verlangen (Urk. 16 S. 9). Gemäss Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts über die Mehrwertsteuer vom 17. Mai 2006, Ziff. 2.1.1, entfällt ein Mehrwertsteuerzuschlag zufolge des ausländischen Sitzes der Klägerin. Folglich ist Dispositiv-Ziffer 4 des angefochtenen Urteils insoweit abzuändern, als die Parteientschädigung ohne Mehrwertsteuer zuzusprechen ist.

III.

1. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens sind ausgangsgemäss dem mit seinen Rechtsmittelanträgen unterliegenden Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Korrektur betreffend den Mehrwertsteuerzuschlag ist vernachlässigbar. Der Streitwert beträgt rund Fr. 95'100.–.

2. Die Bemessung der zweitinstanzlichen Entscheidgebühr richtet sich nach der Gebührenverordnung zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs

(GebV SchKG; vgl. ZR 110 [2011] Nr. 28). Sie ist in Anwendung von Art. 48 in Verbindung mit Art. 61 Abs. 1 GebV SchKG auf Fr. 750.– festzusetzen und mit dem vom Beklagten geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen (Art. 111 Abs. 1 ZPO).

3. Der Beklagte ist überdies zu verpflichten, der Klägerin für das Beschwerdeverfahren eine (volle) Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 106 Abs. 1 und Art. 111 Abs. 2 ZPO), deren Höhe auf Fr. 2'200.– festzusetzen ist (§ 2 Abs. 1, § 4 Abs. 1, § 9 und § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV). Ein Mehrwertsteuerzuschlag auf die Parteientschädigung entfällt (vgl. genanntes Kreisschreiben, Ziff. 2.1.1).

Es wird erkannt:

1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird Dispositiv-Ziffer 4 des Urteils des Einzelgerichts im summarischen Verfahren vom 18. März 2019 aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:

"4. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Parteientschädigung von Fr. 2'120.– zu bezahlen."

2. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.

3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt.

4. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Beklagten auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss verrechnet.

5. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für das Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 2'200.– zu bezahlen.

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

7. 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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 95'126.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG

Zürich, 31. Oktober 2019

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. S. Notz

versandt am:
am