

Schulthess Juristische Medien AG hat freundlicherweise die Genehmigung erteilt, dass pauliana-praxis.ch den nachfolgenden Entscheid auf der Website online zugänglich machen kann.

Sämtliche Rechte verbleiben aber bei der Schulthess Juristische Medien AG.  
[www.schulthess.com](http://www.schulthess.com)

## 2.

**Art. 1 Abs. 1 und 2 Ziff. 2 LugÜ. Anwendungsbereich des Lugano-Übereinkommens.**

*Auslegung des Ausnahmekatalogs. Anwendung des Übereinkommens auf eine Anfechtungsklage eines deutschen Insolvenzverwalters?*

Rechtsanwalt V. als Insolvenzverwalter über das Vermögen der in Deutschland ansässigen C. GmbH reichte in Deutschland gegen E. als Organperson der Gesellschaft eine Verantwortlichkeitsklage ein. Beim Landgericht Giessen erstritt er ein Arresturteil. In der Folge stellte er bei der Einzelrichterin im summarischen Verfahren des Bezirkes Zürich das Begehren auf Anerkennung und Vollstreckbarerklärung des Arresturteils (sowie auf Verarrestierung von Vermögenswerten des E.). Die Einzelrichterin entsprach dem Begehren in Anwendung von Art. 34 Abs. 1 LugÜ ohne Anhörung des Beklagten und erklärte das Arresturteil mit Wirkung für die Parteien in der Schweiz für vollstreckbar. Dagegen führte E. Rekurs an das Obergericht, womit er keinen Erfolg hatte.

Aus den Erwägungen des Obergerichts:

«In der Sache selbst geht es um die Frage, ob das vorliegende Verfahren in den Anwendungsbereich des Lugano-Übereinkommens fällt oder nicht. Der Beklagte macht im Wesentlichen geltend, dass die grundsätzliche Unanwendbarkeit des Lugano-Übereinkommens auf Anfechtungsklagen des Insolvenzverwalters im Sinne von § 129 ff. InsO unbestritten sei. Die Tatsache, dass sich der Kläger im Giessener Verfahren auch auf andere Rechtsgrundlagen stütze, ändere nichts daran, dass das Lugano-Übereinkommen keine Anwendung finde. (...) Der Kläger räumt ein, dass gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung in den betroffenen Staaten eine reine Anfechtungsklage (actio pauliana) nicht unter das Lugano-Übereinkommen falle bzw. von dessen Anwendungsbereich im Sinne von Art. 1 Ziff. 2 LugÜ ausgenommen sei. (...) Der Europäische Gerichtshof lege die Ausnahmebestimmung von Art. 1 Abs. 2 Ziff. 2

LugÜ resp. EuGVÜ – in Übereinstimmung mit der gängigen Auslegungsregel, wonach Ausnahmen vom Grundsatz eng auszulegen seien – eng aus. Ausgenommen seien nur die Konkursachen, welche sich eng innerhalb des Rahmens eines Konkursverfahrens halten würden. (...) Im in Deutschland hängigen Hauptverfahren würden – nebst paulianischen Anfechtungsansprüchen – auch Schadenersatzansprüche aus unerlaubter Handlung und gesellschaftsrechtliche Rückerstattungsansprüche geltend gemacht. Es handle sich damit nicht um eine reine Konkursache, auf welche das LugÜ keine Anwendung finde.

Das Lugano-Übereinkommen findet Anwendung auf Zivil- und Handelssachen, ohne dass es auf die Art der Gerichtsbarkeit ankommt. Vom Anwendungsbereich ausgenommen sind Konkurse, Vergleiche und ähnliche Verfahren (Art. 1 Abs. 1 und Abs. 2 Ziff. 2 LugÜ). Das Übereinkommen ist vertragsautonom, das heisst unabhängig vom jeweiligen nationalen Recht auszulegen. Die Gerichte haben dabei den Grundsätzen gebührend Rechnung zu tragen, die in massgeblichen Entscheiden von Gerichten der anderen Vertragsstaaten zu den Bestimmungen des Übereinkommens entwickelt worden sind (Art. 1 des Protokolls Nr. 2 über die einheitliche Auslegung des Übereinkommens). Von besonderem Stellenwert ist dabei auch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zur Auslegung des (Parallel-)Übereinkommens über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 27. September 1968 (Brüsseler-Übereinkommen; EuGVÜ; nunmehr auch Verordnung Nr. 44/2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen; EuGVVO). Der Wortlaut aller drei Erlasse ist im hier interessierenden Punkt identisch.

Nach der von den Parteien zitierten Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs handelt es sich bei den vom Anwendungsbereich des Übereinkommens ausgeschlossenen «Konkurse, Vergleiche und ähnliche Verfahren» zunächst um Verfahren, die nach den ver-

schiedenen Rechtsordnungen der Vertragsstaaten auf der Zahlungseinstellung, der Zahlungsunfähigkeit oder der Erschütterung des Kredits des Schuldners beruhen und ein Eingreifen der Gerichte beinhalten, das in eine zwangsweise kollektive Liquidation der Vermögenswerte des Schuldners oder zumindest in eine Kontrolle durch die Gerichte mündet. Entscheidungen, die sich (lediglich) auf ein Insolvenzverfahren beziehen, sind nur dann von der Anwendung des Übereinkommens ausgeschlossen, wenn sie unmittelbar aus diesem Verfahren hervorgehen und sich eng innerhalb des Rahmens eines Konkurs- oder Vergleichsverfahrens in dem vorgenannten Sinne halten. Der Europäische Gerichtshof hatte im konkreten Fall zu beurteilen, ob eine von der Konkursmasse erhobene Haftungsklage gegen den faktischen Leiter einer juristischen Person in den Anwendungsbereich des Übereinkommens fällt. Der Gerichtshof nahm das Verfahren in der Folge vom Anwendungsbereich des Übereinkommens aus, weil die zu beurteilende Klage ihren rechtlichen Grund einzig und allein im (französischen) Konkursrecht hatte.

Dieser Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs hat sich der deutsche Bundesgerichtshof angeschlossen. Bei dem von den Parteien zitierten Entscheid des deutschen Bundesgerichtshofs handelte es sich um eine Anfechtungsklage, welche ihre Rechtsgrundlage im (deutschen) Konkursrecht hatte. Der Gerichtshof zog namentlich in Betracht, dass nur der Konkursverwalter die Klage erheben könne und der Prozesserlös sämtlichen Konkursgläubigern zugute komme. Zudem entstehe der Anspruch auf Rückgewähr erst mit der Konkursöffnung und müsse innerhalb eines Jahres seit Konkursöffnung geltend gemacht werden.

Auch das schweizerische Bundesgericht nimmt Entscheide über paulianische Anfechtungsklagen vom Anwendungsbereich des Lugano-Übereinkommens aus. Es stellt dabei vor allem darauf ab, ob das betreffende Verfahren seine Grundlage im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht hat und ohne ein derartiges Verfahren wahrscheinlich nicht eingeleitet worden wäre (BGE 129 III 685

und 125 III 108). Im erstgenannten Entscheid war insbesondere massgebend, dass ohne die Gefahr eines Verlustes in der Zwangsvollstreckung bzw. im Konkurs keine Veranlassung bzw. Möglichkeit bestand, gegen an sich paulianische Rechtshandlungen des Schuldners vorzugehen.

Die Literatur hat sich dieser Rechtsprechung angeschlossen (so zum Beispiel *Walter*, Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz, 3. A., Bern/Stuttgart/Wien 2002, S. 172; *Kropholler*, Europäisches Zivilprozessrecht, 7. A., Heidelberg 2002, Art. 1 N. 31–36; *Geimer/Schütze*, Europäisches Zivilverfahrensrecht, 2. A., München 2004, Art. 1 N. 125–133 und *Schlosser*, EU-Zivilprozessrecht, 2. A., München 2003, Art. 1 N. 19–21 e). Nach Ansicht von *Kropholler* ist die Eintreibung von Forderungen gegenüber dem Schuldner, die auf Geschäften oder Handlungen vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens beruhen, vom Anwendungsbereich nicht ausgeschlossen (*Kropholler*, a.a.O., Art. 1 N. 36 mit weiteren Hinweisen). In den neueren Kommentaren von *Geimer/Schütze* und *Schlosser* wird zudem die bisherige Rechtsprechung nach Inkrafttreten der Verordnung Nr. 1346/2000 über Insolvenzverfahren (Insolvenzverordnung) am 31. Mai 2002 als überholt betrachtet. Die Insolvenzverordnung enthalte nur Kompetenznormen für Insolvenzstammverfahren. Bestimmungen über die internationale Zuständigkeit für Einzelverfahren im Zusammenhang mit Insolvenzverfahren bzw. zur Durchführung desselben seien darin nicht enthalten. Damit keine Lücke zwischen der Insolvenzverordnung und der EuGVVO entstehe, seien deshalb möglichst alle Einzelverfahren aus dem Anwendungsbereich der Ausnahmenvorschrift herauszulösen. Auch insolvenzrechtliche Anfechtungsklagen würden deshalb neu in den Anwendungsbereich der EuGVVO fallen (*Geimer/Schütze*, a.a.O., Art. 1 N. 128–133 und *Schlosser*, a.a.O., Art. 1 N. 21 a-e).

Das Lugano-Übereinkommen hat den Zweck, eine einheitliche Regelung für Zivil- und Handelssachen aufzustellen. Durch eine zu extensive Auslegung der Ausnahmebestimmungen von Art. 1 Abs. 2 LugÜ würde dieses

Ziel in Frage gestellt. Dies gilt es bei der Auslegung der Ausnahmebestimmungen zu berücksichtigen (ebenso *Walter*, a.a.O., S. 168).

Fest steht, dass nach oben erwähnter Rechtsprechung eigentliche Insolvenzverfahren vom Anwendungsbereich des Übereinkommens ausgeschlossen sind. Verfahren, welche lediglich in Zusammenhang mit einem Insolvenzverfahren stehen, sind vom Anwendungsbereich des Übereinkommens nur dann ausgeschlossen, wenn die Klage mit dem Insolvenzverfahren *unmittelbar* zusammenhängt und ohne dieses gar nicht vorstellbar wäre.

Vorliegend stützt sich der klägerische Anspruch (im Hauptverfahren) auf konkursrechtliche, obligationenrechtliche und gesellschaftsrechtliche Grundlagen. Es handelt sich also nicht um eine reine konkursrechtliche Anfechtungsklage. Der Anspruch stützt sich zudem auf Handlungen des Beklagten, die sich vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens ereignet haben. Diese Ansprüche hätten von der Gesellschaft auch ohne Eröffnung des Insolvenzverfahrens geltend gemacht werden können. Die Klage stützt sich damit zumindest in einem wesentlichen Teil nicht auf Konkursrecht und hängt mit dem Insolvenzverfahren nicht unmittelbar zusammen. Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens hat lediglich zur Folge, dass die Prozessführungsbefugnis auf den Insolvenzverwalter übergeht, ein allfälliger Erlös den Insolvenzgläubigern zugute kommt und zu den Obligationen- und gesellschaftsrechtlichen noch konkursrechtliche Anspruchsgrundlagen hinzu treten. Dies ändert aber nichts daran, dass der Anspruch auch ohne Insolvenzverfahren hätten geltend gemacht werden können. Dass nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens die Prozessführungsbefugnis auf den Insolvenzverwalter übergeht und ein allfälliger Erlös den Insolvenzgläubigern zugute kommt, ändert ebenfalls nichts daran, dass sich der Anspruch (weitgehend) nicht auf Konkursrecht stützt. Gleich verhält es sich mit dem Umstand, dass solche Klagen in der Praxis häufig erst im Rahmen eines Insolvenzverfahrens erhoben werden. Die Klageanhebung erfolgt jedoch lediglich bei Gelegenheit des Insolvenzver-

fahrens, sie geht nicht unmittelbar aus diesem hervor. Das Hauptverfahren fällt damit nicht unter den Ausnahmetatbestand von Art. 1 Abs. 2 Ziff. 2 LugÜ, weshalb das Lugano-Übereinkommen (auch) auf die vorliegende vorsorgliche Entscheidung anwendbar ist (Art. 25 LugÜ).»

Obergericht, II. Zivilkammer,  
Beschluss vom 8. Februar 2005  
(Mitgeteilt von lic. iur. M. Hüsser)

### 3.

#### **Art. 398 OR. Art. 11 BEHG. Art. 44 OR. Art. 99 OR. Aufklärungspflicht bei Anlageaufträgen in einer Konto- und Depotbeziehung. Schadenersatz.**

*Art. 11 BEHG kommt bei Verletzungen der Aufklärungspflicht neben den aus dem Auftragsrecht abgeleiteten Grundsätzen zur Anwendung. Der Kunde, der mit einem Kreditderivat einen Totalverlust erlitt und Schadenersatz verlangt, trägt die Beweislast für die Unterlassung der Aufklärung (Art. 8 ZGB). Reduktion des Schadenersatzes wegen Selbstverschulden, weil der Kunde Anteile des Kreditderivats dazugekauft hat, als der Kurs auf einen Drittel des Nennwerts gesunken war (Art. 99 Abs. 3 i.V.m. Art. 44 Abs. 1 OR).*

Aus den Erwägungen:

«II.1. Der Kläger unterhielt seit dem 10. Oktober 1991 mit der Schweizer Filiale der A Bank, die später mit der Beklagten fusionierte, eine Konto- und Depotbeziehung. Aus den unbestritten gebliebenen Aufstellungen des Klägers ergibt sich, dass er in der Zeit von 1991 bis 1996 jeweils zwischen rund USD 1,5 Mio. und USD 2,25 Mio. bei der Beklagten angelegt hatte.

2. Der vorliegende Rechtsstreit dreht sich um den Kauf von *Step-down Coupon Amortising Callable Credit-linked Notes*, mit denen der Kläger einen Totalverlust erlitt, für den er