

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)

nicht unzulässig beschränkt haben, erübrigen sich weitere Ausführungen zum von der Klägerin behaupteten Schaden und allfällig von den Beklagten erzielten Gewinn. Ebenfalls erübrigt sich ein Entscheid über den von den Beklagten beantragten Geheimnisschutz betreffend Dokumenten, welche dem Geschäftsgeheimnis unterstehen sollen. Die Klage ist vollumfänglich abzuweisen.»

Handelsgericht,

Urteil vom 3. Oktober 2006

(Das Bundesgericht hat den Entscheid des Handelsgerichts in seinem Entscheid vom 16. Februar 2007, 4C.404.2006, bestätigt. Es hat zusätzlich betont, dass sich der Gesetzgeber selber über die Öffnung der letzten Meile und die diesbezüglichen Formen und Bedingungen festlegen musste und dieser Primat des Gesetzgebers auch im Rahmen der Anwendung des Kartellgesetzes zu respektieren sei.)

(Mitgeteilt von lic. iur. Esther Hauser)

## 28.

### **Art. 289 SchKG. Prorogation bei Anfechtungsklagen.**

*Zulässigkeit einer vor Konkurseröffnung bzw. Bestätigung der Nachlassliquidation über einen Gemeinschuldner mit Sitz in der Schweiz vorgenommenen Prorogation zwischen dem Gemeinschuldner und dem Anfechtungsbeklagten zu Gunsten eines ausländischen Gerichtsstandes. Die Konkursverwaltung ist bei der Anhebung der Anfechtungsklage nicht an eine vom Gemeinschuldner mit einem Dritten abgeschlossene Gerichtsstandsvereinbarung gebunden. Paulianische Anfechtungsansprüche der Klägerin fallen in sachlicher Hinsicht vorliegend nicht unter die Gerichtsstandsklausel.*

Sachverhalt:

Am 24. August 2005 wurde eine paulianische Anfechtungsklage einer in Nachlassliquidation gefallenen Gesellschaft (nachfolgend als Klägerin bezeichnet) am Handelsgericht rechtshängig gemacht. Die der Klägerin auferlegte Prozesskaution wurde rechtzeitig geleistet. Mit Eingabe vom 4. Oktober 2005 beantragte die Beklagte, auf die Klage sei mangels örtlicher Zuständigkeit nicht einzutreten. Die Klägerin schloss auf Abweisung der Unzuständigkeitseinrede.

Die Beklagte und die Klägerin vereinbarten am 8. Dezember 1999/15. Mai 2001 eine sog. Share-Swap-Transaktion («Share Swap»). Grundlage dieser Transaktion war ein Bestätigungsschreiben der D. Bank, London Branch – eine Zweigniederlassung der Beklagten – vom 8. Dezember 1999 («Confirmation»). Diese Confirmation verweist auf das ISDA Master Agreement, welches von der D. Bank, London, am 23. November 1999 ausgefertigt und von der Klägerin am 15. Mai 2001 unterzeichnet wurde. Es ist unbestritten, dass es sich beim ISDA Master Agreement um einen von der International Swap Dealers Association Inc. austradierten Rahmenvertrag handelt, der bei Share-Swap-Transaktionen weltweit standardmässig eingesetzt wird. Am 5. Oktober 2001 wurde der Klägerin die provisorische Nachlassstundung bewilligt und Rechtsanwalt W. als Sachwalter eingesetzt. Am 20. Juni 2003 wurde der inzwischen ausgearbeitete Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung gemäss Art. 317 SchKG genehmigt und W. zum Liquidator bestellt. Mit vorliegender Klage unterstellt die Klägerin verschiedene Zahlungen, die sie der Beklagten in Erfüllung des Share Swap geleistet hat, der paulianischen Anfechtung.

Das ISDA Master Agreement enthält folgende Gerichtsstandsklausel:

«Jurisdiction. With respect to any suit, action or proceedings relating to this Agreement («Proceedings») each party irrevocably: (i) submits to the jurisdiction of the English courts, if this Agreement is expressed to be governed by English law, or to the nonexclusive jurisdiction of the courts of the State of New York and the United States District Court located in the

Borough of Manhattan in New York City, if this Agreement is expressed to be governed by the laws of the State of New York; and (ii) [...] Nothing in this Agreement precludes either party from bringing Proceedings in any other jurisdiction (outside, if this Agreement is expressed to be governed by English law, the Contracting States, as defined in Section 1 (3) of the Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982 or any modification, extension or re-enactment thereof for the time being in force) nor will the bringing of Proceedings in any one or more jurisdictions preclude the bringing of Proceedings in any other jurisdiction.»

Die Beklagte beruft sich vorliegend auf diese Gerichtsstandsklausel und macht geltend, die Parteien hätten mit Abschluss des ISDA Master Agreement eine rechtsgültige, ausschliessliche Prorogation für Anfechtungsklagen gemäss Art. 285 ff. SchKG zu Gunsten der englischen Gerichte vereinbart, mit verbindlicher Wirkung für die Masse. Folglich sei das angerufene Zürcher Handelsgericht für die Beurteilung der Sache nicht zuständig.

Aus den Erwägungen:

«1. Werden die schweizerischen Gerichte angerufen, bestimmt sich ihre Zuständigkeit innerhalb der völkerrechtlichen und staatsvertraglichen Grenzen nach der *lex fori*, mithin nach Schweizer Recht (*Stephen Berti*, Basler Kommentar zum IPRG, Vorbemerkungen zu Art. 2, N. 13 ff.; *Schnyder/Liatowitsch*, Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht, S. 92; *Max Guldener*, das internationale und interkantonale Zivilprozessrecht der Schweiz, Zürich 1951, S. 29). Weder das IPRG noch das Lugano-Übereinkommen finden auf die nach Konkurseröffnung eingeleitete Anfechtungsklage gemäss Art. 285 ff. SchKG Anwendung (BGE 131 III 227; *Daniel Staehelin*, Kommentar zum SchKG, Art. 289 N. 9,13; *Daniel Staehelin*, Die internationale Zuständigkeit der Schweiz im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht; AJP 1995, S. 282; vgl. Art. 171 IPRG; *Stephen Berti*, Basler Kommentar zum IPRG, Art. 171 N. 7). Greift somit der Vorbehalt von Art. 30a SchKG zugunsten völkerrechtlicher Verträge sowie des IPRG nicht

Platz, ist für die Frage der örtlichen Zuständigkeit der Anfechtungsklage Art. 289 SchKG massgebend. Ebenso ist die Frage nach der Prorogierbarkeit dieses für paulianische Anfechtungsklagen gesetzlich vorgesehenen Gerichtsstandes gestützt auf das SchKG zu beantworten. Die Zuständigkeitsnormen des SchKG gehen sodann – unabhängig ob man die betriebsrechtlichen Klagen mit Reflexwirkung auf das materielle Recht als Zivilsachen im Sinne von Art. 1 Abs. 1 GestG ansieht oder nicht (bejahend hierzu *Amonn/Walther*, 4 N. 56; verneinend *Gasser*, N. 31 zu Art. 1 GestG) – nur schon aufgrund des Vorbehaltes von Art. 1 Abs. 2 lit. b GestG jenen des Gerichtsstandsgesetzes (GestG) vor. Zudem liegt ein internationales Verhältnis vor, weshalb die Anwendbarkeit des GestG auch aus diesem Grunde wegfällt (Art. 1 Abs. 1 GestG).

Gemäss Art. 289 SchKG – welcher aufgrund von Art. 331 Abs. 1 SchKG analoge Anwendung auf das Nachlassliquidationsverfahren findet – ist die Anfechtungsklage beim Richter am Wohnsitz der Beklagten einzureichen. Hat die Beklagte keinen Wohnsitz in der Schweiz, so kann die Klage beim Richter am Ort der Pfändung oder des Konkurses eingereicht werden.

2.1. Umstritten ist vorliegend zunächst, ob Art. 289 SchKG eine vor Konkurseröffnung bzw. Bestätigung der Nachlassliquidation über einen Gemeinschuldner mit Sitz in der Schweiz vorgenommene Prorogation zwischen dem Gemeinschuldner und dem Anfechtungsbeklagten zu Gunsten eines ausländischen Gerichtsstandes zulässt.

Dem Art. 289 SchKG lässt sich nicht direkt entnehmen, ob der darin umschriebene Gerichtsstand zwingender Natur ist oder ob er durch eine Gerichtsstandsvereinbarung grundsätzlich wegbedungen werden kann. Die Beklagte macht geltend, der darin festgelegte Gerichtsstand am Ort des Nachlassliquidationsverfahrens sei nicht zwingend, eine Prorogation dementsprechend zulässig. Sie beruft sich hierbei auf die Lehre, welche Art. 289 SchKG mehrheitlich als nicht zwingend erachtet (so *D. Staehelin*, Kommentar zum SchKG, Art. 289 N. 15; *Vogel/Spühler*, Grund-

riss des Zivilprozessrechts, 8. A., Bern 2006, S. 119 N. 66; *Jolanta Kren Kostkiewicz*, Gerichtsstände im revidierten SchKG, in AJP 96 S. 1368 ff.) sowie auf BGE 24 II 926. Eine nähere Begründung, weshalb der Gerichtsstand von Art. 289 SchKG nicht zwingender Natur sei, findet sich in den genannten Literaturstellen jedoch nicht. Keiner der Autoren behandelt sodann den Fall der internationalen Zuständigkeit, vielmehr behält sich etwa *Jolanta Kren Koskiewicz* in der Einleitung ihres Artikels die Frage der internationalen Zuständigkeit ausdrücklich vor (AJP 96, S. 1361). In BGE 24 II 926 – auf welchen sich verschiedene der genannten Autoren beziehen – wird weiter der Fall behandelt, wo ein Anfechtungskläger zufolge Einlassung vor einem Zuger Gericht auf seinen Wohnsitzgerichtsstand verzichtete, mithin mit der Konkursverwaltung nach Konkurseröffnung einen Gerichtsstand innerhalb der Schweiz konkludent vereinbarte. Schlüssiges dafür, wie es sich also für den Fall der Prorogation vor Konkurseröffnung durch den Gemeinschuldner zugunsten eines ausländischen Gerichtes verhält, kann aus genannten Literaturstellen und Rechtsprechung alleine nicht gewonnen werden.

Die paulianische Anfechtung ist ein rein betriebsrechtliches Institut und kommt nur in einem konkreten gegen den Schuldner durchgeführten Betreibungs-, Konkurs- oder Nachlassvertragsverfahren zum Zug. Sie bewirkt nicht die zivilrechtliche Ungültigkeit des angefochtenen Rechtsgeschäftes, sondern kann nur erreichen, dass die entzogenen Vermögensstücke wieder dem Vermögen des Schuldners zwecks Einbezug in die Konkurs- bzw. Liquidationsmasse zugeführt werden. Da die Anfechtungsklage gewisse Auswirkungen auf das zivilrechtliche Rechtsgeschäft hat – so muss dieses etwa nachträglich rückgängig gemacht werden –, wird die Anfechtungsklage als betriebsrechtliche Klage mit Reflexwirkung auf das materielle Recht bezeichnet (*A. Staehelin*, Kommentar zum SchKG, Art. 285 N. 8). Die durch die Anfechtung bezweckte Rückübereignung von Vermögen des Schuldners steht im Dienste des für in der Schweiz eröffnete Konkurse und Nachlassverträge geltenden aktiven Universalitäts-

prinzips. Danach soll sämtliches Vermögen, gleichgültig wo es sich befindet, zur inländischen Konkursmasse gezogen werden. Es wird bezweckt, das Haftungssubstrat im Nachlassverfahren um Vermögenswerte zu erweitern, welche ihm durch die in Art. 286–288 SchKG umschriebenen Rechtshandlungen entzogen worden sind (Art. 197 SchKG, Art. 27 Abs. 1 KOV, *D. Staehelin*, AJP 1995 S. 278; *Fridolin Walther*, Paulianische Anfechtungsansprüche im internationalen Verhältnis – ausgewählte Probleme, in: Internationales Zivilprozess- und Verfahrensrecht V, Zürich 2005, S. 90).

Die Durchsetzung dieser Ansprüche ist nun aber nur dann gewährleistet, wenn das angerufene Gericht Schweizer Recht anwendet und wenn das Urteil in der Schweiz vollstreckt werden kann. Wird die Anfechtungsklage bei einem Schweizer Gericht eingereicht, hat dieses betreffend die paulianische Anfechtung von Rechtshandlungen schweizerisches Recht anzuwenden. Dies deshalb, da die Frage, was zur Konkursmasse gehöre bzw. zu ihr gehören würde, für einen Konkurs, der in der Schweiz eröffnet wurde und durchgeführt wird, nur nach schweizerischem Recht beurteilt werden kann (BGE 41 III 318; BGE 100 Ia 24; Pra 2002, Nr. 25 S. 703 ff.). Wird ein ausländisches Gericht angerufen, so ist zumindest ungewiss, ob dieses gemäss eigenem Recht überhaupt auf die Klage eintritt oder ob es die Prozessführungsbefugnis des Schweizer Liquidators anerkennt und zudem das schweizerische Anfechtungsrecht als Bestandteil des schweizerischen Konkursrechts anwendet. So wäre umgekehrt eine selbständige direkte Klage einer ausländischen Insolvenzverwaltung am Wohnsitz des Begünstigten in der Schweiz im Falle eines ausländischen Parallelkonkurses nicht möglich, da aufgrund des in diesem Zusammenhang geltenden Territorialitätsprinzips der ausländische Konkurs in der Schweiz keine Wirkungen zeitigt und daher die Voraussetzungen für die Erhebung einer Anfechtungsklage gestützt auf ausländisches Recht nach schweizerischer Ansicht gar nicht gegeben wären. Schweizer Gerichte würden sodann einzig Schweizer Recht anwenden

(*F. Walther*, a.a.O. S. 94 ff.; *D. Staehelin*, Kommentar zum SchKG, Art. 289 N. 13 in fine). Zudem wäre – selbst wenn im Ausland ein die Anfechtungsklage gutheissendes Urteil ergehen würde – höchst ungewiss, ob dieses in der Schweiz anerkannt werden könnte, da gemäss Art. 25 ff. IPRG nur Zivilsachen anerkannt werden können, und die Anfechtungsklage gemäss Bundesgericht nicht darunter fällt, da sie vollstreckungsrechtlicher Natur ist (BGE 129 III 683 ff.).

Könnte nun der Gerichtsstand von Art. 289 SchKG – womit sichergestellt wird, dass eine Anfechtungsklage immer bei einem Schweizer Gericht eingereicht werden kann – zu Gunsten eines ausländischen Gerichtsstandes derogiert werden, so könnte der Zweck der Norm, nämlich der Einbezug der anfechtbar veräusserten Vermögenswerte in das Schweizerische Konkursverfahren, vereitelt werden. Vom Gemeinschuldner vereinbarte Vertragsklauseln, durch welche Vermögenswerte dem Zugriff der Zwangsvollstreckungsorgane entzogen werden sollen, sind jedoch ungültig (*D. Staehelin*, Vertragsklauseln für den Insolvenzfall, AJP 2004, S. 380).

Diese Überlegungen sprechen grundsätzlich gegen die Zulässigkeit einer Gerichtsstandsvereinbarung vor Konkurseröffnung zugunsten eines ausländischen Gerichtes. Die Frage muss indes nicht abschliessend beantwortet werden, da die Konkursverwaltung bzw. der Liquidator – wie nachfolgend zu zeigen sein wird – vorliegend nicht an die Gerichtsstandsklausel gebunden ist.

2.2. Die vorliegend umstrittene Gerichtsstandsvereinbarung wurde – wie erwähnt – in den Share-Swap-Verträgen *vor* der Bewilligung der Nachlassstundung und vor der Eröffnung der Nachlassliquidation von der damals noch aufrechtstehenden Klägerin abgeschlossen. Es muss deshalb danach gefragt werden, ob sie – unabhängig von der Frage der grundsätzlich zwingenden Natur von Art. 289 SchKG – auch für die Nachlassmasse, die mit der Bestätigung des Nachlassvertrages vergleichbar der Konkursmasse entstanden ist und durch den Liquidator vertreten wird, bezüglich der Anfechtungsansprüche verbindlich ist.

Grundsätzlich kann nur derjenige über einen Anspruch gültig eine Gerichtsstandsvereinbarung treffen, der betreffend des Anspruches auch verfügungsberechtigt ist. Gemäss Art. 204 Abs. 1 SchKG sind Rechtshandlungen, welche der Schuldner nach der Konkurseröffnung in Bezug auf Vermögensstücke, die zur Konkursmasse gehören, vornimmt, den Konkursgläubigern gegenüber ungültig. Er verliert die Verfügungsbefugnis über alle Ansprüche, die in die Masse fallen. Daraus folgt unzweifelhaft, dass eine durch den Gemeinschuldner vorgenommene Prorogation bezüglich eines Anfechtungsanspruches *nach* Konkurseröffnung ungültig wäre. Eine Gerichtsstandsvereinbarung könnte zu diesem Zeitpunkt also nur von der Konkursverwaltung getroffen werden. Prorogiert der Schuldner nun vor der Konkurseröffnung einen Gerichtsstand für die Anfechtungsklage, so verfügt er damit über einen Anspruch, der überhaupt erst durch die Eröffnung des Konkurses bzw. mit der Bestätigung des Nachlassvertrages entsteht (vgl. *Jäger/Walder/Kull/Kottmann*, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Zürich 1997, Art. 285 N. 14). Zwar ist es grundsätzlich möglich, über eine erst zukünftige Forderung eine Gerichtsstandsvereinbarung zu treffen. Vorliegend steht der Anfechtungsanspruch jedoch nicht dem Schuldner, sondern der Gläubigergemeinschaft zu, für welche ihn die Konkursverwaltung bzw. der Liquidator geltend macht (*Jäger/Walder/Kull/Kottmann*, a.a.O., Art. 285 SchKG N. 18). Die Anfechtungsberechtigung ist hierbei nicht nur Prozessvoraussetzung, sie stellt ein materiellrechtliches Erfordernis für die Geltendmachung des Anfechtungsanspruches dar. Der Anfechtungsanspruch bildet ein Forderungsrecht auf Beseitigung der den Gläubigern nachteiligen Folgen der anfechtbaren Rechtshandlung. Es soll also eine Handlung des Schuldners rückgängig gemacht werden. Der Anfechtungsanspruch fällt sodann dahin, wenn der Konkurs widerrufen wird (*A. Staehelin*, SchKG-Komm., Art. 285 N. 29, 33). Steht dem Gemeinschuldner das Anfechtungsrecht jedoch nie zu, so kann er auch nicht durch das Treffen einer Gerichtsstandsvereinbarung darüber verfügen. Dass der

Gemeinschuldner vor Konkursöffnung nicht über den Anfechtungsanspruch verfügen können soll, steht sodann im Einklang damit, dass der Gemeinschuldner über zwangsvollstreckungsrechtliche Normen, wie z.B. über die Pfänd- und Admassierbarkeit von Vermögenswerten weder vor noch nach der Konkursöffnung Vereinbarungen treffen kann und die Anfechtungsklage vom Bundesgericht als bedingter Admassierungsanspruch bezeichnet wurde. Dieser werde bloss, im Gegensatz zu den gewöhnlichen Admassierungsansprüchen, nicht damit begründet, dass das betreffende Vermögensobjekt im Eigentum des Gemeinschuldners stehe, sondern damit, dass es in seinem Eigentum stehen würde, falls die anfechtbare Rechtshandlung nicht vorgenommen worden wäre (BGE 41 III 318 f.; *Georges von der Mühl*, Kommentar zum SchKG, Art. 92 N. 9; *D. Staehelin*, AJP 2004, S. 380).

Aus diesen Erwägungen folgt – in Übereinstimmung mit einem Urteil des Obergerichtes vom 31. August 1923 (ZR 23 Nr. 96 S. 164) –, dass die Konkursverwaltung bei der Anhebung der Anfechtungsklage nicht an eine vom Gemeinschuldner mit einem Dritten abgeschlossene Gerichtsstandsvereinbarung gebunden ist.

2.3. Selbst wenn man davon ausginge, die Konkursmasse sei an die Gerichtsstandsvereinbarung gebunden, stellte sich die Frage, ob paulianische Anfechtungsansprüche der Klägerin in sachlicher Beziehung überhaupt unter vorliegende Gerichtsstandsklausel fallen. Eine Gerichtsstandsvereinbarung entsteht aufgrund einer Vereinbarung zwischen den Parteien. Die Parteien verfügen darin in Bezug auf einen bestehenden oder künftigen Rechtsstreit über die gesetzlich vorgesehene örtliche Zuständigkeit der Gerichte. Sie bringen im Sinne des Austauschs übereinstimmender Willenserklärungen zum Ausdruck, dass ihr Streit vor ein bestimmtes nationales Gericht gebracht werden soll (Prorogation), zugleich wird in der Regel festgelegt, dass anderen anrufbaren Gerichten keine Zuständigkeit zukommen soll (Derogation) (*Paul Volken*, Zürcher Kommentar zum IPRG Art. 5 N. 21 ff.; *Bernhard Berger*, Kommentar

zum Gerichtsstandsgesetz, Art. 9 N. 1 ff.). Es ist vorliegend demnach durch Auslegung der Gerichtsstandsklausel, insbesondere nach deren Wortlaut sowie Sinn und Zweck, zu bestimmen, ob die Parteien auch paulianische Anfechtungsansprüche unter die Klausel subsumieren wollten.

Das ISDA Master Agreement unterstellt in Section 13 auf Seite 13 in Verbindung mit Seite 19 der Vereinbarung den Vertrag englischem Recht. Gestützt darauf, nämlich in Verbindung mit der ausdrücklichen Wahl des englischen Rechts, erklärt die Klausel die englischen Gerichte für zuständig (*«[...] submits to the jurisdiction of the English courts, if this Agreement is expressed to be governed by English law [...]»*). Weiter erklärt sie die Gerichte des Staates New York dann für zuständig, wenn die Vereinbarung durch das Recht des Staates New York geregelt ist (*«submits [...] to the non-exclusive jurisdiction of the courts of the State of New York and the United States District Court located in the Borough of Manhattan in New York City, if this Agreement is expressed to be governed by the laws of the State of New York»*). Die Ratio dieser Gerichtsstandsklausel muss demgemäss darin gesehen werden, dass die Gerichte desjenigen Staates für zuständig erklärt werden sollten, nach dessen Recht der Rechtsfall auch beurteilt werden muss. Dies macht auch Sinn, kennt sich ein Gericht doch in aller Regel mit dem eigenen Recht am besten aus. Englisches Recht wurde nun aber nur betreffend den Vertrag gewählt, nicht auch betreffend allfälliger konkursrechtlicher Klagen (wobei dahingestellt bleiben kann, ob im englischen Recht das Konkursrecht überhaupt der Dispositionsfreiheit der Parteien unterstehen würde). Die Anfechtungsklage wurde nun aber gestützt auf schweizerisches Schuldbetriebsungs- und Konkursrecht erhoben. Nach schweizerischer Auffassung dient die paulianische Anfechtungsklage dazu, der Zwangsvollstreckung Vermögenswerte zuzuführen, die ihr entzogen worden sind (Art. 285 Abs. 1 SchKG). Auf in der Schweiz angehobene Anfechtungsklagen ist denn auch – wie erwähnt – immer schweizerisches Recht anwendbar. Will die Klausel den Gerichts-



stand demzufolge in Abhängigkeit vom anwendbaren Recht bestimmen, so ergibt sich daraus, dass für Anfechtungsklagen, die gestützt auf schweizerisches Recht erhoben werden, die Zuständigkeit der englischen Gerichte gerade nicht gewollt war. Es sollte dasjenige Gericht für zuständig erklärt werden, welches sich mit dem anzuwendenden Recht am besten auskennt, folglich die schweizerischen Gerichte. Eine Gerichtsstandsklausel bezieht sich sodann in aller Regel auf Zivilrechtsstreitigkeiten. Die Parteien wollen, dass etwa die Gültigkeit oder die Verbindlichkeit des Vertrages, seine Wirkungen, Fragen der Auflösung oder Verletzung des Vertrages, von einem von ihnen gewählten Gericht beurteilt wird (vgl. *Berger*, Kommentar zum GestG, Art. 9 N. 20). Das Urteil im Anfechtungsprozess hat jedoch nie materiellrechtliche Wirkungen und der beklagte Dritte bleibt

Eigentümer bzw. Gläubiger (Rechtsträger) einer anfechtbar erworbenen Sache, einer Forderung oder eines anderen Rechts. Die Anfechtungsklage beseitigt nicht die zivilrechtlichen Wirkungen der angefochtenen Rechtshandlung, diese bleibt vollumfänglich zivilrechtlich gültig. Die Anfechtungsklage macht diese nur insoweit betriebsrechtlich unbeachtlich, als die Gläubiger einen Verlust erlitten haben oder noch erleiden werden. Ein Anfechtungsurteil hat denn auch ausschliesslich vollstreckungsrechtliche Wirkung (*Amonn/Walther*, § 52 N. 2, 39; *D. Staehelin*, a.a.O., Art. 289 N. 13 in fine). Die Anfechtungsklage hat keine Streitigkeit zum Gegenstand, die sich unmittelbar auf den geschäftlichen Verkehr des Gemeinschuldners mit einem Dritten bezieht (ZR 23 Nr. 96 S. 165), es liegt ihr keine zivilrechtliche Streitigkeit zugrunde. Bezieht sich vorliegende Gerichtsstandsklausel nun aber auf alle Verfahren, die sich auf das ISDA Master Agreement beziehen («all legal proceedings relating to the Agreement»), so will sie damit Streitigkeiten, die sich aus dem (zivilrechtlichen) Vertrag ergeben, und für welchen englisches Recht gewählt wurde, vor die englischen Gerichte bringen. Eine solche Streitigkeit liegt der Anfechtungsklage nicht zugrunde. Dass

die Klausel den Gerichtsstand in Abhängigkeit zum anwendbaren Recht setzt, lässt ausserdem erkennen, dass die Parteien gerade nicht beabsichtigten, jeden nur denkbaren Fall oder jedes mögliche Verfahren vor die englischen Gerichte zu bringen, sondern eben nur Streitigkeiten, welche sich auf das Agreement beziehen und für welche das englische Recht gewählt wurde. Eine sich auf schweizerisches Konkursrecht stützende Anfechtungsklage fällt nicht hierunter.

2.4. Aus diesen Erwägungen folgt, dass der Gerichtsstand der vorliegenden Anfechtungsklage durch das ISDA Agreement nicht (gültig) zugunsten der englischen Gerichte prorogiert wurde. Die Unzuständigkeitseinrede der Beklagten ist demnach abzuweisen.

3. In Vor- und Teilentscheiden nach § 189 ZPO ist in der Regel über den entsprechenden Anteil an Kosten und Entschädigungen zu bestimmen (§ 71 ZPO). Die Abweisung einer Unzuständigkeitseinrede ist ein Vorbeschluss im Sinne von § 189 ZPO (Entscheid des Kassationsgerichtes in ZR 97 Nr. 85). Da die Beklagte mit ihrer Unzuständigkeitseinrede unterliegt, wird sie für diesen Vorbeschluss kosten- und entschädigungspflichtig (§ 64 Abs. 2 ZPO und § 68 Abs. 1 ZPO).»

Handelsgericht,

Beschluss vom 22. Dezember 2005

(Mitgeteilt von lic. iur. Vera Keller Bachofner)

## 29.

### Art. 139 OR. Nachfrist.

*Die Nichtleistung einer Kautions ist kein verbesserlicher Fehler im Sinne von Art. 139 OR. Die Nachfrist von Art. 139 OR steht dem Kläger nur einmal zur Verfügung. Sie beginnt mit Zustellung des Entscheides zu laufen, sofern der Kläger kein Rechtsmittel ergreift.*

Sachverhalt:

Im Jahr 2001 schloss die Klägerin, eine englische Handelsgesellschaft mit Sitz in Lon-