

ZH_OBERGERICHT NE110009 vom 8. November 2012

ZH Obergericht, 2012-11-08, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_NE110009

FR: ZH_OBERGERICHT NE110009 du 8 novembre 2012

IT: ZH_OBERGERICHT NE110009 del 8 novembre 2012

Erwägungen

E. 2

In der Berufungsschrift sind die Behauptungen bestimmt und vollständig aufzustellen. Zudem muss sie – im Gegensatz zur Klageschrift – nicht nur eine tatsächliche, sondern auch eine rechtliche Begründung enthalten (Reetz/Theiler, in: ZPO-Komm. Sutter-Somm et al., Art. 311 N 36). Der Berufungskläger hat mittels klarer und sauberer Verweisungen auf die Ausführungen vor der Vorinstanz zu zeigen, wo er die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben hat. Es ist nämlich nicht Sache der Rechtsmittelinstanz, die Akten und die Rechtsschriften der Vorinstanz zu durchforsten, um festzustellen, was welche Partei wo ausgeführt hat. Damit ist gesagt, dass die Berufungsschrift weder eine pauschale Verweisung auf die bei der Vorinstanz eingereichten Rechtsschriften noch eine neuerliche Darstellung der Sach- oder Rechtslage enthalten darf, welche nicht darauf eingeht, was vor der Vorinstanz vorgebracht worden ist. Pauschale Verweisungen auf die vor der Vorinstanz eingebrachten Rechtsschriften sind namentlich dann unzulässig, wenn sich die Vorinstanz mit den Ausführungen des Berufungsklägers auseinandergesetzt hat. Stützt sich der angefochtene Entscheid auf mehrere selbständige Begründungen, muss sich der Berufungskläger in der Berufungsschrift mit allen Begründungen auseinandersetzen. Das Gleiche gilt im Falle von Haupt- und Eventualbegründung. Auch hier muss sich der Berufungskläger mit beiden Begründungen auseinandersetzen (Ivo W. Hungerbühler, DIKE-Komm-ZPO, Art. 311 N 36 ff.). Zwar prüft die Berufungsinstanz nicht nur die geltend gemachten Rügen (Rügeprinzip). Der Berufungskläger hat sich aber mit der Begründung des erstinstanzlichen Entscheids auseinanderzusetzen; das Gericht muss den angefochtenen Entscheid nicht von sich aus

- 8 - auf Mängel untersuchen, es sei denn, der Sachverhalt sei geradezu willkürlich festgestellt worden oder das Recht sei geradezu willkürlich angewandt worden (Reetz/Theiler, a.a.O.). Aufgrund der umfassenden Überprüfungsbefugnis ist die Berufungsinstanz nicht an die mit den Rügen vorgebrachten Argumente oder an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden, sie kann die Rügen auch mit abweichenden Erwägungen gutheissen oder abweisen (vgl. Reetz/Theiler, a.a.O., Art. 310 N 6).

E. 2.3

des Vertrages vom 2. August 2001" verlange, so müsse dies nach dem anwendbaren belgischen Recht (Art. 2052 und Art. 1182 CC) bedeuten, dass der Vergleichsvertrag zustande gekommen und die früheren Vereinbarungen hinfällig geworden seien. Art. 2052 CC verbiete die Anfechtung eines Vergleichsvertrags wegen Vertragsverletzung und wolle von der ratio legis her gesehen den Bestand eines einmal geschlossenen Vergleichs sichern. Die Parteien hätten Art. 2052 CC zuwidergehandelt, indem sie die richtige Erfüllung der einen Hauptleistung zur aufschiebenden Bedingung für den Kern des Vergleichs, nämlich

die Erledigung der hängigen Klage und die Vermeidung von prozessualer Inanspruchnahme wegen Verantwortlichkeit, gemacht hätten. Die logische Folge solchen Verhaltens müsse entsprechend der Regelung von Art. 2052 CC gerade nicht das Dahinfallen, sondern der Weiterbestand des Vergleichs sein. Zumindest jedoch könne die Vertragsleistung dadurch nicht der Regelung des Art. 1182 CC entzogen werden. Mit anderen Worten gälten bei einer Gleichsetzung von Suspensivbedingung und Vertragsleistung für letztere dennoch die nach Verschulden abgestuften Rechtsfolgen des Art. 1182 CC. Entsprechend müsse der Gläubiger gemäss Absatz 3 und 4 dieser Bestimmung bei einer Verschlechterung der Sache ohne Verschulden des Schuldners die Wahl haben, entweder die Verpflichtung aufzulösen (bzw. im Falle eines suspensiv bedingten Vergleichs dann eben nicht zustande kommen zu lassen), oder die Lieferung der Sache im Zustand, in dem sie sich befinde, ohne Preisminderung bzw. bei Verschulden mit Schadenersatz zu verlangen. Diese Wahl müsse schon darum möglich sein, weil nach dem Willen des belgischen Gesetzgebers gemäss Art. 2052 CC ein zustande gekommener Vergleich trotz Vertragsverletzung Bestand haben solle. Daraus dürfe ohne Weiteres gefolgert werden, dass im Falle eines suspensiv bedingten Vergleichs vom belgischen Ge-

- 62 - setzgeber auch dessen Zustandekommen gefördert werde. Damit seien die erwähnten Januarverträge hinfällig geworden. Unter diesen Umständen brauche die von der Beklagten aufgeworfene Frage, ob es sich bei der fraglichen Bedingung um ein unzulässiges konkursrechtliches Vorrecht handle, nicht mehr behandelt zu werden (Urk. 122 S. 95 ff.). Da die Klägerin die Erfüllung samt positivem Vertragsinteresse des E._____ verlange, könne sie nach belgischem Recht nicht gleichzeitig geltend machen, dessen Bedingung sei nicht eingetreten und demzufolge seien die früheren Vereinbarungen aufrecht geblieben (Urk. 122 S. 102). 2. a) Die Klägerin hat in der Berufungsbegründung ausgeführt, sie habe nie behauptet, die verschiedenen Übereinkommen des Jahres 2001 hätten eine Assoziierungsvereinbarung gebildet (Urk. 121 S. 61). Der Wille der Parteien beim E._____ sei klar gewesen: Damit die Parteien bezüglich der Vergangenheit auseinandergesetzt gewesen wären, hätten C._____/B._____ die erste Kapitalerhöhung per 3. Oktober 2001 vollziehen müssen. Falls sie dies nicht täten, bestünde ihre Haftung bezüglich der Vorverträge weiter wie auch ihre Haftung als faktische Organe der A._____. Die Erfüllung eines Teils der Verpflichtungen im E._____ sollte die Suspensivbedingung aufheben (Urk. 121 S. 173 und S. 175 f.). C._____/B._____ seien aber ihren Verpflichtungen nicht nachgekommen. Damit sei jegliche Möglichkeit des Haftungsausschlusses endgültig verwirkt. In der Zwischenzeit sei der Schaden eingetreten, den die Parteien gerade durch die Vereinbarung vom 2. August 2001 hätten verhindern wollen. Laut dessen Art. 6 seien somit die Januarverträge unberührt geblieben und es sei nicht ersichtlich, weshalb die Klägerin nicht zwischen Ansprüchen aus den Januarverträgen und solchen aus dem Vertrag vom 2. August 2001 sollte wählen können. Selbst wenn man die Kollokation der Forderungen von A._____ aus diesem Vertrag in der Höhe von EUR 258 Mio. als (verspätete und ungenügende) Erfüllung ansehen wollte, würde die Beklagte immer noch Schadenersatz aus Verzug schulden. Dieser Schaden sei im vorliegenden Fall viel höher als die versprochene Leistung. Die Klägerin verlange nicht das Erfüllungsinteresse, sondern unabhängig von einer Forderung auf Schadenersatz aus Nichterfüllung (d.h. EUR 258 Mio.) Schadenersatz aus Verzug (Urk. 121 S. 177 f.).

- 63 - b) Die Beklagte ist der Auffassung, dass die Klägerin keine Ansprüche aus den Januarverträgen ableite (Urk. 144 S. 110 f.). Die Klägerin bestehe auf der Erfüllung des

E._____ Agreement bzw. mache Schadenersatz wegen Nichterfüllung geltend. Weil sich die Klägerin zur Geltendmachung ihres Schadenersatzanspruchs gerade auf das E._____ Agreement stütze, sei die Vorinstanz zum zutreffenden Schluss gekommen, dass dieses gesamthaft in Kraft getreten sei und auch in Kraft bleibe. Dieses Ergebnis sei zwingend, weil nicht nur einzelne Teile der Vereinbarung Bestand haben könnten. Die Beklagte hält zudem daran fest, dass es sich bei Ziff. 6.7 des E._____ um eine unzulässige Klausel für den Insolvenzfall handle (Urk. 144 S. 114). 3. a) Die Parteien sind sich einig, dass die Klägerin nicht geltend gemacht hat, die verschiedenen Vereinbarungen im Jahre 2001 hätten eine Assoziierungsvereinbarung gebildet (Urk. 121 S. 61; Urk. 144 S. 112). Es war obsolet, die entsprechenden Erwägungen aus dem Parallelverfahren in den vorliegenden Prozess einzuführen. Die Frage einer Assoziierungsvereinbarung wäre nur zu prüfen gewesen, wenn wenigstens eine Partei eine entsprechende vertragliche Willensbildung – also eine Tatfrage – behauptet hätte. Unter diesen Umständen ist es irrelevant, dass die Vorinstanz Behauptungen aus dem Parallelverfahren herangezogen hat, ohne den Parteien hierzu das rechtliche Gehör zu gewähren. b) Die Klägerin macht aus der Verletzung der Januarverträge grundsätzlich keine andern Schadenersatzansprüche geltend als aus der Verletzung des E._____ (Urk. 82 S. 194 ff.). Das zur mangelhaften Substantiierung des Schadens und zum fehlenden Kausalzusammenhang Gesagte gilt auch hier (vorn A/4/f und g). Die vertragliche Verpflichtung im Shareholder Agreement (Art. 4.4 Abs. 2, Urk. 32/X.5 S. 11), aus der die Klägerin Schadenersatz aus der Auflösung des Kaufvertrags betreffend vier Flugzeuge des Typs ... fordert, betrifft ausdrücklich die C._____, wobei auch die Klägerin nichts anderes behauptet (Urk. 31 S. 642 f.). Das Gleiche gilt für die Schadenersatzforderung aus der Auflösung des Kaufvertrags betreffend neun Flugzeuge .../... (Urk. 31 S. 640 Ziff. XIII.27; Urk. 32/X.6 S. 7; Urk. 32/X.5 S. 11). Damit ergibt sich aus der Verletzung der Januarverträge von vornherein keine zusätzliche Forderung der Klägerin gegen die Beklagte.

- 64 - c) Unter dem Titel "Cancellation of Certain Agreements and Settlement of Claims" halten die Vertragsparteien im Vertrag vom 2. August 2001 (Urk. 32/X.24; vgl. auch die Zusammenfassung des Vertragsinhalts durch die Beklagte in Urk. 48 S. 28 f.) u.a. fest, dass das Share Transfer Agreement und das Supplementary Agreement vom 25. Januar 2001 aufgehoben werden sollen (Art. 6.1) und keine Partei zusätzliche, nicht im Vertrag vom 2. August 2001 geregelte Verpflichtungen, habe (Art. 6.4). Der Vertrag soll eine vollständige und endgültige Einigung im Sinne von Art. 2044 CC darstellen (Art. 6.6). Diese Bestimmungen sollen indes nur Gültigkeit erlangen, wenn B._____ oder C._____ anfangs Oktober 2001 Aktien bzw. Partizipationsscheine der A._____ gemäss Vereinbarung zeichnen und liberieren würden. Würde diese Bedingung nicht erfüllt, nähmen der belgische Staat, die Public Institutions (G._____ S.A., H._____ S.A., I._____ S.A.) und A._____ die Verfahren am Handelsgericht in Brüssel wieder auf (Art. 6.7). Art. 2044 CC enthält die gesetzliche Umschreibung des Vergleichs ("La transaction est un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître. Ce contrat doit être rédigé par écrit."). Gemäss Art. 2052 CC haben Vergleiche die Rechtskraft eines letztinstanzlichen Entscheides. Sie können weder wegen Rechtsirrtum noch wegen Übervorteilung angefochten werden ("Elles ne peuvent être attaquées pour cause d'erreur de droit, ni pour cause de lésion."). Insbesondere die Ungleichheit der gegenseitigen Zugeständnisse bildet keinen Anfechtungsgrund (Vorinstanz im Entscheid des Kassationshofes vom 13. September 2004, C.03.0540.F). Dass die Parteien diese Bestimmung mit dem Abschluss des E._____ verletzt hätten, ist entgegen der Vorinstanz

nicht ersichtlich. Die Aufhebung der Januarverträge, der Klagerückzug und der Verzicht auf allfällige Verantwortlichkeitsansprüche sollten von der Zeichnung der Aktien und Partizipationsscheine und der Bezahlung der ersten Rate von 51.16 % abhängig sein. Dies mag zwar aus Sicht von C._____ und B._____ eine unvorteilhafte Vereinbarung gewesen sein, weil sie bei Nichterfüllung dieser Verpflichtung die Gegenleistungen verloren und dennoch aus dem Vertrag vollumfänglich leistungspflichtig blieben. Nicht einmal die Beklagte hat aber geltend gemacht, sie sei dadurch übervorteilt worden, wobei gerade dies kein Anfechtungsgrund für den Vertrag wäre. Im Übrigen bezieht sich die Erwähnung des Art.

- 65 - 2044 CC in Art. 6.6 des Vertrages offensichtlich darauf, dass bei Erfüllung der Bedingung die gegenseitigen und weitere Klagen vergleichsweise beigelegt würden. Man kann sich daher mit Fug fragen, ob das E._____ als Ganzes einen Vergleich im Sinne von Art. 2044 CC darstellt. Die Frage kann aber offen bleiben. Art. 1182 CC enthält Bestimmungen über die Gefahrtragung für eine Sache, die Gegenstand einer Verbindlichkeit ist, die unter einer aufschiebenden Bedingung eingegangen worden ist. Nach Absatz 3 hat der Gläubiger für den Fall, dass die Sache ohne Verschulden des Schuldners beschädigt wurde, die Wahl, entweder die Verbindlichkeit aufzulösen oder die Sache ohne Verringerung des Preises in dem Zustand, in dem sie sich befindet, einzufordern. Ist die Sache durch Verschulden des Schuldners beschädigt worden, hat der Gläubiger das Recht, entweder die Verbindlichkeit aufzulösen oder die Sache in dem Zustand, in dem sie sich befindet, nebst Schadenersatz einzufordern (Abs. 4). Diese Regeln beschlagen die Gefahrtragung während des Schwebezustands bis zur Erfüllung der Bedingung oder deren Ausfall. Vorliegend steht fest, dass die Zeichnung und Zahlung anfangs Oktober 2001 nicht erfüllt wurde, der Eintritt der Bedingung also ausfiel. Für die Anwendung von Art. 1182 CC besteht daher von vornherein kein Raum. Hinzu kommt, dass die bedingte Leistung in der Aufhebung der Januarverträge etc. bestand und diesbezüglich keine "Verschlechterung der Sache" eingetreten war. Die Vertragsleistung von C._____ und B._____ stand dagegen nicht unter einer Bedingung; die Nichterfüllung der Vertragsleistung zieht nicht die Rechtsfolgen von Art. 1182 CC nach sich. d) Zu prüfen ist, ob die Art. 6.1 bis 6.6 des E._____ deshalb in Kraft getreten sind, weil die Klägerin die Erfüllung des Vertrages durch die Beklagte verlangt und Schadenersatz geltend macht. Die Beklagte hatte geltend gemacht, der Vertrag sei mit der Aufnahme in den Kollokationsplan erfüllt worden, womit auch der Haftungsausschluss "weiterhin" Geltung habe (Urk. 48 S. 50 f.; Urk. 89 S. 71 und 75). Die Vorinstanz erwog, wenn Erfüllung verlangt werde, so sei Realerfüllung die Regel. Sei diese nicht mehr möglich, so könne der Gläubiger die sogenannte "exécution par équivalent" verlangen. Diese bestehe darin, dass der Schuldner dem Gläubiger den durch die Nichterfüllung entstandenen Schaden ersetze, in-

- 66 - dem er den Gläubiger soweit als möglich so stelle, wie wenn er den Vertrag erfüllt hätte: "que dans le cas où, comme en l'espèce, le créancier réclame l'exécution de la convention, le juge est lié par ce choix et ne peut prononcer la résolution de la convention avec dommage-intérêts" (Cour de Cassation, 5 septembre 1980, Pas. 1981, I, n° 2809, S. 17 f.). Da die Klägerin die Erfüllung samt positivem Vertragsinteresse verlange, könne sie also nach belgischem Recht nicht gleichzeitig geltend machen, dessen Bedingung sei nicht eingetreten und demzufolge seien die früheren Vereinbarungen aufrecht geblieben (Urk. 122 S. 102). Der zitierte Entscheid bezieht sich auf Art. 1184 CC ("La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des

deux parties ne satisfera point à son engagement. Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts. La résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances."). Der Entscheid besagt einzig, wenn der Gläubiger, dessen Anspruch bei einem zweiseitigen Vertrag nicht erfüllt worden sei, nachträgliche Erfüllung verlange, könne der Richter stattdessen nicht die Auflösung des Vertrages unter Zusprechung von Schadenersatz verfügen. Der vorliegende Fall liegt anders: B. _____ oder C. _____ hätten anfangs Oktober 2001 Aktien bzw. Partizipationsscheine zeichnen und liberieren müssen. Die Kollokation von EUR 258 Mio. bedeutet nicht Erfüllung dieser Verpflichtung und schon gar nicht rechtzeitige Erfüllung der Bedingung. Die Klägerin kann sehr wohl Schadenersatz für die ausgebliebene Zeichnung und Liberierung unter Aufrechterhaltung des Vertrages verlangen, wobei ihre bedingt geschuldete Leistung – Verzicht auf Ansprüche aus den Januarverträgen und auf Verantwortlichkeitsansprüche – zufolge Ausfalls der Bedingung weggefallen ist. e) aa) Die Beklagte hat vor Vorinstanz geltend gemacht, wenn der Haftungsausschluss gemäss Art. 6.1 bis 6.6 des E. _____ aufgrund von Art. 6.7 (welcher die Bedingung enthält) entfalle, käme man zum verbotenen Resultat einer Schaffung eines konkursrechtlichen Vorrechts. Bei Art. 6.7 handle es sich um eine

- 67 - Vertragsklausel für den Insolvenzfall, die bezwecke, A. _____ die Möglichkeit einer höheren Dividende zu verschaffen. Als der Vertrag im August 2001 abgeschlossen worden sei, hätten sich C. _____ und B. _____ schon in einer kritischen finanziellen Lage befunden, was A. _____ und die belgischen Aktionäre gewusst hätten. Art. 6.7 habe somit direkt auf den Fall eines Konkurses von C. _____ bzw. B. _____ abgezielt. Eine solche Klausel verletze die Gläubigergleichbehandlung und sei daher als Gesetzesumgehung unzulässig (Urk. 48 S. 51 Rz 132). bb) Die Klägerin geht mit der Beklagten davon aus, dass B. _____ mindestens seit anfangs 2001 überschuldet war, doch habe sie ihre Vertragspartner nicht über ihre Überschuldung informiert (Urk. 48 S. 136; Urk. 82 S. 103). Unbestritten ist, dass die schlechte finanzielle Lage der D. _____-Gruppe bereits im ersten Halbjahr 2001 insbesondere auch in der belgischen Presse Thema war und auch die Frage eines Konkurses der schweizerischen Aktionärin von A. _____ aufgeworfen wurde (Urk. 48 S. 137 f.; Urk. 82 S. 241; Urk. 121 S. 113). Die schlechte finanzielle Lage der D. _____-Gruppe konnte A. _____ nicht verborgen geblieben sein, da Verwaltungsratsmitglieder bei A. _____ auch im Verwaltungsrat von C. _____ sassen (Urk. 31 S. 100 ff.). Die Klägerin hat sich zum Vorbringen der Beklagten, es handle sich bei Art. 6.7 um eine unzulässige Vertragsklausel für den Insolvenzfall, mit der bezweckt worden sei, A. _____ eine höhere Dividende zu verschaffen, nicht geäußert. Eine substantiierte Bestreitung dieser Darstellung liegt nicht vor. In der Replik hat die Klägerin zu den Randziffern 89 bis 138 der Klageantwort – das sind 15 Seiten der Replik – lediglich "Bestritten. Es wird auf die klägerischen Ausführungen in der EKB [Urk. 31] und in der vorstehenden Replik verwiesen." geschrieben (Urk. 82 S. 231). Weder in Urk. 31 noch in der Replik hat die Klägerin aber zur Darstellung der Beklagten Stellung genommen. Damit ist die Klägerin der Vorschrift von § 113 Satz 2 ZPO/ZH nicht nachgekommen, wonach die Parteien ihre Behauptungen bestimmt und vollständig aufzustellen und sich im Einzelnen über das Vorbringen des Gegners auszusprechen haben. Im Übrigen hat die Klägerin aber durchaus zu den einzelnen Vorbringen der Beklagten Stellung genommen (Urk. 82 S. 226 ff.). Sie bestreitet offensichtlich auch nicht alles von der Beklagten in den

Randziffern 89 bis 138 der Klageantwort Vorgetragen. So sind sich die Parteien einig, dass die Forderungen nach belgischem

- 68 - Recht zu beurteilen sind (Urk. 48 S. 37; Urk. 82 S. 157), dass im Nachlassliquidationsverfahren der Grundsatz der Gleichbehandlung der Gläubiger zu beachten ist (Urk. 48 S. 39; Urk. 82 S. 158), dass sich B._____ (auch) Ende September 2001 in Überschuldung befand (Urk. 48 S. 42), dass B._____ mit einem Anteil von 49,5 % Aktionärin von A._____ war (Urk. 48 S. 47; Urk. 82 S. 83; Urk. 31 S. 36). Auf der andern Seite hat die Klägerin im Einzelnen die Auffassung der Beklagten bestritten, wonach sich die Frage des Ordre public stelle, die Vertragserfüllung gegen Strafnormen verstossen hätte, eine Zahlung zur paulianischen Anfechtung hätte führen oder eine Organhaftung hätte auslösen können und die Gläubiger durch die Kollokation einer Schadenersatzforderung wegen Verzugs ungleich behandelt würden (Urk. 82 S. 160 ff.). Mangels substantiierter Bestreitung ist somit davon auszugehen, dass es sich bei Art. 6.7 um eine Vertragsklausel für den Insolvenzfall handelt (vgl. ZR 89 Nr. 50). Deren Zulässigkeit ist zu prüfen. cc) Abreden, welche Bestand und Umfang der Vertragsleistungen regeln, können indirekt die Privilegienordnung nach Art. 219 SchKG verletzen. Dies ist dem Grundsatz nach dann der Fall, wenn Forderungen begründet werden, welche ohne Insolvenz entweder gar nicht oder nicht in diesem Umfang bestehen würden. In diesen Fällen liegt eine Umgehung von Art. 219 SchKG vor (BSK SchKG II-Lorandi, Art. 219 N 53; BLSchK 1952 S. 88 f.). Klauseln über Mehrleistungen an die solvente Partei sind unzulässig (Ist das schweizerische Sanierungsrecht revisionsbedürftig? Bericht der Expertengruppe Nachlassverfahren vom April 2005, S.

E. 3

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., Art. 316 N 34). Wie im Folgenden zu zeigen sein wird, ist die Sache spruchreif, so dass bereits nach dem ersten Schriftenwechsel aufgrund der Akten zu entscheiden ist.

E. 4

a) Die Klägerin hat vor Vorinstanz Schadenersatz aus der Nichterfüllung des Vertrages vom 2. August 2001 gestützt auf Art. 1146 des belgischen Code Civil verlangt (Urk. 31 S. 674 ff.). Gemäss dieser Bestimmung muss Schadenersatz nur dann geleistet werden, wenn der Schuldner im Verzug ist, seine Verbindlichkeit zu erfüllen, ausgenommen jedoch in dem Fall, wo die Sache, die zu geben oder zu tun er sich verpflichtet hatte, nur innerhalb einer bestimmten Frist gegeben oder getan werden konnte, und er diese hat verstreichen lassen ("Les dommages et intérêts ne sont dus que lorsque le débiteur est en demeure de remplir

son obligation, excepté néanmoins lorsque la chose que le débiteur s'était obligé de donner ou de faire ne pouvait être donnée ou faite que dans un certain temps qu'il a laissé passer.").

b) aa) Die Vorinstanz bejahte eine Vertragsverletzung durch B._____ nach belgischem Recht, indem sie schon die erste Rate schuldig geblieben und bis zum Urteilsdatum keine vollumfängliche Zahlung erfolgt sei (Urk. 122 S. 57). Während die Klägerin dieser Auffassung beipflichtet (Urk. 121 S. 104), bestreitet die Beklagte das Vorliegen einer Vertragsverletzung. Der Konkurs stelle nach schweizerischem Rechtsverständnis keine Pflichtverletzung bzw. Vertragsverletzung dar. Folglich habe der Gläubiger keinen Anspruch auf Schadenersatz, wenn der Schuldner aufgrund seiner Insolvenz seinen Verpflichtungen nicht mehr nachkommen könne. Diese materielle Besonderheit des schweizerischen Insolvenzrechts müsse auch im vorliegenden Kollokationsverfahren – ungeachtet der Anwendung belgischen Rechts – eingehalten werden. Ansonsten wären ausländische Gläubiger gegenüber inländischen bevorzugt. Mit der Aufnahme der vollständigen Forderung von A._____ gemäss Ziff. 2 des E._____s im Kollokationsplan der dritten Klasse habe B._____ ihre Verpflichtung schliesslich erfüllt. Darüber hinausgehende Ansprüche von A._____ bestünden auch nach belgischem Recht nicht (Urk. 144 S. 75 f.).

- 24 - bb) Indem B._____ die vertraglich geschuldeten Leistungen am 3. Oktober 2001 nicht erbracht hat, geriet sie in Verzug im Sinne von Art. 1146 CC; angesichts des festgelegten Erfüllungstages war eine Mahnung im Sinne von Art. 1139 CC nicht notwendig. Damit hat B._____ nach belgischem Recht eine Vertragsverletzung begangen. Auf die Einwände der Beklagten ist später einzugehen (nachfolgend lit. e). c) Zu prüfen ist, ob B._____ die Nichterfüllung nach belgischem Recht vorwerfbar ist. Nach Art. 1147 CC wird der Schuldner, wenn dazu Grund besteht, entweder aufgrund der Nichterfüllung der Verbindlichkeit oder aufgrund der verzögerten Erfüllung dieser Verbindlichkeit jedes Mal zur Zahlung von Schadenersatzes verurteilt, wenn er nicht nachweist, dass die Nichterfüllung auf eine fremde Ursache zurückzuführen ist, die ihm nicht zugerechnet werden kann, auch wenn von seiner Seite keine Bösgläubigkeit vorliegt ("Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part."). Weiter bestimmt Art. 1148 CC, dass kein Schadenersatz geleistet werden muss, wenn der Schuldner infolge höherer Gewalt oder durch Zufall daran gehindert worden ist, das zu geben oder zu tun, wozu er verpflichtet war, oder das getan hat, was ihm verboten war ("Il n'y a lieu à aucun dommages et intérêts lorsque, par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé, ou a fait ce qui lui était interdit."). aa) Die Vorinstanz erwog, es sei davon auszugehen, dass bei der vertraglichen Haftung wegen Nichterfüllung nach belgischem Recht ein Verschulden immer dann gegeben sei, wenn keine Fremdersache ("cause étrangère") vorliege. Die Nichterfüllung sei mit anderen Worten grundsätzlich einem Verschulden gleichzusetzen. Eine solche Fremdersache könne in der Form der "force majeure", insbesondere in deren Unterform des Hoheitsaktes "fait du prince" vorliegen. Als Hoheitsakt komme sowohl ein direkter Befehl einer Verwaltungsbehörde als auch die Verabschiedung eines Gesetzes in Frage, welches dem Schuldner die

- 25 - Erfüllung unmöglich mache, was sich auch auf die Bezahlung einer Geldsumme beziehen könne. "Force majeure" liege ganz allgemein bei einem unvorhersehbaren Ereignis vor, welches die Ausführung des Vertrages unmöglich mache, ohne dass ein Verschulden des Schuldners gegeben sei. Dabei genüge nach der herrschenden Meinung eine vernünftige Unmöglichkeit. Zutreffend mache die Klägerin geltend, dass die angeführten schweizerischen Rechtsnormen (gemeint offenbar Art. 725 OR (in der damals gültigen Fassung) in Verbindung mit Art. 725a OR; Art. 167 StGB [Urk. 122 S. 48]), welche eine Zahlung am 3. Oktober 2001 verboten hätten, nicht unvorhersehbar gewesen seien und insofern keine "force majeure" gegeben sein könne. Ebenso sei die Notwendigkeit einer Nachlassstundung beim Abschluss des Vertrages am 2. August 2001 nicht mehr völlig ausser Reichweite und insofern auch nicht unvorhersehbar gewesen. Aus diesen Gründen könnte wohl – käme es darauf an – keine "force majeure" bejaht werden und wäre ein Verschulden der Beklagten nach belgischem Recht zu bejahen. Die Beklagte mache ein weiteres Ereignis, nämlich die Attentate vom 11. September 2001, als "force majeure" geltend. Weil die finanzielle Situation der B._____ damals schon prekär gewesen sei, sei die Vornahme der 20 Tage nach den Terroranschlägen vorgesehenen Zahlung unmöglich gemacht worden. Die Klägerin argumentiere demgegenüber, würden diese Ereignisse als "force majeure" anerkannt, so wären weltweit alle Fluggesellschaften wegen dieser Attentate sofort von jeglichen Verpflichtungen gegenüber ihren Vertragspartnern befreit worden. Zweifellos – so die Vorinstanz weiter – müsse die Unvorhersehbarkeit der Ereignisse des 11. September 2001 im Sinne des belgischen Rechts betreffend "force majeure" bejaht werden. In Bezug auf die Unmöglichkeit bestreite die Klägerin nicht, dass diese an den Umständen und den menschenmöglichen Mitteln zu messen sei, welche aufgewendet werden könnten. Allerdings mache sie (im Rahmen der Kausalitätsfrage) geltend, die belgische Lehre und Rechtsprechung bejahten eine vertragliche Haftung unabhängig vom Bestehen einer allenfalls anderen Schuld (im Sinne von Verschulden), welche ebenfalls den Schaden verursacht haben könnte. Die Verbindung zwischen Schuld und Schaden müsse aber notwendig sein. Dies stimme insofern mit den Ausführungen der Beklagten überein, als diese von einer *conditio sine qua non* spreche. Dennoch sei kaum von ei-

- 26 - ner "force majeure" im Zusammenhang mit dem 11. September 2001 auszugehen, weil dieses Ereignis allein noch keine Unmöglichkeit begründet habe. Dies umso mehr, als dieser rund drei Wochen vor dem 3. Oktober 2001 liegende Vorfall sich noch nicht derart auswirken können, dass darin die Hauptursache für die damaligen Liquiditätsprobleme der Beklagten gesehen werden könnten. Diese Frage werde allerdings unter dem Titel "Kausalität" entschieden. Die Frage des Verschuldens nach belgischem Recht sei aber letztlich nicht entscheidend, weil die Anwendung zwingenden schweizerischen Rechts zur Verneinung der Verschuldensfrage führen müsse (Urk. 122 S. 59 f.). bb) In der Berufungsantwort hält die Beklagte daran fest, dass die genannten zwingenden schweizerischen Rechtsnormen den "fait du prince" darstellten. Aufgrund dieser Vorschriften sei es B._____ untersagt gewesen, die aufgrund des E._____ geschuldete Zahlung vorzunehmen. Die Terroranschläge vom 1. September 2011 und deren Auswirkungen auf den Flugverkehr bildeten die "force majeure". Die finanzielle Lage der B._____ sei schon vor den Terroranschlägen prekär gewesen. Die Ereignisse vom 11. September 2001 und ihre Auswirkungen auf das Fluggeschäft hätten die vorgesehene Zahlung am 3. Oktober 2001 unmöglich gemacht (Urk. 144 S. 76 f.). Demgegenüber ist die Klägerin der Auffassung, die Voraussetzungen eines "fait du prince" seien keinesfalls

erfüllt. Zahlungsunfähigkeit, auch wenn sie sowohl nach belgischem als auch nach schweizerischem Recht die Anwendbarkeit gewisser Bestimmungen auszulösen vermöge, welche die wirtschaftliche Freiheit des Schuldners einschränkten, könne niemals ein unverschuldetes unüberwindbares Hindernis für eine Vertragserfüllung sein, es sei denn der Schuldner könne beweisen, dass die Zahlungsunfähigkeit ohne sein Zutun völlig schicksalhaft und unabwendbar eingetreten sei. Dasselbe gelte für die höhere Gewalt. Diese liege nur vor, wenn ein Ereignis eintrete, welches sowohl unvorhersehbar als auch unabhängig jeglichen Verschuldens desjenigen sei, der sich auf sie berufe. Bei Zahlungsunfähigkeit werde aber schuldhaft Verursachung vermutet; ein Schuldner könne lediglich versuchen, den Exkulpationsbeweis anzutreten. Vorliegend sei ein solcher Beweis nicht im Ansatz erbracht worden; das Gegenteil, klar selbstver-

- 27 - schuldet Zahlungsunfähigkeit, sei erstellt. Ein allfälliges Zahlungsverbot nach Art. 725 aOR (Fassung 2001), Art. 725a OR oder Art. 167 StGB könne daran nichts ändern, denn es wäre durch die Zahlungsunfähigkeit der Beklagten ausgelöst worden und nicht deren Ursache. Wie das Bundesgericht festgehalten habe, dürfe man nicht in den Wirkungen eines Ereignisses dessen Ursache sehen (BGE 60 II 337; Urk. 121 S. 82 ff., 105 ff.). cc) Nach der belgischen Rechtsprechung liegt höhere Gewalt vor, wenn nach der Vertragsschliessung ein unvorsehbares und unüberwindbares Ereignis eintritt, das die Erfüllung der Schuld verunmöglicht, ohne dass dem Schuldner ein fehlerhaftes Verhalten vorgeworfen werden könnte, indem es sich um eine Drittursache handelt, bei der keinerlei Verschulden des Schuldners mitgewirkt hat. Höhere Gewalt kann auch ein staatlicher Hoheitsakt (fait du prince) bilden. Es handelt sich dabei nur um einen Anwendungsfall der höheren Gewalt. Definitionsgemäss muss dieser Hoheitsakt nach der Vertragsschliessung ergangen sein. Bei Gattungsschulden, allem voran Geld, tritt grundsätzlich keine Unmöglichkeit der Erfüllung ein: res genera non pereunt. Geld kann man sich theoretisch immer beschaffen. Eine Ausnahme macht die belgische Rechtsprechung, wenn die Zahlung durch einen Hoheitsakt untersagt wird (vgl. Cour d'appel vom 25.01.2000, F-20000125-2; Cour de Cassation vom 13.05.1996, F-19960513-1). Vorliegend kann sich die Beklagte nicht auf höhere Gewalt berufen. Kein nach dem 2. August 2001 ergangener staatlicher Hoheitsakt hinderte B._____, die geschuldeten Zahlungen zu erbringen. Die Terroranschläge vom 11. September 2001 bilden zwar höhere Gewalt, verunmöglichten aber nicht, Geldschulden zu begleichen. d) aa) Die Vorinstanz ist der Auffassung, dass eine Zahlung durch die Beklagte am 3. Oktober 2001 unter Ordre public-Gesichtspunkten rechtswidrig gewesen wäre, weshalb die Beklagte an der Nichterfüllung kein Verschulden treffe. Art. 17 IPRG schliesse die Anwendung von Bestimmungen eines ausländischen Rechts aus, wenn sie zu einem Ergebnis führen würde, das mit dem schweizerischen Ordre public unvereinbar sei. Vorbehalten blieben nach Art. 18 IPRG auch Bestimmungen des schweizerischen Rechts, die wegen ihres besonderen Zweckes, unabhängig von dem durch dieses Gesetz bezeichneten Recht, zwingend

- 28 - anzuwenden seien (Urk. 122 S. 41). Die Beklagte habe am 1. Oktober 2001 im Rahmen einer Pressekonferenz aufgrund der von ihr festgestellten Überschuldung ein Nachlassstundungsgesuch angekündigt. Sie führe zutreffend an, dass ein Schuldner in dieser Situation, abgesehen davon, dass er seine gesamten Kapazitäten auf die Vorbereitung des Nachlassstundungsgesuchs konzentrieren müsse, nicht mehr frei sei, Zahlungen in der vorliegenden Grössenordnung (rund EUR 132 Mio.) zu tätigen. Vielmehr sei dieser Entscheid in der gegebenen Situation nach schweizerischem Recht der Konkursverwaltung

zu überlassen. In der von der Beklagten damals angestrebten Nachlassstundung sei offen gewesen, wie sich diese auf die Verfügungsbefugnis der Beklagten auswirken würde (Möglich sei das ganze Spektrum zwischen blosser Aufsicht einer Sachwalterschaft und völliger Einschränkung der Verfügungsbefugnis gewesen.). Jedenfalls aber sei auch Art. 298 Abs. 2 SchKG zu beachten gewesen, wonach der Schuldner in der Nachlassstundung ohne Ermächtigung des Nachlassrichters nicht über Anlagevermögen verfügen dürfe. Es erhellte nun ohne weiteres, dass unter diesen Voraussetzungen der Beklagten im damaligen Zeitpunkt kurz vor Einreichung des Gesuchs um Anordnung der provisorischen Nachlassstundung die Hingabe von Liquidität im Umfang von EUR 132 Mio. – hätte sie denn solche gehabt – verboten gewesen sei. Die Vorschriften von Art. 725 aOR und 725a OR (Benachrichtigung des Richters bei Überschuldung der Gesellschaft, Eröffnung oder Aufschub des Konkurses) seien zwingend und für den Gläubigerschutz zweifellos so wesentlich, dass sie auch bei der grundsätzlichen Anwendbarkeit ausländischen Rechts zu beachten seien. Die Vorwirkung eines Konkurserkennnisses sei übrigens dem belgischen Recht nicht fremd, wenn gemäss Art. 12 des belgischen Konkursgesetzes bei "ernsthaften und objektiven Begebenheiten" der Zeitpunkt der Zahlungseinstellung auf bis zu sechs Monate vor dem Konkurserkennnis festgelegt werden könne und Handlungen nach der Zahlungseinstellung (allerdings nicht die Zahlung fälliger Schulden) unter bestimmten Voraussetzungen der Masse gegenüber unwirksam seien (Art. 17 Konkursgesetz; Urk. 122 S. 45 f.). Neben Art. 725 aOR in Verbindung mit Art. 725a OR habe auch Art. 167 StGB (Bevorzugung eines Gläubigers) eine Zahlung durch die Beklagte am 3. Oktober 2001 verboten (Urk. 122 S. 48). Nach dem Wortlaut von Art. 167 StGB gehe es

- 29 - hier um die Zahlung nicht verfallener Schulden, die Zahlung anders als durch übliche Zahlungsmittel oder die Sicherstellung von Schulden aus eigenen Mitteln in der Absicht, einen Gläubiger zum Nachteil anderer zu bevorzugen. Dabei handle es sich hier immer nur um schon zahlungsunfähige Schuldner. Die Literatur sei sich im Übrigen einig darin, dass es dem insolventen Schuldner an sich nicht verwehrt sei, seinen Verbindlichkeiten nachzukommen. Dies bedeute, dass Zahlungen eines solchen Schuldners durchaus erlaubt sein können, wenn eben die Absicht der Gläubigerbevorzugung fehle oder kein Nachteil für die anderen Gläubiger resultiere. Insbesondere wo eine Zahlung einer fälligen Schuld zur Abwendung grösseren Schadens erfolge, könnte eine solche Zahlung durchaus erlaubt sein. Schmid bringe dies mit der Formel zum Ausdruck, es gehe bei Art. 167 StGB um Leistungen und Sicherstellungen, die vom Gläubiger gemäss der materiellen Rechtslage im Zeitpunkt ihrer Vornahme nicht in der ihn bevorzugenden Weise durchgesetzt werden könnten (Schmid, BLSchK 50 [1986], S. 212). Dies bedeute aber in der Konsequenz, dass die vorliegend diskutierte Zahlung effektiv unter das strafrechtliche Zahlungsverbot gefallen sei. Denn wenn der Schuldner seine Insolvenz bereits mit Pressekonferenz publik gemacht bzw. ein Gesuch um Nachlassstundung angekündigt habe und ein solches Gesuch wie vorliegend einen Tag nach der Fälligkeit der Schuld eingereicht werde (und dies im Übrigen erst in diesem Zeitpunkt, weil solche Gesuche eben eine gewisse Vorbereitungszeit brauchten, andernfalls es schon am 3. Oktober 2001 hängig gewesen wäre), so sei die von der Beklagten an die Klägerin geschuldete Leistung im massgeblichen Zeitpunkt nicht mehr durchsetzbar gewesen. Vorausgesetzt sei nämlich, so auch Schmid, dass der Gläubiger den Forderungsbetrag noch vor dem Konkurs (dem hier die provisorische Nachlassstundung gleichzusetzen sei) durchsetzen könnte. Da dies vorliegend nicht der Fall sei, wäre eine von der Beklagten am 3. Oktober 2001 vorgenommene Zahlung von EUR 132 Mio. an die

Klägerin straf- rechtlich von Belang gewesen (Urk. 122 S. 47). bb) Die Klägerin weist darauf hin, dass sich gemäss Lehre und Rechtspre- chung die Prüfung der Vereinbarkeit mit dem schweizerischen Ordre public auf das konkrete Resultat beziehen müsse, zu welchem die Anwendung ausländi- schen Rechts in casu führe. Es stelle sich also die Frage, ob der schweizerische

- 30 - Ordre public vorliegendenfalls tangiert würde, wenn Zahlungsunfähigkeit keine haftungsausschliessende Wirkung hätte. Dies wiederum führe zur Frage nach den Konsequenzen des Verzugs zufolge Zahlungsunfähigkeit einer Vertragspartei nach schweizerischem Recht, insbesondere wenn der Verzug vor einem Konkurs der fraglichen Partei eintrete. Zahlungsunfähigkeit sei auch nach schweizeri- schem Recht kein Haftungsausschlussgrund. Sie könne den Schuldner nur exkul- pieren, wenn dieser beweise, dass er nicht schuldhaft in die Lage der Zahlungs- unfähigkeit geraten sei. Sowohl nach schweizerischem als auch nach belgischem Recht habe die Zahlungsunfähigkeit per se nicht zur Folge, dass eine Vertrags- verletzung als nicht schuldhaft erscheine, es sei denn der Schuldner beweise, dass seine Zahlungsunfähigkeit schicksalhaft und unabwendbar eingetreten sei. Im vorliegenden Fall sei jedoch offensichtlich, dass die Zahlungsunfähigkeit der B._____ weder schicksalhaft noch unabwendbar gewesen sei. Damit seien die gesamten Erwägungen der Vorinstanz zunichte gemacht, insbesondere die vor- instanzliche Auffassung, dass sich aus den in Art. 167 StGB, Art. 725 Abs. 2 aOR und Art. 725a OR stipulierten Zahlungsverboten per se ergebe, dass die Ver- tragsverletzung nicht schuldhaft sei. Die Vorinstanz habe etwas als Ursache an- gesehen, was nur eine Wirkung sei. Die wirkliche Ursache der Zahlungseinstel- lung von Anfang Oktober 2001 sei in der Zahlungsunfähigkeit der Beklagten zu suchen. Sich auf ein Zahlungsverbot als Ursache abzustützen, welches (gegebe- nenfalls) eine Zahlung gerade wegen der Zahlungsunfähigkeit verhindern solle, hiesse demgegenüber nichts anderes, als dass man die Zahlungsunfähigkeit per se als Exkulpation gelten liesse. Genau dies sei aber unhaltbar (Urk. 121 S. 85 ff.). Nach Ansicht der Beklagten verkennt die Klägerin, dass weder die Zah- lungsunfähigkeit noch der Konkurs als Schuldausschlussgrund geltend gemacht werde. Vielmehr berufe sich die Klägerin [recte: Beklagte] auf zwingend anwend- bare Normen und Umstände, welche eine Zahlung am 3. Oktober 2001 verboten hätten. Folglich könne in der Nichtzahlung kein Verschulden erblickt werden. Eine überschuldete Gesellschaft könne nicht mehr frei über ihr Vermögen verfügen, unabhängig von der Tatsache, ob der Konkurs schon eröffnet bzw. die Nachlass- stundung schon beantragt worden sei. Die Argumentation der Klägerin, wonach

- 31 - nicht die Nachlassstundung, sondern das finanzielle Unvermögen der B._____ der Grund für die Nichterfüllung gewesen sei, gehe somit fehl. Auch sei die Vo- rinstanz gar nicht davon ausgegangen, dass Zahlungsunfähigkeit an sich haf- tungsausschliessend sei. Folgerichtig vermöge die Klägerin auch nicht aufzuzei- gen, wo die Vorinstanz von dieser Annahme ausgegangen sei. Die Vorinstanz habe lediglich festgehalten, dass die Zahlungsunfähigkeit für sich allein noch kein Verschulden bzw. keine Vertragsverletzung beinhalte. Die Klägerin behaupte im- mer wieder vergebens, dass Zahlungsunfähigkeit nicht dazu führe, dass kein Ver- schulden vorliege. Auf die Problematik, dass eine Zahlung gegen Art. 167 StGB verstossen hätte und zudem eine persönliche Haftung der Organe nach Art. 725 Abs. 2 aOR und Art. 725a OR i.V.m. Art. 754 OR mit sich gebracht hätte, gehe sie nicht ein. Ein Entscheid über die Verschuldensfrage nach belgischem Recht sei ohnehin hypothetischer Natur. Die Zahlung der Rate von EUR 132 Mio. am 3. Ok- tober 2001 sei

aufgrund zwingend anzuwendender Bestimmungen des SchKG, StGB und OR unzulässig gewesen. Diesen Bestimmungen komme Ordre public- Charakter zu, weshalb ein Verschulden ausser Betracht falle (Urk. 144 S. 62 f.). Die Zahlung der ersten Rate am 3. Oktober 2001 hätte die Pflicht zur Gleichbehandlung der Gläubiger verletzt. Bei Überschuldung bestehe ein aktienrechtliches Zahlungsverbot. Zudem hätten die verantwortlichen Organe von B._____ mit strafrechtlichen Konsequenzen rechnen müssen. Folglich könne in der Nichtleistung der Zahlung auch kein zivilrechtliches Verschulden erblickt werden, da es jedermann erlaubt sein müsse, von Handlungen Abstand zu nehmen, welche einen Straftatbestand erfüllten (Urk. 144 S. 68 ff.). cc) Art. 17 IPRG enthält den Vorbehalt des negativen Ordre public. Dieser Vorbehalt greift erst ein, wenn das Ergebnis der Beurteilung nach dem verwiesenen ausländischen Recht ermittelt ist und dieses Ergebnis das einheimische Rechtsgefühl in unerträglicher Weise verletzt bzw. aufstossende Weise Sinn und Geist der eigenen Rechtsordnung widerspricht. Die Anwendung der Ordre public- Klausel verlangt eine rechtsvergleichende Konfrontation. Das nach dem anwendbaren ausländischen Recht gefundene Resultat ist demjenigen des einheimischen Rechts gegenüberzustellen. Besteht zwischen den rechtspolitischen und sozialen Konzeptionen, die die beiden Rechte inspirieren, eine so grosse Verschiedenheit,

- 32 - dass die Anwendung der ausländischen Rechtsordnung erschüttert wird, so hat der Richter von der Kollisionsregel abzuweichen und das Forumsrecht anzuwenden (Vischer/von Planta, Internationales Privatrecht, 2. A., Basel 1982, S. 22). Von der Ermittlung und der hypothetischen Anwendung des an sich anwendbaren ausländischen Rechts ist indessen von vornherein abzusehen, wenn schweizerische Rechtsvorschriften gemäss Art. 18 IPRG unmittelbar, das heisst unabhängig von dem durch das Gesetz bezeichneten Recht, zwingend anzuwenden sind. Diese sog. lois d'application immédiate umfassen den positiven Ordre public. Zum positiven Ordre public gehören namentlich Normen, welche den wesentlichen Interessen der Gesellschaftsordnung, der politischen oder wirtschaftlichen Ordnung Rechnung tragen (BGE 128 III 204 f.; BGE 125 III 447; Vischer, Zürcher Kommentar zum IPRG, 2. A., Zürich 2004, Art. 17 N 7 ff.). Wie gesehen wird der Schuldner nach belgischem Recht schadenersatzpflichtig, wenn er eine vertraglich geschuldete Leistung nicht oder nicht rechtzeitig erbringt und nicht nachweist, dass die Nichterfüllung auf eine fremde Ursache zurückzuführen ist, die ihm nicht zugerechnet werden kann (Art. 1147 CC). Nach schweizerischem Recht hat der Schuldner, der sich im Verzug befindet, Schadenersatz wegen verspäteter Erfüllung zu leisten und haftet auch für den Zufall. Er kann sich von dieser Haftung durch den Nachweis befreien, dass der Verzug ohne jedes Verschulden von seiner Seite eingetreten ist oder dass der Zufall auch bei rechtzeitiger Erfüllung den Gegenstand der Leistung zum Nachteil des Gläubigers betroffen hätte (Art. 103 OR). Wird ein Gläubiger zufolge Ausbleibens einer vertraglich geschuldeten Leistung zahlungsunfähig, so kann der Schuldner grundsätzlich nach beiden Rechtsordnungen für den durch die Zahlungsunfähigkeit verursachten Schaden haftbar werden. Die Ordre public-Klausel steht daher einem Schadenersatzanspruch nach belgischem Recht in dieser Konstellation nicht entgegen. Zu prüfen ist, ob sich daran etwas ändert, weil die Beklagte ihrerseits überschuldet war und um Nachlassstundung nachsuchen musste. Die Frage ist ohne weiteres zu verneinen. Die Beklagte kann sich in dieser Situation weder nach schweizerischem noch nach belgischem Recht exkulpiert. Eine andere Frage ist, ob sich die Beklagte auf Art. 18 IPRG berufen und geltend machen kann, nach einzelnen schweizerischen Normen sei es ihr untersagt gewesen, an

- 33 - die Klägerin rechtzeitig zu leisten. Auch diese Frage ist zu verneinen. Wenn den verantwortlichen Organen bei einer Zahlung zivil- und strafrechtliche Nachteile drohten, dann war das Folge der Zahlungsunfähigkeit, für die sich die Beklagte nicht exkulpieren kann. Von den verantwortlichen Organen wird nicht rechtswidriges Handeln verlangt, indem die Beklagte ihrer Zahlungsverpflichtung trotz Zahlungsverboten hätte nachkommen müssen. Vielmehr wird die Beklagte aus Verzug (grundsätzlich) schadenersatzpflichtig, was weder dem schweizerischen Ordre public zuwiderläuft noch gegen zwingend anwendbares schweizerisches Recht verstösst. Die Klägerin hat sich zu Recht auf BGE 60 II 337 berufen, wo das Bundesgericht festgehalten hat, dass die Bank, die zufolge Zahlungsunfähigkeit den Richter angerufen hat und sich in Zahlungsverzug befindet, sich nicht mit dem Hinweis exkulpieren kann, ihr sei vom Gericht jegliche Zahlung untersagt worden, denn der Schuldner sei sehr oft der eigentliche Verursacher seiner Zahlungsunfähigkeit. Diesbezüglich müsste er sich exkulpieren, um der Haftung nach Art. 103 OR zu entgehen (Urk. 121 S. 88 f.). e) aa) Die Beklagte hat, wie bereits erwähnt, geltend gemacht, nach herrschender schweizerischer Rechtsprechung und Lehre stelle der Konkurs keine Pflicht- bzw. Vertragsverletzung dar. Der Gläubiger habe dementsprechend grundsätzlich keinen Anspruch auf Schadenersatz, wenn der Schuldner ihn aufgrund seiner Insolvenz nicht mehr bezahlen könne. Diese materielle Besonderheit des schweizerischen Insolvenzrechts müsse auch im vorliegenden Kollokationsverfahren – ungeachtet der Anwendung belgischen Rechts – eingehalten werden. Der ausländische Gläubiger wäre sonst gegenüber den inländischen Gläubigern im schweizerischen Konkurs- bzw. Nachlassliquidationsverfahren bessergestellt. Diese Rechtsfolge würde den Grundsatz der Gleichbehandlung der Gläubiger im schweizerischen Schuldbetreibungs- und Konkursrecht verletzen (Urk. 48 S. 38 f.). Die Klägerin ist demgegenüber der Auffassung, Konkurs und Nachlassstundung würden Verträge – mit Ausnahme der vom Gesetz abschliessend aufgeführten – nicht automatisch zum Erlöschen bringen. Daher könne der betroffene Vertragspartner und Gläubiger gemäss konstanter bundesgerichtlicher Rechtspre-

- 34 - chung eine Forderung entsprechend seinem Erfüllungsinteresse, also dem positiven Vertragsinteresse, eingeben. Dies müsse umso mehr gelten, wenn wie vorliegend die Nichterfüllung durch den Schuldner nichts mit den Wirkungen einer Nachlassstundung zu tun habe, sondern bereits vor Einleitung des Nachlassverfahrens erfolgt sei. In einem solchen Fall sei es indiskutabel, dass die normalen Regeln betreffend Nichterfüllung von Verträgen anwendbar seien. Ein Gläubiger könne eine Schadenersatzforderung entsprechend dem positiven Vertragsinteresse selbst im Konkursfall und erst recht im Fall einer Nachlassliquidation eingeben. Wenn der Schuldnerverzug vor der Gewährung der Nachlassstundung eintrete, beschränke das schweizerische Recht die Verzugsfolgen in keiner Weise (Urk. 82 S. 160 f.). bb) Die Vorinstanz erwog dazu, vor der Bewilligung der Nachlassstundung gelte das belgische Vertragsrecht, nachher das schweizerische Recht der Nachlassstundung. Die Konkursverwaltung habe bei nicht oder erst teilweise erfüllten zweiseitigen Verträgen das Recht, in diese einzutreten und anstelle des Schuldners zu erfüllen (Art. 211 Abs. 2 SchKG). Diese Wahl der Realerfüllung sei vorliegend nicht geschehen. Eine Schadenersatzforderung während laufender Nachlassstundung könne aber nicht entstehen (was indirekt auch die Klägerin konzedierte), weil während dieser Zeit bereits die Stundungswirkungen gälten und mithin u.a. kein Verzug mehr eintreten könne. Die Frage sei somit vorliegend einzig, ob bereits vor der Nachlassstundung durch die Nichtzahlung der Beklagten eine Schadenersatzforderung entstanden sei. Diesbezüglich

gelte für den vorliegenden Fall belgisches Vertragsrecht, allenfalls aus Ordre public-Gründen schweizerisches Recht, z.B. noch zu prüfende Vorwirkungen eines Konkurses oder einer Nachlassstundung. Mit anderen Worten sei für die Existenz von Forderungen (nicht aber unbedingt deren Höhe) der Zeitpunkt des Eintritts des Konkurses bzw. der Stundung massgebend, dieser habe eine "Fixationswirkung". Hingegen sei der Gleichbehandlung genüge getan, wenn alle in diesem Zeitpunkt bestehenden Forderungen, seien es Schadenersatz- oder Vertragsforderungen, mit der ihnen zustehenden Dividende bedient würden. Dass hingegen eine bestehende Forderung nicht voll, sondern nur mit der Dividende erfüllt werde, begründet keinen Anspruch auf Schadenersatz. Diesbezüglich gelte in der Tat gemäss herrschender

- 35 - Rechtsprechung und Lehre im schweizerischem Konkursrecht, dass die Zahlungsunfähigkeit einer Person für sich allein noch kein Verschulden resp. keine Vertragsverletzung beinhalte, sondern es dazu eines gesonderten Verschuldens bedürfe (unter Hinweis auf Daniel Staehelin, Vertragsklauseln für den Insolvenzfall, AJP 2004 S. 363 ff.; BGE 64 II 268 f.). Zutreffend bringe die Klägerin vor, die Konkursöffnung beende von Gesetzes wegen nur einige Schuldverhältnisse (Schenkungsversprechen bei Konkurs des Schenkenden, Pachtvertrag, Auftrag und ähnliche; BSK SchKG II-Schwob, 2. Aufl., N 6 zu Art. 211 SchKG). Bei den anderen Verträgen bleibe die Forderung bestehen und beinhalte auch allfällige Gewinnansprüche des Gläubigers (ebenda, N 12 zu Art. 211 SchKG und dortige Zitate). Dies ändere aber nichts am Gesagten, wonach für eine Vertragsverletzung ein über die Zahlungsunfähigkeit hinausgehendes Verschulden erforderlich sei. Das Argument der Beklagten, die Klägerin dürfe nicht besser fahren, als wenn damals richtig erfüllt worden wäre, treffe nach dem Gesagten nicht zu. Vielmehr sei für einen Schuldner auch unter dem Aspekt der gleichmässigen Wahrung der Gläubigerinteressen vor dem Konkurs bzw. der Anordnung der Nachlassstundung (unter Vorbehalt noch zu behandelnder allfälliger Vorwirkungen) nur abzuwägen, ob eine Zahlung das grössere Risiko berge als eine Nichtzahlung. Mit anderen Worten und noch etwas präzisiert: Ob der bei einer Nichtzahlung möglicherweise bei der Klägerin verursachte Schaden multipliziert mit dessen Eintretenswahrscheinlichkeit (und allenfalls noch der Verurteilungswahrscheinlichkeit) grösser wäre als die Zahlung. Jedenfalls aber ergebe sich aus dem Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung allein kein absolutes Zahlungsverbot, so dass auch hier die angesprochenen IPRG-Vorbehalte (Art. 17 und 18 IPRG) nicht greifen würden. Anders gesagt: Wäre vor der Konkursöffnung bzw. Nachlassstundung von einer Vertragsverletzung auszugehen, so stünden auch die vertraglichen Rechtsbehelfe zur Verfügung (Urk. 122 S. 43 f.). cc) Im Berufungsverfahren rügt die Klägerin, die Vorinstanz begnüge sich, den Artikel von Staehelin und den erwähnten Bundesgerichtsentscheid anzuführen, ohne auf die von der Klägerin zitierte Lehre und Rechtsprechung einzugehen. Die Auffassung, dass eine Nachlassstundung das Eintreten des Verzugs verhindere, sei verfehlt (Urk. 121 S. 86 und 91 f.).

- 36 - Die Beklagte hält dafür, das Konzept der Haftung für den Konkurschaden einer anderen Gesellschaft widerspreche dem fundamentalen Gläubigergleichbehandlungsgrundsatz des schweizerischen Konkursrechts. Daher könne eine Forderung auf Ersatz des gesamten Konkurschadens eines konkursiten Gläubigers in einem schweizerischen Kollokationsverfahren wegen Verstosses gegen den Ordre public nicht aufgenommen werden. Der Gläubiger habe keinen Anspruch auf Schadenersatz und könne im Konkurs lediglich seinen ursprünglichen Erfüllungsanspruch geltend machen, wenn

der Schuldner aufgrund seiner Insolvenz ihn (den Gläubiger) nicht mehr bezahlen könne. Die ursprüngliche Gesamtverpflichtung von EUR 258 Mio. sei im Kollokationsplan zugelassen worden. Die Klägerin könne in einem schweizerischen Nachlassverfahren keine weitergehenden Schadenersatzansprüche geltend machen, auch wenn auf die Schadenersatzforderung ausländisches Recht anwendbar sei. Dies habe die Vorinstanz korrekt festgehalten. Da die Zahlung der ersten Rate am 3. Oktober 2001 hätte geleistet werden sollen und am 5. Oktober 2001 die provisorische Nachlassstundung gewährt worden sei, stelle sich lediglich die Frage, ob zwischen diesen beiden Daten eine Schadenersatzforderung entstanden sei. In diesem Zeitraum sei der Klägerin aber kein Schaden entstanden (Urk. 144 S. 60, 63 und 65). dd) Beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung handelt es sich um eine mildere Form des Konkurses, und die Liquidation des Schuldnervermögens erfolgt nach denselben Grundsätzen wie im Konkurs (BGE 107 III 109 E. 3a). Zu prüfen ist die Wirkung der Nachlassstundung auf bestehende Verträge des Schuldners. Unbestritten ist, dass der Liquidator im Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung Verträge anstelle des Schuldners erfüllen und so in dessen Verträge eintreten kann (Art. 211 Abs. 2 SchKG; BGE 107 III 109 E. 3c; Meier/Exner, Laufende Verträge in Konkurs- und Nachlassverfahren, BISchK 2006 S. S. 110). Diese Möglichkeit besteht nicht nur bei Forderungen, welche nicht eine Geldzahlung zum Gegenstand haben, sondern auch bei Geldforderungen (BGer. 4C.252/2005, E. 5.2). Erfolgt weder ein Vertragseintritt noch eine Vertragsauflösung, besteht der Vertrag grundsätzlich weiter (vgl. BGE 107 III 106). Bei Geldleistungen erfolgt die Erfüllung seitens des Nachlassschuldners bzw. der Nachlassorgane nur noch nach Massgabe des Nachlassvertrages. Mit der Bewilligung

- 37 - der Nachlassstundung können und dürfen Geldschulden – abgesehen von den in Art. 297 SchKG genannten Ausnahmen – nicht mehr in Betreuung gesetzt und entsprechend auch nicht mehr bezahlt werden. Die Erfüllung erfolgt vielmehr erst und in eingeschränkter Form nach Bewilligung des Nachlassvertrages (Meier/Exner, a.a.O., S. 113). Die Nachlassstundung hindert nicht den Eintritt der Fälligkeit von Forderungen gegenüber dem Schuldner (BGE 39 II 798); dieser kann in Verzug gesetzt werden, was die gesetzlichen Verzugsfolgen auslöst. Der Gläubiger in einem zweiseitigen Vertrag kann gestützt auf Art. 107 OR im Nachlassvertrag Schadenersatz geltend machen. Die Verzugsfolgen können abgewendet werden, wenn der Nachlassschuldner den Vertrag mit Zustimmung des Sachwalters erfüllt (Dallèves, Des effets du concordat sur les contrats du débiteur, SAG 1982 S. 119 f.; Amonn/Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 8. A., Bern 2008, § 54 N 35; Meier/Exner, a.a.O., S. 112). Gemäss BGE 58 III 128 kann die Differenz zwischen dem Nominalbetrag der Forderung und der mutmasslichen Konkursdividende nicht als Verzugsschaden geltend gemacht werden, da dieser Schaden dem Gläubiger erst durch den Konkurs oder die fruchtlose Betreuung zugefügt wird. Staehelin schreibt unter Hinweis auf diesen Entscheid, ausgeschlossen sei eine Geltendmachung des Verspätungsschadens, denn von der durch den Konkurs verursachten Verzögerung seien alle Gläubiger betroffen. Staehelin zitiert weiter Jaeger und Weydmann. Ersterer schreibt, die Fälligkeit (der Schuldverpflichtungen des Gemeinschaftschuldners) trete von Gesetzes wegen ein. In denjenigen Fällen, in denen vertraglich eine längere Unaufkündbarkeit festgesetzt worden sei, könne wegen des Dahinfallens dieser Abmachung eine Entschädigungsforderung nicht geltend gemacht werden (Jaeger, Schuldbetreibung und Konkurs, 3. A., Zürich 1911, Art. 208 N 2). Weydmann führt als Beispiel eine im Voraus bezahlte Möbelaussteuer an, deren Verkäufer vor Lieferung in

Konkurs fällt. Hier werde die Fälligkeit vor- verschoben und anstelle der Naturalleistung werde eine Dividende ausbezahlt. Für den Schaden, der daraus entstehe, dass sich der Gläubiger anstelle der Naturalleistung mit einer Geldleistung begnügen müsse, dass die Fälligkeit vorver- schoben werde und dass die Dividende (normalerweise) nicht 100 % betrage, könne er keinen Anspruch geltend machen, weil im Verfahren von der dem Kon-
- 38 - kurs eigentümlichen Fiktion ausgegangen werde, dass die Auszahlung des Leistungssurrogates in Form einer Dividende Erfüllung bedeute. Dies zu Recht, sonst könne jeder Gläubiger einen Schadenersatzanspruch geltend machen, was zwar das Verfahren umständlich machen, den dabei entstandenen Vorteil des Einzel- gläubigers aber nur durch Verkürzung der Dividende wieder aufheben würde. Nicht nur diese praktischen Gründe sprächen gegen die Gewährung eines Schadenersatzanspruches im engeren Sinne, sondern insbesondere das weit durch- schlagendere Argument, dass das Verfahren die Erfüllung anstrebe, aber für die Konkursforderungen einen bestimmten Liquidationsmodus vorschreibe, indem es deren Fälligkeit herbeiführe, sie nötigenfalls in Geld umwandle oder die Leistungen kapitalisiere (Weydmann, Zweiseitige Verträge im Konkurs einer Vertragspar- tei, Diss. Zürich 1958, S. 56 f.; vgl. auch Kren, Konkursöffnung und schuldrecht- liche Verträge, Bern 1989, S. 105 f.). Diese Grundsätze können nicht unbesehen auf den Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung übertragen werden. Die Nachlassstundung bewirkt nicht die Fälligkeit der Forderungen. Eine Ungleichbehand- lung der Gläubiger ist nicht ersichtlich, wenn ein Gläubiger zufolge Schuldnerver- zugs einen zusätzlichen Schaden erleidet, für den er eine Dividende beanspru- chen kann (vgl. Urk. 122 S. 42). Dass der Schaden nicht in der Differenz zwi- schen der vertraglich geschuldeten Leistung und der darauf errechneten Dividen- de bestehen kann, versteht sich aber von selbst. Vorliegend war die B._____ in Verzug, bevor sie Nachlassstundung erhielt. Mit Bewilligung der Nachlassstundung endeten die Wirkungen des Verzugs nicht wie bei der Konkursöffnung. Die Stundung wirkt nicht für die Gläubiger; diese müssen die notwendigen Handlungen zum Schutz ihrer Rechte trotz der Stun- dung vornehmen (Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, SchKG, 4. A., 1997/2001, Art. 297 N 10). Das schweizerische Nachlassrecht steht nach dem Gesagten der Kol- lokation eines Schadenersatzanspruches gestützt auf Art. 107-109 OR zufolge Verzugs nicht entgegen, und zwar unabhängig davon, ob der Verzugsschaden im Zeitpunkt der Bewilligung der Nachlassstundung schon eingetreten war oder nicht (BGE 64 II 268 e contrario).

- 39 - f) aa) Die Klägerin hat in der Klagebegründung geltend gemacht, die Tatsa- che, dass B._____ und C._____ ihre Verpflichtungen aus dem Vertrag vom 2. August 2001 – nebst derjenigen aus den Vereinbarungen vom 24./25. Januar 2001 – nicht eingehalten haben, hätten entscheidend zum Konkurs von A._____ beigetragen. Zudem habe diese einen Schaden von mindestens CHF 42'547'728.– erlitten, weil die vertragliche Übernahme der neun Flugzeuge ausgeblieben sei (Urk. 31 S. 636 f. und S. 641). Die Ursache des Konkurses liege ausschliesslich in der Nichteinhaltung der durch C._____/B._____ unterzeichne- ten Verträge. In Anwendung der Art. 1147 ff. des belgischen ZGB und gemäss der Rechtsprechung der belgischen Gerichte hätten sie für die Gesamtheit des ent- standenen Schadens einzustehen. In diesem Zusammenhang habe die belgische Rechtsprechung bereits entschieden, wenn der Konkurs auf eine schuldhafte Nichterfüllung eines Schuldners zurückzuführen sei, sei dieser für alle mit dem Konkurs verbundenen Schäden haftbar, einschliesslich für den durch die Aktionä- re der konkursiten Gesellschaft erlittenen Schaden. Insbesondere weil der Kon- kurs der A._____ noch nicht abgeschlossen sei, sei es

derzeit unmöglich, den Betrag des Schadens definitiv zu beziffern. Dennoch sei aber bereits sicher, dass der Schaden, der mit dem Substanzverlust der Aktiven und der Erhöhung der Passiven der A._____ verbunden sei, mehrere hundert Millionen CHF betrage. Die gesamten zugelassenen Passiven betrügen EUR 2 Mia., davon EUR 200 Mio. für die an das Personal bezahlten Abgangsentschädigungen und EUR 240 Mio. für die Forderung der Sozialversicherungen sowie des Fiskus aufgrund der an das Personal bezahlten Abgangsentschädigungen. Alle diese Beträge stellten nach belgischem Recht privilegierte Forderungen dar. Die Unmöglichkeit für A._____, ihre wirtschaftliche Tätigkeit weiter zu betreiben, stelle einen zu ersetzenden Schaden dar, der sich wie folgt zusammensetze: Zunächst aufgrund der Tatsache, dass durch den Konkurs der A._____ die Gesamtheit der Aktiven zum Liquidations- und nicht zum Betriebswert verkauft worden sei. Zweitens aufgrund des Verlusts von bestimmten Aktiven der A._____, welcher durch die eigene Nichterfüllung von Verpflichtungen gegenüber ihren Gläubigern entstanden sei. Dies könne besonders deutlich mit der Kündigung der J._____-Verträge aufgezeigt werden; der Verlust betrage CHF 146'363'750.-. Drittens aufgrund der mit dem - 40 - Verzug durch die A._____ gegenüber ihren eigenen Gläubigern verbundenen Erhöhung der Passiven. Dazu zählt die Klägerin die bereits erwähnten Abgangsentschädigungen an das Personal (EUR 200 Mio.) und der der Steuerbehörde zustandene Betrag von 240 Mio. EUR. Es sei evident, dass der Richter in diesem Zusammenhang eine Beurteilung der Schäden ex aequo et bono vornehmen müssen (Urk. 31 S. 686 ff.). In der Replik bezifferte die Klägerin den Verlust im Rahmen der Kaufverträge mit J._____ auf CHF 246'195'674.-. Weiter erwähnte sie – ohne Bezifferung – die Entschädigungen aus vorzeitiger Vertragsauflösung, welche den Leasinggesellschaften bezüglich der Mittelstreckenflugzeuge hätten bezahlt werden müssen (Urk. 82 S. 195). Die Entschädigungszahlungen an das Personal bezifferte die Klägerin mit EUR 217'927'854. Zu diesen Beträgen müssten die Dividenden in der Höhe von EUR 22'343'588 dazugerechnet werden, welche für die Forderungen aus Artikel 19.3 (pécule des vacances) bezahlt worden seien. An die belgische Sozialversicherung und den belgischen Fiskus müssten EUR 232'896'166 bezahlt werden, wobei sich die an den Fiskus bezahlte Dividende auf EUR 151'387'659 belaufe. Der Schlussbetrag der Entschädigungen für die vorzeitigen Vertragsauflösungen stehe noch nicht fest und könne auf ungefähr EUR 1,5 Mia. geschätzt werden. Die veranschlagten Summen würden weit mehr ausmachen als der Betrag, dessen zusätzliche Kollokation verlangt werde. Hinzu komme, dass der belgische Staat seine eigene vertraglich geschuldete Leistung von EUR 172 Mio. wegen der seitens von C._____/B._____ ausgebliebenen Zahlung nicht herbringen können. Auch dafür habe die Klägerin Schadenersatz zugute (Urk. 82 S. 195 ff.). Im Berufungsverfahren hat die Klägerin auf den Entscheid des Appellationsgerichts Brüssel vom 27. Januar 2011 hingewiesen, wonach der Schaden, der in kausalem Zusammenhang zu der genannten schuldhaften Nichterfüllung entstanden sei, in den zusätzlichen Passiven bestehe, welche die plötzliche Stilllegung der A._____ generiert habe ("passif de discontinuité"; Urk. 121 S. 34 und 120). Nach Auffassung der Beklagten kann der Konkursverwalter einen Anspruch auf Schadenersatz infolge einer Vertragsverletzung nur geltend machen, wenn

- 41 - dieser Anspruch auf Ersatz eines Gemeenschadens der Masse gerichtet ist. Dieser Gemeenschaden ergebe sich aus dem Vergleich zwischen den den Gläubigern der Masse verfügbaren Dividenden nach der angeblichen Vertragsverletzung und den den Gläubigern der Masse theoretisch verfügbaren Dividenden kurz vor der Vertragsverletzung. Somit

könne der Liquidator nicht einfach alle Forderungen gegen den Konkursschuldner addieren und diese Summe (nach Abzug der Aktiven) als Schadenersatz geltend machen. Die Klägerin strebe den Ersatz des Gemeinschadens der Gläubiger an, ohne diese Schritte zur Ermittlung des Schadens anzustellen (Urk. 48 S. 171; Urk. 89 S. 84 f.). bb) Die Klägerin hat unter Hinweis auf die Rechtsprechung des belgischen Kassationshofes (C.93.0361.N vom 28. September 1995, Urk. 32/XV/4) zu Recht ausgeführt, dass der Gläubiger bei nicht gehöriger Erfüllung eines Vertrages so zu stellen ist, wie wenn der Schuldner seinen Verpflichtungen nachgekommen wäre. Dies mache die Frage notwendig – so die Klägerin weiter – wie der Gläubiger gestellt wäre, wenn der Schuldner die Schuld korrekt erfüllt hätte. Diese Situation müsse schliesslich mit derjenigen verglichen werden, welche aus der Nichterfüllung resultiere (so auch Entscheid des Kassationshofes vom 26. Januar 2007, C.05.0374.N, und die Vorinstanz im Entscheid des Kassationshofes vom 2. September 2004, C.01.0186.F; vgl. auch schriftliche Auskunft von Prof. Pierre van Ommeslaghe vom 11. März 2010, Urk. 77/XIX/2 S. 2). Schadenersatz sei dabei nicht nur auf *damnum emergens* und *lucrum cessans* im engeren Sinn begrenzt, sondern erstrecke sich auf alle Arten von Schäden, ob diese nun materieller oder immaterieller Natur seien (Urk. 31 S. 675 f.). Die von der Beklagten favorisierte Methode des "Dividendenvergleichs" für die Ermittlung des ersatzpflichtigen Schadens beruht nach Lambert Matray darauf, dass die den Gläubigern zustehende Dividende im Zeitpunkt A, als der Konkurs hätte eröffnet werden müssen, mit derjenigen verglichen wird, auf die sie im Konkursverfahren zum Zeitpunkt B Anspruch haben (vgl. Urk. 50/15, 50/16). Diese Methode ist also auf den Fall zugeschnitten, wo der schadenersatzpflichtige Dritte durch sein Verhalten den Zeitpunkt der Konkursöffnung hinausgeschoben hat und die Gläubiger eine tiefere Dividende erhalten, weil sich die finanzielle La-

- 42 - ge des Gemeinschuldners in der Zwischenzeit weiter verschlechterte. Im vorliegenden Verfahren wird aber der B._____ nicht vorgeworfen, durch ihr Fehlverhalten den Konkurs der A._____ hinausgeschoben zu haben. Auch ein Dividendenvergleich würde jedoch bedingen, dass die Vermögenssituation der A._____ ohne Vertragsverletzung seitens der B._____ und nach der Vertragsverletzung gegenübergestellt würde. Im Urteil des Appellationsgerichts Brüssel vom 27. Januar 2011 hat das Gericht ausgeführt, der Schadenersatz setze voraus, dass die geschädigte Partei in den Zustand zurückversetzt werde, in dem sie geblieben wäre, wenn der den Schaden verursachende Sachverhalt, meist ein schuldhaftes Verhalten, nicht eingetreten wäre. Der Schaden entspreche dem Betrag, der notwendig sei, um A._____ in ihren vorherigen Stand zurückzusetzen, d.h. in eine Situation, die der entspreche, in der sie sich ohne Konkursantrag befände (Urk. 124/XXI/6 S. 96 bzw. S. 99 der deutschen Übersetzung, unter Hinweis auf P. Van Ommeslaghe, *Droit des obligations*, T. II, n° 1117, p. 1595). Auch daraus geht hervor, dass die Schadensermittlung die Gegenüberstellung von Vermögenssituationen bedingt und nicht in der Auflistung von angeblich konkursbedingten zusätzlichen Passiven besteht, wie das Appellationsgericht Brüssel in seinen nachfolgenden Erwägungen suggeriert und letztlich in Disp. Ziff. 7 lit. b seines Urteils zum Ausdruck bringt. An diese Rechtsauffassung ist der Kollokationsrichter nicht gebunden (BGE 135 III 127 E. 3 und nachfolgend lit. D). Im vom Appellationsgericht zitierten Entscheid des Kassationshofes Cass. 5. Dez. 1997 (C96.0306F "Arrêt SEPP", vgl. Urk. 50/14; Urk. 124/XXI.6 S. 97) ging es um die Aktivlegitimation des Konkursverwalters. Der Kassationshof hielt ausdrücklich fest, dass er nur die Nettovermögenssituation des Konkursiten, also die Differenz zwischen Aktiven und Passiven, und die Auswirkungen des schuldhaften Verhaltens eines Dritten darauf zu beurteilen hatte.

Der Schadensbegriff, wie ihn das Appellationsgericht verwendet, ergibt sich (auch) nicht aus dieser Kassationsentscheidung. Die Klägerin hat daher den von ihr geltend gemachten Schaden zufolge Verletzung des Vertrages vom 2. August 2001 (vorbehaltlich des Schadens im Zusammenhang mit den ausgebliebenen Flugzeugübernahmen) mangelhaft sub-

- 43 - stantiiert, wobei sie ihren eigenen Ausführungen keine Nachachtung leistete und auch von der Gegenpartei auf die mangelhafte Substantiierung hingewiesen worden war (was die Klägerin auch zur Kenntnis nahm, Urk. 82 S. 192), so dass sich ein weiterer Hinweis seitens des Gerichts erübrigte (vgl. im Übrigen auch die vorinstanzlichen Ausführungen in Urk. 122 S. 70 f.). Da das Urteil des belgischen Appellationsgerichtes erst nach Abschluss des erstinstanzlichen Hauptverfahrens erging, kann die Klägerin ihre mangelhafte Substantiierung auch nicht mit der in jenem Urteil vertretenen Rechtsauffassung rechtfertigen. Die Methode zur Bestimmung des Schadenersatzes ex aequo et bono ist subsidiär und kommt nicht zur Anwendung, wenn der Verletzte in der Lage wäre, die Schadenselemente exakt aufzuführen (Entscheidung des Kassationshofes vom 20. September 2001, C.99.0057.N). Die Klägerin hat ausdrücklich eine Teilklage erhoben (Urk. 1 S. 37 Ziff. 98; Urk. 31 S. 740; Urk. 82 S. 223). Während sich der Schaden auf über 2 Mia. Euro belaufen soll (Urk. 82 S. 222), macht sie zusammen mit dem bereits kollozierten Betrag etwas mehr als € 400 Mio. geltend. Grundsätzlich ist es zulässig, eine Teilklage zu erheben. In diesem Fall muss aber die klagende Partei angeben, welchen Teil jedes der Ansprüche sie in welcher Reihenfolge fordert. Die unterschiedslose Angabe mehrerer Schadenersatzansprüche ohne die betragsmässige Aufteilung auf das Rechtsbegehren ist unzulässig (ZR 102 Nr. 45). Es kann nicht Aufgabe des Gerichtes sein, von sich aus eine Reihenfolge der zu beurteilenden Schadenspositionen zu bilden, bei jeder zu prüfen, ob die Voraussetzungen zur Zusprechung eines Anspruches erfüllt sind, und dies solange, bis entweder der Betrag der Teilklage erreicht oder die Prüfung aller Positionen abgeschlossen ist. Die Klägerin ist daher auch unter diesem Aspekt ihrer Begründungspflicht – nicht nur hier, sondern auch bezüglich der andern geltend gemachten Forderungsgründe – nicht nachgekommen. Die Kollokation der klägerischen Forderung auf Ersatz des "Konkurschadens" ist abzuweisen. Unter diesen Umständen kann offen bleiben, ob ein Verstoß gegen den schweizerischen Ordre public vorläge, wenn das belgische

- 44 - Recht den Schadenersatzanspruch mit dem "Konkurschaden" ("passif de discontinuité") gleichsetzen würde, wie die Beklagte vorgebracht hat (Urk. 144 S. 60). cc) Nach belgischem Recht muss der Schuldner nur denjenigen Schaden ersetzen, der vorausgesehen wurde oder aufgrund des Vertrages voraussehbar war, vorausgesetzt die Verbindlichkeit blieb nicht wegen absichtlicher Täuschung seitens des Schuldners unerfüllt (Art. 1150 CC: *Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée.*). Diese Bestimmung halten beide Parteien für anwendbar (Urk. 31 S. 677; Urk. 89 S. 79). Die Klägerin ist jedoch der Auffassung, die Beklagte habe sie wissentlich darüber getäuscht, dass sie ihre Verpflichtungen nicht würde erfüllen können. Sie habe genau gewusst, dass der Konzern nicht mehr über die notwendigen finanziellen Mittel verfügt habe. Sie könne daher nicht geltend machen, der Konkurs von A._____ sei für sie nicht eine voraussehbare Folge ihrer Vertragsverletzung gewesen (Urk. 31 S. 673 f. und S. 683). Die Beklagte hat das Vorbringen der Klägerin bestritten und darauf hingewiesen, dass die schlechte finanzielle Situation der D._____Gruppe und der B._____ im Jahre 2001 allgemein

bekannt gewesen sei. Auch in Belgien sei darüber intensiv berichtet worden. Nach den Terroranschlägen vom 11. September 2001 sei der Bundesrat um eine Liquiditätsspritze von CHF 1 Mia. ersucht worden, was aber abgelehnt worden sei (Urk. 48 S. 135 ff.). Letzteres bestätigt auch die Klägerin (Urk. 31 S. 674). Die Vorinstanz hat also zu Recht festgehalten, es sei gerichtsnotorisch, dass die Organe von C._____ und B._____ mit allen Mitteln um das Überleben der beiden Gesellschaften gekämpft hätten (Urk. 122 S. 61). Im Übrigen bleibt die Klägerin jegliche Substantiierung der angeblichen Täuschung schuldig. Da ein nicht vorhandener Zahlungswille ein innerer psychischer Vorgang darstellt (vgl. BGE 102 IV 86 E. 3), müsste die Klägerin äussere Merkmale behaupten, welche auf den fehlenden Zahlungswillen schliessen lassen. Allein mit der schlechten finanziellen Situation der Beklagten und der D._____gruppe lässt er sich nicht begründen. Die in diesem Zusammenhang gestellten Editionsbegehren können die notwendige Substantiierung nicht ersetzen (Urk. 31 S. 673 f.). Da der Schaden für die B._____ voraussehbar gewesen sein muss, hat die Beklagte zu Recht geltend gemacht, dass die Konkurs-

- 45 - öf-fnung über A._____ als Folge der Vertragsverletzung für B._____ voraussehbar gewesen sein muss, d.h. voraussehbar muss neben der Einstellung der Zahlungen auch die Unmöglichkeit zur Erlangung eines Kredits gewesen sein (Urk. 48 S. 226). Die Klägerin hat aber weder dargelegt, dass die Voraussetzungen für die Konkursöffnung gegeben waren noch dass dies für B._____ voraussehbar war (s. nachfolgend lit. g/dd). g) aa) Die Vorinstanz hat geprüft, ob zwischen der Verletzung des E._____ und dem "Konkurschaden" der nach belgischem Recht erforderliche Kausalzusammenhang gegeben sei (Urk. 122 S. 71 ff.). Die Frage im Rahmen der hypothetischen Kausalität lautet nur, ob es auch zum Konkurs gekommen wäre, wenn die Beklagte die Verpflichtungen des E._____ eingehalten hätte. An Zahlungen hätten diese EUR 132 Mio. anlässlich der auf den 3. Oktober 2001 festgesetzten Zeichnung sowie EUR 42 Mio. je per 2. April 2002, 1. Oktober 2002 und 2. April 2003 umfasst. Auch wenn davon auszugehen sei, dass die A._____ aufgrund der vorgehenden Äusserungen K._____s habe damit rechnen müssen, dass die vereinbarten Zahlungen des C1._____Konzerns nicht geleistet würden, so erscheint es doch fraglich, ob dies für den Entscheid auf Konkurs massgebend gewesen sei. Die entscheidende Frage im Rahmen der Äquivalenzprüfung sei, ob der Verwaltungsrat der A._____ am 2. Oktober 2001 ebenfalls auf Stundung bzw. zu einem noch unbekanntem Zeitpunkt auf Konkurs entschieden hätte, wenn er mit der Zahlung von EUR 132 Mio. per 3. Oktober 2001 (und den späteren weiteren vertraglichen Zahlungen von total EUR 126 Mio., insgesamt EUR 258 Mio.) hätte rechnen können. Die Klägerin habe selber angeführt, es müsse bewiesen sein, dass ohne dieses "Verschulden" bzw. hier mit der entsprechenden Zahlung von einstweilen EUR 132 Mio. der Schaden nicht eingetreten oder zumindest nicht derart eingetreten wäre, wie er konkret eingetreten sei. Sie wäre also – würde die Nichtzahlung als verschuldet gewertet – beweispflichtig dafür, dass in diesem Fall nicht auf Stundung bzw. Konkurs entschieden worden wäre (Urk. 122 S. 74). Die Vorinstanz kam zum Schluss, A._____ wäre zwar bei Erhalt des von der Beklagten und C._____ vertraglich geschuldeten Beitrags allenfalls nicht am

E. 7

November 2001, aber doch mit Sicherheit später mit den entsprechenden Schäden in Konkurs gegangen, weil der Weiterbestand des Flugbetriebs von

- 46 - A._____ spätestens nach dem 11. September 2001 unverzichtbar auf eine massive Personalreduktion angewiesen gewesen sei. Die Nachfolgerin der L._____ (L._____, auf

welche die Landrechte von A._____ übertragen wurden) namens M1._____ bzw. M2._____ sei inzwischen offenbar zu 45% von der N._____ übernommen worden mit der Möglichkeit, die restlichen 55% nach Sicherung der Flugrechte ab 2011 mittels Option zu erwerben, habe also dank der durch den Personalabbau wesentlich verbesserten Kostenbasis überlebt. Die Unverzichtbarkeit dieser massiven Personalreduktion sei auch dadurch belegt, dass gemäss Entscheidung des Handelsgerichts Brüssel vom 7. November 2001 kein Interessent A._____ mit diesem – offensichtlich fürs erfolgreiche Überleben der Gesellschaft massiv überdotierten – Personalbestand habe übernehmen wollen, aber für die auf der Basis von L._____ gefundenen Lösung dennoch bereits am 7. November 2001 oder noch früher Investoren mit Beträgen bereitgestanden hätten, welche den vom C1._____ -Konzern geschuldeten vergleichbar seien. Wirtschaftlich betrachtet lasse sich sagen, dass die Entlassung von rund 5'000 Mitarbeitern der A._____ und deren Abgeltung mit einem Sozialplan eigentlich die bestmögliche Subventionierung des nationalen Prestigeunternehmens "belgische Fluggesellschaft" gewesen sei. Sie habe die Fluggesellschaft von den "sozialen Passiven", nämlich den notorischen Streiks bei der A._____ sowie den nicht mehr benötigten Arbeitskräften, mit denen kein neuer Investor zu finden und somit auch kein Überleben möglich gewesen sei, befreit. Diese indirekte Subventionierung habe erst noch keiner Bewilligung der EU bedurft. In der Gesamtwürdigung müsse dies als der wahre und einzig massgebliche Grund für den Konkurs der A._____ gewertet werden. Die Nichtzahlung der Beklagten stelle unter den angeführten Umständen jedenfalls keine notwendige Ursache im Sinne des belgischen Kausalitätsbegriffs dar (Urk. 122 S. 89 f.). bb) Die Klägerin macht im Berufungsverfahren geltend, dass es nicht nur um die EUR 132 Mio. gehe, welche A._____ am 2. Oktober 2010 von B._____/C._____ hätte erhalten sollen, sondern auch um den Betrag von EUR 88 Mio. seitens des belgischen Staates. Dieser habe aufgrund der europäischen Gesetzgebung keine Aktien zeichnen können ohne gleichzeitige Zeichnung durch B._____/C._____. Es sei nicht entscheidend zu wissen, ob A._____ zu einem un-

- 47 - bekannten Zeitpunkt in Konkurs gefallen wäre, sondern ob sie am 7. November 2001 in Konkurs gefallen wäre, wenn die Zahlungen am 3. Oktober 2001 erfolgt wären. Denn es gehe darum, den Kausalzusammenhang in concreto und in der Annahme, dass im Übrigen alle sonstigen Bedingungen unverändert blieben, zu analysieren. Wenn man die Frage des Kausalzusammenhangs also nach der Theorie der Äquivalenz der Bedingungen analysieren wolle, müsse man eruieren, ob A._____ das Nachlassstundungsgesuch vom 3. Oktober 2001 und den Konkurs vom 7. November 2001 hätte verhindern können, oder – alternativ – beweisen, dass keinerlei Gewissheit bestehe, dass über A._____ an diesem Datum aus einem andern Grund der Konkurs eröffnet worden wäre. Die Beklagte müsste beweisen, dass das Nachlassstundungsgesuch und der Konkurs von A._____ mit den ihr vorgeworfenen Vertragsverletzungen nichts zu tun gehabt habe (Urk. 121 S. 129 ff.). Die Argumentation der Beklagten sei widersprüchlich, wenn einerseits geltend gemacht werde, A._____ wäre auf jeden Fall in Konkurs gefallen, auch wenn sie am 2. Oktober 2001 EUR 220 Mio. erhalten hätte, und andererseits die These vertreten werde, A._____ habe in Wahrheit über genügend Mittel verfügt, um ihre Aktivitäten ohne D._____ -Zahlungen weiterzuführen, weshalb die Nichterfüllung der Zahlungsverpflichtungen vom 2. Oktober 2001 nicht die Ursache des Konkurses gewesen sei (Urk. 121 S. 140). Der Ausfall der EUR 220 Mio. habe zur direkten Folge gehabt, dass A._____ in den Konkurs gefallen sei. Gemäss belgischem Recht sei die Beklagte daher notwendigerweise für den ganzen dadurch entstandenen Schaden haftbar. Denn es sei nicht von Bedeutung, ob auch ande-

Ursachen zum Konkurs beigetragen hätten (Urk. 121 S. 141). Alle Parteien seien bei Unterzeichnung des Vertrags vom 2. August 2001 davon ausgegangen, dass A. _____ langfristig überleben könne, wenn der Businessplan umgesetzt werden könne. Diese Umsetzung habe jedoch zusätzliche finanzielle Mittel und die Übernahme von neun J. _____-Flugzeugen verlangt. Unter diesen Umständen könne die Vorinstanz nicht unterstellen, A. _____ wäre am 7. November 2001 auf jeden Fall in Konkurs gefallen. Das Appellationsgericht Brüssel habe klar festgehalten, dass nur hypothetische Szenarien nach belgischem Recht nicht genügen, um einen Kausalzusammenhang zu unterbrechen. Es sei daher unbehelflich, die hypothetische Situation der A. _____ nach dem 7. November 2001 rekonstruieren

- 48 - zu wollen (Urk. 121 S. 164 und 166). Die Behauptung der Vorinstanz, die Ursache des Konkurses der A. _____ lasse sich im Entscheid des belgischen Staates finden, welcher Arbeitsplätze habe reduzieren wollen, sei willkürlich, stütze sich auf kein aktenkundiges Element und widerspreche den verfügbaren Beweisen. Überdies argumentiere die Vorinstanz völlig im Leeren, wenn sie ausführe, ein Arbeitskräfteabbau sei für Investoren unverzichtbar gewesen (Urk. 121 S. 163 f.). cc) Die Beklagte hält dafür, es sei nicht ihr anzurechnen, dass der belgische Staat seine Zahlung von EUR 88 Mio. nicht geleistet habe. Die Beklagte [recte: Klägerin] könne nicht behaupten, der Staat Belgien hätte die EUR 88 Mio. gestützt auf EU-Regeln nicht vornehmen dürfen, da sich der Staat bei Unterzeichnung des E. _____ als Vertragspartei über die damals geltende Rechtslage nicht habe irren können. Es sei nicht entscheidend, ob über A. _____ exakt am 7. November 2001 der Konkurs eröffnet worden sei, wenn die Zahlung von EUR 132 Mio. erfolgt wäre. An welchem Tag der Konkurs eröffnet werde, hänge von unzähligen Faktoren wie den involvierten Parteien oder den eröffnenden Behörden ab. So entscheide die Partei, welche das Gesuch um Nachlassstundung oder das Konkursbegehren stelle, über den genauen Zeitpunkt der Einreichung und die Behörde über den Zeitpunkt der Eröffnung. Bedeutend sei vorliegend, dass der Entscheid zum Konkurs bereits Mitte September 2001 gefallen sei (Urk. 144 S. 93 f.). Die Beklagte habe keine widersprüchliche Argumentation zum Thema Kausalität vertreten, sondern lediglich zwei mögliche Argumentationen zum Kausalzusammenhang dargelegt. Es sei indes nicht an der Beklagten, diesen zu widerlegen, sondern an der Klägerin, ihn zu beweisen (Urk. 144 S. 96). Der Entscheid zur Stundung zwecks Vorbereitung des Konkurses sei bereits gefällt worden, bevor bekannt geworden sei, dass diese Zahlung ausbleiben werde. Folglich könne die Nichtleistung der Zahlung nicht kausal für den Konkurs sein (Urk. 144 S. 99). Mit dem Abschluss des E. _____ habe B. _____ nicht anerkannt, dass A. _____ überlebensfähig sei, wobei unklar sei, was die Klägerin unter "überlebensfähig" verstehe. A. _____ sei nie rentabel, sondern stets auf externe Unterstützung angewiesen gewesen (Urk. 144 S. 103).

- 49 - dd) aaa) Nach belgischem Recht obliegt es der Klägerin, den Kausalzusammenhang zwischen der Vertragsverletzung und dem geltend gemachten Schaden zu beweisen. Dieser Zusammenhang setzt voraus, dass ohne die Vertragsverletzung sich der Schaden nicht so verwirklicht hätte, wie er sich verwirklicht hat (Entscheid des Kassationshofes vom 5. Juni 2008, C.07.0199.N). In diesem Sinne muss die Vertragsverletzung *conditio sine qua non* für den Schadenseintritt sein. Die Nichterfüllung der vertraglichen Verpflichtungen aus dem E. _____ muss daher den Konkurs von A. _____ herbeigeführt haben. Diese Grundsätze hat auch die Klägerin erkannt (Urk. 31 S. 679 f.; Urk. 82 S. 181 f. und S. 185). Allerdings kann nicht einfach argumentiert werden, wenn die belgische Justiz am 7. November 2001

den Konkurs über A._____ verhängt habe, dann doch wohl deshalb, weil die Voraussetzungen dafür gegeben gewesen seien (so aber die Klägerin, Urk. 121 S. 143). Vielmehr ist in einem ersten Schritt zu prüfen, ob die Voraussetzungen für die Konkurseröffnung erfüllt waren, und in einem zweiten, ob sie ohne Vertragsverletzung nicht vorhanden gewesen wären. Gemäss Art. 2 Abs. 1 des belgischen Konkursgesetzes vom 8. August 1997 befindet sich ein Kaufmann, der seine Zahlungen auf dauerhafte Weise eingestellt hat und dessen Kreditwürdigkeit beeinträchtigt ist, im Konkurs (so auch die Klägerin in Urk. 31 S. 681; Urk 121 S. 131). Diese beiden Voraussetzungen sind eng miteinander verbunden. Insbesondere die Gesellschaft, welche ihre fälligen Schulden nicht bezahlen kann oder die Schulden nicht innert kurzer Frist begleichen kann, indem sie weder auf eigene Mittel noch auf einen Kredit zurückgreifen kann, ist konkursit. Das gleiche gilt, wenn die Gläubiger es ablehnen, eine Nachfrist oder einen Schuldenerlass zu gewähren und der Schuldner keinen neuen Kredit erhältlich machen kann. Geniesst der Schuldner aber nach wie vor das Vertrauen der Gläubiger oder eines wesentlichen Teils derselben, so dass der Schuldner seine Kreditwürdigkeit bewahrt, befindet er sich nicht im Konkurs (vgl. Entscheide des Kassationshofes vom 14. Januar 2005, C.03.0468.N, und vom 6. März 2003, C.01.0598.F). bbb) Die Beklagte hat vor Vorinstanz geltend gemacht, der belgische Staat und der Verwaltungsrat der A._____ hätten ohne gesetzlichen oder richterlichen

- 50 - Zwang darauf verzichtet, A._____ während der Nachlassstundung Mittel im Umfang von EUR 205 Mio. (EUR 125 Mio. aus dem Überbrückungskredit und mindestens EUR 80 Mio. aus dem Slots-Verkauf {Verkauf von Landerechten} an O._____) zukommen zu lassen. Wohl hätten diese Mittel das langfristige Überleben der A._____ nicht sichern können. Das Verhalten des A._____-Verwaltungsrates und des belgischen Staates zeige jedoch, dass der belgische Staat bzw. die belgischen Mehrheitsaktionäre den Konkurs der A._____ bereits seit längerem geplant und entsprechend vorbereitet gehabt hätten. Der Wille zur Restrukturierung und Rettung der A._____ sei offensichtlich zu keinem Zeitpunkt während der Nachlassstundung vorhanden gewesen. Dies gehe auch aus der Konkurseröffnungsverfügung des Handelsgerichts Brüssel hervor. Die Nachlassstundung sei demnach nur dazu genutzt worden, unter ihrem Deckmantel den Konkurs vorzubereiten. Ausserdem habe das Handelsgericht festgestellt, dass die Verwendung des von der EU-Kommission genehmigten Überbrückungskredits an A._____ für eine Zahlung an L._____ unzulässig gewesen sei. Das Handelsgericht sei zudem weder während der Nachlassstundung noch anlässlich der Konkurseröffnung über das Angebot der O._____ zum Erwerb der ...-Slots informiert worden. Im Rahmen eines Bestätigungsentscheids vom 30. Juni 2003 betreffend die Vergleichsvereinbarung zwischen der L._____ und A._____ vom 9. Juli 2002 habe das Handelsgericht nämlich festgestellt, dass es am 7. November 2001 den Konkurs über A._____ nicht eröffnet hätte, wenn ihm das Angebot der O._____ bekannt gewesen wäre. Diese Tatsachen machten deutlich, dass der Konkurs der A._____ nicht durch ein Verhalten von C._____ oder B._____ oder deren Organe verursacht worden sei (Urk. 48 S. 158 ff.). A._____ sei in Konkurs gegangen, obwohl sie – ohne die vertraglich geschuldeten EUR 220 Mio. – über Mittel im Umfang von EUR 378 Mio. hätte verfügen können (Urk. 89 S. 53). ccc) Die Klägerin hatte sich in der ergänzenden Klagebegründung zur Frage der Kausalität zwischen den Vertragsverletzungen und der Konkurseröffnung auf das Urteil des Handelsgerichts vom 20. November 2003 berufen. Dieses habe es als erwiesen erachtet, dass C._____ und B._____ sowohl ihre in der Vereinbarung vom 2. August 2001 unterzeichneten Verpflichtungen als auch teilweise

jene aus den Vereinbarungen vom Januar 2001 nicht erfüllt hätten und dass dies zum

- 51 - Konkurs von A._____ unter jenen Umständen, unter denen dieser eingetreten sei, beigetragen habe (Urk. 31 S. 631, S. 684). An anderer Stelle führte die Klägerin aus, die Nichterfüllung der Verträge habe A._____ gezwungen, zuerst um Nachlassstundung zu ersuchen und anschliessend Konkurs anzumelden. Offensichtlich sei das Deponieren der Bilanz die direkte Folge der Verletzung der Verträge durch C._____ und B._____ (Urk. 31 S. 643, vgl. auch S. 682 ff.). In der Replik machte die Klägerin geltend, die Januarverträge hätten der A._____ ermöglichen sollen, ihre Liquiditätsbedürfnisse zu decken, welche von allen Parteien für das Jahr 2001 auf EUR 519 Mio. und für das Jahr 2002 auf EUR 260 Mio. geschätzt worden seien. Der Vertrag vom 2. August 2001 habe keinen andern Zweck gehabt. Er sei jedoch einer anderen Philosophie, nämlich derjenigen des kontrollierten Ausstiegs, gefolgt. Alle Beteiligten seien sich darüber einig gewesen, dass eine Kapitalerhöhung von EUR 430 Mio. genügen sollte, um der A._____ die Weiterführung der Geschäfte zu ermöglichen. Überdies sei vorgesehen gewesen, dass ihr im Rahmen der Übernahme der neun J._____ -Flugzeuge durch C._____/B._____ Gelder zufließen und Einsparungen entstehen sollten, was zusammen ihre Liquiditätsbedürfnisse um rund USD 45 Mio. spürbar entlastet hätte. Die Verpflichtung, neue finanzielle Mittel in die A._____ einzuschüssen, habe dazu dienen sollen, deren Konkurs zu verhindern. Es sei also völlig unbehelflich, wenn die Beklagte den Konkursrichter glauben machen wolle, der Konkurs der A._____ stehe nach belgischem Recht nicht in einem kausalen Verhältnis zu der schuldhaften Nichterfüllung der vertraglichen Verpflichtungen von C._____/B._____. Denn fraglos hätte A._____ den Gang zum Nachlassrichter und in den Konkurs nicht machen müssen, wenn die Beklagte und C._____ ihre Verpflichtungen eingehalten hätten. Auch das Tribunal de Commerce von Brüssel habe in seinem Urteil vom 30. Juni 2003 festgehalten, dass es den Konkurs nicht eröffnet hätte, wenn es gewusst hätte, dass A._____ sich zusätzliche EUR 80 Mio. beschaffen könnte. Dies bedeute wohl nichts anderes, als dass das Handelsgericht erst recht den Konkurs über A._____ nicht eröffnet hätte, wenn A._____ ein viel höherer Betrag, nämlich EUR 258 Mio., von C._____/B._____ zugeflossen wäre (Urk. 82 S. 183 ff.). Ob auch andere Ursachen zum Entstehen des Schadens geführt haben, spiele nach belgischem Recht keine Rolle (Urk. 82 S. 187).

- 52 - Gemäss Klägerin kann die finanzielle Situation der A._____ Ende 2001 wie folgt zusammengefasst werden, und dies ohne einen einzigen Aktivenverkauf (Urk. 82 S. 189): Es sei somit – so die Klägerin – sehr unwahrscheinlich gewesen, dass die flüssigen Mittel am Ende des ersten Trimesters 2002 negativ ausgefallen wären; A._____ hätte daher eine Übergangsphase bis zum Verkauf der flugnahen Aktivitäten wie Handling oder Catering usw. überstanden. Die Klägerin bestätigte, dass sie im Oktober 2001 vom belgischen Staat einen Überbrückungskredit von EUR 125 Mio. zugesprochen erhalten hatte, den sie aber nicht beanspruchte (Urk. 82 S. 119 f.; Urk. 49/142 und 49/144). Sie wies sodann auf die Kreditlinie hin, gemäss welcher A._____ im Oktober 2001 vom A1._____ (A1._____) bis EUR 173 Mio. hätte abrufen können. Das A1._____ habe A._____ im Laufe des Oktobers 2001 EUR 114 Mio. zur Verfügung gestellt und habe danach noch über Bankguthaben von ungefähr EUR 45 Mio. verfügt. Zudem habe das A1._____ per

E. 9

Fn 31; Isaak Meier, Konkursrecht, Neuerungen des revidierten Rechts und aktuelle Fragen aus Lehre und Praxis, ZSR 1996 I S. 302 f.; Reutter, Vertragliche Vereinbarungen im Hinblick auf den Konkursfall, in: Urhebervertragsrecht, Hrsg. Streuli-Youssef, Zürich

2006, S. 444). Der Umstand, dass eine Klausel nicht nur die Insolvenz, sondern auch andere Fälle, z.B. Verzug oder Schlechterfüllung, erfasst, bedeutet nicht, dass die Klausel zulässig ist (Lorandi, a.a.O.; BGE 41 III 136). Zulässig sind Abreden, welche keine Gesetzesumgehung darstellen. Nach Lorandi (a.a.O., N 54) soll dies etwa dann der Fall sein, wenn sich alternative vertragliche Anknüpfungen (wie z.B. Verzug oder Schlechterfüllung) schon vor der Insolvenz verwirklicht haben, so dass die vertraglichen Folgen schon dadurch (und nicht erst zufolge Insolvenz) ausgelöst werden. Staehelin ist demgegenüber

- 69 - der Auffassung, dass Konventionalstrafen für den Konkursfall unzulässig seien, und zwar auch dann, wenn die Konventionalstrafe bereits vor der Konkursöffnung fällig wurde, sofern der Grund für die Nichterfüllung der Hauptforderung die Zahlungsunfähigkeit des nachmaligen Konkursiten war (Staehelin, Vertragsklauseln für den Insolvenzfall, AJP 2004 S. 378). Meier hält dafür, dass Rechtsgeschäfte, die ausschliesslich oder in erster Linie auf die Regelung der Rechtslage nach Konkurs oder Pfändung einer Partei abzielen, grundsätzlich ungültig seien. Dies sei der Fall, wenn damit der Vertragspartner des Schuldners im Vergleich zur Rechtslage ohne diese Vereinbarung besser gestellt werden solle, z.B. durch Anerkennung einer bestrittenen Forderung in voller Höhe für den Fall der Konkursöffnung (a.a.O., S. 310). Abreden, welche Art. 219 f. SchKG verletzen bzw. eine Gesetzesumgehung darstellen, sind vollstreckungsrechtlich unbeachtlich (Lorandi, a.a.O., N 56). Diese Grundsätze gelten auch für den Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung (Staehelin, a.a.O., S. 379). dd) Die Januarverträge hatten nach klägerischer Darstellung den Zweck, die Liquiditätsbedürfnisse der A. _____ zu decken. Sie sahen eine Kapitalerhöhung bei der A. _____ um EUR 250 Mio. – davon EUR 150 Mio. durch die D. _____ - Gruppe zu erbringen –, einen Vorschuss von C. _____/B. _____ auf den Kaufpreis für die flugnahen Betriebe der A. _____, Einsparungen und den Einschuss von weiteren Liquiditäten im Rahmen der Bedürfnisse der A. _____ vor. Der Vertrag vom 2. August 2001 habe keinen anderen Zweck gehabt, sei jedoch einer anderen Philosophie, nämlich derjenigen des kontrollierten Ausstiegs von C. _____/B. _____ gefolgt. Alle Beteiligten seien sich einig gewesen, dass eine Kapitalerhöhung von EUR 430 Mio. genügen sollte, um der A. _____ die Weiterführung der Geschäfte zu ermöglichen. Überdies sei vorgesehen gewesen, dass ihr im Rahmen der neun J. _____-Flugzeuge durch C. _____/B. _____ Gelder zufließen und Einsparungen entstehen sollten (Urk. 82 S. 80 und 183 f.). Am 26. Februar 2001 hatte C. _____ EUR 150 Mio. an A. _____ bezahlt (Urk. 31 S. 579 und 581; Urk. 48 S. 131; Urk. 49/95). Die Klage vom 3. Juli 2001 zielte – so die Klägerin – im Wesentlichen darauf ab, C. _____ und B. _____ gerichtlich zu verpflichten, A. _____ in Erfüllung der Januarverträge einen Betrag von EUR 529 Mio. zur Verfügung zu stellen (Urk. 31 S. 613). Vor diesem Hintergrund stellt die

- 70 - Vertragsklausel in Art. 6.7 eine bedeutende Besserstellung der Klägerin für den Insolvenzfall dar, denn aufgrund des E. _____ schuldete B. _____ lediglich noch EUR 258 Mio. und war auch die Geltendmachung von Ansprüchen gegen C. _____ und B. _____ für Handlungen vor dem 2. August 2001 ausgeschlossen (Urk. 31 S. 602 f.). Wie bereits dargelegt, waren die Voraussetzungen für das Inkrafttreten von Art. 6.7 bereits erfüllt, als C. _____ bzw. B. _____ anfangs Oktober ihrer Zeichnungs- und Liberierungspflicht nicht nachkamen, d.h. also bevor B. _____ die Nachlassstundung bewilligt wurde. Dennoch ist eine Gesetzesumgehung zu bejahen, weil offensichtlicher Grund für den Verzug die Zahlungsunfähigkeit von C. _____ und B. _____ war und A. _____ – wie auch der

belgische Staat – bereits im Mai 2001 erfahren hatten, dass A._____ keine weiteren Mittel zur Verfügung gestellt werden könnten (Urk. 31 S. 590 f.; Urk. 32/X.14 und 32/10.15). C._____ und B._____ teilten denn auch am 1. Oktober 2001 dem belgischen Staat mit, dass sie am nächsten Tag ein Gesuch um Nachlassstundung einreichen müssten und die am 3. Oktober 2001 vorgesehene Kapitalerhöhung nicht zeichnen könnten (Urk. 31 S. 607) – effektiv datiert das Gesuch um Nachlassstundung vom 4. Oktober 2001 (Urk. 31 S. 610; Urk. 48 S. 25; Urk. 49/3). Art. 6.7 des E._____ kann daher im Nachlassverfahren keine Gültigkeit beanspruchen. Das führt dazu, dass der Klägerin keine Schadenersatz- und anderen Ansprüche aus den Januarverträgen gegen die Beklagte zustehen. C. Gesellschaftsrechtliche Verantwortlichkeit 1. Nach Auffassung der Klägerin haften C._____ und B._____ gestützt auf Art. 530 des belgischen Code des Sociétés (CdS). Sie hätten ihre eigenen Arbeitnehmer in die leitenden Funktionen von A._____ delegiert. Diese Personen hätten auf Instruktion von C._____ und B._____ gehandelt, welche die faktische Kontrolle über A._____ ausgeübt hätten. Sowohl C._____ als auch B._____ seien als faktische Geschäftsführerinnen von A._____ im Sinne von Art. 530 CdS zu betrachten. Aufgrund der internen Organisation des C._____ -Konzerns sei formal die Mehrheit der für A._____ nachteiligen Entscheidungen durch Organe oder Vertreter der C._____ bzw. deren Konzernleitung gefällt worden. Es sei nicht möglich, gegenüber A._____ die Rollen von C._____ und ihrer Tochtergesell-

- 71 - schaft B._____ zu trennen; diese seien untrennbar miteinander verbunden, woraus sich zwingend eine solidarische Haftung der beiden Gesellschaften gegenüber A._____ ergebe. Die Beklagte, Aktionärin von A._____, sei Teil eines Konzerns mit äusserst integrierten Gesellschaften und einer zentralisierten Verwaltung gewesen. B._____ sei nur von einem einzigen Verwaltungsrat, Q._____, geführt worden, der gleichzeitig CEO der C._____ gewesen sei. Zudem räume Art. 530 CdS dem Richter die Möglichkeit ein, mehrere Personen solidarisch zu einer Leistung zu verpflichten. C._____/B._____ bzw. ihre Vertreter hätten schwerwiegende und qualifizierte Pflichtverletzungen begangen. Substanz sei von der A._____ auf Gesellschaften der C._____ transferiert worden. Diese Pflichtverletzungen hätten zum Konkurs von A._____ beigetragen. Der Ausfallschaden, der sich im Konkurs ergebe, werde mit Sicherheit grösser als die im Streit liegende Kollokationsforderung (Urk. 31 S. 689 ff., 740). 2. Die Vorinstanz hat eine Haftung der Beklagten gestützt auf Art. 530 CdS verneint, weil die Haftungsbeschränkungsklausel in Art. 6.3 des E._____ einer solchen Haftung entgegenstehe und diese Klausel Gültigkeit erlangt habe, indem die Klägerin die Erfüllung des E._____s verlange (Urk. 102 S. 104 f.). Die Vorinstanz hat weiter im Sinne einer "Eventualbegründung" geprüft, ob die Klage gestützt auf Art. 530 CdS gutzuheissen sei (Urk. 102 S. 105 ff.). Sie bezeichnete die Klägerin als faktische Geschäftsführerin von A._____, liess aber die Frage offen, ob der Beklagten das erforderliche schwere und qualifizierte Verschulden vorgeworfen werden kann. Auch zum Schaden äusserte sich die Vorinstanz nicht abschliessend. Sie verneinte aber die Kausalität zwischen dem ungenügend substantiierten schwerwiegenden Verschulden der Beklagten und dem Konkurs. 3. a) Die Klägerin bestreitet im Berufungsverfahren nicht, dass der Haftungsausschluss gemäss Art. 6.3 des E._____ ihrer auf Art. 530 CdS gestützten Forderung entgegensteht, sondern hält daran fest, dass Art. 6.3 nie in Kraft getreten sei (Urk. 121 S. 179 ff.). Da letzteres nicht zutrifft (vorn B/3/e), besteht keine Haftung der Beklagten gestützt auf Art. 530 CdS. b) Nach Art. 530 Abs. 1 CdS haftet u.a. der faktische Geschäftsführer, der durch schweres und qualifiziertes Verschulden zum Konkurs beigetragen hat, ei-

- 72 - ner Gesellschaft für die Gesellschaftsschulden bis zur Höhe des Konkursausfalls, wenn eine Gesellschaft in Konkurs geht und nicht über genügend Aktiven verfügt (vgl. Urk. 32 S. 695; Urk. 48 S. 176). In der ergänzenden Klagebegründung hat die Klägerin einzelne Pflichtverletzungen ausgeführt, welche durch den C. _____ - Konzern, insbesondere durch C. _____ und B. _____, im Rahmen ihrer faktischen Herrschaft über A. _____ begangen worden seien. Diese Entscheidungen hätten nicht nur zu einem totalen Autonomieverlust von A. _____ beigetragen, sondern ausserdem deren finanzielle Situation derart schwerwiegend verschlechtert, dass der Konkurs von A. _____ nicht mehr zu vermeiden gewesen sei (Urk. 32 S. 725 f.). Es könne kein Zweifel daran bestehen, dass der Entscheid zur Flottenerneuerung, der Substanztransfer von A. _____ zu anderen C. _____-Gesellschaften und der Abschluss nachteiliger Verträge durch den CEO von A. _____, der ein Arbeitnehmer des Konzerns gewesen sei, in massgeblicher Weise dazu beigetragen habe, die finanzielle Lage von A. _____ und ihre Bilanzsituation zu verschlechtern und deren Konkurs zu beschleunigen. Es sei zudem nicht zu bestreiten, dass der Konkurs durch die nachträgliche Weigerung von C. _____/B. _____, neue finanzielle Mittel einzubringen und eine Erhöhung der Eigenmittel der Gesellschaft vorzunehmen, noch unausweichlicher geworden sei, was die Verantwortung von C. _____/B. _____ für den Ruin der A. _____ noch erhöhe (Urk. 32 S. 738 f.). Mit diesen Ausführungen unterlässt es die Klägerin erneut darzutun, dass die Voraussetzungen für die Konkurseröffnung am 7. November 2001 erfüllt waren. Es kann auf bereits Gesagtes verwiesen werden (A/4/g/dd/ddd). Die Klägerin legt nicht dar, dass die von ihr behaupteten Pflichtverletzungen seitens von C. _____/B. _____ zur Zahlungseinstellung und zum Verlust der Kreditwürdigkeit von A. _____ geführt oder nur schon beigetragen hat. Eine blosser Bilanzverschlechterung als Folge fehlerhafter Führungsentscheidungen genügt nicht, um eine Haftung nach Art. 530 CdS zu begründen. Auf die mangelhafte Substantiierung der Teilklage wurde ebenfalls schon hingewiesen (A/4/f/aa/bb). D. Anerkennung des Urteils der Cour d'appel de Bruxelles vom 27. Januar 2011 1. Die Klägerin hat den Eventualantrag (für den Fall, dass das angefochtene Urteil nicht aufgehoben und die Streitsache zur Neuurteilung an die Vorinstanz

- 73 - zurückgewiesen wird) gestellt, es sei festzustellen, dass das Urteil vom 27. Januar 2011 der Cour d'appel de Bruxelles, 9ème chambre (R.G.: 2004/AR1114 et 2004/AR1190) bezüglich dessen Dispositiv Ziff. 7 lit. a und b in der Schweiz anerkannt werde. Die Klägerin wies zur Begründung darauf hin, dass sie bezüglich der Ziff. 7 lit. a, b und c dieses Entscheids beim Bezirksgericht Zürich, Einzelgericht im summarischen Verfahren, ein Exequaturverfahren eingeleitet habe. Das Einzelgericht habe Ziff. 7 lit. c für vollstreckbar erklärt, der Klägerin aber das Rechtsschutzinteresse an einer separaten Feststellung, dass Ziff. 7 lit. a und b in der Schweiz anerkannt sei, abgesprochen und sei auf das entsprechende Begehren nicht eingetreten. Für den Fall, dass dieser Nichteintretensentscheid – den die Klägerin zwischenzeitlich angefochten hat (Urk. 125 und 126/1) – Bestand haben sollte, werde die inzidente Anerkennung von Ziff. 7 lit. a und b des belgischen Urteils verlangt (Urk. 121 S. 15 f.). Bei diesem Urteil handle es sich um ein echtes Novum, da es nach Abschluss des vorinstanzlichen Schriftenwechsels ergangen sei. Diese Tatsachen hätten erstinstanzlich nicht mehr vorgebracht werden können, weil der Einzelrichter das vorinstanzliche Verfahren entgegen dem selbstverständlichen Grundsatz, dass sich ein abgelehnter Justizbeamter bis zum Entscheid über das Ablehnungsbegehren aller weiterer Prozesshandlungen zu enthalten habe, völlig unvermittelt und unerwartet ohne Beweisverfahren durch Sachurteil zum Abschluss gebracht habe. Das Urteil, welches

mit der Berufungsbe- gründung nun ohne Verzug in das Verfahren eingebracht worden sei, sei gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO zu berücksichtigen; seine Wirkungen würden nach erfolgter rechtskräftiger Anerkennung und Vollstreckungserklärung ohnehin von Amtes wegen zu beachten sein (Urk. 121 S. 53). 2. Die Beklagte hält dafür, die Klägerin habe das Urteil vom 27. Januar 2011 verspätet eingebracht. Zudem habe das Bundesgericht in BGE 135 III 127 festge- halten, dass das in Belgien ergehende Urteil hinsichtlich der Konkursforderungen in materieller Hinsicht für den schweizerischen Konkursrichter nicht verbindlich sei. Dieses sei noch nicht in Rechtskraft erwachsen (Urk. 144 S. 34 ff.). Das als Eventualantrag gestellte Begehren der Klägerin stehe unter einer ausserpro- zessualen Bedingung, was unzulässig sei. Zudem handle es sich beim vorliegen- den Verfahren und dem Exequaturverfahren um zwei verschiedene Verfahren.

- 74 - Dringe die Klägerin im Berufungsverfahren mit ihrem Hauptantrag nicht durch, könne das Gericht nicht über den Gegenstand des Exequaturverfahrens befinden. Auf den Eventualantrag der Klägerin sei nicht einzutreten (Urk. 144 S. 141 f.). 3. a) Gemäss § 114 ZPO/ZH sind Parteien mit Anträgen zur Sache, Tatsa- chenbehauptungen, Einreden und Bestreitungen ausgeschlossen, die sie mit ih- rem letzten Vortrag oder in ihrer letzten Rechtsschrift nicht vorgebracht haben. Ausgenommen sind u.a. Anträge, die erst im Laufe des Prozesses veranlasst werden, und Tatsachen, von denen die Partei glaubhaft macht, dass sie trotz an- gemessener Tätigkeit nicht rechtzeitig angerufen werden konnten (§ 115 Ziff. 1 und 3 ZPO). Art. 317 Abs. 1 ZPO bestimmt, dass neue Tatsachen und Beweismit- tel im Berufungsverfahren nur noch berücksichtigt werden, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten. Das belgische Urteil datiert vom 27. Januar 2011. Die Klägerin legt nicht dar, weshalb es ihr nicht möglich war, dieses Urteil vor Vo- rinstanz einzureichen. Noven konnten unter dem zürcherischen Prozessrecht bis zur Eröffnung des Urteils vorgebracht werden (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., § 115 N 1). Mit Verfügung vom 3. September 2010 hatte die Vorinstanz u.a. der Klägerin Frist angesetzt, um zu Noven in der Duplik Stellung zu nehmen (Urk. 97). Die Stellungnahme der Klägerin datiert vom 11. November 2010 (Urk. 103). Am 20. Dezember 2010 stellte die Klägerin das Ablehnungsbegehren gegen den vor- instanzlichen Richter (Urk. 105). Dies hätte sie nicht daran gehindert, das belgi- sche Urteil unverzüglich nach Kenntnisnahme der Vorinstanz einzureichen. Das Ablehnungsbegehren hatte nicht zur Folge, dass das Verfahren eingestellt war. Ob die Klägerin damit rechnete, dass die Vorinstanz das Urteil fällen würde oder nicht, ist unerheblich. Es gibt keinen Anspruch auf Mitteilung, wann das Gericht beabsichtigt, die Urteilsberatung durchzuführen. Ebenso wenig ist das Gericht verpflichtet, den Parteien vor der Urteilsberatung anzuzeigen, dass es den Pro- zess für spruchreif hält. Werden einer Partei nach erstatteter Replik bzw. Duplik neue Tatsachen bekannt, welche Anlass zu einer Ergänzung oder Änderung ihrer tatsächlichen Vorbringen geben, so ist sie gehalten, diese dem Gericht unverzüg- lich vorzutragen. Andernfalls hat sie zu gewärtigen, dass das Gericht sein Urteil auf Grund des ihm vorliegenden Aktenstandes und damit ohne Berücksichtigung

- 75 - der unterbliebenen und deshalb ihm nicht bekannten neuen Tatsachenbehaup- tungen fällt (Beschluss des Kassationsgerichts des Kantons Zürich vom 23. März 2012, AA110002, E. II/5c). Die Berufung auf das Urteil der Cour d'appel de Bruxelles vom 27. Januar 2011 ist daher verspätet und der entsprechende Beru- fungsantrag unzulässig (Art. 317 Abs. 2 ZPO; Peter Volkart, Dike-Komm-ZPO, Art. 317 N 18; Reetz/Hilber, in:

Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 317 N 72). Auf ihn ist nicht einzutreten. Unter diesen Umständen kann offenbleiben, ob auf den Antrag auch deshalb nicht einzutreten wäre, weil er gegen den Grundsatz verstösst, wonach ein Rechtsbegehren unbedingt sein muss (Spühler/Dolge/Gehri, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 9. A., Bern 2010, 7. Kap. N 66; Guldener, a.a.O., S. 262). b) In Disp. Ziff. 7 lit. a hat das belgische Appellationsgericht entschieden, dass C._____ und B._____ für den Konkurs von A._____ direkt verantwortlich seien, indem sie den Vertrag vom 2. August 2001 nicht erfüllt hätten ("dit pour droit qu'en n'exécutant pas la convention du 2 août, C._____ et B._____ sont directement responsable de la faillite de A._____"). In Disp. Ziff. 7 lit. b bestimmt das Appellationsgericht, dass der Schaden, welcher aus diesem Fehlverhalten resultiere, in den Schulden als Folge der Einstellung der Geschäftstätigkeit wegen des Konkurses bestehe ("fixe le montant du dommage en relation causale avec cette faute au passif de discontinuité engendré par l'ouverture de la faillite"). Die Anerkennbarkeit eines ausländischen Urteils als Kollokationsurteil ist zu verneinen. Das in Belgien ergehende Urteil hinsichtlich der Konkursforderungen ist in materieller Hinsicht für den schweizerischen Kollokationsrichter nicht verbindlich (BGE 135 III 133, E. 3.3.3 und 3.3.4). Daher hat der Kollokationsrichter auch nicht inzident über die Anerkennung eines Teils des Urteils des belgischen Appellationsgerichts vom 27. Januar 2011 zu entscheiden. Die Beklagte hat übrigens zu Recht darauf hingewiesen, dass vorliegend die Klägerin ihre Forderungen im Nachlassverfahren bereits am 29. Januar 2002 eingegeben hatte, während sie den Schaden aus der Verletzung des Vertrages vom 2. August 2001 erst am

E. 14

Februar 2003 beim Handelsgericht Brüssel geltend machte (vgl. Urk. 144 S. 142 f.; Urk. 1 S. 14; Urk. 31 S. 652 und 622; Urk. 3/23A). Zwar hat die Nachlassstundung auf die Einleitung von Zivilprozessen gegen den Gemeinschuldner kei-

- 76 - nen Einfluss (BSK SchKG II-Vollmar, Art. 297 N 10), doch ist der Richter in der Schweiz für die Kollokationsklage international zwingend zuständig (BGE 135 III 133, E. 3.3.3). Der Berufungsantrag Ziff. 2.1 wäre daher abzuweisen, wenn das Vorbringen der Klägerin nicht verspätet wäre. VI. Ausgangsgemäss wird die Klägerin kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Auszugehen ist mit der Vorinstanz von einem Streitwert von CHF 47'552'010.- (Urk. 122 S. 119). Die von der Vorinstanz festgesetzte Prozessentschädigung von Fr. 286'806.- wurde in der Höhe nicht beanstandet. Für das Berufungsverfahren ist die Parteientschädigung auf die Hälfte der Grundgebühr von Fr. 294'160.- herabzusetzen. Es wird beschlossen: 1. Das Ablehnungsbegehren gegen Bezirksrichter F._____ wird abgewiesen. 2. Auf den Berufungsantrag Ziff. 2.1 wird nicht eingetreten. 3. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis. 4. 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). Es wird erkannt: 1. Die Klage wird abgewiesen.

- 77 - 2. Die Gerichtskosten für das erstinstanzliche Verfahren werden auf Fr. 300'000.- festgesetzt. 3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 308'500.- festgesetzt. 4. Die Gerichtskosten für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren werden der Klägerin auferlegt. 5. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten für beide Verfahren eine Partei-

entschädigung von Fr. 433'886.– zu bezahlen. 6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Zürich, Einzelgericht, je gegen Empfangsschein. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten 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. 47'552'010.–. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

- 78 - Zürich, 8. November 2012 Obergericht des Kantons Zürich I. Zivilkammer Der Präsident: Die Gerichtsschreiberin: Dr. R. Klopfer lic. iur. S. Subotic versandt am: mc

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.