

# ZH\_OBERGERICHT PS210128 vom 8. Oktober 2021

ZH Obergericht, 2021-10-08, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_PS210128](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_PS210128)

FR: ZH\_OBERGERICHT PS210128 du 8 octobre 2021

IT: ZH\_OBERGERICHT PS210128 del 8 ottobre 2021

## Erwägungen

### E. 1

Mit Urteil vom 16. Juni 2020 des neunten Arbitrageberufungsgerichts von C.\_\_\_\_\_ [Ort] wurde über B.\_\_\_\_\_ mit Wohnsitz in C.\_\_\_\_\_ (nachfolgend Gemeinschuldner) der Konkurs eröffnet (act. 3/9; nachfolgend Konkursdekret). Als Konkursverwalter wurde D.\_\_\_\_\_ ernannt. Mit Entscheid vom 20. Januar 2021 beschloss das Arbitragegericht von C.\_\_\_\_\_, dass die Forderungen der Beschwerdeführerin gegen den Gemeinschuldner in der Höhe von RUB 2'587'517'769.65 als Schuld und in der Höhe von RUB 569'359'141.71 als Pönale in die Insolvenztabelle einzutragen seien (act. 3/8).

### E. 2

Es sei das Konkursdekret des neunten Arbitrageberufungsgerichts von C.\_\_\_\_\_ vom 16. Juni 2020 anzuerkennen und in der Schweiz ein Sekundärkonkursverfahren (Mini-Konkurs) über B.\_\_\_\_\_ zu eröffnen.

#### E. 2.1

Gegen erstinstanzliche Entscheide über die Anerkennung oder die Verweigerung der Anerkennung eines ausländischen Konkursdekrets steht die Beschwerde nach Art. 319 ff. ZPO offen (Art. 319 lit. a i.V.m. Art. 309 lit. a ZPO; vgl. OGer ZH PS130044 vom 19. Juni 2013 E. 3.1; OGer ZH PS180130 vom 3. Oktober 2018 E. II.2.; BSK IPRG-DÄPPEN/MABILLARD, 4. Auflage 2021, Art. 29 N

- 4 - 28). Mit der Beschwerde können die unrichtige Rechtsanwendung (Art. 320 lit. a ZPO) und die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts (Art. 320 lit. b ZPO) geltend gemacht werden. Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel sind, vorbehaltlich einer gesetzlich vorgesehenen Ausnahme, ausgeschlossen (Art. 326 ZPO). Ob Art. 174 SchKG im Beschwerdeverfahren betreffend Anerkennung eines ausländischen Konkursdekrets (bzw. Eröffnung des "Hilfskonkurses") analog anwendbar ist (vgl. hierzu BSK IPRG-BERTI/MABILLARD, a.a.O., Art. 167 N 25), kann hier offen bleiben, da die Beschwerdeführerin zwar Noven vorbringt, diese jedoch für den vorliegenden Entscheid irrelevant sind.

#### E. 2.2

Die Beschwerde ging rechtzeitig innert der zehntägigen Frist ein und ist hinreichend begründet (Art. 321 ZPO). Folglich ist auf sie einzutreten. 3. Die Vorinstanz trat auf das Gesuch um Anerkennung des russischen Konkursdekrets mangels örtlicher Zuständigkeit nicht ein. Zusammengefasst brachte sie vor, die Beschwerdeführerin führe zur örtlichen Zuständigkeit der Vorinstanz aus, der Gemeinschuldner verfüge über ein auf die E.\_\_\_\_\_ Limited mit Sitz auf der F.\_\_\_\_\_ lautendes Bankkonto mit der Kontonummer ... bei der G.\_\_\_\_\_ AG in Zürich. Gemäss der Beschwerdeführerin würde dieses zwar formell von

der E.\_\_\_\_\_ Limited gehalten, jedoch in Wirklichkeit dem Gemeinschuldner gehören, da dieser die E.\_\_\_\_\_ Limited als deren wirtschaftlich Berechtigter vollumfänglich kontrolliere (act. 17 E. III.3 mit Verweis auf act. 1 S. 2 und S. 7 f.). Der Beschwerdeführerin sei es allerdings mangels substantiiertes Hauptung nicht gelungen, glaubhaft zu machen, dass die Vermögenswerte der E.\_\_\_\_\_ Limited zufolge zulässigem Durchgriff nach dem Recht der F.\_\_\_\_\_ dem Gemeinschuldner zugerechnet werden könnten und damit Vermögenswerte des Gemeinschuldners in der Schweiz bzw. in Zürich liegen würden. Trotz des ausdrücklichen Hinweises in der Verfügung vom 11. Mai 2021, dass Behauptungen substantiiert im Gesuch selber enthalten sein müssten und ein allgemeiner Verweis auf Beilagen nicht genüge, habe es die Beschwerdeführerin auch in ihrer zweiten Eingabe unterlassen, substantiierte Behauptungen zum ausländischen Recht bzw. zum Recht der F.\_\_\_\_\_ zum Durchgriff aufzustellen und dieses konk-

- 5 - ret durch objektive Beweismittel nachzuweisen. Die Voraussetzungen für einen (umgekehrten) Durchgriff nach dem ersatzweise anzuwendenden Schweizer Recht seien ebenfalls nicht behauptet worden (act. 17 E. III.11).

### **E. 3**

Eventualiter: Es sei das Verfahren zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich Mehrwertsteuer) zulasten der Staatskasse."

#### **E. 3.2**

Mit Verfügung vom 21. Juli 2021 wurde ein Kostenvorschuss für das Beschwerdeverfahren eingeholt und die Prozessleitung delegiert (act. 21). Der Kostenvorschuss ging rechtzeitig ein (act. 22 f.). Mit Verfügung vom 27. August 2021 wurde der Beschwerdeführerin Frist angesetzt, um deutsche Übersetzungen dieser von ihr in englischer Sprache eingereichter Unterlagen einzureichen (act. 24). Mit Eingabe vom 9. September 2021 kam sie dieser Aufforderung nach (act. 26 f.).

### **E. 4**

Die Beschwerdeführerin bringt in der Beschwerde vor, die Vorinstanz habe erkannt, dass der Gemeinschuldner wirtschaftlich Berechtigter an der E.\_\_\_\_\_ Limited sei und die E.\_\_\_\_\_ Limited in Zürich Vermögenswerte habe (act. 18 S. 4). In Bezug auf das für den Durchgriff anwendbare Recht habe die Beschwerdeführerin der Vorinstanz drei Gerichtssentscheide eingereicht, die ausdrücklich erklären würden, dass die Voraussetzung des Handlungsdurchgriffsrechts der Beschwerdeführerin auf die Vermögenswerte der E.\_\_\_\_\_ Limited nach dem Recht der F.\_\_\_\_\_ erfüllt seien. Indem die Vorinstanz das Durchgriffsrecht der Beschwerdeführerin dennoch für nicht glaubhaft erachte, halte sie entweder den Sachverhalt willkürlich fest oder verletze das Recht, weil sie den strikten Beweis verlange, obwohl das Gesetz die Glaubhaftmachung genügen lasse (act. 18 S. 5 ff.). Weiter erklärt die Beschwerdeführerin, ihr sei mit Verfügung vom 11. Mai 2021 nur die Möglichkeit gegeben worden, zur Frage des Handlungsdurchgriffs Stellung zu nehmen. Hingegen sei ihr keine Nachweispflicht des ausländischen Rechts überbunden worden; sie sei nicht einmal zur Mitwirkung verpflichtet worden. Indem die Vorinstanz aber dennoch zum Schluss gekommen sei, der Nachweis des anwendbaren ausländischen Rechts sei gescheitert, verletze sie Art. 16 Abs. 1 IPRG. Selbst wenn der Beschwerdeführerin der Nachweis misslungen wäre, wäre die Vorinstanz nach wie vor an die Maxime "iura novit curia" gebunden, d.h. es hätte das ausländische Recht selbst feststellen müssen. Schweizer

Recht dürfe sie nicht anwenden, ohne zu versuchen, das ausländische Recht festzustellen; dies habe die Vorinstanz nicht gemacht (act. 18 S. 7 ff.).

## **E. 5**

Der Antrag auf Anerkennung eines ausländischen Konkursdekrets ist an das Gericht am Ort des Vermögens in der Schweiz zu richten. Dabei gelten Forderungen des Gemeinschuldners als dort gelegen, wo der Schuldner des Ge-

- 6 - meinschuldners seinen Wohnsitz hat (Art. 167 Abs. 1 und 3 IPRG). Soll für eine Schuld des Gemeinschuldners das Vermögen einer Gesellschaft haften, die von ihm beherrscht wird, so handelt es sich dabei um einen umgekehrten Durchgriff. Im internationalen Verhältnis – wie dem vorliegenden – untersteht diese Frage dem Gesellschaftsstatut (BGE 128 III 346 E. 3.1.). Entsprechend ist zu prüfen, was die Voraussetzungen eines Durchgriffs nach dem Recht der F.\_\_\_\_\_ sind.

## **E. 6**

Die Beschwerdeführerin stellt sich auf den Standpunkt, dass für den Durchgriff nach dem Recht der F.\_\_\_\_\_ die wirtschaftliche Berechtigung genüge; anders als im Schweizer Recht bedürfe es keines zusätzlichen Beweises eines Rechtsmissbrauchs bzw. einer offenbar zweckwidrigen, missbräuchlichen Verwendung der juristischen Person durch die beherrschende Person (vgl. act. 18 S. 5 und act. 11 S. 2 unten).

### **E. 6.1**

Aus den drei eingereichten Entscheiden bzgl. Arrest, Freezing Order und Einsetzung eines Receivers (Konkursverwalters; vgl. act. 3/23, 3/27, act. 12/29 VLU 1 und VLU 4) sind die rechtlichen Voraussetzungen eines Handlungsdurchgriffs nach dem Recht der F.\_\_\_\_\_ nicht ersichtlich. Gegenteiliges bringt auch die Beschwerdeführerin nicht vor und sie zeigt insbesondere nicht auf, an welcher Stelle das Gericht die Voraussetzungen des Durchgriffs behandelt (act. 18 S. 5 ff.). Der Beweiswert des Entscheids des High Court of Justice der F.\_\_\_\_\_ vom 2. Juni 2021 ist im Übrigen äusserst beschränkt; er erging, nachdem die E.\_\_\_\_\_ Limited im Verfahren säumig gewesen war, gestützt auf den Antrag der Klägerschaft auf Säumnisurteil vom 24. Mai 2021 und nicht auf die ursprüngliche Klage vom 13. April 2021 (act. 12/29 VLU 4 resp. übersetzt act. 27/12/29 VLU 4). Eine Darlegung der oder Auseinandersetzung mit den rechtlichen Voraussetzungen des Durchgriffs nach dem Recht der F.\_\_\_\_\_ fehlt im Entscheid.

### **E. 6.2**

In der eingereichten Legal Opinion vom 4. Juni 2021 wird festgehalten, dass nach dem Recht der F.\_\_\_\_\_ nicht nachgewiesen werden müsse, dass eine Handelsgesellschaft zu missbräuchlichen Zwecken gegründet worden sei, um die mit gerichtlichem Entscheid festgehaltene Schuld eines wirtschaftlichen Berechtigten aus den Vermögenswerten der Gesellschaft einzutreiben. Dieser Weg biete sich für Vollstreckungsverfahren an, wenn die Vermögenswerte der natürlichen

- 7 - Person im Rahmen einer juristischen Person gehalten und den Gläubigern der natürlichen Person nicht anders zur Verfügung stehen würden, um ihre Verbindlichkeiten zu erfüllen. Das Gericht sei berechtigt, eine Billigkeitsvollstreckung in Bezug auf das wirtschaftliche Eigentum an Vermögenswerten zu gewähren, wenn die Vollstreckung eines Urteils auf keine andere Weise möglich sei, weil der Vollstreckungsschuldner nicht über Vermögenswerte verfüge, die auf seinen persönlichen Namen eingetragen seien. Das

Gericht prüfe, was unter solchen Umständen unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles gerecht und zweckmässig sei (act. 27/12/29 Ziffer 15; vgl. auch act. 12/29 Ziffer 15). Dabei stützt sich die Legal Opinion auf das Urteil Lakatamia Shipping Co Ltd v Su and others vom 14. Mai 2014, das die Beschwerdeführerin auf Aufforderung hin übersetzt und teilweise markiert einreichte (act. 27/12/29 VLU5).

### **E. 6.3**

Hintergrund des Entscheides in Sachen Lakatamia Shipping Co Ltd v Su and others bildete eine Freezing Order und die Auslegung zweier Absätze des Standardformulars für die Anordnung einer solchen (zentral war die Frage, was die Bedeutung und die Tragweite des Begriffs "seine Vermögenswerte" war). Dabei ist zu beachten, dass die Freezing Order eine vorsorgliche Sicherungsmassnahme englischen Rechts darstellt mit dem Hauptinhalt eines persönlichen Verfügungsverbots über Vermögenswerte in einem bestimmten Umfang (vgl. BGE 129 III 626 E. 1.). Die Ausgangslage ist mit dem vorliegenden Fall der Anerkennung eines Konkursdekrets nicht vergleichbar, sondern eher mit demjenigen des Arrests (vgl. dazu auch E. II.7.1.); aufgrund des konkreten Anwendungsbereichs im Rahmen der Freezing Order kann das eingereichte Urteil nicht ohne Weiteres auch als Nachweis des Durchgriffs im Bereich des Konkursrechts nach dem Recht der F.\_\_\_\_\_ dienen. Dasselbe gilt für die von der Beschwerdeführerin markierte Erwägung im Urteil, welche die sog. Chabra-Rechtsprechung angeht (act. 27/12/29 VLU 5 E. 32). Auch diese ist – soweit ersichtlich – lediglich auf Freezing Orders anwendbar. Damit vermögen weder die Ausführungen in der Legal Opinion noch im Urteil Lakatamia Shipping Co Ltd v Su and others die rechtlichen Voraussetzun-

- 8 - gen des Durchgriffs im Konkursverfahren gemäss dem Recht der F.\_\_\_\_\_ glaubhaft darzulegen. Hingegen wird im eingereichten Urteil unter anderem auch das Urteil Group Seven Ltd v Allied Investment Corporation Ltd and others vom 6. Juni 2013 ausführlich wiedergegeben (vgl. act. 27/12/29 VLU 5 E. 27 ff.). Nachdem sich der Entscheid zunächst über die – vorliegend irrelevante – Freezing Order äussert, hält dieser im Anschluss in allgemeiner Weise fest, dass Eigentum und Kontrolle über eine Gesellschaft allein nicht für einen Durchgriff ausreichen; vielmehr sei immer auch ein unsachgemässes Verhalten im Sinne eines Missbrauchs der Gesellschaft als Mittel oder Fassade zur Verschleierung des Fehlverhaltens darzulegen (act. 27/12/29 VLU 5 E. 29 (9) mit Verweis auf A1.\_\_\_\_\_ v H.\_\_\_\_\_ vom 20. Juni 2012 E. 78 m.w.H.). Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin und der Legal Opinion vom 4. Juni 2021 ist damit ausserhalb des Bereichs der Freezing Order glaubhaft, dass gemäss dem Recht der F.\_\_\_\_\_ neben der wirtschaftlichen Berechtigung zusätzlich ein Missbrauch der Gesellschaft zu beweisen ist, wenn auf deren Vermögen durchgegriffen werden soll (vgl. dazu auch MONSCH/VON DER CRONE, "Durchgriff und wirtschaftliche Einheit", SZW 2013 S. 445 ff., S. 454 Ziff. 3.4: "Das britische Recht kennt mithin neben dem Missbrauchstatbestand ebenfalls die Voraussetzung der Kontrolle." mit Verweis auf Entscheid des Supreme Courts i.S. Prest v Petrodel Resources Ltd vom 12. Juni 2013 E. 34 f.).

### **E. 6.4**

Dass der Gemeinschuldner die E.\_\_\_\_\_ Limited als Mittel oder Fassade zur Verschleierung eines Fehlverhaltens missbrauche, hat die Beschwerdeführerin weder im vorinstanzlichen noch im Beschwerdeverfahren behauptet (vgl. auch unangefochten gebliebene Schlussfolgerung der Vorinstanz betreffend Rechtsmissbrauch im Geltungsbereich des

schweizerischen Rechts, act. 17 E. III.10 i.f.). Entsprechend sind die Voraussetzung eines Durchgriffs auf die in Zürich gelegene Vermögenswerte der E.\_\_\_\_\_ Limited bei der G.\_\_\_\_\_ AG nach dem Recht der F.\_\_\_\_\_ bei summarischer Betrachtung nicht erfüllt. Diese können dem Gemeinschuldner nicht zugerechnet werden, weshalb mangels Vermögenswerte in Zürich auf das Gesuch um Anerkennung des Konkursdekrets mangels örtlicher

- 9 - Zuständigkeit nicht eingetreten werden kann. Insofern ist der vorinstanzliche Entscheid – trotz anderer Begründung (s. dazu nachstehende Erwägungen) – im Ergebnis korrekt, und die Beschwerde ist abzuweisen. 7.1. Der Begründung der Vorinstanz kann hingegen nicht gefolgt werden (zur Zulässigkeit der sog. Motivsubstitution: REETZ, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, ZPO Komm., 3. Auflage 2016, Art. 318 N 21 m.w.H.): Es ist daran zu erinnern, dass auch bei Vorliegen von grenzüberschreitenden Sachverhalten das Gericht das ausländische Recht selbst von Amtes wegen festzustellen hat, m.a.W. auch dann der Grundsatz "iura novit curia" gilt. Die Vorinstanz hätte dabei die Legal Opinion vom 4. Juni 2021 und den eingereichten Entscheid vom 14. Mai 2014 für die Beurteilung des Handlungsdurchgriffs nach dem Recht der F.\_\_\_\_\_ inhaltlich würdigen müssen; dabei hätte sie im Ergebnis mindestens von der Wahrscheinlichkeit der Richtigkeit und der Vollständigkeit überzeugt sein müssen (vgl. BGer vom 4. Juni 2019 5A\_973/2017 E. 4.2 m.w.H.; vgl. zur Frage, auf welche Arten und in welcher Form das ausländische Recht dargelegt werden kann: BSK IPRG-MÄCHLER-ERNE/WOLF-METTIER, a.a.O., Art. 16 N 10, und LEU, DIKE-Komm-ZPO, 2. Auflage 2016, Art. 150 N 122, m.w.H.). Da das ausländische Recht nicht einem Tatsachenbeweis nach Art. 150 ff. ZPO untersteht (sondern dem Nachweis einer Rechtsfrage dient), durfte die Vorinstanz die eingereichten Unterlagen nicht als blosse Parteibehauptung oder als ungenügendes Beweismittel unberücksichtigt lassen; weder der numerus clausus der Beweismittel des Art. 168 Abs. 1 ZPO noch die üblichen Beweisregeln gelten bei der Ermittlung des ausländischen Rechts (KUKO ZPO-OBERHAMMER/WEBER, 3. Auflage 2021, Art. 57 N 7; vgl. auch BGer 5A\_488/2018 vom 10. Mai 2019 E. 3.1. m.w.H.). Dabei wäre es der Vorinstanz selbstredend offen gestanden, die Beschwerdeführerin i.S.v. Art. 16 Abs. 1 IPRG vorab aufzufordern, die Eingaben zu übersetzen resp. zu kennzeichnen. 7.2. Es erscheint ferner fraglich, ob das Gericht in sämtlichen summarischen Verfahren ohne eigene Abklärungen ersatzweise schweizerisches Recht anwenden darf, wenn der Nachweis des ausländischen Rechts erfolglos geblieben ist (vgl. Ausführung der Vorinstanz in act. 17 E. III.10; der von der Vorinstanz zitierte

- 10 - Entscheid ZR 114/2015 Nr. 81 bezieht sich ausdrücklich nur auf das Rechtsöffnungsverfahren). Diese Einschränkung des Grundsatzes "iura novit curia" gilt gemäss Rechtsprechung lediglich für Arrest- und Rechtsöffnungsverfahren (siehe zum Ganzen für das Rechtsöffnungsverfahren: BGE 140 III 456 E. 2.3. f. und der von der Vorinstanz zitierte Entscheid ZR 114/2015 Nr. 81 E. 3.6.2.; für das Arrestverfahren: BGer 5A\_248/2020 vom 30. Juni 2021 E. 3.3. ff.; BGer 5A\_60/2013 vom 27. Mai 2013 E. 3.2.1.2, je m.w.H.). Auch wenn das Anerkennungsverfahren gemäss Art. 166 ff. IPRG summarisch ist, ist dieses weder von besonderer Dringlichkeit geprägt noch hat der Anerkennungsentscheid lediglich eine vorläufige Wirkung – wie dies für das Arrest- oder Rechtsöffnungsverfahren gilt. Im Gegenteil löst die Anerkennung ein (Hilfs-)Konkursverfahren aus mit dem Ziel, das in der Schweiz gelegene Vermögen des Gemeinschuldners definitiv zu liquidieren. Es

scheint nicht sachgerecht, dass die für die Rechtsöffnungs- und Arrestverfahren entwickelte Praxis telquel auch für Anerkennungsverfahren i.S.v. Art. 166 ff. IPRG übernommen wird. Unter diesen Umständen war die Vorinstanz nicht berechtigt, gestützt auf Art. 16 Abs. 2 IPRG Schweizer Ersatzrecht auf die Frage des Durchgriffs anzuwenden. Wie vorstehend aufgezeigt wurde, ist der vorinstanzliche Nichteintretensentscheid – auch wenn aus einem anderen Grund – dennoch zu schützen. III.

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