

Zivilprozess und Vollstreckung national und international – Schnittstellen und Vergleiche

Festschrift für Jolanta Kren Kostkiewicz

Herausgegeben von:

Alexander R. Markus

Stephanie Hrubesch-Millauer

Rodrigo Rodriguez



Stämpfli Verlag

**Zivilprozess und Vollstreckung national und international –
Schnittstellen und Vergleiche**



A handwritten signature or set of initials in black ink. The signature is stylized and appears to consist of a vertical line on the left, a horizontal line across the middle, and a few loops on the right side.

Alexander R. Markus
Stephanie Hrubesch-Millauer
Rodrigo Rodriguez
(Herausgeber)

Zivilprozess und Vollstreckung national und international – Schnittstellen und Vergleiche

Festschrift für Jolanta Kren Kostkiewicz

Zina Conrad
Michaela Eichenberger
Melanie Huber-Lehmann
Dominik Milani
Ilija Penon
Denise Weingart
Daniel Wuffli
(Co-Herausgeber)



Stämpfli Verlag

© Stämpfli Verlag AG Bern

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das Recht der Vervielfältigung, der Verbreitung und der Übersetzung. Das Werk oder Teile davon dürfen ausser in den gesetzlich vorgesehenen Fällen ohne schriftliche Genehmigung des Verlags weder in irgendeiner Form reproduziert (z.B. fotokopiert) noch elektronisch gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

© Stämpfli Verlag AG Bern · 2018
www.staempfliverlag.com

ISBN 978-3-7272-2289-4

Über unsere Online-Buchhandlung www.staempflishop.com
ist zudem folgende Ausgabe erhältlich:

Judocu ISBN 978-3-0354-1529-2



Ohne Hilfskonkurs – ein Paradigmenwechsel im internationalen Insolvenzrecht der Schweiz

ALEXANDER R. MARKUS: Prof. Dr. iur., Ordinarius und Co-Direktor am
Institut CIVPRO der Universität Bern¹

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung	222
II.	Voraussetzungen für die erweiterte Anerkennung	223
	A. Die Voraussetzungen im Allgemeinen	223
	B. Bedingungen und Auflagen im Besonderen	224
III.	Rechtsnatur der erweiterten Anerkennung	225
	A. Von der Territorialität zur Universalität?	225
	1. Universalität und Territorialität	225
	2. Einheit und Pluralität	226
	3. Das revidierte Recht als Kompromiss	226
	B. Natur der «Verzichtsentscheidung» als erweiterte Anerkennung	228
IV.	Ex lege-Wirkungen der ausländischen Insolvenz bei Verzicht auf das Hilfskonkursverfahren	229
	A. Wirkungserstreckung oder Wirkungsgleichstellung?	229
	B. Abgrenzung der lex fori recognitionis gegenüber der lex fori concursum	232
	C. Durchsetzung der lex fori recognitionis gegenüber der lex fori concursum?	233
V.	Ausländische Verwaltungshandlungen im rechtlichen Umfeld der Schweiz	234
	A. Spaltung zwischen ex lege- und Handlungsstatut	234
	B. Schranken der Befugnisse des ausländischen Verwalters	235
	C. Durchsetzung der Verwalterkompetenzen	238
	1. Möglichkeiten, die Schranken zu überwinden	238
	2. Internationale Rechts- bzw. Amtshilfe?	238
	3. Exequatur ausländischer Verfügungen?	240
	4. Die europäische Lösung in der Vergleichung	240
VI.	Zusammenfassung und Schluss	241
	Literaturverzeichnis	242
	Materialienverzeichnis	244

¹ Frau MLaw MELANIE HUBER-LEHMANN, RAin, wissenschaftliche Assistentin am
Institut CIVPRO, sei für die Unterstützung bei der vorliegenden Publikation herzlich
gedankt.

I. Einleitung

Spätestens vor dem Hintergrund der weltweiten Finanz- und Schuldenkrise ist die Bedeutung des Internationalen Insolvenzrechts unübersehbar geworden. Das internationale Insolvenzrecht ist für das Vertrauen der internationalen Wirtschafts- und Handelspartner von grösster Bedeutung. Dementsprechend lässt die *internationale Regelungstendenz* territoriale Konzepte hinter sich und bewegt sich in die Richtung von Universalität und Einheit der Insolvenzverfahren. Diese Prinzipien begünstigen die internationale Gleichbehandlung der Gläubiger und unterstützen gleichzeitig das Konzept der Sanierung, welches sich auf sachlicher Ebene gegenüber dem Konzept der Liquidation zunehmend durchsetzt.

Die Schweiz verfügt mit ihrem 11. Kapitel des IPRG von 1989 über eine Regelung, die international lange als beispielhaft galt. Mit dem UNCITRAL-Modellgesetz von 1997² und der EU-Insolvenzverordnung von 2000³ kamen jedoch Systeme, die dem Prinzip der internationalen Gleichbehandlung der Gläubiger enger verpflichtet sind als das IPRG. Während die aEuInsVO und ihr Nachfolgeinstrument⁴ als multilaterales System die EU-Mitgliedstaaten untereinander bindet, bietet das UNCITRAL-ML eine gesetzgeberische Vorgabe für Staaten, die wie die Schweiz mit dem IPRG eine unilaterale Lösung anbieten.

Das im Frühling 2018 revidierte Kapitel 11. IPRG ist nach wie vor weit von den «Idealpositionen» der Universalität und Einheit der Insolvenz entfernt. Im Gegensatz zur EuInsVO werden die Wirkungen der ausländischen Insolvenz nicht automatisch auf die Schweiz erstreckt. Das revidierte Recht hält vielmehr an einem Anerkennungsverfahren fest, das durchgestanden sein will, um die Türe zur Schweizer Masse zu öffnen. Die erhebliche Neuerung des revIPRG besteht immerhin darin, dass das Anerkennungsgericht unter bestimmten Voraussetzungen auf ein hiesiges Hilfsverfahren verzichten kann (Art. 174a revIPRG). Damit gleicht sich das revIPRG der Bankeninsolvenz an, bei welcher ein solcher Verzicht bereits *de lege lata* möglich ist.⁵ Mit dem Verzicht ist eine erhebliche Erweiterung der Anerkennung verbunden, zumal die ausländische Konkursverwaltung bedeutend grössere Kompetenzen erhält, als dies bei Stattfinden des Hilfsverfahrens der Fall ist. Der ausländische Verwalter handelt sozusagen als verlängerter Arm des ausländischen Insol-

² UNCITRAL-Modellgesetz betreffend grenzüberschreitende Insolvenz vom 30. Mai 1997 (zit. UNCITRAL-ML).

³ Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates vom 29. Mai 2000 über Insolvenzverfahren (zit. aEuInsVO).

⁴ Verordnung (EU) Nr. 2015/848 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2015 über Insolvenzverfahren (Neufassung) (zit. EuInsVO).

⁵ Art. 37g BankG; dazu BSK BankG-STAEHELIN, Art. 37g, *passim*.

venzverfahrens in der Schweiz, indem er etwa Informationen über die hier belegene Masse der ausländischen Insolvenz einholt oder gar Vermögensstücke in den Eröffnungsstaat verbringt. Dieses erweiterte Anerkennungskonzept bedeutet eine grössere Öffnung gegenüber dem ausländischen Insolvenzrecht, die vor dem Hintergrund der genannten internationalen Tendenzen zu begrüssen ist. Dieser Aufsatz nimmt das erweiterte Anerkennungskonzept des revidierten Rechts näher unter die Lupe: Welches sind Natur und rechtliche Mechanismen der neuen Regelung?

II. Voraussetzungen für die erweiterte Anerkennung

A. Die Voraussetzungen im Allgemeinen

Auf die Voraussetzungen der erweiterten Anerkennung wird vorliegend nur kurz eingegangen. Sie erfolgt auf Antrag der ausländischen Konkursverwaltung. Der Antrag wird erst gestellt, nachdem die ausländische Insolvenz in einem ersten Schritt bereits anerkannt und ein Schuldenruf analog Art. 232 SchKG ausgelöst wurde, in welchem keine Forderungen i.S.v. Art. 172 Abs. 1 revIPRG (pfandgesicherte und nach Schweizer Recht privilegierte Forderungen sowie Forderungen von Schweizer Niederlassungsgläubigern) angemeldet wurden (Art. 174a Abs. 1 revIPRG). Bei Anmeldung anderer Forderungen von Gläubigern mit Wohnsitz in der Schweiz (Forderungen der dritten Klasse) kann der Verzicht auf das Hilfsverfahren nur erfolgen, wenn die Forderungen dieser Gläubiger im ausländischen Konkursverfahren angemessen berücksichtigt werden (Art. 174a Abs. 2 revIPRG). Der Massstab für diese Beurteilung ist derselbe wie derjenige, der bei der Anerkennung des ausländischen Kollokationsplans im Sinne von Art. 173 Abs. 3 IPRG, wie sie im Rahmen eines Hilfsverfahrens erfolgt, angewendet wird.⁶ Die erweiterte Anerkennung kann auch erst einige Zeit nach der Anerkennung der ausländischen Insolvenz erfolgen. In der Zwischenzeit besteht Unsicherheit darüber, ob das Hilfsverfahren weitergeführt wird. Art. 174a revIPRG sagt nicht, bis zu welchem Zeitpunkt der Verzicht spätestens zu beantragen ist. Theoretisch wäre es daher möglich, dass die erweiterte Anerkennung auch noch nach Ablauf der Kollokationsfrist im Hilfsverfahren erfolgt. Das Anerkennungsgericht wird aber die Frage, ob und wie weit das Hilfsverfahren gediehen ist, in sein Ermessen einbauen und – gleichermassen als ungeschriebene Voraussetzung – berücksichtigen.

⁶ Botschaft 11. Kapitel IPRG, 4141.

B. Bedingungen und Auflagen im Besonderen

Die erweiterte Anerkennung kann gemäss Art. 174a Abs. 3 revIPRG unter Bedingungen und Auflagen erteilt werden; dabei kann es sich z.B. um Rechenschafts- und Informationspflichten über das ausländische Verfahren und über die Behandlung der Schweizer Gläubiger handeln.⁷ In Frage kommt auch eine Gleichbehandlungszusicherung der ausländischen Insolvenz, wie sie in Art. 36 EuInsVO vorgesehen ist.⁸ Die Botschaft nennt zudem die Überweisung allfälliger Verwertungs- oder Prozesserträge auf ein Sperrkonto bis zur Abrechnung.⁹

Die Durchsetzung solcher Bedingungen und Auflagen wird allerdings nicht immer einfach sein, zumal nicht immer sichergestellt ist, dass sich die ausländische Insolvenzverwaltung daran hält. Eine wirklich verlässliche Zusammenarbeit kann nur im Rahmen eines multilateralen Systems wie demjenigen der EuInsVO gewährleistet werden. Das UNCITRAL-ML als unilaterale Lösung sieht immerhin vor, dass zwischen Insolvenzverfahren *eine wechselseitige Anerkennung* stattfinden kann. Mit dieser bilateralen Anerkennung wird – von Fall zu Fall – eine Basis für eine wechselseitige Zusammenarbeit zwischen Haupt- und Hilfsverfahren geschaffen. Eine engere Zusammenarbeit kann auch bei den Bankeninsolvenzen stattfinden, in die ein Netz der nationalen Aufsichtsbehörden eingespannt sind. Dem revidierten IPRG sind solche Konzepte jedoch fremd.

Ein gewisser Hebel gegenüber der ausländischen Insolvenzverwaltung bestünde allenfalls darin, deren rechts- bzw. amthilfweise Unterstützung von der Einhaltung der Bedingungen und Auflagen abhängig zu machen. Diese Unterstützung durch schweizerische Behörden ist hingegen im revidierten Recht nur ansatzweise ausgestaltet.¹⁰

Insgesamt hat die Schweizer Anerkennungsbehörde nur beschränkte Möglichkeiten, den Bedingungen und Auflagen Nachachtung zu verschaffen. Die erweiterte Anerkennung als solche unter eine (suspensive oder resolutive) Bedingung zu stellen, wäre zudem aus Gründen der Rechtssicherheit fragwürdig. Somit wird sie sich darauf konzentrieren müssen, die Behandlung der Gläubiger mit Wohnsitz in der Schweiz im ausländischen Konkursverfahren im Voraus sorgfältig abzuklären.

⁷ Botschaft 11. Kapitel IPRG, 4141.

⁸ MEIER/GIUDICI, 22.

⁹ Botschaft 11. Kapitel IPRG, 4141.

¹⁰ Dazu hinten S. 233 f.

III. Rechtsnatur der erweiterten Anerkennung

A. Von der Territorialität zur Universalität?

1. *Universalität und Territorialität*

Die Umschreibung des internationalen Geltungsanspruchs von Insolvenzverfahren, die Koordination in- und ausländischer Verfahren sowie die Fragen des anwendbaren Rechts in diesen Verfahren erklären sich über gegenläufige Prinzipien, die sich auf verschiedenen Ebenen gegenüber stehen: *Universalität* ca. *Territorialität* der Masse sowie *Einheit* ca. *Pluralität* der Verfahren und des anwendbaren Rechts. *Universalität der Aktivmasse* bedeutet, dass sich ein Verfahren auf alle Aktiven des Gemeinschuldners bezieht, unbeschaden deren Belegenheit im In- oder Ausland. *Universalität der Passivmasse* bedeutet, dass im Verfahren alle Gläubiger zugelassen sind, unabhängig von deren Sitz oder Wohnsitz im In- oder Ausland. *Territorialität der Aktiv- und Passivmasse* bedeuten hingegen die entsprechenden Einschränkungen auf im Inland belegenes Vermögen bzw. auf Gläubiger mit Sitz oder Wohnsitz im Inland.¹¹

Bei den Prinzipien der Universalität oder Territorialität ist zu unterscheiden, aus welcher Perspektive sie erfolgen.

Als *aktiv* ist die Betrachtung des inländischen Hauptverfahrens im Staat der hauptsächlichen Gläubigerinteressen zu bezeichnen. Im Fall der aktiven Universalität der Aktivmasse bedeutet dies, dass dieses Verfahren einen Geltungsanspruch auf alles Vermögen des Gemeinschuldners erhebt, auch wenn dieses im Ausland liegt. Dem folgen praktisch alle Systeme, so mit Art. 197 SchKG auch die Schweiz.

Passiv ist die Betrachtung eines Staates der inländischen Vermögenszuständigkeit oder eines inländischen Verfahrens. Im Fall der passiven Universalität der Aktivmasse bedeutet dies, dass das ausländische (Haupt-)Verfahren Wirkungen auf das im Inland belegene Vermögen oder hiesige Verfahren zeitigt. Diese Wirkungen erfolgen durch Anerkennung der ausländischen Verfahrenseröffnung. Öffnet sich der Anerkennungsstaat ohne Vorbehalt der Zuständigkeit der Insolvenzorgane des Verfahrensstaates (Insolvenzverwaltung), und lässt er die Anwendung des Rechts des Verfahrensstaates uneingeschränkt zu, so ist die passive Universalität in jeder Hinsicht vollkommen verwirklicht. In dieser reinen Form tritt sie allerdings kaum in Erscheinung. Häufig ist die Zuständigkeit der verfahrensstaatlichen Organe auf gewisse Handlungen beschränkt, so etwa auf Sicherungshandlungen, die Auslösung eines Hilfs- oder Sekundärverfahrens im Anerkennungsstaat oder auf die Erhebung einer pau-

¹¹ Dazu ausführlich RODRIGUEZ, Zuständigkeiten, Rz. 106 ff.; STAEHELIN, 1 ff.

lianischen Anfechtungsklage. Die Anerkennung kann auch fakultative oder obligatorische Sonderverfahren im Anerkennungsstaat nach sich ziehen. Diese Verfahren spielen sich nach dem Recht des Anerkennungsstaates ab, sind aber mehr oder weniger beeinflusst durch das Verfahren im Eröffnungsstaat. In diesem Fall wird von eingeschränkter oder kontrollierter Universalität gesprochen.¹²

2. *Einheit und Pluralität*

Die Gesetzgeber stellen verschiedene Modelle zur Verfügung, um den genannten Prinzipien zum Durchbruch zu verhelfen. Von *Einheit* der Insolvenz ist die Rede, wenn die internationale Zuständigkeit den Behörden eines Staates allein zugewiesen ist. Die kollektive Schuldenbereinigung findet in einem einzigen, grenzübergreifenden Verfahren statt, das den Grundsätzen der aktiven Universalität von Aktiv- und Passivmasse folgt. In diesem Verfahren ist zudem grundsätzlich eine einzige Rechtsordnung anwendbar.¹³ Dieses Modell ermöglicht die vollkommene Gleichbehandlung für Gläubiger im internationalen Verhältnis. Nahe kommt dem Idealmodell der passiven Universalität allein die Übereinkunft von 1826 zwischen der Krone Württemberg und schweizerischen Kantonen.¹⁴ Zu unterschiedlich sind die nationalen Vorstellungen über Konkursprivilegien sowie Zulassung und Ausgestaltung von Sicherungsrechten.¹⁵ Deshalb sehen die Gesetzgebungen Sonderverfahren in Form von Sekundär- und Hilfsverfahren vor, welche in mehr oder weniger intensiver Form dem ausländischen (Haupt-)Insolvenzverfahren dienen, und gleichzeitig die Interessen des Anerkennungsstaats schützen. In diesen Verfahren findet grundsätzlich die *lex fori recognitionis* Anwendung. Geradezu quer zum Gedanken der passiven Universalität liegen Partikulärverfahren, die unabhängig von einer ausländischen Hauptinsolvenz ablaufen. Im Rahmen des IPRG ist Beispiel dafür der Zweigniederlassungskonkurs nach Art. 166 Abs. 2 IPRG i.V.m. Art. 50 Abs. 1 SchKG.

3. *Das revidierte Recht als Kompromiss*

Die insolvenzrechtliche «Ideallösungen» der passiven Universalität und der Einheit der Insolvenz bietet das revidierte Recht nur annäherungsweise. In einem weiten Bereich ist nach wie vor ein schweizerisches Hilfsverfahren

¹² BREITENSTEIN, 39 ff.; HANISCH, 226; MARKUS, Modellgesetz, 17.

¹³ HANISCH, 229 ff.

¹⁴ STAEHELIN, 4; SPÜHLER, 87.

¹⁵ HANISCH, 230; GOTTWALD, 24; BRUNNER, 4; MARKUS, Modellgesetz, 17.

notwendig. Ein Wandel zeigt sich jedoch bereits beim schweizerischen Niederlassungskonkurs. Zwar ist ein vom ausländischen Hauptverfahren isoliert ablaufender Niederlassungskonkurs nach wie vor zulässig; steht er aber in Konkurrenz zur Anerkennung einer ausländischen Hauptinsolvenz, so wird er unter gewissen Voraussetzungen mit dem schweizerischen Hilfsverfahren zusammengelegt.¹⁶

Das revidierte IPRG bedeutet eine vorsichtige, jedoch nicht unwesentliche Öffnung gegenüber dem ausländischen Hauptverfahren und der *lex fori concursus*. Wird auf das Hilfsverfahren verzichtet, so bleibt in der Schweiz bloss ein «Rumpfverfahren», das zwischen der Anerkennungsentscheidung nach Art. 166 revIPRG und der erweiterten Anerkennungsentscheidung nach Art. 174a Abs. 1-3 revIPRG abläuft. Es hat allein vorsorglichen Rechtsschutz und Schuldenruf zum Gegenstand. Der unmittelbare Zugang des ausländischen Verwalters zur Schweizer Masse, der von der erweiterten Anerkennungsentscheidung ausgelöst wird, macht das schweizerische Hilfsverfahren grundsätzlich überflüssig. Werden dem Zugang des Verwalters allerdings – wie vorliegend nach Art. 174a Abs. 4 revIPRG – Schranken entgegengesetzt,¹⁷ so ist zur Überwindung dieser Schranken Rechts- bzw. Amtshilfe des Staates notwendig, in welchem die Verwaltung handelt. Die passive Universalität der Insolvenz ist also nach wie vor eine kontrollierte, jedoch mit vergleichsweise vermindertem Kontrollniveau. Ist diese Rechts- bzw. Amtshilfe – wie nach dem revidierten Recht – wiederum beschränkt, so droht im Übrigen ein Zuständigkeitsvakuum.¹⁸

Gleichzeitig kommt es zu einer Spaltung des anwendbaren Rechts; wie hinten zu zeigen sein wird, gelangt die *lex fori concursus* auch beim Verzicht auf das Hilfsverfahren hierzulande nur ansatzweise zum Durchbruch.¹⁹ Spaltungslösungen sind zwar auch der EuInsVO nicht fremd. Im Vergleich zur EuInsVO schränkt das revidierte Recht jedoch den Stellenwert der ausländischen *lex fori concursus* wesentlich stärker ein.

In einer Gesamtsicht kann somit das Bild einer *deutlich eingeschränkten Einheitslösung* gezeichnet werden. Aus der Sicht des schweizerischen Anerkennungsstaats verbleibt es bei einer *kontrollierten Universalität*, wobei die Kontrolle in Teilbereichen nicht unwesentlich aufgelockert wurde.²⁰

¹⁶ Art. 166 Abs. 3 revIPRG.

¹⁷ Hinten S. 235 ff.

¹⁸ Hinten S. 238 ff.

¹⁹ Hinten S. 234 f.

²⁰ In einer anderen Nomenklatur sieht BSK BankG-STAEHELIN, Art. 37g N 8b, die Vorbildbestimmung zum revidierten Recht, Art. 37g BankG, unter dem «Territorialitätsprinzip verbunden mit der Rechtshilfe».

B. Natur der «Verzichtsentscheidung» als erweiterte Anerkennung

Zufolge Art. 174a Abs. 2 revIPRG entscheidet das «Gericht»; gemeint das Anerkennungsgericht, das bereits nach Art. 166 i.V.m. Art. 167 revIPRG tätig geworden ist. Der Wortlaut «Verzicht» auf die Durchführung des Hilfskonkursverfahrens impliziert, dass ein Rechtshilfeverfahren gar nie ausgelöst wurde. Ein «Rumpfverfahren» findet hingegen immer statt; es dient dem vorsorglichen Rechtsschutz (Art. 168 IPRG) und der Publikation mit Schuldeneruf (Art. 169 IPRG).

Was die Natur der Entscheidung nach Art. 174a Abs. 1 revIPRG betrifft, so qualifiziert sich diese als zweiter, erweiterter Anerkennungsentscheid.²¹ Er folgt dem ersten, auf Art. 166 Abs. 1 revIPRG gestützten Anerkennungsentscheid, wenn die erwähnten zusätzlichen Voraussetzungen erfüllt sind, und löst Anerkennungswirkungen aus, die gegenüber der ersten Stufe der Anerkennung wesentlich erweitert sind. Im Gegensatz zum klassischen Verfahren mit Hilfskonkurs, das dem ausländischen Verwalter nur sehr beschränkte Rechte verleiht,²² gewähren sie dem ausländischen Verwalter insbesondere den Zugriff auf die Aktivmasse, die in der Schweiz belegen ist.

Auf der Ebene des SchKG bietet sich prima vista eine Analogie zu Art. 230 SchKG (Einstellung des Verfahrens mangels Aktiven) an. Diese Analogie passt jedoch nicht ganz, zumal es sich vorliegend eher um eine «Einstellung mangels Passiven» handelt. Auch die Rechtsfolge des Art. 230 SchKG, Wiederaufleben der Einzelrechtsverfolgung nach Abs. 3 und 4, ist nicht adäquat. Ein Schweizer Kurrentgläubiger, der zudem kein Niederlassungsgläubiger nach Art. 172 Abs. 1 revIPRG ist, kann denn auch nicht etwa die Durchführung des Konkursverfahrens verlangen – dies im Gegensatz zu Art. 230 Abs. 2 SchKG. Nach Art. 174a Abs. 1 revIPRG ist nur die ausländische Konkursverwaltung antragsberechtigt, Gläubiger sind nicht Parteien des «Verzichtsverfahrens». Analogien mit Art. 230 SchKG wären somit mit Vorsicht zu geniessen.

Die Qualifikation als Anerkennungsentscheidung ist für den Rechtsschutz relevant. Die Anerkennung des ausländischen Konkursdekrets ist analog Art. 174 SchKG innert 10 Tagen mit Beschwerde nach ZPO anfechtbar.²³ Anders als beim ersten Anerkennungsverfahren nach Art. 166 Abs. 1 revIPRG oder bei der Konkurseröffnung nach Art. 171 ff. SchKG sind der

²¹ Statt (unzutreffend) «Verzichtsverfahren» wurde dieses Verfahren auch schon als «Zwischenverfahren» bezeichnet; JAKOB, Rz. 10 ff.

²² Dazu LORANDI, AJP 2008, 562 f.; WÜTHRICH, Rz. 1, mit Hinweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung.

²³ BSK IPRG-BERTI/MABILLARD, Art. 167 N 20.

oder die Gläubiger nicht Parteien des Verfahrens. Bei Eingaben von Gläubigern ausserhalb des Art. 172 Abs. 1 revIPRG sind diese Gläubiger im Verfahren jedoch anzuhören.²⁴

IV. Ex lege-Wirkungen der ausländischen Insolvenz bei Verzicht auf das Hilfskonkursverfahren

A. Wirkungserstreckung oder Wirkungsgleichstellung?

Wie vorstehend umrissen, könnte das revidierte Recht mit seiner erweiterten Anerkennungsmöglichkeit einen Paradigmenwechsel vom Pluralitätssystem hin zu einem – allerdings eingeschränkten – Einheitssystem bedeuten. Wie weit geht diese Systemänderung bei näherer Betrachtung?

Vorliegend sind die Wirkungen der erweiterten Anerkennung näher zu untersuchen. Im Zentrum steht das ausländische Verfahren am Wohnsitz/Sitz des Gemeinschuldners bzw. am Mittelpunkt seiner hauptsächlichen Interessen.²⁵ Bedeutet die erweiterte Anerkennung *Wirkungserstreckung* in dem Sinne, dass das ausländische (Haupt-)Verfahren im schweizerischen Inland dieselben Wirkungen entfaltet wie im Staat der Insolvenzeröffnung? Oder bedeutet sie *Wirkungsgleichstellung* in dem Sinne, dass das ausländische Hauptverfahren in der Schweiz dieselben Wirkungen auslöst, die ein schweizerisches Verfahren hätte? Gilt also hierzulande grundsätzlich die *lex fori concursus* oder die *lex fori recognitionis*?

Dabei ist insbesondere zwischen dem auf ex lege-Verhältnisse anwendbaren Recht und dem auf behördliche Handlungen anwendbaren Recht zu unterscheiden. Ex lege-Rechtsverhältnisse gelten von Gesetzes wegen ausserhalb individuell konkreter behördlicher Massnahmen, so wie z.B. die Verfügungsunfähigkeit des Schuldners,²⁶ die eine der automatischen Folgen der Anerkennung einer ausländischen Insolvenz darstellt. Davon zu unterscheiden sind individuell-konkrete behördliche Handlungen im Konkurs wie z.B. die Inventaraufnahme durch die Verwaltung.²⁷

Gleichzeitig ist zwischen dem formellen und dem materiellen Konkursrecht zu differenzieren. Soweit in der Schweiz kein Verfahren stattfindet, richtet sich das *formelle Konkursrecht* im Ausgangspunkt nach dem ausländischen Verfahren, das sich hauptsächlich im ausländischen Eröffnungsstaat abspielt.

²⁴ HUNKELER/WOHL, Rz. 7.

²⁵ Art. 166 Abs. 1 lit. c revIPRG.

²⁶ Vgl. Art. 204 SchKG.

²⁷ Vgl. Art. 221 SchKG.

Aber es sind Differenzierungen nötig, soweit das ausländische Verfahren über seinen verlängerten Arm, die ausländische Konkursverwaltung, in der Schweiz handelt. Während das Verfahrensrecht a priori beim behördlichen Handeln eine Rolle spielt, kommt die obige Unterscheidung zwischen ex-lege Verhältnissen und durch behördliches Handeln gestalteten Verhältnissen hauptsächlich beim *materiellen Konkursrecht* zum Tragen.

Die erste und wichtigste Frage gilt der Bedeutung des Art. 170 Abs. 1 IPRG. Er hat im geltenden Recht die Funktion, klarzustellen, dass die Anerkennung des ausländischen Konkursdekrets ein schweizerisches Hilfsverfahren auslöst, auf welches schweizerisches Recht anwendbar ist. Die Bestimmung gilt sowohl für das formelle wie das materielle Konkursrecht und beschlägt sowohl die ex lege-Rechtsverhältnisse als auch die konkreten Handlungen der Schweizer Behörden im Konkurs. Die Bestimmung bleibt nach der Revision unverändert. Gilt sie nun auch, wenn auf das Hilfsverfahren «verzichtet» wird?²⁸ Art. 170 Abs. 1 IPRG behält bei der erweiterten Anerkennung entweder ganz oder zum Teil eine Funktion als *reine IPR-Norm* und gebietet in gewissem Umfang die Anwendung der schweizerischen *lex fori recognitionis*, was bedeutet, dass die Wirkungen der ausländischen Insolvenz mit derjenigen einer inländischen gleichgestellt werden. Oder aber die Bestimmung beschränkt sich auf den *Kontext zum Hilfsverfahren*; bei einer erweiterten Anerkennung wäre diesfalls Art. 174a Abs. 4 revIPRG als die einzige massgebliche Kollisionsnorm zu betrachten, und zwar im Sinne einer Anwendung der *lex fori concursus*, was mit einer Erstreckung der Wirkungen der ausländischen Insolvenz auf das schweizerische Territorium gleichzusetzen ist.²⁹

Eine *systematisch-rechtsvergleichende* Auslegung im Licht der EuInsVO ergibt Folgendes: Art. 20 Abs. 1 EuInsVO statuiert den Grundsatz, wonach ein (Haupt-)Insolvenzverfahren am gemeinschuldnerischen Interessenmittelpunkt in den anderen Mitgliedstaaten die ex lege-Wirkungen der *lex fori concursus* auslöst, sofern in den Anerkennungsstaaten keine Sekundärverfahren eröffnet werden. Die Art. 7 ff. EuInsVO enthalten auf dieser Basis eine Reihe differenzierender Kollisionsnormen. Daneben wird in einer anderen Bestimmung, Art. 21 EuInsVO, das Handlungsstatut des Verwalters geregelt.

Damit verglichen sei die Situation nach IPRG, in welcher in der Schweiz auf das Hilfsverfahren verzichtet wird. Das revIPRG enthält – vielleicht abgesehen vom fraglichen Art. 170 Abs. 1 IPRG – keine allgemeine Kollisionsnorm für den Fall der erweiterten Anerkennung. Das revidierte Recht regelt allein das Handlungsstatut des Insolvenzverwalters (Art. 174a Abs. 4 revIPRG), das von der *lex fori concursus* ausgeht, welche jedoch u.a. unter dem Vorbehalt

²⁸ BSK BankG-STAEHELIN, Art. 36g N 81, geht davon aus, dass die Bedeutung von Art. 170 IPRG bei Verzicht auf das Hilfsverfahren stark eingeschränkt sei.

²⁹ Vgl. RODRIGUEZ, Reform, 17.

steht, dass das schweizerische Recht «zu beachten» sei. Allein aus dieser Sicht bleibt zunächst also unklar, ob und ggf. inwiefern Art. 170 Abs. 1 IPRG im Fall der erweiterten Anerkennung neben Art. 174a Abs. 4 revIPRG zum Zug kommt.

Auch Art. 21 Abs. 3 EuInsVO auferlegt dem Verwalter des Hauptverfahrens, das Recht des Mitgliedstaats, in welchem er handelt, zu *beachten*. Diese Rücksichtnahme auf die *lex fori recognitionis* macht insofern Sinn, als der Verwalter nach EuInsVO nicht nur nach *lex fori concursus* handelt, sondern als auch für *ex lege*-Verhältnisse im Grundsatz dieselbe *lex fori concursus* gilt. Handlungsstatut und *ex lege*-Statut sind recht weitgehend identisch.³⁰ Gälte für *ex lege*-Verhältnisse dagegen die *lex fori recognitionis*, also ein sich vom Handlungsstatut unterscheidendes Recht, so wäre die «Beachtung» dieses Rechts gewissermassen eine Selbstverständlichkeit,³¹ die der ausdrücklichen Regelung nicht bedürfte. Die Handlungen des Verwalters fänden ja vor einem anderen rechtlichen Hintergrund statt und müssten dieses insofern notwendigerweise berücksichtigen. Dieser Aspekt spricht aus systematischer Sicht dagegen, dass Art. 170 Abs. 1 IPRG im Bereich der erweiterten Anerkennung überhaupt eine Bedeutung zukommt.

Eine *teleologisch-vergleichende* Betrachtung ergibt Anderes. Das 11. Kapitel des IPRG ist eine unilaterale Lösung aufgrund eines Bundesgesetzes, welche naturgemäss keine Gewähr bietet, dass das ausländische Hauptverfahren mit dem Hilfsverfahren koordiniert und kooperiert. Eine Vergleichung mit der EuInsVO zeigt, dass sogar nach diesem multilateralen System, das auf gegenseitigem Vertrauen der Rechtsordnungen aufbaut, nicht durchwegs die *lex fori concursus* gilt (vgl. Art. 8 ff. EuInsVO).

Eine *historisch-vergleichende* Betrachtung unterstützt die teleologisch-vergleichende. Sie ergibt, dass der Schweizer Gesetzgeber mit einiger Sicherheit keine radikale Kehrtwendung hin zu einer vollkommenen Einheit des Konkurses wollte, die über die Lösung der EuInsVO hinausginge. Gegen eine solche radikale Kehrtwendung spricht auch, dass das UNCITRAL-ML in Art. 20 vom Grundsatz ausgeht, dass sich die *ex lege*-Wirkungen im Anerkennungsstaat nach der *lex fori recognitionis* richten.³²

Als Ergebnis kann festgehalten werden, dass das revidierte Recht tendenziell wohl dem Grundsatz der Wirkungsgleichstellung folgt.³³ Art. 170 Abs. 1 IPRG gälte demnach auch im Rahmen der erweiterten Anerkennung; seine

³⁰ Zum Begrifflichen siehe vorne S. 229.

³¹ Mehr dazu hinten S. 235 ff.

³² MARKUS, Modellgesetz, 29. Die Tatsache, dass das UNCITRAL-ML über eine besondere Kollisionsnorm verfügt, könnte bei der Auslegung des revidierten Rechts hingegen auch in die gegenteilige Richtung sprechen.

³³ Für Wirkungsgleichstellung auch LORANDI, Revision, S. 196.

Bedeutung ändert sich aber insofern, als er in diesem Rahmen hauptsächlich nur noch das materielle Konkursrecht erfasst und vom Handlungsstatut der ausländischen Verwaltung eingeschränkt ist.

B. Abgrenzung der *lex fori recognitionis* gegenüber der *lex fori concursus*

Nach dem vorstehend Gesagten erstreckt sich der Geltungsbereich der *lex fori recognitionis* nach Art. 170 Abs. 1 IPRG vorab auf die Verfügungsbeschränkungen des Gemeinschuldners (Art. 204 SchKG) und die Sistierung von Prozessen (Art. 207 SchKG), allenfalls auch auf insolvenzrechtliche Einzelverfahren in der Schweiz analog Art. 171 IPRG.³⁴ Daneben sind Einzelfragen des materiellen Konkursrechts wie Verrechnung, Rücktrittsrecht, Behandlung von Dauerschuldverhältnissen, Pfandrechte etc., aber auch die schweizerischen Kompetenzstücke, soweit sie in den ausländischen Verfahren überhaupt eine Rolle spielen, betroffen.

Räumlich deckt die Bestimmung allein Rechtsverhältnisse ab, die einen Bezug zur Schweiz aufweisen. Dieser Bezug ist die in der Schweiz belegene Aktivmasse. Der Regelungsbereich des Art. 170 Abs. 1 IPRG kann insofern nicht weiter gefasst werden als im Fall eines Schweizer Hilfsverfahrens ohne erweiterte Anerkennung.

Die *lex fori recognitionis* findet ihre Grenze am Handlungsstatut der ausländischen Verwaltung nach Art. 174a Abs. 4 revIPRG. Nach der dortigen Grundnorm regelt die *lex fori concursus* im Ausgangspunkt sämtliche Aspekte des formellen und des materiellen Insolvenzrechts, die im Zusammenhang mit den Handlungen der ausländischen Konkursverwaltung stehen, also Verfahrensfragen, Zuständigkeiten und Handlungsbefugnisse, aber auch Fragen des materiellen Insolvenzrechts, die bei der Ausübung dieser Befugnisse zu lösen sind.

Im Folgenden wird unter einer Reihe von Aspekten näher untersucht, in welchem Verhältnis diese beiden Rechte zueinander stehen.

³⁴ Das gilt nach LugÜ nur insoweit, als dieser Staatsvertrag das Verfahren als «insolvenzrechtlich» im Sinne des Art. 1 Ziff. 2 lit. b LugÜ qualifiziert.

C. Durchsetzung der *lex fori recognitionis* gegenüber der *lex fori concursus*?

Aus dem vorstehend Gesagten folgt, dass sich der Geltungsbereich des Art. 170 Abs. 1 IPRG auf die Regelung von *ex lege*-Rechtsverhältnissen beschränkt, die nicht vom ausländischen Handlungsstatut erfasst sind, und die einen Bezug zur schweizerischen Aktivmasse aufweisen. Im Folgenden wird näher untersucht, ob und wie weit die Anwendung dieser *lex fori recognitionis* durchgesetzt werden kann. Solange das Recht des ausländischen (Haupt-)Verfahrens eine Regel enthält, wonach die *lex fori recognitionis* in Situationen anzuwenden ist, welche im Zusammenhang mit dem Anerkennungsstaat stehen, wird dadurch Art. 170 Abs. 1 IPRG ohne Weiteres Nachachtung verschafft.³⁵ Welche Tragweite hat aber Art. 170 Abs. 1 IPRG, wenn das ausländische (Haupt-)Verfahren nicht zur Beachtung der Rechtsordnung des Anerkennungsstaats verpflichtet ist? Hier geht es um das allgemeine Problem jedes unkoordinierten, unilateralen Systems, dass die beteiligten Rechtsordnungen widersprüchliche Kollisionsnormen statuieren können und allfällige Verpflichtungen zu Koordination und Kooperation nur einseitig sind.³⁶

Bereiche, in welchen die Durchsetzung der *lex fori recognitionis* Probleme bereitet, sind diejenigen, die allein oder hauptsächlich in ausländischen (Haupt-)Verfahren berücksichtigt werden. Dabei handelt es sich beispielsweise um:

- Pfändbare Vermögenswerte (Kompetenzstücke)
- Verrechnung
- Rücktrittsrecht
- Behandlung von Dauerschuldverhältnissen
- Dingliche Berechtigungen, z.B. Dritteigentum bei Verbringungsrecht des Verwalters ins Ausland nach Art. 174a Abs. 4 revIPRG

Im Rahmen des Entscheids über die erweiterte Anerkennung hat das Gericht nach Art. 174a Abs. 2 revIPRG die Möglichkeit, Auflagen und Bedingungen zu verfügen. Kann damit der *lex fori recognitionis* Nachachtung verschafft werden? Die genannten Instrumente dienen jedoch nur, wenn sie ihrerseits durchsetzbar sind. Schweizer Behörden kommt diese Durchsetzungsmöglichkeit nur sehr beschränkt zu. Sie können z.B. eine allfällige Rechts- bzw. Amtshilfe zu Gunsten des ausländischen Verwalters, der gestützt auf

³⁵ Das autonome internationale Insolvenzrecht des Staats des Hauptverfahrens kann sich nach dem UNCITRAL-ML richten, welches in Art. 20 die *lex fori recognitionis* für anwendbar erklärt.

³⁶ Das UNCITRAL-ML statuiert eine *wechselseitige Anerkennung* zwischen Haupt- und Sekundärverfahren, die eine gewisse Gewähr leistet, dass das Hauptverfahren auf das Sekundärverfahren Rücksicht nimmt.

Art. 174a Abs. 4 revIPRG tätig ist, an die Compliance mit den Auflagen und Bedingungen knüpfen. Dabei ist aber problematisch, dass die Möglichkeiten dieser Hilfestellung ihrerseits beschränkt ist, weil die gesetzlichen Grundlagen dafür schmal sind.

V. Ausländische Verwaltungshandlungen im rechtlichen Umfeld der Schweiz

A. Spaltung zwischen ex lege- und Handlungsstatut

Der ausländische Verwalter übt nach Art. 174a Abs. 4 revIPRG die Befugnisse aus, die ihm nach der *lex fori concursus* zustehen. Wie erwähnt, geht es dabei im Ausgangspunkt um sämtliche Aspekte des formellen und des materiellen Insolvenzrechts, die im Zusammenhang mit den Handlungen der ausländischen Konkursverwaltung stehen. Darunter fallen insbesondere auch Fragen des materiellen Insolvenzrechts, die bei der Ausübung dieser Befugnisse zu lösen sind. Gemäss Botschaft geht es insbesondere darum, Informationen über Vermögenswerte der ausländischen Masse einzuholen, Vermögenswerte ins Ausland zu verbringen oder Prozesse zu führen, wobei diese Handlungen keinen Verstoß gegen Art. 271 StGB darstellen sollen.³⁷ Die Befugnisse gehen jedoch – angesichts der recht grosszügigen Formulierung in Art. 174a Abs. 4 revIPRG («sämtliche Befugnisse»...) – über diese Beispiele hinaus.

Art. 170 Abs. 1 IPRG und 174a Abs. 4 revIPRG gelten damit *nebeneinander*. Der Verwalter hat zwar die materiell-insolvenzrechtliche Situation, die er hierzulande antrifft, nach Schweizer Recht zu beurteilen. Trifft er Massnahmen und Verfügungen, so richten sich diese jedoch nach der *lex fori concursus*. Diese Spaltung zwischen dem auf ex lege-Verhältnisse anwendbaren Recht und dem Handlungsstatut der ausländischen Verwaltung kann zu Anpassungsproblemen führen. Sie macht die Tätigkeit des Verwalters nicht immer einfach, weil er sich im Schweizer Rechtsumfeld bewegen muss, obwohl seine Massnahmen grundsätzlich formell und materiell dem Recht der ausländischen (Haupt-)Insolvenz unterstehen.

Als mögliche Situation, die Anpassungsfragen hervorruft, kann die Erhaltung der Aktiven durch den Verwalter erwähnt werden. Verfügt dieser nach der *lex fori concursus* über ein Auskunfts- und Herausgaberecht (analog Art. 222 SchKG) oder das Recht, Sicherungsmassnahmen zu ergreifen (ana-

³⁷ Botschaft 11. Kapitel IPRG, 4141 f.; JAKOB/HUNSPERGER, 1058 f.; zur Prozessführungsbefugnis des ausländischen Verwalters nach revidiertem IPRG s. JAKOB, Prozessführungsbefugnis, Rz. 306 ff.

log Art. 223 SchKG), so können sich Widersprüche mit dem schweizerischen Recht ergeben, das ex lege Geltung beansprucht, wie z.B. dem Recht der Kompetenzstücke nach Art. 92 SchKG. Zu denken ist etwa auch an den Fall, dass das ausländische Insolvenzrecht dem Gemeinschuldner Verwaltungskompetenzen belässt, während das schweizerische Recht dem Schuldner die Verfügungsfähigkeit vollständig wegnimmt.³⁸

Das Konzept der EuInsVO ist vergleichsweise einfacher zu handhaben, zumal sich der Verwalter der Hauptinsolvenz nach Art. 21 Abs. 1 EuInsVO grundsätzlich im eigenen Rechtsumfeld bewegt: Ex lege-Statut und Handlungsstatut stimmen im Grundsatz überein.³⁹ Zwar wird dort das Prinzip der Wirkungserstreckung z.T. eingeschränkt, so z.B. durch die Vorbehalte dinglicher Rechte nach den Artt. 8 und 10 EuInsVO. Der *lex fori concursus* kommt aber nach EuInsVO eine ungleich grössere Tragweite zu als nach dem IPRG.

Neben den Grenzen, die dem Handlungsstatut durch das ex lege-Statut gesetzt sind, wirft der revIPRG vergleichsweise sensiblere Anpassungsfragen auf, indem er das Handlungsstatut zusätzlich beschränkt. Diese Fragen werden nachstehend näher beleuchtet.

B. Schranken der Befugnisse des ausländischen Verwalters

Art. 174a Abs. 4 revIPRG unterwirft die Befugnisse des ausländischen Verwalters gleich mehreren Beschränkungen. So hat er das schweizerische Recht zu *beachten*, und darf *weder hoheitliche Handlungen* vornehmen, *Zwangsmittel* anwenden *noch Streitigkeiten* entscheiden.

Was heisst *Beachtung* des Schweizer Rechts? Diese Formel dürfte auf die EuInsVO zugeschnitten sein, welche gemäss Art. 21 Abs. 3 dem Verwalter auferlegt, die *lex fori recognitionis* zu beachten, obwohl er nach *lex fori concursus* handelt und sich gleichzeitig auch in diesem ex lege-Umfeld befindet. Die *lex fori concursus* ist mithin die Regel, die *Beachtung* der *lex fori recognitionis* dazu die – keineswegs selbstverständliche – Ausnahme. «*Beachtung*» bedeutet grundsätzlich nicht «*Geltung*», also keine eigentliche Rechtsanwendung, sondern bloss eine Berücksichtigung auf niedrigerer Stufe.⁴⁰ Da indessen im IPRG-Konkurs das schweizerische Recht gemäss Art. 170 Abs. 1 IPRG ohnehin Geltung beanspruchen dürfte, stellt sich die Frage, ob die *Beachtungsregel* des Art. 174a Abs. 4 revIPRG einen selbständigen Regelungsgehalt besitzt.

³⁸ Art. 204 SchKG.

³⁹ Art. 20 Abs. 1 EuInsVO.

⁴⁰ MANKOWSKI/MÜLLER/SCHMIDT, EuInsVO, Art. 21 N 33.

Art. 21 Abs. 3 EuInsVO hebt hervor, dass die «Beachtung» des Belegenheitsrechts immerhin bedeute, dass sich die Art und Weise der Verwertung eines Vermögensgegenstands nach diesem Recht richte. Bei der Verwertung wird also das «Wie» der Verwertung, also z.B. die Zulässigkeit des Freihandverkaufs, der *lex fori recognitionis* unterworfen, während sich das «Ob» der Verwertung nach der *lex fori concursus* richtet.⁴¹ Das geht insofern über eine blosser «Beachtung» hinaus. Die Literatur zur EuInsVO erwähnt zudem, die «Beachtung» der *lex fori recognitionis* bedeute in allgemeiner Hinsicht eine Beachtung des Verfahrensrechts, z.B. von Pfändungsfreigrenzen,⁴² und qualifiziert zwingender Normen des Handlungsstaats, also z.B. zwingenden Arbeitsrechts.⁴³

Für letztere Normierungen gilt aufgrund von Art. 170 Abs. 1 IPRG bereits ohnehin das schweizerische Recht; insofern ist die Beachtungsregel obsolet. Sie dürfte hingegen eine gewisse eigenständige Bedeutung erlangen, was die verfahrensrechtlichen Normen betrifft. «[...] sämtliche Befugnisse, die ihr nach dem Recht des Staates der Konkursöffnung zustehen.», wäre ohne die gleichzeitige Beachtungsregel des Art. 174a Abs. 4 revIPRG umfassend zu verstehen, und würde insbesondere bedeuten, dass die ausländische Verwaltung durchwegs ihr eigenes Verfahrensrecht anwendet. Die Einschränkung zugunsten der *lex fori recognitionis* darf jedoch nicht zu weit gehen. Würde umgekehrt der Verwaltung durchwegs das schweizerische Verfahrensrecht aufgezwungen, so bedeutete dies eine übermässige Behinderung der Verwaltungstätigkeit. Für eine restriktive Auslegung der Beachtungsregel spricht zudem auch, dass Art. 174a Abs. 4 revIPRG – anders als Art. 21 Abs. 3 EuInsVO – keine Präzisierung bezüglich des Verwertungsverfahrens enthält. Somit ist davon auszugehen, dass die Beachtungsregel das Verfahrensrecht nicht generell, sondern allenfalls allein in sensiblen Bereichen erfasst, in welchen Schutzaspekte des Rechtsverkehrs prominent neben diejenigen des Gläubigerschutzes treten.

Mit dem *Verbot «hoheitlicher Handlungen»* wird die schweizerische Territorialhoheit vorbehalten.⁴⁴ Vergleichend behält Art. 21 Abs. 3 EuInsVO solche

⁴¹ MANKOWSKI/MÜLLER/SCHMIDT, EuInsVO, Art. 21 N 34. Gem. BSK BankG-STAEHELIN, Art. 37g N 8k, darf der ausländische Verwalter keinen Freihandverkauf vornehmen, auch wenn er dies nach den Regeln des SchKG tut; er darf nur «privatrechtlich» verkaufen. Es fragt sich, ob sich gerade der «privatrechtliche» Verkauf an der Beachtung des Schweizer Rechts stossen würde, zumal der Freihandverkauf im Gegensatz zu jenem gewisse Mindestgarantien bietet.

⁴² Braun/TASHIRO, EuInsVO, Art. 21 N 33. Die Pfändungsfreigrenzen sind indessen eher als materielles Insolvenzrecht zu qualifizieren denn als Verfahrensrecht.

⁴³ MANKOWSKI/MÜLLER/SCHMIDT, EuInsVO, Art. 21 N 33 f.

⁴⁴ Angesichts dieser gesetzlichen Formulierung definiert sich die Territorialhoheit völkerrechtlich und beschränkt sich damit nicht auf den Schutz, den Art. 271 StGB bietet. Dazu im zivilen Rechtshilfekontext: GAUTHEY/MARKUS, *passim*.

Handlungen nicht vor. Bei einer wörtlichen Auslegung könnte der Vorbehalt prohibitiv wirken, da der ausländische Verwalter – mindestens aus einer funktionalen Sicht – durchwegs hoheitlich handelt.⁴⁵ Seine Handlungs- und Prozessführungsbefugnisse stützen sich ja auf öffentlichrechtliche Verfügungen. Deshalb ist der Vorbehalt teleologisch zu reduzieren und nur für *qualifizierte* hoheitliche Handlungen anzuwenden,⁴⁶ insbesondere die Ausübung von Zwang (welchen Art. 174a Abs. 4 revIPRG allerdings separat vorbehält). «Hoheitliche Handlungen» sind m.a.W. so zu verstehen, dass darunter nur Handlungen fallen, die über die Befugnisse hinausgehen, die der Gemeinschuldner *hypothetisch* als Privater gehabt hätte. Das dürfte auch einem historischen Verständnis des Gesetzgebers entsprechen, der in Art. 174a Abs. 2 VE-IPRG die Grenze bei den Befugnissen setzte, die dem Gemeinschuldner vor der Insolvenzeröffnung zukamen. Damit erscheinen z.B. Verwaltungsmassnahmen (z.B. Fortführung eines Betriebes einer Agentur/Geschäftsstelle) unproblematisch. Ob dem Verwalter darüber hinausgehend eine Verfügungsbefugnis zukommt, wird nachstehend im Kontext des Streitentscheidungsverbots erörtert.

Beispiele für «hoheitliche Handlungen» im Sinne von Art. 174a Abs. 4 revIPRG sind nicht nur die verpönte Ausübung von unmittelbarem Zwang, sondern auch etwa die Androhung von Straffolgen zur Durchsetzung von Auskunft- und Herausgabepflichten (indirekter Zwang). Darunter fallen etwa Auskunft- und Herausgabepflichten Dritter, z.B. von Banken, im Sinne des Art. 222 Abs. 4 SchKG, ggf. in seltenen Fällen auch die Mitwirkungspflicht des Gemeinschuldners. Verweigern diese Personen die Mitwirkung, so ist der Verwalter entweder auf Rechts- bzw. Amtshilfe angewiesen oder muss ein Zivilverfahren einleiten. Gewisse Formen dieser grenzüberschreitenden Hilfestellung sind allerdings nach dem revidierten Recht nicht erhältlich.⁴⁷

Die Tragweite, die dem *Streitentscheidungsverbot* zukommt, bleibt im Dunkeln. An sich ergibt sich dieses Verbot bereits aus dem Verbot hoheitlicher Handlungen; die Entscheidung von Streitigkeiten auf schweizerischem Territorium ist eine klassische Tätigkeit hoheitlicher Natur und zudem ein Verstoß gegen Art. 271 StGB. Vorliegend ist jedoch unklar, ob bereits z.B. Sicherungsmassnahmen analog Art. 223 SchKG bzw. die Aufnahme eines Güterverzeichnisses oder etwa eine Verfügung über die Herausgabe von Sachen im Zusammenhang mit Art. 242 Abs. 1 und 2 SchKG unter das Verbot fallen. Aus der Sicht des Art. 271 StGB und dem vorliegenden Verbot hoheit-

⁴⁵ MANKOWSKI/MÜLLER/SCHMIDT, EuInsVO, Art. 21 N 31; MARKUS, Vernehmlassung, 11; MEIER/GIUDICI, 22.

⁴⁶ Vgl. LORANDI, Revision, S. 197; BSK BankG-STAEHELIN, Art. 37g N 81, fasst den Begriff jedoch weit, indem er auch eine Zwangsversteigerung oder den Freihandverkauf als hoheitliche Handlungen einstuft.

⁴⁷ Dazu hinten S. 238 ff.

licher Handlungen wäre an sich bereits der einseitige Erlass von Verfügungen problematisch, auch wenn es dabei nicht um die Entscheidung von Streitigkeiten i.e.S. geht. Dass die Entscheidung von Streitigkeiten separat erwähnt wird, kann mithin bedeuten, dass der Bereich einseitiger Verfügungen erlaubt bleibt, weil andernfalls der Handlungsspielraum des Verwalters über Massen beschränkt wäre.

C. Durchsetzung der Verwalterkompetenzen

1. Möglichkeiten, die Schranken zu überwinden

Ziel und Zweck der Regelung bestehen wie erwähnt darin, dem ausländischen Verwalter das in der Schweiz belegene Vermögen zur Verfügung zu stellen.⁴⁸ Der ausländische Verwalter stösst dabei auf die vorstehend erwähnten Schranken, die er grundsätzlich nur mit Hilfe der schweizerischen Behörden überwinden kann. Dazu dienen vorab die Instrumente der internationalen Rechts- oder Amtshilfe. Deren Regelung findet sich im Gesetz (Art. 11 und 11a IPRG) und daneben in den einschlägigen Staatsverträgen der Haager Konferenz für Internationales Privatrecht sowie ferner im Europaratübereinkommen Nr. 100 über die grenzüberschreitende Verwaltungszusammenarbeit.⁴⁹

Eine zweite Möglichkeit besteht darin, dass der ausländische Verwalter (oder ggf. das ausländische Insolvenzgericht) eigene Verfügungen erlässt, die er bei den schweizerischen Gerichten zur Vollstreckbarerklärung anmeldet.

2. Internationale Rechts- bzw. Amtshilfe?

Wenn Handlungen, die mit Zwang einhergehen, in der Schweiz nötig sind, so sollte sich der ausländische Verwalter grundsätzlich an die hiesigen Gerichts- oder Vollstreckungsbehörden wenden können.⁵⁰ Was das Vorgehen via Rechts- oder Amtshilfe betrifft, so stösst der Verwalter jedoch auf das Problem, dass eine besondere Regelung der Rechtshilfe im Kontext des internationalen Insolvenzrechts nicht vorgesehen ist.^{51/52} Art. 174b revIPRG ist ein

⁴⁸ LORANDI, Revision, S. 196.

⁴⁹ Die Ratifikation dieses Übereinkommens ist geplant; dazu Entwurf, BBl 2017, 5977; und Botschaft, BBl 2017, 5947. Die Vorlage wurde im Rat noch nicht behandelt.

⁵⁰ BGE 140 III 379 E. 4.2.1; Botschaft 11. Kapitel IPRG, 4142.

⁵¹ RODRIGUEZ, Zuständigkeiten, Rz. 577.

⁵² Die EuInsVO (Art. 21 Abs. 3) und das UNCITRAL-Modellgesetz (Art. 21) sehen demgegenüber ausdrückliche Regelungen vor. Vgl. MARKUS, Vernehmlassung, 11.

blosser Koordinationsartikel, der für eine grenzüberschreitende Kooperation, wie sie vorliegend gefordert ist, keine ausreichende Grundlage bietet. Immerhin soll nach im Ergebnis zu unterstützender Literaturmeinung der Begriff der «Koordination» weit ausgelegt werden, und zwar im Sinne einer «Kooperation» nach Art. 25-27 des UNCITRAL-ML.⁵³ Das ändert jedoch nichts am – vergleichsweise zum UNCITRAL-ML – sehr zurückhaltenden Wortlaut des Art. 174b revIPRG,⁵⁴ der für eine gesetzliche Grundlage zur unilateralen Gewährung grenzüberschreitender Rechtshilfe und damit für einen Ausschluss der Strafbarkeit nach Art. 271 StGB zu schmal sein dürfte (während er als Basis für bilaterale Vereinbarungen [insolvency protocols] durchaus herhält).

Grundsätzlich geht die Rechtshilfe mithin nur so weit, wie die allgemeine Rechtshilfe in Zivil- und Handelssachen oder die internationale Amtshilfe mit ihren Querschnittregelungen reichen.⁵⁵ Das HUe54,⁵⁶ welches gemäss Art. 11a Abs. 4 IPRG erga omnes anwendbar ist, und das HBewUe70⁵⁷ bieten eine rechtliche Grundlage für die Beweiserhebung, jedoch nicht für die rechtshilfweise Durchsetzung von vollstreckungsrechtlichen Zwangsmassnahmen. Dasselbe gilt für das (für die Schweiz noch nicht in Kraft stehende) Europaratsübereinkommen Nr. 100, das neben dem HBewUe70 für die Einholung von Informationen einschlägig sein dürfte. Art. 11a IPRG erfasst ganz allgemein keine «Rechtsdurchsetzungshilfe» zur Durchsetzung ausländischer Entscheidungen.

Damit lassen sich im Ansatz (allein) gewisse Arten des Informationsaustauschs⁵⁸ und eigentliche Auskunftersuchen (z.B. über die Belegenheit von Massebestandteilen) über die HUe54 und HBewUe70 lösen, nicht aber die Durchsetzung etwa einer Herausgabeverfügung. Ersuchende Behörden im Sinne des Art. 1 Abs. 1 HBewUe70 und Art. 8 HUe54 können allein gerichtliche Behörden sein,⁵⁹ weshalb der Verwalter vorerst ans ausländische Insolvenzgericht gelangen muss, um ein dortiges Auskunftersuchen zu erwirken, was umständlich ist.

In Frage kommt ferner, den Art. 4 SchKG, der an sich auf die innerschweizerische Rechtshilfe ausgerichtet ist, analog auf das internationale Verhältnis anzuwenden. Gemäss Abs. 2 dieser Norm kann das örtlich zuständige Amt

⁵³ JAKOB/HUNSPERGER, 1059.

⁵⁴ Vgl. MEIER/GIUDICI, 23.

⁵⁵ Vgl. LEVANTE, 173.

⁵⁶ Übereinkunft betreffend Zivilprozessrecht, Abgeschlossen in Den Haag den 1. März 1954, SR 0.274.12.

⁵⁷ Übereinkommen über die Beweisaufnahme im Ausland in Zivil- und Handelssachen, Abgeschlossen in Den Haag am 18. März 1970, SR 0.274.132.

⁵⁸ LEVANTE, 176, erachtet einen Informationsaustausch zur Bereinigung positiver Kompetenzkonflikte als gesetzlich abgestützt.

⁵⁹ LEVANTE, 170.

den Behörden ausserhalb ihres Kreises die Zustimmung erteilen, gewisse Amtshandlungen in ihrem Kreis vorzunehmen. Es ist hingegen zu bezweifeln, dass die analoge Anwendung dieser SchKG-Bestimmung als gesetzliche Grundlage für eine internationale Rechts- oder Amtshilfetätigkeit ausreicht. Eine gesetzliche Grundlage ist nicht zuletzt deshalb gefordert, weil eine Strafbarkeit der Schweizer Behörden nach Art. 271 StGB ausgeschlossen werden muss. Gleichzeitig ist zu beachten, dass Art. 271 StGB die Zustimmung einer *Bundesbehörde* (statt einer kantonalen Behörde, wie sie vorliegend vorgesehen ist) erfordert, um eine Strafbarkeit auszuschalten.⁶⁰

3. *Exequatur ausländischer Verfügungen?*

Wie erwähnt, besteht eine zweite Möglichkeit, die Massnahmen der ausländischen Verwaltung durchzusetzen, im internationalen Anerkennungsrecht. Die Botschaft zum revIPRG erwähnt, dass die Durchsetzung von Zwangsmassnahmen des ausländischen Verfahrens bei den schweizerischen Behörden beantragt werden kann.⁶¹ Die Möglichkeit des ausländischen Verwalters oder Verfahrens, ein hiesiges Exequatur für ihre Massnahmen zu erhalten, wäre wünschbar und erforderlich, gerade angesichts der beschränkten Rechtshilfeinstrumente. Allerdings stellt sich die Frage, auf welcher gesetzlichen Grundlage ein solches Exequatur erfolgen könnte. Art. 174c revIPRG gibt das Exequatur nur für ausländische Entscheidungen, die paulianische Ansprüche oder andere gläubigerschädigende Handlungen betreffen. Die allgemeinen Anerkennungsregeln der Art. 25-27 IPRG erfassen nach h.L. nur Entscheidungen, die Erkenntnisse in Zivil- und Handelssachen darstellen. Entscheidungen des Zwangsvollstreckungsrechts sind davon ausgeschlossen.⁶²

4. *Die europäische Lösung in der Vergleichung*

Nach Art. 21 Abs. 3 EuInsVO ist ein richterlicher Beschluss des ersuchten Mitgliedstaats bei Ausübung von Zwang erforderlich *und erhältlich*. Die Bestimmung sieht ausdrücklich vor, dass die Ausübung von Zwang eines richterlichen Beschlusses des ersuchten Mitgliedstaats bedarf. Der Verwalter

⁶⁰ Gemäss BSK BankG-STAEHELIN, Art. 37g N 8l und 8m kann die Finma den ausl. Verwalter etwa bei Meldepflichten von Drittschuldnern oder der Überführung des Substrats ins Ausland ohne Weiteres unterstützen. Art. 37g BankG selber bietet an sich keine gesetzliche Grundlage für solche Rechtshilfehandlungen, ebensowenig wie das 11. Kapitel IPRG. Immerhin ist aber die Finma eine Bundesbehörde, so dass sie Bewilligungen nach Art. 271 StGB aussprechen kann.

⁶¹ Botschaft 11. Kapitel IPRG, 4142.

⁶² BSK IPRG-DÄPPEN/MABILLARD, Art. 25 N 6.

kann sich entweder an die Gerichte des Belegenheitsortes wenden oder aber es kommt Art. 32 EuInsVO zur Anwendung. Danach sind Entscheidungen in Zusammenhang mit einem Insolvenzverfahren anzuerkennen und nach der EuGVVO zu vollstrecken.⁶³ Gestützt auf Art. 32 EuInsVO sind mithin auch Verfügungen des ausländischen Konkursverwalters anerkennungs- und vollstreckungsfähig.⁶⁴

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob die schweizerische «Rechtshilfe» im revidierten IPRG zu wenig ausgebaut ist. Damit bleiben Fragezeichen stehen, was die Durchsetzung der ausländischen Verwaltungskompetenzen in der Schweiz betrifft.

VI. Zusammenfassung und Schluss

Mit der Möglichkeit, unter gewissen Voraussetzungen auf die Eröffnung eines Hilfsverfahrens zu verzichten, geht das revIPRG einen durchaus markanten und zu begrüssenden Schritt in die Richtung der Einheit des Konkurses. Das passive Universalitätsprinzip wird durch den erweiterten Zugang des ausländischen Verwalters gestärkt. Dem Prinzip der grenzüberschreitenden Gleichbehandlung der Gläubiger wird dadurch Nachdruck verschafft, ohne gleichzeitig die Interessen der schweizerischen Gläubiger zu vernachlässigen. Was das anwendbare Recht auf ex lege-Verhältnisse betrifft, so ist das (insofern auslegungsbedürftige) revidierte IPRG dahin zu interpretieren, dass das schweizerische Recht massgeblich bleibt. Gleichzeitig besteht allerdings die Problematik, dass sich das schweizerische Recht vor dem ausländischen Hauptverfahren in einer Reihe von Situationen nicht durchsetzen wird.

Umgekehrt sieht sich der ausländische Verwalter Schranken gegenüber, wenn er seine Kompetenzen nach der *lex fori concursus* wahrnehmen will. Die Instrumente, die ihm der Schweizer Gesetzgeber zur Überwindung in die Hand gibt, sind nur fragmentarisch. Es bleibt zu hoffen, dass Gesetzgebung oder Praxis Wege finden, das damit entstehende Zuständigkeitsvakuum zu überwinden.

Was die nicht ganz auf der Hand liegende Frage des anwendbaren Rechts bei einer erweiterten Anerkennung betrifft, so ergeben sich folgende (bei einem Gesetzesentwurf notwendigerweise provisorische) Schlussfolgerungen:

⁶³ Vgl. auch BRAUN/TASHIRO, EuInsVO, Art. 21 N 34.

⁶⁴ Bereits Art. 18 Abs. 3 aEuInsVO sieht vor, dass sich der ausländische Verwalter, wenn etwa Gegenstände nicht freiwillig herausgegeben werden, an die Gerichte oder Behörden des Belegenheitsstaates wenden kann, damit diese dann die erforderlichen Massnahmen ergreifen oder vollstrecken.

- Das materielle Konkursrecht untersteht gestützt auf Art. 170 Abs. 1 IPRG dem schweizerischem Recht, soweit es die ex lege-Verhältnisse der Insolvenz regelt. Im Rahmen von Massnahmen und Verfügungen der ausländischen Insolvenzverwaltung findet hingegen die lex fori concursus als Handlungsstatut Anwendung, soweit dem nicht qualifiziert zwingendes Recht der Schweiz entgegensteht (Art. 174a Abs. 4 revIPRG).
- Das formelle Konkursrecht richtet sich insoweit nach der lex fori concursus, als in der Schweiz kein eigentliches Verfahren stattfindet. Davon ausgenommen sind aufgrund des Vorbehaltes in Art. 174a Abs. 4 revIPRG «sensible» Bereiche des Verfahrensrechts wie diejenigen des Verwertungsverfahrens. Rechts- bzw. Amtshilfehandlungen der Schweizer Behörden zu Gunsten der ausländischen Verwaltung sowie das «Rumpfverfahren» in der Schweiz laufen ebenfalls nach schweizerischem Recht.

Literaturverzeichnis

- BRAUN EBERHARD (Hrsg.), Kommentar Insolvenzverordnung (InsO), InsO mit EuInsVO (Neufassung), 7. Aufl., München 2017 (zit. Braun/AUTOR, EuInsVO)
- BREITENSTEIN STEFAN, Internationales Insolvenzrecht der Schweiz und der Vereinigten Staaten, eine rechtsvergleichende Darstellung, Diss. Zürich 1990 (zit. BREITENSTEIN)
- BRUNNER ALEXANDER, Gläubigerschutz im internationalen Konkursrecht, AJP 1995, 3 ff. (zit. BRUNNER)
- GAUTHEY DANIELLE/MARKUS ALEXANDER R., Zivile Rechtshilfe und Art. 271 Strafgesetzbuch, ZSR 2015, 355 ff. (zit. GAUTHEY/MARKUS)
- GOTTWALD PETER, Grenzüberschreitende Insolvenzen, München 1997 (zit. GOTTWALD)
- HANISCH HANS, Grenzüberschreitende Insolvenz – Drei Lösungsmodelle im Vergleich, in: ANDREAS HELDRICH/TAKEYOSHI UCHIDA (Hrsg.), Festschrift für Hideo Nakamura zum 70. Geburtstag vom 2. März 1996, Tokio 1996, 221 ff. (zit. HANISCH)
- HONSELL HEINRICH et. al. (Hrsg.), Basler Kommentar Internationales Privatrecht, 3. Aufl., Basel 2013 (zit. BSK IPRG-AUTOR)
- HUNKELER DANIEL/WOHL GEORG J., Zur geplanten Revision des internationalen Konkurs- und Sanierungsrechts – und deren Bezug zum internatio-

- nenal Bankenkongurs, Jusletter 23. November 2015 (zit. HUNKE-
LER/WOHL)
- JAKOB MARJOLAINE, Bemerkungen zur Prozessführungsbezugnis ausländischer Insolvenzverwalter vor schweizerischen Gerichten nach dem Vor-
entwurf für eine Revision des 11. Kapitels des IPRG, Jusletter 11. April
2016 (zit. JAKOB)
- JAKOB MARJOLAINE, Die Prozessführungsbezugnis ausländischer Insolvenz-
verwalter, Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2018 (zit. JAKOB, Prozess-
führungsbezugnis)
- JAKOB MARJOLAINE/HUNSPERGER RETO, Internationales Konkursrecht der
Schweiz – Quo Vadis? AJP 2017, 1050 ff. (zit. JAKOB/HUNSPERGER)
- LEVANTE MARCO, Rechtshilfe und Zusammenarbeit in grenzüberschreitenden
Konkursverfahren, ZZZ 2016, 168 ff. (zit. LEVANTE)
- LORANDI FRANCO, Handlungsspielraum ausländischer Insolvenzmassen in
der Schweiz, AJP 2008, 560 ff. (zit. LORANDI, AJP 2008)
- LORANDI FRANCO, Die Revision des internationalen Insolvenzrechts, in:
ALEXANDER R. MARKUS/STEPHANIE HRUBESCH/RODRIGO RODRIGUEZ
et al. (Hrsg.), FS Jolanta Kren Kostkiewicz, Bern 2018, S. 181 ff. (zit.
LORANDI, Revision)
- MANKOWSKI PETER/MÜLLER MICHAEL F./SCHMIDT JESSICA (Hrsg.), Kom-
mentar EuInsVO 2015, München 2016 (zit. MANKOWSKI/MÜLLER/
SCHMIDT, EuInsVO)
- MARKUS ALEXANDER R., Das neue UNCITRAL-Modellgesetz betreffend
grenzüberschreitende Insolvenz, SZW 1998, 15 ff. (zit. MARKUS, Mo-
dellgesetz)
- MEIER ISAAK/GIUDICI CAMILLA, Neue EU-Insolvenzverordnung und Vor-
schlag zur Revision des internationalen Konkursrechts in der Schweiz:
Behandlung des Unternehmens als wirtschaftliche Einheit in der Insol-
venz, EuZ 2016, 4 ff. (zit. MEIER/GIUDICI)
- RODRIGUEZ RODRIGO, Zuständigkeiten im internationalen Insolvenzrecht,
Habil. Bern 2016 (zit. RODRIGUEZ, Zuständigkeiten)
- RODRIGUEZ RODRIGO, The Reform of Swiss International Insolvency Law in
the International Context, in: FLORENCE GUILLAUME/ILARIA PRETELLI
et al. (Hrsg.), Les nouveautés en matière de faillite internationale et le
banques et les assurances face au tiers, Zürich 2016, 11 ff. (zit. RODRIGU-
EZ, Reform)

SPÜHLER KARL, Anerkennung von ausländischen Insolvenzscheidungen, in: Aktuelle Probleme des Internationalen Insolvenzrechts, Zürich 2003, 83 ff. (zit. SPÜHLER)

STAEHELIN DANIEL, Die Anerkennung ausländischer Konkurse und Nachlassverträge in der Schweiz (Art. 166 ff. IPRG), Diss. Basel 1989 (zit. STAEHELIN)

WATTER ROLF et al. (Hrsg.), Basler Kommentar Bankengesetz, 2. Aufl., Basel 2013 (zit. BSK BankG-AUTOR)

WÜTHRICH KARL, Kann eine ausländische Konkursmasse in der Schweiz eine Klage gegen einen ihrer Schuldner mit Sitz oder Wohnsitz in der Schweiz einleiten? Jusletter 25. Oktober 2014 (zit. WÜTHRICH)

Materialienverzeichnis

Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (11. Kapitel: Konkurs und Nachlassvertrag) vom 24. Mai 2017, BBl 2017, 4125 ff. (zit. Botschaft 11. Kapitel IPRG)

MARKUS ALEXANDER R., Vorentwurf und Erläuternder Bericht zur Änderung des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (Konkurs und Nachlassvertrag), Vernehmlassung der Universität Bern vom 5. Februar 2016 (zit. MARKUS, Vernehmlassung)