

Dokument	SZW 1998 S. 15
Autor	Alexander R. Markus
Titel	Das neue UNCITRAL-Modellgesetz betreffend grenzüberschreitende Insolvenz
Publikation	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht
Herausgeber	Peter Nobel, Marc Amstutz, Jean-Luc Chenaux, Hans Caspar von der Crone, Susan Emmenegger, Mario Giovanoli, Claire Huguenin, Andreas von Planta, Henry Peter, Rolf Sethe, Walter A. Stoffel, Luc Thévenoz, Rolf H. Weber
Frühere Herausgeber	Hans Peter Walter, Dieter Zobl
ISSN	1018-7987
Verlag	Schulthess Juristische Medien AG

Das neue UNCITRAL-Modellgesetz betreffend grenzüberschreitende Insolvenz

Dr. Alexander R. Markus, Rechtsanwalt, Bern

(Der Autor, Sektionschef im Bundesamt für Justiz, hat im Auftrag dieses Amtes die Arbeiten der UNCITRAL als schweizerischer Delegierter begleitet. Prof. Dr. iur. Hans Hanisch, Petit Lancy, hat die Arbeiten der UNCITRAL aufmerksam mitverfolgt. Für seine nützlichen Hinweise und fachkundigen Anregungen sei ihm an dieser Stelle herzlich gedankt).

Die wachsende Bedeutung grenzüberschreitender Insolvenzen hat die UNCITRAL veranlasst, sich dem Thema anzunehmen. Ende 1997 haben die Arbeiten der UNCITRAL ihren Abschluss genommen. Ein Modellgesetz samt Leitfaden zur Implementierung ermöglichen es interessierten Staaten, eine entsprechende gesetzliche Lösung für Konkursfälle mit internationalem Bezug in ihr nationales Recht einzuführen. Das UNO-Modellrecht regelt im wesentlichen die Anerkennung ausländischer Insolvenzverfahren, der Zugang ausländischer Konkursverwalter und Gläubiger im Inland sowie die grenzüberschreitende Zusammenarbeit zwischen Konkursverwaltungen und Gerichten. Der folgende Aufsatz will einen Einblick in Entstehung und Inhalt der neuen Regelung vermitteln, wobei auch die einzelnen Bestimmungen des Modellrechts erläutert und kommentiert werden.

L'adoption par la CNUDCI d'une loi type sur l'insolvabilité internationale (1997) reflète l'importance pratique croissante de ce phénomène. Les Etats intéressés disposent désormais d'un modèle (accompagné d'un "Guide de mise en oeuvre") permettant d'édicter des normes internes relatives aux faillites de portée transfrontalière. La loi type traite avant tout de la reconnaissance de procédures étrangères en matière d'insolvabilité, de l'accès aux procédures internes par des administrateurs de faillite et créanciers étrangers, ainsi que de la coopération



internationale. L'auteur présente les grandes lignes de la loi type et offre un premier commentaire de ses dispositions.

The Model Law on Cross-Border Insolvency (1997) that has been adopted by UNCITRAL at its 30th session reflects the trend towards globalisation of economic activities. The Model Law and a "Guide to enactment" provide interested States with a framework for enacting domestic provisions concerning cross-border insolvency. Recognition of foreign proceedings, cooperation with foreign authorities and access of foreign representatives and creditors to domestic proceedings are among the main issues dealt with by the Model Law. The author provides an overview of the latter and a first commentary of its various provisions.

SZW 1998 S. 15

Inhaltsübersicht

I. Allgemeines

1. Die Arbeiten der UNCITRAL

Zusammen mit der International Association of Insolvency Practitioners (INSOL) veranstaltete die UNCITRAL¹ in den Jahren 1994 und 1995 zwei Kolloquien über das internationale Insolvenzrecht, an denen die Notwendigkeit einer Verbesserung der internationalen Zusammenarbeit in diesem Bereich

SZW 1998 S. 15, 16

hervorgehoben wurde. Die UNCITRAL setzte eine Arbeitsgruppe "Insolvency Law" ein, die sich in vier Sitzungen intensiv mit der Erarbeitung eines Textes über die internationalen Aspekte des Insolvenzrechts beschäftigte. Im Januar 1997 überwies die UNCITRAL-Arbeitsgruppe "Insolvency Law" der Kommission einen noch unvollständigen Entwurf². Anlässlich ihrer 30. Jahresversammlung³ im Mai 1997 überarbeitete bzw. vervollständigte die Kommission den Text in zweiwöchiger Sitzung und verabschiedete diesen als UNCITRAL-Modellgesetz betreffend grenzüberschreitende Insolvenzverfahren. Die Ausarbeitung eines Leitfadens zur Implementierung des Modellgesetzes⁴ wurde aus Zeitmangel und entgegen der ursprünglichen Absicht vollumfänglich dem UNCITRAL-Sekretariat überlassen. Dieses Instrument wurde auf Beginn des neuen Jahres versandt⁵.

2. Hintergrund der UNCITRAL-Bemühungen⁶

-
- ¹ United Nations Commission on International Trade Law. Es handelt sich um eine Spezialkommission, welche der UNO-Generalversammlung unterstellt ist. Weiteres zu Zweck, Organisation und Arbeitsweise der UNCITRAL sowie auch zur dortigen Rolle der Schweiz als Beobachterstaat bei J. Bischoff, Allgemeine Erfahrungen bei der Rechtsvereinheitlichung in der UNCITRAL, SZIER 5/1993, S. 623 ff. und F. Addor, UNCITRAL -- eine Organisation im Dienste der Vereinheitlichung des Handelsrechts, recht 3/1992, S. 91 ff.
 - ² Einige zentrale Punkte, so insbesondere die direkte und indirekte Zuständigkeit zur Eröffnung von Insolvenzverfahren sowie die Wirkungen der Anerkennung waren in diesem Zeitpunkt noch nicht gelöst. Mehr zur Vorgeschichte und zum Entwurf der Arbeitsgruppe bei A. Markus, Zum internationalen Insolvenzrecht, Der Schweizer Treuhänder 4/1997, S. 295 ff.
 - ³ An der 30. Jahresversammlung waren 34 der 36 UNCITRAL-Mitgliedstaaten vertreten sowie mehr als 30 Beobachterstaaten, darunter die Schweiz. Zahlreiche internationale Organisationen nahmen ebenfalls teil, so etwa die Europäische Bankenvereinigung, die Haager Konferenz für internationales Privatrecht, IBA (Internationale Anwaltsvereinigung), INSOL (internationale Vereinigung der Insolvenz-Praktiker), ICC (Internationale Handelskammer), OECD, UNIDO und die Weltbank.
 - ⁴ "Guide to enactment".
 - ⁵ UNCITRAL-Bericht über die 30. Kommissionssitzung, Dokument der UNO-Generalversammlung A/52/17, Nr. 220. Der Guide liegt als Dokument der UNO-Generalversammlung A/CN. 9/442 vor.
 - ⁶ Vgl. Markus, Insolvenzrecht, S. 296 f; R. Harwer, UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency, International Insolvency Review 6/1997, S. 146 f.



Dass die Bedeutung grenzüberschreitender Insolvenzen stetig zunimmt, erstaunt nicht. Dies ist ein Resultat der steigenden internationalen Verflechtung der Wirtschaft⁷. Grosse internationale Insolvenzen wie Maxwell (UK), BCCI (UK), Bond (Austr.) oder Milken (USA) zeigen deutlich, wie notwendig ein internationales Zusammengehen in diesem Bereich ist. Trotzdem verfolgen zahlreiche Staaten im Konkursrecht immer noch einen strikt territorialen Ansatz (Territorialität der Aktivmasse)⁸. Dabei ist zwischen aktiver und passiver Territorialität zu unterscheiden: Viele nationale Systeme verfolgen eine aktive Universalität, indem sie den Anspruch erheben, dass sich ihre eigenen Insolvenzverfahren über die Landesgrenzen hinaus auswirken sollen⁹, geben sich jedoch umgekehrt verschlossen, wenn es darum geht, extraterritoriale Wirkungen eines ausländischen Konkurses im Inland anzuerkennen¹⁰. Dieses Konzept einer passiven Territorialität¹¹, verbunden mit der aktiven Universalität der Aktivmasse, wird zuweilen auch als Raubsystem bezeichnet¹². Auch wenn die heutige Entwicklung in Richtung einer Öffnung der nationalen Systeme geht, so bleiben immer noch z.B. die Niederlande, Portugal, die skandinavischen Rechte sowie Japan einer konsequenten Territorialität verhaftet¹³.

Für eine hundertprozentige Verwirklichung der passiven Universalität steht das Einheitsmodell, wonach eine im Sitzstaat eröffnete Insolvenz automatisch weltweite Wirkungen entfaltet, ohne dass Hilfs- oder Sekundärverfahren¹⁴ in den übrigen Staaten

SZW 1998 S. 15, 17

stattfinden -- eine vollkommene Wahrung der "Einheit des Konkurses", sowohl hinsichtlich der Zuständigkeit wie des anwendbaren Insolvenzrechts¹⁵. Das Modell ist jedoch in seiner reinen Ausgestaltung Theorie, da sich Konkursprivilegien sowie die Zulassung und Ausgestaltung von Sicherheiten im internationalen Vergleich stark unterscheiden¹⁶. Hauptsächlich zum Schutz der Gläubiger im Anerkennungsstaat und derer Privilegien werden -- mehr oder minder schwerwiegende -- Einbrüche ins Prinzip zugelassen, was zu zahlreichen Formen einer mittels Hilfs- bzw. Sekundärverfahren "kontrollierten" -- und entsprechend eingeschränkten -- Universalität führt¹⁷. Eine

-
- 7 Guide, Nr. 13. Dies zeigt sich besonders deutlich innerhalb des europäischen Binnenmarktes, P. Gottwald, Grenzüberschreitende Insolvenzen, München 1997, S. 8.
 - 8 Dafür ist nicht zuletzt ein konsequentes Souveränitätsdenken verantwortlich: Vollstreckung ist staatliches Handeln unter Anwendung von Zwang und damit den eigenen Behörden vorbehalten; vgl. D. Staehelin, Die Anerkennung ausländischer Konkurse und Nachlassverträge in der Schweiz, Basel 1989, S. 1 f.
 - 9 Betreffend die Schweiz: Art. 197 des Bundesgesetzes vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG). Aktive Territorialität kennen nur Japan und -- mit Vorbehalten -- Finnland. Vgl. H. Hanisch, Grenzüberschreitende Insolvenz, in: Editorial Board of the ISCI (Hrsg.), Civil Justice in the Era of Globalisation, Tokyo 1992 (1993), S. 326.
 - 10 Vgl. P. Volken, L'harmonisation du droit international privé de la faillite, Dordrecht/Boston/London 1991, S. 375.
 - 11 Hanisch, Insolvenz, S. 334. Das Prinzip der passiven Territorialität führt zur Eröffnung voneinander unabhängiger Parallelkonkurse, vgl. Gottwald, S. 23; in denjenigen Staaten, in welchen aufgrund der blossen Belegenheit von Schuldnervermögen keine Konkursöffnung möglich ist, findet Einzelvollstreckung statt nach dem Prinzip: "First come, first served".
 - 12 W. Nussbaum, Das schweizerische internationale Insolvenzrecht gemäss dem Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das internationale Privatrecht und sein Umfeld in Europa, Zürich 1989, S. 7 f.
 - 13 Hanisch, Insolvenz, S. 334; Gottwald, S. 23; Markus, Insolvenzrecht, S. 296.
 - 14 Als "Sekundärverfahren" wird ein Sonderverfahren (mit eigener Masse) bezeichnet, das in einem funktionellen (unterstützenden) Zusammenhang mit einem Hauptverfahren steht, vgl. H. Hanisch, Grenzüberschreitende Insolvenz -- Drei Lösungsmodelle im Vergleich in: (Hrsg.) A. Heldrich/T. Uchida, FS Hideo Nakamura, S. 231 ff.
 - 15 Hanisch, Lösungsmodelle, S. 230.
 - 16 Hanisch, Lösungsmodelle, S. 230. Vgl. Gottwald, S. 24; A. Brunner, Gläubigerschutz im internationalen Konkursrecht, AJP I/1995, S. 4.
 - 17 Vgl. Breitenstein, Internationales Insolvenzrecht der Schweiz und der Vereinigten Staaten, Zürich 1990, S. 39 ff; Übersichten zu den verschiedenen Systemen finden sich bei Hanisch, Insolvenz, S. 315 f., Hanisch, Lösungsmodelle, S. 229 ff. und bei Gottwald, S. 23 ff. Zum hier verwendeten -- weiten -- Begriff der Universalität: Hanisch, Lösungsmodelle, S. 227.



schwerwiegende Einschränkung bedeutet die Eröffnung eines parallelen inländischen Lokalverfahrens, sobald inländische Gläubiger überhaupt vorhanden sind¹⁸ oder -- weniger schwerwiegend -- wenn diese im ausländischen Verfahren nicht ausreichend geschützt sind¹⁹. Das schweizerische Recht kennt die obligatorische Eröffnung eines Sonderverfahrens²⁰, aus welchem die nach hiesigem Recht privilegierten lokalen Gläubiger vorweg befriedigt werden²¹. Unser System stellt sich jedoch gleichzeitig in den Dienst des Hauptverfahrens, indem ein Überschuss an dessen Verwaltung ausgeliefert wird²². Näher noch kommt dem Einheitsmodell das EU-Übereinkommen, indem es ein Verfahren mit automatischer Wirkungserstreckung ohne formelles Anerkennungsprozedere und fakultativen unterstützenden Sekundärverfahren vorsieht. Aus rechtsvergleichender Sicht ist auch die Universalität der Passivmasse, d.h. der Zugang von Gläubigern mit Wohnsitz im Ausland oder mit ausländischer Nationalität zum inländischen Verfahren, keine Selbstverständlichkeit²³. Unter diesen Begriff fällt auch die materielle Gleichbehandlung ausländischer Gläubiger mit den inländischen Kreditoren. In lateinamerikanischen Rechtsordnungen sind Normierungen zu finden, welche inländischen Gläubigern einen allgemeinen Vorrang vor ausländischen Gläubigern zugestehen²⁴. Immerhin ist der Zugang aller ausländischen Gläubiger in den westeuropäischen sowie den Common-Law-Staaten insofern garantiert, als diesen Gläubigern das Recht zukommt, ihre Forderung im inländischen Konkurs einzugeben²⁵. Eine Ausländerdiskriminierung findet in diesen Systemen jedoch immer noch über die jeweilige Privilegienordnung statt, sind doch Konkursvorrechte in einiger Regel eng mit Inländereigenschaften verbunden. Was ferner ausländische Forderungen des öffentlichen Rechts betrifft, so sind diese Ansprüche in zahlreichen Rechtsordnungen überhaupt nicht zugelassen²⁶.

Vor diesem Hintergrund wird deutlich, dass das Ziel der UNCITRAL-Bemühungen erreicht ist, wenn möglichst viele Staaten eine Lösung anbieten, indem sie einer ausländischen Insolvenz gewisse Wirkungen im Inland verleihen und damit die Anliegen ihrer eigenen Gläubiger mit den Anliegen des ausländischen Verfahrens in ein gerechtes Verhältnis bringen. Daran haben Staaten wie die Schweiz ein Interesse, welche diesen Schritt bereits gemacht und insofern eine "Vorleistung" erbracht haben²⁷.

SZW 1998 S. 15, 18

3. Vorbilder des Modellrechts²⁸

18 So die französische Praxis, N. Cooper/R. Jarvis, Recognition and Enforcement of Cross-Border Insolvency, Chichester 1996, S. 38; Ch. Heyers, Das französische Internationale Konkursrecht, Münster 1997, S. 9 f; vgl. G. Khairallah, Les faillites, concurrentes, Droit International Privé 1994-1995, S. 161.

19 Section 304 (c) des US-Bankruptcy Code.

20 Zum Begriff des "Sonderverfahrens" im Modellrecht siehe Bemerkungen zu Art. 2.

21 Art. 172 Abs. 1 und 2 IPRG.

22 Art. 173 IPRG. Deshalb wird das schweizerische System auch als Rechtshilfemodell bezeichnet, P. Volken, in: Kommentar IPRG, Zürich 1993, Art. 166 N. 3 f, N. 8; S. Berti, in: Kommentar IPRG, Basel 1996, vor Art. 166 ff. N. 4.

23 Markus, Insolvenzrecht, S. 296.

24 Hanisch, Insolvenz, S. 325; Cooper/Jarvis, S. 3.

25 Hanisch, Insolvenz, S. 324.

26 Vgl. Art. 13 Abs. 2 Variante 2 des Modellgesetzes; auch das schweizerische Recht ist restriktiv, was die Zulassung öffentlichrechtlicher Forderungen aus dem Ausland angeht -- allenfalls mit einem Vorbehalt, was ausländische Forderungen auf dem Gebiet der Leistungsverwaltung angeht, vgl. Staehelin, S. 159.

27 Markus, Insolvenzrecht, S. 296. Diese "Vorleistung" steht im Falle der Schweiz allerdings unter dem Vorbehalt der Gegenseitigkeit nach Art. 166 Abs. 1 lit. c IPRG. Die Länder mit einem Gegenseitigkeitsvorbehalt (vgl. Art. 166 Abs. 1 lit. c IPRG) profitieren zudem von der Rechtsvereinheitlichung, weil sie die -- zuweilen mit rechtlichen Schwierigkeiten verbundene -- Anwendung des Vorbehalts gegenüber den Erlassstaaten erheblich erleichtert.

28 Vgl. Markus, Insolvenzrecht, S. 296 f.



Die Arbeiten an der UNCITRAL wurden massgeblich durch das EU-Übereinkommen vom 23. November 1995 über das Insolvenzverfahren²⁹ beeinflusst. Das EU-Üb regelt Voraussetzungen und Wirkungen der Anerkennung ausländischer Insolvenzverfahren und äussert sich über Zulässigkeit und Tragweite von Sekundärverfahren; es bietet zudem eine klare Regelung in den Bereichen der direkten und indirekten Zuständigkeit zur Eröffnung von Insolvenzverfahren und des anwendbaren Rechts³⁰. Zu erwähnen sind weiter die umfassenden Befugnisse, die einem ausländischen Konkursverwalter eingeräumt werden: Der Verwalter geniesst nicht nur Aktivlegitimation vor den Gerichten des anerkennenden Staates, sondern kann auf dem Gebiet dieses Staates eine Reihe von direkten Kompetenzen ausüben, die ihm die *lex fori concursus*, also das Recht des Verfahrensstaates, verleiht³¹. In diesem Punkt hat das EU-Üb die UNCITRAL-Arbeiten deutlich geprägt. Ein wesentliches Merkmal des EU-Üb ist im übrigen -- wie vorstehend erwähnt -- die uneingeschränkte automatische Wirkungserstreckung einer Insolvenz in den Anerkennungsstaaten, die *eo ipso*, d.h. ohne formelles Anerkennungsverfahren erfolgt³².

Als eine der wenigen Kodifikationen, die bis zum Beginn der Arbeiten von einem nationalen Gesetzgeber der Civil-Law-Tradition erlassen worden sind, stand auch das schweizerische IPRG bzw. dessen elftes Kapitel dem UNCITRAL-Text Modell³³. So ist das Modellrecht dem konservativeren Vorbild des schweizerischen IPRG³⁴ gefolgt, was den Anerkennungsmechanismus betrifft: Eine Inlandwirkung des ausländischen Konkurses wird nur nach einem formellen Anerkennungsverfahren zugelassen³⁵. Als Hauptbeispiel für Kodifikationen der Common-Law-Tradition dienen neben der britischen³⁶ und der australischen³⁷ Regelung die Sections 303-306 des US-amerikanischen United States Bankruptcy Code. Im Unterschied zur schweizerischen Lösung gibt der Bankruptcy Code keinen Anspruch auf ein Rechtshilfeverfahren, sondern überlässt diese Frage weitgehend dem richterlichen Ermessen³⁸. Im Gegensatz zum schweizerischen System kann die ausländische Konkursverwaltung nach Section 304 in den USA ein eigentliches Hilfsverfahren ohne Masse auslösen, oder aber -- bei Vorliegen gewisser Anknüpfungen -- nach Section 303 ein Hauptverfahren in den USA beantragen, welches parallel zum ausländischen Hauptverfahren läuft³⁹.

4. Form des UNCITRAL-Textes

29 EU-Üb. Dieser Staatsvertrag zwischen den EU-Staaten ist (noch) nicht in Kraft getreten.

30 Vgl. Gottwald, S. 16; zum EU-Üb im allgemeinen: M. Balz, Das neue Europäische Insolvenzübereinkommen, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP) 22/1996, S. 948 ff.

31 Gottwald, S. 16.

32 Gottwald, S. 25. Als weitere Beispiele einer multilateralen Regelung figurieren in den UNCITRAL-Arbeitspapieren das Skandinavische Übereinkommen Nr. 4 vom 7. November 1933 sowie der *Codigo Bustamante* vom 20. Februar 1928. Für den südamerikanischen Raum sind im übrigen zu erwähnen die Verträge von Montevideo über das internationale Privatrecht von 1889 und 1940; diese Verträge beschlagen auch das Konkursrecht, Cooper/Jarvis, S. 2. Auch die Europarats-Konvention vom 5. Juni 1990 über gewisse internationale Aspekte des Konkurses (ETS Nr. 136; "Istanbuler Konvention") wurde in den Arbeitspapieren behandelt, geriet aber in den Verhandlungen deutlich in den Hintergrund.

33 In Deutschland tritt am 1. Januar 1999 eine Gesetzesnovelle in Kraft, welche in lakonischer Weise die Anerkennung ausländischer Konkurse vorsieht (Art. 102 des Einführungsgesetzes zur Insolvenzordnung vom 5. Oktober 1994; dazu: A. Flessner, Internationales Insolvenzrecht in Deutschland nach der Reform, IPRax 1/1997, S. 1 ff.). Dass das deutsche Modell keine Berücksichtigung fand, ist auf die Knappheit der Regelung zurückzuführen. Allerdings ist in diesem Land eine ausführlichere Normierung zu erwarten, indem die wesentlichen Regelungen des EU-Üb auch gegenüber Nichtvertragsstaaten anwendbar erklärt werden (Balz, S. 955; Gottwald, S. 13).

34 Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das internationale Privatrecht, SR-291.

35 Art. 166 Abs. 1 i.V.m. Art. 170 Abs. 1 IPRG; Gottwald, S. 24.

36 Insolvency Act von 1986, vgl. Cooper/Jarvis, S. 31 ff.

37 Bankruptcy Act von 1966, vgl. Cooper/Jarvis, S. 5 ff.

38 Cooper/Jarvis, S. 129; S. Reinhart, Sanierungsverfahren im internationalen Insolvenzrecht, Berlin 1995, S. 110.

39 Cooper/Jarvis, S. 128 f; S. Breitenstein, Internationales Insolvenzrecht der Schweiz und der Vereinigten Staaten, Zürich 1990, S. 75 ff, S. 83 ff.



In der Kommissionssitzung wurde entschieden, dass der Gesetzestext in die Form eines Modellgesetzes ("Model Law") gekleidet wird⁴⁰. Diese Form der Rechtsvereinheitlichung geht weniger weit als eine Konvention. Für Staaten, welche die Absicht haben, auf dem Gebiet ein Gesetz zu erlassen, dient das

SZW 1998 S. 15, 19

Modellgesetz als Vorlage⁴¹. Ein weltweites Übereinkommen über Insolvenzverfahren wäre in Anbetracht der Jahrzehnte dauernden und mehrmals gescheiterten Bemühungen im Kreis der Europäischen Union zu ehrgeizig. Auch der ausbleibende Ratifikationserfolg der Istanbuler Konvention sprach für mehr Bescheidenheit. Der vorliegende Text geht im übrigen noch weniger weit als ein Modellgesetz i.e.S. Denn die darin enthaltenen Modellbestimmungen sind flexibel ausgestaltet und können den Bedürfnissen der betreffenden Rechtsordnung angepasst werden ("Model Legislative Provisions"⁴². Das Modellrecht enthält ferner ausdrückliche Varianten⁴³, welche den Erlassstaaten⁴⁴ eine Auswahl zwischen verschiedenen Normierungen ermöglichen.

II. Grundzüge des Modellgesetzes

Das Modellrecht beschlägt grundsätzlich nur die internationalen Aspekte des Insolvenzrechts und auferlegt sich grösste Zurückhaltung, was Eingriffe in das nationale Insolvenzrecht betrifft. Trotzdem war die Bezugnahme darauf unvermeidbar. So war etwa das "Ausländische Verfahren" grob zu umschreiben, um überhaupt ein Objekt der Anerkennung festhalten zu können⁴⁵. Ähnliches gilt in bezug auf die nationalen Privilegienordnungen im Zusammenhang mit dem Verbot der Ausländerdiskriminierung⁴⁶, hinsichtlich der Aktivlegitimation des ausländischen Verwalters zur Auslösung eines inländischen Verfahrens, hinsichtlich seiner Teilnahme in diesem Verfahren⁴⁷ oder betreffend die konkursrechtlichen Wirkungen einer Anerkennung⁴⁸.

Das Modellrecht beruht im wesentlichen auf drei Pfeilern⁴⁹: Im Vordergrund steht die Anerkennung ausländischer Insolvenzverfahren im Inland⁵⁰. Daneben wird der Zugang ausländischer Konkursverwalter und Gläubiger zu den inländischen Gerichten, zu anderen Behörden und zum inländischen Konkursverfahren ermöglicht⁵¹, sowie die grenzüberschreitende Zusammenarbeit (Kooperation)⁵² zwischen Konkursverwaltungen und Gerichten erleichtert und gefördert.

Was die Anerkennung ausländischer Verfahren betrifft, so folgt das Modellrecht -- wie erwähnt -- insofern dem schweizerischen Vorbild, als ein formelles Anerkennungsverfahren durchgeführt wird. Im Unterschied zu den Art. 166 ff. IPRG wird dadurch aber nicht automatisch ein Hilfsverfahren ausgelöst. Die Wirkungen der Anerkennung nach dem Modellrecht können vielmehr in folgendem "Drei-Stufen-

40 Nur einzelne Staaten plädierten für die Form einer Konvention: dazu J.-L. Vallens, *La faillite internationale: vers une loi modèle? Les petites affiches* 72/1996, S. 21 f. Immerhin wurde vorgeschlagen, dass sich die UNCITRAL nach Verabschiedung des Modellgesetzes der Erarbeitung eines Staatsvertrags zuwenden solle.

41 Zu den verschiedenen Formen der Rechtsvereinheitlichung in der UNCITRAL vgl. Bischoff, S. 623 ff.

42 Vgl. Guide, Nr. 12; Harmer, S. 152.

43 So z.B. betreffend die Zulassung ausländischer öffentlichrechtlicher Forderungen in Art. 13.

44 D.h. Staaten, welche das Modellgesetz in ihr Recht implementieren.

45 Art. 2 lit. a-c; hinten zu Art. 2.

46 Art. 13.

47 Art. 11 und 12.

48 Kapitel III.

49 Vgl. Markus, *Insolvenzrecht*, S. 296.

50 Kapitel III und V.

51 Kapitel II.

52 Kapitel IV.



Modell⁵³ veranschaulicht werden: In einer ersten Phase kann der Antragsteller gleichzeitig mit der Einreichung des Antrags vorsorgliche Massnahmen im Anerkennungsstaat erwirken⁵⁴; insoweit läuft die Regelung mit dem IPRG parallel⁵⁵. Die zweite Phase wird mit dem Anerkennungsentscheid eingeleitet, welcher automatisch ein Verfügungsverbot an den Schuldner sowie die Einstellung der Einzelrechtsverfolgung bewirkt⁵⁶. Auch in dieser Hinsicht besteht eine Parallelität zum schweizerischen Recht⁵⁷. Im Unterschied zum IPRG wird der Konkursbeschluss in einer dritten Phase von besonderen richterlichen Anordnungen abgelöst⁵⁸. Für das Gericht ergeben sich mehrere Möglichkeiten: Der Richter kann die Verwaltung, Verwertung und Verteilung der Masse direkt dem ausländischen Verwalter übertragen; sind inländische Gläubiger vorhanden, so ist die Eröffnung eines inländischen Verfahrens auch in diesem Fall bloss fakultativ; der Richter hat hierbei lediglich sicherzustellen, dass die Interessen der hiesigen Gläubiger im ausländischen Verfahren gewahrt sind⁵⁹. Ein weiterer Unterschied zum 11. Kapitel IPRG besteht darin, dass das Modellrecht einem breiteren Konzept der Anerkennung folgt, denn auch ausländische Sonderverfahren im Staat der Zweigniederlassung sind der Anerkennung zugänglich. Die Wirkungen dieser Anerkennung treten hingegen nicht automatisch

SZW 1998 S. 15, 20

ein; steht die Anerkennung eines ausländischen Sonderverfahrens in Konkurrenz mit einem in- oder ausländischen Hauptverfahren, so darf der Richter dem Sonderverfahren nur insoweit Rechtsschutz gewähren, als dieser mit dem Hauptverfahren vereinbar ist⁶⁰.

Die Koordination verschiedener in- und ausländischer Verfahren wird im Bereich des Civil Law vorab mit einem präzisen System vorwiegend ausschliesslicher Zuständigkeiten erreicht, begleitet von entsprechenden Verweigerungsgründen für die Anerkennung⁶¹ und allenfalls zudem begleitet von Zuständigkeitshindernissen als Folge der Anerkennung eines ausländischen Verfahrens. Das schweizerische Recht hat im SchKG (Art. 46 ff.) die direkten Zuständigkeiten und im IPRG (Art. 166 Abs. 1) die indirekte Zuständigkeit verankert⁶². Das Einheitsrecht folgt demgegenüber einem flexiblen Ansatz des Common Law, der die Vorschriften über direkte und indirekte Zuständigkeit in den Hintergrund stellt. Das Modellrecht setzt auf eine Methode, wonach der Richter im Erlassstaat die Wirkungen der konkurrierenden in- und ausländischen Verfahren im Einzelfall aufeinander abstimmt⁶³.

Nach dem Modell des EU-Üb sieht das UNO-Insolvenzrecht einen weitgehenden Zugang des ausländischen Konkursverwalters im Anerkennungsstaat vor. Der Verwalter kann sich an inländischen Verfahren beteiligen oder diese auslösen⁶⁴. Darüber hinaus kann der Anerkennungsrichter jedoch den ausländischen Verwalter ermächtigen, die inländische Masse zu verwalten, zu verwerten oder auch zu verteilen.

53 So bereits der Entwurf; vgl. Markus, Insolvenzzrecht, S. 299.

54 Art. 19.

55 Art. 168 IPRG.

56 Art. 20. Diese Wirkungen treten nur bei der Anerkennung ausländischer Hauptverfahren automatisch ein; bei der Anerkennung ausländischer Sonderverfahren sind diese Wirkungen separat zu beantragen, vgl. hinten zu Art. 20 und 21.

57 Art. 166 Abs. 1 und Art. 170 IPRG i.V.m. Art. 204 und Art. 207 SchKG.

58 Guide, Nr. 32.

59 Art. 21 Abs. 2.

60 Vgl. hinten zu Kapitel V.

61 So könnte z.B. die Vorexistenz eines inländischen Hauptverfahrens sowie die vorbestehende Anerkennung eines ausländischen Hauptverfahrens betreffend denselben Schuldner ein Anerkennungs Hindernis für gleichzeitige Drittverfahren bilden; vgl. A. Schnyder, Internationales Konkursrecht der Schweiz -- unter Berücksichtigung des US-amerikanischen Rechts. Herausforderungen des internationalen Zivilverfahrensrechts, Tübingen 1994, S. 122. f.

62 Vgl. Breitenstein, S. 147; Staehelin, S. 35 ff; vgl. Berti, Art. 166 N. 15.

63 Vgl. hinten zu Kapitel V.

64 Vgl. Art. 171 IPRG.



Damit muss im Inland nicht notwendigerweise ein Hilfsverfahren ausgelöst werden, um hier belegene Vermögenswerte dem Hauptkonkurs zuzuführen. Solche Hilfsverfahren finden im Modellrecht überhaupt keine Regelung.

Die Vorschriften über die grenzüberschreitende Kooperation inspirieren sich am Vorbild des Art. 31 EU-Üb, gehen aber insofern darüber hinaus, als sie auch die Kooperation zwischen Parallelverfahren umfassen, die nicht durch wechselseitige Anerkennung miteinander verbunden sind. Ferner fehlt dem Modellrecht die Unterordnung der Verwaltung von Sekundärverfahren unter diejenige des Hauptverfahrens, welche das zentrumsorientierte System des EU-Üb charakterisiert⁶⁵.

III. Zu den Bestimmungen des Modellgesetzes im Einzelnen⁶⁶

1. Allgemeine Bestimmungen (Kapitel I)

a) Präambel und Anwendungsbereich (Art. 1) Preamble

The purpose of this Law is to provide effective mechanisms for dealing with cases of cross-border insolvency so as to promote the objectives of:

- (a) cooperation between the courts and other competent authorities of this State and foreign States involved in cases of cross-border insolvency;.
- b) greater legal certainty for trade and investment;.
- c) fair and efficient administration of cross-border insolvencies that protects the interests of all creditors and other interested persons, including the debtor;.
- d) protection and maximization of the value of the debtor's assets; and
- (e) facilitation of the rescue of financially troubled businesses, thereby protecting investment and preserving employment.

Scope of application

(1) This Law applies where:

- (a) assistance is sought in this State by a foreign court or a foreign representative in connection with a foreign proceeding; or
- (b) assistance is sought in a foreign State in connection with a proceeding under (identify laws of the enacting State relating to insolvency); or
- (c) a foreign proceeding and a proceeding under (identify laws of the enacting State relating to insolvency) in respect of the same debtor are taking place concurrently; or
- (d) creditors or other interested persons in a foreign State have an interest in requesting the commencement of, or participating in, a proceeding under (identify laws of the enacting State relating to insolvency).

SZW 1998 S. 15, 21

(2) This Law does not apply to a proceeding concerning (designate any types of entities, such as banks or insurance companies, that are subject to a special insolvency regime in this State and that this State wishes to exclude from this Law).

Die Funktion der Präambel in einem Modellgesetz kann nur eine beschränkte sein (Auslegungshilfe). Eine Vorversion hatte -- als allgemeines Ziel -- noch ausdrücklich eine Gleichstellung der in- und ausländischen Gläubiger vorgesehen. Dieser Ansatz wurde leider zugunsten der nichtssagenden Formel in lit. c verlassen.

Die Umschreibung des Anwendungsbereichs erfolgt nicht in abstrakter Weise, sondern beschränkt sich darauf, mögliche Verfahrenskonstellationen zu umschreiben, in denen das Modellrecht zur Anwendung kommen kann. Doch sollten alle Fälle umfasst sein,

⁶⁵ Balz, S. 954.

⁶⁶ Die Bestimmungen wurden dem Anhang I des UNCITRAL-Berichts entnommen. Weitere Detailinformationen finden sich im UNCITRAL-Bericht, Nr. 25-225, und in den vier Berichten der UNCITRAL-Arbeitsgruppe "Insolvency Law". Zudem sei auf die (nicht veröffentlichten) Berichte des Bundesamtes für Justiz über die Arbeitsgruppensitzungen sowie auf den (ebenfalls nicht publizierten) Schlussbericht BJ vom 22. Dezember 1997 (A. Markus) hingewiesen, auf welchem die vorliegende Arbeit basiert.



bei welchen eine Internationalität der Aktiv- oder der Passivmasse gegeben ist. Das Modellrecht kann zur Anwendung kommen, wenn sich im Erlassstaat ausländisches Konkurssubstrat befindet (der Erlassstaat ist ersuchter Staat, Art. 1 Abs. 1 lit. a oder wenn sich -- umgekehrt -- zu einem inländischen Konkurs gehöriges Substrat im Ausland befindet (Erlassstaat ist ersuchender Staat, Abs. 1 lit. b. Desgleichen kommt das Modellrecht ins Spiel, wenn im Ausland Gläubiger eines inländischen Konkurses vorhanden sind (Art. 1 Abs. 1 lit. d) oder wenn parallel zum inländischen Verfahren ein ausländisches Verfahren stattfindet (Art. 1 Abs. 1 lit. c).

Was den persönlichen Anwendungsbereich angeht, so umfasst das Modellrecht Insolvenzen von Kaufleuten wie von "Privaten"⁶⁷. Sowohl in der Arbeitsgruppe wie in der Kommission war dieser Punkt heftig umstritten gewesen, zumal sich in einigen nationalen Rechtsordnungen eine Beschränkung der Insolvenzverfahren auf Kaufleute und damit ein Ausschluss des "Konsumentenkonkurses" findet⁶⁸. Indem sich das Modellrecht nun zu diesem Punkt ausschweigt, wird die Frage dem Recht des Hauptkonkurses überlassen⁶⁹, entsprechend der Regelung des IPRG. Das Modellrecht erstreckt sich auf Insolvenzen nicht nur juristischer, sondern auch natürlicher Personen, denn die Erfahrung hat gezeigt, dass auch solche Insolvenzen ein bedeutendes internationales Ausmass annehmen können. Hingegen können Spezialregulierungen (Banken- und Versicherungskonkurse) ausdrücklich vom Regime des Modellrechts ausgenommen werden (Art. 1 Abs. 2). Es ist allerdings nicht einzusehen, weswegen die internationale Regelung eines solchen Spezialkonkurses eine unterschiedliche sein soll⁷⁰.

b) Definitionen (Art. 2) Definitions

For the purposes of this Law:

(a) "foreign proceeding" means a collective judicial or administrative proceeding in a foreign State, including an interim proceeding, pursuant to a law relating to insolvency in which proceeding the assets and affairs of the debtor are subject to control or supervision by a foreign court, for the purpose of reorganization or liquidation;.

b) "foreign main proceeding" means a foreign proceeding taking place in the State where the debtor has the centre of its main interests;.

c) "foreign non-main proceeding" means a foreign proceeding, other than a foreign main proceeding, taking place in a State where the debtor has an establishment within the meaning of subparagraph (f) of this article;.

d) "foreign representative" means a person or body, including one appointed on an interim basis, authorized in a foreign proceeding to administer the reorganization or the liquidation of the debtor's assets or affairs or to act as a representative of the foreign proceeding;.

e) "foreign court" means a judicial or other authority competent to control or supervise a foreign proceeding;.

f) "establishment" means any place of operations where the debtor carries out a non-transitory economic activity with human means and goods or services. Zumal eine Umschreibung des Anwendungsbereichs auf abstrakter Ebene in Art. 1 unterblieben ist,

⁶⁷ Vgl. Markus, Insolvenzrecht, S. 298.

⁶⁸ Eine Beschränkung der Insolvenzverfahren auf Kaufleute findet sich -- abgesehen von der speziellen schweizerischen Regelung -- im französischen, belgischen, luxemburgischen, italienischen und griechischen Recht, vgl. hierzu die Zusammenstellung bei Hanisch, Insolvenz, S. 319 f.

⁶⁹ Vgl. Art. 16 Abs. 2 EU-Üb; Guide, Nr. 50; nach den Ausführungen im Guide (Nr. 66) sollte es zudem dem Erlassstaat erlaubt sein, die Anerkennung eines ausländischen Konsumentenkonkurses zu verweigern, sofern er über eine im Erlassstaat ansässige Person eröffnet worden ist.

⁷⁰ Viele der bisherigen grossen internationalen Insolvenzen betrafen ausgerechnet Bankzusammenbrüche (Gottwald, S. 19). In solchen Spezialverfahren besteht eine besonders grosse Versuchung, ausländische Gläubiger zu benachteiligen oder die Anerkennung eines Niederlassungskonkurses (resp. der Insolvenz eines Tochterunternehmens im Ausland) zu verweigern.

wird mit den Definitionen gleichzeitig ein guter Teil des materiellen Anwendungsbereichs umschrieben bzw. näher eingegrenzt⁷¹.

Eine Definition des "Schuldners" wurde richtigerweise fallengelassen⁷². Dies hat zur Folge, dass

SZW 1998 S. 15, 22

insbesondere die Voraussetzungen seiner Insolvenz vom Recht des Staats bestimmt werden, in welchem das Konkursverfahren stattfindet⁷³. Auch insofern entspricht das Modellrecht dem IPRG.

In lit. a, b und c werden die ausländischen Verfahren umschrieben, die Gegenstand einer Anerkennung unter dem Modellrecht sein können. Es handelt sich um verwaltungsrechtliche oder gerichtliche Verfahren, welche sich auf ein Gesetz betreffend Insolvenz beziehen, und in denen die Vermögenswerte und Geschäfte des Schuldners einer gerichtlichen Aufsicht oder Kontrolle unterstehen. Abgedeckt werden nicht nur Konkursverfahren im eigentlichen Sinne, welche die Liquidation des Vermögens bezwecken, sondern auch Nachlass- und Sanierungsverfahren⁷⁴, seien diese freiwillig und auf Initiative des Schuldners oder durch zwingende Vorschrift ausgelöst⁷⁵. Als ausländische Verfahren in diesem Sinne gelten insbesondere auch sogenannte "Interimverfahren" mit provisorischer Natur (lit. a). Der Einbezug dieser Verfahren soll sicherstellen, dass einerseits eine Sicherung von Vermögenswerten im Anerkennungsstaat in einem frühen, noch vorläufigen Stadium des ausländischen Verfahrens möglich ist^{76 77}; der Begriff bietet zudem ausreichende Flexibilität, um auch ausländische Verfahren zu erfassen, bei welchen überhaupt kein formelles Eröffnungsdekret erlassen wird. Der Begriff des Insolvenzverfahrens ist damit in einiger Hinsicht weiter als derjenige des IPRG oder auch des EU-Üb⁷⁸.

Erst in einem späten Stadium der Verhandlungen fand eine Differenzierung zwischen Haupt- und "Nicht-Haupt" -- oder schöner: "Sonderverfahren" -- Eingang in die Definition. Die Verfahren unterscheiden sich hinsichtlich ihrer Nähe zum Schuldner: Verfahren am Ort der hauptsächlichen Interessen des Schuldners oder am Ort seiner Zweigniederlassung. Damit sind zwei verschiedene Anknüpfungen gegeben⁷⁹, die bei

71 Vgl. Guide, Nr. 68.

72 Mit dem vorstehend erwähnten Vorbehalt, dass Banken- und Versicherungskonkurse ausgenommen werden können.

73 Dies kommt auch in Art. 31 zum Ausdruck; nach dieser Bestimmung besteht eine (widerlegbare) Vermutung, wonach die Anerkennung eines ausländischen Hauptverfahrens die Insolvenz des Schuldners im Anerkennungsstaat nach sich zieht.

74 Vgl. Markus, Insolvenzrecht, S. 298.

75 Guide, Nr. 24

76 Guide, Nr. 69. Die Definition des ausländischen Verfahrens umfasst damit nicht nur das eigentliche Insolvenzverfahren, sondern bereits auch das Verfahren, das auf Eröffnung des Konkurses geht. Insbesondere wird dadurch die Zulassung eines "ausländischen Verwalters" im Sinne von lit. d in einem frühen Stadium des ausländischen Verfahrens möglich. Ob dieser frühe Schutz im schweizerischen Recht möglich ist, ist zweifelhaft (Art. 168 IPRG).

77 Eine unerwünschte Konsequenz dieser Regelung ist darin zu sehen, dass die Anerkennung eines solchen -- provisorischen und allenfalls nur kurz dauernden -- Verfahrens durchwegs die einschneidenden automatischen Wirkungen eines "stay" (Einstellung der Einzelrechtsverfolgung gegen den Schuldner) und "freeze" (Verlust der Verfügungsbefugnis) nach sich ziehen soll -- mindestens sofern es sich um ein ausländisches Hauptverfahren am Mittelpunkt des schuldnerischen Interesses handelt. Vgl. hierzu Guide, Nr. 144.

78 Staehelin (S. 25) lässt nach IPRG bereits das Einsetzungsdekret für den ausländischen Verwalter genügen, welches im Modellrecht Voraussetzung zur Anerkennung des ausländischen Verwalters, nicht aber zur Anerkennung des Verfahrens ist; zur Anerkennung eines französischen "redressement judiciaire" nach Art. 175 IPRG: SJ 1997, S. 101 ff. Das EU-Üb verlangt demgegenüber in Art. 1 Abs. 1 mindestens ein teilweises Verfügungsverbot gegen den Schuldner (hierzu Balz, S. 948), während das -- liberalere -- Modellrecht auch ein Verfahren umfasst, bei dem der Schuldner zwar einer Aufsicht untersteht, jedoch keinem eigentlichen Verfügungsverbot unterworfen ist ("debtor in possession", Guide, Nr. 24).

79 Art. 17 Abs. 2.



der Anerkennung ausländischer Verfahren von einiger Bedeutung sind⁸⁰. Bemerkenswert ist ferner die Definition einer "Niederlassung" ("establishment", lit. f), die Art. 2 lit. h des EU-Üb entnommen ist und welche deutlich breiter ist als Art. 20 Abs. 1 lit. c IPRG⁸¹.

In lit. d erfolgt die Umschreibung des ausländischen Konkursverwalters, der -- wie vorstehend erwähnt -- auch nur auf vorläufiger Basis ernannt sein kann. Das Modellrecht gibt dieser Figur eine wichtige Rolle. Als Folge der Anerkennung des ausländischen Verfahrens können dem ausländischen Verwalter weite Kompetenzen auf dem Territorium des Anerkennungsstaates übertragen werden, so z.B. das selbständige Einholen von Informationen oder die Befugnis, das gemeinschuldnerische Vermögen zu sichern, zu verwalten und zu verteilen.

Während der Arbeiten vergeblich diskutiert wurde eine Umschreibung der dinglichen Rechte von Gläubigern oder Dritten, wie sie in Art. 5 EU-Üb zu finden ist. Zu unterschiedlich sind die Auffassungen, welche Rechte darunter fallen und damit von der Eröffnung eines ausländischen Verfahrens unberührt bleiben sollen⁸².

SZW 1998 S. 15, 23

c) Internationale Verpflichtungen (Art. 3) International obligations of this State

To the extent that this Law conflicts with an obligation of this State arising out of any treaty or other form of agreement to which it is a party with one or more other States, the requirements of the treaty or agreement prevail.

Diese Bestimmung reflektiert den Vorrang völkerrechtlicher Verträge vor dem Modellgesetz. Ist dieser Vorrang bereits als allgemeines Prinzip in der betreffenden Rechtsordnung enthalten, so kann auf die Übernahme dieser Bestimmung ins Recht des Erlassstaates verzichtet werden⁸³.

d) Zuständiges Gericht oder zuständige Behörde (Art. 4) (Competent court or authority)^{83a}

The functions referred to in this Law relating to recognition of foreign proceedings and cooperation with foreign courts shall be performed by (specify the court, courts, authority or authorities competent to perform those functions in the enacting State).

An dieser Stelle hat der Erlassstaat die Möglichkeit, die sachlich zuständige Behörde zur Entgegennahme eines Anerkennungs- oder anderen Ersuchens zu bezeichnen. Die Behörde kann ein Gericht, oder eine Administrativbehörde sein. Hierzu enthält der Leitfaden zur Implementierung nähere Anweisungen⁸⁴.

e) Bevollmächtigung des Verwalters (Art. 5) Authorization of (insert the title of the person or body administering a reorganization or liquidation under the law of the enacting State) to act in a foreign State

A (insert the title of the person or body administering a reorganization or liquidation under the law of the enacting State) is authorized to act in a foreign State on behalf of a proceeding under (identify laws of the enacting State relating to insolvency), as permitted by the applicable foreign law.

⁸⁰ Es gilt, die Wirkungen der Anerkennung eines ausländischen Verfahrens im Anerkennungsstaat zu differenzieren, je nachdem ob es sich um ein Hauptverfahren handelt oder um ein Sonderverfahren (Art. 20 f.). Zu den Anknüpfungen im Einzelnen hinten zu Art. 17.

⁸¹ Vgl. Gottwald, S. 22.

⁸² Eine "Herausnahme" dinglicher Sicherungsrechte aus dem ausländischen Konkurs ist im Modellrecht -- anders als im EU-Üb (Hanisch, Lösungsmodelle, S. 241) -- nicht ausdrücklich statuiert, wird jedoch klar vorausgesetzt, vgl. hinten zu Art. 13 und Art. 32.

⁸³ Ausserdem wird im Guide (Nr. 78) darauf hingewiesen, dass eine Übernahme von Art. 3 in Rechtsordnungen, die internationale Verträge ausdrücklich ins Landesrecht umsetzen müssen ("non self-executing"), Probleme stellen kann.

^{83a} A State where certain functions relating to insolvency proceedings have been conferred upon government-appointed officials or bodies might wish to include in article 4 or elsewhere in chapter I the following provision: Nothing in this Law affects the provisions in force in this State governing the authority of (insert the title of the government-appointed person or body).

⁸⁴ Guide, Nr. 79 ff.



Diese Bestimmung bildet die Basis für die Befugnis des Verwalters, die Konkursmasse vor den ausländischen Behörden zu vertreten. Diese Norm ist auf Rechtsordnungen zugeschnitten, in welchen die aktive Universalität keine Selbstverständlichkeit ist. Im schweizerischen Recht wäre hierfür eine besondere Bevollmächtigung nicht notwendig, zumal sich ein schweizerischer Sitzkonkurs -- und damit die Befugnisse der Konkursverwaltung nach Art. 240 ff. SchKG -- auch auf ausländische Vermögenswerte bezieht⁸⁵.

f) Ordre public (Art. 6) und Auslegungsfragen (Art. 7 und 8)

Article 6. Public policy exception

Nothing in this Law prevents the court from refusing to take an action governed by this Law if the action would be manifestly contrary to the public policy of this State.

Article 7. Additional assistance under other laws

Nothing in this Law limits the power of a court or a (insert the title of the person or body administering a reorganization or liquidation under the law of the enacting State) to provide additional assistance to a foreign representative under other laws of this State.

Article 8. Interpretation

In the interpretation of this Law, regard is to be had to its international origin and to the need to promote uniformity in its application and the observance of good faith.

Ein im nationalen Recht implementiertes Modellgesetz ist integrierter Bestandteil der nationalen Rechtsordnung und damit bereits in seiner Gesamtheit der Verfassungsordnung dieses Staates unterworfen. Die Aufnahme eines Ordre-public-Vorbehalts in den allgemeinen Teil des Modellrechts macht deshalb keinen Sinn⁸⁶. Die Klausel hätte im dritten Kapitel über die Anerkennung ausländischer Verfahren Platz finden müssen. So gilt der Vorbehalt hingegen auch für die Kapitel über den "Zugang" und die "Zusammenarbeit" (Kapitel II und IV), wo er eine deutlich breitere Sperrfunktion entfaltet als dies in internationalen Übereinkommen mit vergleichbarem Regelungsinhalt üblich wäre⁸⁷. In bezug auf das Kapitel V über konkurrierende Verfahren ist die Klausel ohnehin sinnlos. Art. 7 bringt zum Ausdruck, dass sich die Modellbestimmungen als Minimalvorschriften verstehen, die einer grosszügigeren Regelung des nationalen Rechts

SZW 1998 S. 15, 24

nicht entgegenstehen⁸⁸. Bei Art. 8 handelt es sich um eine Auslegungsvorschrift, die sich bereits in anderen UNICTRAL-Texten findet⁸⁹. Sie will vorab die Beachtung auch ausländischer Präjudizien durch den inländischen Richter fördern.

2. Zugang des ausländischen Verwalters und der Gläubiger zum Verfahren (Kapitel II)

a) Direkter Zugang des ausländischen Verwalters zum Gericht (Art. 9) Right of direct access

A foreign representative is entitled to apply directly to a court in this State.

Die verschiedenen Antragsrechte des ausländischen Verwalters sind in Art. 15 Abs. 1 (Antrag für die Anerkennung), Art. 19 (provisorische Massnahmen), Art. 23 (Legitimation für Anfechtungsklagen), Art. 24 (Intervention im Einzelverfahren) sowie in Art. 11 (Antrag auf Eröffnung eines Verfahrens im Erlassstaat) umschrieben. Diese

⁸⁵ Art. 197 SchKG; hierzu K. Amonn/D. Gasser, Grundriss des schweizerischen Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 6. Aufl. Bern 1997, § 45 N. 22 ff.

⁸⁶ Vgl. UNCITRAL-Bericht, Nr. 171.

⁸⁷ Vgl. etwa die Haager Übereinkommen über die zivile Rechtshilfe (SR-0-274-12; SR-0-274-131; SR-0-274-132).

⁸⁸ Vgl. auch Art. 21 lit. g.

⁸⁹ Vgl. Art. 5 der UNO-Konvention über unabhängige Garantien und stand-by letters of credit.



Antragsrechte sollen durch Art. 9 nicht ausgedehnt werden⁹⁰. Einziger Zweck dieser Bestimmung ist, ein allfälliges (in ausländischen Rechtsordnungen kaum anzutreffendes) Erfordernis der Einhaltung diplomatischer oder anderer Rechtshilfekanäle zur Einreichung eines Antrags bei Gericht auszuschliessen⁹¹.

b) "Freies Geleit" (Art. 10) Limited jurisdiction

The sole fact that an application pursuant to this Law is made to a court in this State by a foreign representative does not subject the foreign representative or the foreign assets and affairs of the debtor to the jurisdiction of the courts of this State for any purpose other than the application.

Zum Schutz des ausländischen Verwalters soll die Regel bestimmte Anknüpfungen für eine internationale Zuständigkeit ausschliessen, so z.B. (exorbitante) Anknüpfungen an das blosses Erscheinen vor Gericht oder die blosses Geschäftstätigkeit (doing business). Es handelt sich mithin nur der Funktion, nicht jedoch dem rechtlichen Konzept nach um ein "freies Geleit". Im Leitfaden wird auf diese auf Common-law-Rechtsordnungen zugeschnittene⁹² Regel erläuternd verwiesen⁹³.

c) Legitimation des ausländischen Verwalters zur Stellung eines Konkursbegehrens (Art. 11) Application by a foreign representative to commence a proceeding under (identify laws of the enacting State relating to insolvency)

A foreign representative is entitled to apply to commence a proceeding under (identify laws of the enacting State relating to insolvency) if the conditions for commencing such a proceeding are otherwise met.

Die Legitimation des ausländischen Verwalters zur Stellung eines Konkursbegehrens untersteht keinerlei Einschränkungen durch das Modellgesetz. Insbesondere ist nicht gefordert, dass der ausländische Verwalter ein Anerkennungsverfahren durchläuft. Diese Einschränkung wäre jedoch angezeigt, zumal das Recht auf Teilnahme des ausländischen Verwalters im inländischen Insolvenzverfahren an das Anerkennungserfordernis gebunden ist⁹⁴. Noch weitergehend hätte die Befugnis zur Auslösung von Sonderverfahren auf den Verwalter eines ausländischen Haupt-Verfahrens eingeschränkt werden können⁹⁵. Dieser kann die Kosten/Wert/Relation der Eröffnung eines Sekundärverfahrens -- gemessen am Interesse der Gesamtinsolvenz -- am besten abschätzen⁹⁶. Dies setzt aber ein zentralisiertes Zuständigkeitssystem mit einer deutlichen Verfahrenshierarchie voraus -- ein System, welches im Modellrecht nicht verwirklicht werden konnte⁹⁷.

d) Teilnahme des ausländischen Verwalters im inländischen Verfahren (Art. 12) Participation of a foreign representative in a proceeding under (identify laws of the enacting State relating to insolvency)

Upon recognition of a foreign proceeding, the foreign representative is entitled to participate in a proceeding regarding the debtor under (identify laws of the enacting State relating to insolvency).

SZW 1998 S. 15, 25

Der Zweck der Bestimmung besteht darin, dem ausländischen Verwalter zu ermöglichen, mit der inländischen Konkursverwaltung eng zusammenzuarbeiten und auf eine Koordination der beiden Verfahren hinzuwirken. Da die Rolle des ausländischen Verwalters im Verfahren durchaus verschiedenartig sein kann, wurde

⁹⁰ In der vorliegenden Bestimmung ist nach dem Willen der Arbeitsgruppe insbesondere kein allgemeines Recht zur Beantragung von vorsorglichen Massnahmen ausserhalb des Insolvenzrechts zu erblicken.

⁹¹ UNCITRAL-Bericht, Nr. 177; Guide, Nr. 93.

⁹² Gottwald, S. 47.

⁹³ Guide, Nr. 94 ff.

⁹⁴ Art. 12. Ohne entsprechendes Teilnahmerecht im inländischen Verfahren ist kaum einzusehen, welches Interesse ein ausländischer Verwalter an der Auslösung eines solchen haben könnte.

⁹⁵ So der Minderheitsvorschlag in der Kommission (UNCITRAL-Bericht, Nr. 186).

⁹⁶ Hanisch, Lösungsmodelle, S. 238.

⁹⁷ Vgl. hinten zu Art. 28.



eine möglichst breite und allgemeine Umschreibung dieser Tätigkeit ("participation") gewählt -- ein Begriff, der übrigens dem EU-Üb entnommen ist.

e) Zugang der ausländischen Gläubiger zum Konkursverfahren (Art. 13) Access of foreign creditors to a proceeding under (identify laws of the enacting State relating to insolvency)

(1) Subject to paragraph (2) of this article, foreign creditors have the same rights regarding the commencement of, and participation in, a proceeding under (identify laws of the enacting State relating to insolvency) as creditors in this State.

(2) Paragraph (1) of this article does not affect the ranking of claims in a proceeding under (identify laws of the enacting State relating to insolvency), except that the claims of foreign creditors shall not be ranked lower than (identify the class of general non-preference claims, while providing that a foreign claim is to be ranked lower than the general non-preference claims if an equivalent local claim (e.g. claim for a penalty or deferred-payment claim) has a rank lower than the general non-preference claims).^{97a}

Abs. 1 hält den Grundsatz der Nichtdiskriminierung ausländischer Gläubiger⁹⁸ bei der Eingabe von Forderungen und bei der Auslösung von Insolvenzverfahren fest. In Abs. 2 wird dieser Grundsatz empfindlich eingeschränkt, was die Einreihung in die verschiedenen Forderungsklassen betrifft. Die nationalen Privilegienordnungen unterscheiden sich untereinander wesentlich in der Sache und weisen zudem häufig einen engen Zusammenhang mit der Inländereigenschaft auf, was -- wie erwähnt -- die Realisierung der Inländerbehandlung in diesem Bereich verunmöglicht hat.

So tastet der Entwurf die Privilegienordnungen nicht an, vermag aber wenigstens eine Minimalgarantie zu bieten: Ansprüche ausländischer Gläubiger dürfen nicht schlechter als inländische nichtprivilegierte Forderungen behandelt werden⁹⁹.

Von dieser Normierung unberührt bleiben dingliche Rechte und Sicherheiten, deren sachenrechtlicher Bestand sich zwar in der Regel nach dem Belegenheitsstatut richtet¹⁰⁰, deren konkursrechtliche Behandlung jedoch erheblichen nationalen Unterschieden unterworfen ist¹⁰¹; ebenso nicht tangiert werden die nationalen Regeln über Möglichkeit und Zeitpunkt der Verrechnung mit Forderungen des Gemeinschuldners¹⁰². Nach der Fussnotenvariante können ferner ausländische

^{97a} The enacting State may wish to consider the following alternative wording to replace article 13(2): (2) Paragraph (1) of this article does not affect the ranking of claims in a proceeding under (identify laws of the enacting State relating to insolvency) or the exclusion of foreign tax and social security claims from such a proceeding. Nevertheless, the claims of foreign creditors other than those concerning tax and social security obligations shall not be ranked lower than (identify the class of general non-preference claims, while providing that a foreign claim is to be ranked lower than the general non-preference claims if an equivalent local claim (e.g. claim for a penalty or deferred-payment claim) has a rank lower than the general non-preference claims).

⁹⁸ Eine Definition des "ausländischen Gläubigers" konnte leider nicht erarbeitet werden: Weder ein kumulatives noch ein alternatives Abstellen auf Nationalität, Wohnsitz oder Aufenthalt fand eine tragfähige Mehrheit.

⁹⁹ Damit werden die grossen Unterschiede zwischen den nationalen Privilegienordnungen virulent, was die Anzahl verschiedener Gläubigerkategorien betrifft. In einem Land wie Frankreich, das über mehr als 100 Privilegien verfügt, kommt die Einstufung als Kurrentgläubiger einer Nichtzulassung gleich, im Gegensatz etwa zur Schweiz oder besonders zu Deutschland, das ab 1. 1. 1999 den klassenlosen Konkurs kennt (W. Habscheid, Öffentlich-rechtliche Forderungen, insbesondere Steuerforderungen im Konkurs, KTS Zeitschrift für Insolvenzrecht 2/1996, S. 202).

¹⁰⁰ H. Hanisch, Die Wirkung dinglicher Mobiliarsicherungsrechte im grenzüberschreitenden Insolvenzverfahren, *Etudes de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Basel 1993, S. 63; Gottwald, S. 32; UNCITRAL-Bericht, Nr. 132; insgesamt zur Behandlung dinglicher Sicherheiten im internationalen Kontext: Hanisch, *Mobiliarsicherungsrechte*, S. 61 ff.

¹⁰¹ Besonders in der Frage, welchem Insolvenzstatut das Sicherungsrecht unterworfen sein soll, fallen die Lösungen auseinander; Hanisch, *Mobiliarsicherungsrechte*, S. 66 ff.

¹⁰² Vgl. Guide, Nr. 33; vgl. hierzu Hanisch, *Mobiliarsicherungsrechte*, S. 71 f.



öffentlichrechtliche Forderungen ("foreign tax and social security claims") von der Zulassung schlechthin ausgenommen werden¹⁰³.

f) Benachrichtigung ausländischer Gläubiger von der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens (Art. 14) Notification to foreign creditors of a proceeding under (identify laws of the enacting State relating to insolvency)

(1) Whenever under (identify laws of the enacting State relating to insolvency) notification is to be given to creditors

SZW 1998 S. 15, 26

in this State, such notification shall also be given to the known creditors that do not have addresses in this State. The court may order that appropriate steps be taken with a view to notifying any creditor whose address is not yet known.

(2) Such notification shall be made to the foreign creditors individually, unless the court considers that, under the circumstances, some other form of notification would be more appropriate. No letters rogatory or other, similar formality is required.

(3) When a notification of commencement of a proceeding is to be given to foreign creditors, the notification shall:

(a) indicate a reasonable time period for filing claims and specify the place for their filing;

b) indicate whether secured creditors need to file their secured claims; and

(c) contain any other information required to be included in such a notification to creditors pursuant to the law of this State and the orders of the court.

Abs. 1 statuiert eine Nichtdiskriminierungsregel zugunsten der ausländischen Gläubiger: Sind die inländischen Gläubiger nach dem Recht des Erlassstaates über die Konkurseröffnung zu benachrichtigen, so hat auch eine Benachrichtigung der ausländischen Gläubiger zu erfolgen. Die Notifikation der ausländischen Gläubiger hat zudem einigen Mindestanforderungen zu gehorchen (Abs. 2 und 3)¹⁰⁴. Nach Abs. 2 ist insbesondere auch eine öffentliche Konkurspublikation zugelassen, welche es erlaubt, auch nicht bekannte Gläubiger im Ausland zu erreichen.

Im Zusammenhang mit dieser Bestimmung bekundete die UNCITRAL besondere Mühe, ein Kriterium zur Bestimmung der Ausländereigenschaft eines Gläubigers zu finden¹⁰⁵. Schliesslich wurde zur pragmatischen (jedoch nicht unbedingt Rechtssicherheit vermittelnden) Formel gegriffen, wonach alle Gläubiger ohne bekannte Adresse im Erlassstaat von der Regelung erfasst sein sollen.

3. Anerkennung eines ausländischen Verfahrens (Kapitel III)

a) Antrag zur Anerkennung eines ausländischen Verfahrens (Art. 15) Application for recognition of a foreign proceeding

(1) A foreign representative may apply to the court for recognition of the foreign proceeding in which the foreign representative has been appointed.

(2) An application for recognition shall be accompanied by:

(a) a certified copy of the decision commencing the foreign proceeding and appointing the foreign representative; or

(b) a certificate from the foreign court affirming the existence of the foreign proceeding and of the appointment of the foreign representative; or

¹⁰³ Zum international verbreiteten Ausschluss öffentlichrechtlicher Forderungen des Auslands: Hanisch, *Insolvenz*, S. 324 f; kritisch Habscheid, S. 204 ff; z.T. ebenso Staehelin, S. 159. Das EU-Üb hingegen lässt ausdrücklich die Anmeldung von öffentlichrechtlichen Forderungen aus dem Ausland zu, Art. 39 EU-Üb.

¹⁰⁴ Widersprüche zwischen dem Ausschluss eines formellen Zustellungsersuchens nach Abs. 2 und einem entsprechenden Staatsvertrag (z.B. Haager Übereinkommen von 1965 über die Zustellung gerichtlicher und aussergerichtlicher Schriftstücke im Ausland in Zivil- oder Handelssachen, SR-0-274-131) werden zugunsten des Staatsvertrags aufgelöst (Art. 3; Guide, Nr. 109).

¹⁰⁵ Vgl. auch unter vorstehender Ziffer.



(c) in the absence of evidence referred to in subparagraphs (a) and (b), any other evidence acceptable to the court of the existence of the foreign proceeding and of the appointment of the foreign representative.

(3) An application for recognition shall also be accompanied by a statement identifying all foreign proceedings in respect of the debtor that are known to the foreign representative.

(4) The court may require a translation of documents supplied in support of the application for recognition into an official language of this State.

Diese Bestimmung enthält einige verfahrensmässige Präzisierungen zum Anerkennungsverfahren. Bemerkenswert ist, dass die Anerkennung eines ausländischen Verwalters im selben Zug mit der Anerkennung des ausländischen Verfahrens geregelt ist; daraus geht hervor, dass beide Verfahren notwendigerweise miteinander zu verbinden sind.

b) Vermutungen betreffend die Anerkennung (Art. 16) Presumptions concerning recognition

(1) If the decision or certificate referred to in article 15(2) indicates that the foreign proceeding is a proceeding within the meaning of article 2(a) and that the foreign representative is a person or body within the meaning of article 2(d), the court is entitled to so presume.

(2) The court is entitled to presume that documents submitted in support of the application for recognition are authentic, whether or not they have been legalized.

(3) In the absence of proof to the contrary, the debtor's registered office, or habitual residence in the case of an individual, is presumed to be the center of the debtor's main interests.

SZW 1998 S. 15, 27

Diese Norm enthält verfahrensrechtliche Details. Hervorgehoben sei die Vermutungsregel des Abs. 3, die einen Kompromiss zwischen dem Prinzip des statutarischen und des effektiven Sitzes darstellt¹⁰⁶. Was die Legalisierungsfragen betrifft, so erreichte die Kommission eine Korrektur des -- ausserhalb des staatsvertraglichen Bereichs -- allzu liberalen Ansatzes der Arbeitsgruppe, wonach eine Verpflichtung des ersuchenden Staates zur Legalisierung in jedem Fall ausgeschlossen wäre. Dem Anerkennungsrichter bleibt die Möglichkeit, eine Legalisierung zu verlangen, wie sie unter den zahlreichen Mitgliedstaaten des Haager Übereinkommens¹⁰⁷ mittels Apostille ohne grossen Aufwand vorgenommen werden kann.

c) Entscheid über die Anerkennung des ausländischen Verfahrens (Art. 17) Decision to recognize a foreign proceeding

(1) Subject to article 6, a foreign proceeding shall be recognized if:

(a) the foreign proceeding is a proceeding within the meaning of article 2(a);

b) the foreign representative applying for recognition is a person or body within the meaning of article 2(d):

(c) the application meets the requirements of article 15(2); and

(d) the application has been submitted to the court referred to in article 4.

(2) The foreign proceeding shall be recognized:

(a) as a foreign main proceeding if it is taking place in the State where the debtor has the centre of its main interests: or

(b) as a foreign non-main proceeding if the debtor has an establishment within the meaning of article 2(f) in the foreign State.

¹⁰⁶ Näheres nachstehend zu Art. 17.

¹⁰⁷ SR-0-172-030-4



(3) An application for recognition of a foreign proceeding shall be decided upon at the earliest possible time.

(4) The provisions of articles 15, 16, 17 and 18 do not prevent modification or termination of recognition if it is shown that the grounds for granting it were fully or partially lacking or have ceased to exist.

In dieser zentralen Norm werden die Voraussetzungen der Anerkennung aufgeführt. Nach schweizerischem Vorbild findet ein formelles Anerkennungsverfahren statt -- im Gegensatz zum weitergehenden europäischen Modell, das eine Anerkennung eo ipso vorsieht¹⁰⁸.

Die Anknüpfung für Hauptverfahren lehnt sich ans europäische Vorbild an (Art. 3 Abs. 1 EU-Üb): Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen des Schuldners¹⁰⁹. Dem wird eine -- widerlegbare -- Vermutung hinzugefügt, wonach sich dieser Mittelpunkt am Ort des Registereintrags befinde; bei natürlichen Personen ist der gewöhnliche Aufenthalt die Vermutungsbasis¹¹⁰. Dieses "flexible Inkorporationsprinzip" hat den Vorteil, dass es gegenüber einem alleinigen Abstellen auf den Sitz der effektiven Verwaltung im Regelfall ein grösseres Mass an Rechtssicherheit bietet und gleichzeitig ausreichend flexibel ist, um im Ausnahmefall -- etwa bei ausländischen Off-shore-Gesellschaften -- eine missbräuchliche Anknüpfung an den Registersitz auszuschliessen und damit zu verhindern, dass inländisches Vermögen solcher Gesellschaften weitgehend "konkursfest" sein kann¹¹¹. Obwohl aus Wortlaut und Systematik nicht völlig klar ersichtlich, fallen ausländische Verfahren, welche ausschliesslich auf der Basis der Belegenheit von Vermögen eröffnet worden sind, aus dem Anerkennungsdispositiv. Anerkannt werden nach dem Willen der Schöpfer des Modellgesetzes nur Haupt- und Niederlassungskonkurse, wobei allerdings in Erinnerung zu rufen ist, dass der Begriff der Niederlassung weiter geht als Art. 20 Abs. 1 lit. c IPRG¹¹². Aus der Sicht eines vertikalen Systems, in welchem mehrere Verfahren von der Verwaltung des Hauptkonkurses aus zentral gesteuert werden, hätte noch einschränkender eine Anerkennung einzig von Hauptverfahren analog Art. 166 IPRG Platz greifen können. Denn es gibt grundsätzlich keine Veranlassung, einem Sekundärverfahren extraterritoriale Wirkungen zuzuerkennen. Für ausländische Aktivitäten der Verwaltung eines Sekundärverfahrens besteht einzig dann eine Notwendigkeit, wenn Massebestandteile vor (Anfechtungsklagen) oder nach Eröffnung des Konkurses über die Landesgrenze ins Verfahrensausland verbracht werden¹¹³. Das Modellrecht verfolgt jedoch ein breiteres Konzept der Anerkennung, welches im Dienst einer horizontal

SZW 1998 S. 15, 28

verlaufenden Koordination zwischen den Verfahren steht und insbesondere eine wechselseitige Beteiligung der Konkursverwaltungen in den verschiedenen Verfahren ermöglichen soll¹¹⁴. Deshalb wurde es notwendig, das Anerkennungsdispositiv breiter anzulegen.

¹⁰⁸ Art. 17 EU-Konvention.

¹⁰⁹ Diese Anknüpfung kommt subsidiär auch im französischen Insolvenzrecht zum Zug, Heyers, S. 8.

¹¹⁰ Art. 16 Abs. 3; vgl. Art. 3 Abs. 1 EU-Üb.

¹¹¹ Siehe Staehelin, S. 40 f; Berti, Art. 166 N. 16; zu Art. 166 Abs. 1 IPRG siehe die Rechtsprechung in SJZ 89 (1993), S. 14 ff. und SJZ 87 (1991), S. 27 ff; und vgl. hierzu die Ausführungen Brunners, S. 7, S. 13 ff. und Schnyders, S. 125 ff. Kritisch gegenüber dem europäischen System im Fall, dass die Anknüpfung von Amtes wegen geprüft werden muss: Gottwald, S. 20 f.

¹¹² Vgl. vorne zu Art. 2 lit. f.

¹¹³ Vgl. hinten zu Art. 23.

¹¹⁴ Siehe Art. 12 und insbesondere die Bemerkungen zu Kapitel V.

¹¹⁵ Vgl. Art. 169 IPRG.



Eine Publikation des Anerkennungsentscheids¹¹⁵ bzw. eine Mitteilung an die bekannten Gläubiger im Anerkennungsstaat ist nicht mehr ausdrücklich vorgesehen, obwohl sie noch in den Entwürfen der Arbeitsgruppe enthalten war¹¹⁶.

d) Information durch den ausländischen Verwalter (Art. 18) Subsequent information

From the time of filing the application for recognition of the foreign proceeding, the foreign representative shall inform the court promptly of:

(a) any substantial change in the status of the recognized foreign proceeding or the status of the foreign representative's appointment; and

(b) any other foreign proceeding regarding the same debtor that becomes known to the foreign representative.

Die Vorschrift von Art. 15 Abs. 3 wird hierdurch konsequent weitergeführt. Die Regelung soll dem Gericht ermöglichen, die Wirkungen paralleler Verfahren zu koordinieren, handle es sich um mehrere ausländische oder um ein inländisches, welches mit den ausländischen Verfahren in Konkurrenz tritt¹¹⁷.

e) Vorsorgliche Massnahmen (Art. 19) Relief that may be granted upon application for recognition of a foreign proceeding

(1) From the time of filing an application for recognition until the application is decided upon, the court may, at the request of the foreign representative, where relief is urgently needed to protect the assets of the debtor or the interests of the creditors, grant relief of a provisional nature, including:

(a) staying execution against the debtor's assets;.

b) entrusting the administration or realization of all or part of the debtor's assets located in this State to the foreign representative or another person designated by the court, in order to protect and preserve the value of assets that, by their nature or because of other circumstances, are perishable, susceptible to devaluation or otherwise in jeopardy;.

c) any relief mentioned in article 21(1)(c), (d) and (g).

(2) (Insert provisions (or refer to provisions in force in the enacting State) relating to notice).

(3) Unless extended under article 21(1)(f), the relief granted under this article terminates when the application for recognition is decided upon.

(4) The court may refuse to grant relief under this article if such relief would interfere with the administration of a foreign main proceeding.

Vom Zeitpunkt an, in dem ein Anerkennungsersuchen eingereicht wird, kann der Richter vorsorgliche Massnahmen sichernder Natur verfügen. Der Antrag um vorsorgliche Massnahmen ist an ein -- in der Regel gleichzeitiges -- Anerkennungsersuchen gebunden. Die Koppelung beider Ersuchen entspricht der Lösung in Art. 168 IPRG.

Trotzdem sind vorsorgliche Massnahmen nach dem Modellrecht in einem früheren Stadium erhältlich als nach IPRG. Im Unterschied zum schweizerischen Recht sind als Objekte der Anerkennung auch "Interimverfahren" möglich, welche sich in einem frühen, noch vorläufigen Stadium vor Erlass eines formellen Konkursdekrets befinden können¹¹⁸.

Die Massnahmen sind an die Voraussetzung gebunden, dass Dringlichkeit und Notwendigkeit vorliegen. Die möglichen Massnahmen sind in Art. 19 nicht abschliessend aufgezählt. Eine blosser Verweisung auf das Recht des Anerkennungsstaates analog dem Luganer und Brüsseler Modell¹¹⁹ wurde als nicht ausreichend angesehen, denn es gibt Rechtsordnungen, welche -- dank einem raschen

¹¹⁶ Ursache dafür waren (bedauerliche) Missverständnisse über die Tragweite der Bestimmung, vgl. UNCITRAL-Bericht, Nr. 80 f.

¹¹⁷ Vgl. Art. 19 Abs. 4, Art. 20 Abs. 4 und Art. 21 Abs. 3.

¹¹⁸ Vgl. vorne zu Art. 2.

¹¹⁹ Art. 24 Lugano-Übereinkommen (SR-0-275-11; LugÜ).



und unkomplizierten Konkursöffnungsverfahren -- in diesem Bereich keine sichernden Massnahmen kennen¹²⁰.

f) Wirkungen der Anerkennung eines ausländischen Hauptverfahrens (Art. 20) Effects of recognition of a foreign main proceeding

(1) Upon recognition of a foreign proceeding that is a foreign main proceeding, (a) commencement or continuation of individual actions or individual proceedings concerning the debtor's assets, rights, obligations or liabilities is stayed;

b) execution against the debtor's assets is stayed; and

(c) the right to transfer, encumber or otherwise dispose of any assets of the debtor is suspended.

(2) The scope, and the modification or termination, of the stay and suspension referred to in paragraph (1) of this article

[SZW 1998 S. 15, 29

are subject to (refer to any provisions of law of the enacting State relating to insolvency that apply to exceptions, limitations, modifications or termination in respect of the stay and suspension referred to in paragraph (1) of this article).

(3) Paragraph (1) (a) of this article does not affect the right to commence individual actions or proceedings to the extent necessary to preserve a claim against the debtor.

(4) Paragraph (1) of this article does not affect the right to request the commencement of a proceeding under (identify laws of the enacting State relating to insolvency) or the right to file claims in such a proceeding.

Diese Bestimmung regelt die herausragenden Wirkungen der Anerkennung eines ausländischen Hauptverfahrens: Einstellung der Einzelrechtsverfolgung gegen den Schuldner ("stay"; Abs. 1 lit. a und b) und Verlust der Verfügungsbefugnis des Schuldners ("freeze", "divestment"; Abs. 1 lit. c). Diese Wirkungen treten automatisch mit dem Anerkennungsentscheid ein -- im Unterschied zu den vorerwähnten vorsorglichen Massnahmen und den übrigen, auch aufgrund der Anerkennung eines Sonderverfahrens erhaltlichen Massnahmen, die speziell beantragt werden müssen.

Gegenstand umfangreicher Diskussionen in der Arbeitsgruppe waren zwei Varianten gewesen: Nach der ersten sollte das Modellrecht eine "Minimalliste" an vereinheitlichten Anerkennungswirkungen bieten; nach der zweiten hätte man es bei einer blossen Kollisionsnorm bewenden lassen können, welche auf die konkursrechtlichen Wirkungen des Anerkennungsstaates¹²¹ verweist. Das vorliegende System folgt nur scheinbar der ersten Lösung. Abs. 2 unterstellt die obgenannten Anerkennungswirkungen vollumfänglich den "Ausnahmen und Einschränkungen" des Insolvenzrechts des Anerkennungsstaates. Damit gelten auch "stay" und "freeze" -- sofern diese Institute überhaupt vorgesehen sind -- einzig in diesen Grenzen^{122/123}. Die Einstellung von Verfahren nach Abs. 1 lit. a ist in einem weiten Sinne zu verstehen; sie bezieht sich auf alle Klagen, welche den Schuldner betreffen, also auch etwa auf Schiedsverfahren oder familienrechtliche Prozesse. Hier kann Art. 207 Abs. 4 SchKG als ein Beispiel der obgenannten Einschränkungen der Anerkennungswirkungen herangezogen werden: Diese Bestimmung schliesst familienrechtliche Prozesse oder Entschädigungsklagen wegen Ehr- und Körperverletzung von der Einstellung aus.

¹²⁰ So die Niederlande.

¹²¹ Weniger Unterstützung fand eine dritte Variante, wonach eine Anerkennung zur Geltung der *lex fori concursus* führen würde (europäisches System, vgl. Art. 17 EU-Konvention).

¹²² Dies entspricht der schweizerischen Lösung: Art. 170 Abs. 1 IPRG i.V.m. Art. 207 SchKG. Zu den Wirkungen der Anerkennung bei der Istanbuler Konvention im Unterschied: Markus, *Insolvenzrecht*, S. 301 (Anm. 49). Grenzen finden "stay" und "freeze" auch etwa an nationalen Vorschriften über die Verrechnung im Konkurs, Verwaltungsbefugnisse des Schuldners oder der Konkursverwaltung für die laufenden Geschäfte oder die Weiterführung von Verfahren (dazu nachstehend), vgl. *Guide*, Nr. 33.

¹²³ Die *lex fori concursus* wird im übrigen nach diesem System nicht völlig unbeachtlich. Als ungeschriebene Voraussetzung der Wirkungserstreckung ist zu prüfen, ob der ausländische Konkurs überhaupt einen extraterritorialen Geltungswillen besitzt, Staehelin, S. 27.



Abs. 4 bietet den Raum zur jederzeitigen Eröffnung eines Sekundärverfahrens im Anerkennungsstaat. Ein solches kann durch den ausländischen Verwalter nach Art. 11, jedoch auch durch einen Gläubiger nach Art. 13 Abs. 1 beantragt werden, insbesondere bevor der ausländische Verwalter die Verwertung und Verteilung der im Anerkennungsstaat gelegenen Vermögenswerte vornehmen kann oder diese Vermögenswerte ausser Landes verbringt¹²⁴.

g) Wirkungen der Anerkennung eines ausländischen Verfahrens (Art. 2))

Relief that may be granted upon recognition of a foreign proceeding

(1) Upon recognition of a foreign proceeding, whether main or non-main, where necessary to protect the assets of the debtor or the interests of the creditors, the court may, at the request of the foreign representative, grant any appropriate relief, including:

(a) staying the commencement or continuation of individual actions or individual proceedings concerning the debtor's assets, rights, obligations or liabilities, to the extent they have not been stayed under article 20(1)(a);.

b) staying execution against the debtor's assets to the extent it has not been stayed under article 20(1)(b);.

c) suspending the right to transfer, encumber or otherwise dispose of any assets of the debtor to the extent this right has not been suspended under article 20(1)(c);.

d) providing for the examination of witnesses, the taking of evidence or the delivery of information concerning the debtor's assets, affairs, rights, obligations or liabilities;.

e) entrusting the administration or realization of all or part of the debtor's assets located in this State to the foreign representative or another person designated by the court;.

f) extending relief granted under article 19(1);.

g) granting any additional relief that may be available to (insert the title of a person or body administering a reorganization or liquidation under the law of the enacting State) under the laws of this State.

SZW 1998 S. 15, 30

(2) Upon recognition of a foreign proceeding, whether main or non-main, the court may, at the request of the foreign representative, entrust the distribution of all or part of the debtor's assets located in this State to the foreign representative or another person designated by the court, provided that the court is satisfied that the interests of creditors in this State are adequately protected.

(3) In granting relief under this article to a representative of a foreign non-main proceeding, the court must be satisfied that the relief relates to assets that, under the law of this State, should be administered in the foreign non-main proceeding or concerns information required in that proceeding.

Diese Bestimmung listet den Rechtsschutz auf, der aufgrund der Anerkennung eines ausländischen Haupt- oder Sonderverfahrens antragsweise erhältlich ist. Die Liste ist nicht vollständig; neben dem vorstehend besprochenen Art. 20 finden sich noch andere Regelungen namentlich über die Befugnisse des ausländischen Verwalters, welche an die Anerkennung eines ausländischen Verfahrens anknüpfen, so Art. 12 (Beteiligung im Insolvenzverfahren) Art. 23 (Legitimation zur Anfechtungsklage) und Art. 24 (Intervention im Einzelverfahren).

Die umstrittene Frage, ob die Anerkennung von Sonderverfahren überhaupt, und allenfalls in welchem Mass, zu einem Rechtsschutz im Anerkennungsstaat führe sollte, wurde im Sinne einer grosszügigen Berücksichtigung des ausländischen Sonderverfahrens gelöst. Dadurch wird die Anerkennung von Sonderverfahren neben einem in- oder ausländischen Hauptverfahren möglich; ebenso fällt die Anerkennung von Niederlassungskonkursen in Betracht, ohne dass ein Verfahren am Hauptsitz

¹²⁴ Art. 21 Abs. 1 lit. e; Art. 21 Abs. 2.

eröffnet worden wäre¹²⁵. Für dieses Konzept entschied sich eine Mehrheit der Kommission, obwohl die Interessen des Verwalters eines ausländischen Sonderverfahrens im Anerkennungsstaat als erheblich enger eingestuft werden müssen als die Interessen des Verwalters eines ausländischen Hauptverfahrens. Einem Sonderverfahren am Ort der Zweigniederlassung¹²⁶ muss grundsätzlich kein extraterritorialer Wirkungsanspruch zugebilligt werden¹²⁷ -- mit Ausnahme von Ansprüchen auf Rückgabe von Vermögen, welche der Masse in anfechtbarer Weise entzogen und ins Ausland verbracht worden sind (Anfechtungsklage, Art. 23). Indem das Modellrecht keine grundlegende Differenzierung des massebezogenen Rechtsschutzes zwischen Haupt- und Sonderverfahren vornimmt, unterscheidet es sich in diesem Punkt grundlegend vom Konzept des IPRG, das den Rechtsschutz den ausländischen Hauptverfahren schlechthin vorbehält. Eine Einschränkung hinsichtlich ausländischer Sonderverfahren erfolgt immerhin dadurch, dass sich das Gericht bei der Erteilung von Rechtsschutz vergewissern muss, dass sich die beantragten Massnahmen oder die beantragte Information auf Vermögenswerte beziehen, die nach dem Recht des Erlassstaates überhaupt unter die Befugnisse des ausländischen Sonderverfahrens fallen können¹²⁸.

Besondere Beschränkung bei der Wirkungserstreckung ausländischer Sonderverfahren muss sich der Anerkennungsrichter auferlegen, wenn diese Sonderverfahren mit einem Hauptverfahren im Anerkennungsstaat oder mit der Anerkennung ausländischer Hauptverfahren zusammenfallen. Im Kapitel V über "Parallele Verfahren" wird solchen Kollisionen Rechnung getragen, indem der Anerkennungsrichter die Wirkungen der diversen Verfahren miteinander koordinieren muss.

Neben der Einstellung der Einzelrechtsverfolgung gegen den Schuldner ("stay") und dem Entzug der Verfügungsbefugnis des Schuldners ("freeze", "divestment"), welche bereits als automatische Wirkungen der Anerkennung von Hauptverfahren vorgesehen sind, können dem ausländischen Verwalter eine Reihe von Befugnissen verliehen werden, so z.B. die Durchführung von Beweisverfahren insbesondere zur Suche nach Vermögenswerten des Schuldners (inkl. Zeugeneinvernahmen; Abs. 1 lit. d) oder die Verwaltung sowie die Verwertung und sogar die Verteilung des im Anerkennungsstaat belegenen Schuldnervermögens (Abs. 1 lit. e, Abs. 2). In letzterem Fall hat der Anerkennungsrichter sicherzustellen, dass den Interessen der hiesigen Gläubiger Rechnung getragen wird, ähnlich wie bei der Herausgabe des Überschusses an die ausländische Konkursverwaltung nach Art. 173 Abs. 3 IPRG und nach Art. 35 EU-Üb¹²⁹. Die Modelllösung geht insofern weiter als IPRG und EU-Üb, als eine Herausgabe von Vermögenswerten nicht nur an die Verwaltung eines Haupt-, sondern auch an die Verwaltung eines Sonderverfahrens erfolgen kann.

SZW 1998 S. 15, 31

Der gegenüber der IPRG-Lösung stark erweiterte Zugang des ausländischen Verwalters führt dazu, dass im Anerkennungsstaat nicht notwendigerweise ein Sekundärverfahren eröffnet werden muss, um die dort belegene Masse dem Hauptkonkurs zuzuführen. In der Praxis wird trotzdem häufig damit zu rechnen sein, denn privilegierte Gläubiger im Anerkennungsstaat werden nach Möglichkeit daselbst ein Verfahren auslösen¹³⁰; abgesehen davon können u.U. auch die ausländische Konkursverwaltung oder ausländische Gläubiger ein Interesse an einem Sonderverfahren besitzen¹³¹.

¹²⁵ Diesfalls besteht die Gefahr, dass der Partialkonkurs auf das am Hauptsitz nicht insolvente Hauptverfahren übergreift. In dieser Konstellation verlangt Breitenstein für die Anerkennung des Sonderverfahrens, dass gegen den Schuldner an seinem Mittelpunkt der wirtschaftlichen Betätigung ein Konkurs im Gange ist oder zumindest Einzelvollstreckungsmassnahmen vollzogen wurden (S. 145).

¹²⁶ Vgl. Art. 50 Abs. 1 SchKG.

¹²⁷ Vgl. Breitenstein, S. 137 f; S. 144 f.

¹²⁸ Art. 21 Abs. 3; Art. 29 lit. c

¹²⁹ Guide, Nr. 157.

¹³⁰ Art. 20 Abs. 4, Art. 28.

¹³¹ Art. 11 und Art. 13; Gottwald S. 34; Hanisch, Lösungsmodelle, S. 233; Hanisch, Mobiliarsicherungsrechte, S. 68.



h) Schutz der Gläubiger und anderer interessierter Personen (Art. 22) Protection of creditors and other interested persons

(1) In granting or denying relief under article 19 or 21, or in modifying or terminating relief under paragraph (3) of this article, the court must be satisfied that the interests of the creditors and other interested persons, including the debtor, are adequately protected.

(2) The court may subject relief granted under article 19 or 21 to conditions it considers appropriate.

(3) The court may, at the request of the foreign representative or a person affected by relief granted under article 19 or 21, or at its own motion, modify or terminate such relief.

Ein Hintergrund für diese Vorschrift bildete die Besorgnis einiger Delegationen, dass die Interessen der inländischen Gläubiger einer ausländischen Insolvenz nicht ausreichend geschützt seien. Einer ausdrücklichen Erwähnung dieser Gläubigerkategorie in der vorliegenden Bestimmung erwuchs dagegen (berechtigter) Widerstand, weshalb sich die Aussagekraft der Norm mehr oder weniger auf eine Wiederholung von Grundsätzen beschränkt, die sich bereits in der Präambel finden.

Abs. 3 bietet in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 die Möglichkeit, auch die automatischen Wirkungen der Anerkennung zu terminieren oder zu beenden und in ein Sekundärverfahren überzuleiten.

i) Anfechtungsklagen (Art. 23) Actions to avoid acts detrimental to creditors

(1) Upon recognition of a foreign proceeding, the foreign representative has standing to initiate (refer to the types of actions to avoid or otherwise render ineffective acts detrimental to creditors that are available in this State to a person or body administering a reorganization or liquidation).

(2) When the foreign proceeding is a foreign non-main proceeding, the court must be satisfied that the action relates to assets that, under the law of this State, should be administered in the foreign non-main proceeding.

Erst nach einiger Diskussion gelang es, eine Bestimmung im Modellrecht zu verankern, welche den ausländischen Verwalter zur Anfechtungsklage legitimiert. Die Anfechtungsansprüche sind Bestandteil der jeweiligen Konkursmasse¹³². Ohne Klageberechtigung der ausländischen Konkursverwaltung fallen diese Ansprüche -- bei Stattfinden eines Verfahrens im Anerkennungsstaat -- bestenfalls in die "falsche" Konkursmasse oder sind für die Gläubigergemeinschaft allenfalls sogar definitiv verloren.

Gegen eine ausdrückliche Normierung war in den Verhandlungen hauptsächlich angeführt worden, dass die Regelung einer derart komplexen Materie im Rahmen des Modellrechts zu weit gehen würde. Insbesondere war umstritten, welches Recht auf die Anfechtungsklage anwendbar sei¹³³. Auf der anderen Seite ist bereits viel gewonnen, wenn dem ausländischen Verwalter -- als Minimalgarantie -- wenigstens Zugang zu den Gerichten des Erlassstaates gewährt wird¹³⁴. Die Frage der internationalen

¹³² Vgl. Art. 200 SchKG.

¹³³ Dazu Hanisch, *Insolvenz*, S. 340; Balz, S. 950; zur Debatte stehen die *lex fori concursus*, die *lex causae* sowie verschiedene Formen der Kumulation dieser beiden Rechtsordnungen; eine davon ist in Art. 13 EU-Üb vorgesehen, vgl. Gottwald, S. 38 ff. Kritisch zur Kumulation Hanisch, a.a.O.

¹³⁴ Vgl. Hanisch, *Insolvenz*, S. 339.

Zuständigkeit und des anwendbaren Rechts wird der internen Ordnung der Erlassstaaten überlassen¹³⁵.

Mit der vorliegenden Regelung wird vermieden, dass dem ausländischen Verwalter die Legitimation zur Anfechtungsklage allein deswegen verweigert wird,

SZW 1998 S. 15, 32

weil diese Legitimation im nationalen Recht nicht vorgesehen ist. Jede weitere Einschränkung, die das anwendbare Recht mit sich bringen kann, wird durch diese Bestimmung nicht weiter berührt¹³⁶.

Die Aktivlegitimation des ausländischen Verwalters ist an die Anerkennung seines Verfahrens geknüpft. Dies grundsätzlich zu Recht, denn wegen eines Verfahrens, das die grosszügigen Anerkennungsbedingungen des Modellgesetzes nicht zu erfüllen vermag, wäre der mit der Anfechtungsklage verbundene Eingriff in die zivilrechtliche Position des inländischen Rechtserwerbers nicht zu rechtfertigen. Auch unser IPRG verlangt für die Legitimation des ausländischen Verwalters eine Anerkennung. Aber im Unterschied zum IPRG¹³⁷ zielt die Modellregelung hauptsächlich auf die Rückgabe von in der Schweiz gelegenen Vermögen, das der ausländischen Masse entzogen wurde. Die Legitimation des ausländischen Verwalters ist vor allem für den "Regelfall" gedacht, in welchem im Anerkennungs-Inland kein Insolvenzverfahren eröffnet wurde. Im Falle eines inländischen Verfahrens ist es -- im Unterschied zur Lage im IPRG-Konkurs -- für den ausländischen Verwalter nicht immer im selben Masse interessant, Anfechtungsansprüche der lokalen Masse geltend zu machen. Denn im Modellrecht ist kein Herausgabeanspruch zugunsten des ausländischen Hauptverfahrens vorgeschrieben. Die Ausgestaltung des inländischen (Sonder-)Verfahrens ist dem nationalen Recht offengelassen; insbesondere kann dem Sonderverfahren ein Rechtshilfeaspekt, wie er dem IPRG-Konkurs nach Art. 173 IPRG zukommt, vollständig abgehen.

Allerdings kann sich das Anerkennungserfordernis auch in unbefriedigender Weise auswirken. Weil Insolvenzverfahren am Ort der blossen Belegenheit von Schuldnervermögen (keine Niederlassung des Schuldners im Sinne von Art. 2 lit. f) ausserhalb des Anerkennungsdispositivs liegen, könnte der Schluss gezogen werden, es sei diesen Verfahren verwehrt, grenzüberschreitende anfechtbare Vermögensverschiebungen zulasten ihrer Masse rückgängig zu machen¹³⁸. Allein für

¹³⁵ Die direkte Zuständigkeit für die Anfechtungsklage des Konkursverwalters bestimmt sich in der Schweiz nach Art. 289 SchKG; für die Gläubiger-Anfechtungsklage kann im übrigen das LugÜ massgeblich sein (EuGH-Entscheid Reichert II, Slg. I-1992, S. 2149 ff., Nr. 28; A. Markus, Lugano-Übereinkommen und SchKG-Zuständigkeiten, 2. Aufl. Basel 1997, S. 46 f., S. 106 f; a.M. Amonn/Gasser, § 52 N. 36). Was das anwendbare Recht angeht, so gilt in der Schweiz die lex fori concursus, genauer das Recht des Konkurses, dessen Masse der Vermögenswert vorenthalten wird (Art. 171 i.V. m. Art. 170 IPRG; vgl. Staehelin, S. 145; Breitenstein, S. 182 ff; für die Anwendung schweizerischen Rechts in jedem Fall Berti, Art. 171 N. 11 ff.). Gemäss EU-Üb kommt grundsätzlich ebenfalls die lex fori concursus zum Zug (wie erwähnt bis zu einem gewissen Grad kumuliert mit der lex causae, Art. 4 Abs. 2 lit. m i.V.m. Art. 13 EU-Üb, Balz, S. 951).

¹³⁶ Vgl. Guide, Nr. 166.

¹³⁷ Art. 171 IPRG ist vorab für Anfechtungsansprüche gedacht, welche zur schweizerischen Sondermasse gehören (Breitenstein, S. 186). Für Anfechtungsansprüche, die zugunsten der ausländischen Hauptkonkursmasse erhoben wurden, wird trotzdem postuliert, dass sich der ausländische Verwalter durch die Anerkennung seines Verfahrens legitimieren soll (Berti, Art. 171 N. 9 f; Breitenstein, S. 187; Staehelin, S. 147; Volken, Art. 171 N. 17 ff.).

¹³⁸ In grenzüberschreitenden Fällen kommt das forum für die Anfechtungsklage i.d.R. in den Staat des Wohnsitzes oder Sitzes des Anfechtungsgegners zu liegen, Hanisch, Insolvenz, S. 340; vgl. Volken, Art. 171 N. 17. Ev. wäre in speziell gelegenen Fällen ein Urteil im Staat des Insolvenzverfahrens über das LugÜ oder das Brüsseler-Übereinkommen anzuerkennen; eine Anerkennung über den letzteren Staatsvertrag wird im übrigen im europäischen Rahmen auch für Urteile mit rein insolvenzrechtlichem Charakter die Regel sein; vgl. Art. 25 EU-Üb.

¹³⁹ Vgl. Volken, Art. 171 N. 19.



diese Fälle wäre die Möglichkeit zur -- gegebenenfalls bloss inzidenten¹³⁹ -- Anerkennung des Sonderverfahrens zu eröffnen¹⁴⁰.

j) Intervention eines ausländischen Verwalters im hiesigen Verfahren (Art. 24)
Intervention by a foreign representative in proceedings in this State

Upon recognition of a foreign proceeding, the foreign representative may, provided the requirements of the law of this State are met, intervene in any proceedings in which the debtor is a party.

Während Art. 12 dem ausländischen Verwalter eine Beteiligung im hiesigen Insolvenzverfahren ermöglicht, ist die vorliegende Bestimmung auf eine Mitwirkung bei Zivilprozessen ausgerichtet, in denen der Schuldner Partei ist. Soweit diese Verfahren nicht ohnehin bereits blockiert sind¹⁴¹, kann der ausländische Verwalter die Interessen seiner Gläubiger auf dem Weg der Intervention¹⁴² wahrnehmen.

4. Kooperation mit ausländischen Gerichten und ausländischen Verwaltern (Kapitel IV; Art. 25-27)

Article 25. Cooperation and direct communication between a court of this State and foreign courts or foreign representatives

(1) In matters referred to in article 1, the court shall cooperate to the maximum extent possible with foreign courts or foreign representatives, either directly or through a (insert the title of a person or body administering a reorganization or liquidation under the law of the enacting State).

SZW 1998 S. 15, 33

(2) The court is entitled to communicate directly with, or to request information or assistance directly from, foreign courts or foreign representatives.

Article 26. Cooperation and direct communication between the (insert the title of a person or body administering a reorganization or liquidation under the law of the enacting State) and foreign courts or foreign representatives.

1) In matters referred to in article 1, a (insert the title of a person or body administering a reorganization or liquidation under the law of the enacting State) shall, in the exercise of its functions and subject to the supervision of the court, cooperate to the maximum extent possible with foreign courts or foreign representatives.

(2) The (insert the title of a person or body administering a reorganization or liquidation under the law of the enacting State) is entitled, in the exercise of its functions and subject to the supervision of the court, to communicate directly with foreign courts or foreign representatives.

Article 27. Forms of cooperation

Cooperation referred to in articles 25 and 26 may be implemented by any appropriate means, including:

- (a) appointment of a person or body to act at the direction of the court;.
- b) communication of information by any means considered appropriate by the court;.
- c) coordination of the administration and supervision of the debtor's assets and affairs;.
- d) approval or implementation by courts of agreements concerning the coordination of proceedings;.
- e) coordination of concurrent proceedings regarding the same debtor;.
- f) (the enacting State may wish to list additional forms or examples of cooperation).

¹⁴⁰ Diese mangelnde Anerkennbarkeit im Ausland kann auch den IPRG-Konkurs treffen, sofern man davon ausgeht, dass sich dieser Konkurs auch auf Vermögenswerte bezieht, die der schweizerischen IPRG-Masse zuzurechnen sind und die in anfechtbarer Weise ins Ausland transferiert wurden (so Breitenstein, S. 182 und Staehelin, S. 135, S. 147, die dem IPRG-Konkurs in dieser Hinsicht eine extraterritoriale Wirkung zuerkennen).

¹⁴¹ Art. 20 Abs. 1 lit. a; Art. 21 Abs. 1 lit. a.

¹⁴² Der Ausdruck "Intervention" ist hier durchaus in seiner engeren prozessualen Bedeutung zu verstehen, vgl. Guide, Nr. 169.



Dieses Kapitel hat zum Zweck, die gegenseitige Rechtshilfe zwischen gerichtlichen Behörden zu verstärken und zugleich die direkte "Rechtshilfe" zwischen Konkursverwaltern über die Grenze hinweg zu erlauben und zu fördern¹⁴³. Die hier aufgeführten Formen der Kooperation sind nicht von der gegenseitigen Anerkennung der Verfahren abhängig.

Art. 25 enthält die Erlaubnis und zugleich die Verpflichtung der Gerichte des Erlassstaates, mit ausländischen Gerichten oder Konkursverwaltern zusammenzuarbeiten und zu kommunizieren. Art. 26 enthält eine entsprechende Vorschrift für Verwalter inländischer Insolvenzverfahren.

Ein Teil dieser Rechtshilfe ist bereits durch die entsprechenden Haager Konventionen¹⁴⁴ abgedeckt. In diesem Bereich bringt das Modellrecht insofern eine Präzisierung, als der Rechtshilfegeweg über diplomatische oder konsularische Kanäle bzw. über Zentralbehörden durch den direkten Verkehr zwischen Gerichten ersetzt wird.

Die direkte Zusammenarbeit zwischen in- und ausländischen Konkursverwaltungen, welche ihr Vorbild in Art. 31 EU-Üb findet, fügt der herkömmlichen Rechtshilfe eine zusätzliche Form hinzu, die sich zwischen Staaten der Common-Law-Tradition entwickelt hat. Insbesondere der direkte Informationsaustausch zwischen den Konkursverwaltungen über die Grenze hinweg stellt -- wegen seines informellen Charakters -- hohe Anforderungen an den Datenschutz im allgemeinen und insbesondere den Schutz von Berufsgeheimnissen¹⁴⁵. Deshalb ist für diese Form der Kooperation eine gerichtliche Aufsicht vorgesehen¹⁴⁶.

In Art. 27 werden einige Beispiele für eine grenzüberschreitende Zusammenarbeit gegeben. Hervorzuheben ist der Rahmen, der für -- im Bereich des Common Law bereits anzutreffende -- fallbezogene Vereinbarungen zwischen den Konkursgerichten ("Protocols") geschaffen wird¹⁴⁷.

5. Parallele Verfahren (Kapitel V)

a) Anhebung eines Insolvenzverfahrens nach Anerkennung eines ausländischen Hauptverfahrens (Art. 28) Commencement of a proceeding under (identify laws of the enacting State relating to insolvency) after recognition of a foreign main proceeding

After recognition of a foreign main proceeding, a proceeding under (identify laws of the enacting State relating to insolvency) may be commenced only if the debtor has assets in this State; the effects of that proceeding shall be restricted to

SZW 1998 S. 15, 34

the assets of the debtor that are located in this State and, to the extent necessary to implement cooperation and coordination under articles 25, 26 and 27, to other assets of the debtor that, under the law of this State, should be administered in that proceeding.

Zusammen mit den Art. 29 und 30 soll diese Bestimmung gewährleisten, dass eine Koordination mehrerer parallel laufender in- und ausländischer Verfahren, welche

¹⁴³ Guide, Nr. 38 ff.

¹⁴⁴ Haager Beweisübereinkommen von 1970, Haager Zustellungsübereinkommen von 1965 (SR-0-274-132; SR-0-274-131).

¹⁴⁵ Nationaler Daten- und Geheimnisschutz sind nach dem Verständnis der UNCITRAL vorbehalten, vgl. Guide, Nr. 182.

¹⁴⁶ Art. 26 Abs. 1 und 2.

¹⁴⁷ Art. 27 lit. d. Ein berühmtes Beispiel für eine Kooperationsvereinbarung zweier parallel laufender Verwaltungen ist der Konkurs der britischen Gesellschaft Maxwell Communications Corporation plc, vgl. Gottwald, S. 9 f. In diesem Fall einigten sich die britischen und die US-amerikanischen Konkursbehörden auf ein sogenanntes "ad hoc protocol", einen gerichtlich genehmigten Vertrag. Gestützt auf dieses Protokoll erfolgte eine weitgehende Zusammenarbeit der Konkursverwaltungen über alle Phasen bis hin zur Koordination des Verteilungsplans. Die International Bar Association hat 1995 ein Modell für solche Instrumente entworfen ("Cross-Border Insolvency Concordat"; vgl. Dokument Uno-Generalversammlung A/CN. 9/WG. V/WP. 42, S. 21; Markus, Insolvenzrecht, S. 301).

denselben Schuldner betreffen, stattfinden kann. Wie vorne erwähnt¹⁴⁸, verfolgt das Modellrecht einen Ansatz des Common Law, der von starren Zuständigkeits- und Anerkennungsvorschriften absieht und hauptsächlich auf die Flexibilität der Gerichte abstellt. Das Modellgesetz vertraut darauf, dass die Gerichte die Wirkungen der verschiedenen konkurrierenden in- und ausländischen Verfahren koordinieren und aufeinander abstimmen. Diese Lösung hat den Nachteil, dass sie problematische Kollisionen von Verwaltungsbefugnissen begünstigt, zumal deren Antizipation hohe Anforderungen an jeden einzelnen Richter stellt. Um eine Kompatibilität der in- und ausländischen Gerichtsentscheide herbeizuführen, wird ein hohes Mass an Fähigkeit der Gerichte vorausgesetzt, untereinander grenzüberschreitend zu kommunizieren -- für Richter des Civil Law eine zumindest ungewohnte Angelegenheit.

Dieses horizontale Modell stellt eine -- gegensätzliche -- Alternative dar zum zentralistischen System mit einer deutlichen Verfahrenshierarchie, die international ein einziges Hauptverfahren und eine mögliche Vielzahl unterstützender Sekundärverfahren unterscheidet (vertikales Modell). Letztere Lösung begünstigt eine weitgehende Steuerung der Sekundärverfahren durch die Verwaltung des Hauptverfahrens und damit ein System, welches sich letztlich einer Gesamtinsolvenz nach dem Einheitsmodell¹⁴⁹ annähern könnte¹⁵⁰.

Art. 28 regelt das Verhältnis eines zu eröffnenden inländischen Verfahrens zu einem bereits anerkannten ausländischen Hauptverfahren. Das inländische Verfahren soll sich in diesem Fall grundsätzlich nur auf inländisches Schuldnervermögen beziehen. Dieser Grundsatz gilt hingegen nicht durchwegs; eine extraterritoriale Wirkung des hiesigen Sonderverfahrens soll etwa für den Fall vorgesehen sein, dass sich im Inland eine Zweigniederlassung befindet, welche Vermögen im Ausland besitzt¹⁵¹.

b) Koordination zwischen einem inländischen und einem ausländischen Verfahren (Art. 29) Coordination of a proceeding under (identify laws of the enacting State relating to insolvency) and a foreign proceeding

Where a foreign proceeding and a proceeding under (identify laws of the enacting State relating to insolvency) are taking place concurrently regarding the same debtor, the court shall seek cooperation and coordination under articles 25, 26 and 27, and the following shall apply:

a) when the proceeding in this State is taking place at the time the application for recognition of the foreign proceeding is filed, (i) any relief granted under article 19 or 21 must be consistent with the proceeding in this State; and

(ii) if the foreign proceeding is recognized in this State as a foreign main proceeding, article 20 does not apply;.

b) when the proceeding in this State commences after recognition, or after the filing of the application for recognition, of the foreign proceeding, (i) any relief in effect under article 19 or 21 shall be reviewed by the court and shall be modified or terminated if inconsistent with the proceeding in this State; and (ii) if the foreign proceeding is a foreign main proceeding, the stay and suspension referred to in article 20(1) shall be modified or terminated pursuant to article 20(2) if inconsistent with the proceeding in this State;.

c) in granting, extending or modifying relief granted to a representative of a foreign non-main proceeding, the court must be satisfied that the relief relates to assets that, under the law of this State, should be administered in the foreign non-main proceeding or concerns information required in that proceeding.

¹⁴⁸ Siehe vorne unter Ziff. II.

¹⁴⁹ Vorne unter Ziff. I.2.

¹⁵⁰ Vgl. H. Hanisch, Lösungsmodelle, S. 239; Gottwald, S. 23 ff; Markus, Insolvenzrecht, S. 299 f.

¹⁵¹ Z.B. dieser Fall wird in Art. 28 anvisiert, vgl. UNCITRAL-Bericht, Nr. 98. Leider lässt aber der Wortlaut von Art. 28 die Voraussetzungen nicht erkennen, unter denen eine Durchbrechung der aktiven Territorialität des inländischen Verfahrens möglich sein soll.



Ist ein inländisches Verfahren bereits eröffnet¹⁵², so wird das ausländische Verfahren gleichwohl anerkannt. Das inländische Verfahren genießt jedoch insofern einen Vorrang vor dem ausländischen, als der Rechtsschutz für das ausländische Verfahren so ausgestaltet sein soll, dass er seine Grenze an den Wirkungen des inländischen Verfahrens findet. Dies setzt jedoch voraus, dass der Richter über Bestand und Natur des inländischen Verfahrens präzise unterrichtet ist. Ist das inländische Verfahren ein "Hauptverfahren", so wird es sich nach den meisten Rechtsordnungen

SZW 1998 S. 15, 35

mindestens auf sämtliches, im Eröffnungsstaat gelegenes Schuldnervermögen beziehen¹⁵³. Damit bleibt kaum mehr Raum für das ausländische Verfahren, einmal abgesehen von allfälligen Anfechtungsansprüchen der ausländischen Masse¹⁵⁴. Ist das inländische Verfahren hingegen eine Insolvenz der Zweigniederlassung oder ein Verfahren am Ort der blossen Belegenheit von Schuldnervermögen, so sind Nebeneinandergehen und Koordination der beiden Verfahren durchaus denkbar und auch wünschenswert.

Wird das inländische Verfahren erst nach der Anerkennung des ausländischen eröffnet¹⁵⁵, so muss der Richter den vormals gewährten Rechtsschutz in Wiedererwägung ziehen und dem Wirkungsanspruch des inländischen Verfahrens anpassen. Ein später eröffnetes Hauptverfahren im Anerkennungsstaat verdrängt mithin in den meisten Fällen die ausländische Insolvenz. Ein Nebeneinandergehen des ausländischen mit dem inländischen Verfahren ist hingegen -- wie im vorstehend genannten Fall -- möglich¹⁵⁶

c) Koordination mehrerer ausländischer Verfahren (Art. 30) Coordination of more than one foreign proceeding

In matters referred to in article 1, in respect of more than one foreign proceeding regarding the same debtor, the court shall seek cooperation and coordination under articles 25, 26 and 27, and the following shall apply:

(a) any relief granted under article 19 or 21 to a representative of a foreign non-main proceeding after recognition of a foreign main proceeding must be consistent with the foreign main proceeding;

b) if a foreign main proceeding is recognized after recognition, or after the filing of an application for recognition, of a foreign non-main proceeding, any relief in effect under article 19 or 21 shall be reviewed by the court and shall be modified or terminated if inconsistent with the foreign main proceeding;

c) if, after recognition of a foreign non-main proceeding, another foreign non-main proceeding is recognized, the court shall grant, modify or terminate relief for the purpose of facilitating coordination of the proceedings.

Auch in bezug auf diese Konstellation von Verfahren bietet das Modellgesetz Leitlinien für den Richter. Diesen Leitlinien zufolge genießt das ausländische Hauptverfahren Vorrang vor dem ausländischen Sonderverfahren, indem der Rechtsschutz für diese Verfahren seine Grenzen an den Wirkungen des Hauptverfahrens finden soll¹⁵⁷. Auch das Verhältnis zwischen zwei ausländischen Sonderverfahren wird durch den Richter bereinigt, sofern dies notwendig ist¹⁵⁸.

¹⁵² Art. 29 lit. a.

¹⁵³ Vgl. Art. 46 SchKG i.V.m. Art. 197 SchKG.

¹⁵⁴ Ausserdem wird das ausländische Verfahren häufig seinerseits keinen extraterritorialen Wirkungsanspruch besitzen, wenn es sich um ein Sonderverfahren handelt (so z.B. der schweizerische Konkurs der Zweigniederlassung nach Art. 50 Abs. 1 SchKG, Staehelin S. 27).

¹⁵⁵ Art. 29 lit. b.

¹⁵⁶ Vgl. Art. 166 Abs. 2 IPRG.

¹⁵⁷ Art. 30 lit. a und b.

¹⁵⁸ Art. 30 lit. c



d) Auf der Anerkennung eines ausländischen Hauptverfahrens beruhende Insolvenzvermutung (Art. 31) Presumption of insolvency based on recognition of a foreign main proceeding

In the absence of evidence to the contrary, recognition of a foreign main proceeding is, for the purpose of commencing a proceeding under (identify laws of the enacting State relating to insolvency), proof that the debtor is insolvent.

Das Prinzip, wonach die Anerkennung eines ausländischen (Haupt-)Verfahrens gleichzeitig die Insolvenz eines Schuldners auch im Anerkennungsstaat nach sich ziehen sollte, ist eine grundlegende materielle Konsequenz der Anerkennung. Während das Modellrecht eine widerlegbare Vermutung der Insolvenz statuiert, geht das schweizerische IPRG insofern weiter, als kein inländisches Gericht die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners in Frage stellen kann, sofern die Insolvenz am Wohnsitz oder Sitz des Schuldners ausgesprochen wurde¹⁵⁹. Das Konzept des Modellgesetzes, wonach der Richter die Wirkungen eines ausländischen Hauptverfahrens im Einzelfall gestalten resp. beschränken kann, verlangt hier nach einer flexibleren Lösung. Allerdings äussert sich das Modellrecht weder dazu, unter welchen Voraussetzungen die Insolvenzvermutung umgestossen werden kann (Anwendung der *lex fori recognitionis*?), noch was die konkreten Auswirkungen eines solchen Feststellungsentscheides wären.

Angesichts des breiten Anerkennungsdispositivs und der entsprechenden Flexibilität bei der Zuerkennung der Anerkennungswirkungen wurde die Vermutung richtigerweise auf Fälle beschränkt, in welchen ein ausländisches Hauptverfahren anerkannt worden ist. Es ist angemessen, dass sich möglichst alle Anerkennungsstaaten für diese Frage an einer einzigen Rechtsordnung orientieren, nämlich am Recht des Hauptkonkurses.

SZW 1998 S. 15, 36

e) Anrechnung ausländischer Dividenden (Art. 32) Rule of payment in concurrent proceedings

Without prejudice to secured claims or rights in rem, a creditor who has received part payment in respect of its claim in a proceeding pursuant to a law relating to insolvency in a foreign State may not receive a payment for the same claim in a proceeding under (identify laws of the enacting State relating to insolvency) regarding the same debtor, so long as the payment to the other creditors of the same class is proportionately less than the payment the creditor has already received.

Das Modellgesetz folgt einem Ansatz, der bereits von Art. 20 EU-Üb und von Art. 172 IPRG vertreten wird: Der Gläubiger hat sich einen im Ausland erwirkten Teilbetrag im inländischen Verfahren auf die Dividende anrechnen zu lassen¹⁶⁰. Der Vorbehalt der "secured claims" or "rights in rem" hat den Zweck, Gläubiger dinglicher Rechte oder dinglich gesicherte Forderungen vom Anrechnungsmechanismus auszunehmen¹⁶¹.

IV. Ausblick

In einer Gesamtbeurteilung bietet das Modellrecht ein Regime, das sich einerseits am europäischen und auch am schweizerischen Modell orientiert und andererseits den Anliegen des Common Law Rechnung trägt, ohne deswegen in seinen Lösungen inkonsistent zu werden. Es stellt ein durchaus praktikables Mittel zur Öffnung nationaler Systeme gegenüber ausländischen Insolvenzen zur Verfügung und macht damit einen bedeutenden Schritt in die Richtung einer Universalität des Konkurses und der damit verbundenen Gleichbehandlung der Gläubiger.

Es ist zu hoffen, dass das Modellgesetz von möglichst vielen Staaten implementiert wird, und zwar vorab von den zahlreichen Ländern, die sich noch heute am Modell der passiven Territorialität orientieren. Angesichts der vorne erwähnten rechtsvergleichenden Situation geht es vorerst um das nicht unbescheidene Ziel, dass

¹⁵⁹ Art. 166 Abs. 1 i.V.m. Art. 170 Abs. 1 IPRG.

¹⁶⁰ Dieser Methode steht das System der Anrechnung auf die Forderung gegenüber, vgl. Volken, Art. 172 N. 19 f.

¹⁶¹ UNCITRAL-Bericht, Nr. 132; vgl. Guide, Nr. 200.



die Staaten weltweit überhaupt eine Lösung anbieten. Die Anerkennung schweizerischer Konkursdekrete im Ausland ist heute nicht gesichert; schweizerische Konkursverwaltungen haben vielmehr nach wie vor Probleme, ausländische Vermögenswerte zur Masse zu ziehen. Davon abgesehen kann das Modellrecht einen wesentlichen Beitrag zur internationalen Rechtsvereinheitlichung leisten¹⁶². Diese an sich bedeutet einen weiteren Schritt in die Richtung einer Gleichbehandlung der Gläubiger auf internationaler Ebene. Und nicht zuletzt wird dadurch die Anwendung des schweizerischen Gegenseitigkeitsvorbehaltes erheblich erleichtert¹⁶³. Der Vorschlag steht im Raum, dass der Text in die Form eines Übereinkommens umgegossen werden soll. In Betracht fallen ein bilaterales Modellübereinkommen oder eine multilaterale Konvention. Dieses Vorhaben gilt es im Prinzip zu unterstützen, allerdings mit der Einschränkung, dass wegen dem heutigen Grad der Globalisierung der Wirtschaftsbeziehungen ein bilaterales Übereinkommen den Zweck kaum noch zu erfüllen vermag¹⁶⁴.

¹⁶² Unter dem vorne unter Ziff. I.4. genannten Vorbehalt, dass es sich beim vorliegenden Text um die flexible Variante eines Modellgesetzes handelt; vgl. hierzu Harmer, S. 152 f.

¹⁶³ Art. 166 Abs. 1 lit. c IPRG; zu den mit dem Gegenseitigkeitsvorbehalt verbundenen Schwierigkeiten H. Hanisch, Internationale Insolvenzrechte des Auslandes und das Gegenrecht nach Art. 166 Abs. 1 IPRG, SZIER 1/1992, S. 7.

¹⁶⁴ UNCITRAL-Bericht, Nr. 26. Das Projekt wird von der UNCITRAL zeitlich nicht als dringend eingestuft. Richtigerweise soll vorerst abgewartet werden, wie sich das Modellrecht in der Praxis bewährt (UNCITRAL-Bericht, Nr. 224).