

Zivilprozess und Vollstreckung national und international – Schnittstellen und Vergleiche

Festschrift für Jolanta Kren Kostkiewicz

Herausgegeben von:

Alexander R. Markus

Stephanie Hrubesch-Millauer

Rodrigo Rodriguez



Stämpfli Verlag

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



A handwritten signature or set of initials in black ink. The signature is stylized and appears to consist of a vertical line on the left, a loop at the top, and a horizontal stroke extending to the right.

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

Zivilprozess und Vollstreckung national und international – Schnittstellen und Vergleiche

Festschrift für Jolanta Kren Kostkiewicz

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



Stämpfli Verlag

© Stämpfli Verlag AG Bern

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

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

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

ISBN 978-3-7272-2289-4

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

Judocu ISBN 978-3-0354-1529-2



© Stämpfli Verlag AG Bern

Die Revision des internationalen Insolvenzrechts (Art. 166 ff. IPRG)

FRANCO LORANDI: Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M., Titularprofessor für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht an der Universität St. Gallen (HSG), Partner bei Holenstein Rechtsanwälte AG, Zürich

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung	182
II.	Das geltende Recht als Ausgangspunkt	182
	A. Grundzüge des geltenden internationalen Insolvenzrechts	182
	B. Stand der Gesetzesrevision	184
III.	Verfahrenseröffnung	186
	A. Art der ausländischen Insolvenzentscheidungen	186
	1. Nach bisherigem Recht	186
	2. Nach revidiertem Recht	186
	B. Antrag versus Tätigwerden von Amtes wegen	188
	1. Nach geltendem Recht	188
	2. Nach revidiertem Recht	188
	C. Kompetenzen des ausländischen Insolvenzverwalters	188
	1. Nach geltendem Recht	188
	2. Nach revidiertem Recht	189
	D. Voraussetzungen der Anerkennung	190
	1. Gegenrecht	190
	a) Nach geltendem Recht	190
	b) Nach revidiertem Recht	191
	2. Indirekte Zuständigkeit	191
	a) Nach geltendem Recht	191
	b) Nach revidiertem Recht	191
IV.	Folgen der Eröffnung des inländischen Hilfsverfahrens	193
	A. Verfahrensherrschaft	193
	1. Nach geltendem Recht	193
	2. Nach revidiertem Recht	194
	B. Grundsätze des inländischen Hilfsverfahrens	194
	1. Nach geltendem Recht	194
	2. Nach revidiertem Recht	194
	a) Verzicht auf inländisches Hilfsverfahren	195
	b) Zurverfügungstellung des Vermögens an den ausländischen Insolvenzverwalter	196
	c) Ohne Verzicht auf ein inländisches Hilfsverfahren	197

C. Koordination grenzüberschreitender Insolvenzverfahren.....	198
V. Verhältnis zu den alten Staatsverträgen	199
VI. Übergangsrecht	199
VII. Würdigung	199
Literaturverzeichnis	200

I. Einleitung

Die Jubilarin hat sich in ihrer Tätigkeit sehr stark mit Fragen des IPRG und des SchKG befasst. Ihr sei deshalb ein Thema im Schnittbereich beider Themengebiete gewidmet.

Mit Inkrafttreten des IPRG¹ im Jahr 1989 implementierte die Schweiz ein neues Regime für grenzüberschreitende Insolvenzen. Obschon die Novelle das Ziel verfolgte, mit den «neueren Entwicklungen» auf dem Gebiet des internationalen Konkursrechts Schritt zu halten,² war dieses Regime schon in der damaligen Zeit nicht übermässig mutig, sondern eher von Vorsicht und Zurückhaltung gegenüber «Vorleistungen» gegenüber ausländischen Staaten, wenn nicht gar von einer gewissen Furcht geprägt.

Seither hat die Rechtsentwicklung, vor allem in Europa, Quantensprünge gemacht. Zu nennen sind namentlich das UNCITRAL Model Law³ von 1997 und die Europäische Insolvenzverordnung⁴ von 2000. Entsprechende Entwicklungen des Schweizer Rechts fanden nicht statt. Im Laufe der Zeit hat sich zudem die Erkenntnis breitgemacht, dass das heutige Regime nur beschränkt praxistauglich ist. Nach fast 30 Jahren soll deshalb das geltende Recht revidiert werden.

II. Das geltende Recht als Ausgangspunkt

A. Grundzüge des geltenden internationalen Insolvenzrechts

Das geltende internationale Insolvenzrecht folgt dem sog. «gelockerten» Territorialitätsprinzip.⁵ Dies bedeutet, dass das Territorialitätsprinzip zur An-

¹ Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht (SR 291).

² BBl 1983 I, S. 450.

³ UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985).

⁴ Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates vom 29. Mai 2000 über Insolvenzverfahren.

⁵ BBl 1983 I, S. 450.

wendung kommt,⁶ dieses jedoch durch ein Rechtshilferegime gelockert wird. Im Ergebnis erweist sich das System jedoch weitgehend als eine «Einbahnstrasse» – wenn nicht sogar als Sackgasse – da der Insolvenzeröffnung im Ausland nur beschränkt Wirkung zugemessen wird. So wird der Verlust der Verfügungsbefugnis zufolge der Insolvenzeröffnung vollständig (automatisch) berücksichtigt (Art. 35, Art. 155 IPRG).⁷ Damit kann der Schuldner selbst in der Schweiz nicht mehr agieren. Demgegenüber setzt der Zugriff des ausländischen Insolvenzverwalters auf die in der Schweiz belegenen Vermögenswerte voraus, dass das ausländische Insolvenzerkenntnis in der Schweiz anerkannt worden ist (Art. 166 IPRG).⁸

Die Anerkennung eines ausländischen Insolvenzscheidens setzt (neben einem Antrag) voraus, dass der ausländische Staat Gegenrecht hält (Art. 166 Abs. 1 lit. c IPRG), d.h. schweizerische Insolvenzscheide anerkennt. Zudem können nur Insolvenzscheide anerkannt werden, welche am Sitz/Wohnsitz des Schuldners ergangen sind (Art. 166 Abs. 1 IPRG).

Die Anerkennung eines ausländischen Insolvenzscheidens hat keine Wirkungserstreckung auf das in der Schweiz belegene Vermögen zur Folge, sondern wird als eine Form der Rechtshilfe zugunsten der ausländischen Insolvenzmasse verstanden.⁹ Eine Überlassung des inländischen Vermögens an den ausländischen Insolvenzverwalter ist nicht vorgesehen. Es findet vielmehr zwingend ein inländisches Hilfsinsolvenzverfahren nach den Regeln des schweizerischen Vollstreckungsrechts statt (Art. 170 Abs. 1 SchKG¹⁰). Zweck des inländischen Hilfsverfahrens ist es, eine privilegierte Behandlung von Gläubigern mit Sitz/Wohnsitz in der Schweiz sicherzustellen.¹¹ Dies geschieht dergestalt, dass im inländischen Verfahren in erster Linie nur Pfandgläubiger¹² und privilegierte Gläubiger mit Sitz/Wohnsitz in der Schweiz berücksichtigt werden (Art. 172 Abs. 1 IPRG).

Damit der ausländische Insolvenzverwalter an den Überschuss im inländischen Hilfsverfahren kommt, muss er auch den ausländischen Kollokations-

⁶ Der Bundesrat hielt in seiner Botschaft ans Parlament dafür: «Für die vollständige Hinwendung zur Universalität des Konkurses erscheint die Zeit noch nicht reif.» (BBl 1983 I, S. 450).

⁷ BGE 139 III 236 E. 4.2; BGE 137 III 570 E. 2; BGE 135 III 666 E. 3.2.2.; BGer 2C_303/2010, 24.10.2011, E. 2.3.3., E. 2.4.1., E. 2.5.

⁸ BGE 139 III 236 E. 4.2.

⁹ BBl 1983 I, S. 453; BBl 2017, S. 4128; BGE 139 III 236 E. 4.2; BGE 135 III 40 E. 2.5.1.

¹⁰ Bundesgesetz vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG; SR 281.1).

¹¹ BGE 139 III 236 E. 4; BGE 137 III 570 E. 2; BGE 134 III 366 E. 9.2.4; BGer 2C_303/2010, 24.10.2011, E. 2.4.1.

¹² Mit Bezug auf in der Schweiz belegene Pfandobjekte; vgl. BGE 134 III 366 E. 5.1.2 (= Pra 2008 Nr. 144).

plan in der Schweiz anerkennen lassen. Diese Anerkennung wird nur gewährt, wenn Gläubiger mit Sitz/Wohnsitz in der Schweiz mit ihren Forderungen im ausländischen Insolvenzverfahren angemessen berücksichtigt worden sind (Art. 173 Abs. 3 IPRG).

Wird der ausländische Kollokationsplan nicht anerkannt, dann werden aus dem inländischen Erlös auch die nicht privilegierten Forderungen der Gläubiger mit Sitz/Wohnsitz in der Schweiz vorab befriedigt (Art. 174 IPRG).

Das geltende System ist (zum Schutz der inländischen Gläubiger) abschliessend.¹³ Dies schliesst namentlich aus, dass ausländische Insolvenzscheide vorfrageweise anerkannt werden können.¹⁴

B. Stand der Gesetzesrevision

Das geltende Regime mit der Anerkennung des ausländischen Insolvenzscheids und des ausländischen Kollokationsplans, mit dem Nachweis des Gegenrechts und der Nicht-Diskriminierung inländischer Gläubiger im ausländischen Hauptverfahren hat sich als aufwändig und teilweise als Leerlauf erwiesen. Dies deshalb, weil es oftmals gar keine inländischen Gläubiger gibt, zu deren Schutz das inländische Hilfsverfahren durchgeführt werden soll.¹⁵

Die Bundesverwaltung hat sich deshalb dafür entschieden, das nationale Recht (IPRG) fast 30 Jahre nach dessen Inkrafttreten anzupassen. Im Herbst 2015 wurde der Vorentwurf vorgestellt.¹⁶ Eine Vernehmlassung wurde durchgeführt.¹⁷ Der Vorentwurf wurde grossmehrheitlich positiv aufgenommen; zu Einzelfragen wurde auch Kritik bzw. wurden Verbesserungsvorschläge vorgebracht. Der Gesetzesentwurf des Bundesrats erging im Mai 2017.¹⁸ Der Bundesrat hat davon abgesehen, eine staatsvertragliche Regelung

¹³ BGE 139 III 236 E. 4; BGE 137 III 570 E. 2; BGer 2C_303/2010, 24.10.2011, E. 2.4.1.

¹⁴ BGE 135 I 63 E. 1.1.2; 134 III 366 E. 5.1 mit Verweis auf die herrschende Lehre (=Pra 2008 Nr. 155); BGer 2C_303/2010, 24.10.2011, E. 2.4.1.

¹⁵ STAEHELIN, S. 417; RODRIGUEZ, S. 13.

¹⁶ Zu finden unter: <<https://www.ejpd.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2015/2015-10-140/vorentw-d.pdf>> (zuletzt besucht am 23. Februar 2018).

¹⁷ Die Ergebnisse sind zu finden unter: <<https://www.ejpd.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2015/2015-10-140/stgn-organisationen.pdf>> (zuletzt besucht am 23. Februar 2018) und der Bericht über die Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens sind zu finden unter: <<https://www.ejpd.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2017/2017-05-24/ve-ber-d.pdf>> (zuletzt besucht am 23. Februar 2018).

¹⁸ BBl 2017, S. 4125 ff.; die Medienmitteilung des Bundesrates datiert vom 24. Mai 2017.

anzustreben,¹⁹ schliesst jedoch spätere staatsvertragliche Regelungen mit der EU oder anderen Staaten nicht aus.²⁰ Der Gesetzestext wurde von den Eidgenössischen Räten in der Schlussabstimmung vom 15. März 2018 verabschiedet. Der Zeitpunkt des Inkrafttretens steht noch nicht fest.

Bei den gesetzgeberischen Vorarbeiten wurden jedoch sowohl das UNCITRAL Model Law als auch die Europäische Insolvenzverordnung berücksichtigt.²¹ Der Vorentwurf nimmt viele Vorschläge des Model Laws auf, verzichtete aber auf eine umfassende Übernahme.²² Verworfen wurde namentlich ein Konzeptwechsel zu einer Verfahrensankennung mit Wirkungserstreckung des ausländischen Hauptverfahrens auf das Gebiet der Schweiz.²³

Letztlich musste der Vorentwurf kein Neuland beschreiten. Für Finanzinstitute (namentlich Banken und Versicherungen) wurde das bisherige Regime schon vor ein paar Jahren modernisiert und damit massgeblich verbessert (Art. 37g BankG²⁴; Art. 10 BIV-FINMA²⁵).²⁶ Der Gesetzesentwurf hat diese Verbesserungen im Kern weitgehend übernommen. Es ist deshalb davon auszugehen, dass sich auch die Praxis zum (revidierten) IPRG der Praxis für Finanzinstitute (hoffentlich) rasch und weitgehend anpassen wird.

Neu geregelt wird auch das Verhältnis zwischen einem Hilfskonkurs (Art. 166 Abs. 2 und Abs. 3 revIPRG) und einem Niederlassungskonkursverfahren (Art. 50 Abs. 1 SchKG). Darauf wird nachfolgend nicht eingegangen.²⁷

¹⁹ Erläuternder Bericht zur Änderung des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (Konkurs und Nachlassvertrag (zit. Erläuternder Bericht; zu finden unter: <<https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2015/2015-10-140/vn-ber-d.pdf>>; zuletzt besucht am 23. Februar 2018), S. 6 f.; für die Prüfung der Möglichkeiten in dieser Hinsicht vgl. MEIER/GIUDICI, S. 24.

²⁰ BBI 2017, S. 4134.

²¹ BBI 2017 S. 4127, 4133 f.; Erläuternder Bericht, S. 3, 6 f., 9.

²² Erläuternder Bericht, S. 7; MEIER/RODRIGUEZ, S. 362.

²³ Erläuternder Bericht, S. 8.

²⁴ Bundesgesetz vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen (Bankengesetz, BankG; SR 952.0).

²⁵ Verordnung vom 30. August 2012 der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über die Insolvenz von Banken und Effektenhändlern (Bankeninsolvenzverordnung-FINMA, BIV-FINMA; SR 952.05).

²⁶ Vgl. dazu SCHILTKNECHT/BILLETER, S. 454 ff.

²⁷ Vgl. dazu BBI 2017, S. 4137 f.; JAKOB/HUNSPERGER, S. 1054 ff.

III. Verfahrenseröffnung

A. Art der ausländischen Insolvenzscheidungen

1. *Nach bisherigem Recht*

Nach bisherigem Recht kann für Konkursdekrete (Art. 166 Abs. 1 IPRG) sowie für Nachlassverträge und ähnliche Verfahren um Rechtshilfe ersucht werden (Art. 175 IPRG). Diese können in der Schweiz anerkannt werden, wobei nachfolgend zur Anerkennung ein inländisches Hilfsverfahren durchgeführt wird. An sich ist es auch möglich, anderen ausländischen Massnahmen, wie etwa einem Sanierungsverfahren,²⁸ in der Schweiz Wirkung zu verschaffen.²⁹ Eine gesetzliche Norm fehlt jedoch.³⁰ Denkbar soll es sein, entweder dem ausländischen Insolvenzverwalter in der Schweiz Befugnisse einzuräumen³¹ oder einen inländischen Neben- bzw. Co-Insolvenzverwalter einzusetzen,³² wobei die Regeln bzw. Befugnisse unklar sind.³³

Nach geltendem Recht ist nicht vorgesehen, dass ausländische insolvenznahe Entscheidungen, welche durch ein (ausländisches) Insolvenzverfahren ausgelöst wurden (wie etwa insolvenzrechtliche Anfechtungsurteile), anerkannt werden können.³⁴

2. *Nach revidiertem Recht*

Mit dem revidierten Gesetz wird am sachlichen Geltungsbereich der ausländischen Insolvenzscheidungen, für welche ein Hilfsverfahren in der Schweiz durchgeführt werden kann, nichts geändert werden. Anerkennungsfähig sind weiterhin Konkursdekrete (Art. 166 Abs. 1 IPRG), Nachlassverträge und ähnliche Verfahren (Art. 175 IPRG). Zu letzteren zählen auch nach dem revi-

²⁸ BGE 140 III 379 E. 4.2.1. (=Pra 2015 Nr. 49); a.M. SJZ 1991, S. 359.

²⁹ BBl 1983 I, S. 455; BOPP, S. 184; ZK-VOLKEN, Art. 175 IPRG N 2, N 12; MEIER/GIUDICI, S. 21; Erläuternder Bericht, S. 12 f.

³⁰ Der Gesetzgeber hielt bei der Schaffung des IPRG dafür, eine solche dränge sich nicht auf und sie wäre auch nur schwer realisierbar (BBl 1983 I, S. 455); zumindest letzterem ist teilweise zuzustimmen.

³¹ BGE 149 III 279 E. 4.2.1.

³² BBl 1983 I, S. 455; ComR-BRACONI, Art. 175 IPRG N 26; BGE 140 III 379 E. 4.2.1 (=Pra 2015 Nr. 49).

³³ BOPP, S. 231 f.; MEIER/GIUDICI, S. 21.

³⁴ BGE 140 III 320 E. 6; BGE 135 III 127 E. 3.3.3; BGE 131 III 227 E. 3.3 und E. 4; BGE 129 III 683 E. 5.2; BBl 2017, S. 4133; Erläuternder Bericht, S. 15 f.; MEIER/RODRIGUEZ, S. 361, 366; JAKOB/HUNSPERGER, S. 1060.

dierten Recht Sanierungsverfahren.³⁵ Wie diesbezüglich ein Hilfsverfahren (so denn ein solches durchgeführt wird) von statten geht, ist jedoch unverändert unklar; die Rechtslage bleibt diesbezüglich, wie sie heute schon ist.³⁶

Das revidierte Recht erlaubt jedoch neu auch ausländische Entscheidungen über Anfechtungsansprüche³⁷ und andere gläubigerschädigenden Handlungen, die in einem engen Zusammenhang zu einem in der Schweiz anerkannten Insolvenzdekret stehen (sog. konkursnahe Entscheide), anzuerkennen (Art. 174c revIPRG).³⁸ Erforderlich ist somit, dass der zugrundeliegende Konkursentscheid³⁹ in der Schweiz vorgängig anerkannt worden ist.⁴⁰ Es gelten grundsätzlich die allgemeinen Anerkennungsvoraussetzungen gemäss Art. 25 bis 27 IPRG.⁴¹

In Bezug auf die indirekte Zuständigkeit ist erforderlich, dass der Entscheid entweder im Ursprungsland des Konkursdekrets ergangen oder (wenn er in einem Drittstaat ergangen ist) im Ursprungsland des Konkursdekretes anerkannt wird (Art. 174c revIPRG),⁴² wobei Anerkennungsfähigkeit genügt; die Anerkennung muss nicht erfolgt sein.

Stets ausgeschlossen ist die Anerkennung, wenn der Beklagte im Zeitpunkt der Einleitung des ausländischen Verfahrens⁴³ seinen Sitz/Wohnsitz in der Schweiz hatte (Art. 174c revIPRG). In diesem Fall muss eine Klage (z.B. eine paulianische Anfechtungsklage) in der Schweiz geführt werden.⁴⁴

Je nachdem, ob nach Anerkennung des ausländischen Insolvenzdekrets ein Hilfsverfahren in der Schweiz durchgeführt wird oder nicht, ergeben sich Unterschiede, wer zum Antrag auf Anerkennung des konkursnahen Entscheides legitimiert ist und wie vorzugehen ist: Findet ein Hilfsverfahren statt, so fallen die betroffenen Vermögenswerte nach Anerkennung des konkursnahen Entscheides in die Masse des Hilfsverfahrens,⁴⁵ weshalb m.E. das Konkursamt zum Antrag auf Anerkennung des konkursnahen Entscheides legitimiert ist.⁴⁶ Wird dagegen auf die Durchführung eines Hilfskonkursverfahrens verzichtet

³⁵ BBl 2017, S. 4136 f., 4144; Erläuternder Bericht, S. 9, 12 f.

³⁶ Vgl. III.A.1.

³⁷ Die Anfechtungsklage muss im Rahmen eines Konkursverfahrens (BBl 2017, S. 4143) oder eines anderen Verfahren der Generalverwaltung angehoben worden sein.

³⁸ Zur Kritik an der (zu engen) Umschreibung solcher Entscheide vgl.: MARKUS, S. 25 ff.

³⁹ Oder der äquivalente Entscheid in einem anderen Verfahren der Generalverwaltung (vgl. Fn. 31).

⁴⁰ BBl 2017, S. 4144; JAKOB/HUNSPERGER, S. 1060.

⁴¹ Vgl. BBl 2017, S. 4143, Erläuternder Bericht, S. 16.

⁴² BBl 2017, S. 4144.

⁴³ BBl 2017, S. 4144.

⁴⁴ BBl 2017, S. 4144; JAKOB/HUNSPERGER, S. 1060.

⁴⁵ BBl 2017, S. 4144.

⁴⁶ JAKOB/HUNSPERGER, S. 1060.

(Art. 174a revIPRG),⁴⁷ kann der ausländische Konkursverwalter über die betroffenen Vermögenwerte verfügen, weshalb er zum Antrag auf Anerkennung des konkursnahen Entscheides legitimiert ist.⁴⁸

B. Antrag versus Tätigwerden von Amtes wegen

1. Nach geltendem Recht

Das geltende Recht verlangt einen Antrag um Inanspruchnahme der inländischen Rechtshilfe. Antragsberechtigt sind der ausländische Insolvenzverwalter oder ein Gläubiger (Art. 166 Abs. 1 IPRG). Rechtshilfe wird nicht von Amtes wegen gewährt.

2. Nach revidiertem Recht

Das revidierte Recht hält an diesem System fest: Ein Antrag auf Anerkennung bleibt notwendig (Art. 166 revIPRG);⁴⁹ eine Anerkennung von Amtes wegen fällt unverändert ausser Betracht.⁵⁰ In Abstimmung damit, dass auch andere als Konkursentscheide anerkennungsfähig sind,⁵¹ was namentlich in Bezug auf Sanierungsmassnahmen von Bedeutung ist,⁵² wird das Antragsrecht auf den Schuldner ausgedehnt (Art. 166 Abs. 1 revIPRG).

C. Kompetenzen des ausländischen Insolvenzverwalters

1. Nach geltendem Recht

Nach geltendem Recht ist der ausländische Insolvenzverwalter in der Schweiz einzig berechtigt, Rechtshilfe in Anspruch zu nehmen, indem er einen Antrag auf Anerkennung des ausländischen Konkursentscheids sowie sichernde Massnahmen beantragen kann (Art. 166 Abs. 1 und Art. 168 IPRG). Nach erfolgter Anerkennung kann er in der Schweiz Anfechtungsklage führen (Art. 171 IPRG), wobei auch diesbezüglich die inländische Hilfsmasse bzw.

⁴⁷ Vgl. dazu IV.B.2.a).

⁴⁸ BBI 2017, S. 4144; JAKOB/HUNSPERGER, S. 1060.

⁴⁹ BBI 2017, S. 4136; Erläuternder Bericht, S. 8.

⁵⁰ BBI 2017, S. 4136; Erläuternder Bericht, S. 9.

⁵¹ Vgl. III.2.

⁵² BBI 2017, S. 4136; Erläuternder Bericht, S. 9.

deren Gläubiger vorgehen.⁵³ Für den (recht häufigen) Fall, dass es keine Gläubiger im inländischen Hilfskonkursverfahren gibt, hat das Bundesgericht sodann zugelassen, dass das Konkursamt auch an den ausländischen Insolvenzverwalter eine Prozessführungsermächtigung (i.S.v. Art. 260 SchKG) ausstellen kann.⁵⁴ Weitere Befugnisse kommen dem ausländischen Insolvenzverwalter nicht zu.⁵⁵ Dies gilt auch dann, wenn das ausländische Insolvenzdekret in der Schweiz anerkannt worden ist.⁵⁶

2. *Nach revidiertem Recht*

Die Kompetenzen des ausländischen Insolvenzverwalters werden *de lege lata* deshalb beschränkt, um dem Schutz der Gläubiger mit Wohnsitz in der Schweiz (welcher Schutz mit dem Rechtshilferegime angestrebt wird)⁵⁷ zum Durchbruch zu verhelfen. Wenn keine solchen Gläubiger vorhanden sind, was in vielen Fällen zutrifft,⁵⁸ dann verliert die Beschränkung der Kompetenzen des Insolvenzverwalters ihre Berechtigung.⁵⁹

Aufgrund dessen erlaubt das revidierte Recht in bestimmten Fällen, nach Anerkennung des ausländischen Insolvenzscheides auf die Durchführung eines inländischen Hilfsverfahrens zu verzichten und stattdessen dem ausländischen Insolvenzverwalter das inländische Vermögen zur Verfügung zu stellen (Art. 174a Abs. 2 revIPRG).⁶⁰ In diesem Fall kommen dem Insolvenzverwalter weitgehende Befugnisse zu.⁶¹

Wenn jedoch nachfolgend zur Anerkennung des ausländischen Insolvenzscheids ein schweizerisches Hilfsverfahren durchgeführt wird, so bleibt es dabei, dass dem ausländischen Insolvenzverwalter einzig das Recht zukommt, Anfechtungsklage (Art. 285 ff. SchKG) zu führen (Art. 171 Abs. 2 revIPRG) oder (wenn es keine Gläubiger im inländischen Hilfsverfahren gibt) die Abtretung von Ansprüchen i.S.v. Art. 260 SchKG zu verlangen,⁶² ansonsten kann er keine Handlungen in der Schweiz vornehmen.

⁵³ BGE 135 III 666 E. 3.2.1; BGE 135 III 40 E. 2.5.1.

⁵⁴ BGE 137 III 374 E. 3.

⁵⁵ BGE 139 III 236 E. 4.2; BGE 135 III 40 E. 2.4; BGE 134 III 366 E. 9.2.3 und E. 9.2.5 (=Pra 2008 Nr. 155); BGer 2C_303/2010, 24.10.2011, E. 2.4.1; BGer 5A_520/2016, 19.01.2017, E. 2.1.

⁵⁶ BGE 135 III 40 E. 2.5.1; BGer 2C_303/2010, 24.10.2011, E. 2.4.1.

⁵⁷ BGer 5A_520/2016, 19.01.2017, E. 2.1 m.w.H.

⁵⁸ MEIER/RODRIGUEZ, S. 360.

⁵⁹ Erläuternder Bericht, S. 4, 14.

⁶⁰ Vgl. dazu IV.B.2.a).

⁶¹ Vgl. IV.B.2.b).

⁶² Vgl. Text vor Fn. 48.

D. Voraussetzungen der Anerkennung

1. *Gegenrecht*

a) **Nach geltendem Recht**

Das geltende Regime setzt voraus, dass der Staat, in dem der Insolvenzscheid ergangen ist, Gegenrecht hält (Art. 166 Abs. 1 lit. c IPRG).⁶³ Dass der ausländische Staat Gegenrecht hält, kann sich ausdrücklich aus dem (ausländischen) Gesetz oder aufgrund einer bestimmten Rechtspraxis ergeben.⁶⁴ Das Bundesgericht interpretiert das Erfordernis zwar in einem weiten Sinn, indem es genügen lässt, dass das ausländische Recht ein schweizerisches Konkursdekret zu Bedingungen anerkennt, die nicht wesentlich schlechter sind, als diejenigen, welche das schweizerische Recht aufstellt.⁶⁵ Was unter Gegenrecht genau zu verstehen ist bzw. zu verlangen ist, ist jedoch nicht hinreichend klar.

Da das ausländische Recht wie das inländische einem stetigen Wandel unterworfen ist, kann immer nur im Sinne einer «Momentaufnahme» festgestellt werden, welche Länder Gegenrecht gewähren. Aufgrund der schweizerischen Literatur und Judikatur ist davon auszugehen, dass in Bezug auf rund 20 Länder das Gegenrechtserfordernis erfüllt ist. Für eine Vielzahl von Ländern ist die Rechtslage schlicht unklar oder unbekannt. Dass dies der Rechtssicherheit nicht zuträglich ist, ist offenkundig.

Es kommt hinzu, dass der zeitliche und finanzielle Aufwand, um festzustellen, ob dem Gericht durch den Gesuchsteller darzulegen ist, dass in diesem Sinne Gegenrecht besteht, nicht unterschätzt werden darf.⁶⁶ Aufgrund dessen müssen die in der Schweiz belegenen Vermögenswerte namhaft sein, damit es sich ökonomisch für den ausländischen Insolvenzverwalter überhaupt lohnt, ein in der Schweiz ein Anerkennungsgesuch zu stellen.⁶⁷ Sind diese Vermögenswerte nicht namhaft, so werden sie (zufolge Nichteinleitung eines Aner-

⁶³ Der Gesetzgeber gab sich 1983 der Illusion hin, das Gegenrechtserfordernis könne dazu beitragen, die Kooperationsbereitschaft anderer Länder zu verbessern (BBI 1983 I, S. 451). Dieses Ziel wurde nicht erreicht (Erläuternder Bericht, S. 4, 8; MEIER/RODRIGUEZ, S. 362).

⁶⁴ BBI 1983 I, S. 452.

⁶⁵ BGE 141 III 222 E. 4; BGE 137 III 517 E. 3.2; BGE 126 III 101 E. 2d (=Pra 2001 Nr. 53).

⁶⁶ BBI 2017, S. 4129, 4135; Erläuternder Bericht, S. 4, 8; RODRIGUEZ, S. 15; JAKOB/HUNSPERGER, S. 1053.

⁶⁷ In der Botschaft (BBI 2017, S. 4130) und im Erläuternden Bericht, S. 5, ist von mindestens CHF 10'000 die Rede. Dies dürfte wohl die unterste Grenze darstellen.

kennungsverfahrens) sozusagen zu «nachrichtenlosen Vermögen»⁶⁸ und unterliegen der Einzelvollstreckung.⁶⁹

b) Nach revidiertem Recht

Aufgrund der *de lege lata* geltenden, unbefriedigenden Rechtslage verzichtet das revidierte Recht richtigerweise ersatzlos auf das Gegenrechtserfordernis (Art. 166 revIPRG).⁷⁰ Damit wird einer der grössten Schwachpunkte im geltenden Recht (endlich) behoben.

2. *Indirekte Zuständigkeit*

a) Nach geltendem Recht

Das geltende Recht folgt für Binnen- wie für internationale Sachverhalte weitgehend der sog. *Sitztheorie*. Aufgrund dessen wird im Sinne der *indirekten Zuständigkeit* verlangt, dass der Insolvenzzentscheid *am Sitz/Wohnsitz des Schuldners* ergangen ist, damit eine Anerkennung erteilt werden kann (Art. 166 Abs. 1 IPRG).

Das in der Europäischen Insolvenzverordnung (Art. 3) und dem Model Law (Art. 2 lit. b) verankerte COMI-Prinzip⁷¹ ist dem geltenden Recht unbekannt. Entsprechend können Insolvenzzentscheide, welche nicht am ausländischen Sitz/Wohnsitz des Schuldners, sondern an dessen COMI ergangen sind, nicht anerkannt werden.⁷² Dies gilt selbst dann, wenn (nebst der Belegenheit von Vermögen) kein Bezug zur Schweiz besteht. Dieses restriktive Regime führt zu sog. *hinkenden Rechtsverhältnissen*.⁷³

b) Nach revidiertem Recht

Das revidierte Recht erweitert die indirekte Zuständigkeit massgeblich, indem der Insolvenzzentscheid nicht nur im Wohnsitzstaat, sondern auch im Staat des *Mittelpunktes der hauptsächlichlichen Interessen* des Schuldners ergangen sein

⁶⁸ GEHRI/KOSTKIEWICZ, S. 220.

⁶⁹ JAKOB/HUNSPERGER, S. 1053.

⁷⁰ BBI 2017, S. 4135; Erläuternder Bericht, S. 5, 8; MEIER/RODRIGUEZ, S. 362.

⁷¹ COMI steht für *center of main interest* und meint den Mittelpunkt der schuldnerischen Interessen.

⁷² BBI 2017, S. 4128; Erläuternder Bericht, S. 9; JAKOB/HUNSPERGER, S. 1052.

⁷³ BBI 2017, S. 4128; Erläuternder Bericht, S. 4.

kann (Art. 166 Abs. 1 lit. c. Ziff. 2 revIPRG). Damit wird sowohl das Konzept als auch was den Begriff des COMI angeht, das Regime der Europäischen Insolvenzverordnung bzw. des Model Law rezipiert.⁷⁴ Der Bundesrat verzichtet deshalb ausdrücklich darauf, den COMI zu definieren, da sich die *Definition* mit jener von *Art. 3 Abs. 1 der EU-Insolvenzverordnung* decke.⁷⁵ Dies impliziert auch, dass die zu dieser Bestimmung ergangene *Rechtsprechung* beachtlich ist.⁷⁶ Diese impliziten Verweisungen machen Sinn.

Diese im Grundsatz beachtliche Erweiterung der indirekten Zuständigkeit erfährt eine *wesentliche Einschränkung*: Der COMI wird nicht beachtet, wenn der Schuldner im Zeitpunkt der Eröffnung des ausländischen Insolvenzverfahrens seinen Sitz/Wohnsitz in der Schweiz hatte (Art. 166 Abs. 1 lit. c. Ziff. 2 revIPRG). Dies gilt namentlich für Gesellschaften mit Sitz in der Schweiz.⁷⁷ In Bezug auf Schuldner mit Sitz/Wohnsitz in der Schweiz bleibt somit einem am COMI ergangenen Insolvenzentscheid die Anerkennung weiterhin versagt.⁷⁸ Dies wird dazu führen, dass parallele Hauptverfahren im COMI-Land und in der Schweiz durchgeführt werden müssen. Diesbezüglich wird sich zwangsläufig eine Notwendigkeit zur Kooperation ergeben (vgl. Art. 174b revIPRG).⁷⁹

Damit setzt das revidierte Recht das COMI-Prinzip (letztlich ein Hauptelement)⁸⁰ des *Model Law* zwar nicht vollumfänglich, aber doch weitgehend um. Mit diesem Konzeptwechsel wird einer der grössten Mängel des geltenden Rechts weitgehend behoben. Die Einschränkung in Bezug auf Schuldner mit Sitz/Wohnsitz in der Schweiz mag aus ausländischer Sicht zwar als Wehrmutsstropfen erscheinen. Zum einen wäre aber ein Ungleichgewicht geschaffen worden, wenn die Schweiz auch gegenüber Personen mit Sitz/Wohnsitz in der Schweiz den ausländischen COMI hätte genügen lassen, während das nationale Recht einen inländischen COMI nicht kennt. Zum anderen kann in Bezug auf Schuldner mit Sitz/Wohnsitz in der Schweiz problemlos ein inländisches Hauptverfahren eröffnet werden.

⁷⁴ Erläuternder Bericht, S. 9; MEIER/GIUDICI, S. 20.

⁷⁵ BBI 2017, S. 4136; Erläuternder Bericht, S. 9.

⁷⁶ BBI 2017, S. 4136.

⁷⁷ BBI 2017, S. 4136.

⁷⁸ So hätte es sich etwa im Sachverhalt verhalten, welcher dem BGer 5A_665/2012, 28.03.2013 zugrunde lag, wenn der deutsche Insolvenzverwalter das (auf dem COMI-Prinzip) ergangene deutsche Konkursdekret in der Schweiz hätte anerkennen lassen wollen, was er jedoch gar nicht erst versucht hat, war dies doch nach dem geltenden Recht nicht möglich.

⁷⁹ BBI 2017, S. 4136; RODRIGUEZ, S. 16; vgl. dazu IV.C.

⁸⁰ RODRIGUEZ, S. 16 f.

IV. Folgen der Eröffnung des inländischen Hilfsverfahrens

A. Verfahrensherrschaft

1. *Nach geltendem Recht*

Wird zufolge Anerkennung eines ausländischen Insolvenzentscheids ein Hilfskonkursverfahren in der Schweiz eröffnet, so wird dieses nach geltendem Recht durch das zuständige schweizerische (staatlich) Konkursamt geführt.⁸¹ Sofern ein ausländischer Nachlassvertrag anerkannt wird (Art. 175 IPRG), erfolgt anschliessend die Ernennung eines schweizerischen Liquidators.⁸² Wenn ein ausländisches Sanierungsverfahren anerkannt wird, kann ein inländischer Sachwalter ernannt werden.⁸³ Der ausländische Insolvenzverwalter nimmt am inländischen Hilfskonkursverfahren grundsätzlich nicht teil.⁸⁴

Die Praxis macht nach geltendem Recht *zwei Ausnahmen* vom Grundsatz, dass immer ein inländisches Hilfsverfahren durchzuführen ist: Wenn ein *Nachlassvertrag* anerkannt wird, es keine privilegierten Gläubiger in der Schweiz gibt und keine in der Schweiz belegenen Aktiven verwertet werden, sondern diese an eine neue Gesellschaft übertragen werden sollen, damit deren Aktien an die Gläubiger verteilt werden können, dann soll nach Ansicht des Bundesgerichts weder ein inländisches Hilfsverfahren noch die Ernennung eines inländischen Sachwalters notwendig sein.⁸⁵ Bei Anerkennung eines ausländischen *Nachlassverfahrens* (im Sinne einer Nachlassstundung) soll es dann nicht erforderlich sein, ein inländisches Hilfsinsolvenzverfahren durchzuführen, wenn es weder in der Schweiz belegene Pfandobjekte noch privilegierte Schweizer Gläubiger gibt. In diesem Fall soll entweder ein schweizerischer Co-Sachwalter ernannt oder es soll dem ausländischen Sachwalter das in der Schweiz belegene Vermögen zur Verfügung gestellt werden.⁸⁶

⁸¹ BGE 135 III 40 E. 2.5.1; BGer 2C_303/2010, 24.10.2011, E. 2.4.1.

⁸² Art. 175 Satz 2 IPRG; Art. 318 Ziff. 2, Art. 319 Abs. 3 SchKG analog, ComR-BRACONI, Art. 175 IPRG N 30; BGE 140 III 379 E. 4.2.1 (=Pra 2015 Nr. 49).

⁸³ BGE 140 III 379 E. 4.2.1 (=Pra 2015 Nr. 49).

⁸⁴ Zu seinen nach geltendem Recht sehr beschränkten Kompetenzen vgl. III.C.

⁸⁵ BGer 5A_267/2007, 30.09.2008, E. 5 (abgedruckt in BLSchK 2009, 176-178).

⁸⁶ BGE 140 III 379 E. 4.2.1. und E. 4.3 (=Pra 2015 Nr. 49).

2. *Nach revidiertem Recht*

Sofern nach dem revidierten Gesetz ein inländisches Hilfsverfahren durchgeführt wird (Art. 173 f. IPRG),⁸⁷ bleibt es dabei, dass dieses durch das zuständige Konkursamt, einen inländischen Liquidator (bei einem Nachlassvertrag) bzw. durch einen inländischen Sachwalter (bei einem Sanierungsverfahren) geführt wird. Neu⁸⁸ ist dagegen die Möglichkeit, dass gar kein inländisches Hilfsverfahren durchgeführt wird (Art. 174a Abs. 1 revIPRG). In diesem Fall wird dem Insolvenzverwalter das inländische Vermögen zur Verfügung gestellt.⁸⁹ Damit kommt dem ausländischen Insolvenzverwalter namentlich eine umfassende Prozessführungsbefugnis zu.⁹⁰

B. Grundsätze des inländischen Hilfsverfahrens

1. *Nach geltendem Recht*

Nach geltendem Recht greift das folgende Regime Platz, welches man als *vereinfachtes Verfahren sui generis* bezeichnen kann.⁹¹ Für die inländische Hilfskonkursmasse gelten grundsätzlich die Regeln des schweizerischen Konkursrechts (Art. 170 Abs. 1 IPRG; Art. 196 ff. SchKG). Zur Vereinfachung des Verfahrens werden jedoch weder Gläubigerversammlungen durchgeführt noch wird ein Gläubigerausschuss gebildet (Art. 170 Abs. 3 IPRG). Das Verfahren erfasst aktivseitig sämtliche in der Schweiz belegenen Vermögenswerte. Die Verwertung der (in der Schweiz belegenen) Aktiven⁹² unterliegt keinen Besonderheiten.

2. *Nach revidiertem Recht*

Das geltende Regime hat sich in vielen Fällen als zeit- und kostenaufwändig sowie als ineffizient erwiesen.⁹³ Häufig gibt es weder pfandgesicherte (in

⁸⁷ Vgl. I.I.A.

⁸⁸ Zur bereits etwas «vorausseilenden» Rechtsprechung des Bundesgerichts bei einem Nachlassverfahren, wenn keine Pfandobjekte in der Schweiz und keine schweizerischen privilegierten Gläubiger vorhanden sind vgl. Text vor Fn. 80.

⁸⁹ Vgl. IV.B.2.a).

⁹⁰ JAKOB, Rz. 17.

⁹¹ BBI 2017, S. 4139; Erläuternder Bericht, S. 11; JAKOB/HUNSPERGER, S. 1056.

⁹² Zur Behandlung der Passiven und zur Notwendigkeit, den ausländischen Kollokationsplan anerkennen zu lassen vgl. I.1. Zur Praxis beim Schuldenruf vgl. JAKOB, Fn. 80.

⁹³ BBI 2017, S. 4129; Erläuternder Bericht, S. 4.

Bezug auf welche das Pfandobjekt in der Schweiz belegen ist) noch privilegierte Forderungen von Gläubigern mit Sitz/Wohnsitz in der Schweiz.⁹⁴ Damit wurden und werden Verfahren zum Schutz von nicht existierenden Gläubigern durchgeführt,⁹⁵ welche Verfahren sich letztlich weitgehend als Leerlauf erweisen.⁹⁶

a) Verzicht auf inländisches Hilfsverfahren

Auf Antrag des ausländischen Insolvenzverwalters kann auf die Durchführung eines inländischen Hilfsverfahren verzichtet werden, wenn keine Forderungen nach Art. 172 Abs. 1 revIPRG angemeldet wurden (Art. 174a Abs. 1 revIPRG). Selbst wenn diese Voraussetzung erfüllt ist, muss das Gericht noch in Betracht ziehen, ob auch die ungesicherten Drittklassforderungen von Gläubigern mit Sitz/Wohnsitz in der Schweiz im ausländischen Verfahren angemessen berücksichtigt wurden (Art. 172 Abs. 2 revIPRG).⁹⁷ Dabei geht es namentlich um die Gläubigergleichbehandlung. Das Gericht ist frei, mit welchem Nachweis es sich begnügen will. In Frage kommen namentlich Gutachten oder Zusicherungen des ausländischen Insolvenzverwalters. Je nach ausländischer Rechtsordnung darf sich das Gericht auch auf seine Kenntnisse über das ausländische Verfahrensrecht, wonach ausländische (in casu schweizerische) und inländische Gläubiger gleichbehandelt werden, stützen.⁹⁸ Damit dies beurteilt werden kann, muss der Schuldenruf neu sämtliche Gläubiger mit Sitz/Wohnsitz in der Schweiz erfassen, auch wenn sie nur Drittklassforderungen haben.⁹⁹

Ob auf die Durchführung eines inländischen Hilfsverfahren verzichtet werden soll, ist ein Ermessensentscheid.¹⁰⁰ Das Gericht kann den Verzicht auf Durchführung eines inländischen Hilfsverfahrens an Bedingungen und Auflagen¹⁰¹ knüpfen (Art. 174a Abs. 3 revIPRG).¹⁰² Dies sollte es den Gerichten erlauben, in aller Regel (mit oder ohne Auflagen und/oder Bedingungen) auf die Durchführung eines inländischen Hilfsverfahrens zu verzichten.

⁹⁴ STAEHELIN, S. 417; JAKOB, Rz. 22.

⁹⁵ BBl 2017, S. 4129; Erläuternder Bericht, S. 4.

⁹⁶ Erläuternder Bericht, S. 12; MEIER/RODRIGUEZ, S. 360; JAKOB, Rz. 13.

⁹⁷ Für eine kritische Beurteilung dieses Erfordernisses vgl. JAKOB, Rz. 24 ff.

⁹⁸ Vgl. auch BBl 2017, S. 4141.

⁹⁹ Vgl. BBl 2017, S. 4140.

¹⁰⁰ Erläuternder Bericht, S. 13; MEIER/GIUDICI, S. 22.

¹⁰¹ Zu den möglichen Auflagen und Bedingungen vgl. BBl 2017, S. 4141; MARKUS, ohne Hilfskonkurs, S. 224.

¹⁰² Dies ist auch nach Art. 22 Ziff. 2 und Ziff. 3 Model Law zulässig.

Wie die Praxis (der FINMA) zur weitgehend analogen Regelung im Bankeninsolvenzrecht (Art. 37g Abs. 2 BankG)¹⁰³ gezeigt hat, ist es gut denkbar bzw. es ist zu erwarten, dass die Gerichte (namentlich in einfachen Fällen) dazu übergehen werden, als Regelfall und nicht nur ausnahmsweise auf die Durchführung eines inländischen Insolvenzverfahrens zu verzichten.¹⁰⁴

b) Zurverfügungstellung des Vermögens an den ausländischen Insolvenzverwalter

Anders als der Vorentwurf (Art. 174a Abs. 1 und Abs. 2 VE IPRG) und als das Bankeninsolvenzrecht (Art. 37g Abs. 2 BankG) sagt der Gesetzestext nicht mehr ausdrücklich, dass die Folge davon, dass auf die Durchführung eines inländischen Hilfskonkursverfahrens verzichtet wird, ist, dass das in der Schweiz belegene *Vermögen dem ausländischen Insolvenzverwalter zur Verfügung gestellt wird*. Genau darum handelt es sich aber.¹⁰⁵ Die Zurverfügungstellung von Vermögensobjekten an den ausländischen Insolvenzverwalter bedeutet keine Wirkungserstreckung der ausländischen Hauptinsolvenz auf die Schweiz.¹⁰⁶ Dieses Konzept ist dem IPRG-Regime unverändert¹⁰⁷ fremd, auch wenn kein inländisches Hilfsinsolvenzverfahren durchgeführt wird.

Damit stellt sich die Frage, welche *Befugnisse* dem ausländischen Insolvenzverwalter zukommen.¹⁰⁸ Die Anerkennung des ausländischen Konkursdekrets führt zur Dispositionsbefugnis des Insolvenzverwalters.¹⁰⁹ Der ausländische Insolvenzverwalter darf unter Beachtung des schweizerischen Rechts sämtliche Befugnisse ausüben, die ihm nach dem Recht des Staates der Konkurseröffnung zustehen. Er darf insbesondere Vermögenswerte ins Ausland verbringen und Prozesse führen (Art. 174a Abs. 4 revIPRG). Letzteres gilt namentlich auch für Anfechtungsklagen (Art. 171 revIPRG).¹¹⁰

Die Befugnisse umfassen nicht die Vornahme von hoheitlichen Handlungen, die Anwendung von Zwangsmitteln oder das Recht, Streitigkeiten selbst (etwa durch den Erlass von Verfügungen) zu entscheiden (Art. 174a Abs. 4

¹⁰³ Vgl. Text vor Fn. 20.

¹⁰⁴ Vgl. auch RODRIGUEZ, S. 17, und JAKOB/HUNSPERGER, S. 1058.

¹⁰⁵ Vgl. auch BBI 2017, S. 4141; MARKUS, ohne Hilfskonkurs, S. 221.

¹⁰⁶ MARKUS, ohne Hilfskonkurs, S. 231. RODRIGUEZ, S. 17, spricht von einer *de facto* Wirkungserstreckung.

¹⁰⁷ Vgl. II.A. und II.B.

¹⁰⁸ Die Umschreibung im VE hatte zu berechtigter Kritik geführt, weshalb im E-IPRG Modifikationen vorgenommen worden sind (BBI 2017, S. 4132).

¹⁰⁹ BVGer B-6065/20015 vom 6. Mai 2016, E. 3.1. zu Art. 37g BankG.

¹¹⁰ BBI 2017, S. 4142. Mit dieser Regelung wird Art. 23 Ziff. 1 des Model Law Genüge getan.

revIPRG). Der Begriff der hoheitlichen Handlung beurteilt sich nach schweizerischem Recht.¹¹¹ Er ist aber eng zu verstehen.¹¹² Obschon Verwertungshandlungen (Zwangsversteigerung, Freihandverkauf, Abtretung gemäss Art. 260 SchKG) aus schweizerischer Optik Verfügungen und damit hoheitliche Handlungen sind, müssen solche Verwertungsakte (in der Form des ausländischen Rechts) m.E. zulässig sein. Zulässig ist auch, wenn sich der ausländische Insolvenzverwalter für Verwertungshandlungen den Formen des Zivilrechts bedient.

c) Ohne Verzicht auf ein inländisches Hilfsverfahren

Erfolgt kein Verzicht auf ein inländisches Hilfsverfahren (sei es, weil die Voraussetzungen von Art. 174a revIPRG nicht erfüllt sind, oder weil der Ermessensentscheid negativ ausfällt), so wird wie nach bisherigem Recht ein solches durchgeführt und erst ein Überschuss wird an den Insolvenzverwalter ausgeliefert (Art. 173 f. IPRG).

Das Hilfskonkursverfahren wird als *summarisches Verfahren* geführt (Art. 170 Abs. 3 revIPRG). Der ausländische Insolvenzverwalter oder ein Gläubiger (nach Art. 172 Abs. 1 revIPRG) können aber (vor der Verteilung des Erlöses) die *Durchführung eines ordentlichen Konkursverfahrens verlangen*, wenn sie Sicherheit für die ungedeckten Kosten leisten (Art. 170 Abs. 3 revIPRG). Damit wird namentlich ermöglicht, eine ausseramtliche Konkursverwaltung¹¹³ oder einen Gläubigerausschuss einzusetzen.

Neu werden in den Kollokationsplan nicht nur (in Bezug auf der Schweiz belegene Pfandgegenstände)¹¹⁴ pfandgesicherte Forderung und privilegierte Forderungen von Gläubigern mit Sitz/Wohnsitz in der Schweiz aufgenommen, sondern auch Verbindlichkeiten, die auf Rechnung einer im Handelsregister eingetragenen Zweigniederlassung eingegangen worden sind (Art. 172 Abs. 1 lit. c revIPRG). Damit werden neu auch Drittklassforderungen berücksichtigt.¹¹⁵

Da zwischen den relevanten Gläubigern im inländischen Hilfskonkurs und dem ausländischen Insolvenzverwalter, welcher nur den Überschuss beanspruchen kann, ein «Verteilkampf» herrscht, bestand nach bisherigem Recht

¹¹¹ BBI 2017, S. 4142; JAKOB/HUNSPERGER, S. 159 Fn. 92.

¹¹² Vgl. die Beispiele in BBI 2017, S. 4142; vgl. auch MARKUS, ohne Hilfskonkurs, S. 236/237.

¹¹³ BBI 2017, S. 4139.

¹¹⁴ BBI 2017, S. 4139.

¹¹⁵ BBI 2017, S. 4139 f.

eine Regelungslücke, da dieser keine Kollokationsklage führen konnte.¹¹⁶ Diese Lücke wird geschlossen, indem ihm dieses Klagerecht neu eingeräumt wird (Art. 172 Abs. 2 revIPRG). Dies erscheint sinnvoll und sachgerecht.

C. Koordination grenzüberschreitender Insolvenzverfahren

Obschon seit langer Zeit die Überzeugung herrscht, dass auch in Insolvenzanlagen zwischenstaatliche Koordination von Nöten ist,¹¹⁷ ist die *geltende gesetzliche Regelung* dazu eher rudimentär.¹¹⁸ Im Wesentlichen wird (generell im internationalen Verhältnis) stipuliert, dass das Bundesamt für Justiz für die Vermittlung der Rechtshilfe zuständig ist (Art. 11 IPRG) und für Zustellungen und Beweiserhebungen das Haager Übereinkommen¹¹⁹ von 1954 anwendbar ist (Art. 11a Abs. 4 IPRG), auch wenn der andere Staat diese Übereinkommen nicht ratifiziert hat.

Das *revidierte Recht* versucht, wenn auch in allgemeiner und unverbindlicher Form,¹²⁰ dem Anliegen der Verfahrenskoordination Rechnung zu tragen.¹²¹ So können bei Verfahren, welche in einem sachlichen Zusammenhang stehen, die beteiligten Behörden und Organe ihre Handlungen untereinander sowie mit ausländischen Behörden und Organen koordinieren (Art. 174b revIPRG). Der Begriff der Koordination ist weit zu verstehen. Er umfasst namentlich sämtliche der in Art. 25 bis Art. 27 des UNCITRAL Model Law erfassten Formen,¹²² womit das Gesetz implizit auf das Model Law verweist.¹²³ Damit sollen namentlich auch sog. *insolvency protocols* ermöglicht werden,¹²⁴ welche jedoch schon unter geltendem Recht zulässig sind.¹²⁵

¹¹⁶ BBI 2017, S. 4140.

¹¹⁷ BBI 1983 I, S. 451.

¹¹⁸ MEIER/RODRIGUEZ, S. 361.

¹¹⁹ Haager Übereinkommen betreffend Zivilprozessrecht vom 1. März 1954, in Kraft für die Schweiz seit 5. Juli 1957 (SR 0.274.12).

¹²⁰ MEIER/GIUDICI, S. 23; RODRIGUEZ, S. 18.

¹²¹ BBI 2017, S. 4142 f.; Erläuternder Bericht, S. 15.

¹²² BBI 2017, S. 4142.

¹²³ MEIER/RODRIGUEZ, S. 365, 368; RODRIGUEZ, S. 18. In der Sache bleibt der Gesetzesentwurf jedoch einiges hinter den Bestimmungen des Model Law zurück.

¹²⁴ BBI 2017, S. 4142; Erläuternder Bericht, S. 15; MEIER/RODRIGUEZ, S. 365; RODRIGUEZ, S. 19; JAKOB/HUNSPERGER, S. 1059.

¹²⁵ BBI 2017, S. 4142; RODRIGUEZ, S. 19; JAKOB/HUNSPERGER, S. 1059.

V. Verhältnis zu den alten Staatsverträgen

Bekanntlich bestehen noch drei alte Staatsverträge mit der Krone Württemberg, dem Königreich Bayern und dem Königreich Sachsen.¹²⁶ Die Frage, ob diese Staatsverträge noch Geltung haben, wird zwar mehrheitlich bejaht, ist aber trotzdem mit Rechtsunsicherheit behaftet.¹²⁷ Zudem ist nicht restlos geklärt, ob die Geltung der alten Staatsverträge eine Anerkennung des ausländischen Konkursdekrets obsolet macht.

Mit Inkrafttreten der IPRG-Revision sollen diese alten Staatsverträge im gegenseitigen Einvernehmen aufgehoben bzw. gekündigt werden.¹²⁸ Auch wenn dies aus rechtshistorischer Sicht zu bedauern ist, so scheint es aus Gründen der Kohärenz und angesichts der wesentlichen Lockerung des Territorialitätsprinzips durch die Novelle auch aus Gründen der Praktikabilität angebracht, nur noch ein Regime zu haben, sodass die Aufhebung bzw. Kündigung dieser Staatsverträge ein logischer Schritt ist.

VI. Übergangsrecht

Die Gesetzesvorlage sieht keine neuen übergangsrechtlichen Bestimmungen vor. Es gelten deshalb die Übergangsbestimmungen von Art. 196 bis Art. 199 IPRG.¹²⁹ Dies bedeutet namentlich, dass ausländische Entscheide, welche früher ergangen sind und bisher einer Anerkennung nicht zugänglich waren (wie etwa ausländische Anfechtungsurteile), nach Inkrafttreten der Novelle anerkannt werden können (sofern die dazumal geltenden Voraussetzungen erfüllt sind).¹³⁰

VII. Würdigung

Der Gesetzesentwurf ist zwar kein grosser Wurf (was nicht als Vorwurf zu verstehen ist). Er beseitigt aber (worauf es ankommt) durch gezielte Änderungen in pragmatischer Weise die grössten Schwachstellen der bisherigen Regelung. Zudem ist die vorgeschlagene Regelung flexibel und belässt den Behörden, namentlich den für die Anerkennung zuständigen Gerichten ein

¹²⁶ Vgl. dazu STAEHELIN, Anerkennung, S. 75 ff.

¹²⁷ Die kantonale Praxis ist unterschiedlich und das Bundesgericht lässt die Frage meist offen.

¹²⁸ BBl 2017, S. 4131, 4157 f.

¹²⁹ BBl 2017, S. 4144.

¹³⁰ BBl 2017, S. 4144; BGE 115 III 148 E. 2; BGer 5A_285/2009, 21.08.2009, E 2.1.

wesentliches Ermessen bei ihren Entscheiden. Damit liegt es in den Händen der Gerichte, durch sachgerechte Anwendung mit dem neuen Regime einen *Paradigmenwechsel* zu vollziehen. Die Erfahrungen bei den geänderten Regeln für Finanzinstitute stimmen positiv, dass dieser Wechsel realisiert werden kann.

Literaturverzeichnis

- BOPP LUKAS, Sanierung im Internationalen Insolvenzrecht der Schweiz, Diss. Basel, Basel/Genf/München 2004 (zit. BOPP)
- BUCHER ANDREAS (Hrsg.), *Loi sur le droit international privé, Convention de Lugano, Commentaire Romand*, Bâle 2011 (zit. ComR-BEARBEITER/IN)
- GEHRI MYRIAM A./KOSTKIEWICZ GREGOR H., Anerkennung ausländischer Insolvenzentscheide in der Schweiz – ein neuer Récuit National?, SZIER 2009, S. 93 ff. (zit. GEHRI/KOSTKIEWICZ)
- GIRSBERGER DANIEL/HEINI ANTON ET AL. (Hrsg.), *Zürcher Kommentar zum IPRG*, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2004 (zit. ZK-BEARBEITER/IN)
- JAKOB MARJOLAINE, Bemerkungen zur Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter vor schweizerischen Gerichten nach dem Vorentwurf für eine Revision des 11. Kapitels des IPRG, in: Jusletter 11. April 2016 (zit. JAKOB)
- JAKOB MARJOLAINE/HUNSPERGER RETO, Internationales Konkursrecht der Schweiz – Quo Vadis?, AJP 2017, S. 1050 ff. (zit. JAKOB/HUNSPERGER)
- MARKUS ALEXANDER R., in: GUILLAUME FLORENCE/PRETELLI Ilaria ET AL. (Hrsg.), *Les nouveautés en matière de faillite internationale et les banques et les assurances face aux tiers*, Publications de l'Institut suisse de droit comparé, Zur Revision des 11. Kapitels IPRG: Ausländische Zivilprozesse und Schweizer Insolvenz, Zürich 2016 (zit. MARKUS)
- MARKUS ALEXANDER R., Ohne Hilfskonkurs – ein Paradigmenwechsel im internationalen Insolvenzrecht der Schweiz, in: STEPHANIE HRUBESCH/ALEXANDER R. MARKUS/RODRIGO RODRIGUEZ et al. (Hrsg.), FS Jolanta Kren Kostkiewicz, Bern 2018, S. 221 ff. (zit. MARKUS, ohne Hilfskonkurs).
- MEIER ISAAK/GIUDICI CAMILLA, Neue EU-Insolvenzverordnung und Vorschlag zur Revision des internationalen Konkursrechts in der Schweiz: Behandlung des Unternehmens als wirtschaftliche Einheit in der Insolvenz, EuZ 01/2016 (zit. MEIER/GIUDICI)

- MEIER NIKLAUS/RODRIGUEZ RODRIGO, Recast of the Swiss International Insolvency Law, in: Yearbook of Private International Law, Volume 17 (2015/2016) (zit. MEIER/RODRIGUEZ)
- RODRIGUEZ RODRIGO, The Reform of Swiss International Insolvency Law in the International Context, in: FLORENCE GUILLAUME/ILARIA PRETELLI ET AL. (Hrsg.), Les nouveautés en matière de faillite internationale et les banques et les assurances face aux tiers, Publications de l'Institut suisse de droit comparé, Zürich 2016 (zit. RODRIGUEZ)
- SCHILTKNECHT RETO/BILLETER DAVID, Die internationale Durchsetzung von Insolvenzmassnahmen bei Banken – eine Bestandsaufnahme, in: ROLF H. WEBER ROLF H./STOFFEL WALTER A./CHENAUX JEAN-LUC/SETHE Rolf (Hrsg.) Aktuelle Herausforderungen des Gesellschafts- und Finanzmarktrechts, Festschrift für Hans Caspar von der Crone zum 60. Geburtstag, Zürich 2017 (zit. SCHILTKNECHT/BILLETER)
- STAEHELIN DANIEL, Die Anerkennung ausländischer Konkurse und Nachlassverträge in der Schweiz (Art. 166 IPRG), Diss., Basel 1989 (zit. STAEHELIN, Anerkennung)
- STAEHELIN DANIEL, in: RIEMER HANS M./KUHN MORITZ/VOCK DOMINIK/GEHRI MYRIAM A. (Hrsg.), Konkurs im Ausland – Drittschuldner in der Schweiz, Schweizerisches und Internationales Zwangsvollstreckungsrecht, Festschrift für Karl Spühler zum 70. Geburtstag, Basel 1989 (zit. STAEHELIN)

