EuropaInstitut

AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

Herausgeber:
Thomas Sprecher

Sanierung und Insolvenz von Unternehmen II

Schulthess § 2012

Grenzüberschreitende Aspekte in der Insolvenz – ausgewählte Fragen

Franco Lorandi

Inhalt

I. Einleitung 32

II. Verbindlichkeit von Schieds- oder Gerichtstandsabreden in der Insolvenz 32
1. Aktivanspruch der Masse 32
2. Zwingende Gerichtsstände des Vollstreckungsrechts 33
3. Originäre Ansprüche der Insolvenzmasse 34

III. Gerichts-/Schiedsverfahren im Ausland und Insolvenz einer Prozesspartei mit Sitz/Wohnsitz in der Schweiz 35
1. Gerichtliche Klage im Ausland hängig 35
2. Insolvenz einer Partei mit Sitz/Wohnsitz im Ausland während hängigem Gerichts- oder Schiedsverfahren 37

IV. Realsicherheiten mit internationalem Bezug 38
1. Inhalt des materiellen Sachrechts 39
2. Anwendbares Recht/Rechtswahl 39
3. Rechtsgeschäfte mit Wirkung inter partes 41
a) Sale and lease back und Sicherungsübereignung mit Besitzeskonstitut an beweglichen Sachen (Art. 717 ZGB) 41
b) Im Ausland begründeter Eigentumsvorbehalt an Gegenständen, welche in die Schweiz eingeführt werden (Art. 102 IPRG) 42
4. Geltendmachung der Rechtsposition der Gläubiger 45

V. Handlungsfähigkeit ausländischer Insolvenzmassen im inländischen Insolvenzverfahren 48
1. Nach schweizerischem Recht 48
a) Rechts- und Handlungsfähigkeit des Masseverwalters 50
b) Legitimation des Masseverwalters 50
aa) Keine Zwangsmassnahmen der ausländischen Konkursverwaltung in der Schweiz 50
bb) Sonstige Handlungen zur Rechtsverfolgung 51
c) Handlungsspielraum des ausländischen Gemeinschuldners 53
2. Nach der EU-Verordnung über Insolvenzverfahren 59
a) Auswirkungen auf die Schweiz 59
b) Überblick über die Regelung der Insolvenzverordnung 60

c) Handlungsspielraum des ausländischen Insolvenzverwalters 61
aa) Verwalter eines Hauptinsolvenzverfahrens 61
bb) Verwalter eines Partikularinsolvenzverfahrens 62
d) Handlungsspielraum des Gemeinschuldners 63

I. Einleitung

Im Zusammenhang mit der Insolvenz einer Partei gibt es eine Vielzahl von grenzüberschreitenden Aspekten. Ein Teil dieser Aspekte beurteilt sich nach ausländischem Recht. Davon soll hier nicht die Rede sein. Vorliegend werden einzelne, ausgewählte Fragestellungen nach schweizerischem Recht beleuchtet, welche sich bei grenzüberschreitenden Konstellationen im Zusammenhang mit der Insolvenz einer Partei ergeben.

II. Verbindlichkeit von Schieds- oder Gerichtstandsabreden in der Insolvenz

Solange der schweizerische Schuldner noch *aufrecht* stehend ist, ist er ohne weiteres an eine (ansonsten zulässige und verbindliche) Schieds- oder Gerichtstandsabrede gebunden.

Wenn der Schuldner nicht mehr aufrecht stehend ist (d.h. wenn ein Insolvenzverfahren über ihn durchgeführt wird [in der Schweiz namentlich, wenn er in Konkurs ist oder ein Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung genehmigt worden ist]), ist zu unterscheiden:

1. Aktivanspruch der Masse

Soweit die schweizerische Konkurs- oder Nachlassmasse selbst (oder ein Abtretungsgläubiger gemäss Art. 260 SchKG) aktiv gegen einen Dritten vorgehen will, gilt die Gerichtstands- oder Schiedsabrede grundsätzlich unverändert[1]. Dies gilt etwa, wenn eine strittige Aktivforderung gegen Dritte

[1] Vgl. BGE 136 III 107 m.w.H. zur Schiedsvereinbarung.

geltend gemacht werden soll oder wenn (zufolge Allein- oder Mitgewahrsam des Dritten) die Masse Eigentumsansprüche geltend machen will (Art. 242 Abs. 3 SchKG).

2. Zwingende Gerichtsstände des Vollstreckungsrechts

Der Umstand, dass eine Partei insolvent wird oder ein gerichtliches Sanierungsverfahren zur Anwendung gelangt, kann zur Folge haben, dass über gewisse Fragen nicht mehr ein Zivilrichter, sondern besondere Gerichte am Ort des Insolvenzverfahrens entscheiden. Deren Zuständigkeiten sind in aller Regel zwingend ausgestaltet.

Dies gilt (bei Insolvenz einer Partei mit Sitz/Wohnsitz in der Schweiz) für das *schweizerische Recht* etwa für die provisorische und definitive Rechtsöffnung (Art. 84 Abs. 1 SchKG)[2, 3], die Aussonderungsklage (Art. 242 Abs. 2 SchKG)[4] oder für die Kollokationsklage (Art. 250 Abs. 1 SchKG)[5]. Dasselbe gilt auch für paulianische Anfechtungsansprüche, wenn ein Schuldner mit Sitz oder Wohnsitz in der Schweiz betroffen ist (Art. 289 SchKG).

Umgekehrt kennen (bei Insolvenz einer Partei mit Sitz/Wohnsitz im Ausland) viele *ausländische Rechtsordnungen* ähnliche Bestimmungen. So kann es sein, dass trotz vertraglich vereinbartem Gerichtsstand in der Schweiz, zufolge Insolvenz der Gegenpartei ein Gericht am ausländischen Sitz/Wohnsitz der Gegenpartei zuständig ist.

Die Zuständigkeit eines Gerichts im Ausland kann Auswirkungen auf die Frage des anwendbaren Rechts haben: Das zuständige ausländische Gericht wendet sein internationales Privatrecht an. Dies wiederum kann zur Folge haben, dass ein anderes Sachrecht zu Anwendung gelangt. Dies kann selbst dann der Fall sein, wenn die Parteien eine Rechtswahl getroffen haben, etwa

---

2 Vgl. anstatt aller: BaK-STAEHELIN, Art. 84 SchKG N 18 f. m.w.H.; BGE 136 III 566.

3 Sofern ausdrücklich vereinbart, kann jedoch rechtsgeschäftlich vorgesehen werden, dass keine provisorische Rechtsöffnung anbegehrt wird, sondern ausschliesslich Anerkennungsklage vor einem Schiedsgericht geführt werden kann (vgl. BGE 136 III 586).

4 BaK-RUSSENBERGER, Art. 242 SchKG N 41.

5 BaK-HIERHOLZER, Art. 250 SchKG N 46; BGE 71 III 192, 33 II 654 f.

wenn die nach ausländischem Recht erforderlichen Formvorschriften für eine Rechtswahl nicht eingehalten wurden oder das ausländische Recht zwingende Gerichtsstände vorsieht. Damit kann die Insolvenz einer (ausländischen) Gegenpartei mittelbar dazu führen, dass ein anderes Recht zur Anwendung gelangt, als es die Parteien qua Rechtswahl vereinbart haben.

Schliesslich bestimmen sich insolvenzrechtliche Fragen nach der sog. lex concursus, d.h. nach dem Recht am Ort der Insolvenz. Dies ist in der Regel der Sitz/Wohnsitz einer Partei. Sofern die Gegenpartei mit Sitz/Wohnsitz im Ausland insolvent wird, überlagern sich verschiedene Fragen mit dem ausländischen Insolvenzrecht (wie etwa der insolvenzrechtlichen [paulianischen] Anfechtung).

3. Originäre Ansprüche der Insolvenzmasse

Sonderregeln gelten für Schieds- oder Gerichtsstandsabreden in Bezug auf *Ansprüche aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit*: Schon materiellrechtlich lässt das Bundesgericht nur solche Einreden zu, welche nicht nur gegen die (insolvente) Gesellschaft selbst, sondern auch gegen die Gläubigergesamtheit vorgebracht werden können[6], d.h. welche unabhängig von der Willensbildung der Gesellschaft bestehen. Die Gläubigergesamtheit hat keinen Einfluss auf statutarische Schieds- oder Gerichtsstandsabreden. Die Insolvenzmasse oder ein Abtretungsgläubiger sind deshalb schon aus formellen Gründen an solche Abreden nicht gebunden[7].

Gleich verhält es sich in Bezug auf *Ansprüche aus paulianischer Anfechtung* (Art. 285 ff. SchKG). Auch solche Ansprüche stehen originär der Insolvenzmasse zu. Damit sind Gerichtsstands- bzw. Schiedsabreden des Schuldners für die Insolvenzmasse unbeachtlich[8].

---

6 BGE 117 II 440.

7 BGE 136 III 109 zu statutarischen Schiedsabreden.

8 BaK-STAEHELIN, Art. 289 SchKG N 15/15a m.w.H.; ZR 2007, 136 ff.

III. Gerichts-/Schiedsverfahren im Ausland und Insolvenz einer Prozesspartei mit Sitz/Wohnsitz in der Schweiz

1. Gerichtliche Klage im Ausland hängig[9]

Wenn im Ausland eine Klage oder ein Schiedsverfahren hängig ist und über eine der Parteien in der Schweiz ein Insolvenzverfahren durchgeführt wird, stellen sich vorab zwei Fragen: Wird der Prozess oder das Schiedsverfahren trotz Insolvenz einer Partei weitergeführt? Und kann im inländischen Insolvenzverfahren unbesehen des Ausgangs des ausländischen Gerichts- bzw. Schiedesverfahrens kolloziert werden?

Nach geltendem Recht verliert der Schuldner mit einer *Pfändung*, einer *Nachlassstundung* oder mit *Bestätigung eines ordentlichen Nachlassvertrages* die Verfügungsmacht über sein Vermögen entweder gar nicht oder nur partiell (Art. 298 SchKG). Hängige Prozesse werden deshalb (aus Sicht des Vollstreckungsrechts[10]) nach geltendem Recht[11] nicht sistiert, sondern laufen weiter.

Demgegenüber verliert der Schuldner mit *Konkurseröffnung* und mit *Bestätigung eines Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung* das Verfügungsrecht über sein Vermögen (Art. 197, Art. 317, Art. 319 Abs. 1 SchKG). Aufgrund dessen sieht Art. 207 SchKG vor, dass mit Eintritt der Generalexekution *Zivilprozesse*, in welchen der Schuldner Partei ist, *sistiert* werden. Es wird deshalb für im Prozess liegende Forderungen im Kollokationsplan nur ein Hinweis auf den hängigen Prozess gemacht. Diese Forderungen werden nur *pro memoria vorgemerkt* (Art. 63 KOV), d.h. das Konkursamt kann darüber nicht im Rahmen der Kollokation verfügen.

Die Regel (gemäss Art. 207 SchKG), wonach Verfahren zu sistieren sind, gilt nur gegenüber dem inländischen Richter. Es gilt das Territorialitätsprinzip.

---

9 Vgl. dazu auch WÜTHRICH KARL, Bereinigung der Passiven und Passivenvergleich, Vortragsunterlagen zur Tagung des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, Aktuelle Probleme des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts vom 25. Oktober 2007 in Luzern, 3 f., 9 f.

10 Möglich bleibt eine Sistierung aufgrund des anwendbaren Zivilprozessrechts.

11 Zu den *Revisionsbestrebungen* im Rahmen des Sanierungsrechts vgl. Art. 297 Abs. 5 E-SchKG (BBl 2010, 6514).

Staatsvertragliche Abreden vorbehalten, ist ein ausländischer Richter, bei welchem ein Verfahren hängig ist, nicht verpflichtet, die schweizerische Insolvenz zu beachten und den Prozess zu sistieren[12]. Da Art. 63 KOV auf Art. 207 SchKG beruht, ist das schweizerische Konkursamt nicht verpflichtet, bei der Kollokation auf den im Ausland hängigen Prozess Rücksicht zu nehmen; es kann in Bezug auf die im Prozess liegende Forderung eine Kollokationsverfügung erlassen[13]. Für die Teilnahme an schweizerischen Insolvenzverfahren kommt es damit einzig auf den Ausgang des allfälligen Kollokationsprozesses, nicht aber auf denjenigen des pendenten Gerichtsverfahrens im Ausland an[14].

Das LugÜ[15] bietet keine Grundlage, um die hoheitlichen Kompetenzen des schweizerischen Konkursamtes zu beschneiden und ihre Kollokationsverfügungen der Anfechtung vor dem schweizerischen Kollokationsrichter zu entziehen. Das LugÜ findet auf Gerichtsverfahren im Zusammenhang mit einer Generalexekution generell keine Anwendung (Art. 1 Abs. 2 lit. b LugÜ). Art. 63 KOV ist weder gegenüber Drittstaaten noch gegenüber Vertragsstaaten des LugÜ anwendbar[16].

Wenn Art. 207 SchKG den ausländischen Richter bzw. das ausländische Schiedsgericht nicht bindet, heisst dies noch nicht, dass der Prozess bzw. das Schiedsverfahren nicht zufolge Insolvenz einer Partei *sistiert* werden könnte. Ob bzw. unter welchen Voraussetzungen dies möglich ist, richtet sich nach

---

12 SPRECHER THOMAS, Schweizerischer Konkurs und ausländischer Prozess, in: SPÜHLER KARL (Hrsg.), Internationales Zivilprozess- und Verfahrensrecht III, Zürich 2003, 20 f.; STÖCKLI KURT, Die Behandlung eines ausländischen Prozesses im Konkurs- und Nachlassverfahren, Verschiedene Fragen zur Anwendung von Art. 207 SchKG und Art. 63 KOV, Kommentierung von BGE 7B.123/2004 und 7B.124/2004 vom 12. November 2004, Jusletter, 13. Dezember 2004, Rz. 11; LORANDI FRANCO, Beachtlichkeit hängiger Prozesse/Schiedsverfahren im Ausland bei der Kollokation in der inländischen Generalexekution, Bemerkungen zu BGE 130 III 769 ff., AJP 2008, 487.

13 BGE 135 III 132, 133 III 388 f., 130 III 773 f.

14 BaK-HIERHOLZER, Art. 247 SchKG N 76; BGE 135 III 132, 130 III 769.

15 Mit LugÜ wird nachfolgend das *revidierte* Lugano Übereinkommen vom 30. Oktober 2007 (in Kraft seit 1. Januar 2011) bezeichnet. Die vorliegend dargestellte Rechtslage hat sich im Vergleich zum altLugÜ jedoch nicht verändert.

16 BGE 133 III 392.

der *lex fori* bzw. nach der *lex arbitri*[17]. Wenn eine Sistierung erfolgt, spricht m.E. nicht dagegen (sondern Vieles dafür), gleich zu verfahren, wie wenn die Sistierung gemäss Art. 207 SchKG ex lege erfolgt wäre; die Qualität der Sistierung ist nicht unterschiedlich. Dies bedeutet, dass in diesen Fällen im inländischen Insolvenzverfahren ebenfalls nicht kolloziert werden kann. Art. 63 KOV kommt m.E. analog zur Anwendung[18].

Es kommt somit zu einem „race of time" zwischen dem ausländischen Erkenntnis- und dem inländischen Insolvenzverfahren: Wenn nämlich im Zeitpunkt der Kollokation im inländischen Insolvenzverfahren schon ein *rechtskräftiges ausländisches Urteil* vorliegt, so ist dieses sehr wohl von Bedeutung, wobei zwei Aspekte zu unterscheiden sind: (i) Für die *materiellrechtlichen Aspekte* (wie Bestand und Umfang der Forderung, welche Vorfragen bei der Kollokation darstellen) entfaltet das ausländische Urteil materielle Rechtskraft, sofern es nach den massgebenden Normen anerkennungsfähig ist[19]. Das verfahrensleitende SchKG-Organ bzw. der Kollokationsrichter haben damit die Anerkennungsfähigkeit zu prüfen. (ii) *Betreibungsrechtliche Aspekte* richten sich dagegen ausschliesslich nach dem schweizerischen Vollstreckungsrecht als lex concursus[20]. Dazu gehören etwa die Frage der Konkursklasse (Art. 219 Abs. 4 SchKG) oder die Einrede der paulianischen Anfechtbarkeit (Art. 285 ff. SchKG).

2. Insolvenz einer Partei mit Sitz/Wohnsitz im Ausland während hängigem Gerichts- oder Schiedsverfahren

Die Einleitung eines Sanierungs- oder Insolvenzverfahrens kann einen Einfluss auf hängige Gerichts- oder Schiedsverfahren haben: Dies ist etwa dann der Fall, wenn die Eröffnung eines Sanierungs- oder Insolvenzverfahrens über eine Partei Auswirkungen auf deren Parteifähigkeit hat. Diese richtet sich – nach internationalprivatrechtlichen Grundsätzen – für natürliche Per-

17 SPRECHER (FN 12), 20 FN 27; LORANDI, AJP 2008 (FN 12), 486.

18 Vgl. schon LORANDI, AJP 2008 (FN 12), 486.

19 PATOCCHI PAOLO MICHELE/GEISINGER ELLIOTT, IPRG, Zürich 2000, Art. 194 IPRG N 32; BaK-HIERHOLZER, Art. 247 SchKG N 35; SPRECHER (FN 12), 34, 35 ff., 39; LORANDI, AJP 2008 (FN 12), 486.

20 BRUNNER/REUTTER, Kollokations- und Widerspruchsklagen nach SchKG, 2. Aufl., Bern 2002, 62 f.; WÜTHRICH (FN 9), 7 f.; LORANDI, AJP 2008 (FN 12), 487.

sonen nach dem Personal- (Art. 33 f. IPRG) und für juristische Personen nach dem Gesellschaftsstatut (Art. 154, Art. 155 lit. c IPRG)[21]. Dies ist in aller Regel auch das *Konkursstatut*[22].

Nach schweizerischer Auffassung bleibt ein Gerichts- bzw. Schiedsverfahren von der Insolvenz einer Partei mit Sitz/Wohnsitz in der Schweiz unberührt. Wenn dagegen das *ausländische* Konkursstatut vorsieht, dass die Insolvenz die Parteifähigkeit dahinfallen lässt, dann kann das Gerichts- bzw. Schiedsverfahren gegen diese Partei nicht mehr weitergeführt werden. Das (ausländische) Konkursstatut kann somit zum zwangsweisen Ende des Gerichts- bzw. Schiedsverfahrens führen.

IV. Realsicherheiten mit internationalem Bezug

Wenn in internationalen Verhältnissen Realsicherheiten (vor allem Pfandrechte, Sicherungsübereignungen oder Eigentumsvorbehalte) bestellt werden, so stellt sich eine Vielzahl von Fragen. Diese können sich akzentuieren, wenn eine Partei sich mit einem Insolvenzverfahren konfrontiert sieht. Dabei sind verschiedene „Ebenen" zu unterscheiden:

---

21 PATOCCHI PAOLO MICHELE/GEISINGER ELLIOTT, IPRG, Zürich 2000, Art. 166 IPRG N 5; GILLIÉRON PIERRE-ROBERT, Les dispositions de la nouvelle loi fédérale sur le droit international privé sur la faillite internationale, CEDIDAC, Lausanne 1991, 35; WALTHER FRIDOLIN, Paulianische Anfechtungsansprüche im internationalen Verhältnis – ausgewählte Probleme, in: SPÜHLER KARL (Hrsg.), Internationales Zivilprozess- und Verfahrensrecht V, Zürich 2005 (zit. Anfechtungsansprüche), 86; BGE 135 I 66, 109 III 115, 100 Ia 21, 37 II 593; Urteil 7B.109/2004 vom 17. August 2004 (zzz 2004, 256 f.), E. 3.1; Urteil 5P.369/2002 vom 20. Mai 2003, E. 2.2.; Urteil 4A_28/2008 vom 31. März 2009, E. 3.2. (zur Kritik und zur Ansicht der Minderheit des Bundesgerichts vgl. NAEGELI GEORG, Die Auswirkungen der Konkurserklärung auf ein hängiges Schiedsverfahren, Jusletter, 31. August 2009).

22 BGE 135 I 66; Urteil 4A_28/2008 vom 31. März 2009, E. 3.2. vgl. Urteil 5A_134/2009 vom 7. Juli 2009, E. 3.2.2., zur Legitimation eines ausländisches Konkursverwalters in der Schweiz im eigenen Namen eine Anfechtungsklage zu führen.

1. Inhalt des materiellen Sachrechts

Unter welchen Voraussetzungen ein Sicherungsrecht entsteht, richtet sich nach dem anwendbaren Sachrecht. Dieses regelt auch die Formalien, welche erfüllt sein müssen. So setzt z.B. ein Eigentumsvorbehalt nach schweizerischem Recht voraus, dass ein Eintrag im Eigentumsvorbehaltsregister (am Sitz des Sicherungsgebers) erfolgt (Art. 715 Abs. 1 ZGB). Die Begründung eines Faustpfandrechts (Art. 884 ZGB) oder die Vereinbarung einer Sicherungsübereignung (Art. 717 ZGB) an beweglichen Sachen setzen nach schweizerischem Recht voraus, dass der Pfandgläubiger bzw. der Sicherungsnehmer ausschliesslichen Besitz an der beweglichen Sache erlangt hat.

2. Anwendbares Recht/Rechtswahl

Welches Recht bei internationalen Sachverhalten anwendbar ist, richtet sich nach dem Internationalen Privatrecht. Die internationalen Privatrechtsordnungen sind unterschiedlich liberal ausgestaltet. Das schweizerische Recht ist (gerade im Vergleich mit anderen Europäischen Rechtsordnungen[23]) sehr liberal ausgestaltet; es lässt die parteiautonome *Rechtswahl* in vielen Bereichen zu. Dies gilt namentlich auch und gerade für das *Sachenrecht*:

Die Parteien können den Erwerb und den Verlust von *dinglichen Rechten* (Eigentum oder beschränkte dingliche Rechte) *an beweglichen Sachen* dem Recht des Abgangs- oder Bestimmungsstaates oder dem Recht unterstellen, dem das zugrunde liegende Rechtsgeschäft untersteht (Art. 104 Abs. 1 IPRG). Die Rechtswahl kann aber Dritten nicht entgegen gehalten werden (Art. 104 Abs. 2 IPRG).

Die *Verpfändung von Forderungen, Wertpapieren und anderen Rechten* untersteht dem von den Parteien gewählten Recht. Die Rechtswahl kann Dritten ebenfalls nicht entgegengehalten werden (Art. 105 Abs. 1 IPRG). Dem Schuldner kann nur das Recht entgegengehalten werden, dem das verpfändete Recht untersteht (Art. 105 Abs. 3 IPRG).

Dass Dritten die Rechtswahl nicht entgegengehalten werden kann bedeutet, dass sich diese *wahlweise* auf das (von den Parteien) gewählte Recht oder

---

[23] Vgl. SCHWANDER IVO, Einführung ins Internationale Privatrecht, Bd. 1, 3. Aufl., St. Gallen/Lachen 2000, N 233.

das gemäss objektiver Anknüpfung anwendbare Recht berufen können[24]. Damit müssen die Parteien trotz Rechtswahl immer auch die Bedingungen desjenigen Rechts erfüllen, das bei Fehlen einer Rechtswahl anwendbar wäre[25]. Im Ergebnis wirkt sich damit die liberale Möglichkeit, eine Rechtswahl zu treffen, zu Ungunsten der Parteien und zu Gunsten der Dritten aus[26]. Auf die Gutgläubigkeit der Dritten kommt es nicht an[27].

Dritter ist jedermann, ausser den Parteien[28]. Als Dritte gelten namentlich die *Gläubiger* bzw. die Konkursverwaltung oder die Liquidatoren bei einem Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung einer Partei[29]. Damit bewirkt die Insolvenz einer Partei, dass plötzlich Dritte hinzutreten (die Gläubiger einer insolventen Vertragspartei bzw. die Insolvenzorgane), welche das für sie vorteilhaftere Recht wählen können. Die Insolvenz eröffnet damit der Masse *neue Einreden*, welche der Partei selbst vor deren Insolvenz nicht zugestanden sind. Damit kann die Insolvenz einer Partei dazu führen, dass Rechtspositionen der Gegenpartei nicht mehr (oder nicht mehr in gleichem Umfang) bestehen, als dies vor der Insolvenz der Fall war.

---

24 ZK-HEINI, Art. 104 IPRG N 10, Art. 105 IPRG N 9; BaK-FISCH, Art. 104 IPRG N 14.

25 BaK-FISCH, Art. 104 IPRG N 16 f.

26 Vgl. SIEHR KURT, Das Internationale Privatrecht der Schweiz, Zürich 2002, 197.

27 Zur anderen Rechtslage gemäss Art. 102 Abs. 3 IPRG vgl. nachfolgend IV.3.b).

28 ZK-HEINI, Art. 104 IPRG N 11; BaK-FISCH, Art. 102 IPRG N 25; BaK-FISCH, Art. 104 IPRG N 14.

29 ZK-HEINI, Art. 104 IPRG N 11; vgl. auch ZK-HEINI, Art. 102 IPRG N 16 (wonach ein Gläubiger gutgläubiger Dritte i.S.v. Art. 102 Abs. 3 IPRG sei, so dass ihm der Bestand eines Eigentumsvorbehalts gemäss Art. 102 Abs. 2 IPRG nicht entgegengehalten werden kann); SIEHR (FN 26), 196 (wonach es in der Betreibung und im Konkurs keinen guten Glauben i.S.v. Art. 102 Abs. 3 IPRG gebe) und BaK-FISCH, Art. 102 IPRG N 25 und BUCHER ANDREAS, La réserve de propriété en droit international privé suisse, in: La Semaine Judiciaire, Recueil d'articles offert par la Société genevoise de droit et de législation à l'occasion des Journées des avocats suisses organisées par la Fédération Suisse des avocats à Genève les 8 et 9 juin 1990, 321 (wonach im Konkurs kein Aussonderungsrecht bestehe).

3. Rechtsgeschäfte mit Wirkung inter partes

Ganz ähnlich gibt es Konstellationen, in welchen eine Abmachung materiellrechtlich zwar unter den Parteien gilt, d.h. wirksam ist, diese Abmachung aber Dritten nicht entgegengehalten werden kann:

a) Sale and lease back und Sicherungsübereignung mit Besitzeskonstitut an beweglichen Sachen (Art. 717 ZGB)

Als Ausdruck des *Faustpfandprinzips* besagt Art. 717 ZGB (für Binnensachverhalte) Folgendes: Bleibt eine bewegliche Sache infolge eines besonderen Rechtsverhältnisses beim Veräusserer, so ist der Eigentumsübergang Dritten gegenüber unwirksam, wenn damit ihre Benachteiligung oder eine Umgehung[30] der Bestimmungen über das Faustpfand beabsichtigt war.

Die Bestimmungen über das Faustpfand besagen ebenfalls, dass ein Faustpfand (gesetzliche Ausnahmen vorbehalten) nur dadurch verpfändet werden kann, dass dem Pfandgläubiger der Besitz an der Pfandsache übertragen wird (Art. 884 Abs. 1 ZGB). Das Pfandrecht ist nicht begründet, solange der Verpfänder die ausschliessliche Gewalt über die Sache behält (Art. 884 Abs. 3 ZGB).

Die Bestimmung von Art. 717 ZGB kommt namentlich auf *sale and lease back Geschäfte* in Bezug auf bewegliche Sachen zur Anwendung[31]. Ebenfalls erfasst ist die *Sicherungsübereignung mit Besitzeskonstitut*[32]. Unter den Parteien ist das Rechtsgeschäft voll rechtswirksam[33].

Dritten gegenüber sind solche Rechtsgeschäfte dagegen *unwirksam* (Art. 717 Abs. 1 ZGB). In der Sache handelt es sich um eine zivil- und nicht um eine vollstreckungsrechtliche Unwirksamkeit (eine paulianische Anfechtung ist

---

30 Vgl. dazu Urteil 5C.199/2001 vom 29. November 2001, E. 3.a.

31 Statt aller BaK-SCHLUEP/AMSTUTZ, Einl. vor Art. 184 OR N 89; GIRSBERGER DANIEL, Grenzüberschreitendes Finanzierungsleasing, Zürich 1997, N 263 ff.; BK-ZOBL/THURNHEER, Art. 884 N 720 m.w.H.; BGE 119 II 241 E. 5 in fine = Pra 1995 Nr. 102 m.w.H.

32 BK-ZOBL/THURNHEER, syst. Teil, N 1408 m.w.H., Art. 884 N 719; BGE 42 II 24 ff.

33 ZK-HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, Art. 717 ZGB N 45 ff.; BK-ZOBL/THURNHEER, syst. Teil N 1408 m.w.H., Art. 884 N 719 m.w.H. BGE 94 II 304.

erst notwendig, wenn nicht schon ein zivilrechtlicher Rechtsgrund besteht). Sie kommt aber erst in einem Vollstreckungsverfahren zum Tragen[34]. Auf die Gutgläubigkeit des Dritten kommt es auch diesbezüglich nicht an[35].

Als *Dritte* gelten namentlich die *Gläubiger* der veräussernden Partei[36] und zwar auch solche, welche erst nach Abschluss des fraglichen Rechtsgeschäfts Gläubiger der veräussernden Partei geworden sind[37]. Damit sind solche Rechtsgeschäfte in der Insolvenz der veräussernden Partei unwirksam. Auch hier führt die Insolvenz einer Partei (des Veräusserers) dazu, dass die Insolvenzmasse Einreden erheben kann, welche dem Gemeinschuldner gar nicht zustanden.

Art. 717 ZGB ist eine *Regel des schweizerischen Zivilrechts*. Insofern kommt sie auch (bzw. gerade) bei reinen Binnensachverhalten (d.h. ohne Auslandbezug) zur Anwendung. Im internationalen Bezug kommt der Norm sogar die Qualität als *loi d'application immédiate* des schweizerischen Internationalen Privatrechts zu[38]. Dies bedeutet, dass ein schweizerischer Richter diese Gesetzesbestimmung auch dann beachten und anwenden muss, wenn ansonsten das Sachrecht einer anderen Rechtsordnung zur Anwendung gelangt.

b) *Im Ausland begründeter Eigentumsvorbehalt an Gegenständen, welche in die Schweiz eingeführt werden (Art. 102 IPRG)*

Analog verhält es sich, wenn eine bewegliche Sache in die Schweiz gelangt, an welcher im Ausland gültig ein Eigentumsvorbehalt begründet worden ist,

---

34 Vgl. III.4.

35 Zur anderen Rechtslage gemäss Art. 102 Abs. 3 IPRG vgl. nachfolgend IV.3.b).

36 ZK-HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, Art. 717 ZGB N 55, N 62, N 69; ZK-OFTINGER/BÄR, Art. 884 ZGB N 292; BK-ZOBL/THURNHEER, Art. 884 N 716; BSK-SCHWANDER, Art. 717 ZGB N 3; BSK-BAUER, Art. 884 ZGB N 8; STEINAUER PAUL-HENRI, Les droits réels, Tome II, Bern 1994, N 2026a; CHK-BELSER/BIENZ, Art. 717 ZGB N 6 und N 14; vgl. auch Urteil 5C.199/2001 vom 29. November 2001, E. 3.b.

37 ZK-HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, Art. 717 ZGB N 70; BSK-SCHWANDER, Art. 717 ZGB N 3; CHK-BELSER/BIENZ, Art. 717 ZGB N 6.

38 ZK-HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, Art. 717 ZGB N 95; SCHWANDER, N 523; BGE 42 III 174 f.

welcher den Anforderungen des schweizerischen Rechts nicht entspricht (wie etwa wegen fehlendem Eintrag im Eigentumsvorbehaltsregister). Diesfalls bleibt der Eigentumsvorbehalt in der Schweiz grundsätzlich *noch während drei Monaten*[39] *gültig* (Art. 102 Abs. 2 IPRG). Während dieser Zeit können die Anforderungen des schweizerischen Rechts (namentlich der Eintrag im Eigentumsvorbehaltsregister) erfüllt werden.

Gutgläubigen *Dritten* kann der Bestand eines solchen Eigentumsvorbehalts vor Erfüllung der schweizerischen Anforderungen jedoch nicht entgegengehalten werden (Art. 102 Abs. 3 IPRG). Als Dritte gelten auch in diesem Zusammenhang (auch, aber nicht nur[40]) die *Gläubiger*[41], namentlich jene der erwerbenden Partei. Auch in diesem Zusammenhang sind die Gläubiger unabhängig davon erfasst, ob sie schon vor oder erst nach Verbringung des Gegenstandes in die Schweiz Gläubiger der erwerbenden Partei geworden sind. Damit hilft die dreimonatige Übergangsfrist dem Verkäufer gerade dann nicht, wenn der Käufer während der Dreimonatsfrist insolvent wird; die Gläubiger des Käufers müssen sich den im schweizerischen Register (noch) nicht eingetragenen Eigentumsvorbehalt nicht entgegenhalten lassen[42].

Anders als in den übrigen, hier behandelten Konstellationen[43] kann der Bestand eines solchen Eigentumsvorbehalts nur den *gutgläubigen* Dritten nicht entgegengehalten werden. Der gute Glaube bezieht sich auf den Bestand des fremden Eigentumsvorbehalts[44]. Die Gutgläubigkeit ist in erster Linie für den Dritterwerber der (vom Eigentumsvorbehalt betroffenen) Sache von

---

39 Diese Frist entspricht jener im Binnenverhältnis, innert welcher bei Wohnortwechsel des Erwerbers der Eintrag im Eigentumsvorbehaltsregister am neuen Wohnort erfolgen muss (Art. 3 Abs. 3 der Verordnung betreffend die Eintragung der Eigentumsvorbehalte [SR 211.413.1]).

40 Vgl. vorn, 3.a) FN 36.

41 HANISCH HANS, Besitzlose Mobiliarsachenrechte im internationalen Rechtsverkehr, insbesondere im Verhältnis zwischen der Schweiz und der Bundesrepublik Deutschland, in: SCHWANDER IVO (Hrsg.), Beiträge zum neuen IPR des Sachen-, Schuld und Gesellschaftsrechts, Festschrift für Prof. Rudolf Moser, Zürich 1987, 45 f.; ZK-HEINI, Art. 102 IPRG N 16; BaK-FISCH, Art. 102 IPRG N 25.

42 Vgl. auch BGE 131 III 595 ff., wo allerdings die Dreimonatsfrist schon abgelaufen war (ohne dass ein Eintrag im Eigentumsvorbehaltsregister erfolgt war), als der Käufer in Konkurs fiel.

43 Vgl. vorn, IV.2. und IV.3.a).

44 HANISCH (FN 41), 46; ZK-FISCH, Art. 102 IPRG N 32.

Bedeutung[45]; diesbezüglich sollte denn auch ein Gleichlauf mit der materiellen Rechtslage nach schweizerischem Sachenrecht geschaffen[46] und der Verkehrsschutz gewährleistet werden[47]. Gläubigern[48] gegenüber spielt der gute Glaube m.E. faktisch nur in der Spezialexekution eine Rolle. Dort wird die Rechtsposition individuell geltend gemacht[49], so dass spezifische Gläubiger bösgläubig gestellt werden können. In der Generalexekution wird die Rechtsposition der Gläubiger kollektiv geltend gemacht[50], so dass (vor der Insolvenz) sämtliche Gläubiger bösgläubig gestellt werden müssten, was wohl faktisch kaum machbar sein dürfte. Massgeblicher Zeitpunkt für die Gut- bzw. Bösgläubigkeit ist m.E. der Eintritt des Insolvenzereignisses (Pfändung, Konkurs, Bestätigung des Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung).

Der Verkäufer muss den gültig vereinbarten Eigentumsvorbehalt (sei es während oder nach Ablauf der Dreimonatsfrist) *vor Eintritt eines Insolvenzereignisses* über den Käufer (Konkurs, Pfändung, Bestätigung eines Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung) im Eigentumsvorbehaltsregister eintragen lassen[51]. Nur dann sind die Gläubiger des Käufers daran gebunden. Wird der Eintrag *erst nach* der Insolvenz des Käufers vorgenommen (was faktisch dann möglich ist, wenn der Käufer nicht mehr mitwirken muss), dann kann er den Gläubigern in *dieser* Insolvenz jedoch nicht entgegen gehalten werden, da der Zeitpunkt der Insolvenz (Konkurs, Pfändung, Bestätigung des Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung) massgeblich ist[52].

---

45 HANISCH (FN 41), 45/46; ZK-FISCH, Art. 102 IPRG N 32; vgl. auch BaK-HEINI, Art. 102 IPRG N 15.

46 ZK-FISCH, Art. 102 IPRG N 25; BaK-HEINI, Art. 102 IPRG N 15.

47 HANISCH (FN 41), 32.

48 HANISCH (FN 41), 45/46, scheint den guten Glauben generell auf den Dritterwerber zu beschränken und nicht auf die Gläubiger auszudehnen.

49 Vgl. nachfolgend IV.4.

50 Zur Geltendmachung der Unwirksamkeit durch die Gläubiger vgl. nachfolgend IV.4.

51 HANISCH (FN 41), 46.

52 BGE 93 III 108 für den Konkurs.

4. Geltendmachung der Rechtsposition der Gläubiger

Wie „die Gläubiger" ihre Rechtsposition (Berufung auf das bei objektiver Anknüpfung anwendbare Recht[53], die Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts [wegen Verletzung von Art. 717 ZGB][54] bzw. auf den nicht eingetragenen Eigentumsvorbehalt[55]) vorbringen bzw. durchsetzen können, hängt von der Konstellation ab. Ebenso hängt von den Umständen ab, ob ein einzelner Gläubiger die Rechtsposition vorbringen kann oder ob die Gläubiger kollektiv vorgehen müssen.

Die Grundlage für die Rechtsposition der Gläubiger liegt im Internationalen Privat- bzw. im Zivilrecht. Die Rechtsposition der Gläubiger kommt aber erst im Zusammenhang mit einem Insolvenzverfahren zum Tragen. Insofern besteht eine gewisse Verwandtschaft zu den insolvenzrechtlichen Anfechtungsansprüchen (Art. 285 ff. SchKG)[56] einerseits und zu den aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsansprüchen andererseits (Art. 756 f. OR).

In allen drei Fällen braucht es immer die *Einleitung eines Betreibungs- bzw. Insolvenzverfahrens*. Ausserhalb eines solchen Verfahrens können „die Gläubiger" die sie begünstigende Rechtsposition nicht vorbringen. Sie können somit nicht ausserhalb eines Betreibungsverfahrens (zivilrechtlich) Klage gegen die Gegenpartei erheben[57]. Dies hängt damit zusammen, dass die Gläubiger bzw. deren Rechtsposition nur dann zu beachten sind, wenn der Schuldner die Gläubigerforderungen nicht (mehr) bedienen kann. Wenn der Schuldner aufrecht stehend und nicht von einem Betreibungsverfahren betroffen ist, können „die Gläubiger" ihre Rechte nicht geltend machen[58]; sie sind erst latent tangiert.

---

53 IV.2.

54 IV.3.1.

55 IV.3.2.

56 ZK-HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, Art. 717 ZGB N 52.

57 *A.M.* ZK-HAAB/SIMONIUS/Scherrer/ZOBL, Art. 717 ZGB N 72 ff.

58 *A.M.* ZK-HAAB/SIMONIUS/Scherrer/ZOBL, Art. 717 ZGB N 72 ff.; CHK-BELSER/BIENZ, Art. 717 ZGB N 14.

Im *Konkurs*[59] des Schuldners ist die Rechtsposition primär *kollektiv* geltend zu machen[60] und zwar durch die Konkursverwaltung namens der Konkursmasse. Die Masse wird sich auf die für die Gläubiger vorteilhaftere Rechtsposition berufen. Soweit der Gemeinschuldner im Zeitpunkt der Konkurseröffnung[61] Gewahrsam hatte (was etwa beim Verkäufer/Leasingnehmer beim sale and lease back von Fahrnis oder beim Käufer unter Eigentumsvorbehalt der Fall ist), kommt die *Aussonderung* zur Anwendung (Art. 242 Abs. 1 SchKG)[62]. Die Gegenpartei wird klageweise vorgehen müssen. Die Konkursmasse kann das Verteidigungsrecht auch an einzelne Gläubiger (gemäss Art. 260 SchKG) abtreten, so dass die Abtretungsgläubiger vorgehen können[63]. Wenn es um ein Faustpfandrecht geht, wird die Konkursverwaltung dieses bei der *Kollokation* abweisen.

In der *Betreibung auf Pfändung* gegen den Schuldner kann der pfändende Gläubiger m.E. die Rechtslage *individuell* geltend machen. Er tut dies bei der Pfändung bzw. nachfolgend im Rahmen des *Widerspruchsverfahrens* (Art. 106 ff.)[64]. Soweit der betriebene Schuldner im Zeitpunkt der Pfändung Alleingewahrsam hatte, wird die Klägerrolle der Gegenpartei zufallen (Art. 107 SchKG).

Während der *Nachlassstundung* kann m.E. die Rechtsposition durch die Gläubiger (noch) nicht aktiv in Anspruch genommen werden (sondern erst nach Genehmigung eines Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung). Soweit es jedoch um die Voraussetzungen für das Zustandekommen des Nachlassvertrages, namentlich die Zustimmung der Gläubiger (Art. 306 SchKG)[65], geht, kann m.E. der Sachwalter in seinem Bericht zuhanden des

---

59 Analog verhält es sich bei einem Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung.

60 ZK-HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, Art. 717 ZGB N 77.

61 Beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung ist die Bestätigung des Nachlassvertrages massgebend.

62 ZK-HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, Art. 717 ZGB N 76 f.; Urteil 5C.199/2001 vom 29. November 2001, Sachverhalt A.

63 Vgl. auch ZK-HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, Art. 717 ZGB N 77; Urteil 5C.199/2001 vom 29. November 2001, Sachverhalt A.

64 ZK-HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, Art. 717 ZGB N 75 f.

65 Die Frage des Stimmrechts der Gegenpartei stellt sich nur, wenn er Gläubiger ist. Wenn er ein Faustpfandrecht geltend macht, ist er nur im Umfang stimmberechtigt, als nach der Schätzung des Sachwalters keine Pfanddeckung besteht (Art. 305

Nachlassrichters (Art. 304 SchKG) die Rechtsposition der Gläubiger berücksichtigen. Bei einem *ordentlichen Nachlassvertrag* kann die Rechtsposition nicht (mehr) in Anspruch genommen werden[66].

Soweit in einem SchKG-Verfahren (Aussonderung, Widerspruchsverfahren) über die Rechtsposition der Gläubiger entschieden wird, erlangt ein gerichtliches *Urteil nur materielle Rechtskraft in der jeweiligen Betreibung* (denn es handelt sich um betreibungsrechtliche Streitigkeiten mit Reflexwirkung auf das materielle Recht[67]), aber nicht darüber hinaus[68]. Dies bedeutet etwa, dass ein Entscheid im Widerspruchsverfahren nur den betreibenden Gläubiger (und auch diesen nur in dieser Betreibung) bindet, nicht aber andere Gläubiger; diese können in ihrer Betreibung dieselbe Frage noch einmal thematisieren[69].

Der Umstand, dass den Gläubigern (bzw. der Masse) Rechtspositionen zustehen, welche dem Gemeinschuldner (vor dessen Insolvenz) gar nicht zugestanden hatten[70], hat auch Auswirkungen auf die Bindungswirkung (materielle Rechtskraft) eines Urteils in einem Prozess, in welchem der Schuldner Partei war und welches Urteil vor der Insolvenz ergangen ist: Soweit die den Gläubigern bzw. der Masse zustehende Rechtsposition zu einem anderen

---

Abs. 2 SchKG). Wenn der Sachwalter das Pfand (in Nachachtung der Rechtsposition der Gläubiger) ausser Acht lässt, würde dies somit dazu führen, dass der Gläubiger voll stimmberechtigt ist. M.E. sollte es darauf ankommen, um was für eine Art von Nachlassvertrag es sich handelt: Bei einem *ordentlichen* Nachlassvertrag kann die Rechtsposition der Gläubiger nicht vorgebracht werden (vgl. oben im Text); eine Auseinandersetzung unter den Gläubigern findet nicht statt; jeder kriegt die vom Schuldner vorgeschlagene Dividende. Bei einem *Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung* dagegen kann die Rechtsposition der Gläubiger geltend gemacht werden (vgl. FN 59). Aus diesem Grund ist es m.E. angezeigt, diese Rechtsposition auch schon für die Stimmberechtigung zu berücksichtigen.

66 ZK-HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, Art. 717 ZGB N 78.

67 Vgl. anstatt aller: AMONN KURT/WALTHER FRIDOLIN, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, Bern 2008, § 24 Rz. 49 (Widerspruchsverfahren) und § 45 Rz. 46 (Aussonderung).

68 Vgl. anstatt aller: AMONN/WALTHER (FN 67), § 24 Rz. 67 (Widerspruchsverfahren) und § 45 Rz. 46 (Aussonderung); ZK-HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, Art. 717 ZGB N 89.

69 Vgl. auch ZK-HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, Art. 717 ZGB N 90.

70 Vgl. IV.2., IV.3.a). und IV.3.b).

Ergebnis geführt hätte, *entfaltet* ein solches *Urteil keine materielle Rechtskraft für die Gläubiger bzw. die Masse.*

V. Handlungsfähigkeit ausländischer Insolvenzmassen im inländischen Insolvenzverfahren

Nachfolgend soll untersucht werden, welche Handlungskompetenzen einem Masseverwalter zukommt in Bezug auf Vermögenswerte, welche sich im Ausland befinden. Vorab wird die Regelung dargestellt, wie es sich verhält, wenn die Insolvenz im Ausland erkannt worden ist, und in der Schweiz belegenes Vermögen einbezogen werden soll. Dabei wird das Hauptaugenmerk auf den „pathologischen" Fall gerichtet, dass (zufolge fehlendem Gegenrecht) kein Anschlussinsolvenzverfahren in der Schweiz eröffnet werden kann. Abschliessend wird ein kurzer Überblick über die Regelung in der EU gegeben.

1. Nach schweizerischem Recht[71]

Welche Handlungen eine ausländische Konkursverwaltung in der Schweiz vornehmen kann, hängt wie erwähnt von deren Rechts- und Handlungsfähigkeit sowie deren Legitimation ab. Diese wiederum sind davon abhängig, ob in der Schweiz ein Anschlussverfahren gemäss Art. 166 ff. IPRG[72] durchgeführt wird. Soweit *Staatsverträge*[73] Anwendung finden, gehen diese der

---

71 Vgl. zum Folgenden: LORANDI FRANCO, Handlungsspielraum ausländischer Insolvenzmassen in der Schweiz, AJP 2008, 560 ff.

72 Zum UNCITRAL-Modellgesetz betreffend grenzüberschreitender Insolvenz vgl. MARKUS ALEXANDER, Das neue UNCITRAL-Modellgesetz betreffend grenzüberschreitende Insolvenz, SZW 1998, 15 ff.

73 Die *staatsvertragliche Regelung* wird nachfolgend nicht behandelt. Es wird diesbezüglich auf die einschlägige Literatur und Judikatur verwiesen: BÜRGI ERICH, Die „Übereinkunft zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Krone Württemberg, betreffend die Konkursverhältnisse und gleiche Behandlung der beidseitigen Staatsangehörigen in Konkursfällen" (Konkursvertrag) vom 12. Dezember 1825/13. Mai 1826, BlSchK 1974, 1 ff.; NUSSBAUM WERNER, Das internationale Konkursrecht der Schweiz, Diss. Bern 1980 (zit. Konkursrecht), 49 ff.; DERS., Anerkennung und Vollstreckung eines auf dem Gebiet des früheren Königreichs Württemberg eröffneten Konkurses in der Schweiz, SJZ 1984 (zit. Anerken-

allgemeinen Regelung nach IPRG vor. Sonderregeln gelten auch für ausländische Insolvenzmassnahmen gegen Banken[74].

---

nung), 355 f.; DALLÈVES LOUIS, Schuldbetreibung und Konkurs: Internationale Konkurse, SJK Nr. 987 (zit. SJK Nr. 987), 5 ff.; GILLIÉRON PIERRE-ROBERT, Les dispositions de la nouvelle loi fédérale de droit international privé sur la faillite internationale, CEDIDAC Lausanne 1991 (zit. dispositions), 41 ff.; STAEHELIN DANIEL, Die Anerkennung ausländischer Konkurse und Nachlassverträge in der Schweiz (Art. 166 ff. IPRG), Diss. Basel 1989 (zit. Anerkennung), 4 ff., 71 ff.; DERS., Konkurs im Ausland – Drittschuldner in der Schweiz, in: RIEMER HANS MICHAEL/KUHN MORITZ/VOCK DOMINIK/GEHRI MYRIAM A. (Hrsg.), Schweizerisches und internationales Zwangsvollstreckungsrecht, FS für Karl Spühler, Zürich 2005 (zit. Drittschuldner), 415 f.; BERTI STEPHAN V./INFANGER DOMINK, Praktische Gedanken zur Frage der Kontrolle der Übernahme von Rechtswirkungen ausländischer Konkursdekrete in der Schweiz, in: RIEMER HANS MICHAEL/KUHN MORITZ/VOCK DOMINIK/GEHRI MYRIAM A. (Hrsg.), Schweizerisches und Internationales Zwangsvollstreckungsrecht, FS für Karl Spühler zum 70. Geburtstag, Zürich 2005, 37 ff.; AMONN KURT, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1983, ZBJV 1985, 465 ff.; LEMBO SAVERIO/JEANNERET YVAN, La reconnaissance d'une faillite étrangère (art. 166 et ss. LDIP): état des lieux et considérations pratiques, SemJud 2002 II, 249 ff.; BRACONI ANDREA, La collocation des créances en droit international suisse de la faillite, Diss. Zürich 2005, 5 ff.; SPAHLINGER ANDREAS, Sekundäre Insolvenzverfahren bei grenzüberscheitenden Insolvenzen, Eine vergleichende Untersuchung zum deutschen, US-amerikanischen, schweizerischen und europäischen Recht, Studien zum ausländischen und internationalen Recht, Tübingen 1998; KREN-KOSTKIEWICZ JOLANTA/KÄHR MICHEL, Die Verwirklichung des Universalprinzips im Internationalen Konkursrecht, in: PICHONNAZ PASCAL/VOGT NEDIM PETER/WOLF STEPHAN (Hrsg.), Spuren des römischen Rechts, Festschrift für Bruno Huwiler zum 65. Geburtstag, Bern 2007, 389 ff.; GEHRI MYRIAM A./KOSTKIEWICZ GREGOR H., Anerkennung ausländischer Insolvenzentscheide in der Schweiz – ein neuer Réduit National?, SZIER 2009 196 ff.; BGE 109 III 83 ff., 100 Ia 23, 94 III 83; Urteil 5A_134/2009 vom 7. Juli 2009, E. 3.1; ZR 1997 Nr. 104.

74 Hier entscheidet die FINMA über die Anerkennung von Konkursdekreten und Liquidations- sowie Sanierungsmassnahmen, die im Ausland über Banken ausgesprochen worden sind (Art. 37g Abs. 1 BankG). Die Anerkennung kann nach geltendem Recht auch diesbezüglich nur gewährt werden, wenn Gegenrecht gegeben ist (BODMER/KLEINER/LUTZ, Art. 37g BankG N 8; BaK-STAEHELIN, Art. 37g BankG N 4; GEHRI/KOSTKIEWICZ [FN 73], 212 ff.). Dies wird auch nach dem *geänderten Bankengesetz* (Inkrafttreten voraussichtlich am 1. Januar 2012) grundsätzlich so bleiben (Art. 37g Abs. 4 und 5 E-BankG). Einzig bei liquiden Ansprüchen gegen Dritte (z.B. bei Bankguthaben) kann die FINMA die direkte Aushändigung an den ausländischen Masseverwalter ohne Anschlusskonkurs in der Schweiz anordnen (Art. 37g Abs. 2 E-BankG).

a) Rechts- und Handlungsfähigkeit des Masseverwalters

Zunächst stellt sich die Frage nach der Rechts- und Handlungsfähigkeit und damit auch nach der Prozessfähigkeit der ausländischen Konkursmasse. Diese richtet sich nach dem *Personalstatut*. Dies ist das Recht des Staates, in welchem der Konkurs eröffnet worden ist[75]. Damit richtet sich die Rechts- und Handlungsfähigkeit einer ausländischen Konkursmasse nach dem (ausländischen) *Recht am Konkursort*[76]. Nach diesen Regeln ist etwa zu beurteilen, ob einer insolventen Partei (noch) die subjektive Schiedsfähigkeit zukommt[77] oder ob ein deutscher Insolvenzverwalter als Prozessstandschafter (im eigenen Namen, aber aus dem Recht der insolventen Partei) Klage erheben kann[78].

b) Legitimation des Masseverwalters

aa) Keine Zwangsmassnahmen der ausländischen Konkursverwaltung in der Schweiz

Sodann stellt sich die Frage der Legitimation der ausländischen Konkursverwaltung, *in der Schweiz Ansprüche geltend zu machen*. Diesbezüglich ist zu unterscheiden: Das Ergreifen *eigentlicher Zwangsmassnahmen* ist der ausländischen Konkursverwaltung in jedem Fall verwehrt. Das Territorialitätsprinzip steht dem entgegen[79]. Damit sind etwa Verwertungshandlungen

---

75 PATOCCHI PAOLO MICHELE/GEISINGER ELLIOTT, IPRG, Zürich 2000, Art. 166 IPRG N 5; GILLIÉRON, dispositions (FN 73), 35; WALTHER FRIDOLIN, Paulianische Anfechtungsansprüche im internationalen Verhältnis – ausgewählte Probleme, in: SPÜHLER WALTER (Hrsg.), Internationales Zivilprozess- und Verfahrensrecht V, Zürich 2005 (zit. Anfechtungsansprüche), 86; BGE 135 I 66, 109 III 115, 100 Ia 21, 37 II 593; Urteil 7B.109/2004 vom 17. August 2004 (zzz 2004, 256 f.), E. 3.1; Urteil 5P.369/2002 vom 20. Mai 2003, E. 2.2.

76 BGE 135 I 66; vgl. auch Urteil 5A_134/2009 vom 7. Juli 2009, E. 3.2.2., zur Legitimation eines ausländisches Konkursverwalters in der Schweiz im eigenen Namen eine Anfechtungsklage zu führen.

77 Urteil 4A_428/2008 vom 31. März 2009, E. 3.2.

78 BGE 135 I 66.

79 WALTHER, Anfechtungsansprüche (FN 75), 96; DERS., Allgemeiner Überblick: Grundlagen und Probleme des internationalen Konkursrechts, in: SPÜHLER KARL (Hrsg.), Aktuelle Probleme des Internationalen Insolvenzrechts, Zürich 2003 (zit.

ausgeschlossen; diese stellen nach unserem Verständnis hoheitliche Akte dar[80].

bb) Sonstige Handlungen zur Rechtsverfolgung

Nicht vollends geklärt ist, welche (nicht hoheitlichen) Handlungen die ausländische Konkursverwaltung in der Schweiz vornehmen kann, wenn sie ihre Rechte *wie eine Privatperson* geltend machen will. Bis heute sind nur einzelne Teilaspekte durch die Rechtsprechung entschieden worden. Mit GILLIÉRON ist festzuhalten, dass die Rechtsprechung des Bundesgerichts verwirrlich und teilweise widersprüchlich ist („la jurisprudence est confuse et contradictoire")[81]. Dies hat zum einen damit zu tun, dass mit dem Inkrafttreten der Art. 166 ff. IPRG ein neues Regime eingeführt wurde, so dass unklar ist, inwieweit früheren Entscheiden auch unter Geltung des IPRG noch Bedeutung zukommt.

Mit Inkrafttreten des *IPRG* wurde ein neues Regime eingeführt. Art. 166 ff. IPRG regeln die Anerkennung eines ausländischen Konkursdekrets sowie die Anerkennung ausländischer Kollokationspläne. Die Anerkennung eines ausländischen Konkursdekrets hängt wesentlich davon ab, ob der Drittstaat Gegenrecht hält (Art. 166 Abs. 1 lit. c IPRG). Heute gilt das *Gegenrechtserfordernis* gerade einmal für folgende Staaten (wenn teilweise auch mit Ein-

---

Grundlagen), 11; SCHWANDER IVO, Entwicklungen im Internationalen Konkurs- und Sanierungsrecht, Jusletter, 25. Oktober 2004, Rz. 41; THEUS SIMONI FABIANA, Englische, walisische und französische Konkursverwalter in der Schweiz, Diss. Zürich 1997, 340; NUSSBAUM, Anerkennung (FN 73), 357; GILLIERON PIERRE-ROBERT, Qu'y a-t-il de nouveau en matière de faillite internationale?, ZSR 1992 I (zit. faillite internationale), 280, 282; JUNOD PHILIPPE, Tendances actuelles de la jurisprudence du Tribunal fédérale en matière de faillite prononce à l'étranger avec des biens situés en Suisse, in: Premier Séminaire de droit international et européen, Neuchâtel, 11-12. Oktober 1985: Le droit de la faillite internationale, Etudes suisse de droit international vol. 46, Zürich 1986, 10 ff.; LEMBO/JEANNERET (FN 73), 254; BGE 130 III 629 f., 111 III 42, 109 III 86, 94 III 95; Urteil 7B.109/2004 vom 17. August 2004 (zzz 2004, 256 f.), E. 3.2; Urteil 1P.161/1991 vom 24. Juli 1991 (JdT 1993 II 126), E. 2.a.; SJZ 2001, 330.

80 BaK-BÜRGI, Art. 256 SchKG N 12; AMONN/WALTHER (FN 67), § 47 N 1; BGE 106 III 82 f.

81 GILLIÉRON, faillite internationale (FN 79), 280; vgl. auch DERS., dispositions (FN 73), 35, 50.

schränkungen) als gesichert[82]: Australien, Bahamas, Belgien, British Virgin Islands, Deutschland, England, Frankreich, Griechenland, Hong Kong, Italien, Kanada, Luxemburg, Österreich, Spanien, Südafrika, USA. Wird das ausländische Konkursdekret in der Schweiz anerkannt, findet ein Anschluss- oder *Minikonkursverfahren* statt. Damit können insbesondere Einzelvollstreckungen (namentlich auf dem Weg des Arrestes; Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG) verhindert werden.

Über die Frage der Anerkennung eines ausländischen Konkursdekretes kann *nicht vorfrageweise* (z.B. bei Erhebung einer Klage der Konkursmasse) entschieden werden[83].

Ohne Anerkennung des ausländischen Konkursdekrets in der Schweiz ist der ausländische Masseverwalter nicht befugt, für die Masse in der Schweiz zu handeln[84]. Der ausländischen Konkursverwaltung sind damit die Hände gebunden. Sie ist insbesondere *nicht legitimiert, Forderungen* in der Schweiz *in Betreibung zu setzen*[85], im Insolvenzverfahren (Konkurs, Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung) über den Drittschuldner Forderungen einzuge-

---

82 BaK-BERTI, Art. 166 IPRG N 37 ff.; ZK-VOLKEN, Art. 166 IPRG N 102 ff.; STAEHELIN D., Anerkennung (FN 73), 71 ff.; HANISCH, Internationale Insolvenzrechte des Auslandes und das Gegenrecht nach Art. 166 Abs. 1 IPRG, SZIER 1992, 9 ff.; ZILTENER FELIX/SPÄTH ANDREA, Die Anerkennung ausländischer Konkurse in der Praxis des Bezirksgerichts Zürich, zzz 2005, 77 ff.; GEHRI/KOSTKIEWICZ (FN 73), 203.

83 BGE 135 I 66, 134 III 366.

84 ZK-VOLKEN, Art. 171 IPRG N 39; WALTHER, Anfechtungsansprüche (FN 75), 95 ff.; BERTI/INFANGER (FN 73), 37 ff.; BREITENSTEIN STEFAN, Internationales Insolvenzrecht der Schweiz und der Vereinigten Staaten, Zürich 1990, 195; GILLIÉRON, dispositions (FN 73), 55; LEMBO/JEANNERET (FN 73), 254; GEHRI/KOSTKIEWICZ (FN 73), 205 f.; Urteil 6B_557/2010 vom 9. März 2011, E. 7.2.; 1P.161/1991 vom 24. Juli 1991 (JdT 1993 II 127 f.), E. 2.c./d.; Entscheid des Handelsgerichts des Kantons St. Gallen vom 16. Januar 2009, E.5 (HG.2008.183; abrufbar unter <www.gerichte.sg.ch/home/dienstleistungen/rechtsprechung/kantonsgericht/entscheide_2009/hg_2008_183.html>, besucht am 23. Juni 2009). *A.M.* D. STAEHELIN, Anerkennung (FN 73), 21; SJZ 2001, 329 f.

85 WALTHER, Anfechtungsansprüche (FN 75), 96; THEUS SIMONI (FN 79), 342; BGE 135 III 43; *a.M.* SCHWANDER IVO, Die Anerkennung ausländischer Konkursdekrete, Nachlassverträge und Kollokationspläne in der Schweiz, in: Recht und Internationalisierung, Festgabe der Juristischen Abteilung der Universität St. Gallen zum Juristentag 2000, Zürich 2000, 334 f., unter Berufung auf das Institut der Berücksichtigung; anders für die Zeit *vor* Inkrafttreten des IPRG: BGE 37 II 593.

ben[86], *Kollokationsklage* (sei es eine Zulassungs- [Art. 250 Abs. 1 SchKG] oder eine Wegweisungsklage [Art. 250 Abs. 2 SchKG]) zu *führen*[87], Aussonderung zu verlangen bzw. Aussonderungsklage zu führen, Arrest auf fremdes[88] Vermögen zu legen, in Bezug auf in der Schweiz belegene Forderungen *Zivilklage führen*[89], Aktiven zu verwerten[90], Drittschuldner zur Zahlung anzuhalten[91], Anfechtungsklage zu führen[92] oder Rekurs gegen eine strafrechtliche Einstellungsverfügung zu führen[93].

c) *Handlungsspielraum des ausländischen Gemeinschuldners*

Kann die ausländische Konkursverwaltung demnach keine privatrechtlichen Handlungen in der Schweiz vornehmen, stellt sich die Frage, ob allenfalls der Gemeinschuldner dies tun kann. Kann er dies, so kann er auch die ausländische Konkursverwaltung bevollmächtigen, für ihn zu handeln. Ob der

---

86 BGE 135 III 43 f.; Urteil 5A_415/2011 vom 21. September 2011, E. 2 und E. 3.

87 Anders für die Zeit *vor* Inkrafttreten des IPRG: BGE 109 III 117, 37 II 593.

88 Arrestlegung für *eigenes* Vermögen ist schon logisch ausgeschlossen, da niemand sein eigener Gläubiger bzw. Schuldner sein kann (WALTHER, Grundlagen [FN 79], 12; THEUS SIMONI [FN 79], 341; BGE 102 III 71 ff., 37 II 594).

89 BREITENSTEIN (FN 84), 195; WALTHER, Anfechtungsansprüche (FN 75), 89 FN 30, 97 f.; THEUS SIMONI (FN 79), 342; ZK-VOLKEN, Art. 171 IPRG N 42, beide in Bezug auf die Anfechtungsklage; SCHWANDER IVO, Rechtsprechung zum internationalen Schuld-, Gesellschafts- und Konkursrecht, SZIER 2008, 252 f.; OBERHAMMER PAUL, Kurze Urteilsbesprechung und -hinweise, ZZZ 2008/2009, 433; BGE 134 III 377, 378; 135 III 43; *a.M.* NUSSBAUM, Anerkennung (FN 73), 357; ComR-KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, Art. 166 IPRG N 1; SCHWANDER, Anerkennung (FN 85), 334 f., unter Berufung auf das Institut der Berücksichtigung.

90 WÜTHRICH KARL, Kann eine ausländische Konkursmasse in der Schweiz eine Klage gegen einen ihrer Schuldner mit Sitz oder Wohnsitz in der Schweiz einleiten?, Jusletter, 25. Oktober 2004, Rz. 3.

91 HARDMEIER HANS ULRICH, Grenzüberschreitende Insolvenzverfahren, Anwaltsrevue 5/2000, 16 f.; WALTHER, Grundlagen (FN 79), 12 FN 27; STAEHELIN, Drittschuldner (FN 73), 412; BGE 130 III 630; *a.M.* STAEHELIN, Anerkennung (FN 73), 20 f.; ZR 2000 Nr. 63, 176 und 178.

92 STAEHELIN, Anerkennung (FN 73), 144; GILLIÉRON, dispositions (FN 73), 55; THEUS SIMONI (FN 79), 341; BOMMER FLORIAN, Die Zuständigkeit für Widerspruchs- und Anfechtungsklagen im internationalen Verhältnis, Diss. Zürich 2001, 161; ZR 106 Nr. 28.

93 Urteil 6B_557/2010 vom 9. März 2011, E. 7.2.

Gemeinschuldner trotz Konkurs im Ausland in der Schweiz agieren kann, hängt davon ab, welche Wirkungen ein ausländischer Konkurs ohne Anschlusskonkursverfahren auf die Handlungsfähigkeit des Gemeinschuldners zeitigt. Die Meinungen dazu sind geteilt[94].

Geht man davon aus, dass – trotz Fehlens eines Anschlusskonkursverfahrens – die Auswirkungen auf die Vertretungsbefugnis der *Organe* einer juristischen Person[95] nach Massgabe des anwendbaren Rechts ein *vollumfänglicher Verlust der Vertretungsbefugnis*[96]seien, so können die Organe weder selber handeln noch den ausländischen Konkursverwalter bevollmächtigen. Diesfalls kann weder der ausländische Konkursverwalter noch der Gemeinschuldner agieren. Es stellt sich die Frage, ob dieses Vakuum überwunden werden kann.

Unter dem *früheren Recht* blieb die Möglichkeit, für das in der Schweiz gelegene Vermögen einen *Beistand* zu ernennen[97]. Die Rechtslage war jedoch unklar. Eine klare bundesgerichtliche Rechtssprechung gab es nicht[98]. Die (unpublizierte) kantonale Praxis war sehr unterschiedlich. Gemäss einem Teil der Lehre zum *bisherigen Recht*[99] stützte sich die Einsetzung eines Beistandes auf Art. 393 aZGB[100]; am ehesten wäre wohl Art. 393 Ziff. 4 aZGB

---

94 In BGE 135 III 481, E. 3.4, hat das Bundesgericht die Frage offen gelassen (unter Verweis auf den diesem Manuskript zu Grunde liegenden Aufsatz in AJP 2008, 564 f.).

95 Ist der Gemeinschuldner eine *natürliche Person*, verliert er seine Handlungsfähigkeit nicht; einzig seine Verfügungsfähigkeit über Vermögensrechte der Konkursmasse ist beschränkt. Er kann deshalb die ausländische Konkursmasse bevollmächtigen, für ihn zu handeln (STAEHELIN, Drittschuldner [FN 73], 414 f.; DERS., Anerkennung [FN 73], 21).

96 STAEHELIN, Drittschuldner (FN 73), 412 f.; BGE 134 III 377.

97 STAEHELIN, Anerkennung (FN 73), 21; BREITENSTEIN (FN 84), 195; WALTHER, Grundlagen (FN 79), 12 FN 27; HARDMEIER (FN 91), 17; SZIER 2000, 386.

98 Der häufig zitierte Entscheid BGE 51 II 259 ff. stellt m.E. kein taugliches Präjudiz dar.

99 Art. 393 Ziff. 4 ZGB wurde per 1. Januar 2008 aufgehoben und durch die Art. 731b (AG) und revArt. 819 OR (GmbH) sowie Art. 69a (Verein) und Art. 83 ZGB (Stiftung) ersetzt (BBl 2002, 3243 f.).

100 STAEHELIN, Anerkennung (FN 73), 21, SZIER 2000, 386, sowie BGE 51 II 259 ff. verweisen ohne nähere Spezifizierung auf Art. 393 ZGB; WALTHER, Grundlagen (FN 79), 12 FN 27, verweist auf die Art. 392 f. ZGB.

einschlägig gewesen[101]. Welche *Kompetenzen* dem Beistand zukamen, war umstritten[102].

Seit 1. Januar 2008 regelt das ZGB nur noch vormundschaftliche Massnahmen für natürliche Personen[103]. Für die *juristischen Personen* wurden neue Bestimmungen geschaffen (Art. 69c ZGB für Vereine[104], Art. 83d ZGB für Stiftungen[105], Art. 731b OR für Aktiengesellschaften[106], Art. 819 OR für

---

101 Dieser lautete wie folgt: „Fehlt einem Vermögen die nötige Verwaltung, so hat die Vormundschaftsbehörde das Erforderliche anzuordnen und namentlich in folgenden Fällen einen Beistand zu ernennen: 4. bei einer Körperschaft oder Stiftung, solange die erforderlichen Organe mangeln und nicht auf andere Weise für die Verwaltung gesorgt ist".

102 Vgl. HARDMEIER (FN 90), 17.

103 BBl 2002, 3244.

104 Die Bestimmung lautet wie folgt: „[1] Fehlt dem Verein eines der vorgeschriebenen Organe, so kann ein Mitglied oder ein Gläubiger dem Gericht beantragen, die erforderlichen Massnahmen zu ergreifen.
[2] Das Gericht kann dem Verein insbesondere eine Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes ansetzen und, wenn nötig, einen Sachwalter ernennen.
[3] Der Verein trägt die Kosten der Massnahmen. Das Gericht kann den Verein verpflichten, den ernannten Personen einen Vorschuss zu leisten.
[4] Liegt ein wichtiger Grund vor, so kann der Verein vom Gericht die Abberufung von Personen verlangen, die dieses eingesetzt hat".

105 Die Bestimmung lautet wie folgt: „[1] Ist die vorgesehene Organisation nicht genügend, fehlt der Stiftung eines der vorgeschriebenen Organe oder ist eines dieser Organe nicht rechtmässig zusammengesetzt, so muss die Aufsichtsbehörde die notwendigen Massnahmen ergreifen. Sie kann insbesondere 1. der Stiftung eine Frist ansetzen, binnen deren der rechtmässige Zustand wieder herzustellen ist; oder 2. das fehlende Organ oder einen Sachwalter ernennen.
[2] Kann eine zweckdienliche Organisation nicht gewährleistet werden, so hat die Aufsichtsbehörde das Vermögen einer anderen Stiftung mit möglichst gleichartigem Zweck zuzuwenden.
[3] Die Stiftung trägt die Kosten der Massnahmen. Die Aufsichtsbehörde kann die Stiftung verpflichten, den ernannten Personen einen Vorschuss zu leisten.
[4] Liegt ein wichtiger Grund vor, so kann die Stiftung von der Aufsichtsbehörde die Abberufung von Personen verlangen, die diese eingesetzt hat".

106 Die Bestimmung lautet wie folgt: „[1] Fehlt der Gesellschaft eines der vorgeschriebenen Organe oder ist eines dieser Organe nicht rechtmässig zusammengesetzt, so kann ein Gläubiger oder der Handelsregisterführer dem Richter beantragen, die erforderlichen Massnahmen zu ergreifen. Der Richter kann insbesondere 1. der Gesellschaft unter Androhung ihrer Auflösung eine Frist ansetzen, binnen derer der rechtmässige Zustand wieder herzustellen ist; 2. das fehlende Organ oder einen

GmbH[107] und Art. 908 OR für Genossenschaften[108]). Zuständig ist neu der Richter (und nicht mehr die Vormundschaftsbehörde). Fehlt einer Gesellschaft eines der vorgeschriebenen Organe (oder ist eines dieser Organe nicht rechtmässig zusammengesetzt), so kann der Richter auf Antrag die erforderlichen Massnahmen ergreifen. Er kann insbesondere einen Sachwalter (oder das fehlende Organ) ernennen (Art. 731b Abs. 1 Ziff. 2 OR). Der Richter bestimmt die Dauer (Art. 731b Abs. 2 OR) und die *Kompetenzen* des Sachwalters[109].

Die genannten Bestimmungen gelten an sich nur für juristische Personen mit Sitz in der Schweiz; nur solche sind im OR geregelt. Entsprechend ist im Binnenverhältnis auch der Richter am Sitz der Gesellschaft zuständig (Art. 10 Abs. 1 lit. b ZPO)[110]. Im internationalen Verhältnis besteht jedoch aufgrund von Art. 153 IPRG[111] eine schweizerische Zuständigkeit am Ort des zu schützenden Vermögenswertes. Dies galt (für das bisherige Recht) gerade auch für Fälle, da für eine ausländische juristische Person ein Beistand (gemäss Art. 393 aZGB) bestellt werden sollte[112]. Diese Zuständigkeitsregelung gilt m.E. unverändert weiter, wenn für eine ausländische Insolvenzmasse nach neuem Regime ein Sachwalter bestellt werden soll.

Sachwalter ernennen; 3. die Gesellschaft auflösen und ihre Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs anordnen.
[2] Ernennt der Richter das fehlende Organ oder einen Sachwalter, so bestimmt er die Dauer, für die die Ernennung gültig ist. Er verpflichtet die Gesellschaft, die Kosten zu tragen und den ernannten Personen einen Vorschuss zu leisten.
[3] Liegt ein wichtiger Grund vor, so kann die Gesellschaft vom Richter die Abberufung von Personen verlangen, die dieser eingesetzt hat".

107 Art. 819 OR verweist auf die Vorschriften des Aktienrechts.

108 Art. 908 OR verweist auf die Vorschriften des Aktienrechts.

109 BBl 2002, 3232; SANWALD, in: NUSSBAUM MARTIN F./SANWALD RETO/SCHEIDEGGER MARKUS (Hrsg.), Kurzkommentar zum neuen GmbH-Recht, Muri bei Bern 2007, Art. 819 OR N 9.

110 LEHMANN PETER, Die „kleine Aktienrechtsrevision" (Teil 2), GesKR 2007, 421 f.; SHK-SIFFERT/FISCHER/PETRIN, Art. 819 OR N 3.

111 Diese Regelung gilt auch im Verhältnis zu Drittstaaten, welche Vertragsstaaten des LugÜ sind (ZK-VISCHER, Art. 153 IPRG N 3; BaK-VON PLANTA/EBERHARD, Art. 153 IPRG N 4).

112 ZK-VISCHER, Art. 153 IPRG N 1; BaK-VON PLANTA/EBERHARD, Art. 151 IPRG N 7, Art. 153 IPRG N 2.

In Anlehnung an den weiten Wortlaut von Art. 393 ZGB („fehlt einem Vermögen die nötige Verwaltung") kann m.E. auch *nach neuem Recht* in analoger Anwendung von Art. 393 ZGB und den gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen (Art. 731b, Art. 819, Art. 908 OR; vgl. auch Art. 69c und Art. 83d ZGB) ein *Sachwalter* für eine ausländische juristische Person bestellt werden, über welche im Ausland der Konkurs eröffnet worden ist. Die *Gerichtspraxis* ist allerdings uneinheitlich[113]. So ist der Verlust der Handlungsfähigkeit der bisherigen Organmitglieder ein tauglicher Grund gemäss Art. 731b OR[114].

Die Ernennung eines Sachwalters kann m.E. aber nur als *ultima ratio* in Frage kommen. Insofern ist diese Massnahme für eine ausländische Insolvenzmasse *subsidiär* zur Durchführung eines Anschlusskonkursverfahrens in der Schweiz. Wo ein solches möglich ist, kann kein Sachwalter bestellt werden. Diesfalls ist die Ernennung eines Sachwalters keine „erforderliche Massnahme" i.S.v. Art. 731b Abs. 1 Satz 1 OR.

Der Sachwalter handelt als (richterlich eingesetztes) Organ des ausländischen Gemeinschuldners (juristische Person)[115]. Es kommen ihm – Einschränkungen bzw. Abweichungen im richterlichen Ernennungsentscheid vorbehalten – jene Kompetenzen zu, welche ohne Insolvenz auch den vormaligen Organen zugekommen sind. Diese bemessen sich nach dem (ausländischen) Gesellschaftsstatut. Die Kompetenzen des Sachwalters umfassen jedoch nur Handlungen auf dem Gebiet der Schweiz.

---

113 *Für* die Anwendung von Art. 731b OR: Entscheid des Handelsgerichts des Kantons St. Gallen vom 16. Januar 2009, E. 5 f. (HG.2008.183; abrufbar unter <www.gerichte.sg.ch/home/dienstleistungen/rechtsprechung/kantonsgericht/entscheide_2009/hg_2008_183.html>, besucht am 23. Juni 2009). *Gegen* die Anwendung von Art. 731b OR (bzw. Verneinung einer echten Lücke im Gesetz zu dieser Frage): Obergericht des Kantons Zürich, Urteil vom 18. Mai 2011 (Geschäfts-Nr. LF110002). Das *Bundesgericht* hat die Anwendbarkeit von Art. 731b OR *verworfen* (Urteil 5A_415/2011 vom 21. September 2011, E. 3).

114 BBl 2002, 3148, 3232; LEHMANN (FN 110), 422; SANWALD (FN 109), Art. 819 OR N 3.

115 Entscheid des Handelsgerichts des Kantons St. Gallen vom 16. Januar 2009, E. 6 (HG.2008.183; abrufbar unter <www.gerichte.sg.ch/home/dienstleistungen/rechtsprechung/kantonsgericht/entscheide_2009/hg_2008_183.html>, besucht am 23. Juni 2009).

Einschränkungen oder Abweichungen im richterlichen Ernennungsentscheid oder im ausländischen Gesellschaftsstatut vorbehalten, kann der Sachwalter m.E. grundsätzlich sämtliche *rechtsgeschäftlichen Handlungen* vornehmen. Dazu gehört nicht nur Klage zu führen, sondern auch Betreibung gegen Dritte einzuleiten. Er kann *Aktiven veräussern* und den Erlös vereinnahmen[116]. Damit liegt keine Versilberung im vollstreckungsrechtlichen Sinn vor[117]. Als Organ ist der Sachwalter m.E. zur Ablieferung des Erlöses (sei es aus Betreibungen, Prozessen oder Veräusserungen) an die ausländische Gesellschaft (Gemeinschuldner) befugt. Im Ausland wird diese durch den Insolvenzverwalter vertreten, weshalb eine Ablieferung an die ausländische Gesellschaft zulässig ist[118]. Dies gilt m.E. unbesehen davon, ob sich der Sachwalter vergewissert hat, dass das ausländische Konkursverfahren ordnungsgemäss verläuft[119]. Der Sachwalter kann nicht die Anerkennung des ausländischen Konkursdekretes in der Schweiz beantragen (dies konnte auch der Beistand nach bisherigem Recht nicht[120]). Dazu ist die ausländische Konkursverwaltung m.E. auf jeden Fall selber befugt; den Sachwalter braucht es dazu nicht.

Die Bestellung eines Sachwalters führt auch nicht dazu, dass trotz Fehlens der gesetzlichen Voraussetzungen gleichsam ein Anschlusskonkursverfahren in der Schweiz durchzuführen ist[121]. Die Einsetzung eines Sachwalters vermag die gesetzlichen Voraussetzungen für die Anerkennung eines ausländischen Konkursdekretes nicht abzuändern.

Im Sinne eines *Wertungsentscheids* störend ist, dass die ausländische Insolvenzmasse bei Bestellung eines Sachwalters mehr Handlungsspielraum hat,

---

116 Entscheid des Handelsgerichts des Kantons St. Gallen vom 16. Januar 2009, E. 6 (HG.2008.183; abrufbar unter <www.gerichte.sg.ch/home/dienstleistungen/rechtsprechung/kantonsgericht/entscheide_2009/hg_2008_183.html>, besucht am 23. Juni 2009).

117 So aber wohl STAEHELIN, Anerkennung (FN 73), 20; DERS., Drittschuldner (FN 73), 413, zum Beistand nach bisherigem Recht.

118 So, wenn auch mit anderer Begründung, STAEHELIN, Drittschuldner (FN 73), 413; *a.M.* BREITENSTEIN (FN 84), 195 ff., beide zum Beistand nach bisherigem Recht.

119 STAEHELIN, Drittschuldner (FN 73), 413, zum Beistand nach bisherigem Recht.

120 *A.M.* STAEHELIN, Anerkennung (FN 73), 21; DERS., Drittschuldner (FN 73), 412; SZIER 2000, 386 E. 2.3 in fine; BREITENSTEIN (FN 84), 195 ff., alle zum Beistand nach bisherigem Recht.

121 *A.M.* BREITENSTEIN (FN 84), 195 ff., zum Beistand nach bisherigem Recht.

als wenn ein Anschlusskonkursverfahren in der Schweiz durchgeführt wird. Das Einsetzen eines Sachwalters vermag aber (anders als die Durchführung eines Anschlussinsolvenzverfahrens in der Schweiz[122]) Einzelvollstreckungen anderer Gläubiger in Bezug auf in der Schweiz belegene Vermögensobjekte nicht auszuschliessen. Insofern stellt dieser Ansatz einen *vertretbaren Mittelweg* dar zwischen der Durchführung eines Anschlussverfahrens in der Schweiz und dem rechtlichen Vakuum, wenn kein solches Verfahren möglich ist.

2. Nach der EU-Verordnung über Insolvenzverfahren[123]

Am 29. Mai 2000 hat der Rat der EU die Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 über Insolvenzverfahren verabschiedet (EuInsVO). Sie ist am 31. Mai 2002 in Kraft getreten. Nachfolgend sollen in Kürze die Merkmale der Verordnung in Bezug auf die Handlungsmöglichkeiten einer ausländischen Insolvenzmasse aufgezeigt werden.

a) Auswirkungen auf die Schweiz

Die EuInsVO kommt nur im Verhältnis zu Mitgliedstaaten der EU zur Anwendung. Das Verhältnis der EU-Mitgliedstaaten zu Drittstaaten wird mit der Verordnung nicht geregelt[124]. Damit hat die Insolvenzverordnung *keine unmittelbaren Auswirkungen auf die Rechtslage in der Schweiz*[125]. Namentlich fällt auch die Anerkennung schweizerischer Konkurse oder Nachlassver-

---

122 STAEHELIN, Anerkennung (FN 73), 130; ZK-VOKEN, Art. 170 IPRG N 12 ff.; SPAHLINGER (FN 73), 223; BaK-BERTI/BÜRGI, Art. 170 IPRG N 8 f.

123 Vgl. auch SCHNYDER ANTON K., Internationales Insolvenzrecht Deutschlands und der Schweiz – unter Einbezug der EG-Verordnung Nr. 1346/2000, in: GOTTWALD P. (Hrsg.), Aktuelle Entwicklungen des europäischen und internationalen Zivilverfahrensrechts, Bielefeld 2002, 385 ff.

124 VIRGOS MIGUEL/SCHMIT ETIENNE, Erläuternder Bericht zu dem EU-Übereinkommen über Insolvenzverfahren, Brüssel 1995, N 32; SPRECHER THOMAS, Die Europäische Verordnung über Insolvenzverfahren, in: SPÜHLER KARL (Hrsg.), Aktuelle Probleme des Internationalen Insolvenzrechtes, Zürich 2003, Rz. 39.

125 SIEHR (FN 26), 90; SPRECHER, Europäische Verordnung (FN 124), Rz. 50 f., Rz. 55.

fahren in der EU nicht in den Anwendungsbereich der EuInsVO[126]. Es sind jedoch *indirekte Wirkungen* möglich. Dies ist dann der Fall, wenn Mitgliedstaaten der EU in ihrer Gesetzgebung vorsehen, dass (allenfalls mit gewissen Einschränkungen) die Insolvenzverordnung auch auf Verfahren mit Drittstaatenbezug angewandt wird. Dies gilt etwa für Deutschland und Österreich[127].

b) *Überblick über die Regelung der Insolvenzverordnung*

Die EuInsVO sieht eine Zuständigkeit zur Eröffnung eines Insolvenzverfahrens für die Gerichte des Mitgliedstaates vor, in dessen Gebiet der Schuldner den Mittelpunkt seiner hauptsächlichen Interessen hat. Bei juristischen Personen wird bis zum Beweis des Gegenteils vermutet, dass der Mittelpunkt am satzungsmässigen Sitz ist (Art. 3 Abs. 1). Ein solches Verfahren ist ein *Hauptinsolvenzverfahren*. Es hat universale Geltung[128] und ist ein Insolvenzverfahren gemäss Anhang A (Art. 2 lit. a). Es ist immer nur ein Hauptinsolvenzverfahren zulässig (Art. 3 Abs. 3)[129].

Neben einem Hauptinsolvenzverfahren kann es auch *Partikularinsolvenzverfahren* geben. Solche sind am Ort einer Niederlassung (Art. 1 lit. h) zulässig (Art. 3 Abs. 2); die Belegenheit von schuldnerischem Vermögen reicht nicht[130]. Die Wirkungen eines Partikularinsolvenzverfahrens sind auf das im Gebiet der Niederlassung belegene Vermögen des Schuldners beschränkt (Art. 3 Abs. 2, Art. 27)[131]. Ein Partikularinsolvenzverfahren kann vor oder nach Eröffnung eines Hauptinsolvenzverfahrens eröffnet werden. Im erstgenannten Fall spricht man von einem unabhängigen Partikularverfahren, im zweitgenannten Fall von einem sekundären Partikularverfahren oder einem

---

126 TRUNK ALEXANDER, Grenzüberschreitende Insolvenz von Gesellschaften im Verhältnis EG-Schweiz: Folgerungen aus Centros, Überseering and Inspire Art, SZIER 2004, 544, 556.

127 TRUNK (FN 126), 544.

128 VIRGOS/SCHMIT (FN 124), N 14, N 19, N 73, N 151; SPRECHER, Rz. 71.

129 VIRGOS/SCHMIT (FN 124), N 15.

130 VIRGOS/SCHMIT (FN 124), N 80; HASS/HERWEG, in: HASS/HUBER/GRUBER/HEIDERHOFF, EU-Insolvenzverordnung (EuInsVO), München 2005, Art. 3 N 38.

131 VIRGOS/SCHMIT (FN 124), N 148, N 156; GRUBER, in: HASS/HUBER/GRUBER/HEIDERHOFF, EU-Insolvenzverordnung (EuInsVO), München 2005, Art. 17 N 7.

Sekundärinsolvenzverfahren (Art. 27)[132]. Ein Partikularinsolvenzverfahren muss stets ein Liquidationsverfahren gemäss Anhang B (Art. 1 lit. c) sein (Art. 1 Abs. 3, Art. 27).

Die EuInsVO sieht die automatische (unmittelbare) Anerkennung von Verfahrenseröffnungen (ipso iure[133]) in anderen Mitgliedsstaaten vor (Art. 16 Abs. 1). Hierzu bedarf es keiner Entscheidung eines Gerichts und keiner Förmlichkeiten (Art. 17 Abs. 1)[134]. Der Eröffnungsbeschluss wirkt damit europaweit[135].

c) Handlungsspielraum des ausländischen Insolvenzverwalters

aa) Verwalter eines Hauptinsolvenzverfahrens

Nach dem Recht des Staates der Eröffnung des Hauptinsolvenzverfahrens richten sich namentlich die Befugnisse des Verwalters (Art. 4 Abs. 2 lit. c). Der Verwalter eines Hauptinsolvenzverfahrens darf im Gebiet eines anderen Mitgliedstaates alle Befugnisse ausüben, die ihm nach dem Recht des Staates der Verfahrensöffnung zustehen, solange im anderen Staat kein Partikularinsolvenzverfahren eröffnet ist. Er kann insbesondere zur Masse gehörende Gegenstände aus dem Gebiet des Mitgliedstaates entfernen (Art. 18 Abs. 1)[136]. Er kann auch Klage in einem anderen Mitgliedstaat erheben[137].

Bei der Ausübung seiner Befugnisse hat der Verwalter das Recht des Mitgliedstaats, in dessen Gebiet er handeln will, zu beachten. Dem Verwalter sind damit Zwangsmassnahmen in einem anderen Mitgliedstaat verwehrt. Sind Zwangsmassnahmen notwendig, muss der Verwalter die Behörden des Staates einschalten, in welchem sich die Gegenstände oder Personen befinden[138]. Dies gilt insbesondere hinsichtlich der Art und Weise der Verwertung eines Gegenstandes der Masse. Diese Befugnisse dürfen nicht die Anwen-

---

132 VIRGOS/SCHMIT (FN 124), N 25.

133 VIRGOS/SCHMIT (FN 124), N 152.

134 VIRGOS/SCHMIT (FN 124), N 143.

135 GRUBER (FN 131), Art. 16 N 14.

136 VIRGOS/SCHMIT (FN 124), N 161.

137 SPRECHER, Europäische Verordnung (FN 124), Rz. 126.

138 VIRGOS/SCHMIT (FN 124), N 164.

dung von Zwangsmittel umfassen. Es steht ihm auch nicht das Recht zu, Streitigkeiten oder Auseinandersatzungen zu entscheiden (Art. 18 Abs. 3).

Die Eröffnung eines Hauptinsolvenzverfahrens hat die Wirkungen, die das Recht des Staates der Verfahrenseröffnung dem Verfahren beilegt (Art. 17 Abs. 1). Es gilt das *Modell der Ausdehnung der Wirkungen*[139]. Damit bestimmen sich insbesondere der Vermögensbeschlag, die Ernennung des Verwalters und die Einbeziehung sämtlicher Vermögensobjekte des Schuldners nach dem Recht des Staates der Verfahrenseröffnung[140]. Die Befugnisse des Verwalters eines Hauptinsolvenzverfahrens werden eingeschränkt durch die Eröffnung eines Partikularverfahrens (Art. 3 Abs. 2, Art. 18 Abs. 1). Zudem hat er bei der Ausübung seiner Befugnisse das Recht des Staates, in dessen Gebiet er tätig werden will, zu beachten (Art. 18 Abs. 3).

bb) Verwalter eines Partikularinsolvenzverfahrens

Die Befugnisse des Verwalters eines Partikularinsolvenzverfahrens richten sich nach dem Recht des Mitgliedstaates, in welchem das Partikularverfahren eröffnet wird (Art. 4 Abs. 2 lit. c, Art. 28)[141]. Der Verwalter eines Partikularinsolvenzverfahrens darf in jedem anderen Mitgliedstaat gerichtlich und aussergerichtlich geltend machen, dass ein beweglicher Gegenstand nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens aus dem Gebiet des Staates der Verfahrenseröffnung in das Gebiet eines anderen Mitgliedstaates verbracht worden ist. Er kann auch Anfechtungsklagen erheben (Art. 18 Abs. 2). Er kann auch den Antrag auf Eröffnung eines Sekundärinsolvenzverfahrens in einem anderen Mitgliedstaat stellen (Art. 29 lit. a).

Die Eröffnung eines Partikularinsolvenzverfahrens schränkt die Wirkungen der Anerkennung eines Hauptinsolvenzverfahrens ein. In Bezug auf Gegenstände und Rechtsverhältnisse, welche in den Anwendungsbereich des Partikularverfahrens fallen, kann das Hauptinsolvenzverfahren seine Wirkungen nicht entfalten[142].

---

139 VIRGOS/SCHMIT (FN 124),, N 153 f.; GRUBER (FN 130), Art. 17 N 2.

140 VIRGOS/SCHMIT (FN 124), N 154.

141 VIRGOS/SCHMIT (FN 124), N 89.

142 VIRGOS/SCHMIT (FN 124), N 155 f.; SPRECHER, Europäische Verordnung (FN 124), Rz. 77.

Die Verwalter eines Haupt- und eines Partikularinsolvenzverfahrens sind an sich eigenständig und voneinander unabhängig. Ihre Befugnisse unterstehen auch verschiedenen Rechten (Art. 4 Abs. 1 lit. c, Art. 28)[143]. Sie unterstehen aber Kooperations- und Unterrichtungspflichten (Art. 31).

d) Handlungsspielraum des Gemeinschuldners

Nach dem Recht des Staates der Verfahrenseröffnung richten sich auch die Befugnisse des Schuldners nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens (Art. 4 Abs. 2 lit. c). Dies gilt gleichermassen für ein Haupt- oder Partikularinsolvenzverfahren[144].

143 HASS/HERWEG (FN 130), Art. 4 N 6; SPRECHER, Europäische Verordnung (FN 124), Rz. 128.

144 VIRGOS/SCHMIT (FN 124), N 89, N 91c, N 225.