

Veröffentlichungen der Wissenschaftlichen Vereinigung für Internationales
Verfahrensrecht e. V.

Herausgegeben
im Auftrage des Vorstandes
von

Burkhard Hess

Band 23

GIESEKING-VERLAG · BIELEFELD

(II)

Europäisches Insolvenzrecht –
Grundsätzliche Fragestellungen
der Prozessrechtsvergleichung

Beiträge von
Reinhard *Bork*
Christian *Koller*
Franco *Lorandi*
Burkhard *Hess*
Stefan *Huber*
Fernando *Gascón Inchausti*
Margaret *Woo*

Herausgegeben von
Burkhard *Hess*

2019
GIESEKING-VERLAG · BIELEFELD

(III)



Umschlag: Justizpalast in Wien (Foto: Peter Gugerell)

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.

2019

© Verlag Ernst und Werner Gieseking GmbH, Bielefeld

Dieses Werk ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung, insbesondere die auch nur auszugsweise Vervielfältigung auf fotomechanischem oder elektronischem Wege, die Aufnahme in Datenbanken oder die Einstellung in Onlinedienste, ist nur insoweit zulässig, als sie das Urheberrechtsgesetz ausdrücklich gestattet, ansonsten nur und ausschließlich mit vorheriger Zustimmung des Verlages.

Alle Rechte bleiben vorbehalten.

Lektorat: Dr. iur. Jobst Conring

Satz: Fotosatz L. Huhn, Linsengericht

Druck: CPI books GmbH, Birkach

ISBN 978-3-7694-1213-0

(IV)

Inhaltsverzeichnis / Table of Contents

Europäisches Insolvenzrecht

Prof. Dr. Reinhard *Bork*

Universität Hamburg

Die Europäische Insolvenzverordnung und das UNCITRAL Model Law
on Cross-Border Insolvency

The European Insolvency Regulation and the UNCITRAL Model Law
on Cross-Border Insolvency 1

Prof. Dr. Christian *Koller*

Universität Wien

Koordination von Konzerninsolvenzen

Das Instrumentarium der EuInsVO 2015 und seine Grenzen

The Coordination of Insolvencies of Groups of Companies –
Tools embedded in the New Insolvency Regulation and Their Limits 23

Prof. Dr. Franco *Lorandi*

Universität St. Gallen

Das Internationale Insolvenzrecht der Schweiz im Umbruch

Später Aufbruch zu neuen Ufern

Switzerland's International Insolvency Law in Upheaval
Late Departure to New Shores 51

Prozessrechtsvergleichung

Prof. Dr. Burkhard *Hess*

Max-Planck-Institut für Prozessrecht, Luxemburg

Prozessrechtsvergleichung heute – Einführung in die Thematik

Comparative Procedural Law Today – Introduction to the Topic 71

VII

(VII)

INHALTSVERZEICHNIS / TABLE OF CONTENTS

Prof. Dr. Stefan <i>Huber</i> Eberhard Karls Universität Tübingen Prozessrechtsvergleichung heute Comparative Procedural Law Today	77
Prof. Dr. Fernando <i>Gascón Inchausti</i> Universidad Complutense de Madrid Prozessrechtsvergleichung in der Europäischen Union Comparative Procedural Law in the European Union	111
Prof. Margaret <i>Woo</i> Northeastern University Boston Comparative Law in a Time of Nativism Rechtsvergleichung in Zeiten von wachsendem Nationalismus	141
Stichwortverzeichnis	165

Das Internationale Insolvenzrecht der Schweiz im Umbruch Später Aufbruch zu neuen Ufern*

Franco Lorandi

Inhalt

I. Einleitung	52
II. Ausgangspunkt	52
A. Grundzüge des bisherigen internationalen Insolvenzrechts der Schweiz	52
B. Gesetzesnovelle	54
III. Verfahrenseröffnung	55
A. Art der ausländischen Insolvenzentscheidungen	55
1. Nach bisherigem Recht	55
2. Nach der Gesetzesnovelle	56
B. Antrag versus Automatismus	57
1. Nach bisherigem Recht	57
2. Nach der Gesetzesnovelle	57
C. Kompetenzen des ausländischen Insolvenzverwalters	58
1. Nach bisherigem Recht	58
2. Nach der Gesetzesnovelle	58
D. Voraussetzungen der Anerkennung	59
1. Gegenrechtserfordernis	59
a) Nach bisherigem Recht	59
b) Nach der Gesetzesnovelle	60
2. Indirekte Zuständigkeit	60
a) Nach bisherigem Recht	60
b) Nach der Gesetzesnovelle	61

* Die nachfolgende Darstellung entspricht praktisch umfassend dem Aufsatz *Franco Lorandi*, Die Revision des Internationalen Insolvenzrechts (Art. 166 ff. IPRG), in: Stephanie Hrubesch/Alesander R. Markus/Rodrigo Rodriguez et al (Hrsg). Festschrift für Jolanta Kren Kostkiewicz, Bern 2018, 221 ff.

IV. Folgen der Eröffnung des inländischen Hilfsverfahrens	62
A. Verfahrensherrschaft	62
1. Nach bisherigem Recht	62
2. Nach der Gesetzesnovelle	63
B. Grundsätze des inländischen Hilfsverfahrens	63
1. Nach bisherigem Recht	63
2. Nach der Gesetzesnovelle	64
a) Verzicht auf ein inländisches Hilfsverfahren	64
b) Zurverfügungstellung des inländischen Vermögens an den ausländischen Insolvenzverwalter	65
c) Ohne Verzicht auf ein inländisches Hilfsverfahren	66
C. Koordination grenzüberschreitender Insolvenzverfahren	67
V. Ausblick	68
Literaturverzeichnis	69

I. Einleitung

1989 implementierte die Schweiz ein neues Regime für grenzüberschreitende Insolvenzen. Dieses Regime war schon in der damaligen Zeit nicht übermässig mutig, sondern eher von Vorsicht und Zurückhaltung gegenüber „Vorleistungen“ an ausländische 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 Law von 1997 und die Europäische Insolvenzverordnung von 2000. Mit diesen Entwicklungen vermochte das bisherige Schweizer Recht bei Weitem nicht mitzuhalten. Es hat sich auch die Erkenntnis durchgesetzt, dass das bisherige Regime nur beschränkt praxistauglich war. Nach just 30 Jahren wurde deshalb das geltende Recht revidiert und modernisiert.

II. Ausgangspunkt

A. Grundzüge des bisherigen internationalen Insolvenzrechts der Schweiz

Das *bisherige* internationale Insolvenzrecht der Schweiz¹ war seit 1989 in Kraft. Es folgte dem sog. „*gelockerten*“ *Territorialitätsprinzip*². Dies bedeutet, dass das Territoriali-

1 Geregelt in den Art. 166 ff. IPRG (Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht [SR 291]).

2 BBl [Bundesblatt] 1983 I 450.

tätsprinzip zur Anwendung kam³, dieses jedoch durch ein Rechtshilferegime gelockert wurde. Im Ergebnis erwies sich das System jedoch weitgehend als eine „Einbahnstrasse“ – wenn nicht sogar als Sackgasse, da der Insolvenzeröffnung im Ausland nur beschränkt Wirkung zugemessen wurde. So wurde der Verlust der Verfügungsbefugnis zufolge der Insolvenzeröffnung vollständig (automatisch) berücksichtigt (Art. 35, Art. 155 IPRG)⁴. Damit konnte der Schuldner selbst in der Schweiz nicht mehr agieren. Demgegenüber setzte der Zugriff des ausländischen Insolvenzverwalters auf in der Schweiz belegenes Vermögen voraus, dass das ausländische Insolvenzerkenntnis in der Schweiz anerkannt worden war (Art. 166 IPRG)⁵.

Die Anerkennung eines ausländischen Insolvenzscheiders setzte (neben einem Antrag) voraus, dass der ausländische Staat *Gegenrecht* hielt (Art. 166 Abs. 1 lit. c IPRG), d. h. schweizerische Insolvenzscheide anerkannte. Zudem konnten nur Insolvenzscheide anerkannt werden, welche *am Sitz/Wohnsitz des Schuldners ergangen* waren (Art. 166 Abs. 1 IPRG).

Die Anerkennung eines ausländischen Insolvenzscheiders hatte keine Wirkungserstreckung auf das in der Schweiz belegene Vermögen zur Folge, sondern wurde als eine *Form der Rechtshilfe* zugunsten der ausländischen Insolvenzmasse verstanden⁶. Eine Überlassung des inländischen Vermögens an den ausländischen Insolvenzverwalter war nicht vorgesehen. Es fand vielmehr ein *inländisches Hilfsinsolvenzverfahren* nach den Regeln des schweizerischen Vollstreckungsrechts statt (Art. 170 Abs. 1 IPRG). Ziel des inländischen Hilfsverfahren war es, eine *privilegierte Behandlung von Gläubigern mit Sitz/Wohnsitz in der Schweiz* sicherzustellen⁷. Dies geschah dergestalt, dass im inländischen Verfahren in erster Linie nur Pfandgläubiger und privilegierte Gläubiger mit Sitz/Wohnsitz in der Schweiz berücksichtigt wurden (Art. 172 Abs. 1 IPRG).

Damit der ausländische Insolvenzverwalter an den Überschuss im inländischen Hilfsverfahren kam, musste er auch noch seinen *ausländischen Kollokationsplan* (d. h. die Tabelle der Insolvenzforderungen) in der Schweiz *anerkennen lassen*. Diese Anerkennung wurde nur gewährt, wenn Gläubiger mit Sitz/Wohnsitz in der Schweiz mit ihren Forderungen angemessen berücksichtigt worden waren (Art. 173 Abs. 3 IPRG).

Wurde der ausländische Kollokationsplan nicht anerkannt, dann wurden aus dem inländischen Erlös auch die *nicht privilegierten Forderungen der Gläubiger mit Sitz/*

3 Der Bundesrat hielt in seiner Botschaft an das Parlament dafür: „Für die vollständige Hinwendung zur Universalität des Konkurses erscheint die Zeit noch nicht reif.“ (BBl 1983 I 450).

4 BGE [Bundesgerichtsurteil] 139 III 236 E. 4.2 S. 237 f.; BGE 137 III 570 E. 2 S. 572; BGE 135 III 666 E. 3.2.2.; Urteil des Bundesgerichts 2C_303/2010 vom 24. Oktober 2011, E. 2.3.3., E. 2.4.1., E. 2.5.

5 BGE 139 III 236 E. 4.2. S. 238.

6 BBl 1983 I 453; BGE 139 III 236 E. 4.2 S. 238; BGE 135 III 40 E. 2.5.1.

7 BGE 139 III 236 E. 4.2 S. 239; BGE 137 III 570 E. 2 S. 574; BGE 134 III 366 E. 9.2.4 S. 378; Urteil des Bundesgerichts 2C_303/2010 vom 24. Oktober 2011, E. 2.4.1.

Wohnsitz in der Schweiz vorab befriedigt, bevor ein allfälliger Überschuss an den ausländischen Insolvenzverwalter abgeliefert wurde (Art. 174 IPRG).

Dass bisherige System war (zum Schutz der inländischen Gläubiger) *abschliessend*⁸. Dies schloss namentlich aus, dass ausländische Insolvenzscheidende vorfrageweise anerkannt werden konnten⁹.

B. Gesetzesnovelle

Das bisherige Regime, mit der Anerkennung des ausländischen Insolvenzscheidens und des ausländischen Kollokationsplans, dem Nachweis des Gegenrechts und der Nicht-Diskriminierung inländischer Gläubiger im ausländischen Hauptverfahren, hat sich als aufwändig und teilweise als Leerlauf erwiesen. Dies, weil es oftmals gar keine inländischen Gläubiger gibt, zu deren Schutz das Verfahren durchgeführt werden soll¹⁰.

Der schweizerische Gesetzgeber hat sich deshalb dafür entschieden, das nationale Recht (IPRG) just 30 Jahre nach dessen Inkrafttreten anzupassen. Im Herbst 2015 wurde ein Vorentwurf vorgestellt¹¹. Eine Vernehmlassung wurde durchgeführt¹². Der Vorstoss wurde grossmehrheitlich positiv aufgenommen; zu Einzelfragen wurde auch Kritik bzw. wurden Verbesserungsvorschläge vorgebracht. Der Gesetzesentwurf des Bundesrats¹³ erging im Mai 2017¹⁴. Der Bundesrat hat davon abgesehen, eine staatsvertragliche Regelung anzustreben¹⁵. Bei den gesetzgeberischen Vorarbeiten wurden jedoch sowohl das *UNCITRAL Model Law* als auch die Europäische Insolvenzverordnung berücksichtigt¹⁶. Die Gesetzesnovelle nimmt viele Vorschläge des Model Laws

8 BGE 139 III 236 E. 4.2 S. 238; BGE 137 III 570 E. 2 S. 573; Urteil des Bundesgerichts 2C_303/2010 vom 24. Oktober 2011, E. 2.4.1.

9 BGE 135 I 63 E. 1.1.2. S. 66; 134 III 366 E. 5.1 mit Verweis auf die herrschende Lehre (=Pra 2008 Nr. 155); Urteil des Bundesgerichts 2C_303/2010 vom 24. Oktober 2011, E. 2.4.1.

10 *Staehelin*, 417; *Rodriguez*, 13.

11 Zu finden unter: <https://www.ejpd.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2015/2015-10-140/vorentw-d.pdf> (zuletzt besucht am 1. Dezember 2018).

12 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 1. Dezember 2018).

13 Der Bundesrat ist das schweizerische Exekutivorgan auf Bundesebene.

14 BBl 2017 4125 ff.; die Medienmitteilung des Bundesrates datiert vom 24. Mai 2017.

15 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 1. Dezember 2018), 6f.; für die Prüfung der Möglichkeiten in dieser Hinsicht: *Meier/Giudici*, 24.

16 Erläuternder Bericht, 3, 6f., 9.

auf, verzichtete aber auf eine umfassende Übernahme¹⁷. Verworfen wurde namentlich ein Konzeptwechsel zu einer Verfahrensankennung mit Wirkungserstreckung des ausländischen Hauptverfahrens auf das Gebiet der Schweiz¹⁸.

Letztlich musste das revidierte Recht kein Neuland beschreiten. Für *Finanzinstitute* (namentlich Banken und Versicherungen) wurde das bisherige Regime schon vor einigen Jahren modernisiert und damit massgeblich verbessert (Art. 37g BankG¹⁹; Art. 10 BIV-FINMA²⁰). Die Gesetzesnovelle hat diese Verbesserungen 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.

Die Gesetzesnovelle wurde von den Eidgenössischen Räten in der Schlussabstimmung vom 15. März 2018 verabschiedet und *trat am 1. Januar 2019 in Kraft*. Nachfolgend wird die Novelle vor dem Hintergrund des bisherigen Rechts dargestellt.

III. Verfahrenseröffnung

A. Art der ausländischen Insolvenzentscheidungen

1. Nach bisherigem Recht

Nach bisherigem Recht konnte in der Schweiz für *Konkursdekrete* (Art. 166 Abs. 1 IPRG) sowie für *Nachlassverträge und ähnliche Verfahren* um Rechtshilfe ersucht werden (Art. 175 IPRG). Diese konnten in der Schweiz anerkannt werden, wobei nachfolgend zur Anerkennung zwingend ein inländisches Hilfsverfahren durchgeführt werden musste. An sich war es auch möglich, *anderen ausländischen Massnahmen*, wie etwa einem Sanierungsverfahren²¹, in der Schweiz Wirkung zu verschaffen²². Eine gesetzliche Norm fehlte jedoch²³. Denkbar sollte es sein, entweder dem ausländischen Insolvenzverwalter in der Schweiz Befugnisse einzuräumen²⁴ oder einen

17 Erläuternder Bericht, 7; *Meier/Rodriguez*, 362.

18 Erläuternder Bericht, 8.

19 Bundesgesetz über Banken und Sparkassen (SR 952.0).

20 Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über die Insolvenz von Banken und Effekthändler (SR 952.05). Vgl. dazu *Schiltknecht/Billeter*, 454 ff.

21 BGE 140 III 379 E. 4.2.1. S. 382 f. (=Pra 2015 Nr. 49); a.M. SJZ 1991, 359.

22 BBl 1983 I 455; *Bopp*, 184; *ZK-Volken*, Art. 175 IPRG N 2/12; *Meier/Giudici*, 21; Erläuternder Bericht, 12 f.

23 Der Gesetzgeber hielt dafür, eine solche dränge sich nicht auf und sie wäre auch nur schwer realisierbar (BBl 1983 I 455); zumindest letzterem ist teilweise zuzustimmen.

24 BGE 149 III 279 E. 4.2.1. S. 383.

inländischen Neben- bzw. Co-Insolvenzverwalter einzusetzen²⁵, wobei die Regeln bzw. dessen Befugnisse unklar waren²⁶.

Nach bisherigem Recht war nicht vorgesehen, dass *ausländische insolvenznahe Entscheidungen*, welche durch ein (ausländisches) Insolvenzverfahren ausgelöst wurden (wie etwa insolvenzrechtliche Anfechtungsurteile), anerkannt werden konnten²⁷.

2. Nach der Gesetzesnovelle

Mit der Novelle wird am sachlichen Geltungsbereich der ausländischen Insolvenzverfahren, für welche um Anerkennung nachgesucht werden kann, nichts geändert. Anerkennungsfähig sind *Konkursdekrete* (Art. 166 Abs. 1 IPRG), *Nachlassverträge und ähnliche Verfahren* (Art. 175 IPRG). Zu letzteren zählen auch Sanierungsverfahren²⁸. Wie diesbezüglich ein Hilfsverfahren (so denn ein solches durchgeführt wird) von statten geht, ist jedoch unverändert unklar, da die Novelle keine weiterführenden Normen enthält.

Die Novelle erlaubt jedoch neu auch ausländische *Entscheidungen über Anfechtungsansprüche*²⁹ und *andere gläubigerschädigende Handlungen*, die in einem engen Zusammenhang zu einem in der Schweiz anerkannten Insolvenzdekret stehen, anzuerkennen (Art. 174c revIPRG)³⁰. Erforderlich ist somit, dass der zugrundeliegende Konkursentscheid³¹ in der Schweiz vorgängig anerkannt worden ist³². Es gelten grundsätzlich die allgemeinen Anerkennungsvoraussetzungen gemäss den Art. 25 bis 27 IPRG³³.

In Bezug auf die indirekte Zuständigkeit ist erforderlich, dass der Entscheid entweder im Ursprungsland des Konkursdekrets ergangen ist oder (wenn er in einem Drittstaat ergangen ist) im Ursprungsland des Konkursdekretes anerkannt wird (Art. 174c revIPRG)³⁴, wobei Anerkennungsfähigkeit genügt; die Anerkennung muss nicht erfolgt sein.

25 BBl 1983 I 455; ComR-*Braconi*, Art. 175 IPRG N 26; BGE 140 III 379 E. 4.2.1 S. 383 (=Pra 2015 Nr. 49).

26 *Bopp*, 231 f.; *Meier/Giudici*, 21.

27 BGE 140 III 320 E. 6 S. 322 ff.; BGE 135 III 127; BGE 131 III 227 E. 3.3 und E. 4; BGE 129 III 683 E. 5.2 Se. 687; Erläuternder Bericht, 15 f.; *Meier/Rodriguez*, 361, 366; *Jakob/Hunsperger*, 1060.

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

29 Die Anfechtungsklage muss im Rahmen eines Konkursverfahrens (BBl 2017 4143) oder eines anderen Verfahrens der Generalexekution angehoben worden sein.

30 Zur Kritik an der (zu engen) Umschreibung solcher Entscheide vgl. *Markus*, 25 ff.

31 Oder der äquivalente Entscheid in einem anderen Verfahren der Generalexekution (vgl. III.A.1.).

32 BBl 2017 4144; *Jakob/Hunsperger*, 1060.

33 Vgl. BBl 2017 4143, Erläuternder Bericht, 16.

34 BBl 2017 4144.

Stets ausgeschlossen ist die Anerkennung, wenn der Beklagte im Zeitpunkt der Einleitung des ausländischen Verfahrens³⁵ seinen Sitz/Wohnsitz in der Schweiz hatte (Art. 174c revIPRG). In diesem Fall muss eine Klage (z. B. eine paulianische Anfechtungsklage; Art. 285 ff. SchKG³⁶) in der Schweiz geführt werden³⁷.

Je nachdem, ob nach Anerkennung des ausländischen Insolvenzdekrets ein Hilfsverfahren in der Schweiz durchgeführt wird oder nicht, ergeben sich Unterschiede im Hinblick darauf, wer zum Antrag auf Anerkennung des konkursnahen Entscheides legitimiert ist und wie vorzugehen ist: Findet ein Hilfsverfahren statt³⁸, so fallen die betroffenen Vermögenswerte nach Anerkennung des konkursnahen Entscheides in die Masse des Hilfsverfahrens³⁹, weshalb m. E. das Konkursamt zum Antrag auf Anerkennung des konkursnahen Entscheides legitimiert ist⁴⁰. Wird dagegen auf die Durchführung eines Hilfskonkursverfahrens verzichtet (Art. 174a revIPRG)⁴¹, kann der ausländische Konkursverwalter über die betroffenen Vermögenswerte verfügen, weshalb er zum Antrag auf Anerkennung des konkursnahen Entscheides legitimiert ist⁴².

B. Antrag versus Automatismus

1. Nach bisherigem Recht

Das bisherige Recht verlangte einen Antrag um Inanspruchnahme der schweizerischen Rechtshilfe. Antragsberechtigt war der ausländische Insolvenzverwalter oder ein Gläubiger (Art. 166 Abs. 1 aIPRG). Rechtshilfe wurde nicht von Amtes wegen gewährt.

2. Nach der Gesetzesnovelle

Die Novelle hält an diesem System fest: Ein Antrag auf Anerkennung bleibt notwendig (Art. 166 revIPRG)⁴³; eine Anerkennung von Amtes wegen fällt unverändert ausser Betracht⁴⁴. In Abstimmung damit, dass auch andere als Konkursentscheide

35 BBl 2017 4144.

36 Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SR 281.1).

37 BBl 2017 4144; *Jakob/Hunsperger*, 1060.

38 Vgl. III.B.2.c.

39 BBl 2017 4144.

40 *Jakob/Hunsperger*, 1060.

41 Vgl. IV.B.2.a.

42 BBl 2017 4144; *Jakob/Hunsperger*, 1060.

43 BBl 2017 4136; Erläuternder Bericht, 8.

44 BBl 2017 4136; Erläuternder Bericht, 9.

anerkennungsfähig sind⁴⁵, was namentlich in Bezug auf Sanierungsmassnahmen von Bedeutung ist⁴⁶, wird das Antragsrecht auf den Schuldner ausgedehnt (Art. 166 Abs. 1 revIPRG). Indem der ausländische Insolvenzverwalter antragsberechtigt ist, wird Art. 15 des Model Law Genüge getan, zumal das Model Law ebenfalls davon ausgeht, dass ein Antrag erforderlich ist (Art. 12, Art. 15, Art. 21)⁴⁷.

C. Kompetenzen des ausländischen Insolvenzverwalters

1. Nach bisherigem Recht

Nach bisherigem Recht war 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 konnte (Art. 166 Abs. 1 und Art. 168 aIPRG). Nach erfolgter Anerkennung konnte er in der Schweiz Anfechtungsklagen führen (Art. 171 IPRG), wobei auch diesbezüglich die inländische Hilfsmasse bzw. deren Gläubiger vorgingen⁴⁸. Für den (recht häufigen) Fall, dass es keine relevanten Gläubiger im inländischen Hilfskonkursverfahren gab, hatte das Bundesgericht sodann zugelassen, dass das Konkursamt auch an den ausländischen Insolvenzverwalter eine Prozessführungsermächtigung (i.S.v. Art. 260 SchKG) ausstellen konnte⁴⁹. Weitere Befugnisse kamen dem ausländischen Insolvenzverwalter nicht zu⁵⁰. Dies galt auch, wenn bzw. nachdem das ausländische Insolvenzdekret in der Schweiz anerkannt worden war⁵¹.

2. Nach der Gesetzesnovelle

Die Kompetenzen des ausländischen Insolvenzverwalters wurden nach altem Recht beschränkt, um dem Schutz der Gläubiger mit Wohnsitz in der Schweiz (welcher Schutz mit dem Rechtshilferegime angestrebt wurde⁵²) zum Durchbruch zu verhelfen. Wenn

45 Vgl. III.A.2.

46 BBl 2017 4136; Erläuternder Bericht, 9.

47 *Rodriguez*, 16.

48 BGE 135 III 666 E. 3.2.1. S. 668; BGE 135 III 40 E. 2.5.1. S. 44.

49 BGE 137 III 374 E. 3.

50 BGE 139 III 236 E. 4.2 S. 238 f.; BGE 135 III 40 E. 2.4. S. 43; BGE 134 III 366 E. 9.2.3 und E. 9.2.5 S. 376 ff. (=Pra 2008 Nr. 155); Urteil des Bundesgerichts 2C_303/2010 vom 24. Oktober 2011, E. 2.4.1.; 5A_520/2016 vom 19. Januar 2017, E. 2.1.

51 BGE 135 III 40 E. 2.5.1. S. 44; Urteil des Bundesgerichts 2C_303/2010 vom 24. Oktober 2011, E. 2.4.1.

52 Urteil des Bundesgerichts 5A_520/2016 vom 19. Januar 2017, E. 2.1 m.w.H.

keine solchen Gläubiger vorhanden sind, was in vielen Fällen zutrifft⁵³, dann verliert die Einschränkung der Kompetenzen des Insolvenzverwalters ihre Berechtigung⁵⁴.

Aufgrund dessen erlaubt die Gesetzesnovelle in bestimmten Fällen, nach Anerkennung des ausländischen Insolvenzentscheides auf die Durchführung eines inländischen Hilfsverfahren zu verzichten und stattdessen dem ausländischen Insolvenzverwalter das inländische Vermögen zur Verfügung zu stellen (Art. 174a Abs. 2 revIPRG)⁵⁵. In diesem Fall kommen dem Insolvenzverwalter neu weitgehende Befugnisse zu⁵⁶.

Wenn jedoch nachfolgend zur Anerkennung des ausländischen Insolvenzentscheids ein schweizerisches Hilfsverfahren durchgeführt wird, so bleibt es auch unter den revidierten Recht dabei, dass dem ausländischen Insolvenzverwalter einzig das Recht zukommt, Anfechtungsklage (Art. 285 ff. SchKG) zu führen (Art. 171 Abs. 2 revIRPG) oder (wenn es keine relevanten Gläubiger im inländischen Hilfsverfahren gibt) die Abtretung von Ansprüchen i.S.v. Art. 260 SchKG zu verlangen⁵⁷; ansonsten kann er unverändert keine Handlungen in der Schweiz vornehmen.

D. Voraussetzungen der Anerkennung

1. Gegenrechtserfordernis

a) Nach bisherigem Recht

Das bisherige Regime setzte voraus, dass der Staat, in dem der Insolvenzentscheid ergangen war, Gegenrecht hielt (Art. 166 Abs. 1 lit. c aIPRG)⁵⁸. Dass der ausländische Staat Gegenrecht hielt, konnte sich ausdrücklich aus dem (ausländischen) Gesetz oder aufgrund einer bestimmten Rechtspraxis ergeben⁵⁹. Das Bundesgericht interpretierte das Erfordernis zwar in einem weiten Sinn, indem es genügen liess, dass das ausländische Recht ein schweizerisches Konkursdekret zu Bedingungen anerkannte, die nicht wesentlich schlechter waren, als diejenigen, welche das schweizerische Recht aufstellte⁶⁰.

53 *Meier/Rodriguez*, 360.

54 Erläuternder Bericht, 4, 14.

55 Vgl. IV.2.a./b.

56 Vgl. IV.2.b.

57 Vgl. III.C.1.

58 Der Gesetzgeber gab sich 1983 der Illusion hin, das Erfordernis der Gegenseitigkeit könne dazu beitragen, die Kooperationsbereitschaft anderer Länder zu verbessern (BBl 1983 I 451). Dieses Ziel wurde nicht erreicht (Erläuternder Bericht, 4, 8; *Meier/Rodriguez*, 362).

59 BBl 1983 I 452.

60 BGE 141 III 222 E. 4 S. 223; BGE 137 III 517 E. 3.2. S. 519; BGE 126 III 101 E. 2d S. 105 f. (=Pra 2001 Nr. 53).

Was unter Gegenrecht genau zu verstehen bzw. zu verlangen war, blieb jedoch weitgehend unklar.

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

Es kam hinzu, dass der zeitliche und finanzielle Aufwand, um festzustellen ob bzw. dem Gericht darzulegen, dass in diesem Sinn Gegenrecht bestand, nicht zu unterschätzen war⁶¹. Zudem mussten die in der Schweiz belegenen Vermögenswerte namhaft sein, damit es sich ökonomisch für den ausländischen Insolvenzverwalter überhaupt lohnte, ein Verfahren einzuleiten⁶². Waren diese Vermögenswerte nicht namhaft (genug), so wurden sie (zufolge Nichteinleitung eines Anerkennungsverfahrens) sozusagen zu „nachrichtenlosen Vermögen“⁶³ und unterlagen der Individualvollstreckung durch die Gläubiger⁶⁴.

b) Nach der Gesetzesnovelle

Aufgrund dieser unbefriedigenden Rechtslage unter dem bisherigen Recht verzichtet die Novelle im Sinne eines eigentlichen Paradigmenwechsels richtigerweise ersatzlos auf das Gegenrechtserfordernis (Art. 166 revIPRG)⁶⁵. Damit wurde einer der grössten Schwachpunkte im bisherigen Recht (endlich) behoben.

2. Indirekte Zuständigkeit

a) Nach bisherigem Recht

Das bisherige Recht folgte für Binnen- wie für internationale Sachverhalte weitgehend der sog. *Sitztheorie*. Aufgrund dessen wurde im Sinne der *indirekten Zuständigkeit* verlangt, dass der ausländische Insolvenzscheid *am Sitz/Wohnsitz des Schuldners* ergangen sein musste, damit eine Anerkennung möglich war (Art. 166 Abs. 1 aIPRG).

61 BBl 2017 4129; Erläuternder Bericht, 4, 8; *Rodriguez*, 15; *Jakob/Hunsperger*, 1053.

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

63 *Gehri/Kostkiewicz*, 220.

64 *Jakob/Hunsperger*, 1053.

65 BBl 2017 4135; Erläuternder Bericht, 5, 8; *Meier/Rodriguez*, 362.

Das in der Europäischen Insolvenzverordnung (Art. 3) und im Model Law (Art. 2 lit. b) verankerte COMI-Prinzip war dem schweizerischen Recht gänzlich fremd. Entsprechend konnten Insolvenzscheide, welche nicht am ausländischen Sitz/Wohnsitz des Schuldners, sondern an dessen COMI ergangen waren, nicht anerkannt werden⁶⁶. Dies galt selbst dann, wenn (nebst der Belegenheit von Vermögen) kein Bezug zur Schweiz bestand. Dieses restriktive Regime führte zu sog. *hinkenden Rechtsverhältnissen*⁶⁷.

b) Nach der Gesetzesnovelle

Das neue Recht erweitert die indirekte Zuständigkeit massgeblich, indem der Insolvenzscheid nebst im Wohnsitzstaat auch im Staat des *Mittelpunktes der hauptsächlichsten Interessen* des Schuldners ergangen sein kann (Art. 166 Abs. 1 lit. c. Ziff. 2 revIPRG). Damit wird sowohl was das Konzept als auch was den Begriff des COMI angeht, das Regime der Europäischen Insolvenzverordnung bzw. des Model Law rezipiert⁶⁸.

Diese im Grundsatz beachtliche Erweiterung der indirekten Zuständigkeit erfährt jedoch 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). In Bezug auf Schuldner mit Sitz/Wohnsitz in der Schweiz bleibt somit einem am COMI ergangenen Insolvenzscheid die Anerkennung weiterhin versagt⁶⁹. Dies wird dazu führen, dass parallele Hauptverfahren im COMI-Land und in der Schweiz durchgeführt werden müssen. Diesbezüglich wird sich zwangsläufig die Notwendigkeit zur grenzüberschreitenden Kooperation ergeben (vgl. Art. 174b revIPRG)⁷⁰.

Damit setzt das revidierte Recht das COMI-Prinzip (letztlich ein Hauptelement⁷¹) des *Model Law* zwar nicht vollumfänglich, aber doch weitgehend um. Mit diesem Konzeptwechsel wird ein weiterer, grösserer Mangel des bisherigen Rechts weitgehend behoben. Die Einschränkung in Bezug auf Schuldner mit Sitz/Wohnsitz in der Schweiz mag zwar aus ausländischer Sicht als Wehrmutstropfen 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 bzw.

66 BBl 2017 4128; Erläuternder Bericht, 9; *Jakob/Hunsperger*, 1052.

67 BBl 2017 4128; Erläuternder Bericht, 4.

68 Erläuternder Bericht, 9; *Meier/Giudici*, 20.

69 So hätte es sich etwa im Sachverhalt verhalten, welcher dem *Urteil des Bundesgerichts 5A_665/2012 vom 28. März 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, was dies doch nach dem geltenden Recht schlicht nicht möglich.

70 BBl 2017 4136; *Rodriguez*, 16; vgl. IV.C.

71 *Rodriguez*, 16f.

vorgehen lassen, während das nationale Recht (SchKG) einen inländischen COMI nicht kennt. Zum anderen kann in Bezug auf Schuldner mit Sitz/Wohnsitz in der Schweiz problemlos ein inländisches Hauptverfahren eröffnet werden.

IV. Folgen der Eröffnung des inländischen Hilfsverfahrens

A. Verfahrensherrschaft

1. Nach bisherigem Recht

Wurde infolge der Anerkennung eines ausländischen Insolvenzscheids ein Hilfskonkursverfahren in der Schweiz eröffnet, so wurde dieses nach bisherigem Recht zwingend durch das zuständige schweizerische (staatliche) Konkursamt geführt⁷². Sofern ein ausländischer Nachlassvertrag anerkannt wurde (Art. 175 IPRG), erfolgte die Ernennung eines schweizerischen Liquidators⁷³. Wenn ein ausländisches Sanierungsverfahren anerkannt wurde, konnte ein inländischer Sachwalter ernannt werden⁷⁴. Der ausländische Insolvenzverwalter nahm am inländischen Hilfskonkursverfahren grundsätzlich nicht teil⁷⁵.

Die Praxis machte nach bisherigem Recht nur *zwei Ausnahmen*: Wenn ein *Nachlassvertrag* anerkannt worden war, es keine privilegierten Gläubiger in der Schweiz gab und keine in der Schweiz belegenen Aktiven verwertet werden mussten, sondern diese an eine neue Gesellschaft übertragen werden sollten, damit deren Aktien an die Gläubiger verteilt werden konnten, dann war weder ein inländisches Hilfsverfahren noch die Ernennung eines inländischen Sachwalters notwendig⁷⁶. Bei Anerkennung eines ausländischen *Nachlassverfahrens* (in Sinne einer Nachlassstundung) war es dann nicht erforderlich, ein inländisches Hilfsinsolvenzverfahren durchzuführen, wenn es weder in der Schweiz belegene Pfandobjekte noch privilegierte Schweizer Gläubiger gab. In diesem Fall sollte entweder ein schweizerischer Co-Sachwalter ernannt oder es sollte dem ausländischen Sachwalter das in der Schweiz belegene Vermögen ausnahmsweise zur Verfügung gestellt werden können⁷⁷.

72 BGE 135 III 40 E. 2.5.1. S. 44; Urteil des Bundesgerichts 2C_303/2010 vom 24. Oktober 2011, E. 2.4.1.

73 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 S. 383 (=Pra 2015 Nr. 49).

74 BGE 140 III 379 E. 4.2.1. S. 382f. (=Pra 2015 Nr. 49).

75 Zu seinen nach *bisherigem* Recht sehr beschränkten Kompetenzen vgl. III.C.1.

76 Urteil des Bundesgerichts 5A_267/2007 vom 30. September 2008, E. 5 (abgedruckt in BLSchK [Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs] 2009, 176-178).

77 BGE 140 III 379 E. 4.2.1. und E. 4.3 S. 382f. (=Pra 2015 Nr. 49).

2. Nach der Gesetzesnovelle

Sofern nach dem neuen Recht ein inländisches Hilfsverfahren durchgeführt wird (Art. 173 f. IPRG)⁷⁸, 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. Neu⁷⁹ ist dagegen die Möglichkeit, dass gar kein inländisches Hilfsverfahren durchgeführt werden muss. In diesem Fall wird dem Insolvenzverwalter das inländische Vermögen zur Verfügung gestellt (Art. 174a Abs. 1 revIPRG)⁸⁰. Damit kommt dem ausländischen Insolvenzverwalter namentlich eine umfassende Prozessführungsbefugnis zu⁸¹.

B. Grundsätze des inländischen Hilfsverfahrens

1. Nach bisherigem Recht

Nach altem Recht griff folgendes Regime Platz, welches man als *vereinfachtes Verfahren sui generis* bezeichnen konnte⁸², welches aber alles andere als einfach war: Für die inländische Hilfskonkursmasse galten grundsätzlich die Regeln des schweizerischen Konkursrechts für ein Hauptkonkursverfahren (Art. 170 Abs. 1 IPRG; Art. 196 ff. SchKG). Zur Vereinfachung des Verfahrens wurden jedoch weder Gläubigerversammlungen durchgeführt noch wurde ein Gläubigerausschuss gebildet (Art. 170 Abs. 3 IPRG). Das Verfahren erfasste aktivseitig sämtliche in der Schweiz belegene Aktiven.

Anders verhielt es sich in Bezug auf die zu berücksichtigenden Insolvenzforderungen. Im sog. *Kollokationsplan*⁸³ wurden im Hilfsverfahren (zunächst) nur die Forderungen von Pfandgläubigern (in Bezug auf in der Schweiz belegene Pfandobjekte⁸⁴) und privilegierte Forderungen von Gläubigern mit Sitz/Wohnsitz in der Schweiz aufgenommen (Art. 172 Abs. 1 IPRG)⁸⁵.

Sofern nach Deckung der Forderungen dieser Gläubiger ein Überschuss der inländischen Hilfsmasse verbleibt, hing dessen Verwendung davon ab, ob der *ausländische Kollokationsplan* vom schweizerischen Gericht *anerkannt* wurde, worum der auslän-

78 IV.B.2.c.

79 Zur bereits etwas „vorausseilenden“ Rechtsprechung des Bundesgerichts bei einem Nachlassverfahren, wenn keine Pfandobjekte in der Schweiz und keine schweizerischen privilegierten Gläubiger vorhanden sind vgl. Fn. 78.

80 Vgl. IV.B.2.b.

81 *Jakob*, Rz. 17.

82 BBl 2017 4139; Erläuternder Bericht, 11; *Jakob/Hunsperger*, 1056.

83 Damit ist die Tabelle gemeint.

84 BGE 134 III 366 E. 5.1.2. (=Pra 2008 Nr. 144).

85 Zur Publikationspraxis vgl. *Jakob*, Fn. 80.

dische Insolvenzverwalter ersuchen musste (Art. 173 Abs. 2 IPRG). Dies setzte voraus, dass im ausländischen Verfahren Forderungen von Gläubigern mit Sitz/Wohnsitz in der Schweiz angemessen berücksichtigt wurden (Art. 173 Abs. 3 IPRG). War dies der Fall, so wurde der Überschuss dem ausländischen Insolvenzverwalter zur Verfügung gestellt (Art. 173 Abs. 1 IPRG).

Würde dagegen der ausländische Kollokationsplan in der Schweiz *nicht* anerkannt⁸⁶, dann wurden im schweizerischen Kollokationsplan auch die nicht privilegierten Forderungen von Gläubigern mit Sitz/Wohnsitz in der Schweiz berücksichtigt, so dass diese zuerst in den Genuss des Überschusses kamen (Art. 174 Abs. 1 IPRG). Erst ein danach noch verbliebener Überschuss wurde alsdann dem ausländischen Insolvenzverwalter zur Verfügung gestellt.

2. Nach der Gesetzesnovelle

Das bisherige Regime hatte sich in vielen Fällen als zeit- und kostenaufwändig sowie als ineffizient erwiesen⁸⁷. Häufig gab es weder (in Bezug auf welche das der Schweiz belegende Pfandobjekte) pfandgesicherte noch privilegierte Forderungen von Gläubigern mit Sitz/Wohnsitz in der Schweiz⁸⁸. Damit wurden Verfahren zum Schutz von nicht existierenden Gläubigern durchgeführt⁸⁹, welche Verfahren sich letztlich weitgehend als Leerlauf erwiesen⁹⁰.

a) Verzicht auf ein inländisches Hilfsverfahren

Auf Antrag des ausländischen Insolvenzverwalters kann nun auf die Durchführung eines inländisches Hilfsverfahren ganz verzichtet werden, sofern keine Forderungen nach Art. 172 Abs. 1 revIPRG angemeldet wurden (Art. 174a Abs. 1 revIPRG). Auch in diesem Fall muss das Gericht weiterhin in Betracht ziehen, ob auch die ungesicherten Drittklassforderungen⁹¹ von Gläubigern mit Sitz/Wohnsitz in der Schweiz im ausländischen Verfahren angemessen berücksichtigt wurden (Art. 172 Abs. 2 revIPRG)⁹². Dabei geht es namentlich um die Gläubigergleichbehandlung.

86 Dies war namentlich dann der Fall, wenn die Forderungen von Gläubigern mit Sitz/Wohnsitz in der Schweiz im ausländischen Insolvenzverfahren nicht angemessen berücksichtigt wurden bzw. solche Gläubiger diskriminiert wurden (Art. 173 Abs. 3 IPRG).

87 BBl 2017 4129; Erläuternder Bericht, 4.

88 *Staelin*, 417; *Jakob*, Rz. 22.

89 BBl 2017 4129; Erläuternder Bericht, 4.

90 Erläuternder Bericht, 12; *Meier/Rodriguez*, 360; *Jakob*, Rz. 13.

91 Dies sind Gläubiger von Forderungen, welchen kein Vollstreckungsprivileg auf Vorabbefriedigung zukommen.

92 Für eine kritische Beurteilung dieses Erfordernisses vgl. *Jakob*, Rz. 24 ff.

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 das Gericht auch auf seine Kenntnisse des ausländischen Verfahrensrechts, dass ausländische (in casu schweizerische) Gläubiger gleichbehandelt werden, abstützen⁹³. Damit dies beurteilt werden kann, muss der Schuldner neu sämtliche Gläubiger mit Sitz/Wohnsitz in der Schweiz erfassen, auch wenn es sich nur um Drittklassforderungen handelt⁹⁴.

Ob auf die Durchführung eines inländischen Hilfsverfahren verzichtet werden kann, ist ein *Ermessensentscheid*⁹⁵. Das Gericht kann den Verzicht auf die Durchführung eines inländischen Hilfsverfahrens an Bedingungen und Auflagen⁹⁶ knüpfen (Art. 174a Abs. 3 revIPRG)⁹⁷. Dies sollte es den Gerichten erlauben, in aller Regel (mit oder ohne Auflagen und/oder Bedingungen) auf die Durchführung eines inländischen Hilfsverfahrens zu verzichten.

Wie die Praxis (der FINMA) zur weitgehend analogen Regelung im Bankeninsolvenzrecht (Art. 37g Abs. 2 BankG⁹⁸) zeigt, ist es gut denkbar bzw. 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 verzichten⁹⁹.

b) Zurverfügungstellung des inländischen 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, das in der Schweiz belegene *Vermögen dem ausländischen Insolvenzverwalters zur Verfügung zu stellen*. Genau darum handelt es sich aber¹⁰⁰. Das Zurverfügungstellen von Vermögensobjekten an den ausländischen Insolvenzverwalter bedeutet keine Wirkungserstreckung der ausländischen Hauptinsolvenz auf die Schweiz¹⁰¹. Dieses Konzept ist dem IPRG-Regime unverändert¹⁰² fremd, auch wenn kein inländisches Hilfsinsolvenzverfahren durchgeführt wird.

93 Vgl. auch BBl 2017 4141.

94 Vgl. BBl 2017 4140.

95 Erläuternder Bericht, 13; *Meier/Giudici*, 22.

96 Zu den möglichen Auflagen und Bedingungen vgl. BBl 2017 4141; *Markus*, ohne Hilfskonkurs, 224.

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

98 Vgl. II.B.

99 Vgl. auch *Rodriguez*, 17, und *Jakob/Hunsperger*, 1058.

100 Vgl. auch BBl 2017 4141; *Markus*, ohne Hilfskonkurs, 221.

101 *Markus*, ohne Hilfskonkurs, 231; *Rodriguez*, 17, spricht von einer *de facto* Wirkungserstreckung.

102 Vgl. II.A. und II.B.

Damit stellt sich die Frage, welche *Befugnisse* dem ausländischen Insolvenzverwalter zukommen¹⁰³. Die Anerkennung des ausländischen Konkursdekrets führt zur Dispositionsbefugnis des Insolvenzverwalters¹⁰⁴. Er 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 verIPRG). Letzteres gilt namentlich auch für Anfechtungsklagen (Art. 171 revIPRG)¹⁰⁵.

Seine Befugnisse umfassen dagegen 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 revIPRG). Der Begriff der hoheitlichen Handlung beurteilt sich dabei nach schweizerischem Recht¹⁰⁶. Er ist aber in einem engen Sinn zu verstehen¹⁰⁷. Obschon Verwertungshandlungen (Zwangsversteigerung, Freihandverkauf, Abtretung gemäss Art. 260 SchKG) nach schweizerischem Verständnis 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 (nach Anerkennung des ausländischen Kollokationsplans) 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 IPRG) 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 Konkursverwaltung¹⁰⁸ (anstelle des staatlichen Konkursamtes) oder einen Gläubigerausschuss einzusetzen.

103 Die Umschreibung im VE-IPRG hatte zu berechtigter Kritik geführt, weshalb im revIPRG Modifikationen vorgenommen worden sind (BBl 2017 4132).

104 Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-6065/20015 vom 6. Mai 2016, E. 3.1. zu Art. 37g BankG.

105 BBl 2017 4142. Mit dieser Regelung wird Art. 23 Ziff. 1 des Model Law Genüge getan.

106 BBl 2017 4142; *Jakob/Hunsperger*, 159 Fn. 92.

107 Vgl. die Beispiele in BBl 2017 4142; *Markus*, ohne Hilfskonkurs, 236/237.

108 BBl 2017 4139.

Neu werden in den Kollokationsplan nicht nur (in Bezug auf der Schweiz belegene Pfandgegenstände¹⁰⁹) 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 (solche) Drittklassforderungen berücksichtigt¹¹⁰.

Da zwischen den relevanten Gläubigern im inländischen Hilfskonkurs und dem ausländischen Insolvenzverwalter, welcher nur den Überschuss beanspruchen kann, ein „Verteilkampf“ um die schweizerische Masse herrscht, bestand nach bisherigem Recht eine Regelungslücke, da dieser keine Kollokationsklage gegen Gläubiger im Hilfskonkurs führen konnte¹¹¹. Diese Lücke wurde mit der Novelle geschlossen, indem ihm dieses Klagerecht neu eingeräumt wird (Art. 172 Abs. 2 revIPRG). Dies erscheint sinnvoll und sachgerecht.

C. Koordination grenzüberschreitender Insolvenzverfahren

Obleich schon lange die Überzeugung herrschte, dass auch in Insolvenzangelegenheiten zwischenstaatliche Koordination von Nöten ist¹¹², war die *bisherige* gesetzliche Regelung dazu eher rudimentär¹¹³. Im Wesentlichen wurde (generell im internationalen Verhältnis) stipuliert, dass das Bundesamt für Justiz für die Vermittlung der Rechtshilfe zuständig (Art. 11 IPRG) und für Zustellungen und Beweiserhebungen das Haager Übereinkommen von 1954 anwendbar ist (Art. 11a Abs. 4 IPRG), auch wenn der andere Staat dieses Abkommen nicht ratifiziert hatte.

Die *Gesetzesnovelle* versucht, wenn auch in allgemeiner und unverbindlicher Form¹¹⁴, dem Anliegen der Verfahrenskoordination verstärkt Rechnung zu tragen¹¹⁵. So können neu bei Verfahren, welche in einem sachlichen Zusammenhang stehen, die beteiligten Behörden und Organe ihr Handlungen untereinander sowie mit ausländischen Behörden und Organen koordinieren (Art. 174b revIPRG). Damit sollen namentlich auch sog. *insolvency protocols* ermöglicht werden¹¹⁶, welche vor allem zum anglo-amerikanischen Raum verbreitet sind. Auch wenn solche Protokolle schon

109 BBl 2017 4139.

110 BBl 2017 4139 f.

111 BBl 2017 4140.

112 BBl 1983 I 451.

113 *Meier/Rodriguez*, 361.

114 *Meier/Giudici*, 23; *Rodriguez*, 18.

115 BBl 2017 4142; Erläuternder Bericht, 15.

116 BBl 2017 4142; Erläuternder Bericht, 15; *Meier/Rodriguez*, 365; *Rodriguez*, 19; *Jakob/Hundsperger*, 1059.

unter dem bisherigen Recht zulässig waren¹¹⁷, erscheint diese neue Bestimmung im Sinn einer Klarstellung sinnvoll.

Bei dieser Regelung hat sich der Gesetzgeber zwar von Art. 25 ff. des *Model Law* inspirieren lassen¹¹⁸. In der Sache bleibt die Regelung jedoch einiges hinter den Bestimmungen des *Model Law* zurück.

V. Ausblick

Ob die Gesetzesnovelle ein kleiner oder ein grosser Wurf ist, hängt (wie bei so vielen Fragen) namentlich vom Blickwinkel des Betrachters ab.

Wenn man die Europäische Insolvenzverordnung als Massstab nimmt, dann bleibt die Schweizer Modell in verschiedenen Belangen einiges dahinter zurück. Ausgehend vom bisherigen Recht ist es jedoch ein grosser Schritt in die richtige Richtung, auch wenn für weitere Verbesserungen noch „Luft nach oben“ besteht. Immerhin werden in pragmatischer Weise die grössten Schwachstellen der bisherigen Ordnung beseitigt. Wenn man das UNCIRAL *Model Law* als „*Benchmark*“ nimmt, dann setzt die Novelle viele Vorgaben (wenn auch in unterschiedlichem Masse) um. Was das COMI-Prinzip betrifft, welches der schweizerischen Rechtstradition bis anhin weitgehend fremd war¹¹⁹, hat die Schweiz (ausgehend von einem tiefen Niveau) einen grossen Fortschritt erzielt. Mit dem Vorbehalt in Bezug auf Parteien mit Sitz/Wohnsitz in der Schweiz, wird zwar eine Ausnahme geschaffen; gleichsam kommt der neuen Regelung einer idealtypischen Umsetzung des *Model Law* (in diesem Punkt) doch recht nahe¹²⁰.

Insgesamt dürfte das revidierte Recht in seiner Gesamtheit als *Model Law*-kompatibel gelten dürfen. Die heutige Liste der UNCITRAL¹²¹ zeigt, dass der Standard nicht sehr hoch angesetzt ist, da selbst Länder aufgeführt sind, welche als Anerkennungs Voraussetzung das Gegenrechtserfordernis verlangen. Insofern scheint

117 BBl 2017 4142; *Rodriguez*, 19; *Jakob/Hunsperger*, 1059.

118 *Meier/Rodriguez*, 365, 368; *Rodriguez*, 18.

119 Im *Finanzmarktrecht* gibt es ein analoges Konstrukt, indem bei finanzmarktrechtlich unzulässigen Tätigkeiten (d. h. bewilligungspflichtigen Tätigkeiten ohne entsprechende Bewilligung) von ausländischen Parteien eine *Zweigniederlassung* in der Schweiz *präsumiert* (und nachfolgend ins Handelsregister eingetragen; Urteil des Bundesgerichts 2C_1055/2014 vom 2. Oktober 2015, E. 1.3.2.5) wird, so dass in Bezug auf das in der Schweiz belegene Vermögen ein Liquidationsverfahren (in Bezug auf diese Zweigniederlassung) stattfinden kann. Dabei kann es sich um eine aufrechtstehende oder um eine insolvenzrechtliche Liquidation handeln.

120 *Meier/Rodriguez*, 369, bezeichnen den Vorbehalt als „*too prudent*“.

121 Das Sekretariat des UNCITRAL publiziert auf ihrer Website jährlich eine Liste der Nationen, welche das *Model Law* umgesetzt haben.

es nicht (allzu) kühn, zu prognostizieren, dass auch die Schweiz bald auf dieser Liste erscheinen wird¹²².

Literaturverzeichnis

- Bopp, Lukas*, Sanierung im Internationalen Insolvenzrecht der Schweiz, Diss. Basel, Basel/Genf/München 2004
- Bucher, Andreas* (Hrsg.), *Loi sur le droit international privé, Convention de Lugano, Commentaire Romand*, Bâle 2011 (zit. *ComR-Bearbeiter*)
- Gehri, Myriam A./Kostkiewicz, Gregor H*, Anerkennung ausländischer Insolvenzscheide in der Schweiz – ein neuer Réduit National?, *SZIER* 2009, 193 ff.
- Girsberger, Daniel/Heini, Anton* et al. (Hrsg.), *Zürcher Kommentar zum IPRG*, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2004 (zit. *ZK-Bearbeiter*)
- 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
- Jakob, Marjolaine/Hunsperger, Reto*, Internationales Konkursrecht der Schweiz – *Quo Vadis?*, *AJP* 2017, 1050 ff.
- Markus, Alexander R.*, 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, Zur Revision des 11. Kapitels IPRG: Ausländische Zivilprozesse und Schweizer Insolvenz, Zürich 2016, 23 ff.
- Markus, Alexander R.*, Ohne Hilfskonkurs – ein Paradigmenwechsel im internationalen Insolvenzrecht der Schweiz, in: *Stephanie Hrubesch/Alesander R. Markus/Rodrigo Rodriguez* et al (Hrsg.). *Festschrift für Jolanta Kren Kostkiewicz*, Bern 2018, 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, 4 ff.
- Meier, Niklaus/Rodríguez, Rodrigo*, Recast of the Swiss International Insolvency Law, in: *Yearbook of Private International Law*, Volume 17 (2015/2016), 355 ff.
- Rodríguez, 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, 11 ff.
- Schiltknecht, Reto/Billeter, David*, Die internationale Durchsetzung von Insolvenzmassnahmen bei Banken – eine Bestandsaufnahme, in: *Rolf H Weber/Walter A. Stoffel/Jean-Luc Chenaux/Rolf Sethe* (Hrsg.) *Aktuelle Herausforderungen des Gesellschafts- und Finanzmarktrechts*, Festschrift für Hans Caspar von der Crone zum 60. Geburtstag, Zürich 2017, 441 ff.

122 Vgl. auch *Meier/Rodríguez*, 369; *Schiltknecht/Billeter*, 460.

FRANCO LORANDI

Stahelin, Daniel, Die Anerkennung ausländischer Konkurse und Nachlassverträge in der Schweiz (Art. 166 IPRG), Diss., Basel 1989 (zit. *Stahelin*, Anerkennung, Seite)
Stahelin, Daniel, in: *Hans Michael Riemer/Moritz Kuhn/Dominik Vock/Myriam A. Gebri* (Hrsg.), Konkurs im Ausland – Drittschuldner in der Schweiz, Schweizerisches und Internationales Zwangsvollstreckungsrecht, Festschrift für Karl Spühler zum 70. Geburtstag, Basel 1989, 407 ff.