

**Erläuternder Bericht
zur Änderung des Bundesgesetzes über das Internationale
Privatrecht (Konkurs und Nachlassvertrag)**

Übersicht

Die vorgeschlagenen Änderungen bezwecken eine Modernisierung des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (IPRG) im Bereich Konkurs und Nachlassvertrag. Die Voraussetzungen und das Verfahren der Anerkennung ausländischer Konkursdekrete sollen erleichtert werden.

Ausgangslage

Das internationale Konkursrecht des IPRG regelt die Anerkennung ausländischer Konkursdekrete in der Schweiz. Nach geltendem Recht werden nur Dekrete anerkannt, die im Sitz- bzw. Wohnsitzstaat des Schuldners ergangen sind. Zudem muss dieser Staat Gegenrecht gewähren. Um die Interessen gewisser Gläubiger (insbesondere solcher mit Wohnsitz in der Schweiz) zu schützen, wird bei jeder Anerkennung zwingend ein inländisches Hilfsverfahren durchgeführt.

Einige Anerkennungsvoraussetzungen haben sich in der Praxis als problematisch erwiesen: Sie verzögern bzw. verunmöglichen teilweise die Anerkennung, was den Interessen in- und ausländischer Gläubiger schadet. Zudem verfehlt das obligatorische Hilfsverfahren, das dem Schutz der privilegierten inländischen Gläubiger dienen soll, dort seinen Zweck, wo es gar keine solchen Gläubiger gibt.

Inhalt der Vorlage

Der Vorentwurf erleichtert die Anerkennung ausländischer Konkursdekrete, indem auf das Gegenrechtserfordernis verzichtet wird. Weiter werden neu auch Konkursdekrete anerkannt, die am Mittelpunkt der hauptsächlichlichen Interessen des Schuldners ergangen sind.

Zur Verfahrensvereinfachung soll auf das Hilfsverfahren verzichtet werden können, wenn kein Schutzbedarf zugunsten inländischer Gläubiger besteht. Das Niederlassungsverfahren wird besser auf das Hilfsverfahren abgestimmt. Zudem wird eine gesetzliche Grundlage für die nationale und internationale Kooperation bzw. Koordination geschaffen.

Erläuternder Bericht

1 Grundzüge der Vorlage

1.1 Ausgangslage

1.1.1 Vorgeschichte und regulatorisches Umfeld

Konkurs und Nachlassvertrag¹ sind im Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG)² im 11. Kapitel geregelt. Die Regelung von 1987 verfolgte das Ziel, mit der «neueren Entwicklung» auf dem Gebiet des internationalen Konkursrechts Schritt zu halten³.

Seither hat es bedeutende Weiterentwicklungen gegeben: Das Mustergesetz der Kommission der Vereinten Nationen für internationales Handelsrecht (UNCITRAL-Mustergesetz)⁴ von 1997, welches moderne Standards für die Konkursanerkennung vorschlägt, wurde bereits von 20 Staaten umgesetzt. In der EU erfolgte im Jahr 2000 eine Rechtsvereinheitlichung durch die europäische Insolvenzverordnung (EU-Insolvenzverordnung)⁵. Auch in der Schweiz wurde 2004 das Bankeninsolvenzrecht revidiert und anerkennungsfreundlicher ausgestaltet⁶.

Wo nicht anders präzisiert, geht es im erläuternden Bericht ausschliesslich um die Bestimmungen des IPRG. Spezialgesetzliche Regelungen, insbesondere im Bankenbereich, bleiben vorbehalten.

1.1.2 Geltendes Konkursrecht des IPRG

Ausländische Konkursdekrete erzeugen in der Schweiz aufgrund des Territorialitätsprinzips grundsätzlich keine Wirkungen. Auf das in der Schweiz gelegene Vermögen des Schuldners kann nur zugegriffen werden, nachdem das ausländische Konkursdekret anerkannt wurde.

Voraussetzung für die Anerkennung ist, dass das Dekret im Sitz- bzw. Wohnsitzstaat des Schuldners ergangen ist. Zudem werden nur Dekrete aus Staaten anerkannt, die auch in der Schweiz ergangene Konkursdekrete anerkennen (Gegenrecht).

Wird ein ausländisches Konkursdekret anerkannt, führt dies nach geltendem Recht zwingend zur Durchführung eines Hilfsverfahrens in der Schweiz (auch «Partikular-konkurs», «Hilfskonkurs», «Anschlusskonkurs», «Minikonkurs», «Parallelkonkurs»,

¹ Aus sprachlichen Gründen wird im erläuternden Bericht hauptsächlich von «Konkurs» gesprochen; die Ausführungen gelten aber sinngemäss auch für den Nachlassvertrag. Der vereinzelt im Zusammenhang mit Sanierungsverfahren benutzte Begriff «Insolvenz» wird als Überbegriff für Konkurs und Nachlassvertrag verwendet.

² SR 291

³ Botschaft vom 10. November 1982 zum IPRG, BBl 1983 I 263, Ziff. 210.3 S. 450.

⁴ UN-Resolution 52/158

(http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/insolvency/1997Model.html).

⁵ Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates vom 29. Mai 2000 über Insolvenzverfahren, ersetzt durch die Verordnung (EU) 2015/848 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2015 über Insolvenzverfahren.

⁶ Art. 37f und 37g BankG, SR 952.0; Art. 10 BIV-FINMA, SR 952.05.

«Sekundärkonkurs» oder «IPRG-Konkurs» genannt). Damit wird einerseits das ausländische Verfahren rechtshilfweise unterstützt. Andererseits dient das Hilfsverfahren aber auch der Bevorzugung gewisser inländischer Gläubiger: Ihre Forderungen werden aus dem im Inland belegenen Vermögen als erstes befriedigt. Erst danach wird ein allfälliger Überschuss ins Ausland überwiesen.

Gläubiger einer Geschäftsniederlassung in der Schweiz können zudem ein zusätzliches, paralleles Niederlassungsverfahren nach Artikel 50 SchKG⁷ beantragen. In diesem Verfahren werden die der Niederlassung zuzurechnenden Vermögenswerte gesondert verwertet und den Gläubigern der Niederlassung bevorzugt zur Verfügung gestellt.

1.1.3 Mängel des geltenden Rechts

Die restriktiven Anerkennungsvoraussetzungen haben negative Auswirkungen für alle Beteiligten. So werden z.B. Konkursdekrete aus EU-Staaten und anderen wichtigen Handelspartnern der Schweiz nicht anerkannt, wenn sie am «Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen» (*center of main interests*, COMI) des Schuldners ergangen sind und dieser (ausnahmsweise) vom statutarischen Sitz abweicht. Dies führt zu sogenannten hinkenden Rechtsverhältnissen: Der Schuldner ist im einen Land konkurs, während er im anderen weiterhin verfügungsberechtigt ist.

Die Nichtanerkennung schadet in- und ausländischen Gläubigern: Die Einzelzwangsvollstreckung bleibt mangels Konkursanerkennung weiterhin möglich, so dass einzelne Gläubiger zum Nachteil aller anderen auf das Schuldnervermögen greifen können. Die gleichwertige und angemessene Berücksichtigung aller, auch der im Inland wohnhaften Gläubiger ist so nicht sichergestellt.

Auch das Gegenrechtserfordernis, welches oft teure Rechtsgutachten und langwierige Abklärungen notwendig macht und so das Verfahren verzögert, behindert die Anerkennung ausländischer Verfahren. Eine Verbesserung der ausländischen Kooperationsbereitschaft – erklärtes Ziel des Gegenrechtserfordernisses – wurde dadurch nicht erreicht.

Die obligatorische Durchführung des Hilfsverfahrens hat sich als aufwändig und ineffizient erwiesen. Da das Hilfsverfahren die pfandgesicherten und in der Schweiz wohnhaften privilegierten Gläubiger schützen soll, macht die obligatorische Durchführung dann keinen Sinn, wenn gar keine solchen Gläubiger existieren.

Gleiches gilt für die Beschränkung der Handlungsmöglichkeiten der ausländischen Konkursverwaltung, welche den Einbezug der schweizerischen Behörden notwendig macht: Sie bezweckt den Schutz der pfandgesicherten und der in der Schweiz wohnhaften privilegierten Gläubiger. Sind aber gar keine solchen Gläubiger vorhanden, fällt auch Sinn und Zweck dieser Beschränkung dahin.

Wird neben dem Hilfsverfahren ein Niederlassungsverfahren eröffnet, kann dies zu Koordinationsproblemen und komplizierten rechnerischen Abgrenzungen der einzelnen Massen führen. Zudem sind die Kooperationsmöglichkeiten mit dem Ausland nach geltendem Recht unklar.

⁷ SR 281.1

1.1.4 Statistik

Gemäss den im Schweizerischen Handelsamtsblatt verfügbaren Daten wurden zwischen 2010 und 2014 in der Schweiz ca. 50 Anträge auf Anerkennung ausländischer Konkursdekrete gestellt. Vier Fünftel dieser Verfahren wurden in einem EU-Mitgliedstaat eröffnet, davon mehr als die Hälfte in Deutschland. Die andere Hälfte verteilte sich auf Italien, das Vereinigte Königreich, Frankreich und Österreich. Ausserhalb Europas waren primär Konkursverfahren aus den Vereinigten Staaten, Japan und den britischen Überseegebieten betroffen.

Diese Statistik ist allerdings in Bezug auf die Frage des Revisionsbedarfs wenig aussagekräftig. Zu berücksichtigen ist nämlich, dass sich gemäss Aussagen verschiedener Praktiker die Durchführung eines Hilfsverfahrens nach geltendem Recht in der Regel nur bei Vermögenswerten ab 10'000 Franken lohnt. Es ist deshalb anzunehmen, dass die Zahlen bei einem einfacher ausgestalteten, kostengünstigeren Verfahren höher wären. In der Literatur wird in diesem Zusammenhang bereits von neuen «nachrichtenlosen Konten» gesprochen, auf die wegen der hohen Kosten nicht zugegriffen werden könne.

1.1.5 Vorarbeiten

2012 und 2013 wurden zwei Treffen mit einer Reihe von Experten aus Wissenschaft, Anwaltspraxis, Verwaltung und Gerichten organisiert, um den Bedarf und die Grundzüge einer möglichen Revision zu besprechen. Unter Berücksichtigung zahlreicher Vorschläge aus der Lehre entwickelte das Bundesamt für Justiz in der Folge ein Normkonzept, gestützt auf welches der Vorentwurf und erläuternde Bericht erarbeitet wurden. Während die in der Ämterkonsultation zirkulierte Version alle Revisionsvorschläge umfassend berücksichtigte, hält sich der in die Vernehmlassung geschickte Vorentwurf näher am geltenden Recht und orientiert sich an den Lösungen des Bankeninsolvenzrechts.

1.2 Vorgeschlagene Neuregelung

Die zentralen Punkte des Vorentwurfs sind:

- *Verzicht auf das Gegenrechtserfordernis*: Das Gegenrechtserfordernis wird ersatzlos gestrichen.
- *Erweiterung der indirekten Zuständigkeit*: Neu sollen auch Dekrete anerkannt werden können, die am Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen des Schuldners ergangen sind.
- *Koordination zwischen Hilfs- und Niederlassungsverfahren*: Ein Niederlassungsverfahren soll nur beantragt werden können, solange noch kein Antrag auf Anerkennung des ausländischen Verfahrens gestellt wurde.
- *Hilfsverfahren*: Auf ein Hilfsverfahren soll verzichtet werden können, wenn kein Schutzbedarf zugunsten inländischer Gläubiger besteht.

- *Handlungsbefugnisse der ausländischen Konkursverwaltung*: Wird kein Hilfsverfahren durchgeführt, soll die ausländische Konkursverwaltung vorbehaltlich anderslautender Anordnungen alle Befugnisse ausüben können, die dem Schuldner vor der Konkurseröffnung zustanden.
- *Koordination und Kooperation mit dem In- und Ausland*: Die beteiligten Stellen sollen ihre Handlungen soweit als möglich koordinieren und auch mit ausländischen Konkursverwaltungen sowie ausländischen Behörden zusammenarbeiten können.
- *Anerkennung konkursnaher Entscheidungen*: Auch ausländische Entscheidungen über Anfechtungsansprüche sollen unter gewissen Voraussetzungen anerkannt werden können.
- *Vormerkung im Ausland streitiger Forderungen*: Im Kollokationsplan sollen neu auch Forderungen vorgemerkt werden können, die im Ausland bereits Gegenstand eines Prozesses sind.

1.3 Begründung und Bewertung der vorgeschlagenen Lösung

1.3.1 Vorzüge des Vorentwurfs

Der Vorentwurf baut auf den bestehenden Regelungen auf und verbessert diese punktuell. Wo möglich wird dabei auf die Erfahrungen im Bereich des Bankensolvenzrechts, auf die Lösungen in anderen Bundesgesetzen (insbesondere dem Bundesgesetz vom 11. April 1889⁸ über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG) sowie auf die Rechtentwicklung im Ausland zurückgegriffen. Die sozialpolitisch begründete Privilegierung gewisser schutzbedürftiger Gläubigerkategorien (z.B. Arbeitnehmende) wird beibehalten.

1.3.2 Alternativen und Gründe ihrer Verwerfung

Nachfolgend wird auf einige grundlegende Regulierungsmöglichkeiten eingegangen, die im Rahmen der Vorarbeiten verworfen wurden. Detaillierte Alternativvorschläge zu den einzelnen Artikeln und die Gründe ihrer Verwerfung werden im Rahmen der Kommentierung unter Ziffer 2 vorgestellt.

1.3.2.1 Keine staatsvertraglichen Lösungen

Der schweizerische Wirtschaftsraum ist eng mit dem europäischen verflochten. Bezeichnenderweise geht es bei der Anerkennung ausländischer Konkursdekrete in der Schweiz auch primär um Verfahren aus den EU-Mitgliedstaaten. Vor diesem Hintergrund wäre z.B. denkbar, die Regelungen der EU-Insolvenzverordnung auch in der Schweiz zu übernehmen. Im Bereich des allgemeinen Zivilverfahrensrechts

⁸ SR 281.1

wird dieser Weg bereits seit 1988 erfolgreich mit dem Lugano-Übereinkommen⁹ beschritten.

Zum jetzigen Zeitpunkt steht für die Schweiz jedoch eine Anpassung des IPRG im Vordergrund. Einerseits geht die EU-Insolvenzverordnung wesentlich über den Regelungsbereich des IPRG hinaus: Sie regelt nicht nur die Anerkennung ausländischer Insolvenzverfahren, sondern auch die gerichtliche Zuständigkeit sowie das anwendbare Recht. In diesen Bereichen besteht aber in der Schweiz kein Regelungsbedarf. Andererseits betreffen die angesprochenen Mängel des IPRG *alle* Staaten und nicht nur den europäischen Rechtsraum, was eine allgemeingültige Lösung im IPRG nahelegt. Diese Überlegungen schliessen nicht aus, später weitergehendere staatsvertragliche Regelungen mit der EU oder einzelnen Staaten zu suchen.

1.3.2.2 UNCITRAL-Mustergesetz

Das UNCITRAL-Mustergesetz¹⁰ wurde 1997 verabschiedet. Es enthält Vorschriften betreffend die Anerkennung ausländischer Insolvenzverfahren, die Stellung ausländischer Insolvenzverwalter und Gläubiger im Inland, sowie die grenzüberschreitende Zusammenarbeit zwischen Gerichten und Insolvenzverwaltungen. Bei einem Mustergesetz steht nicht die wortwörtliche Übernahme im Vordergrund, sondern die Umsetzung der wesentlichen Ideen.

Der Vorentwurf nimmt viele Vorschläge des UNCITRAL-Mustergesetzes auf, verzichtet aber auf eine umfassende Übernahme. Die Integration in das IPRG erlaubt eine Anpassung an die schweizerischen verfahrensrechtlichen Besonderheiten und behält den Charakter des IPRG als Gesamtkodifikation bei.

1.3.2.3 Keine Regelung der direkten Zuständigkeit und des anwendbaren Rechts

Das 11. Kapitel des IPRG regelt nur die Anerkennung ausländischer Konkursdekrete, ohne die Zuständigkeit und das anwendbare Recht zu bestimmen. Auf eine umfassende Regelung des internationalen Konkursrechts wird aber vorliegend verzichtet, da die Schweiz in diesen Bereichen mit dem SchKG bereits über bewährte und befriedigende Lösungen verfügt und auch in der Praxis keine Anwendungsprobleme ersichtlich sind. Betreffend Zuständigkeit und anwendbares Recht besteht somit kein Regelungsbedarf.

⁹ SR 0.275.11 / 0.275.12

¹⁰ UN-Resolution 52/158

(http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/insolvency/1997Model.html).

1.3.2.4 Keine Verfahrensenerkennung mit umfassender Wirkungserstreckung

Während das geltende Recht die Anerkennung von *Konkurrentscheidungen* vorsieht, kennen andere Rechtsordnungen¹¹ die Anerkennung ausländischer *Konkursverfahren*. Die Verfahrensenerkennung führt dann zu einer Wirkungserstreckung der konkursrechtlichen Folgen des ausländischen Rechts auf das Inland.

Eine Verfahrensenerkennung mit Wirkungserstreckung kann in einer Regelung, die weltweit gegenüber allen Staaten Geltung haben soll, zu ungewollten Konsequenzen, Missbrauch und erheblichen Abgrenzungsschwierigkeiten führen. Es müssten Sonderanknüpfungen vorgesehen und die Befugnisse der ausländischen Konkursverwaltung präzisiert werden. Gestützt auf die Ergebnisse der Ämterkonsultation wird deshalb am bereits heute geltenden Konzept der Entscheidungsenerkennung festgehalten.

1.4 Umsetzung

Die Revision erfolgt direkt durch die Anpassung des IPRG¹², des SchKG¹³ und des Bankengesetzes¹⁴. Es bedarf keiner weiteren Umsetzung.

2 Erläuterungen zu einzelnen Artikeln

2.1 Anerkennung ausländischer Konkursdekrete

Art. 166 Abs. 1 Anerkennungs Voraussetzungen für Konkursdekrete

Streichung des Gegenrechtserfordernisses

Das Gegenrechtserfordernis wird in Literatur und Rechtsprechung¹⁵ einhellig kritisiert. Es hat sich als ineffizient erwiesen und die zwischenstaatliche Kooperation nicht verbessert. Mit diesem Argument (Verbesserung der internationalen Kooperation), das sich als falsch erwiesen hat, wurde die Einführung des Gegenrechtserfordernisses im IPRG damals begründet.

Die Abklärung des Gegenrechtserfordernisses, die in der Regel den Parteien übertragen wird, macht teure Rechtsgutachten notwendig, obwohl es teilweise nur um bescheidene Vermögenswerte geht. Ohne Nachweis des Gegenrechts ist aber keine Anerkennung möglich. Da das Gegenrecht vom Richter von Amtes wegen zu prüfen ist, werden so die Verfahren verzögert. Eine allfällige Nichtanerkennung führt überdies zu negativen Folgen für in- und ausländische Gläubiger¹⁶. Daher wird im Vorentwurf auf das Gegenrechtserfordernis verzichtet.

¹¹ Art. 20 EU-Insolvenzverordnung 2015/848; § 335 der deutschen Insolvenzordnung vom 5. Oktober 1994, zuletzt geändert durch das Gesetz vom 17. Juli 2015.

¹² SR 291

¹³ SR 281.1

¹⁴ SR 952.0

¹⁵ BGE 137 III 570 E. 3 S. 576

¹⁶ Ziff. 1.1.3

Indirekte Zuständigkeit

Nach geltendem Recht können nur Konkursdekrete anerkannt werden, die am Wohnsitz des Schuldners ergangen sind. Bei Gesellschaften gilt der Sitz als Wohnsitz (Art. 21 IPRG). Im Ausland liegt die Zuständigkeit für die Eröffnung von Konkursverfahren aber in der Regel bei den Gerichten des Staates, in dessen Gebiet der Schuldner den Mittelpunkt seiner hauptsächlichen Interessen hat¹⁷. Zwar liegt dieser Mittelpunkt regelmässig am Ort des satzungsmässigen Sitzes, aber nicht immer. In diesen Fällen können Konkursdekrete nach geltendem Recht nicht anerkannt werden, was negative Auswirkungen hat¹⁸.

Der neue Buchstabe c stellt klar, dass auch Konkursdekrete anerkannt werden sollen, die im Staat des Mittelpunktes der hauptsächlichen Interessen des Schuldners ergangen sind. Dieses Kriterium entspricht Artikel 2 Buchstabe b des UNCITRAL-Mustergesetzes sowie Artikel 3 der EU-Insolvenzverordnung.

Unter dem Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen des Schuldners wird der Ort verstanden, an dem der Schuldner gewöhnlich der Verwaltung seiner Interessen nachgeht und der damit für Dritte feststellbar ist. Bei Gesellschaften wird vermutet, dass der Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen der Ort des satzungsmässigen Sitzes ist. Diese Definition lehnt sich an die EU-Insolvenzverordnung an, was insbesondere deshalb angezeigt ist, weil ein Grossteil der anzuerkennenden Verfahren aus dem EU-Raum stammt und somit am Interessenmittelpunkt eröffnet wurde.

Zum Schutz der berechtigten Erwartungen des Schuldners soll ein am ausländischen Interessenmittelpunkt ergangenes Konkursdekret allerdings dann nicht anerkannt werden, wenn der Schuldner seinen Sitz bzw. Wohnsitz in der Schweiz hatte. Aus Schweizer Sicht liegt die Zuständigkeit in solchen Fällen allein bei Schweizer Behörden. Allenfalls kann in solchen Fällen gestützt auf Artikel 174b E-IPRG auf eine Koordination des inländischen Hauptverfahrens mit dem ausländischen Verfahren hingewirkt werden.

Antragserfordernis und -befugnis

Die Anerkennung eines ausländischen Konkursdekretes in der Schweiz setzt einen entsprechenden Antrag voraus. Eine Anerkennung von Amtes wegen fällt ausser Betracht.

Während im nationalen Recht sowohl die Gläubiger als auch der Schuldner ein Konkursverfahren beantragen können, ist die Antragsbefugnis im IPRG heute auf die Gläubiger und die ausländische Konkursverwaltung beschränkt. Insbesondere bei Sanierungsverfahren kann aber auch der Schuldner ein berechtigtes Interesse daran haben, die Anerkennung ausländischer Verfahren zu beantragen. Er ist in der Regel früher und besser als die Gläubiger über seine Situation informiert und kann durch eine zeitnahe Anerkennung ausländischer Verfahren dazu beitragen, den insolvenzbedingten Wertzerfall zu minimieren. Dies liegt im Interesse aller Beteiligten. Die Antragsbefugnis wird deshalb auf den Schuldner ausgedehnt.

Der Person, der im Rahmen eines Sanierungsverfahrens die Geschäftsführung über den Schuldner übertragen wurde («debtor in possession», Schuldner in Eigenverantwortung), können die gleichen Befugnisse wie der ausländischen Insolvenzverwaltung zukommen, wenn ihre Rollen funktional vergleichbar sind. Auf eine aus-

¹⁷ Siehe z.B. Art. 3 EU-Insolvenzverordnung.

¹⁸ Ziff. 1.1.3

drückliche Regelung wird aber verzichtet; es kann den Gerichten überlassen werden, zu definieren, unter welchen Voraussetzungen ein Schuldner funktional einer Insolvenzverwaltung gleichzustellen ist.

2.2 Verhältnis zum Niederlassungsverfahren

Art. 166 Abs. 2

Wenn der Schuldner seinen Sitz im Ausland hat, aber in der Schweiz über eine Zweigniederlassung verfügt, gibt es in der Regel Gläubiger mit Wohnsitz in der Schweiz, die gegenüber dem Schuldner über Forderungen aus der Geschäftstätigkeit dieser Niederlassung verfügen. Nach geltendem Recht können diese Gläubiger ein paralleles, auf diese Niederlassung beschränktes inländisches Konkursverfahren beantragen. In diesem Verfahren, welches bis zur Rechtskraft des Kollokationsplanes des Hilfsverfahrens zulässig ist, werden alle Niederlassungsgläubiger berücksichtigt, unabhängig von ihrem Wohnsitz und dem Rang der Forderung. Diese Gläubiger – auch die nicht privilegierten – werden somit nach geltendem Recht bevorzugt, denn sie können vor den Gläubigern des Hauptkonkursverfahrens auf die Vermögenswerte der Niederlassung zugreifen. Begründet wird dies mit den Erwartungen der Niederlassungsgläubiger auf einen privilegierten Zugriff auf das Vollstreckungssubstrat.

Die heutige IPRG-Regelung¹⁹ wird aus verschiedenen Gründen kritisiert. Die Eröffnung eines Niederlassungsverfahrens kann die Durchführung des Hilfsverfahrens stören: Das Niederlassungsverfahren erfasst nämlich nur Verbindlichkeiten, die auf Rechnung der Niederlassung eingegangen wurden. Gemäss einem Teil der Lehre betrifft das Verfahren zudem nur Vermögenswerte, die der Niederlassung zugerechnet werden können. Dies führt zu komplizierten rechnerischen Abgrenzungen zwischen den beiden Verfahren und ihren Massen.

Zeitliche Koordination zwischen Niederlassungs- und Hilfsverfahren

Zur Erhöhung der Verfahrenseffizienz stimmt der Vorentwurf das Niederlassungsverfahren besser auf das Hilfsverfahren ab. Entscheidend soll neu der Zeitpunkt des Antrags auf Anerkennung des ausländischen Konkursdekrets sein: Vor diesem Zeitpunkt kann ein Niederlassungsverfahren beantragt werden, danach nicht mehr.

Ist das Niederlassungsverfahren zuerst eröffnet, geht es einem allfälligen parallelen Hilfsverfahren vor. In diesem Fall ändert sich nichts am geltenden Recht. Wird hingegen zuerst der Anerkennungsantrag gestellt und wird diesem stattgegeben, sind die Forderungen entweder im ausländischen Hauptverfahren anzumelden, oder können gegebenenfalls im inländischen Hilfsverfahren eingegeben werden. In Zweifelsfällen ist die Behandlung des Antrags auf ein Niederlassungsverfahren solange zu sistieren, bis feststeht, ob das ausländische Konkursdekret anerkannt wird. Wurde das ausländische Konkursdekret nicht anerkannt, kann ein Niederlassungsverfahren beantragt werden.

Zu berücksichtigen ist, dass der Eröffnung des Niederlassungskonkurses in der Regel eine Konkursandrohung nach Artikel 159 SchKG vorgeht. Die in Artikel 160 Absatz 1 Ziffer 3 SchKG verankerte 20-tägige Frist (ab welcher ein Gläubiger die

¹⁹ Anders ist die Situation im Bankenbereich; siehe Ziff. 2.7.

Konkurseröffnung beantragen kann) kann die ausländische Konkursverwaltung dazu nutzen, um der Konkurseröffnung mit einem Anerkennungsantrag zuvorzukommen.

Keine Bevorzugung von nichtprivilegierten Niederlassungsgläubigern

Diese Neuregelung hat verschiedene Auswirkungen auf die Gläubiger des Niederlassungsverfahrens. Privilegierte Gläubiger wie z.B. Arbeitnehmende mit Wohnsitz in der Schweiz werden zwar weiterhin im Rahmen eines allfälligen schweizerischen Hilfsverfahrens berücksichtigt und dort bevorzugt befriedigt. Ihre Situation ändert sich aber insofern, als der Kreis dieser Gläubiger nicht mehr auf solche der Zweigniederlassung beschränkt ist. Weitergehendere Auswirkungen hat die Neuregelung auf die Privilegien von Niederlassungsgläubigern der dritten Klasse sowie von privilegierten Niederlassungsgläubiger mit Wohnsitz im Ausland: Wird die Anerkennung eines ausländischen Konkursdekrets vor einem Niederlassungsverfahren beantragt, müssen sie ihre Forderungen neu grundsätzlich im ausländischen Verfahren eingeben.

Dieser «Preis» der besseren Vereinbarkeit zwischen Hilfs- und Niederlassungsverfahren scheint aber aus mehreren Gründen vertretbar. Die Gläubiger werden in der Regel bereits durch das Firmenrecht (Art. 952 OR²⁰) sowie die Handelsregistervorschriften (Art. 935 Abs. 2 OR) über den Auslandsbezug des Schuldners informiert. Auch im nationalen Schuldbetreibungs- und Konkursrecht gibt es keine Bevorzugung von Gläubigern mit Wohnsitz in der Schweiz. Alle Gläubiger einer Forderungsklasse werden dort, unabhängig von ihrem Wohnsitz, gleichbehandelt. Die Bildung einer separaten Masse, die auf das Kriterium des Niederlassungsbezugs abstellt und deshalb de facto nur inländische Gläubiger umfasst, stellt eine sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung dar. Ausnahmen von diesem Gleichbehandlungsprinzip, wie sie mit dem Niederlassungs- oder dem Hilfsverfahren einhergehen, sollten deshalb auch im internationalen Kontext auf das Notwendige beschränkt sein. Sie sollten nur dort greifen, wo auch tatsächlich ein Schutzbedarf besteht, oder wo die Rechtssicherheit bzw. das berechtigte Vertrauen jener zu schützen ist, die bereits ein Niederlassungsverfahren beantragt haben, bevor ein Antrag auf Anerkennung eines ausländischen Hauptverfahrens gestellt wurde. Schliesslich sei noch daran erinnert, dass die «angemessene Berücksichtigung» der schweizerischen Gläubiger im ausländischen Verfahren im Rahmen der Anerkennung des ausländischen Kollokationsplans geprüft wird (Art. 173 Abs. 3 IPRG). Ist sie nicht gegeben, so öffnet sich das IPRG-Hilfsverfahren auch den Drittklassforderungen (Art. 174 IPRG).

2.3 Rechtsfolgen der Anerkennung

Art. 170 Abs. 3 Verfahren

Der geltende Artikel 170 Absatz 3 sieht ein vereinfachtes Verfahren «sui generis» vor, welches als abgewandeltes ordentliches Verfahren ohne Gläubigerversammlung und ohne Gläubigerausschuss ausgestaltet ist. Diese Regelung stammt aus der Zeit der Inkraftsetzung des IPRG, mithin vor der SchKG-Revision von 1997, die in Artikel 231 SchKG ein summarisches Verfahren eingeführt hat²¹. Eine Anpassung

²⁰ SR 220

²¹ AS 1995 1227; BBl 1991 III 1

des IPRG an diesen Umstand erfolgte bislang nicht. Praxis und Lehre behelfen sich teilweise mit der Anwendung des summarischen Verfahrens, teilweise mit der Anwendung eines an dieses angelehnten «gestrafften ordentlichen» Verfahrens. Aus Gründen der Rechtssicherheit wird nunmehr direkt auf das summarische Verfahren verwiesen. Anders als in Artikel 231 Absatz 1 SchKG soll das summarische Verfahren im IPRG nicht von einem Antrag abhängig sein, sondern den Regelfall bilden.

Die ausländische Konkursverwaltung oder ein Gläubiger könnten ein Interesse daran haben, dass eine ausseramtliche Konkursverwaltung eingesetzt wird, was im summarischen Verfahren nicht möglich ist²². Der ausländischen Konkursverwaltung oder einem nach Artikel 172 legitimierten Gläubiger soll deshalb die Möglichkeit erhalten bleiben, das ordentliche Verfahren zu beantragen. Hierzu wird die Regelung von Artikel 231 Absatz 2 SchKG sinngemäss übernommen.

Art. 171 Anfechtungsklage

In der Lehre ist umstritten, ob Artikel 170 Absatz 2 (Fristenlauf ab Veröffentlichung der Anerkennungsentscheidung) auch für die Verdachtsfristen der Anfechtungsklagen gilt. Kritisiert wird, dass zwischen der ausländischen Konkurseröffnung und der Veröffentlichung der Anerkennungsentscheidung in der Schweiz eine Zeitspanne liegt, die mehrere Jahre betragen kann und so den Anfechtungsklagen bei einem Abstellen auf die Veröffentlichung des Anerkennungsentscheids ohne sachlichen Grund begünstigt. Vorgeschlagen wird deshalb ein Abstellen auf den Zeitpunkt der ausländischen Konkurseröffnung.

Da sich die Anfechtungsklagen materiell auf die ausländische Konkurseröffnung beziehen, soll die Berechnung der Verdachtsfristen neu ab diesem Zeitpunkt laufen. Aus Parallelitätsgründen müssen sich dann auch die Verwirkungsfristen von Artikel 292 SchKG nach der ausländischen Konkurseröffnung richten, da Rechtshandlungen sonst über eine unbestimmte Zeit anfechtbar wären (zwischen der Konkurseröffnung und der Anerkennung kann eine lange Zeitspanne liegen).

Art. 172 Kollokationsplan

In Absatz 1 Buchstabe a wird «pfandversichert» durch den in Buchstabe b verwendeten Begriff «pfandgesichert» ersetzt, ohne dass dies inhaltliche Änderungen mit sich bringt. Dies entspricht auch der Terminologie in Artikel 219 SchKG²³.

Art. 174a Abs. 1 Verzicht auf Durchführung eines Hilfsverfahrens

Jede Anerkennung eines ausländischen Konkursdekrets führt nach geltendem Recht zwangsläufig zur Durchführung eines Hilfsverfahrens im Inland. Diese Rechtsfolge tritt auch dann ein, wenn gar keine schutzbedürftigen Gläubiger existieren²⁴, was zu einem Verfahrensleerlauf führt.

Um seinem Ziel und Zweck – dem Gläubigerschutz – gerecht zu werden und aus verfahrensökonomischen Gründen soll das Hilfsverfahren neu nicht mehr immer und automatisch durchgeführt werden, sondern nur noch dann, wenn dies zum Schutz der Gläubiger auch tatsächlich notwendig ist. In Bezug auf Sanierungsverfahren ist

²² BGE 121 III 143

²³ SR 291

²⁴ Ziff. 1.1.3

diese Vorgehensweise bereits heute auch im IPRG anerkannt²⁵. Die in der Schweiz liegenden Vermögenswerte werden dann ohne inländisches Hilfsverfahren der ausländischen Konkursmasse zur Verfügung gestellt.

Voraussetzung für den Verzicht auf Durchführung eines Hilfsverfahrens ist zunächst ein entsprechender Antrag der ausländischen Konkursverwaltung. Wird das Konkursdekret anerkannt, so erfolgt die Publikation der Anerkennung nach Art. 169 IPRG und, im Rahmen der Eröffnung des Hilfskonkurses, der Schuldenruf nach Art. 232 SchKG. Melden sich innert Frist keine kollozierbaren Gläubiger nach Art. 172, kann das Gericht (nach entsprechender Meldung des Konkursamts) auf die weitere Durchführung des Hilfskonkursverfahrens verzichten.

Der Entscheid steht im Ermessen des Gerichts. Es hat diesfalls bereits in dieser Phase zu prüfen, ob im ausländischen Verfahren eine angemessene Berücksichtigung der Forderungen von Gläubigern mit Wohnsitz in der Schweiz (nach dem Massstab von Artikel 173 Absatz 3) zu erwarten ist. Die «Anhörung» dieser Gläubiger erfolgt in der gleichen Weise wie unter Artikel 173 Absatz 3 (Publikation). Insbesondere im Rahmen eines ausländischen Nachlassverfahrens kann das Gericht auch das Interesse an einer erfolgreichen (und hierzu vorzugsweise kostengünstigen und raschen) Schuldenrestrukturierung des Schuldners beachten.

Als Folge der definitiven Gutheissung des Antrags auf einen Verzicht auf ein Hilfsverfahren kann die ausländische Konkursverwaltung betreffend das ihr nun zur Verfügung gestellte Vermögen die Befugnisse ausüben, die dem Schuldner vor der Konkursöffnung zustanden, insbesondere das Vermögen ins Ausland schaffen und Prozesse führen, aber auch etwa Betreibungen einleiten oder um Auskünfte (in der Rechtsstellung des Schuldners) ersuchen.

Das Gericht kann den Entscheid mit Auflagen verknüpfen (Art. 174a Abs. 3 E-IPRG), etwa Berichterstattungs- oder Abrechnungspflichten. Entsprechend kann es bei deren Nichteinhaltung die Durchführung eines Hilfsverfahrens (bzw. dessen Wiederaufnahme) anordnen.

Eine Variante zur vorgeschlagenen Lösung bestünde darin, einen vollständigen Verzicht auf die Durchführung eines Hilfsverfahrens (ohne Konkurseröffnungsentscheid und ohne Schuldenruf, vgl. Art. 37g Abs. 2 BankG) alleine davon abhängig zu machen, dass die antragstellende ausländische Konkursverwaltung glaubhaft macht, dass keine kollozierbaren Gläubiger vorhanden sind. Gleichwohl müsste aber unter einem solchen Modell der Rechtsschutz allfälliger doch vorhandener Gläubiger sichergestellt werden, etwa mittels Publikation und einer Einsprachefrist.

Als weitere Alternative zur vorgeschlagenen Lösung wäre auch möglich, die Durchführung des Hilfsverfahrens von einem Antrag der Gläubiger abhängig zu machen. Hier stellen sich jedoch verschiedene Probleme: Die Antragsmöglichkeit setzt voraus, dass die Gläubiger über ihr Antragsrecht informiert werden, was nicht immer möglich ist. Aufgrund der Frist, die den Gläubigern für einen Hilfsverfahrensantrag gewährt werden müsste, würde das Verfahren zudem notwendigerweise verzögert. Auch könnte die gegebenenfalls strittige Gläubigereigenschaft zu Rechtsstreitigkeiten in Zusammenhang mit der Antragsberechtigung führen. Vor allem aber müsste, um das Hilfsverfahren sinnvoll einschränken zu können, das Antragsrecht an gewisse Kriterien wie z.B. den von den Gläubigern zu erbringenden Nachweis der nicht angemessenen Berücksichtigung im ausländischen Verfahren geknüpft werden. Für

²⁵ BGE 140 III 379 E. 4.2.1 S. 383

Gläubiger mit kleinen Forderungen würde dies aber einen unmöglichen oder unverhältnismässigen Aufwand darstellen. Aus diesen Gründen und aufgrund der Rückmeldungen im Rahmen der Ämterkonsultation wird auf diese Antragslösung verzichtet.

Art. 174a Abs. 2 Befugnisse der ausländischen Konkursverwaltung

Nach geltendem Recht sind die Befugnisse der ausländischen Konkursverwaltung sehr beschränkt. Damit soll verhindert werden, dass Vermögenswerte ins Ausland geschafft werden, die für die Befriedigung der inländischen Gläubiger bestimmt sind.

Dieser Schutz läuft jedoch dann ins Leere, wenn gar keine schützenswerten Gläubiger existieren. In diesen Konstellationen, in denen gemäss Vorentwurf gar kein Hilfsverfahren mehr durchgeführt wird, können folglich auch die Handlungsbefugnisse der ausländischen Konkursverwaltung erweitert werden.

Artikel 174a Absatz 2 E-IPRG sieht vor, dass die ausländische Konkursverwaltung – wenn feststeht, dass kein Hilfsverfahren durchgeführt wird – alle privatrechtlichen Befugnisse ausüben kann, die dem Schuldner vor der Konkurseröffnung zustanden. Dazu gehört beispielsweise das Recht, Vermögenswerte des Schuldners ins Ausland zu schaffen, oder Prozesse zu führen, soweit sie sich auf die der ausländischen Konkursmasse zur Verfügung gestellten Vermögenswerte oder Forderungen beziehen. In Bezug auf diese Vermögenswerte oder Forderungen ist die ausländische Konkursverwaltung auch befugt, Informationen einzuholen (z.B. briefliche Anfrage) oder verjährungsunterbrechende Handlungen vorzunehmen (z.B. Betreuung einleiten). Solche Handlungen würden keine verbotenen Handlungen für einen fremden Staat im Sinne von Artikel 271 StGB²⁶ darstellen. Die ausländische Konkursverwaltung ist bei Nichtdurchführung eines Hilfsverfahrens insbesondere auch berechtigt, in der Schweiz Anfechtungsklagen zu erheben (Art. 289 SchKG). Die in der Schweiz erhobene Anfechtungsklage untersteht immer Schweizer Recht (Art. 171).

Die Befugnisse der ausländischen Konkursverwaltung sind auf privatrechtliche Handlungen beschränkt, unter Ausschluss hoheitlicher Handlungen. Was als hoheitliche Massnahme gilt, beurteilt sich nach Schweizer Recht. Dazu gehören etwa die Androhung von Straffolgen oder die gewaltsame Durchsetzung von Auskunft- und Herausgabepflichten. Solche Massnahmen müssen bei schweizerischen Behörden beantragt werden.

Sämtliche erwähnten Handlungsbefugnisse setzen eine Anerkennung voraus. Angesichts des nunmehr vereinfachten Anerkennungsverfahrens wurde auf die Gewährung zusätzlicher Handlungsbefugnisse vor einer Anerkennung verzichtet (vgl. immerhin Art. 168 IPRG).

Art. 174a Abs. 3 Bedingungen und Auflagen

Die Befugnisse der ausländischen Konkursverwaltung können mit Bedingungen und Auflagen versehen werden. Denkbar sind etwa eine regelmässige Rechenschaftspflicht, oder Informationspflichten betreffend im Zusammenhang stehende ausländische Verfahren sowie über Gläubiger im Inland. Die Befugnisse können auch auf bestimmte Vermögenswerte beschränkt werden.

²⁶ SR 311.0

2.4

Verfahrenskoordination

Art. 174b Kooperation und Koordination

Werden zur gleichen Zeit mehrere Konkursverfahren über einen Schuldner durchgeführt (z.B. Niederlassungs- und Hilfsverfahren), oder sind mehrere Gesellschaften eines Konzerns von Konkursverfahren im In- und Ausland betroffen, sollen die beteiligten Stellen ihre Handlungen untereinander koordinieren können. Beispielsweise sollte der Informationsaustausch mit ausländischen Behörden möglich sein, und es sollten Absprachen (sog. «insolvency protocols») getroffen werden können.

Die vorgeschlagene Bestimmung ist sehr allgemein und unverbindlich formuliert, da die genauen Umstände einer Koordination sowie die konkrete Ausgestaltung nicht in abstrakter Weise umschrieben werden können. Vielmehr ist auf die besonderen Umstände des Einzelfalles abzustellen, wobei den betroffenen Behörden ein erhebliches Ermessen zusteht, ob und wie weit eine Verfahrenskoordination Sinn macht und praktikabel ist.

Da gemäss Artikel 30a SchKG das IPRG vorbehalten ist, gilt Artikel 174b E-IPRG auch für inländische Hauptverfahren nach SchKG. Die Kooperation ist somit auch bei inländischen Hauptverfahren möglich, die einen Zusammenhang zu ausländischen Konkursverfahren aufweisen (z.B. Konzernverhältnisse). Solche Kooperationsformen existieren bereits unter geltendem Recht.

Soweit es um Verfahren geht, die vor schweizerischen Behörden oder Gerichten anhängig sind, kann darüber hinaus auch Artikel 4a Absatz 2 SchKG zur Anwendung kommen, wonach die beteiligten Konkurs- und Nachlassgerichte sowie die Aufsichtsbehörden im gegenseitigen Einvernehmen eine einheitliche Zuständigkeit für alle Verfahren bezeichnen können.

2.5

Anerkennung von Nachlassverträgen und konkursnahen Entscheidungen

Art. 174c Anerkennung ausländischer Entscheidungen über Anfechtungsansprüche und ähnlicher Entscheidungen

In Zusammenhang mit der Anerkennung von Konkursverfahren stellt sich regelmässig auch die Frage nach der Anerkennung von Einzelverfahren, die unmittelbar aus einem Konkursverfahren hervorgehen und materiell in einem engen Zusammenhang zu diesem stehen. Hauptanwendungsfälle sind Anfechtungsklagen²⁷ oder Haftungsansprüche gegen Geschäftsführer wegen Schädigung der Gläubiger, die im Gegensatz zu Klagen über die Gültigkeit eines Vertrages oder den Bestand einer Forderung nicht unabhängig von einem Konkursverfahren erhoben würden.

Nach geltendem Recht ist die Anerkennung konkursnaher Entscheidungen, die durch ein Konkursverfahren ausgelöst wurden, nicht vorgesehen. Sie sind vom Anwendungsbereich des Lugano-Übereinkommens nicht erfasst (Art. 1 Abs. 2 Bst. b

²⁷ BGE 140 III 320

LugÜ)²⁸. Zudem ist ihre Anerkennung aufgrund ihrer Nähe zum Zwangsvollstreckungsverfahren auch gemäss IPRG ausgeschlossen²⁹.

Neu sollen ausländische Entscheidungen betreffend Anfechtungsklagen, die im Rahmen eines Konkursverfahrens erhoben wurden, anerkannt werden können. Für die allgemeinen Anerkennungsvoraussetzungen solcher Entscheidungen wird auf die Artikel 25–27 IPRG verwiesen. Gemäss Artikel 26 ist die Zuständigkeit ausländischer Behörden somit insbesondere dann begründet, wenn der Anfechtungsbeklagte seinen Wohnsitz im Urteilsstaat hatte, er sich vorbehaltlos eingelassen hat, oder sich die Zuständigkeit auf eine Gerichtsstandsvereinbarung abstützt, die den Anfechtungsanspruch betrifft. Eine Zuständigkeit nach Artikel 166 Absatz 1 allein genügt hingegen nicht. Beispielsweise ist die Anerkennungszuständigkeit dann begründet, wenn der Entscheid im Staat des anerkannten Konkursverfahrens ergangen ist und dieser Staat gleichzeitig den Wohnsitz des Anfechtungsbeklagten darstellt oder einer der Zuständigkeitsgründe von Artikel 26 Buchstaben b–d vorliegt.

Voraussetzung für die Anerkennung ist in jedem Fall, dass das zugrundeliegende Konkursverfahren bereits in der Schweiz anerkannt wurde. Damit ist sichergestellt, dass die vom konkursnahen Verfahren betroffenen Vermögenswerte in der Schweiz in ein allfälliges Hilfsverfahren einbezogen werden könnten, sofern ein solches durchgeführt würde.

Ohne Hilfsverfahren kann die Anerkennung und Vollstreckung konkursnaher Entscheide direkt von der ausländischen Konkursverwaltung beantragt werden. Wird hingegen ein Hilfsverfahren in der Schweiz durchgeführt, fallen die betroffenen Vermögenswerte nach Anerkennung des konkursnahen Verfahrens in der Schweiz in die Aktivmasse des Hilfsverfahrens.

Art. 175 Anerkennung ausländischer Nachlassverträge und ähnlicher Verfahren

Der Verweis, dass die Artikel 166–170 für Nachlassverträge sinngemäss gelten, muss angesichts der Neuerungen angepasst werden. Wie bisher soll es den Gerichten offen stehen, mittels «sinngemässer» Anwendung der verwiesenen Bestimmungen einzelfallbezogen auf die Besonderheiten von Sanierungsverfahren einzugehen.

2.6 Bundesgesetz vom 11. April 1889³⁰ über Schuldbeitreibung und Konkurs (SchKG)

Art. 244a Im Prozess liegende Forderungen

Der neue Artikel 244a betrifft – anders als das 11. IPRG-Kapitel – inländische Hauptkonkursverfahren und verfolgt den Zweck, diese besser mit ausländischen Zivilprozessen zu koordinieren. In den letzten Jahren haben schweizerische Konkursverfahren mit Auslandsbezug gezeigt, dass ein solcher Koordinationsbedarf besteht³¹.

²⁸ BGE 140 III 320

²⁹ BGE 135 III 127

³⁰ SR 281.1

³¹ Siehe z.B. BGE 140 III 320 i.S. «Swissair».

Gemäss Artikel 63 der Verordnung vom 13. Juli 1911³² über die Geschäftsführung der Konkursämter (KOV) sind streitige Forderungen, welche im Zeitpunkt einer inländischen Konkursöffnung bereits Gegenstand eines Prozesses bilden, im Kollokationsplan *pro memoria* vorzumerken. Aufgrund des Territorialitätsprinzips gilt dies nach geltendem Recht nur für Prozesse im Inland, nicht aber bei Forderungen, die im Ausland Gegenstand eines Prozesses bilden³³. Diese in Artikel 63 KOV vorgesehene Lösung soll auch auf Prozesse im Ausland ausgedehnt werden, damit in der Schweiz ein ineffizienter Zweitprozess über Streitfragen vermieden werden kann, die bereits Gegenstand eines Prozesses im Ausland sind. Da es sich bei Artikel 63 KOV um eine Präzisierung von Artikel 207 SchKG handelt³⁴, der wiederum nur für inländische Verfahren gilt, setzt dies eine Anpassung im SchKG voraus. Aus gesetzessystematischen Gründen wird deshalb im Abschnitt betreffend die Kollokation der Gläubiger ein neuer Artikel 244a eingefügt.

Neu sollen im Kollokationsplan nicht mehr nur Forderungen aus rechtskräftigen ausländischen Urteilen berücksichtigt werden, wie dies bereits heute der Fall ist³⁵; zusätzlich sollen auch Forderungen aus Prozessen vorgemerkt werden können, die vor der Konkursöffnung eingeleitet wurden und deren Abschluss innert angemessener Frist zu erwarten ist. Die Neuregelung schiebt somit die zeitliche Grenze für die Beachtung ausländischer Prozesse, die vor der schweizerischen Konkursöffnung eingeleitet wurden, moderat nach hinten. Demgegenüber bleiben Prozesse, die nach Eröffnung des schweizerischen Konkursverfahrens im Ausland eingeleitet wurden, weiterhin unberücksichtigt. Im Falle der definitiven Kollokation vergrössert sich die Passivmasse, sofern die ausländische Entscheidung anerkannt werden kann. Die Anerkennung richtet sich nach den einschlägigen Bestimmungen internationaler Übereinkommen oder des IPRG. Wird der Prozess weder von der Masse noch von einzelnen Gläubigern nach Artikel 260 SchKG fortgeführt, so gilt die Forderung als anerkannt, und die Gläubiger haben kein Recht mehr, ihre Kollokation nach Artikel 250 SchKG anzufechten.

Voraussetzung der Vormerkung ist die Erwartung, dass das ausländische Gericht in angemessener Frist eine Entscheidung fällt, die in der Schweiz anerkennbar ist. Eine vergleichbare Anerkennungsprognose gibt es bereits in Artikel 9 IPRG. Zur Auslegung des Begriffs der «angemessenen Frist» kann auf die diesbezügliche Praxis verwiesen werden.

Die Streichung der Forderung oder ihre definitive Kollokation erfolgt je nach Ausgang des Prozesses, wobei die ausländische Entscheidung nur in Bezug auf den Bestand und den Umfang der Forderung verbindlich ist. Die ausländische Entscheidung ist nur insoweit verbindlich, als sie in der Schweiz anerkennbar ist.

Vorbehalten bleiben zwangsvollstreckungsrechtliche Fragen, wie etwa die Anwendung von Artikel 209 SchKG betreffend den Zinsenlauf, Einwendungen betreffend den Rang der Forderung oder die Anwendung der Artikel 213 f. SchKG über die Verrechnung. Solche zwangsvollstreckungsrechtlichen Fragen sind in jedem Falle der schweizerischen Konkursverwaltung oder einem schweizerischen Gericht vorbehalten. Ein ausdrücklicher Vorbehalt ist notwendig für die einredeweise Geltend-

32 SR 281.32

33 BGE 133 III 386

34 BGE 130 III 769

35 BGE 140 III 320 E. 8.3.1

machung von Anfechtungsansprüchen, wenn diese zur ganzen oder teilweisen Abweisung der Forderungen führen. Solche Einreden stehen weiterhin offen.

2.7 Bundesgesetz vom 8. November 1934³⁶ über die Banken und Sparkassen (Bankengesetz)

Das Bankengesetz verweist in Artikel 37g direkt auf das Konkursrecht des IPRG. Indirekt wird auch im Versicherungsaufsichtsgesetz³⁷ sowie im Kollektivanlagengesetz³⁸ darauf verwiesen, denn gemäss Artikel 54d VAG und Artikel 138c KAG gilt Artikel 37g BankG – und damit das 11. IPRG-Kapitel – sinngemäss. Nach Inkrafttreten der vorliegenden Änderung bezieht sich dieser Verweis auf das IPRG in seiner Neufassung, vorbehaltlich der Regelung betreffend das Niederlassungskonkursverfahren. Die Sonderregelungen des Bankengesetzes bleiben vorbehalten.

Die Sicherstellung der Einlagensicherung zugunsten der Niederlassungsgläubiger erfordert im Bankenbereich einen stärkeren Vorrang des Niederlassungsverfahrens vor dem Hilfsverfahren als im allgemeinen IPR-Konkursrecht. Am Vorrang des Niederlassungskonkurses vor dem Hilfsverfahren nach bisherigem Recht (Art. 166 Abs. 2 IPRG) wird deshalb im Bankenbereich ausdrücklich festgehalten (Art. 37g Abs. 4^{bis} E-BankG).

3 Auswirkungen

3.1 Auswirkungen auf den Bund, Kantone und Gemeinden

Der Entwurf hat keine finanziellen oder personellen Auswirkungen auf den Bund, Kantone oder Gemeinden.

Möglich ist, dass sich die Zahl der Anerkennungsanträge ausländischer Konkursverfahren erhöht (heute jährlich ca. zehn). Eine Prognose ist nicht möglich. Andererseits ist zu erwarten, dass der konkrete Aufwand für die Schweizer Behörden reduziert wird, da das Hilfsverfahren nicht mehr in allen Fällen obligatorisch ist.

3.2 Auswirkungen auf die Volkswirtschaft

Die rasche und effiziente Abwicklung von Konkursverfahren mit internationalem Bezug kann dazu beitragen, das finanzielle Ausfallrisiko der betroffenen Gläubiger zu verringern. Insgesamt sind somit positive Auswirkungen auf die Volkswirtschaft zu erwarten. Auf eine Regulierungsfolgekostenabschätzung wird verzichtet, da keine negativen Auswirkungen auf die Volkswirtschaft und auf die Unternehmen zu erwarten sind.

³⁶ SR 952.0

³⁷ SR 961.01

³⁸ SR 951.31

4 Rechtliche Aspekte

4.1 Verfassungsmässigkeit

Die Vorlage stützt sich auf Artikel 122 Absatz 1 BV, der dem Bund die Kompetenz zur Gesetzgebung auf dem Gebiet des Zivilrechts und des Zivilprozessrechts gibt.

4.2 Vereinbarkeit mit internationalen Verpflichtungen der Schweiz und der Kantone

Für gewisse Kantone bestehen im Bereich des internationalen Konkursrechts zurzeit folgende internationale Verträge.

- Übereinkunft der Schweizerischen Eidgenossenschaft (ohne die Kantone Neuenburg, Schwyz und Jura) und der Krone Württemberg betreffende die Konkursverhältnisse und gleiche Behandlung der beyderseitigen Staatsangehörigen in Konkursfällen vom 12. Dezember 1825/13. Mai 1826³⁹;
- Übereinkunft zwischen den eidgenössischen Ständen Zürich, Bern, Luzern, Unterwalden, Freiburg, Solothurn, Basel, Schaffhausen, St. Gallen, Graubünden, Aargau, Thurgau, Tessin, Waadt, Wallis, Neuenburg, Genf, Appenzell-Ausserrhoden und dem Königreich Bayern in Bezug auf das Konkurrenzrecht bei Konkursfällen vom 11. Mai/27. Juni 1834⁴⁰;
- Die Übereinkunft zwischen den schweizerischen Kantonen Zürich, Bern, Luzern, Uri, Schwyz, Zug, Freiburg, Solothurn, Basel (beide Landesteile), Schaffhausen, Graubünden, Aargau, Thurgau, Tessin, Waadt, Wallis, Neuenburg und Genf, sowie Appenzell der äussern Rhoden einerseits und dem Königreich Sachsen andererseits über gleichmässige Behandlung der gegenseitigen Staatsangehörigen in Konkursfällen vom 4./18. Februar 1837⁴¹.

Die Geltung dieser Staatsverträge ist umstritten, was zu Rechtsunsicherheit führt. Ihr allfälliger Mehrwert (etwa die automatische Anerkennung von Konkursdekreten) wird dadurch relativiert, dass ihr geographischer Anwendungsbereich – soweit man überhaupt von deren Geltung ausginge – nicht mehr mit den heutigen Wirtschaftsräumen und politischen Grenzen übereinstimmt. Zudem enthalten diese Übereinkommen kaum konkrete Verfahrensnormen, was wiederum Fragen zu deren Verhältnis zum 11. Kapitel des IPRG bzw. zum deutschen Insolvenzrecht aufwirft. All dies führt zu Zufälligkeiten in der Rechtsanwendung und verkompliziert das internationale Konkursrecht. Einen ersichtlichen Mehrwert gibt es nicht, denn die Anwendung der autonomen IPR-Regeln der Schweiz gemäss dem vorliegenden Entwurf bzw. der Regeln Deutschlands ist für die Parteien klarer und inhaltlich nicht schlechter als mit diesen Übereinkünften. Es ist deshalb abzuklären, ob eine förmliche Aufhebung dieser Übereinkünfte, die heute in die Bundeskompetenz fallen, angestrebt werden sollte.

³⁹ Abgedruckt in den kantonalen Gesetzessammlungen, z.B. LS ZH 283.1.

⁴⁰ Abgedruckt in den kantonalen Gesetzessammlungen, z.B. LS ZH 283.2.

⁴¹ Abgedruckt in den kantonalen Gesetzessammlungen, z.B. BGS SO 233.23.

4.3 Erlassform

Die Vorlage enthält wichtige rechtsetzende Bestimmungen, die nach Artikel 164 Absatz 1 BV in der Form des Bundesgesetzes zu erlassen sind. Der Erlass untersteht dem fakultativen Referendum.