

Daniel Hunkeler / Georg J. Wohl

Zur geplanten Revision des internationalen Konkurs- und Sanierungsrechts – und deren Bezug zum internationalen Bankenkonkurs

Das schweizerische internationale Konkurs- und Sanierungsrecht gemäss den Art. 166–175 IPRG ist in die Jahre gekommen. Es soll deshalb modernisiert werden. Das EJPD hat soeben im Auftrag des Bundesrates den Vorentwurf über die zu ändernden Bestimmungen des IPRG («VE IPRG») in die Vernehmlassung gegeben. Diese dauert bis zum 5. Februar 2016. Verschiedene der vorgeschlagenen Neuerungen lehnen sich an die bestehende Gesetzgebung zum internationalen Bankenkonkurs an.

Beitragsarten: Beiträge

Rechtsgebiete: SchKG; IPRG; Bankrecht

Zitiervorschlag: Daniel Hunkeler / Georg J. Wohl, Zur geplanten Revision des internationalen Konkurs- und Sanierungsrechts – und deren Bezug zum internationalen Bankenkonkurs, in: Jusletter 23. November 2015

[Rz 1] Der Bundesrat will den Mängeln des geltenden schweizerischen internationalen Konkurs- und Sanierungsrechts mit einer neuen Vorlage begegnen, die das EJPD im Auftrag des Bundesrates am 14. Oktober 2015 in die **Vernehmlassung** gegeben hat (**Vorentwurf und Erläuternder Bericht** zur Änderung des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (Konkurs und Nachlassvertrag); nachfolgend «VE IPRG» und «Erläuternder Bericht»). Die Vernehmlassungsfrist dauert bis zum 5. Februar 2016. Die Vorlage erscheint uns grundsätzlich sinnvoll und lässt vermutlich keinen massgeblichen Widerstand im weiteren Gesetzgebungsverfahren erwarten. Verschiedene der vorgeschlagenen Neuerungen lehnen sich wesentlich an die aktuelle internationale Bankensolvenzgesetzgebung an¹, die sich in weiten Teilen bewährt hat und der dereinst daher eine besondere Rolle bei der Auslegung einzelner der geplanten Bestimmungen zukommen wird.

[Rz 2] Die **wichtigste Neuerung** des Vorentwurfs besteht darin, dass ausländische Konkursdekrete erleichtert anerkannt werden können, indem auf das **Gegenrechtserfordernis verzichtet** wird². Das Gegenrechtserfordernis hat bisher manche Verfahren faktisch verunmöglicht oder verzögert, was den Interessen der in- und ausländischen Gläubiger schadet³, zumal die Einzelvollstreckung (bspw. Arrest) in schweizerische Vermögenswerte des ausländischen Schuldners mangels Konkursanerkennung möglich bleibt und eine gleichartige und angemessene Berücksichtigung aller (auch im Inland wohnhaften) Gläubiger damit nicht sichergestellt ist⁴. Entsprechend wurde das Gegenrechtserfordernis in Literatur und Rechtsprechung einhellig kritisiert⁵.

[Rz 3] Das geltende **internationale Bankensolvenzrecht** kennt schon seit längerem die Möglichkeit, bei der Anerkennung ausländischer Bankenkongressdekrete und sonstiger Insolvenzmassnahmen auf das Gegenrechtserfordernis zu verzichten, wenn dies im Interesse der betroffenen Gläubiger ist⁶. Die für internationale Bankenkongresse zuständige Eidgenössische Finanzmarktaufsichtsbehörde FINMA muss indes in der Praxis selten auf diese Kompetenz zurückgreifen, da die internationale Koordination im Bankensolvenzrecht weit fortgeschritten ist und nur in Ausnahmefällen ausländische Rechtsordnungen schweizerische Bankenkongresse nicht anerkennen. Gleiches gilt für die Koordinierung des gemeinrechtlichen Insolvenzrechts zwischen den EU-Mitgliedstaaten⁷. Insofern ist der Verzicht auf das Gegenrechtserfordernis im schweizerischen Recht überfällig. Heute in der Schweiz belegene, faktisch blockierte Vermögenswerte von ausländischen Insolvenzmassen könnten in Zukunft den ausländischen Gläubigern zur Verfügung gestellt werden⁸.

[Rz 4] Die **zweite** vorgeschlagene Neuerung betrifft die **indirekte Zuständigkeit**. Nach geltendem Recht können nur Konkursdekrete anerkannt werden, die am Wohnsitz des Schuldners ergangen

¹ Erläuternder Bericht, S. 6.

² Vgl. Art. 166 Abs. 1 VE IPRG gegenüber Art. 166 Abs. 1 lit. c IPRG.

³ Erläuternder Bericht, S. 2.

⁴ Erläuternder Bericht, S. 4 und 9.

⁵ Vgl. statt vieler: Commentaire Romand LDIP-ANDREA BRACONI, Art. 166 N 20; BSK IPRG-STEPHEN V. BERTI/RAMON MABILLARD, Art. 166 N 35;

⁶ Art. 10 Abs. 2 BIV-FINMA, welcher sich inskünftig qua Verweis in Art. 37g Abs. 5 BankG auf eine gesetzliche Grundlage stützen könnte, wobei der Verzicht u.E. jeweils zwingend wäre. Zur aktuellen Problematik der fehlenden gesetzlichen Grundlage: BSK BANKG-DANIEL STAEHELIN, Art. 37g N 4a.

⁷ Automatische Anerkennung eines Hauptverfahrens in einem Mitgliedstaat mit universalem Geltungswillen in allen anderen Mitgliedstaaten. Vgl. dazu BSK IPRG-STEPHEN V. BERTI/RAMON MABILLARD, vor Art. 166 ff. N 7 m.H. auf die Europäische Verordnung Nr. 1346/2000 vom 29. Mai 2000 über das Insolvenzverfahren, seit 24. Juni 2015 ersetzt durch die neue EU-Insolvenzverordnung 2015/848 vom 20. Mai 2015.

⁸ Der Erläuternde Bericht spricht in diesem Zusammenhang sogar von «[...] neuen «nachrichtenlosen Konten» [...]», die nunmehr aufgelöst werden könnten; Erläuternder Bericht, S. 5.

sind, wobei bei Gesellschaften der Sitz als Wohnsitz gilt⁹. Es kommt aufgrund der Weiterentwicklung internationalen Rechts aber immer mehr vor, dass die Zuständigkeit für die Eröffnung von Konkursverfahren auch bei den Gerichten desjenigen Staates liegt, in dessen Gebiet der Schuldner den Mittelpunkt seiner hauptsächlichen Interessen hat¹⁰. So bestimmte bspw. schon Art. 3 der (unmittelbar anwendbaren) Europäischen Verordnung Nr. 1346/2000 vom 29. Mai 2000 über das Insolvenzverfahren¹¹, dass eine direkte Zuständigkeit am sog. «COMI» besteht, d.h. am «center of main interests». Dieses ist bei Gesellschaften vermutungsweise zwar der Satzungssitz, meistens aber der Ort der effektiven Verwaltung. Am Ort der effektiven Verwaltung ergangene ausländische Konkursdekrete können unter geltendem Recht nicht anerkannt werden, was zu sog. «hinkenden Rechtsverhältnissen» führen kann, bei welchen sich der Schuldner im einen Land in Konkurs befindet, im anderen Land infolge verunmöglichter Anerkennungsfähigkeit jedoch weiterhin verfügungsberechtigt bleibt¹². Solches schadet in- und ausländischen Gläubigern.

[Rz 5] Inskünftig sollen nicht nur ausländische Konkursdekrete anerkannt werden, die am Wohnsitz des Schuldners ergangen sind, sondern ein ausländisches Konkursdekret wird auch anerkannt, wenn es im Staat des **Mittelpunktes der hauptsächlichen Interessen des Schuldners** ergangen ist, «[...] vorausgesetzt dieser hatte im Zeitpunkt der Eröffnung des ausländischen Verfahrens seinen Wohnsitz nicht in der Schweiz». ¹³ Die Neuerung hat insbesondere zur Folge, dass inskünftig auch Konkursdekrete aus EU-Staaten und anderen wichtigen Handelspartnern der Schweiz anerkannt werden können, die am COMI des Schuldners ergangen sind.

[Rz 6] Eine entsprechende Regelung hat sich bereits im geltenden Recht der Bankeninsolvenz¹⁴ bewährt, die auch für bewilligte Effekthändler und gewisse Formen von kollektiven Kapitalanlagen gilt¹⁵. Sie ist im Finanzmarktrecht unverzichtbar, weil bei komplexen internationalen Finanzgruppen und Finanzkonglomeraten¹⁶ die einzelnen Gruppengesellschaften oftmals zentral verwaltet werden, weshalb sich je nach Rechtsordnung das Gericht am Sitz der Hauptverwaltung auch für die Insolvenzeröffnung der ausländischen Tochter zuständig erklären kann. Gleiches gilt für internationale Insolvenzen von Konzernen aus der sog. Realwirtschaft. Daher ist die Erweiterung der indirekten Zuständigkeit im IPRG auf Konkursdekrete, die am Ort der Verwaltung ergangen sind, zu begrüssen. Sie vereinfacht die Koordination internationaler Insolvenzverfahren¹⁷.

[Rz 7] Eine **dritte** Neuerung betrifft die schweizerischen **Hilfsverfahren**. Die bisher zwingend vorgeschriebenen, mitunter unverhältnismässig teuren schweizerischen Hilfsverfahren (sog. «Anschlusskonkurse», «Mini-Konkurse», «Partikularkonkurse» usw.) sollen inskünftig nur noch im Bedarfsfall durchgeführt werden müssen. Der neue Art. 174a VE IPRG sieht vor, dass auf die Durchführung eines Hilfsverfahrens auf Antrag der ausländischen Konkursverwaltung verzichtet werden kann und der ausländischen Konkursmasse die in der Schweiz belegenen Vermögenswerte

⁹ Vgl. Art. 166 Abs. 1 lit. a IPRG i.V.m. Art. 21 IPRG.

¹⁰ Erläuternder Bericht, S. 9 m.w.H.

¹¹ Diese Verordnung wurde kürzlich am 24. Juni 2015 durch die neue EU-Insolvenzverordnung Nr. 2015/848 vom 20. Mai 2015 ersetzt.

¹² Erläuternder Bericht, S. 4.

¹³ Vgl. Art. 166 Abs. 1 lit. c Ziff. 2 VE IPRG; Die Einschränkung soll die berechtigten Erwartungen schweizerischer Gläubiger schützen; Erläuternder Bericht, S. 9.

¹⁴ Vgl. Art. 37g Abs. 3 BankG.

¹⁵ Art. 36a BEHG bzw. Art. 138c KAG.

¹⁶ Vgl. Art. 3c ff. BankG.

¹⁷ Vgl. zur int. Koordinierung von Insolvenzverfahren auch Rz. 14. hiernach.

zur Verfügung gestellt werden. Voraussetzung hierzu ist, dass sich auf einen Schuldenruf keine in- oder ausländischen Gläubiger melden, die durch ein an den schweizerischen Vermögenswerten des Schuldners bestehendes Pfand gesichert sind oder ein Privileg nach Art. 219 Abs. 4 SchKG geniessen¹⁸ und Wohnsitz in der Schweiz haben. Abgesehen von solchen Fällen hätte ein separates Hilfsverfahren mangels spezifisch zu schützender Gläubigerinteressen nur den Zweck, die schweizerischen Vermögenswerte zu sichern und der ausländischen Konkursmasse auszuhändigen, wofür es aber keines formellen und mitunter teuren Verfahrens inkl. gerichtlicher Bewilligung eines ausländischen Kollokationsplans bedarf. Die ausländische Insolvenzverwaltung soll deshalb ermächtigt werden, sich namens der ausländischen Masse der schweizerischen Vermögenswerte selbst zu bemächtigen, inkl. Führung von Prozessen in der Schweiz¹⁹. Immerhin soll der Richter prüfen, ob allfällige nicht privilegierte Gläubiger mit Wohnsitz in der Schweiz angemessen im ausländischen Insolvenzverfahren berücksichtigt werden. Diesen kommt ein Anhörungsrecht zu. Ausserdem kann der Richter den Verzicht auf ein Hilfsverfahren mit Bedingungen und Auflagen verbinden. So kann die ausländische Insolvenzverwaltung bspw. verpflichtet werden, den Richter zu informieren, wenn bislang unbekannte Vermögenswerte auftauchen, oder ganz allgemein angehalten werden, regelmässig dem Gericht über den Verfahrensgang zu berichten.

[Rz 8] Ein solches **abgekürztes Anerkennungsverfahren** ist nicht neu, sondern ebenfalls in unserem **geltenden internationalen Bankensolvenzrecht** bereits in ähnlicher Weise verankert²⁰ und in der Praxis mehrfach erfolgreich erprobt. Als internationaler Finanzplatz hat die Schweiz zahlreiche Berührungspunkte zu ausländischen Banken und anderen ausländischen bewilligten Finanzintermediären, ohne dass diese effektiv Gläubiger in der Schweiz haben. Deshalb ist es erforderlich, dass ausländische Bankenkonzursliquidatoren rasch und effizient in der Schweiz belegene Vermögenswerte zu Gunsten der ausländischen Bankengläubiger repatriieren können. Der diesbezügliche internationale Trend geht hin zu einer absoluten Gleichbehandlung aller in- und ausländischen Gläubiger an einem einzigen Insolvenzort²¹. Daher reicht es bei der Bewilligung des abgekürzten Verfahrens im Bankengesetz (BankG) aus, wenn Gläubiger mit Pfandrechten an schweizerischen Vermögenswerten sowie privilegierte Gläubiger mit Wohnsitz in der Schweiz im ausländischen Insolvenzverfahren «gleichwertig», Drittklassgläubiger sogar nur «angemessen» berücksichtigt werden²². Dies im Gegensatz zu Art. 174a Abs. 1 VE IPRG, der zwingend auch dann einen Partikularkonzurs anordnet, wenn sich lediglich privilegierte Gläubiger mit Wohnsitz in der Schweiz auf den Schuldenruf melden. Um hier Wertungswidersprüche zu vermeiden, sollten **u.E. nur solche Gläubiger** ihr Privileg geltend machen können, die im Zeitpunkt der ausländischen Konkursöffnung bereits ihren **Wohnsitz in der Schweiz** hatten²³. Erst wenn alle in diesem

¹⁸ Art. 174a VE IPRG i.V.m. Art. 172 Abs. 1 IPRG. Zur Frage, nach welchem Recht die genannten Privilegien bestimmt werden: Statt vieler Commentaire Romand LDIP-ANDREA BRACONI, Art. 172 N8 m.w.H.

¹⁹ Art. 174a Abs. 2 VE-IPRG.

²⁰ Vgl. Art. 37g Abs. 2 BankG.

²¹ Vgl. z.B. die Forderungen des int. Währungsfonds IWF, Resolution of Cross-Border Banks – A Proposed Framework for Enhanced Coordination v. 11. Juni 2010, <https://www.imf.org/external/np/pp/eng/2010/061110.pdf>, welche Ausgangspunkt zahlreicher internationaler Abkommensprojekte bilden, die bis heute andauern (Website zuletzt besucht am 19. November 2015).

²² Vgl. Art. 37g Abs. 2 lit. a. und b. BankG.

²³ Diese (persönliche) Meinung wurde auch von Mitarbeitern der FINMA im Rahmen von Fachreferaten geäussert. Gemäss herrschender Lehre und Praxis kommt es beim geltenden Art. 172 Abs. 1 lit. b. IPRG demgegenüber auf den Zeitpunkt der Anerkennung in der Schweiz an, wobei Umgehungsversuche qua Abtretungen vom Ausland in die Schweiz unter gewissen Umständen wegen Rechtsmissbrauchs sanktioniert werden können, was im Ergebnis dem Wohnsitzerfordernis im Zeitpunkt der ausländischen Konkursöffnung nahe

Sinne privilegierten Gläubiger befriedigt wurden (zzgl. allfälliger Pfandgläubiger), kann ein Überschuss an die ausländische Konkursmasse herausgegeben werden, sofern die schweizerischen Drittklassgläubiger im ausländischen Verfahren angemessen berücksichtigt werden. Diesbezüglich kann auf die Praxis zum geltenden Art. 37g Abs. 2 lit. b. BankG zurückgegriffen werden, wonach die Angemessenheit grundsätzlich zu bejahen ist, wenn die schweizerischen Gläubiger im ausländischen Verfahren im Ergebnis nicht diskriminiert werden²⁴.

[Rz 9] Den **Antrag** auf Anerkennung eines ausländischen Konkursdekrets bzw. ausländischen Nachlassvertrags und ähnlicher Verfahren soll neu auch der ausländische Schuldner selbst stellen können, was vor allem bei ausländischen Sanierungsverfahren nützlich sein kann, soweit der Schuldner gemäss ausländischem Recht zur Geschäftsführung befugt bleibt («debtor in possession»; Schuldner in Eigenverantwortung) und dessen Rolle im ausländischen Sanierungsverfahren funktional mit derjenigen einer Insolvenzverwaltung vergleichbar ist²⁵.

[Rz 10] Unter geltendem Recht werden die Gläubiger (auch die nicht privilegierten) im schweizerischen **Niederlassungskonzurs** gegenüber den Gläubigern des Haupt- oder Partikularkonzurses bevorzugt. Die Gläubiger des Niederlassungskonzurses können grundsätzlich vor den Gläubigern des ausländischen Hauptkonzurses bzw. des schweizerischen Partikularkonzurses auf die Vermögenswerte der Niederlassung zugreifen und die Eröffnung eines parallelen, auf die Niederlassung beschränkten inländischen Konkursverfahrens beantragen²⁶. Zur Erhöhung der Verfahrenseffizienz stimmt der Vorentwurf als **weitere Neuerung** das Niederlassungsverfahren daher besser auf das Hilfsverfahren ab. Hat der Schuldner eine Zweigniederlassung in der Schweiz, ist ein Niederlassungskonzurs nach Art. 50 Abs. 1 SchKG nur noch zulässig, solange kein Antrag auf Anerkennung eines ausländischen Konkursdekrets gestellt wurde²⁷. Entscheidend wird somit neu der Zeitpunkt des Antrags auf Anerkennung des ausländischen Konkursdekrets und nicht derjenige der Rechtskraft der Anerkennung eines ausländischen Kollokationsplans sein. Nur wenn das Niederlassungsverfahren im Zeitpunkt der Antragstellung bereits eröffnet ist, geht es einem allfälligen parallelen Hilfsverfahren vor und ändert sich somit gegenüber dem geltenden Recht nichts. Wurde die Anerkennung des ausländischen Dekrets bereits beantragt, haben die Niederlassungsgläubiger ihre Forderungen im ausländischen Hauptverfahren oder gegebenenfalls im inländischen Hilfsverfahren anzumelden²⁸.

[Rz 11] Da der Eröffnung des Niederlassungskonzurses in der Regel eine Konkursandrohung nach Art. 159 SchKG vorangeht, kann die ausländische Konkursverwaltung die in Art. 160 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG vorgesehene Frist von 20 Tagen (ab welcher ein Gläubiger nach Zustellung der Konkursandrohung die Konkurseröffnung beantragen kann) dazu nutzen, der Eröffnung eines Niederlassungskonzurses mit einem Anerkennungsantrag zuvorzukommen²⁹.

[Rz 12] Sofern die ausländische Insolvenzverwaltung bzw. der Schuldner oder einzelne Gläubiger rechtzeitig reagieren, stellen sich **künftig keine** (teilweise heiklen) **Abgrenzungsfragen** mehr,

kommt. Vgl. zum Rechtsmissbrauchsverbot bei Art. 172 IPRG statt vieler Commentaire Romand LDIP-ANDREA BRACONI, Art. 172 N 9.

²⁴ Statt vieler: BSK BankG-Daniel Staehelin, Art. 37g N 8g.

²⁵ Vgl. Erläuternder Bericht, S. 9.

²⁶ Art. 166 Abs. 2 IPRG i.V.m. Art. 50 Abs. 1 SchKG.

²⁷ Vgl. Art. 166 Abs. 2 VE IPRG.

²⁸ Erläuternder Bericht, S. 10.

²⁹ Erläuternder Bericht, S. 10.

nach welchen Kriterien die schweizerischen Vermögenswerte zwischen einem parallelen Hilfs- und Niederlassungskonzursverfahren zu verteilen sind. Dies **wäre auch für das Bankenkonzursverfahren zu begrüssen**, wie die Erfahrungen der letzten Jahre gezeigt haben³⁰. Die potentielle Konkurrenz zwischen Gläubigern einer Niederlassung und der ausländischen Masse widerspricht den aktuellen Tendenzen des internationalen Bankenzinsolvenzrechts, sämtliche weltweiten Gläubiger einer Bank gleich zu behandeln und das Insolvenzverfahren zentral an einem Hauptinsolvenzort (koordiniert) abzuwickeln³¹. **Wir empfehlen** deshalb, im Hinblick auf die Ausarbeitung der Botschaft eine **entsprechende Ergänzung auch im Bankengesetz** nochmals zu prüfen, und nicht wie vorgesehen die geltende Regelung in Art. 166 Abs. 2 IPRG für das Bankenzinsolvenzverfahren einfach beizubehalten³². Die entsprechende Begründung im Erläuternden Bericht, wonach mit einem Vorrang des Niederlassungskonzurses den Interessen der Gläubiger von Bankeinlagen besser Rechnung getragen werden könne, überzeugt nicht vollends. Die Privilegien gemäss Art. 37a und Art. 37b BankG gelten auch und insbesondere im Partikularkonzurs, weshalb es eines allfälligen (vorrangigen) Niederlassungskonzurses nicht bedarf³³. Auf die Bewilligung des abgekürzten Verfahrens gemäss Art. 37g Abs. 2 BankG besteht sodann kein Rechtsanspruch, weshalb die FINMA auch dann ein Hilfsverfahren durchführen kann, wenn zwar die Voraussetzungen nach Art. 37g Abs. 2 lit. a. und b. BankG erfüllt sind, aber ausländische Gläubiger von schweizerischen Einlagen existieren, die es besonders zu schützen gilt³⁴. In einem solchen Hilfsverfahren müssen schliesslich in- und ausländische Drittklassgläubiger nicht zwingend zugelassen werden³⁵, dies im Gegensatz zum Niederlassungskonzurs, weshalb nach der hier vertretenen Meinung ein solcher die in- und ausländischen Einleger nicht besser schützt. Gegenteilig besteht das erhöhte Risiko für Prozesse im Zusammenhang mit der Zuordnung von Vermögenswerten zwischen Niederlassungs- und Hilfskonzurs, was letztlich zu enormen Verzögerungen und Kosten führen kann.

[Rz 13] Wenn das ausländische Konkursdekret anerkannt und ein Hilfsverfahren angeordnet wird, wird letzteres nunmehr explizit als **summarisches Konkursverfahren** durchgeführt, vorausgesetzt, kein Gläubiger verlangt das ordentliche Verfahren und leistet für die mutmasslichen Kosten die erforderliche Sicherheit³⁶. Die Anfechtungsklagen bestimmen sich nach den Art. 285 bis Art. 292 SchKG, und die relevanten Fristen berechnen sich ab dem Zeitpunkt der Konkursöffnung am ausländischen Hauptinsolvenzort. Damit wird ein langjähriger Streit in der Lehre beendet³⁷.

[Rz 14] Werden zur gleichen Zeit mehrere Konkursverfahren über einen Schuldner durchgeführt (bspw. Hilfsverfahren und Niederlassungsverfahren) 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 (sogenannte: «insolvency proto-

³⁰ Vgl. z.B. den Fall «Kaupthing Bank» Urteil des Bundesgerichts 2C_237/2009 vom 28. September 2009.

³¹ Vgl. Fn. 21.

³² Erläuternder Bericht, S. 18.

³³ Das «Superprivileg» der Vorabbefriedigung gemäss Art. 37b BankG steht im Einklang mit den internationalen Standards zur Einlagensicherung, vgl. hierzu auch Botschaft Einlagensicherung vom 12. Mai 2010, S. 4011 ff., <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2010/3993.pdf> (Website zuletzt besucht am 19. November 2015).

³⁴ Dies wären besondere Umstände, die gegen die Bewilligung des abgekürzten Verfahrens sprechen: vgl. auch BSK BankG-DANIEL STAEHELIN, Art. 37g N 8d.

³⁵ Vgl. Art. 37g Abs. 4 BankG.

³⁶ Art. 170 Abs. 3 VE IPRG.

³⁷ Art. 171 Abs. 3 VE IPRG; Erläuternder Bericht, S. 12.

cols») getroffen werden können. Da gemäss Art. 30a SchKG das IPRG vorbehalten ist, gilt diese in Art. 174b VE IPRG vorgesehene Regelung auch für inländische Hauptverfahren nach SchKG, weshalb die Kooperation und Koordination auch mit ausländischen Hauptverfahren möglich ist, die einen Zusammenhang zu inländischen Konkursverfahren aufweisen (bspw. bei int. Konzernverhältnissen)³⁸.

[Rz 15] Als **weitere Neuerung** kann hervorgehoben werden, dass ausländische Entscheide über **Anfechtungsansprüche** und «andere gläubigerschädigende Handlungen» (bspw. Haftungsklagen gegenüber ehemaligen Geschäftsführern)³⁹, die im Zusammenhang mit einem ausländischen Konkursverfahren stehen, neu anerkannt werden können, sofern sie die allgemeinen Anerkennungsvoraussetzungen gemäss Art. 25 ff. IPRG erfüllen und das ausländische Hauptverfahren in der Schweiz bereits anerkannt wurde⁴⁰.

[Rz 16] Die geschilderten Neuerungen, insbesondere der allfällige Verzicht auf ein Hilfsverfahren, gelten **sinngemäss auch** für die **Anerkennung ausländischer Nachlassverträge** und ähnlicher Verfahren. Nach geltendem Recht ist der Verzicht auf ein Hilfssanierungsverfahren nur ausnahmsweise möglich, wenn keinerlei Vermögenswerte in der Schweiz vorhanden sind und die Anerkennung damit lediglich den Zweck hat, einen ausländischen Nachlassvertrag oder eine sonstige Sanierungsmassnahme auch für schweizerische Gläubiger verbindlich zu erklären⁴¹. Neu soll es möglich sein, unter gewissen Voraussetzungen auch im Rahmen eines ausländischen (förmlichen) Sanierungsverfahrens schweizerische Vermögenswerte ins Ausland zu repatriieren, ohne dass ein Hilfsverfahren durchgeführt wird. Dies ist zu begrüssen.

[Rz 17] Unter geltendem Recht können im schweizerischen **Kollokationsverfahren ausländische Gerichtsstreitigkeiten** über Konkursforderungen nur berücksichtigt werden, wenn bei der Auflage des Kollokationsplanes bzw. zumindest vor dem Urteil des schweizerischen Konkursrichters bereits ein rechtskräftiges und anerkennungsfähiges ausländisches Urteil vorliegt. Nur Forderungen, die Gegenstand eines hängigen inländischen Gerichtsprozesses sind, werden gemäss Art. 63 KOV im Kollokationsplan pro memoria vorgemerkt, und es ist der Verfahrensausgang bei der Kollokation solcher Forderungen abzuwarten. Verschiedenste Fälle mit Auslandsbezug der letzten Jahre haben gezeigt, dass schweizerische inländische Konkursverfahren (Hauptkonkursverfahren) besser mit ausländischen Zivilprozessen zu koordinieren sind⁴².

[Rz 18] **Neu** sollen deshalb im Kollokationsplan nicht mehr nur Forderungen aus rechtskräftigen ausländischen Urteilen berücksichtigt werden, wie dies heute unter gewissen Voraussetzungen der Fall ist⁴³. Vielmehr werden gemäss Art. 244a VE SchKG strittige Forderungen, die im Zeitpunkt der Konkurseröffnung bereits **Gegenstand eines Prozesses** im Ausland bilden, «pro memoria» im Kollokationsplan vorgemerkt, « ... wenn zu erwarten ist, dass das ausländische Gericht in an-

³⁸ Erläuternder Bericht, S. 15. Schweizerische Hauptverfahren können bereits heute nach Art. 4a SchKG koordiniert werden.

³⁹ Erläuternder Bericht, S. 15.

⁴⁰ Vgl. Art. 174c VE IPRG.

⁴¹ Erläuternder Bericht, S. 13.

⁴² Zum Ganzen: BGE 140 III 320 in Sachen «Swissair» sowie Kommentar zum Gerichtsentscheid bei DANIEL HUNKELER / GEORG WOHL, Wirkungen eines ausländischen Urteils im schweizerischen Kollokationsprozess, in: Jusletter 30. Juni 2014; vgl. dazu auch MICHAEL HESS / BENNO STRUB, Eingeschränkte Anerkennung von ausländischen Zivilurteilen gegen den Schweizer Gemeinschuldner nach dem Lugano-Übereinkommen, in: dRSK, publiziert am 20. August 2014.

⁴³ Vgl. Fn. 42 hiavor.

gemessener Frist einen Entscheid fällt, der in der Schweiz anerkennbar ist». Dies vorausgesetzt, wird ein ausländisches Gerichtsverfahren über eine Konkursforderung in der Sache gleichzeitig und unmittelbar zu einem Kollokationsverfahren des schweizerischen Konkursverfahrens und erübrigt sich ein eigenständiger Entscheid des schweizerischen Konkursverwalters oder des schweizerischen Konkursrichters über Zulassung oder Abweisung der Konkursforderung im Kollokationsplan. Die Neuerung hat den Vorteil, dass nicht mehr zwingend dem schweizerischen Kollokationsverfahren der Vorrang gegeben wird, solange kein ausländisches Gerichtsurteil vorliegt, womit auch ein Wettrennen um ein günstiges Zivilurteil entfällt (was ineffizient ist und darüber hinaus enorme Kosten verursacht). Der Nachteil der vorgeschlagenen Bestimmung besteht darin, dass im Einzelfall auslegungsbedürftig und auch in tatsächlicher Hinsicht strittig sein wird, ob zu erwarten ist, dass das ausländische Gericht «in angemessener Frist» eine in der Schweiz anerkennungsfähige Entscheidung fällt. Daran ändert auch nichts, dass Art. 9 IPRG bei der Regelung der Zuständigkeit eine vergleichbare Regelung vorsieht, die bei der Auslegung der neu vorgesehenen Bestimmung herangezogen werden kann⁴⁴.

[Rz 19] Im **Ergebnis** ist festzuhalten, dass die geplante Vorlage eine willkommene Modernisierung des schweizerischen internationalen Konkurs- und Sanierungsrechts vorsieht. Die vorgeschlagenen Neuerungen orientieren sich zu weiten Teilen an der geltenden Regelung des schweizerischen Bankensolvenzrechts und werden daher in diesem Sinne auszulegen sein. Gewisse Unstimmigkeiten bleiben. In Einzelfragen wird sorgfältig zu prüfen sein, ob bzw. in wie weit die geltende Bankensolvenzgesetzgebung zur Anwendung gelangt, und umgekehrt wird im Rahmen der Gesetzgebungsarbeiten nochmals zu prüfen sein, ob weitere Anpassungen erforderlich sind.

Dr. iur. DANIEL HUNKELER, Rechtsanwalt, LL.M. und Partner bei BAUR HÜRLIMANN AG, Zürich und Baden ist Leiter der Fachgruppe SchKG des Zürcher Anwaltsverbandes (ZAV) und u.a. Herausgeber und Co-Autor des «Kurzkomentar SchKG» (2. Aufl., Basel 2014).

Lic. iur. GEORG J. WOHL, Senior Associate bei BAUR HÜRLIMANN AG, Zürich und Baden; Mitglied der Fachgruppe SchKG des Zürcher Anwaltsverbandes (ZAV).

⁴⁴ Erläuternder Bericht, S. 17.