



CHRISTIAN RIGERT

Anerkennung von Auskunftsrechten ausländischer Insolvenzverwalter

Inhaltsübersicht

- I. Einführung
- II. Kriterien für das Vorliegen einer Gesetzeslücke
- III. Regelung zur Anerkennung von Auskunftsrechten ausländischer Insolvenzverwalter
 - A. Geltende Fassung des 11. Kapitels des IPRG
 - B. Revidierte Fassung des 11. Kapitels des IPRG
- IV. Planwidrige Unvollständigkeit
 - A. Notwendigkeit einer Anerkennungsregel
 1. Akteneinsicht im Hilfskonkursverfahren
 2. Zusammenarbeit mit dem Gemeinschuldner
 3. Rechtshilfe in Zivilsachen
 4. Strafverfahren
 5. Rechtshilfe in Strafsachen
 6. Fazit zu den bestehenden Möglichkeiten zur Informationsbeschaffung
 - B. Versehen des Gesetzgebers
 1. Gesetzesmaterialien zur geltenden Fassung des 11. Kapitels des IPRG
 2. Gesetzesmaterialien zur revidierten Fassung des 11. Kapitels des IPRG
- V. Zwischenfazit
- VI. Vorschlag einer Regelung zur Lückenfüllung
- VII. Zusammenfassung

Ausländische Insolvenzverwalter sind zur ordentlichen Abwicklung des Insolvenzverfahrens regelmässig auf Informationen aus der Schweiz angewiesen. Aufgrund des Territorialitätsprinzips können ausländische Insolvenzverwalter die ihnen nach dem Recht des Insolvenzeröffnungsstaates zukommenden Auskunftsrechte in der Schweiz jedoch nur geltend machen, wenn diese Auskunftsrechte anerkannt werden. Bezüglich der Möglichkeit zur Anerkennung von Auskunftsrechten ausländischer Insolvenzverwalter besteht in der Schweiz eine Gesetzeslücke, welche durch richterliche Rechtsfortbildung geschlossen werden sollte.

I. Einführung

Im schweizerischen internationalen Insolvenzrecht gilt das gemilderte passive Territorialitätsprinzip.¹ Demnach entfalten ausländische Insolvenzscheidungen in der Schweiz grundsätzlich keine Rechtswirkungen. Es besteht zwar die Möglichkeit zur Anerkennung ausländischer Insolvenzscheidungen nach den Bestimmungen des 11. Kapitels des IPRG, eine solche Anerkennung führt jedoch nach geltendem Recht nicht zur Erstreckung der Wirkungen ausländischer Insolvenzscheidungen auf das Staatsgebiet der Schweiz, sondern zur Eröffnung eines schweizerischen Hilfskonkursverfahrens.²

Eine der Rechtswirkungen ausländischer Insolvenzscheidungen ist gewöhnlich, dass ausländischen Insolvenzverwaltern bestimmte Auskunftsrechte zur Feststellung der Insolvenzmasse eingeräumt werden.³ Aufgrund des in der Schweiz geltenden passiven Territorialitätsprinzips erstreckt sich diese Rechtswirkung ausländischer Insolvenzscheidungen jedoch nicht auf das Staatsgebiet der Schweiz. Infolgedessen sind ausländische Insolvenzverwalter *de lege lata* nicht befugt, in der Schweiz die ihnen gestützt auf den ausländischen Insolvenzscheid und gemäss dem Recht des Insolvenzeröffnungsstaates zustehenden Auskunftsansprüche geltend zu machen.

Die am 16. März 2018 beschlossene und per 1. Januar 2019 in Kraft tretende Revision des 11. Kapitels des IPRG sieht im Gegensatz zum geltenden Recht vor, dass ausländischen Insolvenzverwaltern bei Anerkennung des ausländischen Insolvenzscheidens unter gewissen Umständen die Befugnis zur Geltendmachung von Auskunftsansprüchen in der Schweiz eingeräumt werden

CHRISTIAN RIGERT, MLaw, Rechtsanwalt bei Baldi & Caratsch Rechtsanwälte in Zürich.

¹ BGE 139 III 236 E. 4.2; 137 III 570 E. 2; JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ/RODRIGO RODRIGUEZ, Internationales Insolvenzrecht, Bern 2013, 14 ff.

² Art. 170 Abs. 1 IPRG.

³ Vgl. OLG Hamm, 27 U 38/11, 19.7.2011, E. II.2.

kann.⁴ Wie bereits unter dem geltenden Recht wird die Anerkennung ausländischer Insolvenzscheide jedoch auch nach der revidierten Fassung des 11. Kapitels des IPRG nur möglich sein, wenn die Belegenheit von zur Insolvenzmasse gehörenden Vermögenswerten in der Schweiz glaubhaft gemacht werden kann oder neuerdings wenn der Gemeinschuldner in der Schweiz eine im Handelsregister eingetragene Zweigniederlassung hat.⁵

Dabei können ausländische Insolvenzverwalter zur ordentlichen Abwicklung des Insolvenzverfahrens auch auf eine Anerkennung ihrer Auskunftsrechte in der Schweiz angewiesen sein, wenn der Gemeinschuldner vor der Insolvenzeröffnung sämtliche Vermögenswerte aus der Schweiz abgezogen hat und der Gemeinschuldner in der Schweiz keine Zweigniederlassung führte. Insbesondere wenn der Gemeinschuldner Inhaber eines Bankkontos bei einer Schweizer Bank war, benötigen ausländische Insolvenzverwalter von der entsprechenden Schweizer Bank regelmässig Auskünfte und Belege zum Verbleib und zur Verwendung der Vermögenswerte des Gemeinschuldners. Diese Informationen ermöglichen es ausländischen Insolvenzverwaltern, ins Ausland transferierte Vermögenswerte des Gemeinschuldners zu lokalisieren, einzuziehen oder mittels Anfechtungsklage zurückzufordern. Schweizer Banken dürfen einem ausländischen Insolvenzverwalter ohne Anerkennung der Rechtswirkungen des ausländischen Insolvenzscheids jedoch aufgrund des Bankkundengeheimnisses nach Art. 47 BankG keinerlei Auskünfte erteilen.

Da demnach eine Anerkennung von Auskunftsrechten ausländischer Insolvenzverwalter im IPRG *de lege lata* gar nicht und *de lege ferenda* nur in engem Rahmen vorgesehen ist, wird im vorliegenden Artikel untersucht, ob das schweizerische internationale Insolvenzrecht bezüglich der Anerkennung von Auskunftsrechten ausländischer Insolvenzverwalter eine Gesetzeslücke aufweist, welche es durch richterliche Rechtsfortbildung zu schliessen gilt.

II. Kriterien für das Vorliegen einer Gesetzeslücke

Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts besteht eine Lücke im Gesetz, «[...] wenn eine Regelung unvollständig ist, weil sie jede Antwort auf die sich stellende Rechtsfrage schuldig bleibt. Hat der Gesetzgeber eine Rechtsfrage nicht übersehen, sondern stillschweigend – im negativen Sinn – mitentschieden (qualifiziertes Schweigen), bleibt kein Raum für richterliche Lückenfüllung. Eine echte Gesetzeslücke, die vom Gericht zu füllen ist, liegt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts dann vor, wenn der

Gesetzgeber etwas zu regeln unterlassen hat, was er hätte regeln sollen, und dem Gesetz diesbezüglich weder nach seinem Wortlaut noch nach dem durch Auslegung zu ermittelnden Rechtssinn eine Vorschrift entnommen werden kann [...].»⁶

In der Lehre wird eine Gesetzeslücke generell als *planwidrige Unvollständigkeit* des positiven Rechts definiert.⁷ Dabei ist allgemein anerkannt, dass auch das IPRG und sein 11. Kapitel Lücken aufweisen.⁸

Nachfolgend wird abgeklärt, ob für ausländische Insolvenzverwalter weder nach Wortlaut noch durch Auslegung des schweizerischen internationalen Insolvenzrechts eine Möglichkeit besteht, die ihnen durch das Recht des Hauptinsolvenzverfahrens verliehenen Auskunftsrechte in der Schweiz anerkennen zu lassen (III.). Ist diese Frage zu bejahen, ist weiter zu untersuchen, ob der Gesetzgeber die Anerkennung von Auskunftsrechten ausländischer Insolvenzverwalter bewusst nicht zulassen wollte oder die Notwendigkeit des Erlassens einer entsprechenden Anerkennungsregel bisher schlichtweg übersehen hat (IV.) und diese Gesetzeslücke daher gemäss Art. 1 Abs. 2 ZGB mittels passenden Normen zu füllen ist (VI.).

III. Regelung zur Anerkennung von Auskunftsrechten ausländischer Insolvenzverwalter

Eine Regelung zur Anerkennung von Auskunftsrechten ausländischer Insolvenzverwalter wäre in erster Linie im 11. Kapitel des IPRG (Art. 166–175 IPRG) zu erwarten, in welchem die Anerkennung von ausländischen Insolvenzscheiden und der Ablauf eines schweizerischen Hilfskonkursverfahrens geregelt werden. Ausgeschlossen ist eine Anerkennung von Auskunftsrechten ausländischer Insolvenzverwalter durch eine Anerkennung des ausländischen Insolvenzscheids nach den allgemeinen Anerkennungsbestimmungen von Art. 25 ff. IPRG, da der Anwendungsbereich von Art. 25 ff. IPRG nur die Anerkennung von ausländischen Entscheidungen zivilrechtlicher Natur umfasst, ausländische Insolvenzscheide jedoch nicht zivilrechtlicher, sondern vollstreckungsrechtlicher Natur sind.⁹ Ebenfalls ausgeschlossen ist eine Anerkennung von allfälligen Befugnissen ausländischer Insolvenzverwalter zur Vertretung einer insolventen Gesellschaft über Art. 154 Abs. 1 IPRG i.V.m. Art. 155 lit. i IPRG, da diese Bestimmungen des 10. Kapitels des IPRG auf die Anerkennung der Vertretungsbefugnisse gesellschaftsrechtlicher Organe beschränkt sind und daher

⁴ Vgl. unten III.B.

⁵ Änderung vom 16. März 2018 zum Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht, BBl 2018 1505 ff. (zit. Änderung IPRG); BGer, 5A_539/2007, 4.1.2008, E. 3.

⁶ BGE 142 V 402 E. 4.2.

⁷ BSK ZGB I-HONSELL, Art. 1 N 27 mit weiteren Hinweisen, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser, Zivilgesetzbuch I, Basler Kommentar, 5. A., Basel 2014.

⁸ Vgl. BGE 137 III 374 E. 3; KREN KOSTKIEWICZ/RODRIGUEZ (FN 1), 66; KURT SIEHR, Das Internationale Privatrecht der Schweiz, Zürich/Basel/Genf 2002, 526.

⁹ BGE 139 III 236 E. 5.3.

die durch Insolvenzrecht eingeräumten Vertretungsbefugnisse nicht umfassen.¹⁰ Andere Anerkennungsbestimmungen im IPRG, welche für eine Anerkennung von Auskunftsrechten ausländischer Insolvenzverwalter in Betracht kämen, sind nicht ersichtlich.¹¹

Nachfolgend wird daher einzig das 11. Kapitel des IPRG in seiner geltenden (A.) und seiner revidierten Fassung (B.) auf das Vorliegen einer Regelung zur Anerkennung von Auskunftsrechten ausländischer Insolvenzverwalter untersucht.

A. Geltende Fassung des 11. Kapitels des IPRG

Wie bereits festgestellt wurde, besteht nach der geltenden Fassung des 11. Kapitels des IPRG keine Möglichkeit zur Anerkennung von Auskunftsrechten ausländischer Insolvenzverwalter.¹² Zwar können ausländische Insolvenzscheide über Art. 166 ff. IPRG in der Schweiz anerkannt werden, dabei werden jedoch keine Rechtswirkungen des ausländischen Insolvenzscheids auf das Staatsgebiet der Schweiz erstreckt. Mit der Einführung des 11. Kapitels des IPRG wollte der schweizerische Gesetzgeber die Wirkungen des in der Schweiz geltenden Territorialitätsprinzips, gemäss welchem ausländische Insolvenzscheide in der Schweiz keine Rechtswirkungen entfalten, abschwächen.¹³ Das unter dem 11. Kapitel des IPRG konzipierte System sieht vor, dass nach Anerkennung des ausländischen Insolvenzscheids die in der Schweiz belegenen Vermögenswerte des Gemeinschuldners im Rahmen eines Hilfskonkursverfahrens realisiert und ein daraus resultierender Überschuss nach Anerkennung des ausländischen Kollokationsplans dem ausländischen Insolvenzverwalter oder den berechtigten Gläubigern ausgehändigt wird. Das Hilfskonkursverfahren wird dabei unter der Leitung des zuständigen schweizerischen Konkursamtes durchgeführt, weshalb ausländischen Insolvenzverwaltern im Hilfs-

konkursverfahren nur eine Nebenrolle zukommt.¹⁴ Das 11. Kapitel des IPRG ist darauf ausgelegt, ausländischen Insolvenzverwaltern eine Möglichkeit einzuräumen, um in den Besitz der in der Schweiz belegenen Vermögenswerte des Gemeinschuldners zu gelangen, nicht jedoch, um ausländischen Insolvenzverwaltern Informationen aus der Schweiz zu beschaffen. Eine Regelung zur Anerkennung von Auskunftsrechten ausländischer Insolvenzverwalter besteht daher in der geltenden Fassung des 11. Kapitels des IPRG weder nach Wortlaut noch nach Auslegung des Gesetzes.

B. Revidierte Fassung des 11. Kapitels des IPRG

Am 16. März 2018 hat die Bundesversammlung die per 1. Januar 2019 in Kraft tretende Revision des 11. Kapitels des IPRG (Art. 166–175 nIPRG) verabschiedet.¹⁵ Durch diese Revision werden gewisse Hürden zur Anerkennung ausländischer Insolvenzscheide aufgehoben oder herabgesetzt.¹⁶ Zudem kann neuerdings nach Art. 174a Abs. 1 nIPRG bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen auf die Durchführung eines schweizerischen Hilfskonkursverfahrens verzichtet werden, was gemäss Art. 174a Abs. 4 nIPRG dazu führt, dass ein ausländischer Insolvenzverwalter unter Beachtung des schweizerischen Rechts und unter Ausschluss der Anwendung von Zwangsmitteln sämtliche Befugnisse ausüben darf, die ihm nach dem Recht des Insolvenzeröffnungsstaates zustehen.¹⁷

Mit dem Entscheid des Anerkennungsgerichts, auf die Durchführung eines schweizerischen Hilfskonkursverfahrens zu verzichten, werden folglich nach Art. 174a Abs. 4 nIPRG die Auskunftsrechte ausländischer Insolvenzverwalter in der Schweiz anerkannt. Der Umfang der Anerkennung von Auskunftsrechten ausländischer Insolvenzverwalter wird dabei nur durch den Vorbehalt der Vereinbarkeit mit dem schweizerischen *Ordre public* begrenzt.¹⁸

Unter folgenden Voraussetzungen können Auskunftsrechte ausländischer Insolvenzverwalter nach Art. 174a Abs. 4 nIPRG im Rahmen eines Verzichts auf die Durchführung eines Hilfskonkursverfahrens anerkannt werden:

¹⁰ BGE 139 III 236 E. 4.2; 137 III 570 E. 2; 134 III 366 E. 9; BGer, 2C_303/2010, 24.10.2011, E. 2.3.3; CHARLES JAQUES, *La reconnaissance et les effets en Suisse d'une faillite ouvert à l'étranger*, Lugano 2006, 26 f.; DANIEL STAEHELIN, *Konkurs im Ausland – Drittschuldner in der Schweiz*, in: Hans Michael Riemer/Moritz Kuhn/Dominik Vock/Myriam A. Gehri (Hrsg.), *Schweizerisches und Internationales Zwangsvollstreckungsrecht*, Festschrift für Karl Spühler zum 70. Geburtstag, Zürich/Basel/Genf 2005, 407 ff., 412; FABIANA THEUS SIMONI, *Konkurs im Ausland, Drittschuldner in der Schweiz*, *Der Schweizer Treuhänder* 1998, 1429 ff., 1431; a.M. ROLF KUHN, *Les compétences d'un administrateur de faillite étranger prennent-elles fin à la frontière suisse?*, *TREX* 2010, 43 ff., 44; ISAAK MEIER, *Internationales Zivilprozessrecht und Zwangsvollstreckungsrecht*, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2005, 205 f.; ELENA NEURONI NAEF/FRANCESCO NAEF, *Droit suisse de la faillite internationale: la faillite d'un système?*, *AJP* 2008, 1396 ff., 1405 f.

¹¹ Nicht eingegangen wird vorliegend auf die durch Art. 37g BankG und Staatsverträge geregelten Spezialfälle.

¹² Vgl. oben I.

¹³ Vgl. unten IV.B.1.

¹⁴ Bezüglich Handlungsbefugnissen von ausländischen Insolvenzverwaltern in der Schweiz vgl. MARJOLAINE JAKOB, *Die Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter*, Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2018, 52 ff.

¹⁵ Änderung IPRG (FN 5), 1505 ff.; Medienmitteilung des Bundesrates vom 14. September 2018, Internet: <https://www.ejpd.admin.ch/ejpd/de/home/aktuell/news/2018/2018-09-141.html> (Abruf 27.9.2018).

¹⁶ Insbesondere wird künftig auf das Gegenrechtserfordernis verzichtet und eine Anerkennung wird auch möglich sein bei Insolvenzeröffnung am COMI eines Gemeinschuldners mit Sitz im Ausland.

¹⁷ Änderung IPRG (FN 5), 1507.

¹⁸ Art. 17 IPRG.

- Begründung einer schweizerischen Zuständigkeit zur Anerkennung des ausländischen Insolvenzscheids nach Art. 167 Abs. 1 nIPRG, indem die Belegenheit von Vermögenswerten des Gemeinschuldners in der Schweiz glaubhaft gemacht wird oder in der Schweiz eine im Handelsregister eingetragene Zweigniederlassung des Gemeinschuldners vorgewiesen werden kann;
- Anerkennung des ausländischen Insolvenzscheids nach Art. 166 Abs. 1 nIPRG;
- Antrag des ausländischen Insolvenzverwalters auf Verzicht auf die Durchführung eines Hilfskonkursverfahrens;
- keine Anmeldung von Forderungen nach Art. 172 Abs. 1 nIPRG im Hilfskonkursverfahren (pfandgesicherte Forderungen; Forderungen privilegierter Gläubiger mit Wohnsitz in der Schweiz; und Forderungen aus Verbindlichkeiten, die auf Rechnung einer im schweizerischen Handelsregister eingetragenen Zweigniederlassung des Schuldners eingegangen worden sind);
- angemessene Berücksichtigung von anderen als den unter Art. 172 Abs. 1 nIPRG aufgeführten Forderungen von Gläubigern mit Wohnsitz in der Schweiz im ausländischen Hauptinsolvenzverfahren.¹⁹

Eine Anerkennung von Auskunftsrechten ausländischer Insolvenzverwalter nach Art. 174a nIPRG wird demnach nur in engem Rahmen möglich sein. Ist eine der obgenannten Voraussetzungen nicht erfüllt, können Auskunftsrechte ausländischer Insolvenzverwalter auch nach der revidierten Fassung des 11. Kapitels des IPRG nicht anerkannt werden. Somit wird die Regelungslücke im 11. Kapitel des IPRG durch die Revision nur teilweise geschlossen und eine Anerkennung von Auskunftsrechten ausländischer Insolvenzverwalter wird in vielen Fällen weiterhin nicht möglich sein.

IV. Planwidrige Unvollständigkeit

Nachdem nun feststeht, dass eine Anerkennung von Auskunftsrechten ausländischer Insolvenzverwalter nach dem geltenden IPRG gar nicht und nach der revidierten Fassung des 11. Kapitels des IPRG nur in sehr engem Rahmen möglich ist, gilt es weiter zu untersuchen, ob der Gesetzgeber eine eigenständige Regelung zur Anerkennung von Auskunftsrechten ausländischer Insolvenzverwalter hätte treffen sollen (A.) und dies übersah oder ob er bewusst keine solche Anerkennungsregelung schuf (B.).

A. Notwendigkeit einer Anerkennungsregel

In der Praxis benötigen ausländische Insolvenzverwalter zur ordentlichen Abwicklung des Hauptinsolvenzverfahrens oft Auskünfte zu Schweizer Bankkonten des Gemeinschuldners. Regelmässig geht es dabei um die Information, ob sich noch Vermögenswerte auf einem bestimmten Bankkonto befinden und allenfalls noch weitere Bankkonten mit Vermögenswerten des Gemeinschuldners bei einer bestimmten Bank bestehen, oder um Informationen zu Transaktionen, welche vom Gemeinschuldner vor der Insolvenzeröffnung in Auftrag gegeben wurden. Diese Informationen sollen Aufschluss über die Belegenheit von zur Insolvenzmasse gehörenden Vermögenswerten sowie über Forderungen und Anfechtungsansprüchen der Insolvenzmasse gegenüber Dritten geben. Kann sich ein ausländischer Insolvenzverwalter diese Informationen nicht beschaffen, führt dies in der Regel dazu, dass die entsprechenden Ansprüche, Forderungen und Vermögenswerte nicht zur Insolvenzmasse gezogen und unter den Gläubigern verteilt werden können. Bestehen für ausländische Insolvenzverwalter jedoch unabhängig einer Anerkennung ihrer Auskunftsrechte ausreichende Möglichkeiten, um die erforderlichen Informationen zu beschaffen, wäre es nicht notwendig, eine Regelung zur Anerkennung von Auskunftsrechten ausländischer Insolvenzverwalter durch richterliche Rechtsfortbildung zu schaffen. Nachfolgend wird daher dargelegt, welche Informationsbeschaffungsmöglichkeiten ausländischen Insolvenzverwaltern in der Schweiz ohne Rechtsfortbildung zur Verfügung stehen.²⁰

1. Akteneinsicht im Hilfskonkursverfahren

Ein Hilfskonkursverfahren nach dem 11. Kapitel des IPRG wird unter der Leitung des zuständigen schweizerischen Konkursamtes durchgeführt. Zum Auftrag des schweizerischen Konkursamtes gehört es, die zur Insolvenzmasse gehörenden und in der Schweiz belegenen Vermögenswerte aufzuspüren und zur Hilfskonkursmasse zu ziehen.²¹ Das schweizerische Konkursamt ist insofern verpflichtet, Hinweisen ausländischer Insolvenzverwalter zu Vermögenswerten, welche zur Hilfskonkursmasse gehören, nachzugehen. Dritte, die Vermögensgegenstände des Gemeinschuldners verwahren oder bei denen dieser Guthaben hat, sind gegenüber dem schweizerischen Konkursamt gestützt auf Art. 222 Abs. 4 SchKG auskunfts- und herausgabepflichtig. Da sich diese Auskunftspflicht auch auf paulianische Anfechtungsansprüche nach Art. 285 ff. SchKG bezieht, kann ein schweizerisches Konkursamt beispielsweise von einer Schweizer Bank die Herausgabe von Unterlagen zu Bankkonten des Gemeinschuldners zu den letzten

¹⁹ Änderung IPRG (FN 5), 1505 ff.; Botschaft vom 24. Mai 2017 zur Änderung des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht, BBl 2017 4125 ff. (zit. Botschaft Änderung IPRG), 4140 ff.

²⁰ Nicht eingegangen wird vorliegend auf die durch Art. 37g BankG und Staatsverträge geregelten Spezialfälle.

²¹ Art. 170 Abs. 1 IPRG; Art. 221 Abs. 1 SchKG.

fünf Jahren vor der Insolvenzeröffnung verlangen, wenn eine begründete Vermutung für das Vorliegen von Anfechtungstatbeständen aus diesem Zeitraum besteht.²² Ein ausländischer Insolvenzverwalter kann gestützt auf Art. 8a Abs. 1 SchKG Einsicht in die Akten des Hilfskonkursverfahrens nehmen.²³ Sofern die Voraussetzungen zur Durchführung eines Hilfskonkursverfahrens gegeben sind, kann sich ein ausländischer Insolvenzverwalter demnach das schweizerische Hilfskonkursverfahren zur Beschaffung von Informationen zu in der Schweiz belegenen Vermögenswerten des Gemeinschuldners zu Nutze machen. Dazu kann der ausländische Insolvenzverwalter mit entsprechenden Hinweisen das schweizerische Konkursamt dazu veranlassen, bestimmte Auskünfte und Unterlagen einzuholen, welche er anschliessend mittels Akteneinsicht einsehen kann.

2. Zusammenarbeit mit dem Gemeinschuldner

Sofern Auskünfte eingeholt werden sollen, auf deren Erteilung der Gemeinschuldner einen Anspruch hat, und der Gemeinschuldner kooperativ ist, kann der ausländische Insolvenzverwalter diesen dazu anhalten, ihm eine Vollmacht auszustellen oder für ihn in der Schweiz die erforderlichen Auskünfte einzuholen.²⁴ Ein solches Vorgehen ist jedoch nur möglich, wenn der Gemeinschuldner oder seine Organe gemäss dem Recht des Insolvenzeröffnungsstaates nach der Insolvenzeröffnung noch befugt sind, über die entsprechenden Auskunftsansprüche zu verfügen. Wird dem Gemeinschuldner oder seinen Organen diese Befugnis infolge Insolvenzeröffnung entzogen, ist dies in der Schweiz bei natürlichen Personen über Art. 35 IPRG und bei juristischen Personen über Art. 154 Abs. 1 IPRG, unabhängig einer Anerkennung des ausländischen Insolvenzzurteils nach dem 11. Kapitel des IPRG, *ipso iure* anzuerkennen.²⁵ Unter diesen Umständen wäre ein Gemeinschuldner oder ein von diesem bevollmächtigter Insolvenzverwalter nicht mehr befugt, in der Schweiz Auskunftsansprüche geltend zu machen.

3. Rechtshilfe in Zivilsachen

Rechtshilfe in Zivilsachen wird von schweizerischen Gerichten auf Ersuchen ausländischer Gerichte gestützt auf Staatsverträge und schweizerische Prozessgesetze gewährt.²⁶ Über die Rechtshilfe in Zivilsachen kann u.a. um eine Beweisaufnahme ersucht werden, wobei Banken zur Mitwirkung verpflichtet sind.²⁷ Der Weg der Rechtshilfe in Zivilsachen steht grundsätzlich auch ausländischen Insolvenzgerichten offen, nicht jedoch ausländischen Insolvenzverwaltern.²⁸ Gelingt es einem ausländischen Insolvenzverwalter nicht, das ausländische Insolvenzgericht zum Stellen eines Rechtshilfeersuchens an die Schweiz zu veranlassen, bleibt ihm der Weg der Rechtshilfe in Zivilsachen demnach verschlossen. Für die Vermögensnachforschung im Bereich des Insolvenzrechts ist das Rechtshilfeverfahren aufgrund seiner Schwerfälligkeit zudem meist wenig geeignet.²⁹

4. Strafverfahren

Sofern Straftaten zum Schaden einer ausländischen Insolvenzmasse verübt wurden und die schweizerischen Strafbehörden zur Verfolgung dieser Straftaten zuständig sind, kann ein ausländischer Insolvenzverwalter Strafanzeige einreichen und sich am schweizerischen Strafverfahren als Geschädigter oder Strafkläger beteiligen.³⁰ Geschädigte und Strafkläger haben grundsätzlich einen Anspruch auf Einsicht in die Akten des Strafverfahrens nach Art. 105 StPO i.V.m. Art. 107 Abs. 1 StPO.³¹ Befinden sich die vom ausländischen Insolvenzverwalter benötigten Informationen und Unterlagen in den Strafakten, kann der ausländische Insolvenzverwalter auf diese durch Geltendmachung des Akteneinsichtsrechts Zugriff erlangen, ohne dass dazu eine Anerkennung des ausländischen Insolvenzzurteils erforderlich wäre.

5. Rechtshilfe in Strafsachen

Die Schweiz leistet gestützt auf das IRSG und Staatsverträge Rechtshilfe in Strafsachen.³² Wird im Ausland ein Strafverfahren eröffnet und werden die vom aus-

²² BGE 129 III 239 E. 3.2.1, in: Pra 2004, Nr. 41; KGer SG, 20.1.2010, E. 4b, in: GVP 2009, Nr. 88.

²³ BGE 141 III 281 E. 3.5.1; RICHARD GASSMANN, Asset Tracing trotz Bankgeheimnis, Die Bank im Visier des Gläubigers ihrer ausländischen Kunden, in: Peter Johannes Weber/Marc Weber/Riccardo Seitz/Hans Rainer Künzle (Hrsg.), Liber discipulorum et amicorum, Festschrift für Prof. Dr. Kurt Siehr zum 65. Geburtstag, Zürich 2001, 25 ff., 33; MARCO LEVANTE, Rechtshilfe und Zusammenarbeit in grenzüberschreitenden Konkursverfahren, ZZZ 2016, 168 ff., 173.

²⁴ Vgl. FRANCO LORANDI, Handlungsspielraum ausländischer Insolvenzmassen in der Schweiz, AJP 2008, 560 ff., 564 f.; STAEHELIN (FN 10), 407 ff., 414 f.

²⁵ BGE 139 III 236 E. 4.2; 137 III 570 E. 2; HGer ZH, HG110247, 8.10.2014, E. III.4; a.M. JAKOB (FN 14), 41 mit weiteren Hinweisen.

²⁶ GASSMANN (FN 23), 33.

²⁷ OGer ZH, RU160058, 11.10.2016, E. III.4.

²⁸ BGE 129 III 107.

²⁹ Vgl. Wegleitung zur internationalen Rechtshilfe in Zivilsachen mit weiteren Informationen, Internet: <https://www.rhf.admin.ch/dam/data/rhf/zivilrecht/wegleitungen/wegleitung-zivilsachen-d.pdf> (Abruf 27.9.2018).

³⁰ OGer TG, 28.6.2012, in: RBOG 2012, Nr. 25, 234 ff.; bez. Vertretung des Gemeinschuldners durch die Konkursverwaltung bei Straftaten zum Nachteil des Gemeinschuldners vgl. BGer, 6B_557-559/2010, 5.3.2011, E. 7.2.

³¹ MICHA NYDEGGER, Vom Geschädigten zum Privatkläger, ZStrR 2018, 55 ff., 77.

³² Vgl. Wegleitung zur internationalen Rechtshilfe in Strafsachen mit weiteren Hinweisen, Internet: <https://www.rhf.admin.ch/dam/data/rhf/strafrecht/wegleitungen/wegleitung-straftsachen-d.pdf> (Abruf 27.9.2018).

ländischen Insolvenzverwalter benötigten Informationen und Unterlagen von der Schweiz im Rahmen der Rechtshilfe in Strafsachen an die ausländischen Strafbehörden übermittelt, kann sich der ausländische Insolvenzverwalter Zugriff zu diesen Informationen und Dokumenten verschaffen, wenn ihm im ausländischen Strafverfahren Akteneinsicht gewährt wird.

6. Fazit zu den bestehenden Möglichkeiten zur Informationsbeschaffung

Obwohl im geltenden Recht eine Regelung zur Anerkennung von Auskunftsrechten ausländischer Insolvenzverwalter fehlt, bestehen für ausländische Insolvenzverwalter verschiedene Möglichkeiten, um an Informationen aus der Schweiz zu gelangen. Da die Voraussetzungen dieser Informationsbeschaffungsmöglichkeiten jedoch nur in Ausnahmefällen gegeben sind, bleibt es für ausländische Insolvenzverwalter in der Praxis oftmals unentbehrlich, dass ihre Auskunftsansprüche in der Schweiz anerkannt werden, um in der Schweiz die erforderlichen Informationen beschaffen zu können. Demnach hätte der Gesetzgeber eine Regelung zur Anerkennung von Auskunftsrechten ausländischer Insolvenzverwalter treffen sollen.

B. Versehen des Gesetzgebers

Abschliessend gilt es noch zu untersuchen, ob der Gesetzgeber bewusst auf die Erstellung einer Regelung zur Anerkennung von Auskunftsrechten ausländischer Insolvenzverwalter verzichtete oder das Fehlen einer solchen Anerkennungsregel lediglich auf ein Versehen zurückzuführen ist.

1. Gesetzesmaterialien zur geltenden Fassung des 11. Kapitels des IPRG

In der Botschaft zur geltenden Fassung des 11. Kapitels des IPRG werden Hinweise auf Überlegungen des Gesetzgebers zur Notwendigkeit einer Regelung zur Anerkennung von Auskunftsrechten ausländischer Insolvenzverwalter vergebens gesucht.³³ Finden lassen sich hingegen Hinweise auf die Beweggründe des Gesetzgebers zur Lockerung des Territorialitätsprinzips, aufgrund dessen eine Anerkennung von Auskunftsrechten ausländischer Insolvenzverwalter überhaupt erst erforderlich ist. Diesbezüglich wurde in der Botschaft zum IPRG vom 10. November 1982 Folgendes ausgeführt:

– «Über die Notwendigkeit, vom Prinzip der Territorialität des Konkurses wegzukommen, ist man sich einig. Über die Frage, ob und wie weit Regeln notwendig sind, gehen die Meinungen allerdings stark auseinander. Angesichts dieser Rechts- und Sachlage erscheint es ange-

zeigt, einen Schritt zur Beseitigung des Territorialitätsprinzips zu tun. Dieser Schritt drängt sich um so mehr auf, als die strikte Territorialität des Konkurses mit der wachsenden Internationalisierung der Wirtschaftsbeziehungen je länger je weniger zu vereinbaren ist.»³⁴

– «Der Entwurf hält am Prinzip der Territorialität des Konkurses fest, schlägt aber in wichtigen Punkten eine Auflockerung vor. Die Durchführung des Konkurses und die Abwicklung des Liquidationsverfahrens bleiben grundsätzlich Sache des schweizerischen Rechts, doch werden mit der Anerkennung des ausländischen Konkursdekrets die Voraussetzungen für eine zwischenstaatliche Kooperation geschaffen.»³⁵

Der Wille des Gesetzgebers zur Lockerung des Prinzips der Territorialität des Konkurses und zur Schaffung der Voraussetzungen für eine zwischenstaatliche Kooperation deutet darauf hin, dass die fehlende Regelung zur Anerkennung von Auskunftsrechten ausländischer Insolvenzverwalter eher auf ein Versehen des Gesetzgebers als auf einen bewussten Verzicht zurückzuführen ist. Hätte der Gesetzgeber unter diesen Umständen bewusst auf eine solche Anerkennungsregelung verzichten wollen, wäre zumindest ein entsprechender Hinweis in der Botschaft zum IPRG zu erwarten gewesen.

2. Gesetzesmaterialien zur revidierten Fassung des 11. Kapitels des IPRG

Im Rahmen der Revision des 11. Kapitels des IPRG, mit welcher das internationale Insolvenzrecht der Schweiz anerkennungs- und kooperationsfreundlicher ausgestaltet werden soll, scheint sich der Gesetzgeber ebenfalls keine Gedanken zu einer eigenständigen Regelung zur Anerkennung von Auskunftsrechten ausländischer Insolvenzverwalter gemacht zu haben.³⁶ In der Botschaft zur Änderung des 11. Kapitels des IPRG vom 24. Mai 2017 lässt sich unter den Ausführungen zu Art. 174a Abs. 4 nIPRG lediglich der Hinweis finden, dass ausländische Insolvenzverwalter befugt sein sollen, selbstständig Informationen in der Schweiz einzuholen, wenn nach Anerkennung des ausländischen Insolvenzscheids auf die Durchführung eines Hilfskonkursverfahrens verzichtet wird. Dabei sollen ausländische Insolvenzverwalter keine hoheitlichen Befugnisse ausüben dürfen.³⁷ Obwohl der schweizerische Gesetzgeber demnach erkannt hat, dass eine Anerkennung von Auskunftsrechten ausländischer Insolvenzverwalter erforderlich ist, wenn nach Anerkennung des ausländischen Insolvenzscheids auf die Durchführung eines Hilfskonkursverfahrens verzichtet wird, hat er im Rahmen der Revision des 11. Kapitels des IPRG übersehen, dass eine Anerkennung von Auskunftsrechten ausländischer Insolvenzverwalter auch notwendig ist, wenn

³³ Botschaft vom 10. November 1982 zum Bundesgesetz über das internationale Privatrecht, BBl 1983 I 263 ff. (zit. Botschaft IPRG), 448 ff.

³⁴ Botschaft IPRG (FN 33), 449.

³⁵ Botschaft IPRG (FN 33), 450.

³⁶ Botschaft Änderung IPRG (FN 19), 4125 ff.

³⁷ Botschaft Änderung IPRG (FN 19), 4142.

kein Hilfskonkursverfahren durchgeführt werden kann, weil der Gemeinschuldner vor der Insolvenzeröffnung sämtliche Vermögenswerte aus der Schweiz abgezogen hat und keine Zweigniederlassung in der Schweiz führte.³⁸ Dieses Versehen ist darauf zurückzuführen, dass der Gesetzgeber mit der Revision des 11. Kapitels des IPRG das schweizerische internationale Insolvenzrecht zwar anerkennungs- und kooperationsfreundlicher ausgestalten wollte, sich dabei jedoch darauf konzentrierte, ausländischen Insolvenzverwaltern den Zugriff auf in der Schweiz belegene Vermögenswerte der Insolvenzmasse zu erleichtern.³⁹ Hinweise darauf, dass der Gesetzgeber eine Anerkennung von Auskunftsrechten ausländischer Insolvenzverwalter ausschliesslich nach Art. 174a nIPRG zulassen wollte, lassen sich in den Gesetzesmaterialien zur Revision des 11. Kapitels des IPRG jedenfalls nicht finden.⁴⁰

V. Zwischenfazit

Das schweizerische internationale Insolvenzrecht ist demnach insofern unvollständig, als es keine Regelung für eine eigenständige Anerkennung von Auskunftsrechten ausländischer Insolvenzverwalter enthält. Diese Gesetzeslücke ist auf ein Versehen des Gesetzgebers zurückzuführen und ist daher nach Art. 1 Abs. 2 ZGB durch richterliche Rechtsfortbildung zu schliessen.

VI. Vorschlag einer Regelung zur Lückenfüllung

Gemäss Art. 1 Abs. 2 ZGB soll das Gericht bei Vorliegen einer Gesetzeslücke nach Gewohnheitsrecht und, wo solches fehlt, nach der Regel, die es als Gesetzgeber aufstellen würde, entscheiden. Dementsprechend wird zur Schliessung der Gesetzeslücke im schweizerischen internationalen Insolvenzrecht bezüglich der Anerkennung von Auskunftsrechten ausländischer Insolvenzverwalter in der Schweiz folgende Regelung vorgeschlagen.

Unabhängig davon, ob die Belegenheit von zur Insolvenzmasse gehörenden Vermögenswerten in der Schweiz glaubhaft gemacht werden kann oder der Gemeinschuldner in der Schweiz eine Zweigniederlassung führte, sollen Auskunftsrechte ausländischer Insolvenzverwalter anerkannt werden. Da die Auskunftsrechte eines ausländischen Insolvenzverwalters auf dem ausländischen Insolvenzentscheid basieren, sollen diese Auskunftsrechte als Rechtswirkung des ausländischen Insolvenzentscheids unter den Bedingungen von Art. 166 Abs. 1 IPRG anerkannt werden. Dabei soll jedoch auf das Erfordernis des Gegenrechts gemäss

Art. 166 Abs. 1 lit. c IPRG bereits unter der geltenden Fassung des 11. Kapitels des IPRG verzichtet werden, da dieses Erfordernis nicht mehr zeitgemäss und ineffizient ist, wie dies im Rahmen der Revision des 11. Kapitels des IPRG zutreffend festgestellt und weswegen dieses Anerkennungskriterium gestrichen wurde.⁴¹ Ein ausländischer Insolvenzverwalter soll ein Gesuch um Anerkennung seiner Auskunftsrechte sowohl vor als auch nach einer allfälligen Eröffnung eines schweizerischen Hilfskonkursverfahrens stellen können.

Zuständig für eine Anerkennung von Auskunftsrechten ausländischer Insolvenzverwalter soll das Gericht am schweizerischen Sitz oder Wohnsitz der Gesellschaft oder der Person sein, von welcher Informationen eingeholt werden sollen, sofern die Voraussetzungen zur Begründung einer Zuständigkeit nach Art. 167 Abs. 1 IPRG nicht gegeben sind. Beabsichtigt ein ausländischer Insolvenzverwalter, von mehreren Gesellschaften oder Personen Auskünfte einzuholen, und haben diese ihren Sitz oder Wohnsitz nicht im selben Gerichtskreis, soll das zuerst angerufene Gericht zuständig sein.

Analog zu Art. 174a Abs. 4 nIPRG sollen die Auskunftsrechte eines ausländischen Insolvenzverwalters in dem Umfang anerkannt werden, wie sie gemäss dem Recht des Insolvenzeröffnungsstaates bestehen, sofern dies mit dem schweizerischen *Ordre public* vereinbar ist.⁴² Im Sinne von Art. 174a Abs. 4 nIPRG soll es ausländischen Insolvenzverwaltern zudem untersagt sein, Zwangsmittel zur Durchsetzung ihrer Auskunftsrechte anzuwenden. Wird einem ausländischen Insolvenzverwalter die Auskunftserteilung nach erfolgter Anerkennung unberechtigterweise verwehrt, soll er zur Durchsetzung seiner Auskunftsrechte den Gerichtsweg beschreiten müssen.

Mit einer solchen Anerkennungsregelung, welche es ausländischen Insolvenzverwaltern ermöglichen würde, in der Schweiz die zur ordentlichen Abwicklung des Hauptinsolvenzverfahrens erforderlichen Informationen einzuholen, ohne dass die Schweiz hoheitliches Handeln ausländischer Insolvenzverwalter auf dem Staatsgebiet der Schweiz zulassen müsste, würde die Lücke betreffend Anerkennung von Auskunftsrechten ausländischer Insolvenzverwalter in Harmonie mit dem gemilderten Territorialitätsprinzip geschlossen.⁴³

VII. Zusammenfassung

Die geltende Fassung des 11. Kapitels des IPRG weist bezüglich der Anerkennung von ausländischen Insolvenzentscheiden zur Einholung von Auskünften in der Schweiz eine echte Gesetzeslücke auf. Diese Gesetzeslücke

³⁸ Vgl. Art. 167 Abs. 1 nIPRG.

³⁹ Botschaft Änderung IPRG (FN 19), 4125 ff.

⁴⁰ Gesetzesmaterialien zur Revision des 11. Kapitels des IPRG, Internet: <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefft?AffairId=20170038> (Abruf 27.9.2018).

⁴¹ Botschaft Änderung IPRG (FN 19), 4135.

⁴² Nicht vereinbar mit dem schweizerischen *Ordre public* wäre insbesondere, wenn Träger von Berufsgeheimnissen nach Art. 321 Ziff. 1 StGB gegenüber ausländischen Insolvenzverwaltern zur Auskunftserteilung verpflichtet würden.

⁴³ Botschaft Änderung IPRG (FN 19), 4142.

cke wird durch die Revision des 11. Kapitels des IPRG nur teilweise geschlossen. In Fällen, in denen sich keine zur Insolvenzmasse gehörenden Vermögenswerte in der Schweiz befinden und der Gemeinschuldner in der Schweiz keine Zweigniederlassung hat, wird weiterhin eine echte Gesetzeslücke bezüglich der Anerkennung von Auskunftsansprüchen ausländischer Insolvenzverwalter bestehen. Die Möglichkeiten für ausländische Insolvenzverwalter, über Hilfskonkursverfahren, durch Kooperation mit dem Gemeinschuldner, über Rechtshilfeverfahren sowie schweizerische Strafverfahren Zugriff auf gewisse Informationen aus der Schweiz zu erlangen, vermögen diese Gesetzeslücke nicht zu schliessen. Damit ausländische Insolvenzverwalter die für die ordentliche Abwicklung des Insolvenzverfahrens erforderlichen Auskünfte in der Schweiz einholen können, sollen daher Auskunftsrechte ausländischer Insolvenzverwalter im Rahmen einer richterlichen Rechtsfortbildung eigenständig anerkannt werden. Eine solche Anerkennung soll, unabhängig davon, ob in der Schweiz die Belegenheit von zur Insolvenzmasse gehörenden Vermögenswerten glaubhaft gemacht werden kann oder der Gemeinschuldner in der Schweiz eine Zweigniederlassung führte, unter sinngemässer Anwendung der Bestimmungen des 11. Kapitels des IPRG vorgenommen werden.