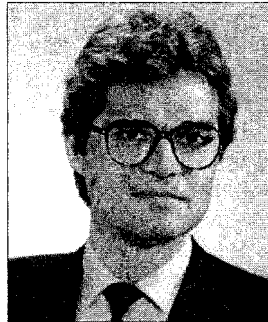


Gläubigerschutz im internationalen Konkursrecht



Dr. iur. Alexander Brunner, Obergericht des Kantons Zürich

Inhaltsübersicht:

- I. Einleitung
 - B. Kriterien des internationalen Gläubigerschutzes
 - 1. Idealtypische Kriterien des internationalen Gläubigerschutzes
 - 1.1. Quantität
 - 1.2. Qualität
 - 2. Konkretisierende Kriterien des internationalen Gläubigerschutzes
 - 2.1. Person des Gläubigers
 - 2.2. Inhalt der Obligation
 - C. Strategien und Gegen-Strategien im Hinblick auf den internationalen Gläubigerschutz
 - 1. Transnationale Strategien künftiger Schuldner I.I. Versteck-Spiel im transnationalen Umfeld I.2. Schneeball-System ohne nationale Aufsicht I.3. Oktopus-Effekt in der Vollstreckung
 - 2. Kollisionsrechtliche Gegen-Strategien des Gesetzgebers 2.1. Gläubigerschutz im internationalen Privatrecht 2.2. Gläubigerschutz im internationalen Konkursrecht
 - D. Ein Lehrbuchfall des internationalen Gläubigerschutzes
 - 1. Transnationaler Sachverhalt
 - 2. Internationale Verfahrensfragen
 - 3. Kollisionsrechtliche Beurteilung 3.1. Legitimation im IPRG-Konkurs 3.2. Qualifikation der Sitzfrage
 - V. Praktische Anwendung des IPRG im Konkursrecht
 - 1. Legitimation
 - 1.1. Aktivlegitimation
 - 1.2. Passivlegitimation
 - 1.3. Exkurs: Keine Legitimation des Arrestgläubigers
 - 2. Partizipation
 - 2.1. Haftungsumfang des Schuldner- Vermögens
 - 2.2. Person des Gläubigers
 - 3. Exekution
 - 3.1. Generalexekution
 - 3.2. Spezialexekution
 - 4. Jurisdiktion
 - 4.1. Ordentliches Verfahren nach IPRG 167
 - 4.2. Summarisches Verfahren nach IPRG 168
- VI. Ausblick
Literaturübersicht

I. Einleitung

Das internationale Konkursrecht ist zum überwiegenden Teil eine Folge des nationalen und internationalen Wirtschaftsrechts. Die Darstellung des internationalen Konkursrechts ergibt daher vor allem im Rahmen des Wirtschaftsrechts einen Sinn. Dabei interessieren die Zusammenhänge, die zwischen den durch das nationale materielle Recht begründeten Ansprüchen künftiger Gläubiger einerseits und deren Vollstreckung durch das internationale Konkursrecht andererseits bestehen.

Das nationale materielle Wirtschaftsrecht wird zudem ständig verändert und ergänzt durch die *Internationalisierung der Wirtschaft* als Folge der kulturellen und technologischen Entwicklung, welche nicht an nationale Grenzen gebunden ist. Neben der Vereinheitlichung des Marktordnungsrechts durch völkerrechtliche Regeln des Wettbewerbs wird das Wirtschaftsrecht auch durch die Vereinheitlichung des materiellen Rechts internationalisiert. Die Ergänzung des nationalen Wirtschaftsrechts erfolgt solcherart *global* durch das GATT bzw. neuerdings die WTO und *regional* durch das Binnenmarkt-Konzept der Europäischen Union (EU) und die Schaffung des Europäischen Wirtschaftsraums (EWR).

Diese Entwicklung hat grosse Bedeutung sowohl für die Unternehmen als auch für die Privathaushalte. Hinter der zunehmenden Globalisierung und Integration steht der Glaube an den wirtschaftlichen Fortschritt in den einzelnen Volkswirtschaften. Der Vermögenszuwachs soll über die *Unternehmen* als Nachfrager von Arbeitsleistungen und Anbieter von Waren und Dienstleistungen vor allem den *Privathaushalten* zugute kommen und damit nicht nur die nationale Volkswirtschaft, sondern auch die *demokratische Legitimation des (Wirtschafts-) Rechts* stärken. Die Privathaushalte (Arbeitnehmer und Konsumenten) bleiben dabei - auch bei zunehmender Migration - an die nationalen Rechtsordnungen gebunden, während die transnational tätigen Unternehmen durch überregionale Entscheide Freiheiten schaffen, welche in Richtung völkerrechtlicher Souveränität gehen. Transnational tätige Unternehmen können Sachverhalte begründen, die weder normativ noch faktisch unter nationalstaatliche Rechtsordnungen fallen. Diese Entwicklung berührt daher auch die Souveränität der Staaten und zeigt einen neuen Ge-

Überarbeitete Fassung des Vortrages für das Kammer-Seminar der Schweizerischen Treuhänderkammer vom 27. April 1994 in Basel. Ich danke lic. iur. KAVAN SAMARASINGHE und Dr. ANDREAS RITTER für die kritische Durchsicht des Manuskripts und für ihre Anregungen.

Hinweis: Der Schutz der Privathaushalte (Arbeitnehmer und Konsumenten) durch das nationale und internationale Wirtschaftsrecht ist unter diesen Umständen besonders wichtig; nachfolgend FN 10-14, 68, 99-102.

sichtspunkt auf mit Bezug auf die Verbindung, die bereits bisher zwischen dem Völkerrecht und dem internationalen Privatrecht bestand. Der Zusammenhang zwischen Völkerrecht und internationalem Privatrecht zeigte sich bisher bei der Vollstreckung von - stets national begründeten - Ansprüchen im transnationalen Bereich; Vollstreckungshandlungen zum *Schutz der Vermögensrechte von Gläubigern* standen bereits bisher im internationalen Konkursrecht unter dem Vorbehalt der Anerkennung und des Vollzugs durch die Organe von Drittstaaten. Darüber hinaus stellt sich heute die Frage, wie sich die durch transnational wirkende und quasi-souveräne Unternehmen geschaffenen Sachverhalte im internationalen Wirtschafts- und Vollstreckungsrecht einordnen lassen.

Diese Frage ist neuestens nicht zuletzt wegen der Irritationen aufzuwerfen, die ein Verfahren betreffend *Anlegerschutz im internationalen Konkursrecht* hervorrief. Es handelt sich um ein Verfahren² der Anerkennung eines ausländischen Konkursdekretes in der Schweiz, das unter zweimaliger vollständiger Ausschöpfung des Instanzenzugs nach über drei(!) Jahren im Herbst 1993 zum Abschluss kam.

In Hinblick darauf sind nachfolgend kurz die Kriterien des internationalen Gläubigerschutzes aufgrund der Rechtsidee (Gerechtigkeit) unter Berücksichtigung wirtschaftlicher und nationaler Interessen zu erörtern (nachfolgend II.) und ist auf Strategien künftiger Schuldner und Gegenstrategien des nationalen Gesetzgebers zum Schutz der Gläubiger hinzuweisen (III.).

Nach der Darstellung des erwähnten internationalen Konkursverfahrens (IV.) ist abschliessend auf die Anwendung des IPRG im Konkursrecht und auf Lösungsvorschläge für die Praxis einzugehen (V.).

B. Kriterien des internationalen Gläubigerschutzes

1. Idealtypische Kriterien des internationalen Gläubigerschutzes

1.1. Quantität

1.1.1. Maximierung des Schuldnervermögens

Die Rechtsidee (Gerechtigkeit) würde es an sich nahelegen, im Zeitalter zunehmender Internationalisierung der Wirtschaft Unterscheidungen im Hinblick auf Eigenschaft und Herkunft der Gläubiger bei der Vollstreckung fallen zu lassen. Eine derart abstrakte Verwirklichung einer möglichst gleichmässigen und maximierenden Zuteilung des Schuldnervermögens an den Kreis der Gläubiger ist indessen in der Rechtswirklichkeit nicht gegeben. Der nationale Gesetzgeber trifft konkretisierend teilweise zurecht Unterscheidungen nach Wohnsitz, besonderen Eigenschaften der Gläubiger oder besonderen Beziehungen zum Gemeinschuldner.

Bevor indessen auf die Verteilung eingegangen werden kann, hat die Bestimmung des Haftungssubstrats zu erfolgen, d.h., des *Vermögens (Forderungen und Sachen) des Schuldners*, das den Gläubigern bei der Vollstreckung ihrer Forderungen zur Verfügung steht.

Es ist das nationale Konkursrecht, das die Regeln zur Ermittlung und Erschliessung des gesamten Vermögens enthält und damit zu einer quantitativen Maximierung des schuldnerischen Haftungssubstrats in der *Generalexekution* führt und infolge der Publizität eine gerechte Aufteilung des schuldnerischen Vermögens unabhängig vom willkürlichen Informationsstand einzelner Gläubiger ermöglicht. Die Regeln der *Spezialexécution*, bei internationalen Verhältnissen insbesondere der Arrest nach SchKG 271 Ziff. 4, ermöglichen eine solche quantitative Maximierung nicht. Eine solche erfolgt ausschliesslich über die Publizität der Generalexekution; SchKG 232 II Ziff. 3 erschliesst die Forderungen, SchKG 232 II Ziff. 4 ermittelt die Sachen, welche später gesamthaft als schuldnerisches Vermögen an die Gläubiger verteilt werden sollen. Aus diesem Grund fallen auch Massnahmen der Spezialexécution bei Eintritt der Generalexekution nach SchKG 206 ohne weiteres dahin. Das 'Kollokationsverfahren' sichert innerhalb der Generalexekution zusätzlich eine gerechte Beteiligungsmöglichkeit aller Gläubiger.

Diese fundamentalen Grundsätze des Vollstreckungsrechts, die sich an der Rechtsidee ausrichten, werden durch das internationale Konkursrecht nicht aufgehoben. Das internationale Konkursrecht der Schweiz kennt keine Norm, welche das Verhältnis zwischen Spezial- und Generalexekution abweichend vom schweizerischen Vollstreckungsrecht regelt.

1.1.2. Zuteilung und Gläubigergleichheit

Im Konkurs werden alle Gläubiger grundsätzlich gleich behandelt, besonders begründete Konkursprivilegien vorbehalten. Diese Gleichbehandlung wird vor allem durch die der Generalexekution eigenen *Publizität* nach SchKG 232 II Ziff. 2 erreicht. Sie gilt im schweizerischen Hauptkonkurs nicht nur für die Gläubiger mit Wohnsitz in der Schweiz, sondern auch für Gläubiger mit Wohnsitz im Ausland. Für Gläubiger, welche ausserhalb Europas wohnen, kann das Konkursamt die Eingabefrist verlängern.

Publizität (IPRG 169 I) und Gleichbehandlung gelten aber auch für den IPRG-Konkurs, welcher als Folge eines ausländischen Hauptkonkurses in der Schweiz durchgeführt wird. Der Gesetzgeber modifiziert im IPRG lediglich

- 2 Vgl. die dazu bisher publizierten Entscheide des Zürcher Obergerichts in SJZ 87 (1991) Nr. 27, 191-193, und des Zürcher Kassationsgerichts in SJZ 89 (1993) Nr. 14, 140-143 = ZR 90 (1991) Nr. 45, 141-146 = BISchK 56 (1992) Nr. 26, 175-182 = SZIER 1993, 108-114, sowie die in gleicher Sache bisher nicht veröffentlichten Entscheide nachstehend ganze Ziff. IV.
- 3 Vgl. dazu BRUNNER/HOULMANN/REUTIER, 2. Kapitel.

die Möglichkeit der Beteiligung und den Kreis der im IPRG-Konkurs zugelassenen Gläubiger".

1.2. Qualität

1.2.1. Raschheit des Verfahrens

Die Raschheit des Konkursverfahrens wird im materiellen Vollstreckungsrecht in den meisten Kantonen durch die Geltung des summarischen Verfahrens gewährleistet. Die Raschheit des Verfahrens ist Voraussetzung für die Verwirklichung eines wirksamen Gläubigerschutzes und bestimmt damit dessen Qualität.

Dies gilt auch im internationalen Bereich. Der Entscheid über die Eröffnung eines internationalen Konkurses in der Schweiz ergeht daher ebenfalls im summarischen Verfahren. Auf diese Weise besteht die Gewähr, dass zum Schutz der Gläubiger umgehend ein möglichst grosser Umfang des Schuldner-Vermögens erschlossen und gesichert werden kann.

Konkursrichterliche Entscheide haben lediglich eine *Triage-Funktion*. Die Gläubiger sollen aus diesem Grund rasch darüber informiert sein, mit welchen materiell-rechtlichen Gründen und welcher Verfahrensart die Vollstreckung ihren Fortgang nimmt. Bei Abweisung des Konkurses sind die Möglichkeiten der Spezialexécution wieder gegeben. Bei Eröffnung des Konkurses nimmt das Verfahren beim Konkursamt seinen Fortgang. Dieses Verfahren beansprucht wegen der teilweise komplexen Rechtsfragen sowie der zusätzlichen Abklärungen in Widerspruchs- und Kollokationsklagen viel Zeit. Während dieser Zeit steht das schuldenrische Vermögen den Gläubigern nur virtuell zur Verfügung.

Die Ausgestaltung des konkursrichterlichen Verfahrens in einer Art, welche zu jahrelangen Prozessen und Rechtsmittelverfahren ausschliesslich zur Frage der Triage-Funktion führt, erfüllt das Kriterium der Raschheit nicht. Darauf ist zurückzukommen⁴.

1.2.2. Einfachheit des Verfahrens

Raschheit und Einfachheit sind Korrelate. Raschheit ist ohne Einfachheit nicht denkbar. Der Gläubigerschutz im internationalen Konkursrecht ist daher auf eine klare Normenlage und eine eindeutige Praxis angewiesen. Das gilt für Gläubiger wie für rechtsanwendende Behörden. Die Einfachheit des Verfahrens fordert eine Beschränkung der Legitimation auf die gesetzlich gegebenen Tatbestände.

Das Verfahren nach IPRG 166 wird durch Antrag einer ausländischen Konkursverwaltung oder eines Gläubigers eröffnet. Es ist materiell-rechtlich *vergleichbar* mit der *Konkursoröffnung ohne vorgängige Betreuung* nach SchKG 190-193. Formelle Grundlage ist demnach das einfache Einparteien-Verfahren. Allenfalls ist dem Schuldner das rechtliche Gehör zu gewähren.

Damit unvereinbar ist die Einräumung einer Legitimation einzelner Gläubiger mit dem Antrag auf *Abweisung* des Konkursantrags der ausländischen Konkursverwaltung zwecks Verhinderung des IPRG-Konkursverfahrens. Die Zwischenschaltung einer solchen zusätzlichen Verfahrens-

stufe ist ohne gesetzliche Grundlage, kompliziert das Verfahren und widerspricht damit der notwendigen Einfachheit im Hinblick auf die blosser Triage-Funktion von konkursrichterlichen Entscheiden. Eine solche zusätzliche Verfahrensstufe läuft überdies den vorstehend dargelegten Grundsätzen der Gleichbehandlung der Gläubiger entgegen, die auch im internationalen Konkursrecht der Schweiz gelten⁶.

Die Klärung von Gläubiger- und Drittansprüchen innerhalb des Vollstreckungsverfahrens⁷ erfolgt im übrigen ebenfalls in einem einfachen Verfahren, dem *beschleunigten Verfahren*.

2. Konkretisierende Kriterien des internationalen Gläubigerschutzes

2.1. Person des Gläubigers

2.1.1. Juristische Personen (Unternehmen)

Auch im Hinblick auf die konkretisierenden Kriterien des internationalen Gläubigerschutzes beschränkt sich die vorliegende Darstellung auf die wirtschaftsrechtlichen Tatbestände.

Im materiellen Konkursrecht erfolgt eine Privilegierung vor der Zuteilung der Klassen nach SchKG 219 IV jener Gläubiger, welche mit dem Schuldner Pfandverträge abgeschlossen haben. Es handelt sich um die pfandgesicherten Forderungen nach SchKG 219 I-II und um die Grundpfandforderungen nach SchKG 219 III. *Typischerweise werden solche Verträge von Unternehmen abgeschlossen*, die Risiken und Leistungen ihrer Vertragspartner, insbesondere im Hinblick auf die Vollstreckung, absichern wollen. Zu erinnern ist vor allem an das Kreditgeschäft der Banken. Die Privilegierung der Pfandgläubiger ist wegen der Einräumung von beschränkten dinglichen Rechten durch den Schuldner vor allem sachenrechtlich begründet und verweist daher auf eine Analogie zum Aussonderungsrecht des Eigentümers⁸ im Konkurs.

Auch diese Regeln werden vom internationalen Konkursrecht nicht aufgehoben, sondern ausdrücklich in IPRG 172 I lit. a übernommen⁹.

2.1.2. Natürliche Personen (Private - Arbeitnehmer und Konsumenten)

In der Generalexécution werden alle Gläubiger grundsätzlich gleich behandelt, besonders begründete Konkursprivilegien vorbehalten. Das materielle Vollstreckungsrecht sieht vor allem für Arbeitnehmer und Konsumenten eine sozialstaatlich begründete Besserstellung vor. Forderungen von *Arbeitnehmern* werden bei der Verteilung des

4 Nachfolgend FN 74-77. 5 Nachfolgend IV.-V.

6 Nachfolgend FN 61-68.

7 BRUNNER!HOULMANNIREUTIER, 2.-4. Kapitel.

8 SchKG 242; vgl. dazu BRUNNER!HOULMANNIREUTIER, Tafeln 6.3.1.-6.3.4.

9 Nachfolgend FN 74-77.

schuldnerischen Vermögens in gewissem Umfang vorweg abgegolten", Dasselbe gilt in einem gewissen Umfang auch für Forderungen von *Konsumenten*; dazu gehören Forderungen aus Sparverträgen mit Banken und aufgrund von Normen des Einlegerschutzes" sowie Ansprüche von Konsumenten aus Teilzahlungsverträgen¹².

Das internationale Konkursrecht verändert diese Ordnung nicht grundsätzlich; gemäss IPRG 172 I lit. b erfolgt lediglich eine Beschränkung auf die Erst- bis Viert-KlassGläubiger mit Wohnsitz in der Schweiz. Diese kollisionsrechtliche Wertung des Gesetzgebers" beachtet auch im internationalen Konkursrecht sensible Bereiche des Wirtschaftsrechts und ist daher ebenfalls sozialstaatlich begründet. Es wird damit zumindest teilweise" ein wirksamer Gläubigerschutz im internationalen Konkursrecht erreicht.

2.2. Inhalt der Obligation

2.2.1. Mögliche Forderungen der Gläubiger

Mit Bezug auf den Inhalt der Obligation, welche der Forderung eines Gläubigers zugrundeliegt, besteht im materiellen Konkursrecht eine grundsätzliche Offenheit für alle Arten möglicher Forderungen. Vorstehende Ausführungen haben indessen gezeigt, dass bereits das materielle Konkursrecht privilegierte Konkursklassen schafft, die besondere Arten von Obligationen betreffen.

Nachfolgend ist kurz darauf einzugehen, welche wirtschaftsrechtlich relevanten internationalen Tatbestände beim IPRG-Konkurs in der Schweiz typischerweise in Frage kommen können.

2.2.2. Wirtschaftsrechtliche Tatbestände im IPRG-Konkurs

Bei den in Frage kommenden wirtschaftsrechtlich relevanten internationalen Tatbeständen handelt es sich meist um *kollisionsrechtliche Rechtsverhältnisse*. Mit Ausnahme von reinen Inlandgeschäften, nach deren Abschluss der Schuldner seinen Sitz oder Wohnsitz ins Ausland verlegt und dementsprechend nachträglich dort zu belangen ist, liegen der Vollstreckung im IPRG-Konkurs in der Regel Rechtsgeschäfte zugrunde, bei welchen der Gläubiger seinen Wohnsitz in der Schweiz und der Schuldner seinen Wohnsitz im Ausland hat. Gemäss IPRG bedeutet Gläubigerschutz daher nicht nur die grundsätzliche Gleichbehandlung der Gläubiger, sondern eine Sicherung der Gläubigerrechte mit Bezug auf das in der Schweiz gelegene Vermögen eines Schuldners mit Sitz oder Wohnsitz im Ausland. Der Gläubigerschutz ist dabei doppelt ausgestaltet; einerseits durch die bereits erwähnte sachliche Privilegierung nach IPRG 172, andererseits durch den Vorbehalt der Anerkennung des ausländischen Kollokationsplans nach IPRG 173 f., womit gleichzeitig eine Ausweitung des Vollstreckungsschutzes auf die nicht privilegierten Fünft-Klass-Gläubiger mit Wohnsitz in der Schweiz verbunden ist. Dem schweizerischen internationalen Konkursrecht liegt somit folgende wirtschaftsrechtliche Ordnung zugrunde:

Im *Handelsrecht* erfolgt im schweizerischen IPRG-Konkurs unabhängig vom Sitz des Unternehmens (Gläubiger) ein sachenrechtlich begründeter Schutz für Forderungen gegenüber einem Unternehmen mit Sitz im Ausland (Schuldner), wofür dessen in der Schweiz gelegene und pfandvertraglich abgesicherte Vermögenswerte haften.

Für das *Arbeitsrecht* begründet das internationale Konkursrecht der Schweiz - nicht aber die Spezialexécution! - einen doppelten Gläubigerschutz. Arbeitnehmer mit Wohnsitz in der Schweiz sind gegenüber Arbeitgebern mit Sitz im Ausland hinsichtlich ihrer Vermögensrechte vorerst nach IPRG 172 im schweizerischen IPRG-Konkurs privilegiert und hernach auch über IPRG 174 bei der Anerkennung des ausländischen Kollokationsplans.

Im *Konsumentenrecht* ist der Gläubigerschutz unvollständig. Lediglich ein kleiner Teil" möglicher Konsumentenverträge" nach IPRG 120 fällt unter die Privilegierung nach IPRG 172. Umso entscheidender ist für Konsumenten mit Wohnsitz in der Schweiz gegenüber Anbietern mit Sitz im Ausland deshalb der Gläubigerschutz, den das internationale Konkursrecht der Schweiz - nicht aber die Spezialexécution! - gemäss IPRG 173 und 174 gewährleistet. Es betrifft dies sämtliche Verträge über Waren und Dienstleistungen ausländischer Anbieter mit Konsumenten in der Schweiz. Relevant sind vor allem Kaufverträge, Pauschalreisen, Versicherungen oder Anlageverträge". In der Europäischen Union sind solche transnational abgeschlossene Verträge heute als Folge der massenmedialen Werbung ein Milliardengeschäft", dem sich auch die schweizerische Insel nicht entziehen kann. Von vitaler Bedeutung ist aus schweizerischer Sicht deshalb der minimale Gläubigerschutz des internationalen Konkursrechts, der für solche und andere Fünft-Klass-Gläubiger mit Wohnsitz in der Schweiz in IPRG 173-174 vorgesehen ist. Die bisherige Gerichtspraxis trägt diesen Vorgaben des Gesetzgebers zu wenig Rechnung. Die Problematik verschärft sich und führt zur genannten Irritation, wenn zusätzlich die möglichen Strategien künftiger Schuldner in Betracht gezogen werden.

10 SchKG 219 IV, Erste Klasse lit. a; vgl. auch SchKG 219 IV, Zweite Klasse lit. b und lit. h.

11 SchKG 219 IV, Dritte Klasse lit. b sowie Vierte Klasse.

12 SchKG 219 IV, Dritte Klasse lit. d mit Hinweis auf OR 227b III; die Revision des SchKG sieht allerdings eine Aufhebung der Anleger-Privilegien vor. Vgl. dazu FN 101-102.

13 Vgl. dazu IPRG 114-115 und IPRG 120-121.

14 Nachfolgend FN 70.

15 Vgl. FN 11-12 sowie FN 101-102.

16 A. BRUNNER, Der Konsumentenvertrag im schweizerischen Recht, in AJP/PJA 1992, 591 ff., insb. 604.

17 Dazu das Beispiel nachfolgend IV.

18 Vgl. dazu bspw. den geänderten Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz (93/C 308/02) vom 7.10.1993 sowie das hierzu erstellte Gutachten zuhanden der EU-Kommission.

C. Strategien und Gegen-Strategien im Hinblick auf den internationalen Gläubigerschutz

1. Transnationale Strategien künftiger Schuldner

1.1. Versteck-Spiel im transnationalen Umfeld Im folgenden soll auf solche Strategien künftiger Schuldner kurz eingegangen werden. Auch wenn die überwiegende Zahl transnationaler Rechtsgeschäfte in Befolgung des nationalen und internationalen Rechts sowie des Grundsatzes von Treu und Glauben abgewickelt werden, sind Gesetzgeber und Gerichte naturgemäss stets von Neuem mit missbräuchlichem Verhalten von Anbietern konfrontiert. Paradigmatisch soll dies anhand unlauteren Verhaltens im transnationalen Anlagegeschäft aufgezeigt werden, dem im wesentlichen drei taktische Züge - nachfolgend Versteck-Spiel, Schneeball-System und OktopusEffekt genannt - zugrunde liegen.

Mit dem *ersten taktischen Zug* - dem *Versteck-Spiel* im transnationalen Bereich - haben sich die Gesetzgeber sowohl der Schweiz¹⁹ als auch der Europäischen Union²⁰ auseinandergesetzt. Dem normativen Bemühen des Gesetzgebers liegen beispielhaft zusammengefasst folgende Sachverhalte und Vertriebs-Strukturen zugrunde:

Natürliche Personen mit Wohnsitz in einem europäischen Staat gründen eine juristische Person, in der Regel eine Handelsgesellschaft, mit statutarischem Sitz in einem ausser-europäischen Staat (Panama, USA, Bahamas). Am *statutarischen Sitz* wird *keinerlei geschäftliche Tätigkeit* des Unternehmens ausgeführt. Das Unternehmen entgeht damit faktisch der Aufsicht im Sitz-Staat. Das transnational tätige Unternehmen schliesst in der Folge einen Treuhandvertrag mit einem Fiduziar, dessen Aufgabe darin besteht, *einenfaktischen Sitz* in einem europäischen Staat (Fürstentum Liechtenstein, Schweiz oder auch EU-Staat) zu begründen. Von diesem *faktischen Sitz* aus wird oft ebenfalls *keinerlei geschäftliche Tätigkeit* ausgeübt. Er dient lediglich als Operationsbasis für das weitere Vorgehen; dieses besteht darin, dass der Fiduziar in weiteren europäischen Staaten (England, Frankreich, Deutschland) Post-Deckadressen oder Telefon-Zentralen errichtet, über welche nun die Angebote von Waren und Dienstleistungen an die inländische oder - oft zusätzlich vorgesehen - ausländische Öffentlichkeit gelangen. Den Abnehmern von Waren oder Dienstleistungen wird der Abschluss von Verträgen schriftlich oder mündlich unter Hinweis auf die Deckadressen bestätigt. Die Erfüllung bzw. Abwicklung der Verträge erfolgt schliesslich nicht im Staat mit der Deck-Adresse. Vielmehr erbringen Erfüllungsgehilfen in weiteren Drittstaaten die Leistungen aus dem Vertrag. Erfüllungsstörungen können faktisch nicht verfolgt werden. Bei solchen Sachverhalten stellt sich insbesondere die kollisionsrechtliche Rechtsfrage, wie der Rechtsbegriff "*Schuldner mit Wohnsitz im Ausland*" zu qualifizieren ist.

Zudem ist die Vollstreckung gegen solche Schuldner faktisch in Frage gestellt.

Transnationale Anbieter, die das geschilderte Vorgehen wählen, suchen den 'blinden Fleck' im Nebeneinander der nationalen Rechtsordnungen. Es ist vergleichbar mit dem Einrichten von Jagdgründen mit 'unsichtbarem' Hochsitz, dem ungleichen Kampf mit dem Inhaber der Tarnkappe oder - historisch - mit der faktischen Freiheit des Freibeuters zu Beutezügen auf den Meeren ausserhalb der schützenden Hand souveräner Staaten. Auf die Rechtsfrage, welche Rolle dabei die Auslegung von IPRG 21 spielt, ist nachfolgend näher einzugehen. Insbesondere ist die Frage zu stellen, ob die schweizerische Rechtsordnung nach der nunmehrigen Geltung der Inkorporationstheorie²¹ keinen Rechtsbehelf= mehr gegen solche Vertriebs-Strukturen kennt.

1.2. Schneeball-System ohne nationale Aufsicht

Mit dem *zweiten taktischen Zug* derart organisierter transnational tätiger Anbieter erfolgen anschliessend die Beutezüge als solche. Eine entscheidende Rolle spielt dabei das Vorspiegeln von Wirtschaftsmacht mittels Finanzierung der Gläubiger durch die Gläubiger. Erreicht wird dies durch das unlautere Verhalten solcher Anbieter im Rahmen des *Schneeball-Systems*. Das Schneeball-System bedeutet im Wettbewerbsrecht²³ ein Vertriebs-System, bei dem vertraglich begründete Ansprüche bisheriger Abnehmer nicht durch reale Geschäftstätigkeit des Anbieters abgegolten und vergütet werden, sondern durch einen Teil der Leistungen zusätzlich geworbener Abnehmer. Das System bricht stets dann zusammen und führt bei allen Abnehmern zu Verlusten, wenn der Umfang der Leistungen neuer Abnehmer den Umfang der fälligen Ansprüche bisheriger Abnehmer nicht mehr zu decken vermag.

Eine nationale Aufsicht besteht faktisch und teilweise auch normativ nicht. Es liegt nach dem dargelegten ersten taktischen Zug kein Verhalten eines Anbieters in dem Staat vor, in welchem die Abnehmer ihren Wohnsitz haben. Der Erfolg bzw. der Schaden bei den Abnehmern tritt zwar hier ein, die staatliche Aufsicht findet indessen im Inland keine Personen des Anbieters vor. Vielmehr befinden sich diese bzw. die kaum entwirrbaren Deckadressen im Ausland

19 Vgl. die Materialien, welche zur Ergänzung des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb in UWG 10 lit. c geführt haben; NZZ 29.8.1991, 22.

20 Vgl. dazu das Gutachten von N. REICH, Rechtsprobleme grenzüberschreitender irreführender Werbung im Binnenmarkt, in RabelsZ 1992, 444.

21 BGE 11711494.

22 Beim erwähnten Rechtsbehelf nach UWG 10 lit. c ist zu berücksichtigen, dass die bisherigen Verfahren nicht gerade ermutigend sind.

23 UWG 3 lit. b und h i.V.m. UWG 23; die Untersuchungsbehörden gehen in der Regel umständlich nur nach StGB 148 vor, bei welchem das Tatbestandsmerkmal der Arglist zusätzliche Rechtsfragen stellt.

und entgehen so dem Zugriff der staatlichen Aufsicht. Einmal eingetretene *transnationale Vermögensverschiebungen und -abflüsse* lassen sich daher kaum mehr oder nur in langjährigen internationalen Erkenntnis-Verfahren rückgängig machen.

Zudem ist das Stadium des Vollstreckungs-Verfahrens damit noch nicht erreicht. Auch dann, wenn nach der allfälligen Entwirrung durch ein Gerichtsurteil die Person des Schuldners und schliesslich sein Vermögen feststehen sollte (Vollstreckung), kann dessen Strategie zusätzliche Probleme stellen.

1.3. Oktopus-Effekt in der Vollstreckung

Mit dem *dritten taktischen Zug* nach Beendigung von Beutezügen erfolgt die Mutation zum Vielfüssler durch Einsatz von Stroh Männern (*Oktopus-Effekt*). In den Widerspruchsverfahren der General- und Spezialexécution" erfolgen zulasten der Gläubiger über die Tentakel der Fuziäre formalrechtlich begründete Vermögensabflüsse aus dem Haftungssubstrat des schuldnerischen Vermögens auf verschlungenen Wegen zurück zur Person des Schuldners. Der Gläubigerschutz im internationalen Konkursrecht erfolgt in solchen Fällen in den Kollokations- und Widerspruchsverfahren selbst". Das allerdings sind nur Rechtsbehelfe *nach* Eintritt von Vermögensabflüssen zulasten der Gläubiger. Es stellt sich daher die Frage, wie der Gläubigerschutz *vor* Eintritt von Verlusten und damit präventiv erreicht werden kann.

2. Kollisionsrechtliche Gegen-Strategien des Gesetzgebers

2.1. Gläubigerschutz im internationalen Privatrecht

Der Gläubigerschutz im internationalen Privatrecht wird vor allem durch das *Wirtschaftskollisionsrecht*²⁶ gewährleistet. Dazu gehören Regeln und Garantien zur Durchsetzung des nationalen Aufsichts- und Wettbewerbsrechts in transnationalen Rechtsverhältnissen. Zum nationalen Aufsichtsrecht wiederum zählen insbesondere öffentlich-rechtliche Bestimmungen der Marktaufsicht und der Warenqualität, der Banken-, Börsen- und Versicherungsaufsicht sowie das Lauterkeitsrecht.

Bei transnationalen Verhältnissen wird allgemein vorausgesetzt, dass die Anbieter von Waren und Dienstleistungen an ihrem Unternehmens-Sitz der *nationalen Aufsicht* unterstehen. Der internationale Gläubigerschutz setzt daher voraus, dass jeweils ein tatsächlich durchsetzbares nationales Aufsichtsrecht zum präventiven Schutz der Gläubiger besteht. Dies geht im Europarecht soweit, dass die Einhaltung nationaler Schutznormen durch die Anbieter aufgrund des sog. *Cassis de Dijon-Prinzips*²⁷ *binnenmarktrechtlich* genügt.

Bereits an dieser Stelle ist nun - da systematisch entscheidend - auf den Zusammenhang zwischen dem internationalen *Gesellschaftsrecht* einerseits und dem Wirt-

schaftskollisionsrecht andererseits hinzuweisen. Im internationalen Gesellschaftsrecht der Schweiz hat sich - wie bereits erwähnt - die Inkorporationstheorie durchgesetzt. Die Fiktionstheorie ist aufgegeben worden²⁸. Dies bedeutet, dass Gesellschaften nach IPRG 21 dort ihren Sitz haben, wo sie inkorporiert bzw. gegründet worden sind und ihren Sitz bezeichnet haben. Es ist offensichtlich, dass sich die Inkorporationstheorie in Gesetzgebung, Rechtsprechung und Lehre nur deshalb durchsetzen konnte, weil das Vertrauen der internationalen Rechtsgemeinschaft in die Funktionstüchtigkeit des jeweiligen nationalen Wirtschafts- und Aufsichtsrechts in einer zunehmend zivilisierten Welt weitgehend gerechtfertigt ist. Es sind ausschliesslich diese Gründe, welche die Inkorporationstheorie legitimieren.

Die Legitimation der Inkorporationstheorie ist jedoch in Frage gestellt, sobald die genannten Gründe bei der Beurteilung eines transnationalen Sachverhaltes nicht mehr zutreffen. Insbesondere ist die *kollisionsrechtliche Rechtsfrage* aufzuwerfen, wie jene transnationalen Sachverhalte nunmehr zu qualifizieren sind, die vormalig zur Begründung der heute aufgegebenen Fiktionstheorie im internationalen Gesellschaftsrecht geführt haben. Ohne adäquate Qualifikation wird bewusst ein *rechtsfreier Raum* in transnationalen Rechtsverhältnissen hingenommen, worauf bereits eingehend hingewiesen worden ist. Das kann der demokratischen Legitimation, Akzeptanz und Funktion des Rechts nicht förderlich sein.

2.2. Gläubigerschutz im internationalen Konkursrecht

Während das Aufsichts- und Wirtschaftskollisionsrecht grundsätzlich einen präventiven Schutz bezweckt, kommt der *Gläubigerschutz im internationalen Konkursrecht* dann zur Anwendung, wenn ein Vermögensschaden bereits eingetreten ist.

Dieser retrospektive Gläubigerschutz beschränkt sich dabei nicht bloss auf die Grundsätze der Legitimation und Partizipation im IPRG-Konkurs²⁹. Vielmehr steht den Gläubigern sowohl die positive als auch die negative Kollokationsklage im IPRG-Konkurs³⁰ zu. Mit der *positiven Kollokationsklage* sichern sich die Erst- bis Viertklass-Gläubiger mit Wohnsitz in der Schweiz sowie die pfandgesicherten Gläubiger die Teilnahme am IPRG-Konkurs. Mit der - für den Gläubigerschutz entscheidenden - *negativen Kollokationsklage* wehren die berechtigten

24 Vgl. BRUNNERIHOULMANNIREUTIER, 1. Kapitel, insb. Ziff. 1.2.

25 Nachfolgend Ziff. 2.2.

26 Zum Begriff: A. K. SCHNYDER, Wirtschaftskollisionsrecht, Zürich 1990.

27 TH. ÜPPERMANN, Europarecht, München 1991, Rz. 1164 f.; A. BRUNNER, Konsumentenrecht (Eurolex-Swisslex) ein Überblick, in WEBERITHÜRERIZÄCH, Aktuelle Probleme des EG-Rechts nach dem EWR-Nein, Zürich 1993, 103. i

28 FN 21.

29 Nachfolgend V.L und V.2.

Gläubiger nach IPRG 172 II unbegründete Forderungen Dritter ab, die nicht selten dem Umfeld des Gemeinschuldners zuzurechnen sind. Ein solch umfassender Gläubigerschutz ist zufolge der Partizipation nur im internationalen Konkursrecht gegeben, nicht aber in der Spezialexécution gemäss nationalem Vollstreckungsrecht. Die Gläubiger des IPRG-Konkurses, d.h. Unternehmen sowie Schweizer Arbeitnehmer und Konsumenten, sichern sich damit den Erhalt des verbleibenden Schuldner-Vermögens im maximalen Umfang.

D. Ein Lehrbuchfall des internationalen Gläubigerschutzes

1. Transnationaler Sachverhalt

Der nachfolgende Sachverhalt soll nunmehr aufzeigen, wie die Gerichtspraxis die vorgenannten Rechtsfragen bisher entschieden hat. Die entsprechende Beurteilung erfolgte überaus kontrovers. Zum Sachverhalt:

(a) Am 29. August 1986 gründete der deutsche Staatsangehörige Y in Nevada die X-Corporation nach amerikanischem Recht. Als Sitz der Gesellschaft wurde eine Adresse in Los Angeles (Kalifornien) angegeben. Als "President", "Secretary", "Treasurer" und "Director" dieser Gesellschaft amtierte in Personalunion ausschliesslich der deutsche Staatsangehörige. Die in den USA organisierte logistische Tätigkeit war minim. Die X-Corporation entfaltete denn auch keine Geschäftstätigkeit in den USA, wechselte mehrmals den Sitz, wobei die Anschriften sich als reine Briefkastenadressen herausstellten.

Im Oktober 1986 veranlasste Y in Düsseldorf die Gründung der X-GmbH nach deutschem Recht. Zweck dieser Firma war der Vertrieb von amerikanischen Wertpapieren, die ausschliesslich zum Handel an amerikanischen Börsen vorgesehen waren. Die amerikanische X-Corporation beteiligte sich zu 90% am Stammkapital der X-GmbH. Bei Abschluss des Gesellschaftsvertrages trat Y als Präsident der amerikanischen Gesellschaft auf. Kurze Zeit später trat Y bereits als massgeblicher Mitarbeiter der deutschen Firma auf, übernahm ab 1987 die faktische Geschäftsführung und wurde 1989 auch formell als Geschäftsführer bestellt.

(b) Die deutsche X-GmbH arbeitete nun unter Anleitung des deutschen Staatsangehörigen Y wie folgt: Potentiellen Anlegern wurde ein Werbeprospekt zugesandt, in dem der Erwerb von amerikanischen Wertpapieren angeboten wurde. Dabei wurden hohe Gewinnchancen in Aussicht gestellt. Zusammen mit rund 15 Telefonverkäufern warb Y bei den Anlegern und konnte über 400 Geldgeber, darunter auch solche mit Wohnsitz in der Schweiz, dazu bewegen, Konten bei der X-GmbH anzulegen. Allein im September 1989 wurde ein Gesamtbetrag in der Höhe von DM 26 Mio. angelegt. Die Geschäfte waren nach deutschem Recht bewilligungspflichtig. Die deutschen Aufsichtsbehörden hatten jedoch eine Bewilligung nie erteilt.

Das Vermögen der europäischen Anleger wurde nicht vertragsmässig angelegt. Teilweise wurden nach dem Schneeballsystem mit Geldleistungen neuer Anleger die Gewinne früherer Anleger beglichen. Teilweise wurden die Guthaben der deutschen X-GmbH ohne Rechtsgrundlage auf Schweizer Konten der amerikanischen X-Corporation transferiert; die amerikanische X-Corporation wies schliesslich eine Schweizer Bank an, die Konten der deutschen X-GmbH aufzulösen und die Guthaben dem Konto der amerikanischen X-Corporation gutzuschreiben.

Gleichzeitig wurden Sondervereinbarungen zwischen der amerikanischen X-Corporation und einzelnen Kunden abgeschlossen, bei denen eine Rückzahlung eines Einschusses sowie die Vergütung eines Mindestgewinnes auf den 1. März 1990 garantiert wurden. Die Garantiesumme solcher Vereinbarungen überstieg den Wert von DM 20 Millionen.

(c) Anfang April 1990 wurde vom zuständigen deutschen Amtsgericht das Konkursverfahren über beide Firmen, mithin auch über die amerikanische X-Corporation eröffnet. Das deutsche Konkursgericht konnte dabei die Untersuchungsergebnisse der deutschen Strafbehörden berücksichtigen und insbesondere den *amerikanischen Sitz der X-Corporation als missbräuchlich* bezeichnen. Amerikanische Aufsichts- oder Konkursbehörden sind in der Sache nicht" bzw. erfolglos und viel später" tätig geworden.

2. Internationale Verfahrensfragen

Am 25. Juni 1990 stellte die *ausländische Konkursverwaltung* beim Konkursrichter in Zürich das Gesuch, das Konkursdekret des deutschen Amtsgerichtes sei anzuerkennen und *das in der Schweiz gelegene Vermögen* der beiden Gesellschaften, insbesondere auch jenes der *amerikanischen X-Corporation*, sei dem deutschen Konkursverwalter zur Verfügung zu stellen. Mit Verfügung vom 9. Juli 1990 eröffnete der Zürcher Konkursrichter in Anwendung von IPRG 166 ff. über das in der Schweiz gelegene Vermögen der amerikanischen X-Corporation den Konkurs, insbesondere mit der Begründung, die Voraus-

30 BRUNNER!HOULMANNIREUTIER, Tafeln 5.4.1., 5.4.3.

31 Vgl. dazu zutreffend das Zürcher Obergericht und in diesem Punkt nicht ganz vollständig das Zürcher Kassationsgericht, vorstehend zit. in FN 2.

32 Gemäss Originalakten tauchte der deutsche Staatsangehörige Y unter und entging damit dem internationalen Haftbefehl. Dessen amerikanische X-Corporation hatte ihre letzte Postanschrift an der Adresse eines in einem Vorort von Los Angeles gelegenen Miethauses einer Drittperson Z. Das Miethaus stand ab 1. März 1990 leer. Die nachträglichen Handlungen der amerikanischen Behörden liefen daher ins Leere. Eine quantitative Maximierung des Schuldnervermögens durch eine internationale Generalexécution wäre in diesem späten Zeitpunkt ohnehin illusorisch gewesen. Nach Angaben der Securities Exchange Commission (SEC) ist von dieser Adresse nie eine geschäftliche Tätigkeit ausgegangen.

setzungen von IPRG 166 I seien erfüllt und auf den statutarischen amerikanischen Sitz der X-Corporation sei wegen Gesetzesumgehung nicht abzustellen.

Am 11. Juli 1990 stellte ein Gläubiger der amerikanischen X-Corporation, der mit Arrestbefehl vom 23. Februar 1990 für eine Forderung von rund sechs Millionen Franken einen Arrest auf das in der Schweiz gelegene Vermögen der amerikanischen X-Corporation erwirkt hatte, das Begehren um Abweisung des Konkursdekrets. Der *Arrestgläubiger* stellte zudem das Gesuch um Akteneinsicht und Zulassung als Nebenintervenient im konkursrichterlichen Verfahren. Zur Begründung führte der Arrestgläubiger an, sein Interesse sei wegen des Dahinfallens aller Arreste nach SchKG 199 I und 206 gegeben, weshalb er als Nebenintervenient gestützt auf IPRG 167 I i.V.m. IPRG 29 II zum konkursrichterlichen Verfahren zuzulassen sei. In der Sache selbst könne das deutsche Konkursdekret in der Schweiz nicht anerkannt werden, da es nicht am statutarischen Sitz der Schuldnerin erfolgt sei; überdies sei die *X-Corporation in den USA nicht konkursit*.

Mit Verfügung vom 12. Juli 1990 trat der Konkursrichter auf das Begehren nicht ein, da der Arrestgläubiger im Verfahren betreffend IPRG-Konkurs nicht Partei sein könne.

Gegen diesen Entscheid sowie die Anerkennung des ausländischen Konkursdekrets richtete sich das Rekursbegehren des Arrestgläubigers, das ein Rechtsmittelverfahren von über drei Jahren zur Folge³³ hatte. Im folgenden ist daher kurz auf dieses in Teilen³⁴ bereits publizierte Rechtsmittelverfahren sowie die entsprechenden rechtlichen Erwägungen einzugehen.

3. Kollisionsrechtliche Beurteilung

Damit ein ausländisches Konkursdekret in der Schweiz vollstreckbar ist, müssen nach IPRG folgende Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein:

ein Konkursdekret muss am Sitz der Gesellschaft ergangen sein,

das Dekret muss im Staat, in dem es ergangen ist, vollstreckbar sein,

das Dekret darf dem schweizerischen "ordre public" nicht zuwiderlaufen und

der Dekretstaat muss Gegenrecht halten.

Im Hinblick auf den *Gläubigerschutz im internationalen Konkursrecht* ist einerseits die Frage entscheidend, wer als *Partei* (nachfolgend Ziff. 3.1.) im IPRG-Konkurs legitimiert sein kann und damit zu Rechtsmitteln gegen die Anerkennung eines ausländischen Konkursdekrets befugt ist, sowie andererseits, nach welchen Kriterien die Sitzfrage (nachfolgend Ziff. 3.2.) zu qualifizieren ist.

3.1. Legitimation im IPRG-Konkurs

3.1.1. Zürcher Konkursrichter, 12.7.1990

"Das Verfahren betreffend Anerkennung eines ausländischen Konkursdekretes kann sowohl ein nicht-streitiges

Ein- als auch ein Streitiges Zweiparteienverfahren sein. Letzteres ist stets dann der Fall, wenn ein Gläubiger das Gesuch um Anerkennung des ausländischen Konkursdekretes stellt.

Stellt demgegenüber die ausländische Konkursverwaltung das Gesuch, so existiert kein Gesuchsgegner, und es ist ein Einparteiverfahren durchzuführen (STAEHELIN, a.a.O., 32).

Das vorliegende Verfahren wurde durch die *ausländische Konkursverwaltung* eingeleitet und als Einparteiverfahren angelegt und durchgeführt. Ein Streitiges Zweiparteienverfahren, welches objektiv erst den Eintritt eines Nebenintervenienten zulassen würde, ist somit hier nicht gegeben."

Aus diesen Gründen wurde der Arrestgläubiger nicht als Nebenintervenient bzw. Partei zugelassen und auf dessen Gesuch nicht eingetreten.

3.1.2. Zürcher Obergericht, 9.10.1990

Das Zürcher Obergericht bestätigte den Entscheid mit folgender Begründung³⁵:

"Im vorliegenden Fall stellt sich nun allerdings die Frage, ob im Einparteienverfahren überhaupt eine Nebenintervention angängig sei. Vorinstanz und Rekursgegnerin halten dafür, dass die Nebenintervention begrifflich ein Zweiparteienverfahren voraussetze. Dieser Auffassung ist grundsätzlich beizupflichten, was indes allein zur Folge hat, dass der Rekurrent nicht als Nebenintervenient zugelassen werden kann; dies heisst jedoch nicht, dass er grundsätzlich nicht aus eigenem Recht am Verfahren teilnehmen könnte.

Ob ein am Verfahren nicht beteiligter Dritter ausnahmsweise zur Ergreifung eines Rechtsmittels befugt sei, beurteilt sich im allgemeinen danach, ob dieser durch den Entscheid unmittelbar betroffen wird. Eine solche unmittelbare Betroffenheit hat das Bundesgericht in einem

33 Hinweis: Während dieser Zeit blieben die Widerspruchsverfahren des genannten sowie weiterer Arrestgläubiger gegen die kontoführende Bank im Arrest der amerikanischen X-Corporation sistiert, welche beim Zürcher Einzelrichter im beschleunigten Verfahren im April 1990 anhängig gemacht worden waren. Nachdem der zweite Entscheid des Zürcher Kassationsgerichts rechtskräftig geworden war, wurde das Arrestvermögen den Arrestgläubigern - nicht der ausländischen Konkursverwaltung zuhanden aller geschädigten Anleger - herausgegeben. Die Herausgabe an die Arrestgläubiger erfolgte, nachdem überdies das Urteil des Zürcher Handelsgerichts vom 25. Juni 1993 in einem separaten Direktprozess im Jahre 1994 rechtskräftig geworden war; mit diesem Entscheid gelang es der beklagten kontoführenden Bank, die Klage des Strohmannes B, über rund zwei Millionen Mark abzuwehren, der dem Umfeld des deutschen Staatsangehörigen Y zuzurechnen war.

34 Vorstehend FN 2; im vorliegenden Aufsatz nunmehr die vollständige Reihe der Entscheide.

35 Vgl. SJZ 87 (1991) Nr. 27, 191-193.

staatsrechtlichen Beschwerdeentscheid der Gläubigerin abgesprochen, die Berufung gegen die aufgrund der Insolvenzerklärung des Schuldners erfolgte Konkursöffnung erheben wollte. In gleichem Sinne ist die Regel von § 44 Abs. 1 ZPO zu verstehen, wonach der Nebenintervenient ein rechtliches Interesse am Obsiegen einer Partei haben müsse, um zugelassen zu werden: Wo der eine oder andere Ausgang des Verfahrens für den Dritten lediglich wirtschaftliche Folgen zeitigt, fehlt ein solches rechtliches Interesse; jeder, der am Rechtsverkehr teilnimmt, trägt das Risiko, dass durch von ihm nicht beeinflussbare (weitere) Lebensumstände sein Schuldner in eine Lage gerät, welche die Erfüllung der ihm gegenüber obliegenden Verpflichtungen faktisch oder wirtschaftlich verunmöglicht.

Anders verhält es sich jedoch insofern, als der Rekurrent als Arrestgläubiger bereits ein Vorzugsrecht erlangt hat, welches mit der Konkursöffnung über die hiesigen Aktiven dahinfällt. Er verliert damit zwar auch ein *wirtschaftlich* interessantes Vorzugsrecht, aber zugleich dieses *Recht* an sich; insoweit ist er in eigenen rechtlichen Interessen betroffen und mithin zur Intervention grundsätzlich zuzulassen.

Hinsichtlich der Anerkennung ausländischer Konkurskenntnisse geht die einhellige Doktrin zum internationalen Konkursrecht gemäss IPRG davon aus, dem (in der Schweiz eine Sonderbetreibung verfolgenden) Gläubiger müsse das rechtliche Gehör nach Art. 29 Abs. 2 IPRG gewährt werden, da er als sich der Anerkennung widersetzen- de Partei im Sinne dieser Bestimmung zu gelten habe.

Wer im einzelnen als interessierte Partei zu gelten habe, bestimmt sich in analoger Anwendung von Art. 6 VwVG. Dieser Auffassung ist grundsätzlich beizupflichten, indes doch mit der Präzisierung, dass dem Gläubiger allein aus dem Umstand, dass ein internationaler Konkurs ansteht, keine verfahrensrechtliche Besserstellung gegenüber einem Inlandkonkurs zukommen soll; dies bedeutet im wesentlichen aufgrund der systematischen Stellung von Art. 29 Abs. 2 IPRG, dass *allein verfahrensrechtliche Einwendungen* vorgebracht werden können.

Ist Nebenintervention begrifflich ausgeschlossen, dennoch aber der Rekurrent mit seinen Einwendungen gegen das Vollstreckungskenntnis zuzulassen, so ist er als *Einsprecher im Sinne von § 305 ZPO* zu behandeln.

Sodann ist darauf hinzuweisen, dass - jedenfalls von der praktischen Stossrichtung her - ein *konkursrechtliches* Verfahren vorliegt; dies mit allen entsprechenden Konsequenzen. Zu erinnern ist dabei zunächst namentlich an den Grundsatz der *Universalität* des Konkurses, der geradezu im öffentlichen Interesse liegt, und welcher deshalb - im Rahmen der durch das IPRG gegebenen Möglichkeiten - über die Landesgrenze hinaus verwirklicht werden soll. Zwangsläufig bewirkt sodann jedes Konkursverfahren *Erschwerungen für die Anspruchsdurchsetzung* der Gläubiger, die sich aus der veränderten Rechtsstellung des Gemeinschuldners ergeben, dem die Verfügungsfähigkeit über das Massvermögen entzogen ist, und aus dem Betreibungsverbot (bzw. dem Verbot von Spezialexeku-

tionen) sowie dem Grundsatz der Gleichbehandlung sämtlicher Gläubiger des Gemeinschuldners.

Allgemein ist zum heutigen schweizerischen *internationalen Konkursrecht* vorweg festzuhalten, dass die Bestimmungen der Art. 166 ff. IPRG ein (teilweises) Abrücken vom Grundsatz der Territorialität des Konkurses bedeuten.

Heute kann mithin nach dem Gedanken der Regelung des IPRG die Grundtendenz der Entscheidung nicht mehr ohne weiteres dahin gehen, dem ausländischen Konkurs Rechtswirkungen in der Schweiz abzusprechen.

Dies bedeutet insbesondere, dass dem mit der Neuregelung des IPRG verfolgten Ziel, hiesiges Vermögen des Gemeinschuldners der Spezialexekution seitens schweizerischer Gläubiger oder gar des Gemeinschuldners zu entziehen und der ausländischen Verwaltung zur Verfügung zu stellen, um die *Gleichbehandlung der Gläubiger* zu gewährleisten, Nachachtung zu verschaffen ist."

Dementsprechend erfolgte eine Anerkennung des ausländischen Konkursentscheids.

3.1.3. Schweizerisches Bundesgericht, 19.3.1991

Auf die Berufung des Arrestgläubigers tritt das Bundesgericht nicht ein, da es sich nicht um eine zivilrechtliche Streitigkeit, sondern um eine vollstreckungsrechtliche Frage handelt. Das Bundesgericht führt insbesondere an:

"Unter einer Zivilrechtsstreitigkeit versteht die Rechtsprechung ein kontradiktorisches Verfahren zwischen zwei oder mehreren natürlichen oder juristischen Personen in ihrer Eigenschaft als Trägerinnen privater Rechte oder zwischen solchen Personen und einer nach Bundesrecht die Stellung einer Partei besitzenden Behörde, das sich vor dem Richter oder einer anderen Spruchbehörde abspielt und auf die endgültige, dauernde Regelung zivilrechtlicher Verhältnisse durch behördlichen Entscheid abzielt (BGE 116 II 377, 115 II 239, 113 II 14, mit Hinweisen). Miteinem solchen Verfahren hat man es hier nicht zu tun. Ob ein ausländisches Konkursdekret in der Schweiz zu anerkennen sei, ist nicht eine zivilrechtliche, sondern eine vollstreckungsrechtliche Frage."

3.1.4. Zürcher Kassationsgericht, 2.9.1991 Demgegenüber dringt der Arrestgläubiger mit der gleichzeitig erhobenen Nichtigkeitsbeschwerde³⁶ durch.

a) Die *Mehrheit des Kassationsgerichtes* spricht sich für eine Legitimation des Arrestgläubigers zum Rekurs aufgrund von IPRG 29 II aus. Diese Norm des Allgemeinen Teils des IPRG bestimmt: "Im Anerkennungs- und Vollstreckungsverfahren ist die Partei, die sich dem Begehren widersetzt, anzuhören; sie kann ihre Beweismittel geltend machen." Nach Meinung des Mehrheitsentscheids ist auch der *Arrestgläubiger Partei* im Sinne von IPRG 167 und

36 Vgl. dazu SJZ 89 (1993) Nr. 14, 140-143 = ZR 90 (1991) Nr. 45, 141-146 = BISchK 56 (1992) Nr. 26, 175-182 = SZIER 1993, 108-114.

29 II. Der Mehrheitsentscheid führt dazu insbesondere folgende Begründung an:

"Mit der Vorinstanz ist davon auszugehen, dass die Nebenintervention begrifflich eher auszuschliessen ist. Ob allerdings die Legitimation des Beschwerdeführers zum Rekurs sich wirklich in erster Linie aus § 305 ZPO ableitet, kann hier offen bleiben; sie ergibt sich jedenfalls auch direkt aus Bundesrecht, nämlich aus Art. 29 Abs. 2 IPRG, und für das kantonale Recht kann auf § 273 (und § 283 für das Beschwerdeverfahren) ZPO verwiesen werden.

Zur Frage der Legitimation können noch folgende zusätzliche Überlegungen beigefügt werden:

Die Interessenlage der Beteiligten in einem innerstaatlichen Konkurs und bei der Frage der Anerkennung eines ausländischen Konkurses in der Schweiz ist nicht dieselbe. Die Praxis zur Stellung der Gläubiger im innerstaatlichen Konkursverfahren kann deshalb nicht ohne weiteres auf die Stellung der Beteiligten im Anerkennungsverfahren übertragen werden.

Das Verfahren zur Anerkennung ausländischer Konkursdekrete nach Art. 166 ff. IPRG ist zwar im grösseren Rahmen des Konkursrechtes und nicht der Vollstreckung ausländischer Zivilentscheide zu sehen. Der ausdrückliche Verweis in Art. 167 IPRG auf Art. 29 IPRG ist aber klar und damit verbindlich. Dass Art. 29 Abs. 2 IPRG von "Partei" spricht, ist dabei nicht erheblich, denn der ausgesprochene Grundsatz muss bei *sachgemässer Auslegung*³⁷ für alle durch den beantragten Entscheid in ihren Rechten direkt Betroffenen gelten. Auch ist ein *Arrestgläubiger*, der einen Arrest tatsächlich erwirkt hat, durch den beantragten Entscheid auf Anerkennung des ausländischen Konkurses nicht nur wirtschaftlich, sondern direkt auch in seiner *Rechtsstellung*³⁸ betroffen.

Mit der Vorinstanz kann auch hier die Frage, ob und wie im Verfahren allenfalls schon vor erster Instanz die betroffenen Gläubiger mit einzubeziehen gewesen wären, offen gelassen werden."

Im Ergebnis führt dies zu einer Rückweisung des Verfahrens an das Zürcher Obergericht.

b) Demgegenüber gibt eine *Minderheit des Kassationsgerichtes* eine abweichende Meinung zu Protokoll mit der folgenden Begründung:

"Für das vorinstanzliche Verfahren war die Legitimation der Beschwerdeführer als Dritte in erster Linie nach den Grundsätzen des SchKG und seiner Ergänzung durch das 11. Kapitel des IPRG zu beurteilen; in BGE 111 III 66 ff. wird dazu gesagt, dass die Annahme, die Gläubiger seien zur Anfechtung der aufgrund einer Insolvenzerklärung erfolgten Konkursöffnung nicht legitimiert, nicht an Willkür leide.

Auch Gläubiger im ordentlichen Konkursverfahren, die nicht selber das Konkursbegehren gestellt hätten, könnten gegen die ohne ihre Beteiligung erwirkte Konkursöffnung kein Rechtsmittel erheben, obwohl sich der Konkurs mittelbar auch auf ihre Rechte auswirke.

Umso weniger besteht Anlass, sie zum Rekurs gegen eine Konkursöffnung nach Art. 166 ff. IPRG zuzulassen.

Daran ändert auch der Verweis auf Art. 29 IPRG in Art. 167 Abs. 1 IPRG, den die Mehrheit in Erw. 3 zitiert, nichts. Art. 167 Abs. 1 Satz 2 IPRG lautet nämlich: "Artikel 29 ist sinngemäss anwendbar." Das setzt zwar voraus, dass auch bei der Konkursöffnung, um deren Anerkennung es geht, der Nachweis erbracht werde, dass bei einem 'Abwesenheitsurteil' (z.B. wegen Schuldnerflucht) die konkursite Partei Gelegenheit gehabt hätte, sich zu verteidigen (Art. 29 Abs. 1 lit. c), bedeutet aber nicht, dass Personen, die nach schweizerischem Recht am Verfahren betreffend Konkursöffnung nicht beteiligt sind, in einem Verfahren nach Art. 166 Abs. 1 IPRG *zusätzliche Parteirechte*³⁹ erhalten sollen. Die von der Mehrheit daselbst zitierten Lehrmeinungen gehen auf diesen Verweis des Art. 167 IPRG auf Art. 29 zurück. Dessen Absatz 2 sagt jedoch nichts über die 'Passivlegitimation' aus. *Sinngemässe Auslegung*" führt auch nicht dazu, die Gläubiger einzeln als passivlegitimiert zu betrachten und sie damit gegenüber dem Inlandkonkursverfahren besser zu stellen. Das ist offenbar grundsätzlich auch die Ansicht der Vorinstanz, die dann freilich wegen einer Stelle in der Botschaft zum IPRG dem Drittbetroffenen 'verfahrensrechtliche Einwendungen' offenhalten will. Indessen bezieht sich schon die erste von der Vorinstanz zitierte Stelle aus dieser Botschaft (BBL 1983 I 330, Ziff. 217.4) auf das Anerkennungs- und Vollstreckungsverfahren im Sinne von Art. 26 ff., das aber eine ganz andere Funktion hat als das Begehren um Eröffnung eines Anschlusskonkurses. Was die Botschaft sodann an der Stelle BBL 1983 III 331, Ziff. 217.4 Abs. 4 sagt, betrifft wiederum die Anerkennung und Vollstreckung einer ausländischen Entscheidung, was eben nicht das Thema von Art. 166 IPRG ist, weshalb trotz der Verweisung in Art. 167 Abs. 1 die Legitimationsfrage von anderen Voraussetzungen her gelöst werden muss."

Der Minderheitsentscheid führte daher im Ergebnis zur Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde des Arrestgläubigers.

37 Hervorhebung durch den Verfasser; es soll damit zum Ausdruck gebracht werden, dass sich der Mehrheitsentscheid methodisch im Bereich der Auslegung bewegt; vgl. dazu nachfolgend FN 41-45 und 61--68.

38 Hervorhebung durch den Verfasser; es soll damit erneut zum Ausdruck gebracht werden, dass sich der Mehrheitsentscheid methodisch im Bereich der Auslegung bewegt. Denn es stellt sich die Frage, ob dem Arrestgläubiger tatsächlich das Recht zusteht, in die vom Gesetzgeber allen Konkursgläubigern gemeinsam eingeräumten Rechte einzugreifen; vgl. dazu wiederum Ausführungen bei FN 41-45 und 61--68.

39 Hervorhebung durch den Verfasser; es soll damit wieder zum Ausdruck gebracht werden, dass es methodisch um Fragen der Auslegung geht. Dem Minderheitsentscheid geht eine solche Interpretation des Gesetzes zu weit.

40 Hervorhebung durch den Verfasser; vgl. die drei vorstehenden Fussnoten. Es geht mithin um die implizite Anwendung des grammatischen, historischen, systematischen und teleologischen Auslegungselementes.

3.1.S. Zürcher Obergericht, 14.8.1992

Im Rückweisungsverfahren gemäss Mehrheitsentscheid des Kassationsgerichts tritt das Zürcher Obergericht mit Entscheid vom 14.8.1992 schliesslich auf die Eingabe des Arrestgläubigers ein und behandelt ihn als Einsprecher.

3.1.6. Kritische Anmerkungen und Verweis

Ausgangspunkt für die Meinung des Mehrheitsentscheids des Zürcher Kassationsgerichts ist die Auslegung von IPRG 167 I und IPRG 2911. Es stellt sich die Frage, ob der Arrestgläubiger als Partei legitimiert sein kann.

Die Beantwortung dieser *Rechtsfrage*⁴¹ ist inhaltlich abhängig von der Methode der Rechtsfindung, die sich im interessanten Bereich zwischen Auslegung⁴² und Rechtsschöpfung⁴³ bewegt. Es stellt sich inhaltlich vor allem die Frage, ob das materielle und internationale Privatrecht der Schweiz (SchKG und IPRG) unter Berücksichtigung insbesondere des systematischen Auslegungselements sowie der Rechtsidee⁴⁴ bestimmten Gläubigern wirklich *das Recht einräumt, zwecks Verfolgung von Sonderinteressen in die vom internationalen Konkursrecht der Schweiz allen Gläubigern gleichmässig zugewiesenen Rechte einzugreifen* und damit die kollisionsrechtlichen Konkursprivilegien des Handels-, Arbeits- und Konsumentenrechts aus den Angeln zu heben.

3.2. Qualifikation der Sitzfrage 3.2.1.

Zürcher Konkursrichter, 12.7.1990

Das deutsche Konkursgericht hatte den statutarischen Sitz in den USA als fiktiven Sitz qualifiziert und für die Konkurseröffnung den deutschen Geschäftssitz des Unternehmens als massgeblich betrachtet. Das deutsche Konkursgericht konnte sich dabei auf die Ermittlungen und Dokumente der Strafbehörden stützen, welche dem Anerkennungsantrag der ausländischen Konkursverwaltung auszugsweise beigelegt worden waren⁴⁵.

Aus diesen Gründen hat der Zürcher Konkursrichter das deutsche Konkurserkenntnis für das Gebiet der Schweiz anerkannt, da der ausländische Entscheid in Anwendung des auch im Kollisionsrecht geltenden allgemeinen Grundsatzes des Verbots der Gesetzesumgehung ergangen war.

Das Zürcher Obergericht hat diesen Entscheid bestätigt.

3.2.2. Zürcher Obergericht, 9.10.1990

"Der Rekurrent rügt vorab die *fehlende Anerkennungszuständigkeit* mangels eines im Sitzstaat ergangenen Konkursdekrets.

Die Düsseldorfster Instanzen sind davon ausgegangen, dass aufgrund der Personalunion in der Geschäftsführung der GmbH zwischen diesen beiden Firmen letztlich wirtschaftliche Identität bestehe. Diese Würdigung im hiesigen Anerkennungsverfahren in Zweifel zu ziehen, besteht keinerlei Anlass.

Es ist vor allem zu berücksichtigen, dass im Rahmen des Vollstreckungsverfahrens die *ausländische Entscheidung* in der Sache selbst *nicht nachgeprüft* werden darf (Art. 27

Abs. 3 IPRG). Gelangten die deutschen Behörden zum Schluss, der faktische Sitz sei massgeblich und in Deutschland gelegen, so wäre dies nur dann nicht zu berücksichtigen, wenn die Annahme offenkundig derart haltlos wäre, dass sie wegen Willkür eine Verletzung des "ordre public" zu begründen vermöchte (Art. 27 Abs. 1 IPRG).

Ohnehin - und darauf ist im Hinblick auf den internationalen Entscheidungseinklang Gewicht zu legen - erscheint Zurückhaltung in der Annahme einer Verletzung des "ordre public" geboten, dem im Rahmen der Anerkennung zum vornherein nur ein "effet atténué" zukommt (KELLERISIEHR, Allgemeine Lehren des internationalen Privatrechts, Zürich 1986, 623; STRÄULIIMESSMER, N 17 zu § 302 ZPO)."

3.2.3. Zürcher Kassationsgericht, 2.9.1991

a. Mit Mehrheitsentscheid hob das Kassationsgericht den Beschluss des Zürcher Obergerichts auf und führte zur Begründung insbesondere folgendes an:

"Art. 166 IPRG legt selbst - und nicht etwa lediglich durch Verweis auf Art. 25 und 26 IPRG - die Voraussetzungen zur Anerkennung des ausländischen Konkursdekrets fest. Als Hauptvoraussetzung, die zu Beginn der genannten Bestimmung ausdrücklich erwähnt wird, gilt, dass das ausländische Konkursdekret am Wohnsitz des Schuldners ergangen ist. Nachdem das Bundesrecht selbst diese Anerkennungsvoraussetzung statuiert, ist deren Vorliegen in der Schweiz im Anerkennungsverfahren zu überprüfen. Da das Verfahren von der Offizialmaxime beherrscht wird, hat diese Überprüfung schon von Amtes wegen zu erfolgen; umso mehr muss eine Überprüfung dann erfolgen, wenn die Voraussetzung durch einen zur Teilnahme am Verfahren legitimierten Gläubiger bestritten wird.

Die Vorinstanz scheint demgegenüber in ihrem Entscheid dafür zu halten, dass die Voraussetzung des Wohnsitzes bzw. Sitzes in der Schweiz nicht zu überprüfen sei, wenn die ausländische Behörde bereits selbst entschieden habe, dass sie auf Grund des Sitzes oder Wohnsitzes des Schuldners zuständig sei. Diese Auffassung der Vorinstanz erscheint als nicht haltbar. Sie würde bedeuten, dass man den Entscheid über eine bundesrechtliche Voraussetzung zur Anerkennung des ausländischen Konkursdekrets gerade dem ausländischen Entscheid, der anerkannt werden soll, überlässt. Dies käme logisch⁴⁷ einer "petitio principii" und zudem der Aufgabe der eigenen staatlichen

41 Nachfolgend bei FN 61-68.

42 ZGB I I.

43 ZGB I II.

44 ZGB I II, letzter Satzteil.

45 IPRG 172 I.

46 Vgl. dazu vorstehenden transnationalen Sachverhalt unter IV.L

47 Es liegt m.E. kein Zirkelschluss vor. Entscheidend ist aber die ausdrückliche Anwendung des Allgemeinen Teils des IPRG; vgl. nachfolgend vor FN 88.

Entscheidungsbefugnis gleich. Auch der Ansicht der Vorinstanz, die Überprüfung hätte, wenn überhaupt, so höchstens im Rahmen der Verletzung des "ordre public" zu erfolgen, kann nicht gefolgt werden, denn der Entscheid über die Anerkennung des ausländischen Konkursdekretes erfolgt nicht gemäss Art. 25-28 IPRG, sondern direkt und ausschliesslich auf Grund von Art. 166 IPRG. Dabei verweist Art. 167 Abs. I IPRG, wie bereits erwähnt, für das Verfahren ausdrücklich auf Art. 29 IPRG. Es ist deshalb nicht ersichtlich, weshalb die Überprüfung der Voraussetzung des Wohnsitzes bzw. Sitzes lediglich eine beschränkte sein sollte.

Weiter erscheint es als klar, dass der Wohnsitz bzw. Sitz einer Gesellschaft als bundesrechtliche Voraussetzung zur Anerkennung nach der lex fori zu qualifizieren ist, und also der Wohnsitz- bzw. Sitzbegriff von Art. 21 IPRG massgebend ist. Ob die (X-Corporation) in Deutschland einen Sitz hatte, wird also nach den Kriterien von Art. 21 IPRG zu entscheiden sein."

b. Auch hier erfolgte indessen ein begründeter *Minderheitsentscheid*:

"Die Vorinstanz befasste sich mit dieser Überlegung, die zur Annahme eines die Konkurszuständigkeit in Deutschland begründenden Sitzes führt, nur unter dem Gesichtspunkt des "ordre public", weil "im Rahmen des Vollstreckungsverfahrens die ausländische Entscheidung in der Sache selbst nicht nachgeprüft werden darf" (Art. 27 Abs. 3 IPRG). Diese Argumentation ist freilich unzutreffend. Wären die Art. 25-27 IPRG in casu anwendbar, so müsste tatsächlich nach Art. 25 lit. a IPRG die Zuständigkeit des Konkursgerichtes als Voraussetzung einer Anerkennung seines Entscheides gegeben sein. Dem schweizerischen Anerkennungsrichter stünde insofern eine volle Überprüfung zu, wenn auch nur im Rahmen der Zuständigkeit des Staates, in welchem die Konkurseröffnung erfolgt ist. Art. 25 lit. a ist aber eine Schutznorm für die vom ausländischen Entscheid betroffene Partei. Im Verfahren betreffend Anschlusskonkurs ist es dagegen nicht so, dass ein Drittbetroffener sich wegen Zuständigkeitsverletzung ihm gegenüber zur Wehr setzen muss; demzufolge besteht kein analoges Bedürfnis nach voller Überprüfung der ausländischen Zuständigkeit im schweizerischen Verfahren.

Art. 166 IPRG ist gegenüber dem 5. Abschnitt des 1. Kapitels eine lex specialis. Art. 166 IPRG begründet im Ingress des ersten Absatzes mit dem "Wohnsitz des Schuldners am Ort der Konkurseröffnung" eine selbständige Anerkennungsvoraussetzung, die ... vom Richter frei zu überprüfen ist. Andererseits bedeutet dies aber nicht, dass der schweizerische Richter dann, wenn die Konkurseröffnung als am Wohnsitz oder Sitz gewollt stattgefunden hat, die Richtigkeit des Entscheides des ausländischen Konkursgerichtes nachzuprüfen habe. Wohl aber wären etwa von der Anerkennung ausgeschlossen Konkurse, die ihrerseits im Anschluss an einen Konkurs in einem Drittstaat eröffnet wurden, obwohl kein Wohnsitz oder Sitz der Gemeinschaftschuldnerschaft vorlag, sodann Konkurse, die am

Ort einer Geschäftsniederlassung, am Arrestort oder gar am Ort der gelegenen Sache oder dgl. eröffnet worden wären.

Dagegen ist nicht denkbar, dass dort, wo der Sitz einer Gesellschaft als Konkursort in Anspruch genommen werden wollte, das Gericht, vor dem der Konkurs in der Schweiz zur Anerkennung gemeldet wird, untersucht, ob das ausländische Konkursgericht in dieser Frage richtig entschieden habe.

Ziel der neuen Gesetzgebung ist es, dem einmal (wenn auch zu Unrecht) eröffneten Auslandskonkurs seine Wirksamkeit zu sichern und damit die *par conditio creditorum* zu gewährleisten. Die Auffassung der Mehrheit ermöglicht es demgegenüber wiederum einzelnen Gläubigern, die von ihnen entdeckten in der Schweiz liegenden Aktiven für ihre Deckung zu beanspruchen, während die übrigen Gläubiger sich mit dem nicht mehr in Frage zu stellenden Konkursresultat begnügen müssen."

Das Verfahren wurde jedoch gemäss Mehrheitsentscheid an das Zürcher Obergericht zurückgewiesen. In der Zwischenzeit erfolgte zudem die Bereicherung des Diskurses mit der Publikation eines Entscheides in anderer Angelegenheit durch das Bundesgericht⁴⁸.

3.2.4. Zürcher Obergericht, 14.8.1992

Das Obergericht übernahm nun nicht die Meinung des Mehrheitsentscheids, vielmehr im wesentlichen jene des Minderheitsentscheids des Kassationsgerichts. Das Obergericht legte seinem Entscheid⁴⁹ folgende bemerkenswerte Erwägungen zugrunde:

"Der Sitzbegriff im schweizerischen internationalen Privatrecht war mit verschiedenen Unsicherheiten behaftet, die durch die Regelung des IPRG jedenfalls für den gesellschaftsrechtlichen Bereich insoweit Klärung erfahren haben, als der statutarische Sitz massgeblich und ein fiktiver Sitz im Prinzip unbeachtlich, mithin von einem einheitlichen Sitzbegriff des IPRG auszugehen ist; zu beachten sind aber dennoch Besonderheiten im Rahmen der international-konkursrechtlichen Regeln, die letztlich für den vorliegenden Fall bestimmend sind.

Bestimmend ist der Sitzbegriff des Art. 21 IPRG, während eine selbständige Auslegung des Sitzbegriffs von Art. 166 IPRG ausser Betracht zu bleiben hat. ... Art. 21 IPRG bestimmt, dass bei Gesellschaften der Sitz als Wohnsitz gilt, wobei als Sitz der in den Statuten bezeichnete Ort oder - fehlt eine solche Bezeichnung - der Ort, an dem die Gesellschaft tatsächlich verwaltet wird, gilt.

Allgemein sind beim schweizerischen Sitzbegriff von juristischen Personen im internationalen Verhältnis gewisse Unsicherheiten und Schwankungen festzustellen, die die Vorhersehbarkeit von Entscheiden bisweilen erschweren

48 FN 21.

49 Dieser Entscheid wurde nach dem Machtwort des Zürcher Kassationsgerichts vom 1.3.1993 - nachfolgend Ziffel 3.2.5. - nicht mehr publiziert.

und namentlich in Grenzfällen zu Problemen führen können

Der *statutarische Sitz* liegt insoweit unbestritten in den USA. In Düsseldorf bestand demgegenüber jedenfalls ein Verwaltungssitz

Das Amtsgericht Düsseldorf ging im dortigen Vergleichs- und dem (nach Scheitern) folgenden Anschlusskonkursverfahren denn auch ohne weiteres von einem (Haupt-) Sitz in Los Angeles aus, erachtete die Gesellschaft indes als in Düsseldorf 'geschäftsansässig'. Dieser - zwar nicht näher begründete - Entscheid hält prinzipiell vor deutschem Recht ohne weiteres stand. Nach deutschem internationalen Gesellschaftsrecht ist massgeblich im Grundsatz das Recht am (tatsächlichen) Verwaltungssitz; keine Beachtung findet deshalb eine ausländische Gründung und ein dortiger (statutarischer) Sitz, wenn der tatsächliche Sitz in Deutschland liegt und die Gesellschaft im Ausland lediglich eine Vertretung (oder gar nur einen Briefkasten) betreibt.

Der massgebliche 'Schwerpunkt des körperschaftlichen Lebens' bestimmt sich in Abwägung der Umstände des Einzelfalls. Wenn das Düsseldorfer Amtsgericht mithin - aufgrund der ihm vorliegenden Unterlagen - zur Überzeugung gelangt war, dass nicht nur bezüglich der in Düsseldorf ansässigen GmbH, sondern auch bezüglich der mit ihr eng liierten Corporation ein Düsseldorfer Sitz anzunehmen sei, der für die Konkurseröffnung nach § 71 Abs. 1 der deutschen Konkursordnung auch für die deutsche internationale Zuständigkeit bestimmend ist, so ist dieses Ergebnis jedenfalls mit den Prinzipien des deutschen internationalen Gesellschafts- und Konkursrechts ohne weiteres vereinbar.

Insgesamt ist demnach, wenn auch nicht primär entscheidend, so doch der Sache nach jedenfalls vorfrageweise erheblich, davon auszugehen, dass ein nach deutschem Recht nicht nur rechtskräftiger, sondern auch im Ergebnis zutreffender Entscheid vorliege, dessen Anerkennung bzw. Vollstreckung in der Schweiz - wenn nicht zwangsläufig, so doch im Sinne des anzustrebenden internationalen Entscheidungseinklangs - wünschbar ist.

Damit stellt sich die Frage, wie weit im Anschluss an den vom Rekurrenten angeführten BGE 117 II 494 noch Raum bleibe für die Annahme eines fiktiven Sitzes in Deutschland. Dabei stellt sich einerseits die Frage nach der Beachtlichkeit der Fiktion und - gegebenenfalls - nach der erforderlichen Intensität.

In detaillierter Auseinandersetzung mit der bereits weitläufigen international-gesellschaftsrechtlichen Doktrin zur Tragweite eines fiktiven Sitzes unter dem IPRG kommt das Bundesgericht in BGE 117 II 494 zum Schluss, dass sich das Personalstatut einer Gesellschaft aufgrund von Art. 154 Abs. 1 IPRG nach dem Inkorporationsprinzip richte; eine Gesetzeslücke bestehe nicht, weshalb unter dem IPRG kein Raum für die Annahme eines fiktiven, zum Zweck der Gesetzesumgehung gewählten Sitzes bleibe, doch bilde die Vorbehaltsklausel von Art. 17 IPRG eine Schranke, welche die Wahrung des schweizerischen 'ordre

public' gewährleiste, während die Anwendung der Ausnahmeklausel von Art. 15 IPRG im gegebenen Fall ausgeschlossen wird.

Bei der gesamten Diskussion um Sitz- oder Gründungstheorie sind allerdings vorab auch die Grundgedanken dieser Regelung im Auge zu behalten: Einerseits die tendenziell liberale Anerkennungspraxis, die hinter der Gründungstheorie steht (aussemationale Gebilde sollen im Vollstreckungsstaat grundsätzlich anerkannt werden), und andererseits der Missbrauchsschutz, der nahelegt, an den tatsächlichen Sitz anzuknüpfen, um dessen (nationale) Ordnungsvorschriften durchzusetzen.

Im Rahmen des vorliegenden Problemkreises ist demgegenüber entscheidend zu beachten, dass lediglich ein Konflikt in der Beurteilung der Sitzfrage besteht. Im hier konkret interessierenden Fall würde die 'Anerkennung' des deutschen fiktiven Sitzes auch durch die schweizerischen Instanzen den Entscheidungseinklang erzeugen, während mit der (prinzipiellen) Ablehnung eines fiktiven Sitzes ein 'hinkender' Konkurs in Kauf genommen würde. Ohnehin erscheint zweifelhaft, ob die das anwendbare Recht betreffende Vorbehaltsklausel von Art. 17 IPRG (dem vom Bundesgericht in BGE 117 II 501 für Fälle fiktiver Sitze vorgeschlagenen Korrektiv) ein im vorliegenden Rahmen der Anerkennung eines ausländischen Entscheids überhaupt tauglicher Behelf sei.

Entscheidend ist, dass eine ausländische Qualifikation, die ihrerseits von einer andersgearteten Zuständigkeitsnorm ausgeht (Sitz- statt Inkorporationstheorie) oder von einer Ausnahmeklausel ihres eigenen Kollisionsrechts Gebrauch gemacht hat, deswegen nicht zum vornherein nicht-anerkennungsfähig ist. Es darf aus BGE 117 II 495 nicht pauschalierend der Schluss gezogen werden, ein fiktiver Sitz sei prinzipiell unbeachtlich bzw. ein ausländischer Entscheid, der auf einen fiktiven Sitz abstelle, sei zum vornherein wegen Verletzung der auf dem Inkorporationsprinzip beruhenden hiesigen Kollisionsnorm nicht anerkennungsfähig.

Die vom Kassationsgericht befürwortete, ausschliesslich gesellschaftsrechtliche Würdigung der Sitzfrage trägt mithin dem Umstand nicht Rechnung, dass im Rahmen der Anerkennungszuständigkeit die *ordre public*-Widrigkeit unter einer andern Perspektive zu würdigen ist: Der schweizerische *ordre public* wäre offenkundig verletzt, wenn ein in Anwendung drittstaatlicher gesellschaftsrechtlicher Sitzregeln ergangener ausländischer Entscheid nicht anerkannt werden könnte, welcher - unter umgekehrten Vorzeichen - in der Schweiz nach hiesigem materiellen (Betreibungs-) Recht in gleichem Sinne zu ergehen hätte. Es führt dies dazu, dass geprüft werden muss, ob unter den gegebenen Umständen ein (bloss) tatsächlicher schweizerischer Sitz zur Eröffnung eines hiesigen Konkurses ausreichen würde.

Ist diese Frage zu bejahen, muss gleichermassen auch die deutsche Zuständigkeit anerkannt werden.

Auf schweizerische Verhältnisse übertragen stellt sich mithin die Frage, ob hier ein Konkurs eröffnet werden

könnte, entweder aufgrund eines bloss fiktiven Sitzes im Ausland, am Betreuungsort der hiesigen Geschäftsniederlassung oder aufgrund eines erwählten Spezialdomizils.

Näherer Prüfung bedarf, ob die Annahme des Überwiegens einer deutschen Binnenbeziehung trotz statutarischem US-Sitz derart ausgeprägt war, dass auf Fiktivität des statutarischen Sitzes zu schliessen ist.

Wie bereits einleitend anhand von SJZ 82/1986 Nr. 38 dargestellt, besteht teilweise die Auffassung, nur eine ausschliessliche Fiktion ermögliche die Annahme rechtsmissbräuchlicher Gesetzesumgehung. Solches liegt hier nicht vor. Es kann aber auch nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass die Fiktivität des statutarischen Sitzes eine absolute sein müsse.

Entscheidend ist, ob sich nicht die gesamte effektive Tätigkeit an sich zwar des US-Sitzes bediente, indes faktisch - entsprechend dem faktischen Sitz - derjenigen einer deutschen Kapitalanlagegesellschaft entsprach. Zu diesem Punkt hat sich die Kammer bereits im Beschluss vom 9. Oktober 1990 geäussert; sie kam zum Schluss, die namhaft gemachten Anhaltspunkte für die Tätigkeit in den USA machten aus sich selbst deutlich, dass dem Sitz nicht bestimmende, sondern nur untergeordnete Funktion im Rahmen gewisser administrativer Notwendigkeiten zugekommen sei.

Soweit sich der Rekurrent auf den Standpunkt stellt, das bloss Vorhandensein von Personal und Räumlichkeiten in den USA schliesse die Fiktivität a priori aus, ist auf die Ausführung vorne zu verweisen; die Fiktivität des Geschäftssitzes bzw. der -tätigkeit ist ihrem Begriff nach ein die objektiven äusseren Gesichtspunkte relativierender und damit differenziert zu handhabender Aspekt. Im Hinblick auf sachgerechte Ergebnisse mit in die Beurteilung einzufließen hat damit zum einen eine Abwägung der statutarischen und der tatsächlichen Organisation wie auch die Qualifikation der Geschäftstätigkeit insgesamt.

Die Einheit des Konkurses liesse es als zumindest wünschbar (wenn auch für den vorliegenden Entscheid nicht zwingend notwendig) erscheinen, dass der in Deutschland ausgesprochene und in der Schweiz anzuerkennende Konkurs auch in den USA anerkannt würde, wenn auch dieser Aspekt aus schweizerischer Sicht nicht Anerkennungs Voraussetzung bildet."

3.2.5. Zürcher Kassationsgericht, 1.3.1993

Gegen diesen Entscheid sprach das Kassationsgericht ein Machtwort.

"Das Kassationsgericht hat verbindlich festgehalten, die Frage des Sitzes als Anerkennungs Voraussetzung beurteile sich nach Art. 21 IPRG; ob ... (die X-Corporation) ... mithin in Deutschland Sitz hatte, werde nach den Kriterien dieser Bestimmung zu entscheiden sein. Nach Art. 21 Abs. 2 IPRG gilt als Sitz einer Gesellschaft der in den Statuten oder im Gesellschaftsvertrag bezeichnete Ort, bei Fehlen einer solchen Bezeichnung der Ort, wo die Gesellschaft tatsächlich verwaltet werde. Diese Bestimmung ist klar: nur subsidiär, d.h. wenn die Statuten oder der Ge-

sellschaftsvertrag keinen Sitz bezeichnen, kommt der Ort der tatsächlichen Verwaltung zum Zuge. Die Vorinstanz geht selber ausdrücklich davon aus, dass gemäss Statuten die ... (X-Corporation) ... Sitz in den USA hat.

Unter diesen Umständen erweist sich eine Rechtsauffassung, nach welcher trotz dieses statutarischen Sitzes auf einen anderen Sitz (am Ort der tatsächlichen Verwaltung der Gesellschaft) abgestellt werden kann, als unvertretbar.

Ob allenfalls trotz des verbindlichen Rückweisungsentscheides eine Nichtanwendung von Art. 21 IPRG als Folge einer rechtsmissbräuchlichen Gesetzesumgehung seitens der (X-Corporation) zulässig gewesen wäre, kann offen gelassen werden; das Obergericht hat hierzu ausdrücklich festgehalten, nur im Falle einer ausschliesslichen Fiktion mit Bezug auf den Sitz sei die Annahme einer solchen Gesetzesumgehung zulässig, was aber hier nicht zutreffe.

Mit dem Beschwerdeführer ist davon auszugehen, dass die Sache spruchreif ist, womit das Kassationsgericht selbst den neuen Sachentscheid treffen kann (§ 291 ZPO). Angesichts des feststehenden statutarischen Sitzes der (X-Corporation) in den USA ergibt sich dabei ohne weiteres, dass eine Voraussetzung für die Anerkennung des deutschen Konkursdekretes nicht vorliegt."

3.2.6. Schweizerisches Bundesgericht, 1.10.1993

Das Bundesgericht entscheidet im Rahmen des Vollstreckungsverfahrens und nicht in einem zivilrechtlichen Verfahren, weshalb die Berufung nicht möglich ist. Im Rahmen der staatsrechtlichen Beschwerde bestätigt das Bundesgericht in *kassatorischer Kognition* den Entscheid des Zürcher Kassationsgerichts.

3.2.7. Kritische Anmerkungen und Verweis

Die vorstehend wiedergegebenen Rechtsmittel-Entscheide der Zürcher Gerichte sind für die Praxis des Gläubigerschutzes im internationalen Konkursrecht bedeutsam, aber auch *diskurswürdig*, sowohl in kollisionsrechtlicher als auch in verfahrensrechtlicher Hinsicht.

Kollisionsrechtlich stellt sich die Frage, ob das geltende schweizerische Recht im Hinblick auf den internationalen Gläubigerschutz tatsächlich versagt oder ob Gesetz und Rechtsprechung auch bei Geltung der Inkorporationstheorie zu sachgerechten Lösungen von Missbrauchs-Tatbeständen führen können.

Verfahrensrechtlich stellt sich die Frage, wie der Tatbestand zu würdigen ist, wenn eine Appellationsinstanz gegenüber der Kassationsinstanz auf Meinung und Entscheid besteht. Der Fall ist nicht ganz eindeutig. Einerseits wird der Appellationsentscheid durch das Machtwort der Kassationsinstanz aufgehoben. Andererseits kann wohl zur Diskussion gestellt werden, ob sich eine Appellationsinstanz in jedem Fall an den Entscheid der Kassationsinstanz zu halten hat. Nach der hier vertretenen Meinung sind Rückweisung und Machtwort des Zürcher Kassationsgenchres im Hinblick auf das geltende Prozessrecht problematisch] Der *Gesetzgeber* hat dem Kassationsgericht *keine voll- Kognitionsbefugnis* verliehen. Das mit guten Gründen; Gel

richtsverfahren sollen nicht endlos dauern, vielmehr der raschen Verwirklichung des Rechts dienen und dessen Akzeptanz und Legitimation stärken. ZPO ZH 281 beschränkt daher die *kassatorische Kognition* auf *drei schlichte Nichtigkeitsgründe*. Dazu gehört ausschliesslich die Feststellung (erstens) der Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes, (zweitens) einer aktenwidrigen oder willkürlichen tatsächlichen Annahme oder (drittens) einer Verletzung klaren materiellen Rechts.

Das vorstehend dargestellte Verfahren zeigt nun eindeutig, dass bei der *Qualifikation des missbräuchlichen Sitzes einer transnational tätigen Gesellschaft* "klares materielles Recht" nicht gegeben ist. Aus diesem Grund hätte die Mehrheit des Kassationsgerichts dem Minderheitsentscheid folgen sollen".

V. Praktische Anwendung des IPRG im Konkursrecht

1. Legitimation 1.1.

Aktivlegitimation

1.1.1. Ausländische Konkursverwaltung

Bei der Betrachtung des Gläubigerschutzes im internationalen Konkursrecht interessiert der Kreis jener Personen, die zum Antrag auf *Anerkennung* aktiv legitimiert sind.

Nach dem klaren Wortlaut von IPRG 166 I ist vorerst die ausländische Konkursverwaltung legitimiert, einen Antrag auf Anerkennung eines ausländischen Konkursdekretes zu stellen. Der Verweisungsbegriff "Konkursverwaltung" ist nach schweizerischem Kollisionsrecht zu qualifizieren. Es ist jene Instanz, die das Vermögen des Konkursiten verwaltet, verwertet und verteilt. Wer diese Aufgabe im Ausland zu erfüllen hat, bestimmt dagegen das ausländische materielle Konkursrecht".

1.1.2. Konkursgläubiger

Ebenfalls nach klarem Wortlaut von IPRG 166 I ist sodann jeder nach dem Recht des Heimatkonkurses berechnete Gläubiger aktiv legitimiert. Eine Ermächtigung der ausländischen Konkursverwaltung zur Antragstellung ist nicht erforderlich. Der Gläubiger handelt aus eigenem Recht. Begründet wird dieses Recht mit der oft besseren Information über die Vermögenslage des Konkursschuldners. Der bessere Informationsstand des Gläubigers ermöglicht ihm im Vergleich zur Konkursverwaltung ein rascheres und gezielteres Vorgehen im Interesse aller Gläubiger. Dabei ist unerheblich, wo dieser Antragsteller seinen Sitz bzw. Wohnsitz hat⁵²,

Die historische Auslegung von IPRG 166 zeigt dabei auf, dass der Gesetzgeber damit eine quantitative Maximierung des Schuldnervermögens und die Gläubigergleichheit im internationalen Konkursrecht erreichen wollte⁵³. Es sollte verhindert werden, dass ausländische Schuld-

ner ihr Vermögen in der Schweiz beiseite schaffen und damit dem Ansehen unseres Landes bei der zunehmenden Internationalisierung der Wirtschaft schaden.

Von der tatsächlichen Interessenlage her ist allerdings darauf hinzuweisen, dass *nicht privilegierte und nicht pfandgesicherte Gläubiger und solche mit (Wohn-) Sitz im Ausland*⁵⁴ kaum einen Antrag auf Anerkennung des ausländischen Konkursdekretes stellen werden. Sie partizipieren nicht am schweizerischen IPRG-Konkurs und erhalten im Ausland nur einen Anteil des allfälligen Überschusses" aus der schweizerischen Sonderverwertung. *Solche Gläubiger* werden daher versuchen, die schweizerischen IPRG-Normen des Gläubigerschutzes im internationalen Konkursrecht zu umgehen, indem sie auf dem *Weg der Spezialexécution* auf in der Schweiz gelegene Vermögensstücke des Schuldners greifen. Im Vordergrund steht dabei der Arrest. Es war dieser Tatbestand, der den Gesetzgeber zum Erlass von IPRG 166-175 bewogen hat⁵⁶. Darauf ist zurückzukommen".

1.1.3. Gemeinschuldner

Fraglich ist, ob auch der Gemeinschuldner zum Antrag auf Anerkennung aktiv legitimiert ist. Dem Wortlaut von IPRG 166 ist dies nicht zu entnehmen. Die Aktivlegitimation des ausländischen Gemeinschuldners ist daher eine Frage der Auslegung bzw. Lückenfüllung nach ZGB 1.

Es stellt sich die Frage, ob eine echte Lücke gegeben ist.

Dies wird von einem Teil der Lehre verneint unter Hinweis auf die jederzeitige Möglichkeit der ausländischen Konkursverwaltung, den Konkursschuldner beizuziehen. Der Konkursschuldner könne mit der ausländischen Konkursverwaltung zusammenarbeiten und auf diesem Wege eine Anerkennung des Konkursdekretes im Ausland erwirken⁵⁸.

Wird dagegen eine echte Gesetzeslücke angenommen, was m.E. eher abzulehnen ist, bejaht eine andere Lehrmeinung die Aktivlegitimation des Gemeinschuldners unter Heranziehung des systematischen und teleologischen Auslegungselements. Nach dieser Auffassung ist entgegen der grammatischen Auslegung bei Vorliegen eines Interesses dem Gemeinschuldner die Legitimation zur Stellung des Antrages auf Anerkennung zuzugestehen. Danach ist ein solches Anerkennungsinteresse dann gegeben, wenn

50 Zu einem kollisionsrechtlichen Vorschlag in der Sache selbst, nachfolgend bei FN 78-88.

51 D. STAEHELIN, 28; VOLKEN, IPRG 166 N 16; FRITZSCHE/WALDER, Bd. II, § 55 N 12.

52 D. STAEHELIN, 28; VOLKEN, IPRG 166 N 17; FRITZSCHE/WALDER, Bd. II, § 55 N 12.

53 Botschaft IPRG, Vorlage 82.072 (Sonderdruck), 187 Mitte und 190 oben.

54 Vgl. IPRG 172 II sowie IPRG 172 I e contrario.
55 IPRG 173.

56 Botschaft IPRG, Vorlage 82.072 (Sonderdruck), 187 mit Hinweis auf BGE 102 III 71 und die nach altem Kollisionsrecht völlig unbefriedigende Sachlage.

57 Nachfolgend Ziffer 1.3.

58 VOLKEN, IPRG 166 N 21.

der Gemeinschuldner später gemäss SchKG 265 II in einer neuen Betreuung in der Schweiz die Einrede des mangelnden neuen Vermögens erheben möchte⁵⁹.

1.2. Passivlegitimation

Den Bestimmungen von IPRG 166-175 sind keine weiteren Hinweise zur Person des Konkurschuldners zu entnehmen.

Wer hierfür in Frage kommt, richtet sich nach dem ausländischen materiellen Recht des Hauptkonkurses. Sind die kollisionsrechtlichen Voraussetzungen nach IPRG 166 f. erfüllt, wird über den ausländischen Gemeinschuldner ein Anschlusskonkurs über sein Vermögen in der Schweiz auch dann eröffnet, wenn es sich nicht um eine Person im Sinne von SchKG 39 handelt=.

1.3. Exkurs: Keine Legitimation des Arrestgläubigers

Der Gläubigerschutz im internationalen Konkursrecht kennt keine Legitimation des (Arrest-) Gläubigers zum Antrag auf *Nichtanerkennung* des Anschlusskonkurses. Diese Meinung ist zu begründen⁶¹.

Nach der hier vertretenen Auffassung ist die gegenteilige Meinung⁶² das Ergebnis einer *Auslegung und Lückenfüllung* nach ZGB 1, welche mit Bezug auf den Gläubigerschutz im internationalen Konkursrecht jedoch nicht alle möglichen und notwendigen Gesichtspunkte berücksichtigt. Die Legitimation des Arrestgläubigers wird nach dieser Meinung abgeleitet aus IPRG 167 I in Verbindung mit IPRG 29 II. Danach ist eine Partei im Anerkennungs- und Vollstreckungsverfahren anzuhören, die sich dem Begehren widersetzt. Es stellt sich daher die Frage, wer eine solche Partei nach IPRG 167 und 29 sein kann, die sich dem Anerkennungsantrag der Partei nach IPRG 166 entgegenstellen kann.

Partei kann nur sein, wem im Verfahren gegenüber einer anderen Partei sowohl formelle als auch materielle *Rechte* zustehen. Das formelle Recht⁶³ ist dabei stets eine Folge des materiellen Rechts. Die Rechtsfrage geht dementsprechend dahin, ob der Gesetzgeber im IPRG-Konkurs ein Recht auf Verfolgung von Partialinteressen begründet hat bzw., ob bei Fehlen eines solchen materiellen Rechts eine richterliche Lückenfüllung in diese Richtung erfolgen darf.

Dem IPRG ist diesbezüglich *keine ausdrückliche Regelung* zu entnehmen. Es besteht eine echte Gesetzeslücke. IPRG 166 und IPRG 167 I i.V.m. 29 stehen zueinander in einem scheinbaren Widerspruch, der vom Gesetzgeber nicht gelöst worden ist und deshalb dringend einer Lösung nach ZGB 1 I bedarf. Die Lösung des Widerspruchs bzw. die Lückenfüllung hat nach ZGB 1 II und III zu erfolgen. Gewohnheitsrecht liegt nicht vor, weshalb der Richter als Gesetzgeber zu entscheiden hat. Er hat dabei das grammatische, das historische, das systematische und das teleologische Auslegungselement zu beachten.

Der grammatische Gesichtspunkt führt zu keinem Ergebnis. Vielmehr ist in ihm der scheinbare Widerspruch

begründet, indem IPRG 166 keine ausdrückliche Regelung enthält und IPRG 167 zur Annahme einer Legitimation des Arrestgläubigers zum Antrag auf Nichtanerkennung eines ausländischen Konkursdekrets verleitet.

Der historische Gesichtspunkt führt hingegen bereits zu einem eindeutigen Ergebnis. Mit der Einführung des IPRG-Konkurses wollte der Gesetzgeber verhindern, dass einzelne Gläubiger die übrigen Gläubiger eines internationalen Konkurses durch Arrestlegung benachteiligen⁶⁵. Der historische Gesichtspunkt lässt daher eine Legitimation des Arrestgläubigers zum Antrag auf Abweisung der internationalen Anerkennung eines ausländischen Konkursdekretes nicht zu, steht jedoch für die Auslegung nicht im Vordergrund. Entscheidend sind vielmehr systematische Überlegungen.

Der systematische Gesichtspunkt berücksichtigt die vom Gesetzgeber festgelegten *materiellen Rechte* der Gläubiger im IPRG-Konkurs und damit die Rechte als *Partei im konkursrichterlichen Verfahren*. IPRG 167 und 29 können nur in den Grenzen zur Anwendung kommen, die IPRG 172-173 setzen. Der Gesetzgeber schützt in IPRG 172-173 *ausdrücklich* die pfandgesicherten Gläubiger sowie die Gläubiger der Ersten bis Vierten Klasse gemäss SchKG 219 mit Wohnsitz in der Schweiz". Eine richterliche Lückenfüllung von IPRG 167 und 29 in die Richtung einer Legitimation des Arrestschuldners scheidet daher am Entscheid des Gesetzgebers in IPRG 172-173. Der Gläubigerschutz im internationalen Konkursrecht lässt eine solche Lückenfüllung ganz einfach nicht zu.

Der teleologische Gesichtspunkt schliesslich führt zu keinem anderen Ergebnis. Nach ZGB 1 II, letztem Satz, ist der Richter verpflichtet, bei der Behebung von Regel-Widersprüchen und bei der Lückenfüllung einen Entscheid zu fällen, den der Gesetzgeber getroffen hätte. ZGB 1 bindet den Richter an die Rechtsidee. Oberste Richtschnur der Rechtsprechung und Gesetzgebung ist die Gerechtigkeit. ZGB 1 II, letzter Satz, ist die positivrechtliche Verankerung des kategorischen Imperativs. Dies entspricht nach neueren rechtsphilosophischen Auffassungen der Diskurs-

59 D. STAEHELIN, 28 f.;
174 f. 60 VOLKEN, IPRG
166 N 22.

61 Die Begründung folgt im wesentlichen dem Minderheitsentscheid des Zürcher Kassationsgerichts; vorstehend bei FN 39-40.

62 Mehrheitsentscheid des Zürcher Kassationsgerichts, vorstehend bei FN 36-38.

63 Recht zur Nebenintervention im Verfahren auf Konkursanerkennung.

64 Dieser Widerspruch hat zu den vorstehend in IV. dargelegten widersprüchlichen Entscheiden der Zürcher Gerichte geführt.

65 Vgl. dazu vorstehend FN 56.

66 BRUNNERIHOULMANNIREUTIER, 146-148, Tafeln zu 5.4.

ethik unter *Berücksichtigung aller gegebenen Interessen*⁶¹. Eine Lückenfüllung im Sinne der Begründung einer Legitimation des Arrestgläubigers würde zu ungerechten Ergebnissen führen. Es erscheint als stossend, dass Fünft-Klass-Gläubiger mit Wohnsitz im Ausland - als Arrestgläubiger - die Rechte der kollisionsrechtlich privilegierten Gläubiger mit Wohnsitz in der Schweiz aufheben könnten. Von einer solchen Lückenfüllung wären in erster Linie Schweizer Arbeitnehmer= konkursiter ausländischer Arbeitgeber betroffen.

Zusammenfassend ist dementsprechend festzuhalten, dass ein *materielles Recht* nicht besteht, in die Rechte der Gläubiger des IPRG-Konkurses einzugreifen. Damit entfällt aber die Grundlage für die Stellung des Arrestgläubigers als Partei im Sinne von IPRG 167 und 29. Der Gläubigerschutz im internationalen Konkursrecht der Schweiz lässt eine Aktivlegitimation dieser Art nicht zu. Nach der hier vertretenen Meinung darf daher der Mehrheitsentscheid des Zürcher Kassationsgerichts nicht übernommen werden; vielmehr ist der zutreffenden *dissenting opinion* zu folgen.

2. Partizipation

2.1. Haftungsumfang des Schuldner-Vermögens

Mit der Eröffnung des IPRG-Konkurses wird das gesamte *im Inland* gelegene Vermögen des ausländischen Konkursschuldners mit Konkursbeschluss belegt und bildet nach IPRG 170 I die Masse, die zur Befriedigung der Gläubiger dient.

In Abweichung von SchKG 197 und KOV 27 I werden mit dem nach IPRG 170 ff. durchzuführenden Verfahren *im Ausland* liegende Vermögensstücke nicht erfasst, weder im Konkursöffnungsstaat noch in einem Dritt-Staat gelegene Vermögensbestandteile. Dies wird in der Lehre damit begründet, dass die schweizerischen Behörden der Verwaltung des ausländischen Hauptkonkurses nur für das im Inland gelegene Vermögen Rechtshilfe zu leisten haben⁶².

Bevor der verbleibende Überschuss der Verwaltung des ausländischen Hauptkonkurses zur Verfügung gestellt wird, greift das schweizerische internationale Konkursrecht zugunsten des Gläubigerschutzes nach IPRG 173 noch einmal ein. Zu beachten sind verschiedene Voraussetzungen, namentlich das richterliche Überprüfungsrecht mit Bezug auf eine angemessene Berücksichtigung schweizerischer Gläubiger durch den *ausländischen Kollokationsplan*.

2.2. Person des Gläubigers

Das internationale Konkursrecht verändert das materielle Konkursrecht der Schweiz nicht grundsätzlich. Im Hinblick auf die Beteiligung der Gläubiger am IPRG-Konkurs erfolgt nach IPRG 172 I lit. b lediglich eine Beschränkung auf die Erst- bis Viert-Klass-Gläubiger mit Wohnsitz in der Schweiz. Diese kollisionsrechtliche Wertung des Gesetzgebers beachtet auch im internationalen Konkursrecht sen-

sible Bereiche des Wirtschaftsrechts und ist daher ebenfalls sozialstaatlich begründet.

Der von der schweizerischen Konkursverwaltung aufgrund der internationalen Anerkennung zu erstellende Kollokationsplan beschränkt sich einerseits auf die *pfandgesicherten Forderungen* nach SchKG 219 I. Andererseits ist das Recht auf Zulassung bei den nichtpfandgesicherten Gläubigern auf solche beschränkt, die nach SchKG 219 IV zu einer der privilegierten Forderungsklassen gehören und in der Schweiz Wohnsitz haben. Damit soll nach dem Willen des Gesetzgebers gewährleistet werden, dass die Rechtshilfe in sozialpolitisch vertretbarem Rahmen geleistet wird; sog. "national sensible Forderungen" sollen vorab befriedigt werden, bevor der Überschuss der Masse im ausländischen Hauptkonkurs zur Verfügung gestellt wird⁶³.

Die *nicht privilegierten Gläubiger mit Wohnsitz in der Schweiz* werden ins ausländische Hauptverfahren verwiesen. Ihre Berücksichtigung bereits im schweizerischen IPRG-Konkurs würde das Verfahren nach IPRG 166 ff. zu einem reinen Parallelkonkurs degradieren und dadurch die angestrebte internationale Kooperation verunmöglichen⁶⁴,

3. Exekution

3.1. Generalexekution

3.1.1. Eröffnung des IPRG-Konkurses

Im Rahmen der Generalexekution unterscheidet das schweizerische Recht nach SchKG 171 und SchKG 190-193 verschiedene Fälle der Konkursöffnung. IPRG 170 I fügt nun die Anerkennung der ausländischen Konkursöffnung als *eigenständigen Konkursgrund*?⁶⁵ hinzu. Aufgrund des positiv verlaufenen Anerkennungsverfahrens ist in der Schweiz ein Konkursverfahren *nach den Bestimmungen des SchKG* durchzuführen, allerdings nur soweit, als das IPRG nichts anderes vorsieht. Das IPRG greift demnach als Kollisionsrecht materielles SchKG-Recht auf und modifiziert dieses.

67 Vgl. J. P. MÜLLER, Versuch einer diskursethischen Begründung der Demokratie, in FS DIETRICH SCHINDLER, Basel 1989, 617-638. Zur diskursethischen Begründung der Rechtsprechung, vgl. A. BRUNNER, Erkenntnistheoretische Grundlagen der Kritik im Bereich des Rechts, in SCHUHMACHER, Geschlossene Gesellschaft?, Zürich 1993, 218.

68 Schweizer Arbeitnehmer als Beispiel der nach IPRG 172-173 privilegierten Gläubiger; vgl. dazu vorstehende FN 1. Die pfandgesicherten Gläubiger sind auch im Falle des Arrestes nicht schutzlos; vgl. dazu BRUNNER/ HOULMANN/ REUTTER, Tafel 6.5.2 (Pfandansprache im Arrest).

69 VILKEN, IPRG 170 N 19; vgl. D. STAEHELIN, 129; HANISCH 1979, 243.

70 IPRG 173 I; VOLKEN, IPRG 172 N 3.

71 Botschaft, 48; D. STAEHELIN, 154; FRITZSCHE/WALDER, Bd. II, § 55 N 22.

72 Vgl. dazu Übersicht bei BRUNNER/HOULMANN/REUTTER, 19.

3.1.2. Wirkung des IPRG-Konkurses

Aus den Bestimmungen des IPRG zum Konkursrecht werden zwei entscheidende Ziele des Gesetzgebers deutlich: einerseits das *teilweise Abrücken vom bisherigen Grundsatz der Territorialität des Konkurses zugunsten der Universalität*, andererseits die *gleichzeitige Wahrung der Interessen der schweizerischen Gläubiger unter Beachtung des Gleichbehandlungsgebotes*.

Nach allgemein anerkannter Meinung war das Festhalten am strengen Territorialitätsprinzip unhaltbar geworden. Dagegen wäre die Anerkennung universeller Wirkungen eines ausländischen Konkurses als Fremdbestimmung, geradezu als Verlust der schweizerischen Souveränität empfunden worden, obwohl das Prinzip der Universalität die Spezialexécutionen in das Vermögen des Gemeinschuldners wirkungsvoll hätte verhindern können. Diese Befürchtungen sind umso bemerkenswerter, als das schweizerische Recht nach SchKG 197 I für Konkurseröffnungen in der Schweiz davon ausgeht, es *entfalte auch Wirkungen über die Grenzen unseres Landes hinaus*.

Klar festzuhalten ist, dass es sich dabei nicht um eine Wirkungserstreckung des ausländischen Konkurses auf die Schweiz handelt. Am Prinzip der Territorialität des Konkurses wird - mit den im folgenden darzustellenden Einbruchstellen - grundsätzlich festgehalten. Vom ausländischen Recht des Hauptkonkurses geht also einzig der Anstoss zur Durchführung des Verfahrens aus, indem die Anerkennung gemäss IPRG 166 für die Schweiz den Rechtsgrund für die Eröffnung des IPRG-Konkurses liefert⁷³. Dagegen befasst sich das schweizerische Recht nicht mit den Partizipationsregeln des ausländischen Konkursrechts.

3.1.3. Gläubigerschutz nach IPRG 172

Der Gläubigerschutz im internationalen Vollstreckungsrecht geht dementsprechend von folgender Ordnung aus:

Die *Pfandgläubiger* sind unabhängig von ihrem (Wohn-)Sitz in doppelter Weise geschützt. Einerseits werden ihre Forderungen in jedem Fall in den Kollokationsplan" des schweizerischen IPRG-Konkurses aufgenommen. Wird das ausländische Konkursdekret in der Schweiz jedoch nicht anerkannt, können sich die Pfandgläubiger andererseits durch Pfandansprachen⁷⁵ wirksam gegen Drittgläubiger in der Spezialexécution zur Wehr setzen.

Den *privilegierten Gläubigern* nach IPRG 172 und SchKG 219 IV mit Wohnsitz in der Schweiz fehlt ein solcher doppelter Schutz. Umso entscheidender ist für sie die Generalexekution in der Schweiz, was nicht zuletzt für eine möglichst weite Anwendung von IPRG 166 spricht. Die Interessenwahrung zugunsten der genannten Gläubiger mit Wohnsitz in der Schweiz beschränkt sich jedoch nicht nur darauf, durch Kollokation an der Generalexekution in der Schweiz teilzunehmen. Mit IPRG 173-17 4 wird sichergestellt, dass die Gläubiger mit Wohnsitz in der Schweiz, welche zusätzlich am Hauptkonkurs im Ausland teilgenommen haben oder teilnehmen wollten, "nach schweizerischen Vorstellungen gerecht behandelt wur-

den"⁷⁶. Nur aufgrund eines Entscheides des schweizerischen Konkursrichters⁷⁷ wird ein allfälliger Überschuss des schweizerischen IPRG-Konkurses an die Konkursverwaltung des ausländischen Hauptkonkurses herausgegeben.

3.1.4. Schutz des Schuldners nach IPRG 166

a. Grundsatz

Auch wenn der Gläubigerschutz im internationalen Konkursrecht von grosser wirtschaftlicher Bedeutung ist, vernachlässigt das IPRG gleichwohl nicht die Interessen des Gemeinschuldners. Um dem Grundsatz des Schuldnerschutzes Nachachtung zu verschaffen, wird in IPRG 166 *ausdrücklich* festgelegt, dass der Konkurs am *Wohnsitz bzw. Sitz des Schuldners* zu erfolgen hat. Der Schuldner soll nur dort mit einer Konkurseröffnung rechnen müssen, wo er seinen Wohnsitz hat. Die Rechtsprechung⁷⁸ geht von einer Anerkennungsvoraussetzung aus, die der Konkursrichter selbständig zu prüfen hat. Kollisionsrechtlich ist der Anknüpfungsbegriff des Wohnsitzes daher unabhängig von der Qualifikation durch den ausländischen Konkursrichter nach schweizerischem IPRG zu qualifizieren.

Handelt es sich beim Schuldner um ein Unternehmen in der Form einer *Gesellschaft*, wird der Sitz dementsprechend nach IPRG 21 qualifiziert. Diese Qualifikation des Anknüpfungsbegriffs des Sitzes geht von der Wahrung der Rechtssicherheit durch eine kollisionsrechtliche Regelanknüpfung und der Gewährleistung berechtigter Interessen transnational tätiger Unternehmen aus. Aus diesem Grunde gilt heute nach Gesetz und Rechtsprechung die *Inkorporationstheorie*".

b. Ausnahme

Demgegenüber ist hier die offene Rechtsfrage" zu beantworten, auf welche Weise nunmehr die vormals mit der *Fiktionsstheorie* qualifizierten transnationalen Sachverhalte zu würdigen sind. *Das Offenlassen dieser Rechtsfrage bedeutet eine krasse Verabschiedung von der Rechtsidee, was auch unter Berufung auf die strikte Anwendung einer Regelanknüpfung nicht zu rechtfertigen ist.*

Bereits im materiellen Recht gehören Treu und Glauben und das Rechtsmissbrauchsverbot zu den unverzichtbaren Rechtsgrundsätzen. Diese Rechtsgrundsätze behalten auch

73 So VOLKEN, IPRG 170 N 5; a.M. demgegenüber BREITENSTEIN, 171; schwankend D. STAEHELIN, 114 f. und GILLIERON, 89; ohne Stellungnahme WALDER 1989, 332 sowie NUSSBAUM 1989, 26.

74 BRUNNERIHOULMANNIREUTIER, 147-148. 75 BRUNNERIHOULMANNIREUTIER, 166.

76 Botschaft, 192.

77 Hinweis: Solche Verfahren sind im Gefolge der Eröffnung von IPRG-Konkursen in der Praxis recht häufig.

78 In diesem Punkt ist dem Grundsatz nach dem Mehrheitsentscheid des Zürcher Kassationsgerichts zu folgen; vorstehend IV.

79 Vorstehend FN 21.

80 Vgl. vorne bei FN 50.

im internationalen Privatrecht ihre volle Bedeutung. Aus diesem Grunde hat der Gesetzgeber nicht nur den negativen *ordre public*⁸¹, sondern auch den positiven *ordre public*⁸² ausdrücklich normiert. ZGB 2 wird im Kollisionsrecht durch IPRG 17-18 konkretisiert. Ergeben sich demnach bei der Beurteilung transnationaler Sachverhalte offensichtliche Hinweise auf Treu und Glauben widersprechendes und rechtsmissbräuchliches Verhalten bei der Begründung eines Wohnsitzes und bei der Einrichtung eines ausländischen Gesellschaftssitzes, so kommt nicht der Besondere Teil des IPRG⁸³, sondern ausschliesslich der *Allgemeine Teil des IPRG* zur Anwendung. Das schweizerische Recht lässt die Gläubiger solcher transnational wirkender Schuldner" nicht schutzlos. Allerdings ist hiefür in Verdeutlichung der bisherigen Rechtsprechung" das Verhältnis zwischen dem Grundsatz der Regelanknüpfung nach IPRG 166 i.V.m. 21 und der Ausnahme des *ordre public* nach ZGB 2 i.V.m. IPRG 17-18 genauer zu bestimmen.

Ausgangspunkt der Konkursöffnung durch den schweizerischen Konkursrichter ist stets der Entscheid eines ausländischen Konkursrichters. Erfolgt der ausländische Entscheid am Wohnsitz⁸⁶ des Schuldners, bietet die Anerkennung keine Probleme. Die zu beantwortende Rechtsfrage stellt sich somit nur in jenen Fällen, welche die Anerkennung ausländischer Konkursdekrete betreffen, die über Schuldner mit Wohnsitz in einem Drittstaat ergehen. Es ergeben sich damit zwei Tatbestände: der kollisionsrechtliche Schutz des Schuldners einerseits und jener der Gläubiger andererseits.

IPRG 17 und 27 I bewirken vor allem den Schutz des Schuldners. Der (negative) *ordre public* hat die Funktion, das aufgrund einer Regelanknüpfung ermittelte ausländische materielle Recht oder einen in der Schweiz anzuerkennenden ausländischen Entscheid auf die Vereinbarkeit mit grundlegenden schweizerischen Rechtsvorstellungen zu überprüfen. Die entsprechende Rechtsfolge ist die Nichtanwendung des ausländischen Rechts (IPRG 17) oder die Nichtanerkennung des ausländischen Entscheids (IPRG 27 I). Die Nichtanerkennung eines ausländischen Konkursdekrets erfolgt dann zum Schutz des Schuldners, wenn ein offensichtlich willkürlicher ausländischer Entscheid im allgemeinen und im besonderen mit Bezug auf dessen Wohnsitz⁸⁷ nachgewiesen ist. IPRG 17 und 27 I wirken sich jedoch nicht zum Schutz der Gläubiger aus, da die Anerkennung im Interesse der Gläubigermehrheit liegt.

IPRG 18 bewirkt dagegen den erforderlichen Gläubigerschutz im internationalen Konkursrecht, indem der Normgehalt von ZGB 2 auch international voll durchdringt. Hat der schweizerische Konkursrichter den Entscheid eines ausländischen Konkursrichters zu beurteilen, der den Sitz eines transnational tätigen Unternehmens in einem Drittstaat als offensichtlich⁸⁸ rechtsmissbräuchlich qualifiziert, kommt nicht die Regelanknüpfung von IPRG 166 und 21 zum Zug, die wegen der Geltung der Inkorporationstheorie zur Nichtanerkennung führen müsste. Bei der Beurteilung solchen Verhaltens ist das Vertrauen der internationalen Rechtsgemeinschaft in eine genügende

Aufsichtsmöglichkeit im formalen Sitz-Staat nicht gegeben. Das missbräuchliche Verhalten solcher quasi-souveräner, transnational tätiger Unternehmen soll daher zumindest auf dem *Territorium der Schweiz* rechtsstaatlich und rechtlich erfasst werden. Die Rechtsgrundlage ist im vorliegenden Zusammenhang in IPRG 166 i.V.m. ZGB 2 und IPRG 18 gegeben, welche zum Schutz der Gläubiger zur *Anerkennung* des ausländischen Konkursdekrets führt.

Zum gleichen Ergebnis gelangt man auch durch eine Anwendung von ZGB 2 i.V.m. IPRG 19. Damit wird der Entscheid des ausländischen Konkursrichters als solcher in Nachachtung der ausländischen Missbrauchsgesetzgebung anerkannt. Beide Lösungen führen zum rechtlich möglichen und wirtschaftlich notwendigen Gläubigerschutz im internationalen Konkursrecht.

3.2. Spezialexekution

Jeder Gläubiger kann gemäss SchKG 271 I Ziff. 4 mit Aussicht auf Erfolg in der Schweiz einen Arrest von Vermögenswerten eines ausländischen Gemeinschuldners erwirken. Aber erst die Anerkennung und Vollstreckbarerklärung des ausländischen Konkursdekretes hemmt solche betriebsrechtliche Handlungen gegen den Schuldner bzw. Eingriffe in dessen Vermögen. Die Betreibung gegen eine Niederlassung eines ausländischen Gemeinschuldners oder die Verarrestierung von Vermögenswerten, d.h. eine mögliche Befriedigung einzelner Gläubiger aus dem Vermögen eines ausländischen Gemeinschuldners, bleibt nur solange möglich, als der IPRG Konkurs nicht eröffnet oder keine vorsorglichen Massnahmen gemäss IPRG 168 zur Sicherung des schuldnerischen Vermögens getroffen worden sind.

81 Vorbehaltsklausel nach IPRG 17.

82 *Loi d'application immediate* nach IPRG 18; vgl. dazu grundlegend: SCHWANDER, 1975.

83 Vorliegend IPRG 166 und IPRG 21; die Fiktionstheorie wird damit irrelevant; vgl. auch SCHNYDER (1994), 129.

84 Nach der hier vertretenen Meinung ist die vermögensrechtliche Verfolgung solcher Schuldner für die Gläubiger effizienter und für den Staat wesentlich kostenkünstiger als die über weite Strecken aussichtslose strafrechtliche Verfolgung der verantwortlichen Personen in entfernte 'Off-shore-Gebiete'.

85 Vgl. dazu insbesondere die unklare Funktion von IPRG 17 im Rahmen der Anwendung von IPRG 166; vorne IV. 3.2.; insb. 3.2.4. ff.

86 Interessanterweise stellt sich das schweizerische materielle Recht nicht auf den strikten Standpunkt einer Konkursöffnung am Wohnsitz des Schuldners; vielmehr kann unter bestimmten Voraussetzungen nach SchKG 190 eine Konkursöffnung in der Schweiz auch gegen einen Schuldner mit Wohnsitz im Ausland ergehen.

87 Mit Bezug auf den Sitz wird das schuldnerische Unternehmen allerdings bereits aufgrund der Regelanknüpfung nach IPRG 166 und 21 geschützt.

88 Vgl. dazu die Bemühungen des Gesetzgebers in der Schweiz und der EU zur wirtschaftsrechtlichen Einordnung solcher Sachverhalte; vorstehend FN 19-20.

Ziel des Gesetzgebers war es denn auch, mit der Durchführung des schweizerischen IPRG-Konkurses zu verhindern, dass einzelne Gläubiger durch Arrest in der Schweiz einen ungerechtfertigten Vorteil gegenüber anderen Gläubigern erreichen können". Gegenüber der Spezialexécution sichern vor allem die allgemeinen *Informationspflichten der Generalexécution* den Schutz einer Mehrheit der Gläubiger.

4. Jurisdiktion

4.1. Ordentliches Verfahren nach IPRG 167

4.1.1. Zuständigkeit

Die örtliche Zuständigkeit ergibt sich aus IPRG 167. Danach ist ein Antrag auf Anerkennung eines ausländischen Konkursdekretes an das schweizerische Gericht zu richten, in dessen örtlichem Zuständigkeitsbereich *das Vermögen des Schuldners* liegt. Forderungen des Gemeinschuldners gelten dabei als dort gelegen, wo der Schuldner des Gemeinschuldners seinen Wohnsitz hat (IPRG 167 III). Die sachliche Zuständigkeit bestimmt sich nach kantonalem Recht". Im Kanton Zürich ist der Konkursrichter für die Anerkennung ausländischer Konkursdekrete im Sinne von IPRG 167 sachlich zuständig⁹¹.

4.1.2. Verfahren

Der Gläubigerschutz im internationalen Konkursrecht fordert ein rasches Verfahren. Das ganze inländische Verfahren, d.h. die Eröffnung des IPRG-Konkurses als Akt der zwischenstaatlichen Rechtshilfe, soll möglichst einfach und rationell gestaltet werden⁹². Weder die allgemeinen Bestimmungen des IPRG noch dessen 11. Kapitel zum Konkurs- und Nachlassvertragsrecht sehen indessen eine einheitliche bundesrechtliche Regelung des Anerkennungs- und Vollstreckungsverfahrens vor. Der Bundesgesetzgeber hat sich vielmehr auf rein organisatorische Anordnungen beschränkt und darauf verzichtet, zwingend vorzuschreiben, in welchem Verfahren ein entsprechendes Gesuch zu behandeln ist. Es ist daher die *Aufgabe der kantonalen Instanzen, das entsprechende konkursrichterliche Verfahren vor allem in zeitlicher Hinsicht beförderlich auszugestalten und zu behandeln*. Dieser Grundsatz gilt aber auch für das Rechtsmittelverfahren.

IPRG 167 I verweist für die Anerkennung ausländischer Konkursdekrete auf die allgemeinen Bestimmungen von IPRG 29 III, wonach *kein besonderes Exequaturverfahren* geboten ist, sondern jede angerufene Behörde im für sie jeweils geltenden Verfahren über die Anerkennung zu entscheiden hat. Ob ein ausländisches Konkursdekret in der Schweiz anzuerkennen sei, ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts⁹³ keine zivilrechtliche, sondern eine rein vollstreckungsrechtliche Frage. Der schweizerische Konkursrichter führt daher kein eigentliches Vollstreckungsverfahren durch, sondern befindet über die Eröffnung eines schweizerischen IPRG-Konkurses. Prozessual handelt es sich demnach um ein *Konkursoröffnungsverfahren*.

Die Eröffnung des IPRG-Konkurses kann - analog zu den übrigen Tatbeständen der Konkursoröffnung ohne vorgängige Betreuung - sowohl ein *nichtstreitiges Ein-* als auch ein *streitiges Zweiparteienverfahren* sein. Letzteres ist stets dann der Fall, wenn ein Gläubiger das Gesuch um Anerkennung des ausländischen Konkursdekretes stellt. Stellt demgegenüber die ausländische Konkursverwaltung das Gesuch, so existiert kein Gesuchsgegner, und es ist ein Einparteiverfahren durchzuführen.

4.2. Summarisches Verfahren nach IPRG 168 Aus der örtlichen und sachlichen Zuständigkeit zur Anerkennung des ausländischen Konkursdekretes ergibt sich nach IPRG 168 und IPRG 10 auch eine solche für die Anordnung von vorsorglichen Massnahmen. Das zuständige Gericht kann auf Begehren des Antragstellers *sichernde Massnahmen* nach SchKG 162-165 und SchKG 170 anordnen, sobald die Anerkennung des ausländischen Konkursdekretes beantragt ist. Voraussetzung dafür ist, dass die Eröffnung eines IPRG-Konkurses glaubhaft gemacht wird⁹⁴. Zudem setzt das schweizerische Recht voraus, dass die Sicherung des Schuldnervermögens wegen der *Gefährdung der Gläubigerinteressen* geboten scheint⁹⁵.

Im IPRG nicht ausdrücklich geregelt ist die Rechtsfrage, ob auch vorsorgliche Massnahmen" eines ausländischen Gerichtes anzuerkennen sind. Wird nun seitens der Gläubigerschaft glaubhaft gemacht, dass deren Forderungen höchst gefährdet erscheinen und ist der IPRG-Konkurs noch nicht eröffnet, stellt sich die Frage, auf welche Rechtsgrundlage sich sichernde Massnahmen allenfalls stützen könnten. Eine Rechtsprechung hat sich seit Erlass des IPRG noch nicht herausgebildet. Die Lehre nimmt teilweise für die im Ausland ergangenen vorsorglichen Verfügungen eine regelungsbedürftige Lücke an. Dementsprechend wird eine analoge Anwendung der allgemeinen Regeln über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheide gemäss IPRG 25 ff. erwogen".

Die Rechtsprechung des Zürcher Konkursrichters hat diese Meinung in einem Entscheid⁹⁸ übernommen und eine

89 Botschaft, 38.

90 Botschaft, 190.

91 Analog zu ZPO 213 Ziff. 5, Zürcher Obergericht, 9.10.1990, vorstehend FN 35.

92 Botschaft, 191; VOLKEN, IPRG 170N 5.

93 Vgl. bspw. den unter IV.3.1.3. angeführten Entscheid mit weiteren

Verweisen. 94 D.

STAEHELIN, IIO.

95 SchKG 162; AMONN, § 36 N 14.

96 Die Botschaft ist in diesem Punkt nicht eindeutig; vgl. Botschaft, 189.

97 VISCHER, BJM 1989, 187; a.M. A. STAEHELIN, BJM 1989, 181.

98 Unveröffentlichter Entscheid des Zürcher Konkursrichters vom 17.10.1992 in Sachen V. in Anwendung von ZGB I II, Verfahrens-Nr. EK923042. Zum Sachverhalt: Die ausländische Konkursoröffnung war noch nicht rechtskräftig, weshalb der ausländische Konkursrichter vorsorgliche Massnahmen zum Schutz der Gläubiger getroffen hatte.

vollstreckbare ausländische vorsorgliche Massnahme vor Eröffnung des IPRG-Konkurses anerkannt. Im konkreten Fall war die Anordnung vorsorglicher Massnahmen begründet, da gesicherte Kenntnisse über eine vollstreckbare ausländische vorsorgliche Massnahme und die glaubhafte Darlegung der Gläubigergefährdung gegeben waren. Deren Ausgestaltung richtete sich aufgrund des internationalen Zivilprozessrechts nach der *lex fori*. Gestützt auf SchKG 162 und 170 hat der Konkursrichter die zur Wahrung der Rechte der Gläubiger *notwendigen vorsorglichen Massnahmen* wie Anordnung eines Güterverzeichnisses, Zahlungsverbote an Dritte mit Wohnsitz in der Schweiz, Sperrung von Forderungen, Wegnahme von Gegenständen, Schliessung von Lokalitäten, Versiegelung getroffen. Diese interrechtlichen Gläubigerschutzmassnahmen wurden bis zu dem Zeitpunkt angeordnet, in dem der ausländische Konkursrichter den Hauptentscheid gefällt haben und damit die Voraussetzung für die Eröffnung des IPRG-Konkurses in der Schweiz gegeben sein würde. Da der Gemeinschuldner naturgemäss keinen Wohnsitz in der Schweiz hatte, waren die Verbote - analog zum Arrest - an Dritte im Inland zu erlassen.

Durch dieses Vorgehen wird das schweizerische Arrestrecht nicht umgangen. Der Arrest nach internem schweizerischen Recht setzt im Gegensatz zur kollisionsrechtlich begründeten sichernden Massnahme keinen rechtskräftigen ausländischen Massnahmeentscheid voraus.

VI. Ausblick

Die vorstehenden Ausführungen versuchen aufzuzeigen, dass bei zunehmender *Internationalisierung der Wirtschaft und des Rechts* nicht nur die Sicht der transnational tätigen Unternehmen zu berücksichtigen ist. Soll der demokratische Glaube an die ausgleichende Funktion des Rechts in diesem neuen Umfeld erhalten bleiben, ist den *Interessen der von dieser Entwicklung unmittelbar betroffenen Privathaushalte (Arbeitnehmer und Konsumenten)* vermehrt Beachtung zu schenken. Im internationalen Wirtschafts- und Vollstreckungsrecht ist ausser dem Bereich des Handelsrechts stets auch die Geltung des Arbeits- und Konsumentenrechts in Erwägung zu ziehen. Das Wirtschaftsrecht ist als Einheit des Handels-, Arbeits- und Konsumentenrechts zu betrachten.

Im internationalen Konkursrecht führt diese Betrachtungsweise zu einer Verdeutlichung von Sinn und Zweck des Gläubigerschutzes nach SchKG und IPRG in der heutigen Ausgestaltung durch den Gesetzgeber. Es ist Ziel dieses Aufsatzes, auf diesen Zusammenhang hinzuweisen.

Beide Gesetze befinden sich gegenwärtig gerade mit Bezug auf die Frage des Gläubigerschutzes in Revision. Die typischerweise dem *Handelsrecht* zuzurechnenden pfandgesicherten Gläubiger erfahren in der Revision keine Verminderung des Schutzzumfangs. Auch die Forderungen der Arbeitnehmer aus *Arbeitsrecht* bleiben hinsichtlich des vollstreckungsrechtlichen Schutzzumfangs sowohl im ma-

teriellen Recht⁹⁹ als auch im Kollisionsrecht¹⁰⁰ gewahrt. Fraglich sind demgegenüber die Änderungen mit Bezug auf die Einleger, deren wirtschaftliche Interessen typischerweise dem *Konsumentenrecht* zuzuordnen sind. Da die Regelung des IPRG jener des SchKG angepasst werden soll, tritt eine Verschlechterung des allgemeinen Gläubigerschutzes¹⁰¹ im internationalen Konkursrecht ein. Angesichts dieser Tatsache kommt den besonderen bzw. sektoriellen¹⁰² Schutznormen im Rahmen einer gesamteuropäischen Gesetzgebung erhöhte Bedeutung zu.

99 SchKG 219 IV, Erste Klasse, lit. a; gemäss Botschaft vom 8.2.1991 (91.034) über die Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs.

100 Anpassung von IPRG 172 I lit. b; gemäss 22. Anhang zur in vorstehender FN zitierten SchKG-Botschaft.

101 Die SchKG-Revision sieht eine völlige Streichung der Spar- und Einleger-Schutznormen in revSchKG 219 IV und rev IPRG 172 I lit. b vor.

102 Der schweizerische Gesetzgeber sollte daher im Hinblick auf einen autonomen Nachvollzug ernsthaft die Übernahme der EU-Richtlinie vom 30. Mai 1994 über Einlagensicherungssysteme, RL 94/19/EG vom 30. Mai 1994, Amtsblatt der EU, L135/5-14, prüfen. Die entsprechende Konvention XVIII der schweizerischen Bankiervereinigung vom 1. Juli 1993 kennt diesbezüglich keinen direkten Rechtsanspruch des Einlegers. Aus diesem Grund bleibt die Staatsgarantie für Einlagen bei den schweizerischen Kantonalbanken vor allem für die Privathaushalte in der Schweiz von unverminderter Aktualität.

Dans l'internationalisation progressive de l'économie et du droit on ne devrait pas tenir compte que de la vue des sociétés transnationales. Au contraire faudrait-il prendre davantage en considération les intérêts des ménages privés (employés, consommateurs) qui sont concernés par ces développements.

L'auteur représente un point de vue, dans lequel le droit économique réunit dans un ensemble les droits commercial, de travail et de protection des consommateurs. Dans le droit de la faillite internationale, ce point de vue amène une élucidation des buts de la protection des créanciers selon la LP et la LDIP. Moyennant des cas tirés de la pratique judiciaire, l'auteur présente les stratégies transnationales de débiteurs futurs et leur oppose des contre-stratégies du législateur relevant du droit des conflits de lois. Ce faisant, il avance une série de propositions a propos de comment doivent être interprétées les dispositions du chapitre 11 de la LDIP.

Lorenz Ehrler, licence en droit

Literaturübersicht

- D. ACOCELLA: Internationale Zuständigkeit sowie Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen in Zivilsachen im schweizerisch-italienischen Rechtsverkehr, St. Gallen 1989
- E. AMONN: Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 5. A., Bern 1993
- Botschaft: Botschaft des Bundesrates (82.072) zum Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (!PR-Gesetz) vom 10. November 1982 (Sonderdruck).
- P. BREITENSTEIN: Internationales Insolvenzrecht der Schweiz und der Vereinigten Staaten; Eine rechtsvergleichende Darstellung, Zürich 1990
- Q. BRUNNER/M. HOULMANN/M. REUTIER: Kollokations- und Widerspruchsklagen nach SchKG, Bern 1994
- R. BÜRGI: Konkursrechtliche Staatsverträge der Schweiz mit den ehemaligen Königreichen Württemberg und Bayern sowie mit Frankreich, in Festschrift 100 Jahre SchKG, Zürich 1989, 175 ff.
- S. DALLEVES (1986): Les accords bilatéraux en matière de faillite, notamment la Convention franco-suisse de 1869, in Premier Seminaire de Droit international et de Droit européen, Le droit de la faillite internationale, 1986, 85 ff.
- T. DALLEVES (1989): Le sequestre de biens de personnes résidant à l'étranger, ZWR 23/1989, 368 ff.
- U. DALLEVES (1990): Droit de l'insolvence, in Schriften zum Europarecht, Bd. 1, Zürich 1990
- V. Tu. EBENROTH: Das Gesellschaftsrecht im neuen schweizerischen IPRG, in ZSR NF 108 (1989), 49 ff.
- W. FRITZSCHE/H. U. WALDER: Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Bd. I, 3. A., Zürich 1984; Bd. II, Zürich 1993
- P.-R. GILLIERON (1988): Le chapitre 11 de la loi fédérale sur le droit international privé (loi de DIP) et le droit international suisse de l'exécution forcée générale collective, BISchK 52/1988, 161 ff., 201 ff.
- P.-R. GILLIERON (1992): Généralités sur la faillite en droit national et international suisse, SZIER 2/1992, 135 ff.
- P.-R. GILLIERON (1992): Qu'y a-t-il de nouveau dans la matière de faillite internationale? ZSRNF 111 (1992) I, 259 ff.
- P. GÖTIWALD: Die internationale Zwangsvollstreckung, IPRax 11/1991, 285 ff.
- Q. GULDENER: Das internationale und interkantonale Zivilprozessrecht in der Schweiz, Zürich 1951; Supplement, Zürich 1959
- R. HANISCH (1979): Die international-insolvenzrechtlichen Bestimmungen des Entwurfs eines schweizerischen !PR-Gesetzes, in Konkurs-, Treuhand- und Schiedsgerichtswesen, 1979, 233 ff.
- S. HANISCH (1980): Aktuelle Probleme des internationalen Insolvenzrechts, in SJIR XXXVI (1980)
- T. HANISCH (1988): Wirkungen deutscher Insolvenzverfahren auf in der Schweiz befindliches Schuldnervermögen, in JZ 1988
- U. HANISCH (1992): Internationales Insolvenzrecht des Auslandes und das Gegenrecht nach Art. 166 Abs.1 IPRG, in SZIER 2/1992, 3 ff.
- V. KELLERIK. SIEHR: Allgemeine Lehren des internationalen Privatrechts, Zürich 1986
- W.E. KLEIN: Die gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen des IPRG, in BJM 1989, 369
- X. KNOEPFLER/PH. SCHWEIZER: Précis de droit international privé suisse, Bern 1990
- Y. KREN KOSTKIEWICZ: Internationales Konkursrecht; Anerkennung ausländischer Konkursdekrete und Durchführung eines Sekundärkonkurses in der Schweiz, in BISchK 1993, 1
- Z. MANHANSKY: Arrest, einstweilige Verfügung und die Anwendung ausländischen Rechts, IPRax 1990, 372 ff.
- F. MATSCHER: Vollstreckung im Auslandverkehr von vorläufig vollstreckbaren Entscheidungen und von Massnahmen des provisorischen Rechtsschutzes, ZZP 1982, 170 ff.
- L. MEIER: Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes, Zürich 1983
- K. MÖSLE ILKA: Internationale Forderungspfändung unter besonderer Berücksichtigung der Schweiz, der Bundesrepublik Deutschland und Frankreichs, Berlin 1991
- L. NUSSBAUM (1980): Das internationale Konkursrecht der Schweiz de lege lata et ferenda, Zürich 1980
- M. NUSSBAUM (1989): Das schweizerische internationale Insolvenzrecht gemäss Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das internationale Privatrecht und sein Umfeld in Europa, Zürich 1989
- N. P. SCHAUB: Zur Problematik des internationalen Konkursrechts der Schweiz, in ZSR NF 101 (1982) I, 21 ff.
- A.K. SCHNYDER (1990): Das neue !PR-Gesetz, 2. A., Zürich 1990 A.
- K. SCHNYDER (1990): Wirtschaftskollisionsrecht, Zürich 1990
- B. K. SCHNYDER (1991): Rechtsprechung sowie ein rechtsvergleichender Hinweis zum internationalen Privat- und Wirtschaftrecht 1989/90, SZW 63/1991, 89 ff.
- C. K. SCHNYDER (1994): Internationales Konkursrecht der Schweiz - unter Berücksichtigung des US-amerikanischen Rechts, in HELDRICHKONO (Hrsg.), Herausforderungen des Internationalen Zivilverfahrensrechts, Tübingen 1994, 199-136
- D. SCHWANDER (1975): Lois d'application immédiate, Sonderanknüpfung, IPR-Sachnormen und andere Ausnahmen von der gewöhnlichen Anknüpfung im IPR, Freiburg/Ü 197 5
- E. SCHWANDER (1988): Die Handhabung des neuen iPR-Gesetzes, in HANGARTNER (Hrsg.), Die allgemeinen Bestimmungen des Bundesgesetzes über das internationale Privatrecht, St. Gallen 1988, 11 ff.
- F. SCHWANDER (1990): Internationales Privatrecht und internationales Zivilprozessrecht, in D. SCHINDLERIG. HERTIG/J. KELLENBERGERI D. THÜRERIR. ZÄCH (Hrsg.), Die Europaverträglichkeit des schweizerischen Rechts, Zürich 1990, 583 ff.
- G. STAEHELIN: Das neue Bundesgesetz über das internationale Privatrecht in der praktischen Anwendung; ZPONollstreckung, in BJM 1989, 169 ff.
- H. STAEHELIN: Die Anerkennung ausländischer Konkurse und Nachlassverträge in der Schweiz (Art. 166 ff. IPRG), Basel 1989
- I. VOLKEN (1988): Das Lugano-Übereinkommen vom 16. September 1988 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, SJIR 1988, 561 ff.
- J. VOLKEN (1990): Der internationale Konkurs in neuer Sicht, in Melanges du centenaire, AISUF 95, Fribourg 1990
- K. VÜLKEN: Kommentar zum Internationalen Privatrecht, Zürich 1993, Art. 166 f. IPRG
- L. VOYAME: La Convention de Lugano sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, in F. DESSEMONTET (Hrsg.), Le nouveau droit international privé suisse, Travaux des journées d'études du 9 et 10 octobre 1987, Lausanne 1988, 257 ff.
- M.U. WALDER (1986): Die international-konkursrechtlichen Bestimmungen des Entwurfs des Bundesgesetzes über das internationale Privatrecht (!PR-Gesetz) und die Auswirkungen auf die konkursrechtliche Praxis der Schweiz, Liechtensteinische Juristenzeitung (LJZ) 7/1986, 51 ff.
- N. U. WALDER (1989): Die international-konkursrechtlichen Bestimmungen des neuen !PR-Gesetzes, in Festschrift 100 Jahre SchKG, Zürich 1989, 325 ff. |
- O. U. WALDER (1989): Einführung in das Internationale Zivilprozessrecht der Schweiz (IZPR), Zürich 1989
- P. U. WALDER II. MEIER: Vorsorgliche Massnahmen ausländischer Gerichte unter dem neuen !PR-Gesetz, SJZ 1987, 238 ff.