

# Handlungsspielraum ausländischer Insolvenzmassen in der Schweiz

560



**FRANCO LORANDI**  
Prof. Dr. iur., LL.M., Rechts-  
anwalt, Lehrbeauftragter  
an der Universität St. Gallen  
(HSG)

## II. Handlungsspielraum der ausländischen Insolvenzverwaltung

Welche Handlungen eine ausländische Konkursverwaltung in der Schweiz vornehmen kann, hängt von deren Rechts- und Handlungsfähigkeit sowie deren Legitimation ab. Diese wiederum sind davon abhängig, ob in der Schweiz ein Anschlussverfahren gemäss Art. 166 ff. IPRG<sup>1</sup> durchgeführt wird. Soweit Staatsverträge<sup>2</sup> Anwendung finden, gehen die-

<sup>1</sup> Zum UNCITRAL-Modellgesetz betreffend grenzüberschreitender Insolvenz vgl. ALEXANDER MARKUS, Das neue UNCITRAL-Modellgesetz betreffend grenzüberschreitende Insolvenz, SZW 1998, 15 ff.

<sup>2</sup> Die staatsvertragliche Regelung wird nachfolgend nicht behandelt. Es wird diesbezüglich auf die einschlägige Literatur und Judikatur verwiesen: ERICH BÜRGI, Die «Übereinkunft zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Krone Württemberg, betreffend die Konkursverhältnisse und gleiche Behandlung der beidseitigen Staatsangehörigen in Konkursfällen» (Konkursvertrag) vom 12. Dezember 1825/13. Mai 1826, BLSchK 1974, 1 ff.; WERNER NUSSBAUM, Das internationale Konkursrecht der Schweiz, Diss. Bern 1980, 49 ff.; DERS., Anerkennung und Vollstreckung eines auf dem Gebiet des früheren Königreichs Württemberg eröffneten Konkurses in der Schweiz, SJZ 1984, 355 f.; LOUIS DALLÈVES, Schuldbeitreibung und Konkurs: Internationale Konkurse, SJK Nr. 987 (zit. SJK Nr. 987), 5 ff.; PIERRE-ROBERT GILLIÉRON, Les dispositions de la nouvelle loi fédérale de droit international privé sur la faillite internationale, CEDIDAC Lausanne 1991, 41 ff.; DANIEL STAEHELIN, Die Anerkennung ausländischer Konkurse und Nachlassverträge in der Schweiz (Art. 166 ff. IPRG), Diss. Basel 1989, 4 ff., 71 ff.; DERS., Konkurs im Ausland – Drittschuldner in der Schweiz, in: HANS MICHAEL RIEMER/MORITZ KUHN/DOMINIK VOCK/MYRIAM A. GEHRI (Hrsg.), Schweizerisches und internationales Zwangsvollstreckungsrecht, FS für Karl Spühler, Zürich 2005, 415 f.; STEPHEN V. BERTY/DOMINIK INFANGER, Praktische Gedanken zur Frage der Kontrolle der Übernahme von Rechtswirkungen ausländischer Konkursdekrete in der Schweiz, in: HANS MICHAEL RIEMER/MORITZ KUHN/DOMINIK VOCK/MYRIAM A. GEHRI (Hrsg.), Schweizerisches und Internationales Zwangsvollstreckungsrecht, FS für Karl Spühler zum 70. Geburtstag, Zürich 2005, 37 ff.; JURT AMONN, ZBJV 1985, 465 ff.; SAVERIO LEMBO/YVAN JEANNERET, La reconnaissance d'une faillite étrangère (art. 166 et ss. LDIP): état des lieux et considérations pratiques, SemJud 2002 II, 249 ff.; ANDREA BRACONI, La collocation des créances en droit international suisse de la faillite, Diss. Zürich 2005, 5 ff.; ANDREAS SPAHLINGER, Sekundäre Insolvenzverfahren bei grenzüberschreitenden Insolvenzen, Eine vergleichende Untersuchung zum deutschen, US-amerikanischen, schweizerischen und europäischen Recht, Studien zum ausländischen und internationalen Recht, Tübingen 1998; BGE 109 III 83 ff., 100 Ia 23, 94 III 83; ZR 1997 Nr. 104.

### Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Handlungsspielraum der ausländischen Insolvenzverwaltung
  - A. Rechts- und Handlungsfähigkeit
  - B. Legitimation
    1. Keine Zwangsmassnahmen der ausländischen Konkursverwaltung in der Schweiz
    2. Sonstige Handlungen zur Rechtsverfolgung
      - a. Vor Inkrafttreten des IPRG
      - b. Nach Inkrafttreten des IPRG
- III. Handlungsspielraum des ausländischen Gemeinschuldners
  - A. Volle Verfügungsfähigkeit des Schuldners
  - B. Beschränkte Verfügungsfähigkeit des Schuldners
  - C. Verlust der Vertretungsfähigkeit der Organe/Bestellung eines Beistandes bzw. Sachwalters
    1. Bisheriges Recht: Bestellung eines Beistandes
    2. Neues Recht: Bestellung eines Sachwalters?

## I. Einleitung

Wird über einen Schuldner (natürliche oder juristische Person) im Ausland ein Insolvenzverfahren (im Sinne einer Generalabwicklung) durchgeführt und befinden sich Vermögenswerte des Schuldners in der Schweiz, so stellt sich die Frage, welche Rechtshandlungen die ausländische Insolvenzmasse in der Schweiz vornehmen kann. Dies hängt von der Rechts- und Handlungsfähigkeit sowie der Legitimation der Insolvenzverwaltung einerseits und des Gemeinschuldners andererseits ab.

se der allgemeinen Regelung nach IPRG vor. Sonderregeln gelten auch für ausländische Insolvenzmassnahmen gegen Banken<sup>3</sup>.

## A. Rechts- und Handlungsfähigkeit

Zunächst stellt sich die Frage nach der Rechts- und Handlungsfähigkeit und damit auch nach der Prozessfähigkeit der ausländischen Konkursmasse. Diese richtet sich nach dem Personalstatut. Dies ist das Recht des Staates, in welchem der Konkurs eröffnet worden ist<sup>4</sup>. Damit richtet sich die Rechts- und Handlungsfähigkeit einer ausländischen Konkursmasse nach dem (ausländischen) Recht am Konkursort.

## B. Legitimation

Sodann stellt sich die Frage der Legitimation der ausländischen Konkursverwaltung, in der Schweiz Ansprüche geltend zu machen. Diesbezüglich ist zu unterscheiden:

### 1. Keine Zwangsmassnahmen der ausländischen Konkursverwaltung in der Schweiz

Das Ergreifen eigentlicher Zwangsmassnahmen ist der ausländischen Konkursverwaltung in jedem Fall verwehrt. Das Territorialitätsprinzip steht dem entgegen<sup>5</sup>. Damit sind etwa

Verwertungshandlungen ausgeschlossen; diese stellen nach schweizerischem Verständnis hoheitliche Akte dar<sup>6</sup>.

## 2. Sonstige Handlungen zur Rechtsverfolgung

Nicht vollends geklärt ist, welche (nicht hoheitlichen) Handlungen die ausländische Konkursverwaltung in der Schweiz vornehmen kann, wenn sie ihre Rechte wie eine Privatperson geltend machen will. Bis heute sind nur einzelne Teilaspekte durch die Rechtsprechung entschieden worden. Mit GILLIÉRON ist festzuhalten, dass die Rechtsprechung des Bundesgerichts verwirrt und teilweise widersprüchlich ist («la jurisprudence est confuse et contradictoire»)<sup>7</sup>. Dies hat auch damit zu tun, dass mit dem Inkrafttreten der Art. 166 ff. IPRG ein neues Regime eingeführt wurde, so dass unklar ist, inwieweit früheren Entscheiden auch unter Geltung des IPRG noch Bedeutung zukommt.

### a. Vor Inkrafttreten des IPRG<sup>8</sup>

Vor Inkrafttreten des IPRG bestand von Bundesrechts wegen keine Möglichkeit, einem ausländischen Konkurserkennnis<sup>9</sup> Wirkung für das Gebiet der Schweiz zu verschaffen. Die Frage der Anerkennung des ausländischen Konkurserkennnisses richtete sich nach kantonalem Recht<sup>10</sup>. Das Bundesgericht entschied einzelne Teilaspekte. Dabei zeigten sich zwei gegenläufige Entwicklungen:

Einerseits entschied das Bundesgericht, dass eine ausländische Konkursöffnung keinerlei Beschlagswirkung auf das in der Schweiz gelegene Vermögen haben kann<sup>11</sup>. Entsprechend wurde die Kollokationsklage eines anderen Gläubigers in der Betreuung auf Pfändung gegen die Forderung des ausländischen Konkursverwalters gutgeheissen<sup>12</sup>. Die

<sup>3</sup> Hier entscheidet die EBK über die Anerkennung von Konkursdekretten und Liquidations- sowie Sanierungsmassnahmen, die im Ausland über Banken ausgesprochen worden sind (Art. 37g Abs. 1 BankG). Die Anerkennung kann auch diesbezüglich nur gewährt werden, wenn Gegenrecht gegeben ist (DANIEL BODMER/BEAT KLEINER/BENNO LUTZ, Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen, 17. Nachlieferung 2006, Art. 37g BankG N 8; BasK-STAEHELIN, Art. 37g BankG N 4). Die Sonderregelung für Banken wird nachfolgend nicht behandelt.

<sup>4</sup> PAOLO MICHELE PATOCCHI/ELLIOTT GEISINGER, IPRG, Art. 166 IPRG N 5; GILLIÉRON (FN 2), 35; FRIDOLIN WALTHER, Paulianische Anfechtungsansprüche im internationalen Verhältnis – ausgewählte Probleme, in: KARL SPÜHLER (Hrsg.), Internationales Zivilprozess- und Verfahrensrecht V, Zürich 2005, 86; BGE 109 III 115, 100 Ia 21, 37 II 593; Bundesgerichtsurteil 7B.109/2004 vom 17. August 2004, E. 3.1, in: zzz 2004, 256 f., Bundesgerichtsurteil 5P.369/2002 vom 20. Mai 2003, E. 2.2.

<sup>5</sup> WALTHER (FN 4), 96; DERS., Allgemeiner Überblick: Grundlagen und Probleme des internationalen Konkursrechts, in: KARL SPÜHLER (Hrsg.), Aktuelle Probleme des Internationalen Insolvenzrechts, Zürich 2003, 11; IVO SCHWANDER, Entwicklungen im Internationalen Konkurs- und Sanierungsrecht, Jusletter 25. Oktober 2004, Rz. 41; FABIANA THEUS SIMONI, Englische, walisische und französische Konkursverwalter in der Schweiz, Diss. Zürich 1997, 340; NUSSBAUM (FN 2), 357; PIERRE-ROBERT GILLIÉRON, Qu'y a-t-il de nouveau en matière de faillite internationale?, ZSR 1992 I, 280, 282; PHILIPPE JUNOD, Tendances actuelles de la jurisprudence du Tribunal fédérale en matière de faillite prononcée à l'étranger avec des

biens situés en Suisse, in: Premier Séminaire de droit international et européen, Neuchâtel, 11–12 Oktober 1985: Le droit de la faillite internationale, Etudes suisse de droit international Band 46, Zürich 1986, 10 ff.; LEMBO/JEANNERET (FN 2), 254; BGE 130 III 629 f., 111 III 42, 109 III 86, 94 III 95; Bundesgerichtsurteil 7B.109/2004 vom 17. August 2004, E. 3.2, in: ZZZ 2004, 256 f.; Bundesgerichtsurteil 1P.161/1991 vom 24. Juli 1991, in: JdT 1993 II 126, E. 2a; SJZ 2001, 330.

<sup>6</sup> BasK-BÜRGI, Art. 256 SchKG N 12; KURT AMONN/FRIDOLIN WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 7. Aufl., Bern 2003, § 47 N 1; BGE 106 III 82 f.

<sup>7</sup> GILLIÉRON (FN 5), 280; vgl. auch DERS. (FN 2), 35, 50.

<sup>8</sup> Vgl. den Überblick bei STEFAN BREITENSTEIN, Internationales Insolvenzrecht der Schweiz und der Vereinigten Staaten, Diss. Zürich 1990, 114 ff.; GILLIÉRON (FN 2), 41 ff.; DALLÈVES, SJK Nr. 987, 3; NUSSBAUM (FN 2), 95 ff.

<sup>9</sup> Dasselbe galt für einen Nachlassvertrag.

<sup>10</sup> NUSSBAUM (FN 2), 41; GILLIÉRON (FN 2), 51; LOUIS DALLÈVES, Universalité et territorialité de la faillite dans la perspective de l'intégration européenne, BJSchK 1973, 161 ff.

<sup>11</sup> Pra 1 (1912) Nr. 286, 672.

<sup>12</sup> Pra 1 (1912) Nr. 58, 148 ff.

Dividende im Konkursverfahren über einen (inländischen) Drittschuldner war deshalb nicht an die ausländische Konkursverwaltung auszuhändigen<sup>13</sup>.

Andererseits war das Bundesgericht geneigt, das Territorialitätsprinzip etwas aufzuweichen<sup>14</sup>. So entschied es, einem ausländischen Konkursverwalter sei die Legitimation zuzuerkennen, in der Schweiz die Forderungen des ausländischen Gemeinschuldners einzuklagen und einzutreiben<sup>15</sup>. In einem anderen Fall entschied das oberste Gericht, eine ausländische Konkursverwaltung sei in einem schweizerischen Konkursverfahren zur Kollokationsklage (Zulassungsklage gemäss Art. 250 Abs. 1 SchKG) legitimiert, wenn keine Interessenkonflikte zwischen der ausländischen Masse und der ausländischen, in Konkurs gefallenen Gesellschaft sowie deren Gläubigern und Aktionären bestehe<sup>16</sup>. Noch weiter gehend hielt das Bundesgericht fest<sup>17</sup>: «La masse étrangère peut sans doute agir comme le ferait un privé devant les tribunaux suisses (ATF 109 III 117), mais elle ne peut y prendre comme telle des mesures de contrainte concernant l'inclusion dans sa masse de biens sis en Suisse. Elle est réduite à y procéder par des moyens de droit privé (ATF 102 III 77).»

#### b. Nach Inkrafttreten des IPRG

Mit Inkrafttreten des IPRG wurde ein neues Regime eingeführt. Die Art. 166 ff. IPRG regeln die Anerkennung eines ausländischen Konkursdekrets sowie die Anerkennung ausländischer Kollokationspläne. Die Anerkennung eines ausländischen Konkursdekrets hängt wesentlich davon ab, ob der Drittstaat *Gegenrecht* hält (Art. 166 Abs. 1 lit. c IPRG). Heute gilt das Gegenrechtserfordernis gerade einmal für dreizehn Staaten (wenn teilweise auch mit Einschränkungen) als gesichert (Bahamas, Belgien, British Virgin Islands, Deutschland, England, Griechenland, Hong Kong, Italien, Kanada, Luxemburg, USA, Spanien, Südafrika)<sup>18</sup>. Wird das ausländische Konkursdekret in der Schweiz anerkannt, findet ein Anschluss- oder Minikonkursverfahren statt. Damit können insbesondere Einzelvollstreckungen (namentlich auf dem Weg des Arrestes; Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG) verhindert werden.

Die Legitimation des ausländischen Insolvenzverwalters hängt davon ab, ob ein solches Anschlusskonkursverfahren durchgeführt wird oder nicht:

#### aa. Wenn ein Anschlusskonkursverfahren in der Schweiz durchgeführt wird

Nach Inkrafttreten des IPRG hat das Bundesgericht für den Fall, dass ein Anschlusskonkursverfahren in der Schweiz durchgeführt wird, entschieden, dass eine ausländische Konkursmasse einzig legitimiert ist, einen Antrag auf Anerkennung des ausländischen Konkursdekrets zu stellen und sichernde Massnahmen (gemäss Art. 166 und Art. 169 IPRG) zu beantragen. Falls das ausländische Konkursdekret in der Schweiz anerkannt worden ist, kann die ausländische Konkursverwaltung auch eine Anfechtungsklage gemäss Art. 285 ff. SchKG erheben (Art. 171 IPRG).

Andere Rechtshandlungen kann sie nicht vornehmen<sup>19</sup>. Für eine Admassierung der in der Schweiz belegenen Vermögenswerte durch die ausländische Konkursverwaltung bleibt neben den Bestimmungen von Art. 166 ff. IPRG kein Raum<sup>20</sup>. Insbesondere kann sie in der Schweiz ihr zustehenden Forderungen nicht in Betreuung setzen bzw. keine Rechtsöffnung verlangen<sup>21</sup>. Sie kann auch keinen strafrechtlichen Beschlagnahme von in der Schweiz belegenen Vermögensobjekten bewirken<sup>22</sup>.

Einzig das in der Schweiz zuständige Konkursamt ist befugt, die zur ausländischen Konkursmasse gehörenden Rechte auszuüben, soweit es um in der Schweiz belegenes Vermögen geht<sup>23</sup>.

#### bb. Wenn kein Anschlusskonkursverfahren in der Schweiz durchgeführt wird

Unklar ist, ob das Gesagte auch dann gilt, wenn (noch) gar kein Verfahren gemäss Art. 166 ff. IPRG eingeleitet worden ist. Dies kann der Fall sein, weil noch kein Antrag auf Anerkennung des ausländischen Konkursdekrets gestellt worden ist, weil dessen Anerkennung verweigert wurde<sup>24</sup> oder weil ein Antrag auf Anerkennung ohne Aussicht auf Erfolg ist, da

<sup>13</sup> BGE 54 III 28 f.

<sup>14</sup> STAEHELIN, Diss. (FN 2), 21; BGE 109 III 112.

<sup>15</sup> BGE 40 III 367.

<sup>16</sup> BGE 109 III 117.

<sup>17</sup> BGE 111 III 42; vgl. auch Bundesgerichtsurteil 5P.246/2000 vom 29. August 2000, E. 2 in fine; SJZ 2001, 329 f.

<sup>18</sup> BasK-BERTI, Art. 166 IPRG N 37 ff.; ZK-VOLKEN, Art. 166 IPRG N 102 ff.; STAEHELIN, Diss. (FN 2), 71 ff.; HANS HANISCH, Internationale Insolvenzrechte des Auslandes und das Gegenrecht nach Art. 166 Abs. 1 IPRG, SZIER 1992, 9 ff.; FELIX ZILTENER/ANDREA SPÄTH, Die Anerkennung ausländischer Konkurse in der Praxis des Bezirksgerichts Zürich, ZZZ 2005, 77 ff.

<sup>19</sup> GILLIÉRON (FN 2), 55; PATOCCHI/GEISINGER (FN 4), Art. 166 IPRG N 4; Bundesgerichtsurteil 1P.161/1991 vom 24. Juli 1991, E. 2.c./d in: JdT 1993 II 127 f.

<sup>20</sup> BGE 130 III 630 mit Verweis auf BGE 129 III 688.

<sup>21</sup> BGE 129 III 688.

<sup>22</sup> Bundesgerichtsurteil 1P.161/1991 vom 24. Juli 1991, E. 2.d in: JdT 1993 II 127 f.

<sup>23</sup> Bundesgerichtsurteil 1P.161/1991 vom 24. Juli 1991, E. 2.d in: JdT 1993 II 127 f.

<sup>24</sup> Entgegen BREITENSTEIN (FN 8), 195 ff., ist damit bei Nichtanerkennung des ausländischen Konkursdekrets nicht gleichsam ein «sachlich und persönlich beschränktes Konkursverfahren» durchzuführen. Wiederum entgegen BREITENSTEIN (FN 8), 197, wird bei Nichtanerkennung des ausländischen Konkursdekrets wegen fehlenden Gegenrechts auch kein Überschuss an die ausländische Konkursmasse abgeliefert.

die Voraussetzungen (namentlich das Erfordernis des Gegenrechts; Art. 166 Abs. 1 lit. c IPRG) nicht gegeben sind.

Verschiedene Entscheide des Bundesgerichts betreffen Sachverhaltskonstellationen, in welchen ein Anschlusskonkursverfahren in der Schweiz eingeleitet worden war<sup>25</sup>. Das Bundesgericht hat bis vor kurzem die Frage ausdrücklich offen gelassen, wie es sich verhält, wenn kein Anschlusskonkursverfahren in der Schweiz durchgeführt wird<sup>26</sup>. Es hat einzig entschieden, ohne Anschlusskonkursverfahren sei die ausländische Konkursverwaltung nicht befugt, Personen mit Sitz bzw. Wohnsitz in der Schweiz die ausländische Konkursöffnung anzuzeigen<sup>27</sup>.

Dieser Grundsatz ist m.E. verallgemeinerungsfähig<sup>28</sup>. Der ausländische Konkurs entfaltet keine, zumindest keine konkurstypischen, Wirkungen in der Schweiz<sup>29</sup>. Wollte man der ausländischen Konkursverwaltung mehr bzw. weiter gehende Rechte zugestehen, wenn die Anerkennung verweigert wurde bzw. bevor eine Anerkennung erfolgt ist, würde dies im Ergebnis auf eine unzulässige Umgehung der Art. 166 ff. IPRG hinauslaufen<sup>30</sup>. Die alte Rechtsprechung des Bundesgerichts, welche vor Inkrafttreten des IPRG ergangen ist<sup>31</sup>, ist m.E. nicht mehr einschlägig<sup>32</sup>.

Die Kompetenzen der ausländischen Konkursverwaltung können nicht weiter gehen, als wenn ein ausländisches Konkursdekret anerkannt und demzufolge ein Anschlusskonkursverfahren durchgeführt wird<sup>33</sup>: Die ausländische Konkursver-

waltung ist nur befugt, das Anschlusskonkursverfahren bzw. sichernde Massnahmen zu beantragen (Art. 166 Abs. 1 und Art. 168 IPRG)<sup>34</sup>. Andere Rechtshandlungen kann sie nicht vornehmen<sup>35</sup>. Einzig das in der Schweiz zuständige Konkursamt wäre befugt, die zur ausländischen Konkursmasse gehörenden Rechte auszuüben, soweit es um in der Schweiz belegenes Vermögen geht<sup>36</sup>. Mangels Anschlusskonkursverfahren ist aber (noch) kein schweizerisches Konkursamt zuständig.

Der ausländischen Konkursverwaltung sind damit die Hände gebunden. Sie ist insbesondere *nicht legitimiert*, Forderungen in der Schweiz in Betreuung zu setzen<sup>37</sup>, im Insolvenzverfahren (Konkurs, Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung) über den Drittschuldner Forderungen einzugeben, Kollokationsklage (sei es eine Zulassungs- [Art. 250 Abs. 1 SchKG] oder eine Wegweisungsklage [Art. 250 Abs. 2 SchKG]) zu führen<sup>38</sup>, Aussonderung zu verlangen bzw. Aussonderungsklage zu führen, Arrest auf fremdes<sup>39</sup> Vermögen zu legen, Zivilklage zu führen<sup>40</sup>, Aktiven zu verwerten<sup>41</sup>, Drittschuldner zur Zahlung anzuhalten<sup>42</sup> oder Anfechtungsklage zu führen<sup>43</sup>.

334 ff.; FRANCOIS KNOEPFLER/PHILIPPE SCHWEIZER, *Droit international privé suisse*, 2. Aufl., Bern 1995, 222.

<sup>34</sup> THEUS SIMONI (FN 5), 343.

<sup>35</sup> BREITENSTEIN (FN 8), 195; GILLIÉRON (FN 2), 55; LEMBO/JEANNERET (FN 2), 254; Bundesgerichtsurteil 1P.161/1991 vom 24. Juli 1991, in: JdT 1993 II 127 f., E. 2.c./d; 4A\_231/2007 vom 6. März 2008, E. 9.2.

<sup>36</sup> Bundesgerichtsurteil 1P.161/1991 vom 24. Juli 1991, in: JdT 1993 II 127 f., E. 2. d.

<sup>37</sup> WALTHER (FN 4), 96; THEUS SIMONI (FN 5), 342; a.M. SCHWANDER (FN 33), 334 f., unter Berufung auf das Institut der Berücksichtigung; Bundesgerichtsurteil 4A\_231/2007 vom 6. März 2008, E. 9.2.1 und E. 9.2.3; anders für die Zeit vor Inkrafttreten des IPRG: BGE 37 II 593.

<sup>38</sup> Anders für die Zeit vor Inkrafttreten des IPRG: BGE 109 III 117, 37 II 593.

<sup>39</sup> Arrestlegung für *eigenes* Vermögen ist schon logisch ausgeschlossen, da niemand sein eigener Gläubiger bzw. Schuldner sein kann (WALTHER [FN 4], 12; THEUS SIMONI [FN 5], 341; BGE 102 III 71 ff., 37 II 594).

<sup>40</sup> BREITENSTEIN (FN 8), 195; WALTHER (FN 4), 89, Fn. 30, 97 f.; vgl. auch Bundesgerichtsurteil 4A\_231/2007 vom 6. März 2008, E. 9.2; THEUS SIMONI (FN 5), 342; ZK-VOLKEN, Art. 171 IPRG N 42, beide in Bezug auf die Anfechtungsklage; a.M. NUSSBAUM (FN 2), 357; ComR-KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, Art. 166 IPRG N 1; SCHWANDER (FN 33), 334 f., unter Berufung auf das Institut der Berücksichtigung.

<sup>41</sup> KARL WÜTHRICH, Kann eine ausländische Konkursmasse in der Schweiz eine Klage gegen einen ihrer Schuldner mit Sitz oder Wohnsitz in der Schweiz einleiten?, Jusletter 25. Oktober 2004, Rz. 3.

<sup>42</sup> HARDMEIER (FN 32), 16 f.; WALTHER (FN 5), 12, Fn. 27; STAEHELIN (FN 2), 412; BGE 130 III 630; vgl. auch Bundesgerichtsurteil 4A\_231/2007 vom 6. März 2008, E. 9.2; a.M. STAEHELIN, Diss. (FN 2), 20 f.; ZR 2000 Nr. 63, 176 und 178.

<sup>43</sup> STAEHELIN, Diss. (FN 2), 144; GILLIÉRON (FN 2), 55; THEUS SIMONI (FN 5), 341; FLORIAN BOMMER, Die Zuständigkeit für Widerspruchs- und Anfechtungsklagen im internationalen Verhältnis, Diss. Zürich 2001, 161; ZR 106 Nr. 28.

<sup>25</sup> BGE 129 III 683; Bundesgerichtsurteil 1P.161/1991 vom 24. Juli 1991, E. 2, in: JdT 1993 II 125 ff.

<sup>26</sup> Bundesgerichtsurteil 7B.109/2004 vom 17. August 2004, E. 3.2, in: zzz 2004, 256 f.; vgl. auch Bundesgerichtsurteil 4A\_231/2007 vom 6. März 2008, E. 9.2.

<sup>27</sup> BGE 130 III 630.

<sup>28</sup> So auch ZK-VOLKEN, Art. 171 IPRG N 39; WALTHER (FN 4), 95 ff.; BERTI/INFANGER (FN 2), 35 ff.; a.M. STAEHELIN, Diss. (FN 2), 21; SJZ 2001, 329 f.

<sup>29</sup> DALLÈVES, SJK Nr. 987, 2 f.; ComR-KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, Art. 166 IPRG N 1.

<sup>30</sup> So auch WALTHER (FN 4), 95.

<sup>31</sup> II.B.2.a.

<sup>32</sup> STAEHELIN, Diss. (FN 2), 21; HANS ULRICH HARDMEIER, Grenzüberschreitende Insolvenzverfahren, *Anwaltsrevue* 5/2000, 16 f.; BasK-BERTI, vor Art. 166 ff. IPRG N 6; vgl. auch ZK-VOLKEN, Art. 171 IPRG N 39, in Bezug auf Anfechtungsklagen; a.M. STAEHELIN, Diss. (FN 2), 14, 17; THEUS SIMONI (FN 5), 340; JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ, Internationales Konkursrecht: Anerkennung ausländischer Konkursdekrete und Durchführung eines Sekundärkonkurses in der Schweiz, *BISchK* 1993, 21; SJZ 2001, 330; ZR 2000, Nr. 63, 175 und 177 f.

<sup>33</sup> Differenzierend: IVO SCHWANDER, Anerkennung ausländischer Konkursdekrete, Nachlassverträge und Kollokationspläne in der Schweiz, in: *Recht und Internationalisierung*, Festgabe der Juristischen Abteilung der Universität St. Gallen zum Juristentag 2000, Zürich 2000, 334 f., welcher für die Legitimation der ausländischen Konkursverwaltung auch eine sog. «Berücksichtigung» zulassen will; zur Berücksichtigung im Allgemeinen vgl. IVO SCHWANDER, Einführung in das internationale Privatrecht, 1. Bd.: Allgemeiner Teil, 3. Aufl., St. Gallen 2000,

Damit verliert die strittige Frage, ob das Einziehen von auf Schweizer Bankkonten belegenem Vermögen durch die ausländische Konkursverwaltung sowie die Eigentumsübertragung der in der Schweiz liegenden Vermögenswerte auf die ausländische Masse als rechtsgeschäftliches Tätigwerden oder als vollstreckungsrechtliche Massnahme zu qualifizieren sind<sup>44</sup>, an Bedeutung. So oder anders fehlt es der ausländischen Konkursverwaltung an der Legitimation<sup>45</sup>.

### III. Handlungsspielraum des ausländischen Gemeinschuldners

Kann die ausländische Konkursverwaltung demnach auch auf dem Boden des Privatrechts keine rechtsgeschäftlichen Handlungen in der Schweiz vornehmen, stellt sich die Frage, ob allenfalls der Gemeinschuldner dies tun kann. Kann er dies, so kann er auch die ausländische Konkursverwaltung bevollmächtigen, für ihn zu handeln. Ob der Gemeinschuldner trotz Konkurs im Ausland in der Schweiz agieren kann, hängt davon ab, welche Wirkungen ein ausländischer Konkurs ohne Anschlusskonkursverfahren auf die Handlungsfähigkeit des Gemeinschuldners zeitigt. Die Meinungen dazu gehen auseinander. Es werden im Wesentlichen drei Ansichten vertreten:

#### A. Volle Verfügungsfähigkeit des Schuldners

Misst man dem ausländischen Konkursdekret infolge fehlendem Anschlusskonkursverfahren keinerlei Wirkungen auf die Handlungsfähigkeit des Gemeinschuldners (bei natürlichen Personen) bzw. die Vertretungsbefugnis der Organe des Gemeinschuldners (bei juristischen Personen) zu, so bleiben der Gemeinschuldner bzw. die Organe verfügungsberechtigt<sup>46</sup>. Sie können selber handeln oder<sup>47</sup> die ausländische

dische Konkursverwaltung bevollmächtigen, für den Gemeinschuldner zu handeln<sup>48</sup>.

#### B. Beschränkte Verfügungsfähigkeit des Schuldners

Zu einem ähnlichen Ergebnis gelangt man, wenn man – trotz fehlendem Anschlusskonkursverfahren in der Schweiz – die durch den ausländischen Konkurs bewirkte Beschränkung der Verfügungsbefugnis des Gemeinschuldners (bei natürlichen Personen) bzw. der Vertretungsbefugnis der Organe des Gemeinschuldners (bei juristischen Personen) beachtet<sup>49</sup>. Massgebend für die Handlungsfähigkeit natürlicher Personen ist das Recht am Wohnsitz (Art. 35 IPRG)<sup>50</sup>. Bei juristischen Personen ist das Gesellschaftsstatut massgebend (Art. 154 Abs. 1, Art. 155 lit. i IPRG)<sup>51</sup>.

Geht man davon aus, dass nach dem anwendbaren Recht weder die natürliche Person ihre Handlungsfähigkeit noch die Organe der juristischen Person ihre Vertretungsbefugnis vollumfänglich verlieren, sondern diese auf das Notwendige beschränkt werden<sup>52</sup>, so kann der Gemeinschuldner mit Zustimmung der ausländischen Konkursverwaltung handeln<sup>53</sup>. In dieser Konstellation muss somit der Gemeinschuldner bzw. müssen die Organe mit dem ausländischen Konkursverwalter zusammenwirken<sup>54</sup>.

Diese Sichtweise ist m.E. die zutreffende. Ein solches Vorgehen (Zusammenwirken des Gemeinschuldners und der Konkursverwaltung) wird denn auch für die umgekehrte Konstellation für zulässig und möglich erachtet, da in einem schweizerischen Hauptkonkurs im Ausland liegende Vermögenswerte beschafft werden sollen<sup>55</sup>.

#### C. Verlust der Vertretungsfähigkeit der Organe/Bestellung eines Beistandes bzw. Sachwalters

Berücksichtigt man – trotz Fehlens eines Anschlusskonkursverfahrens – die Auswirkungen auf die Vertretungsbefugnis

<sup>44</sup> WALTHER (FN 4), 89; LEMBO/JEANNERET (FN 2), 266 f.; STAEHELIN (FN 2), 412; ISAAK MEIER, Einführung in das internationale Insolvenzrecht nach schweizerischem Recht unter Einbezug des Europäischen Rechts, Mitteilungen aus dem Institut für zivilrichterliches Verfahren in Zürich, Nr. 23, Zürich Juli 1998, 20; a.M. STAEHELIN, Diss. (FN 2), 20 f.

<sup>45</sup> Anders die deutsche Praxis: Sie anerkennt den im ausländischen Konkursrecht angeordneten Wechsel der Verfügungsmacht und die sog. aktive Prozessführungsbefugnis auf den Konkursverwalter (BGHZ 95, 256, 261). Dieser kann auch vor deutschen Gerichten «Masse sammeln» (BGHZ 95, 256, 268; HANS-PETER ACKMANN/CHRISTIAN WENNER, Auslandskonkurs und Inlandprozess: Rechtssicherheit contra Universalität im deutschen Internationalen Konkursrecht?, IPRax 1989, 144).

<sup>46</sup> WALTHER (FN 5), 12; DERS. (FN 4), 89 Fn. 29; THEUS SIMONI (FN 5), 342; GILLIÉRON (FN 5), 281; BGE 54 III 29. Für den Fall der Demission der bisherigen Organe oder bei einem sonstigen Grund, der sie am Handeln hindert, soll gemäss WALTHER (FN 5), 12, ein Beistand gemäss Art. 392 f. ZGB bestellt werden; BGE 100 Ia 23.

<sup>47</sup> In BGE 111 III 43 hat das Bundesgericht offen gelassen, ob der konkursite Schuldner unabhängig von der ausländischen Konkursverwaltung agieren könne oder ob diese an seine Stelle trete.

<sup>48</sup> WALTHER (FN 5), 11; THEUS SIMONI (FN 5), 341 f., 345; GILLIÉRON (FN 5), 283; STAEHELIN, Diss. (FN 2), 21, in Bezug auf natürliche Personen als Gemeinschuldner.

<sup>49</sup> KURT SIEHR, Grundlagen des internationalen Konkursrechts, SJZ 1999, 87.

<sup>50</sup> SIEHR (FN 49), 87.

<sup>51</sup> SIEHR (FN 49), 87; WALTHER (FN 5), 12.

<sup>52</sup> ZR 2000, Nr. 63, 176, 177 f.

<sup>53</sup> ZR 2000, Nr. 63, 176, 177 f.

<sup>54</sup> BÜRGI (FN 2), 10; BGE 111 III 40, 103 III 60, 102 III 77.

<sup>55</sup> AMONN/WALTHER (FN 6), § 40 Rz. 8; GILLIÉRON (FN 5), 276; ComR-VOUILLOZ, Art. 221 SchKG N 6; BGE 111 III 40, 103 III 60.

der Organe einer juristischen Person<sup>56</sup> und tritt nach Massgabe des anwendbaren Rechts ein vollumfänglicher Verlust der Vertretungsbefugnis ein<sup>57</sup>, so können die Organe weder selber handeln, noch den ausländischen Konkursverwalter bevollmächtigen. Diesfalls kann weder der ausländische Konkursverwalter noch der Gemeinschuldner agieren. Es stellt sich die Frage, ob dieses Vakuum überwunden werden kann.

## 1. Bisheriges Recht: Bestellung eines Beistandes

Unter dem bisherigen Recht blieb der Versuch, für das in der Schweiz gelegene Vermögen einen Beistand zu ernennen<sup>58</sup>. Die Rechtslage war jedoch unklar. Eine klare bundesgerichtliche Rechtsprechung gab es nicht<sup>59</sup>. Die (unpublizierte) kantonale Praxis war sehr unterschiedlich. Gemäss einem Teil der Lehre zum bisherigen Recht<sup>60</sup> stützte sich die Einsetzung eines Beistandes auf Art. 393 aZGB<sup>61</sup>; am ehesten wäre wohl Art. 393 Ziff. 4 aZGB einschlägig gewesen<sup>62</sup>. Welche Kompetenzen dem Beistand zukamen, war umstritten<sup>63</sup>.

## 2. Neues Recht: Bestellung eines Sachwalters?

Seit 1. Januar 2008 regelt Art. 393 ZGB nur noch vormundschaftliche Massnahmen für natürliche Personen<sup>64</sup>. Für die

juristischen Personen wurden neue Bestimmungen geschaffen (Art. 69c ZGB für Vereine<sup>65</sup>, Art. 83d ZGB für Stiftungen<sup>66</sup>, Art. 731b OR für Aktiengesellschaften<sup>67</sup>, Art. 819 OR für GmbH<sup>68</sup> und Art. 908 OR für Genossenschaften<sup>69</sup>). Zuständig ist neu der Richter (und nicht mehr die Vormundschaftsbehörde). Fehlt einer Gesellschaft eines der vorgeschriebenen Organe (oder ist eines dieser Organe nicht rechtmässig zusammengesetzt), so kann der Richter auf Antrag die erforderlichen Massnahmen ergreifen. Er kann insbesondere einen Sachwalter (oder das fehlende Organ) er-

<sup>56</sup> Ist der Gemeinschuldner eine *natürliche Person*, verliert er seine Handlungsfähigkeit nicht; einzig seine Verfügungsfähigkeit über Vermögensrechte der Konkursmasse ist beschränkt. Er kann deshalb die ausländische Konkursmasse bevollmächtigen, für ihn zu handeln (STAEHELIN [FN 2], 414 f.; DERS., Diss. [FN 2], 21).

<sup>57</sup> STAEHELIN (FN 2), 412 f.

<sup>58</sup> STAEHELIN, Diss. (FN 2), 21; BREITENSTEIN (FN 8), 195; WALTHER (FN 4), 12, Fn. 27; HARDMEIER (FN 32), 17; SZIER 2000, 386.

<sup>59</sup> Der häufig zitierte Entscheid BGE 51 II 259 ff. stellt m.E. kein taugliches Präjudiz dar.

<sup>60</sup> Art. 393 Ziff. 4 ZGB wurde per 1. Januar 2008 aufgehoben und durch die Art. 731b (AG) und Art. 819 OR (GmbH) sowie Art. 69a (Verein) und Art. 83 ZGB (Stiftung) ersetzt (BBl 2002 324 f.).

<sup>61</sup> STAEHELIN, Diss. (FN 2), 21, SZIER 2000, 386, sowie BGE 51 II 259 ff. verweisen ohne nähere Spezifizierung auf Art. 393 ZGB; WALTHER (FN 4), 12, Fn. 27, verweist auf die Art. 392 f. ZGB.

<sup>62</sup> Dieser lautete wie folgt: «Fehlt einem Vermögen die nötige Verwaltung, so hat die Vormundschaftsbehörde das Erforderliche anzuordnen und namentlich in folgenden Fällen einen Beistand zu ernennen: 4. bei einer Körperschaft oder Stiftung, solange die erforderlichen Organe mangeln und nicht auf andere Weise für die Verwaltung gesorgt ist».

<sup>63</sup> Vgl. HARDMEIER (FN 32), 17; vgl. auch vor Fn. 76, 77, 79, 81.

<sup>64</sup> BBl 2002 3244.

<sup>65</sup> Die Bestimmung lautet wie folgt: «Fehlt dem Verein eines der vorgeschriebenen Organe, so kann ein Mitglied oder ein Gläubiger dem Gericht beantragen, die erforderlichen Massnahmen zu ergreifen.

<sup>2</sup>Das Gericht kann dem Verein insbesondere eine Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes ansetzen und, wenn nötig, einen Sachwalter ernennen.

<sup>3</sup>Der Verein trägt die Kosten der Massnahmen. Das Gericht kann den Verein verpflichten, den ernannten Personen einen Vorschuss zu leisten.

<sup>4</sup>Liegt ein wichtiger Grund vor, so kann der Verein vom Gericht die Abberufung von Personen verlangen, die dieses eingesetzt hat.»

<sup>66</sup> Die Bestimmung lautet wie folgt: «Ist die vorgesehene Organisation nicht genügend, fehlt der Stiftung eines der vorgeschriebenen Organe oder ist eines dieser Organe nicht rechtmässig zusammengesetzt, so muss die Aufsichtsbehörde die notwendigen Massnahmen ergreifen. Sie kann insbesondere 1. der Stiftung eine Frist ansetzen, binnen deren der rechtmässige Zustand wieder herzustellen ist; oder 2. das fehlende Organ oder ein Sachwalter ernennen.

<sup>2</sup>Kann eine zweckdienliche Organisation nicht gewährleistet werden, so hat die Aufsichtsbehörde das Vermögen einer anderen Stiftung mit möglichst gleichartigem Zweck zuzuwenden.

<sup>3</sup>Die Stiftung trägt die Kosten der Massnahmen. Die Aufsichtsbehörde kann die Stiftung verpflichten, den ernannten Personen einen Vorschuss zu leisten.

<sup>4</sup>Liegt ein wichtiger Grund vor, so kann die Stiftung von der Aufsichtsbehörde die Abberufung von Personen verlangen, die diese eingesetzt hat.»

<sup>67</sup> Die Bestimmung lautet wie folgt: «Fehlt der Gesellschaft eines der vorgeschriebenen Organe oder ist eines dieser Organe nicht rechtmässig zusammengesetzt, so kann ein Gläubiger oder der Handelsregisterführer dem Richter beantragen, die erforderlichen Massnahmen ergreifen. Der Richter kann insbesondere 1. der Gesellschaft unter Androhung ihrer Auflösung eine Frist ansetzen, binnen deren der rechtmässige Zustand wieder herzustellen ist; 2. das fehlende Organ oder ein Sachwalter ernennen; 3. die Gesellschaft auflösen und ihre Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs anordnen.

<sup>2</sup>Ernennt der Richter das fehlende Organ oder einen Sachwalter, so bestimmt er die Dauer, für welche die Ernennung gültig ist. Er verpflichtet die Gesellschaft, die Kosten zu tragen und den ernannten Personen einen Vorschuss zu leisten.

<sup>3</sup>Liegt ein wichtiger Grund vor, so kann die Gesellschaft vom Richter die Abberufung von Personen verlangen, die dieser eingesetzt hat.»

<sup>68</sup> Art. 819 OR verweist auf die Vorschriften des Aktienrechts.

<sup>69</sup> Art. 908 OR verweist auf die Vorschriften des Aktienrechts.

nennen (Art. 731b Abs. 1 Ziff. 2 OR). Der Richter bestimmt die Dauer (Art. 731b Abs. 2 OR) und die Kompetenzen des Sachwalters<sup>70</sup>.

Die genannten Bestimmungen gelten an sich nur für juristische Personen mit Sitz in der Schweiz; nur solche sind im OR geregelt. Entsprechend ist im Binnenverhältnis auch der Richter am Sitz der Gesellschaft zuständig (Art. 3 Abs. 1 lit. b GestG)<sup>71</sup>. Im internationalen Verhältnis besteht jedoch aufgrund von Art. 153 IPRG<sup>72</sup> eine schweizerische Zuständigkeit am Ort des zu schützenden Vermögenswertes. Dies galt (für das bisherige Recht) gerade auch für Fälle, da für eine ausländische juristische Person ein Beistand (gemäss Art. 393 ZGB) bestellt werden sollte<sup>73</sup>. Diese Zuständigkeitsregelung gilt m.E. unverändert weiter, wenn für eine ausländische Insolvenzmasse nach neuem Regime ein Sachwalter bestellt werden soll.

In Anlehnung an den weiten Wortlaut von Art. 393 ZGB («fehlt einem Vermögen die nötige Verwaltung») kann m.E. auch nach neuem Recht in analoger Anwendung von Art. 393 ZGB und den gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen (Art. 731b, Art. 819, Art. 908 OR; vgl. auch Art. 69c und Art. 83d ZGB) ein Sachwalter für eine ausländische juristische Person bestellt werden, über welche im Ausland der Konkurs eröffnet worden ist. So ist der Verlust der Handlungsfähigkeit der bisherigen Organmitglieder ein tauglicher Grund für Schutzmassnahmen gemäss Art. 731b OR<sup>74</sup>.

Die Ernennung eines Sachwalters kann m.E. aber nur als ultima ratio in Frage kommen. Insofern ist diese Massnahme für eine ausländische Insolvenzmasse *subsidiär* zur Durchführung eines Anschlusskonkursverfahrens in der Schweiz. Wo ein solches möglich ist, kann kein Sachwalter bestellt werden. Diesfalls ist die Ernennung eines Sachwalters keine «erforderliche Massnahme» i.S.v. Art. 731b Abs. 1 Satz 1 OR.

Der Sachwalter handelt als (richterlich eingesetztes) Organ des ausländischen Gemeinschuldners (juristische Person). Es kommen ihm – Einschränkungen bzw. Abweichungen im richterlichen Ernennungsentscheid vorbehalten<sup>75</sup> – jene Kompetenzen zu, welche ohne Insolvenz auch den vormaligen

Organen zugekommen sind. Diese bemessen sich nach dem (ausländischen) Gesellschaftsstatut. Die Kompetenzen des Sachwalters umfassen jedoch nur Handlungen auf dem Gebiet der Schweiz.

Einschränkungen oder Abweichungen im richterlichen Ernennungsentscheid oder im ausländischen Gesellschaftsstatut vorbehalten, kann der Sachwalter m.E. grundsätzlich *sämtliche rechtsgeschäftlichen Handlungen* vornehmen. Dazu gehört nicht nur, Klage zu führen, sondern auch, Betreuung gegen Dritte einzuleiten. Er kann Aktiven veräussern und den Erlös vereinnahmen. Dies stellt keine Versilberung im vollstreckungsrechtlichen Sinn dar<sup>76</sup>. Als Organ ist der Sachwalter m.E. zur Ablieferung des Erlöses (sei es aus Betreibungen, Prozessen oder Veräusserungen) an die ausländische Gesellschaft (Gemeinschuldner) befugt. Im Ausland wird diese durch den Insolvenzverwalter vertreten, weshalb eine Ablieferung an die ausländische Gesellschaft zulässig ist<sup>77</sup>. Dies gilt m.E. unbesehen davon, ob sich der Sachwalter vergewissert hat, dass das ausländische Konkursverfahren ordnungsgemäss verläuft<sup>78</sup>. Der Sachwalter kann nicht die Anerkennung des ausländischen Konkursdekretes in der Schweiz beantragen (dies konnte auch der Beistand nach bisherigem Recht nicht<sup>79</sup>). Dazu ist die ausländische Konkursverwaltung m.E. auf jeden Fall selber befugt; den Sachwalter braucht es dazu nicht<sup>80</sup>.

Die Bestellung eines Sachwalters führt auch nicht dazu, dass trotz Fehlens der gesetzlichen Voraussetzungen gleichsam ein Anschlusskonkursverfahren in der Schweiz durchzuführen ist<sup>81</sup>. Die Einsetzung eines Sachwalters vermag die gesetzlichen Voraussetzungen für die Anerkennung eines ausländischen Konkursdekretes (Art. 166 IPRG) nicht abzuändern.

Im Sinne eines Wertungsentscheids störend ist, dass die ausländische Insolvenzmasse bei Bestellung eines Sachwalters mehr Handlungsspielraum hat, als wenn ein Anschlusskonkursverfahren in der Schweiz durchgeführt wird. Das Einsetzen eines Sachwalters vermag aber (anders als die Durchführung eines Anschlussinsolvenzverfahrens in der Schweiz<sup>82</sup>) Einzelvollstreckungen anderer Gläubiger in Bezug auf in der Schweiz belegene Vermögensobjekte nicht

<sup>70</sup> BBl 2002 3232; RETO SANWALD, Kurzkomentar zum neuen GmbH-Recht, in: MARTIN F. NUSSBAUM/RETO SANWALD/MARKUS SCHEIDEGGER (Hrsg.), Muri bei Bern 2007, Art. 819 OR N 9.

<sup>71</sup> PETER LEHMANN, Die «kleine Aktienrechtsrevision» (Teil 2), GesKR 2007, 421 f.; SHK-SIFFERT/FISCHER/PETRIN, Art. 819 OR N 3.

<sup>72</sup> Diese Regelung gilt auch im Verhältnis zu Drittstaaten, welche Vertragsstaaten des LugÜ sind (ZK-VISCHER, Art. 153 IPRG N 3; BasK-VON PLANTA/EBERHARD, Art. 153 IPRG N 4).

<sup>73</sup> ZK-VISCHER, Art. 153 IPRG N 1; BasK-VON PLANTA/EBERHARD, Art. 151 IPRG N 7, Art. 153 IPRG N 2.

<sup>74</sup> BBl 2002 3148, 3232; LEHMANN (FN 71), 422; BasK-SANWALD, Art. 819 OR N 3.

<sup>75</sup> Vgl. Fn. 67 und vor Fn. 70.

<sup>76</sup> So aber wohl STAEHELIN, Diss. (FN 2), 20, DERS. (FN 2), 413, zum Beistand nach bisherigem Recht.

<sup>77</sup> So, wenn auch mit anderer Begründung, STAEHELIN (FN 2), 413; a.M. BREITENSTEIN (FN 8), 195 ff., beide zum Beistand nach bisherigem Recht.

<sup>78</sup> STAEHELIN (FN 2), 413, zum Beistand nach bisherigem Recht.

<sup>79</sup> A.M. STAEHELIN (FN 2), 412; BREITENSTEIN (FN 8), 195 ff., alle zum Beistand nach bisherigem Recht.

<sup>80</sup> II.B.2.b.aa.

<sup>81</sup> A.M. BREITENSTEIN (FN 8), 195 ff., zum Beistand nach bisherigem Recht.

<sup>82</sup> STAEHELIN, Diss. (FN 2), 130; ZK-VOLKEN, Art. 170 IPRG N 12 ff.; SPAHLINGER (FN 2), 223; BasK-BERTI/BÜRGI, Art. 170 IPRG N 8 f.

auszuschliessen. Insofern stellt dieser Ansatz m.E. einen vertretbaren Mittelweg dar zwischen der Durchführung eines Anschlussverfahrens in der Schweiz und dem rechtlichen Vakuum, wenn kein solches Verfahren möglich ist.

S'agissant du patrimoine de débiteurs étrangers, la marge de manœuvre existant en Suisse dépend de la question de savoir quelle est la jouissance respectivement quel est l'exercice des droits civils et quelle est la légitimation de l'administration étrangère de la faillite, d'une part, et du débiteur failli, d'autre part. L'administration étrangère de la faillite ne peut pas procéder à des mesures de contrainte en Suisse. Depuis l'entrée en vigueur de la LDIP, elle ne peut que déposer une réquisition en reconnaissance de la décision de faillite prononcée à l'étranger et exiger des mesures conservatoires. L'administration étrangère de la faillite ne peut pas procéder à d'autres actions en Suisse. Tel est le cas, indépendamment de la question de savoir si une procédure de faillite sera ouverte ou pas en Suisse. L'exercice des droits civils par le débiteur étranger se limite au strict nécessaire. Par conséquent, il peut collaborer avec l'administrateur étranger de la faillite de manière à ce qu'ils puissent soutenir, ensemble, la cause en Suisse. Partant de l'hypothèse que les organes peuvent perdre l'intégralité de leur pouvoir de représentation, le juge pourra désigner un commissaire, afin qu'il effectue en Suisse toute démarche concernant le patrimoine de débiteurs étrangers.

(trad. LT LAWYANK, Fribourg)