

Ansicht

Bearbeiten

Kommentierung  
Konkurs- & Nachlassverfahren

## Bundesgericht bekräftigt: Alte Konkursübereinkunft zwischen schweizerischen Kantonen und ehemaligem Königreich Bayern bleibt in Kraft - bayrisches Insolvenzdekret im Thurgau ohne förmliche Anerkennung rechtswirksam

5A\_751/2023 vom 29. April 2024 (zur Publikation vorgesehen)

Dominik Baeriswyl, lic. iur., MAS, LL.M., Rechtsanwalt



### I. Sachverhalt

Die C. AG mit Sitz in U., Kanton Thurgau («**C**») hielt mit B. mbH («**B**») eine Tochtergesellschaft mit Sitz in München/Deutschland. A. war zu 50 % an C beteiligt und nahm früher Einsitz in deren Verwaltungsrat. Am 29. Januar 2019 ordnete das Amtsgericht München die vorläufige Insolvenzverwaltung über die B an und ernannte Rechtsanwalt D, München zum vorläufigen Insolvenzverwalter. Das Bezirksgericht Kreuzlingen eröffnete am 18. Februar 2019 den Konkurs über die C. Mit Beschluss vom 16. Oktober 2019 eröffnete das Amtsgericht München sodann das Insolvenzverfahren über B wegen Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung; D wurde als definitiver Insolvenzverwalter eingesetzt.

Im Konkursverfahren der C lag der Kollokationsplan zwischen dem 23. November 2020 und dem 14. Dezember 2020 auf. Das Konkursamt kollozierte u.a. eine Forderung der B im Umfang von CHF 135'499'613.06 in der 3. Klasse. Das Konkursamt führte den Konkurs über die C im summarischen Verfahren durch. Mit Verfügung vom 23. August 2021 trat das Konkursamt die Verantwortlichkeitsansprüche (Art. 752 ff. OR) nach Art. 260 SchKG an B ab.

Im September 2021 erstellte das Konkursamt sodann die Verteilungsliste. Am 13. September 2021 erklärte das Konkursgericht das Konkursverfahren über die C als geschlossen.

Am 26. April 2023 gelangte A gestützt auf Art. 22 SchKG ans Obergericht des Kantons Thurgau als SchKG-Aufsichtsbehörde. A beantragte dabei Feststellung der Nichtigkeit von Verfügungen des Konkursamtes im

### Entscheidreferenz

5A\_751/2023

29.04.2024  
A gegen B GmbH  
Bundesgericht  
Abweisung einer  
Beschwerde in Zivilsachen  
gegen die Berücksichtigung  
von Rechtshandlungen einer  
bayrischen  
Insolvenzverwaltung im  
Konkursverfahren ohne  
Anerkennung nach Art. 166  
ff. IPRG.

### Gesetzesartikel

Art. 56 Abs. 1 BV  
Art. 49 BV  
Art. 1 Abs. 2 IPRG  
Art. 166 ff. IPRG  
Art. 22 SchKG  
Art. 30a SchKG  
Art. 260 SchKG  
Konkursübereinkunft  
Schweizer Kantone mit dem  
Königreich Bayern von 1834,  
A. Schweizerische Erklärung

### Rechtsgebiet(e)

Konkurs- &  
Nachlassverfahren

### Stichworte

ausländisches  
Konkursdekret |  
Anerkennung im  
schweizerischen  
Konkursverfahren |

Konkursverfahren über die C, nämlich bezüglich des Kollokationsplans vom 12. November 2020, der Kollokation der Forderung der B sowie betreffend die Abtretung gemäss Art. 260 SchKG vom 23. August 2021. Das Obergericht als SchKG-Aufsichtsbehörde wies die Beschwerde mit Entscheid vom 18. September 2023 ab. Am 6. Oktober 2023 reichte A Beschwerde in Zivilsachen ein. Er beantragte die Aufhebung des obergerichtlichen Entscheides vom 18. September 2023 und die Aufhebung der erwähnten Verfügungen des Konkursamtes betreffend Kollokation und Abtretung nach Art. 260 SchKG. A rügte mit der Beschwerde in Zivilsachen nebst verfahrensrechtlichen Aspekten wie einer Verletzung des rechtlichen Gehörs durch das Obergericht einen Verstoss gegen Art. 166 ff. IPRG bzw. das Erfordernis der förmlichen Anerkennung eines ausländischen Insolvenzdekrets.

## II. Kernaussagen des Entscheids

Das Bundesgericht stellt zunächst in E. 4.2.1-4.2.3 klar, dass die Aufsichtsbehörden aufgrund des Konkursverfahrensabschlusses am 13. September 2021 im Jahre 2023 nicht mehr auf Verfügungen des Konkursamtes zurückkommen können. So erlösche mit dem konkursgerichtlichen Verfahrensschluss die Zuständigkeit der Konkursverwaltung, über Gegenstände oder Passiven der Masse zu verfügen bzw. den Kollokationsplan abzuändern. Die Konkursverwaltung könne sodann – abgesehen von wenigen Ausnahmen – keine konkursamtlichen Handlungen mehr vornehmen. Entsprechend falle eine betreibungsrechtliche Beschwerde gegen die vom Konkursamt getroffenen Verfügungen nach Konkursabschluss prinzipiell ausser Betracht. Dasselbe gilt gemäss höchstgerichtlichem Urteil für Beschwerden auf der Grundlage von Art. 22 SchKG. Soweit A also Nichtigkeit des Kollokationsplans bzw. einer Kollokation feststellen lassen wolle, seien seine Anträge von vornherein nicht stichhaltig: Eine Veränderung der Konkursmasse bzw. deren Passivpositionen ist nach Auffassung des Bundesgerichts nach Konkursabschluss unmöglich. Gleichzeitig entfalle nach Konkursabschluss die Kompetenz der Aufsichtsbehörde zur Feststellung der Nichtigkeit gemäss Art. 22 SchKG. Demzufolge wies das Bundesgericht die Beschwerde in Zivilsachen hinsichtlich der Anträge auf Nichtigerklärung des Kollokationsplans und der Kollokation bereits aufgrund dieser Überlegung ab.

Anders beurteilte es die Zulässigkeit eines Antrags auf Nichtigerklärung nach Konkursabschluss bezüglich der Abtretungsverfügung nach Art. 260 SchKG. Hier sei, so das Bundesgericht in E. 4.3.2, eine Nichtigerklärung i.S.v. Art. 22 SchKG *in casu* theoretisch noch möglich. So bestehe eine Abtretung nach Art. 260 SchKG selbst *nach* Konkursabschluss weiter (BGE 146 III 441); gleichzeitig könne diese Abtretung gegebenenfalls vom Konkursamt weiterhin widerrufen werden.

Davon ausgehend prüft das Bundesgericht in E. 4.4 und 4.5 eingehend die Stichhaltigkeit der Argumentation von A, wonach die Abtretung der Organverantwortlichkeitsansprüche nach Art. 260 SchKG vom 23. August 2021 deswegen nichtig sein soll, weil D als ausländischer Insolvenzverwalter der B nach Art. 166 ff. IPRG nicht zu entsprechenden Anträgen im Konkurs der C befugt war – dies insbesondere angesichts dessen, dass D keine förmliche Anerkennung des Münchner Konkursdekrets über die B in der Schweiz erwirkt hatte.

Zunächst weist das Bundesgericht in E. 4.4.1 allgemein darauf hin, dass die einzige Befugnis eines ausländischen Insolvenzverwalters nach Art. 166 ff. IPRG grundsätzlich jene auf Einreichung eines Gesuchs zur Anerkennung des

Vorbehalt völkerrechtlicher Verträge nach Art. 30a SchKG und Verhältnis zu Art. 166 ff. IPRG |  
staatsvertraglich vereinbarte Universalität als Ausnahme der Territorialität des Konkurses

ausländischen Konkursdekrets ist, abgesehen von der Legitimation zur Beantragung vorsorglicher Massnahmen. Nach erfolgter Anerkennung blieben die Befugnisse des ausländischen Insolvenzverwalters, so das höchste Gericht, sehr beschränkt: Gestützt auf die Anerkennung komme es generell zu einem Hilfskonkursverfahren über die in der Schweiz belegenen Vermögenswerte des ausländischen Schuldners. Lediglich bei einem Verzicht der Konkursverwaltung und der im Hilfskonkursverfahren kollozierten Gläubiger auf die Geltendmachung der paulianischen Anfechtungen sei der ausländische Insolvenzverwalter nach Art. 171 IPRG befugt, auch Ansprüche nach Art. 285 ff. SchKG geltend zu machen. Wesentlich weiter sei der Spielraum für den ausländischen Insolvenzverwalter hingegen beim Verzicht auf die Durchführung eines Hilfskonkurses nach Art. 174a IPRG. Dadurch erhalte der ausländische Insolvenzverwalter eine umfassende Prozessführungsbefugnis. Diesen Erörterungen fügt das Bundesgericht hinzu, dass die Frage der Rechtsbeständigkeit der Abtretung nach Art. 260 SchKG an den deutschen Insolvenzverwalter unter dem Aspekt von Art. 166 ff. IPRG im Rahmen des Verfahrens auf Feststellung der Nichtigkeit nach Art. 22 SchKG zu klären ist – und nicht erst im Zuge eines Zivilprozesses vor dem Sachgericht.

E. 4.5.1 - 4.5.5 fokussiert auf die Fragestellung, ob dem deutschen Insolvenzverwalter aufgrund des Völkerrechtsvorbehalts in Art. 30a SchKG auch ohne Konkursanerkennung i.S.v. Art. 166 ff. IPRG die Befugnis zu Rechtshandlungen im Konkursverfahren der C zukam – dies in Anbetracht der alten Konkursübereinkunft von Schweizer Kantonen mit dem Königreich Bayern von 1834, zu deren Signataren der Kanton Thurgau gehört.

Für seine Analyse zieht das Bundesgericht die Regeln und Grundsätze des Verfassungs- und Völkerrechts heran und stellt in E. 4.5.1 einleitend fest, dass die herrschende Lehre generell die Weitergeltung der alten Konkursübereinkünfte postuliere. In E. 4.5.2 und 4.5.3 argumentiert das höchste Gericht zusammengefasst, dass die alten Konkursübereinkünfte das Prinzip der Territorialität des Konkurses durchbrächen, welches auch den Art. 166 ff. IPRG zugrunde liege. Das Obergericht des Kantons Thurgau habe in einem älteren Entscheid die Ansicht vertreten, dass die alten Konkursübereinkünfte statt der Territorialität die Universalität des Konkurses statuierten. Dabei seien ebendiese alten Konkursübereinkünfte in BGE 104 III 68, E. 3 als kantonale Staatsverträge qualifiziert worden. Nach Art. 56 Abs. 1 BV könnten die Kantone auch unter der aktuellen Bundesverfassung in ihren Zuständigkeitsbereichen mit dem Ausland Verträge schliessen. Zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses 1834 seien die Kantone allerdings ohnehin noch souverän gewesen – und damit generell zum Abschluss von Staatsverträgen legitimiert. Weiter erwägt das Bundesgericht in E. 4.5.5, ganz allgemein hätten die vor 1848 mit dem Ausland abgeschlossenen Verträge der Kantone grundsätzlich weiterhin Geltung als Teil des Völkerrechts; dies ändere sich erst im Falle eines später abgeschlossenen Staatsvertrag des Bundes.

Diesbezüglich stellt das Bundesgericht fest, ein solcher einschlägiger Staatsvertrag existiere im Bereich des Konkursrechts derzeit nicht. Allerdings stehe die Konkursübereinkunft mit Bayern, welche die Universalität des Konkurses vorsehe, im Widerspruch zum IPRG, welches auf dem Boden der Territorialität stehe und für jede Art von Befugnissen des ausländischen Insolvenzverwalters die Anerkennung des ausländischen Konkurses voraussetze.

Davon ausgehend zitiert das Bundesgericht seine Rechtsprechung zum Vorrang des Völkerrechts vor Landesrecht. Dieser sei auch in Bezug auf das kantonale Völkerrecht von Bedeutung. Dabei stehe im Falle der alten Konkursübereinkünfte keine allfällige Ausnahme des Völkerrechtsvorrangs zur Diskussion. So habe das Parlament bei der Verabschiedung des IPRG (und ebenso wenig bei der Revision der Art. 166 ff. IPRG per 1. Januar 2019) kein bewusst völkerrechtswidriges Gesetz erlassen wollen. Mit anderen Worten existierten keinerlei Anhaltspunkte, dass der Gesetzgeber bei der Schaffung oder Revision des IPRG bewusst die alte Konkursübereinkunft mit Bayern brechen wollte; vielmehr behalte das IPRG selber in Art. 1 Abs. 2 völkerrechtliche Verträge vor. Die Konkursübereinkunft mit dem ehemaligen Königreich Bayern von 1834 sei also - entgegen der Auffassung von A - weiterhin in Kraft.

Aufgrund dieser Überlegungen kommt das Bundesgericht in E 4.6 zum Schluss, dass der ausländische Insolvenzverwalter der B gestützt auf die alte Konkursübereinkunft mit Bayern ohne Anerkennung des Insolvenzdekrets nach Art. 166 ff. IPRG dazu legitimiert war, im Konkurs der C die Abtretung der Organverantwortlichkeitsansprüche i.S.v. Art. 260 SchKG zu beantragen; die Abtretungsverfügung vom 23. August 2021 sei daher keineswegs nichtig.

### **III. Kommentar**

Das Urteil setzt eine jahrzehntealte Rechtsprechung zu den alten Konkursübereinkünften der Kantone mit ehemaligen Teilstaaten des Deutschen Reiches fort. Dabei vermag die bundesgerichtliche Begründung zwar in Bezug auf die Vorrangigkeit des Völkerrechts zu überzeugen, welche auch in Art. 30a SchKG und in Art. 1 Abs. 2 IPRG ihren Niederschlag findet. Überdies ist tatsächlich auch kein Wille des Gesetzgebers ersichtlich, wonach mit dem IPRG ein bewusst völkerrechtswidriges Gesetz hätte geschaffen werden sollen.

Dennoch stellt sich m.E. im Zusammenhang mit den alten Konkursübereinkünften zunächst die Frage, ob der vom Bundesgericht im Entscheid zitierte Art. 56 BV, welcher den Kantonen in ihren Kompetenzbereichen völkerrechtliche Verträge ermöglicht, noch eine taugliche Basis für diese Staatsverträge aus dem 19. Jahrhundert darstellt. So unterstehen sowohl die Bereiche des internationalen Privatrechts als auch des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts seit Langem einer Bundeszuständigkeit. Damit haben die Kantone in diesen Gebieten nur noch äusserst beschränkten Regelungsspielraum. Abgesehen davon scheint die Weitergeltung der alten Konkursübereinkünfte nicht stichhaltig, zumal die seinerzeitigen Signatarstaaten heute teils gar nicht mehr, oder nicht mehr in ihrer damaligen Organisationsform und völkerrechtlichen Subjektstellung, existieren. So gibt es das Königreich Bayern (wie auch die Krone Württemberg) heute nicht mehr. Das Bundesgericht ging im Entscheid dabei an keiner Stelle der Frage nach, ob etwa das heutige Bundesland Bayern völkerrechtlich als «Nachfolgestaat» des damaligen Königreichs gilt und ob es mit diesem räumlich übereinstimmt. Ferner lässt der Entscheid Ausführungen dazu vermissen, ob das Bundesland Bayern selber die alte Konkursübereinkunft in der Praxis heute überhaupt noch anwendet. Gemäss BeckOK-InsR, 36. Ed., Internationales Insolvenzrecht - Schweiz, N 312 f., wird die Anwendbarkeit der alten Konkursübereinkünfte in der deutschen Lehre zwar bejaht. Hiermit hätte sich aber das Bundesgericht m.E. so oder anders vertieft auseinandersetzen müssen: So ist dieser Aspekt zur Beurteilung der Sachgerechtigkeit einer Weitergeltung der alten Konkursübereinkünfte zentral, denn diese beruhen offensichtlich auf dem Prinzip der

Gegenseitigkeit. Als einseitig aufrechterhaltene Verpflichtung der schweizerischen Kantone würden die alten Konkursübereinkünfte ihren Zweck, nämlich die Vermeidung der Ausländerdiskriminierung in Konkursfällen, offensichtlich verfehlen.

So oder anders scheinen die alten Konkursübereinkünfte angesichts des heutigen Systems des internationalen Konkursrechts in Art. 166 ff. IPRG nunmehr wenig praktikabel. Zwar lässt auch das IPRG zweifellos und zu Recht viel Raum für völkerrechtliche Absprachen mit anderen Staaten. Da nun aber die alten Konkursübereinkünfte in ihrem räumlichen Geltungsbereich äusserst beschränkt und dazu aufgrund von Gebietsein- oder Ausgliederungen letztlich auch in ihrer Reichweite unklar sind, führen diese Staatsverträge zu einer wenig praktikablen Zersplitterung des internationalen Insolvenzrechts sowie einer Privilegierung von einzelnen Gebieten, welche darüber hinaus nicht das gesamte Staatsgebiet abdecken. Dies wiederum hat einerseits negative Auswirkungen auf die Rechtssicherheit. Andererseits führen die alten Konkursübereinkünfte zu sachlich nicht nachvollziehbaren Ungleichheiten bei der Handhabung von Konkursfällen: So ist ein Insolvenzfall aus ein und demselben Nachbarstaat der Schweiz aufgrund der alten Konkursübereinkünfte je nach Lokalisierung innerhalb eben dieses Nachbarstaats in der Schweiz ohne sachlichen Grund anders zu handhaben – insbesondere in Bezug auf den Wegfall der in der Praxis erheblichen Hürde einer förmlichen Anerkennung des Insolvenzdekrets nach Art. 166 ff. IPRG. Überdies zeigt die alte Konkursübereinkunft von schweizerischen Kantonen mit dem Königreich Bayern, dass die dortigen Absprachen und Regelungen aus heutiger Optik doch sehr rudimentär und fragmentarisch umschrieben sind. Diese alten Regelwerke werden den heutigen Bedürfnissen zur Abwicklung grenzüberschreitender Insolvenzfälle inhaltlich m.E. kaum mehr gerecht und lassen zu wichtige Fragen offen. *De lege ferenda* scheint es daher wünschenswert, dass die alten Konkursübereinkünfte durch flächendeckend anwendbare, klare staatsvertragliche Vereinbarungen ersetzt werden – gerade im wirtschaftlich so wichtigen deutsch-schweizerischen Verhältnis.

iusNet SchKG 28.11.2024