

Kommentar, 2e édition, Bâle (Helbing Lichtenhahn) 2010. (cité : BSK SchKG – Auteur)

Kantonale Rechtsprechung

14.) **Art. 8a SchKG, Art. 160 ZPO. – Führt die Konkursitin gegen die Revisionsstelle einen Verantwortlichkeitsprozess, so kann letztere Akteneinsicht im Zivilprozess verlangen, nicht aber im Konkurs. Die zivilprozessuale Bestimmung ist in einer solchen Konstellation *lex specialis*.**

*Art. 8a LP, art. 160 CPC. – Lorsqu'une masse en faillite mène un procès en responsabilité contre l'organe de révision du failli, cet organe peut exiger la consultation de pièces dans le cadre de la procédure civile, mais pas dans la faillite. La disposition de procédure civile constitue dans un tel cas une *lex specialis*.*

*Art. 8a LEF, art. 160 CPC. – Quando la massa fallimentare promuove un'azione di responsabilità contro l'organo di revisione del fallito, quest'ultimo può richiedere la consultazione di atti e documenti nell'ambito della procedura civile ma non in quella fallimentare. La disciplina di procedura civile costituisce in tal caso *lex specialis*.*

Aus den Erwägungen:

1. (...) Art. 8 SchKG sieht vor, dass die Betreibungs- und Konkursämter (und die sog. atypischen Organe, wie z.B. die ausseramtliche Konkursverwaltung; vgl. *KuKo SchKG-Möckli* [2. Aufl. 2013], N. 5 zu Art. 8) über ihre Amtstätigkeit Protokolle und Register führen müssen. Art. 8a SchKG knüpft an diese Bestimmung an und sieht in Abs. 1 vor, dass «jede Person, die ein Interesse glaubhaft macht, ... die Protokolle und Register der Betreibungs- und Konkursämter einsehen und sich Auszüge daraus geben lassen» kann. Trotz des offensichtlichen Zusammenhangs der beiden Bestimmungen geht die bundesgerichtliche Praxis davon aus, dass grundsätzlich alle Akten, die bei einem Betreibungs- oder Konkursamt (oder einem atypischen Zwangsvollstreckungsorgan) liegen, vom Einsichtsrecht umfasst sind (vgl. *KuKo SchKG-Möckli* [2. Aufl. 2014], N. 5 zu Art. 8a; *BSK SchKG I-Peter*, N. 16 zu Art. 8a; *Pierre-Robert Gilliéron*, *Commentaire de la loi Fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite* (Art. 1-88), Lausanne 1999, N. 6 zu Art. 8a).

Das Bundesgericht hat sich in BGE 93 III 4 ff. einlässlich mit der Akteneinsicht auseinandergesetzt (dabei wird auf Art. 8 Abs. 2 SchKG in seiner früheren Fassung Bezug genommen; Art. 8 Abs. 2 aSchKG

entspricht Art. 8a Abs. 1 SchKG in der derzeit geltenden Fassung. (...)

In «grossen» Konkursen stellt sich deshalb – wie auch hier – das Problem der Menge der Akten und damit des mit der Akteneinsicht verbundenen Aufwandes (vgl. z.B. auch OGer ZH, Urteil vom 31. Mai 2012, PS 120084 [www.gerichtzh.ch]). Dazu hat das Bundesgericht in BGE 85 III 120 ausgeführt: (...)

In BGE 91 III 96 wird explizit darauf hingewiesen, dass praktische Schwierigkeiten kein ausreichender Grund für eine Verweigerung sind.

BGE 135 III 507 Erw. 3 hält fest, dass die Frage, ob und wie weit einem Interessenten Einsicht zu gewähren und welche Auskunft zu erteilen ist, von Fall zu Fall aufgrund des Interessennachweises entschieden werden muss. Nach BGE 105 III 38 genügt es nach der Praxis, dass zwischen dem Gesuchsteller und der Person, in deren Akten er Einsicht nehmen will, ein Prozess hängig ist, um das Interesse darzutun (BGE 91 III 96 [betreffend einen Kollokationsprozess eines Gläubigers] und BGE 58 III 120 [Nachweis von Ehrbeleidigungs- und Eigentumsprozess gegen den Schuldner]: Die Tatsache, dass sich der Rekurrent über die Prozesse ausgewiesen hat, muss ebensowohl genügen, wie wenn er geschäftliche Beziehungen mit ... [dem Schuldner] dargetan hätte. Verhält es sich aber so, so braucht er sich auch nicht auf den Umweg über das Gericht verweisen zu lassen, sondern kann die Auskünfte direkt verlangen). Der Entscheid BGer 5A_83/2010 Erw. 6.3, ergangen in neuerer Zeit, bestätigt, dass die Rechtshängigkeit eines Prozesses ausreicht, damit Akteneinsicht gewährt werden muss, wobei sich nichts hinsichtlich des Umfangs der Einsicht ergibt. Beachtenswert ist, dass alle Entscheidungen – auch der letztgenannte BGer 5A_83/2010 – aus der Zeit vor dem Inkrafttreten der schweizerischen ZPO und damit aus einer Zeit stammen, in der die prozessuale Urkundenedition bzw. das Einsichtsrecht noch nicht auf Ebene Bundesrecht gesamtschweizerisch vereinheitlicht war. Darauf wird zurückzukommen sein.

Die zitierte Rechtsprechung bezieht sich, soweit es um Konkurse geht, in der Regel auf das Einsichtsrecht von Konkursgläubigern (ihr Recht auf [umfassende] Akteneinsicht hat das Bundesgericht schon in BGE 28 III 95 ff. bejaht, vgl. dazu auch BGE 40 III 259 ff.; B1SchK 53/1989 S. 173: «Gläubigerrechte im Konkurs kann wahrnehmen, wer im Kollokationsplan ... aufgenommen bzw. wessen Forderungsanmeldungen im Kollokationsverfahren noch nicht rechtskräftig abgewiesen ist»). In der Lehre wird darauf hingewiesen, dass bei Dritten das Interesse nicht a priori gegeben sei; hier sei zwischen dem Einsichts- bzw. Auskunftsinteresse und dem Geheimhaltungsinteresse des Betroffenen abzuwägen und auf Grund der konkreten Interessenlage zu entscheiden (*KuKo SchKG-Möckli* [2. Auflage], N. 9 zu Art. 8a). Die kantonale Aufsichtsbehörde Bern hat unter Bezugnahme auf BGE 93 III 4 ff. (S. 10) bezüglich der Akteneinsicht von Aktionären und ehemaligen Mitgliedern des Verwaltungsrates entschieden, dass Dritte nicht grundsätzlich vom Einsichtsrecht ausgeschlossen seien (B1SchK 53/1989 S. 173 f.). Konkret hat sie die Einsicht aber verweigert. (...)

Ebenfalls um einen bevorstehenden Verantwortlichkeitsprozess ging es in BGE 91 III 96 Erw. 3, in dem zu Frage Stellung genommen wurde, ob einem ehemaligen Organ und Gläubiger der Konkursitin die Akteneinsicht verweigert werden könne. (...)

In BGE 93 III 4 Erw. 2d) hat das Bundesgericht schliesslich zum Interesse eines Dritten Stellung genommen: (...)

2. Kaum angesprochen, aber von den Parteien thematisiert, wird das Verhältnis von Art. 8a SchKG zu den anderen Einsichts-/Editionsrechten; einzig im auch von der Revisionsstelle zitierten BGE 58 III 120 wird lakonisch festgehalten, dass sich der Einsichtsberechtigte «nicht auf den Umweg über das Gericht verweisen ... lassen müsse», sondern «die Auskünfte direkt verlangen könne». Jedenfalls nach dem Inkrafttreten der neuen ZPO, mit der die prozessualen Einsichts- bzw. Editionsspflichten vereinheitlicht und bundesrechtlich geregelt wurden, kann davon nicht mehr ohne weiteres ausgegangen werden. Während es zuvor systemlogisch war, dass Art. 8a SchKG und Art. 8a SchKG als Bundesrecht dem kantonalen Prozessrecht vorgingen, sind die bundesrechtlichen ZPO-Regeln (vgl. Art. 160 Abs. 1 lit. b ZPO) betreffend die prozessuale Urkundenedition hierarchisch gleichgestellt. Parteien und Dritte haben Urkunden (Art. 177 ff. ZPO) zu edieren, im Bedarfsfall unter Anordnung von Schutzmassnahmen (Art. 156 ZPO: Gefährdet die Beweisabnahme die schutzwürdigen Interessen einer Partei oder Dritter, wie insbesondere deren Geschäftsgeheimnis, so trifft das Gericht die erforderlichen Massnahmen»). (...)

3. Je nachdem, welche Art von Edition bzw. Akteneinsicht in Frage steht, ist die Durchsetzung des Anspruches verschieden:

a) Im Zusammenhang mit der Verweigerung des Einsichtsrechts nach Art. 8a SchKG kann Beschwerde nach Art. 17 ff. SchKG bei den Aufsichtsbehörden geführt werden. Es werden keine besonderen Sanktionen genannt, wenn Anweisungen der Aufsichtsbehörden hinsichtlich Gewährung der Akteneinsicht nicht nachgekommen werden sollte: Für die Zwangsvollstreckungsorgane kann eine Verweigerung gegebenenfalls disziplinarische Folgen i.S.v. Art. 14 SchKG nach sich ziehen (*BSK SchKG I-Cometta/Möckli*, N. 4 zu Art. 21). Gemäss Art. 21 SchKG kann im Rahmen des Beschwerdeverfahrens die Vollziehung von Handlungen, deren Vornahme der Beamte unbegründetermassen verweigert oder verzögert, angeordnet werden. Ob dies zu einer eigentlichen Realvollstreckung der aufsichtsbehördlichen Anordnung führen könnte, wird – soweit ersichtlich – nirgends behandelt. Eine Androhung nach Art. 292 SchKG bzw. die Verhängung einer Ordnungsbusse an die Zwangsvollstreckungsorgane scheint nicht als zulässig angesehen zu werden (zur Ordnungsbusse vgl. *KuKo SchKG-Dieth/Wohl*, N. 1 zu Art. 21).

Wird – wie hier – Einsicht in umfangreiches Aktenmaterial verlangt, so können einer ersten Beschwerde weitere Beschwerden folgen, wenn trotz grundsätzlich angeordneter Einsicht Streitigkeiten um die im Einzelnen dennoch verweigerte Auskunft entstehen (z.B. wegen Wahrung allfälliger Geheimnisse; darauf weist die Revisionsstelle in act. 21 RZ 32

hin und regt an, die «mit konkreten Weisungen dem a.a. Konkursverwalter Anleitung zu geben, um zu verhindern, dass die Umsetzung des Einsichtsrechts notgedrungen zu Folgebeschwerden führen muss»). Weil die Verweigerung der Einsichtnahme in einzelne Dokumente bei ausgewiesenem Geheimhaltungsinteresse im vorinstanzlichen Entscheid ausdrücklich vorbehalten wird (act. 15 Dispositiv-Ziff. 2), können Beschwerden wegen solchen Verweigerungen auch nicht verhindert werden (*BSK SchKG I-Cometta/Möckli*, N. 15 zu Art. 21).

b) Zur materiellrechtlichen Edition als privatrechtlicher Pflicht zur Leistung von bestimmten Informationen oder Informationsträgern ist bereits erwähnt worden, dass sie auf gerichtlichem Wege durchgesetzt werden müssen (vgl. *Markus Affolter*, Die Durchsetzung von Informationspflichten im Zivilprozess, Diss. St. Gallen 1994, S. 21). Die gerichtlich ausgesprochene Verpflichtung kann dann auf Grund von Anordnungen im Sinne von Art. 343 ZPO vollstreckt werden.

c) Bei der prozessualen Edition ist zu unterscheiden, ob sie die Parteien betrifft oder Dritte. Bei den Verfahrensparteien wird eine unberechtigte Verweigerung der Mitwirkung bei der Beweiswürdigung berücksichtigt (Art. 164 ZPO), z.B. darf bei Verweigerung der Edition einer Urkunde im Rahmen der freien Beweiswürdigung angenommen werden, der von der Gegenpartei behauptete Inhalt sei wahr (*KuKo ZPO-Schmid*, N. 12 zu Art. 157). Die unberechtigte Verletzung von Mitwirkungspflichten durch Dritte kann zu Sanktionen führen: Gesetzlich vorgesehen sind Ordnungsbusse, Strafandrohung nach Art. 292 StGB, zwangsweise Durchsetzung, Kostenpflicht (Art. 167 Abs. 1 ZPO).

d) Im Rahmen der vorsorglichen Beweisführung (Art. 158 ZPO) entsprechen Mitwirkungsrechte, Verweigerungsrechte und allfällige Schutzmassnahmen denjenigen des ordentlichen Beweisverfahrens (*KuKo ZPO-Schmid*, N. 4c und 5 zu Art. 158).

4. Das Bundesgericht hat in den wenigen einschlägigen Fällen die Tatsache, dass ein Prozess hängig war, als ausreichendes Interesse für ein dem Umfang nach allerdings nicht näher definiertes Akteneinsichtsrecht nach Art. 8a SchKG bezeichnet. Im vorliegenden Fall ist gemäss den Angaben der Parteien eine Verantwortlichkeitsklage der Masse gegen die Revisionsstelle bereits hängig, so dass Art. 8a SchKG mit der Urkundenedition gemäss Art. 160 Abs. 1 lit. b ZPO in Konkurrenz steht. Im Zusammenhang mit dem SchKG werden die Rechtsstreitigkeiten in verschiedene Kategorien eingeteilt: Die rein materiellrechtlichen Streitigkeiten (vor allem als Feststellung des materiellen Rechts als Grundlage gerechtfertigter Vollstreckung), die betreibungsrechtlichen Streitigkeiten mit Reflexwirkungen auf das materielle Recht bzw. mit materiellrechtlicher Vorfrage sowie die rein betreibungsrechtlichen Streitigkeiten (vgl. *Kurt Amonn/Fridolin Walther*, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. Auflage, Bern 2013, Rz 47 ff. zu § 4). Im vorliegenden Fall handelt es sich allerdings um keinen der vorgenannten Fälle, sondern es geht im wesentlichen um eine Verantwortlichkeitsklage nach Art. 755 OR wie sie ohne

weiteres auch ausserhalb eines Konkurses eingeleitet werden kann (Art. 757 OR enthält lediglich eine besondere Legitimationsvorschrift für den Konkursfall, vgl. *BSK OR II-Gericke/Waller*, N. 1 zu Art. 757). Wie es sich mit dem Verhältnis des Akteneinsichtsrechts nach Art. 8a SchKG und der prozessualen Urkundenedition nach ZPO verhält, ist hier deshalb nicht abschliessend zu prüfen, sondern es ist nur die Frage zu beantworten, wie es sich mit «gewöhnlichen» Zivilverfahren verhält, bei denen eine der Parteien sich «zufällig» im Konkurs befindet.

In dieser Konstellation ist kein Grund ersichtlich, warum nicht die (bundesrechtlichen) Regeln der ZPO – als *lex specialis* für die prozessuale Edition – anwendbar sein sollten, wie dies in jedem Zivilprozess der Fall ist. Die Revisionsstelle weist darauf hin, «dass mit dem geltend gemachten Anspruch auf Einsichtnahme (...) dem Grundsatz der Waffengleichheit mit der Anspruch stellenden Gläubigergesamtheit Rechnung getragen (werde), welche ihrerseits über den a.a. Konkursverwalter uneingeschränkten Zugang zu den Konkursakten hat», d.h., dass sie benachteiligt sei, weil die Konkursmasse über ihre Akten verfügen könne. Das ist mit Blick auf die Ausgangslage bei Zivilprozessen kein stichhaltiges Argument und auch keine Besonderheit, weil es in jedem Zivilprozess zutrifft, dass die Parteien je die Herrschaft über die bei ihnen liegenden Urkunden haben, auch wenn die andere Partei diese für ihre Prozessführung ebenfalls benötigt. Wäre der Konkurs nicht eröffnet worden und hätte die A. (Switzerland) AG oder ihre Aktionäre eine Verantwortlichkeitsklage geführt, hätte der Revisionsstelle bei im Übrigen gleicher Ausgangslage ebenfalls keine dem SchKG-Einsichtsrecht vergleichbare Möglichkeit zur Verfügung gestanden. Das ist ausserdem – aus der Sicht der Konkursmasse betrachtet – bezüglich der bei der Revisionsstelle liegenden Urkunden nicht anders; soweit sie Einsicht bzw. Herausgabe der bei der Revisionsstelle liegenden Akten beansprucht bzw. beanspruchen sollte, wäre bzw. ist sie ebenfalls auf die Mittel des Zivilprozesses angewiesen. Ohne dass es entscheidend darauf ankäme, ist ergänzend anzumerken, dass es für den Entscheid im Prozess – mangels effektiver Durchsetzungsmöglichkeiten des Einsichtsrechts nach Art. 8a SchKG – im Verweigerungsfall dennoch einer prozessualen Urkundenedition mit entsprechender Androhung bedarf.

Die Beschwerde der Konkursmasse ist deshalb gutzuheissen, was dazu führt, dass die Revisionsstelle das Einsichtsrecht gemäss Art. 8a SchKG nicht beanspruchen kann. Damit kann dahingestellt bleiben, ob im Falle der Anwendbarkeit von Art. 8a SchKG bei Einsichtsgesuchen Dritter der blasse Nachweis der Rechtshängigkeit eines Prozesses für eine (umfassende) Einsicht ausreichen würde, weil bei Dritten davon ausgegangen wird, dass das Interesse nicht a priori gegeben ist (*KuKo SchKG-Möckli* [2. Auflage], N. 9 zu Art. 8a).