

Rico A. Camponovo, Tiziana Marengo

Das Recht auf Akteneinsicht und Auskunft im Konkurs- und Nachlassverfahren

Voraussetzungen und Schranken der Einsichtnahme

Im Laufe der Betreuung eines Konkurs- oder Nachlassmandates muss sich das zuständige Organ häufig mit Gesuchen um Akteneinsicht auseinandersetzen.[1] Neben der eigentlichen Frage des Einsichtsrechts stellt sich dabei auch das Problem des Umfangs und des Zeitpunktes der Gewährung desselben. Nicht selten ergibt sich bei näherer Betrachtung, dass die Gesuche einen verfahrensfremden Zweck verfolgen oder dass sich ein Gläubiger Informationen über ein gegen ihn als Schuldner in demselben Vollstreckungsverfahren eingeleiteten Prozess beschaffen will.

Es gilt im folgenden, aufgrund der spärlichen Praxis des Bundesgerichts und der ebenso spärlichen Literatur, die Voraussetzungen und den Umfang des Akteneinsichtsrechts näher zu umschreiben. Berücksichtigt wird auch das bevorstehende Inkrafttreten des neuen SchKG.

1. Grundlagen und Übersicht

1.1 Gesetzliche Bestimmungen

Gemäss Art. 8 Abs. 2 SchKG kann jedermann, der ein Interesse nachweist, die Protokolle der Konkursämter einsehen und sich aus denselben Auszüge geben lassen. Dies gilt gemäss Art. 241 SchKG auch für die ausseramtliche Konkursverwaltung, gemäss Art. 295 Abs. 3 SchKG ebenso für die Geschäftsführung des Sachwalters und gemäss Art. 316t i.V.m. Art. 295 Abs. 3 SchKG auch für diejenige des Liquidators.

1.2 Übersicht über die Rechtslage

Zum Einsichtsrecht im Nachlassverfahren ist uns weder in der Literatur noch Judikatur eine Fundstelle be-



Rico A. Camponovo, lic. oec. publ.,
Rechtsanwalt, Leiter Fachbereich Recht,
Visura Treuhand-Gesellschaft, Zürich

kannt. Aber auch zum Konkursverfahren gibt es nicht viele Hinweise. Immerhin lassen sich folgende Konkretisierungen der gesetzlichen Bestimmungen herauskristallisieren.

Die Person des Berechtigten ist im typischen Fall ein Gläubiger des Gemeinschuldners (hinten Ziff. 2.1). Es kann aber auch der Gemeinschuldner selber (hinten Ziff. 2.2) oder gar ein Dritter sein (hinten Ziff. 2.3).

Das Einsichtsrecht umfasst im allgemeinen die gesamten Akten (Ziff. 3.3). Zulässigkeit und Umfang des Akteneinsichtsrechts bestimmen sich im Einzelfall nach dem rechtlich schutzwürdigen Interesse des Gesuchstellers und nach Abwägung aller weiteren beteiligten Interessen (hinten Ziff. 4). Der Gesuchsteller muss sein Interesse aufgrund von konkreten Indizien glaubhaft machen (hinten Ziff. 4.1.2).

1.3 Definition der Akten

Es können zwei Gruppen von Verfahrensakten unterschieden werden: Die Akten des Gemeinschuldners[2] und die für das Verfahren erstellten Akten.

1.3.1 Akten des Gemeinschuldners

Gemäss Art. 223 Abs. 2 SchKG werden die Geschäftsbücher eines Konkursiten vom Konkursamt in Verwahrung genommen. Eine entsprechende Norm fehlt für das Nachlassverfahren. Beim ordentlichen Nachlassverfahren ist dies sinnvoll, führt der Nachlassschuldner sein Geschäft doch weiter (Art. 298 Abs. 1 SchKG). Beim Liquidationsvergleich werden die Akten des Nachlassschuldners aber i.d.R. dennoch vom

Liquidator in Verwahrung genommen. Dies gilt vor allem dann, wenn der Nachlassschuldner sein gesamtes Vermögen an die Gläubiger abtritt und seine Geschäftstätigkeit einstellt, was materiell auf einen Konkurs hinausläuft. Es gilt aber auch bei einer teilweisen Abtretung von Aktiven, wo wenigstens die diesbezüglichen Akten vom Liquidator in Verwahrung genommen werden müssen, weil die Abwicklung des Verfahrens darauf basiert; sie müssen den Verfahrensbeteiligten zur Verfügung stehen. Es empfiehlt sich hier eine analoge Anwendung von Art. 223 Abs. 2 SchKG auf den Liquidationsvergleich.

Um welche Art von Akten handelt es sich? Es handelt sich um die Geschäftsbücher und Geschäftspapiere des Gemeinschuldners, wie sie von Karl Käfer definiert werden [3]. Diese umfassen insbesondere die gesamte Geschäftskorrespondenz, Bilanzen, Erfolgsrechnungen, Protokolle, Revisorenberichte, die Buchhaltung und alle Belege. Zu beachten ist, dass Art. 223 Abs. 2 SchKG noch weiter geht und neben den Geschäftsbüchern bestimmt, dass auch «sonstige Schriften von Belang» in die Verwahrung des Konkursamtes genommen werden müssen. Daher werden i.d.R. alle vorhandenen Akten des Gemeinschuldners behändigt.

1.3.2 Verfahrensakten

Die Verordnung des Bundesgerichts über die Geschäftsführung der Konkursämter vom 13. Juli 1911 («KOV») unterscheidet nach deren Wichtigkeit zwei Gruppen von Verfahrensakten: die eingebundenen («Hauptakten» gemäss Art. 12 KOV) und die nicht eingebundenen Akten. Diese Unterscheidung spielt erst nach Abschluss des Verfahrens eine Rolle, weil die Aufbewahrungsfristen unterschiedlich (40 bzw. 10 Jahre) geregelt sind. Danach muss sich auch die zeitliche Ausdehnung des Einsichtsrechts richten (BGE 110 III 51; dazu hinten Ziff. 4.3).

Zu den Verfahrensakten gehören nach Art. 10 Abs. 2 und 3 KOV das Konkursprotokoll, der Kollokationsplan nebst Lastenverzeichnissen, die Grundstückverwertungsprotokolle, die Verteilungslisten, das Inventar, das

Verzeichnis der Forderungseingaben, die Protokolle der Gläubigerversammlungen und des Gläubigerausschusses, die Berichte der Konkursverwaltung und die gerichtlichen Verfügungen über den Schluss und den Widerruf des Konkursverfahrens. Ebenso gehören dazu die später nicht einzubindenden Akten, die das Hauptvolumen der Verfahrensakten ausmachen, wie Korrespondenzen, Forderungseingaben, Verträge, Vergleiche, Prozessakten, Details zu den Inventarpositionen usw. sowie auch Akten von nur indirekt beteiligten Personen, wie z.B. Bürgen, Drittpfandbestellern usw. Nach Art. 14 KOV sind zu den nicht eingebundenen Akten auch die Kassabücher nebst Belegen (Art. 16 KOV), die Kontokorrentbücher (Art. 17 KOV) und die Bilanzhefte (Art. 19 KOV) zu zählen, d.h. die Konkursbuchhaltung.

Diese Ausführungen gelten auch für das Nachlassverfahren und seine Organe, obwohl die aufgeführte Konkretisierung des Gesetzeswortlautes in der Konkursverordnung erfolgt. Diese Bestimmungen beziehen sich nämlich auf Art. 8 Abs. 1 SchKG, auf den beide Nachlassverfahren in den Art. 295 Abs. 3 und 316t SchKG zurückverweisen.

Im ordentlichen Nachlassverfahren beschränken sich die eingebundenen Akten auf das Inventar, das Verzeichnis der Forderungseingaben, das Protokoll der Gläubigerversammlung, das Gutachten des Sachwalters, seinen Schlussbericht und die gerichtlichen

Verfügungen. Auch bei den nicht eingebundenen Akten ergibt sich eine entsprechende Reduktion.

2. Person des Berechtigten

2.1 Der Gläubiger

Primär akteneinsichtsberechtigt sind die Gläubiger, die ihre Berechtigung – vorbehältlich einer rechtsmissbräuchlichen Ausübung (dazu Ziff. 4.2) – aus der Gläubigereigenschaft selber abzuleiten vermögen (BGE 93 III 6 f.) [4].

Die Einräumung des Einsichtsrechts bezweckt primär, den Gläubigern die nötigen Informationen zu verschaffen für eine Überprüfung der Lage des Schuldners und für die Wahrnehmung ihrer Rechte im Konkurs (BGE 93 III 7) sowie für eine umfassende Orientierung über den Gang des Verfahrens (BGE 93 III 10). Wie ein Gläubiger wird auch derjenige Gesuchsteller behandelt, über dessen Forderung noch ein Kollokationsstreit rechtshängig ist (BGE 93 III 7). Diese Präzisierung ist deshalb notwendig, weil unbestrittenermassen erst nach Eintritt der Rechtskraft des Kollokationsplanes feststeht, wer definitiv Gläubigereigenschaft besitzt und daher von der Vermutung [5] des Einsichtsinteresses profitieren kann. Aus BGE 93 III 7 kann implizite wohl zudem abgeleitet werden, dass jede Person, die eine Forderungseingabe einreicht, bis zur definitiven Wegweisung aus dem Kollokationsplan als Gläubiger zu behandeln sei.

2.2 Der Gemeinschuldner

In der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist die Frage, ob auch der Gemeinschuldner einsichtsberechtigt sei [6], unseres Wissens noch nie entschieden worden. Auch die Literatur dazu ist äusserst mager. So erwähnt Amonn den «Schuldner» nur nebenbei und Fritzsche/Walder verweisen lediglich auf den dazu bisher einzig bekannten Entscheid der Aufsichtsbehörde Basel-Land [7]. Danach steht dem Schuldner grundsätzlich ein umfassendes Einsichtsrecht zu. Ihm darf die Aktenein-



Tiziana Marengo, lic. iur., Rechtsanwältin,
Umbrecht Badertscher & Roesle, Zürich

sicht nur unter besonderen Umständen verweigert werden, namentlich «wenn Dritte dem Konkursamt die Existenz weiterer im Inventar nicht aufgeführter Vermögensstücke des Schuldners melden und zu befürchten ist, dass der Schuldner bei Kenntnis der betreffenden Aktenstücke Massnahmen trifft, um den Zugriff des Konkursamtes auf die betreffenden Vermögenswerte zu vereiteln».

Zu Recht ist u.E. der Gemeinschuldner in demselben Masse zur Einsichtnahme legitimiert wie die Gläubiger. Er ist aus notorischen Gründen an einem geordneten und optimal verlaufenden Verfahren persönlich interessiert. Ohne Akteneinsicht könnte er seine vielfältigen Verfahrensrechte und -pflichten nicht wahrnehmen. Dies gilt namentlich für sein Beschwerderecht (BGE 108 III 2), sein Recht, der Öffnung von Postsendungen beizuwohnen (KOV 38), seine Auskunftspflicht nach Art. 222, 294 und 302 SchKG, seine Anerkennungspflicht bezüglich des Inventars nach Art. 228 und ähnlich Art. 299 SchKG, seine Pflicht sich zu den eingegebenen Gläubigerforderungen zu äussern nach Art. 244 und 301 SchKG usw.

Beim ordentlichen Nachlassverfahren (und beim Liquidationsvergleich in der Stundungsphase) ist die Situation insofern anders, als die gesamten Geschäftsakten beim Nachlassschuldner verbleiben, der sein Geschäft ja fortbetreiben darf (Art. 298 Abs. 1 SchKG). Von den wenigen dem Gericht einzureichenden Geschäftsakten für das Nachlassgesuch (Art. 293 SchKG) besitzt er i.d.R. ein Doppel, sodass sich diesbezüglich die Frage des Einsichtsrechts für den Nachlassschuldner gar nicht stellt.

2.3 Der Dritte

Nachdem der Gesetzeswortlaut jedermann für einsichtsberechtigt erklärt, ist nach Bundesgerichtspraxis auch der Dritte zur Einsichtnahme legitimiert (BGE 110 III 50 f., BGE 93 III 6 ff.) [8]. Damit gemeint ist jede Person, die ein rechtsgenügendes Interesse nachweisen kann. Eine allgemeine Vermutung der Legitimation, wie sich diese aus

der Gläubiger- oder Gemeinschuldner-eigenschaft ergibt, besteht beim Dritten nicht. Anders als Gläubiger und Gemeinschuldner ist der Dritte in das Verfahren nicht involviert. Seine Interessen beziehen sich i.d.R. nicht auf die korrekte Abwicklung des Verfahrens oder auf die Erzielung eines möglichst hohen Verteilungserlöses. Sein Einsichtsbegehren hat damit keinen selbstverständlichen Zweck, der eine Vermutung des Einsichtsrechts rechtfertigen würde. Daher die erhöhten Anforderungen an den Nachweis seines Einsichtsinteresses.

Daraus erhellt andererseits, dass für spezielle Dritte, wie Bürgen [9] oder Drittpfandbesteller, die an der ordnungsgemässen Abwicklung wie ein Gläubiger interessiert sind – und z.B. deshalb auch ein Beschwerderecht haben [10] – das Einsichtsrecht wie bei Gläubigern oder dem Gemeinschuldner vermutet werden muss. Dies gilt mindestens im Umfang der Akten, die ihre Position betreffen.

2.4 Der Schuldner/Gläubiger

Ein Schuldner des Gemeinschuldners, der ein Gesuch um Einsichtnahme stellt, fällt an sich in die obenerwähnte Kategorie des «Dritten». Nicht selten sind jedoch die Fälle, wo der Schuldner in demselben Verfahren gleichzeitig und in Personalunion auch Gläubiger ist. In diesen Fällen wird dieser i.d.R. von der die Einsicht erleichternden Legitimationsvermutung des Gläubigers profitieren können.

Bestreitet aber der Schuldner/Gläubiger seine Schuld und wird er von der Konkurs- oder Liquidationsmasse rechtlich belangt, so ist die Versuchung gross, dass er sich auf sein Einsichtsrecht als Gläubiger beruft, um sich Informationen über das gegen ihn eingeleitete Verfahren zu verschaffen. Verständlicherweise hat er Interesse an Informationen z.B. über die Vorgehenstaktik, die Vergleichsbereitschaft, die gegen ihn vorhandenen Beweismittel und die ihn allenfalls favorisierenden Beweismittel, die im Besitze der Masse sind. In diesen Fällen muss sich er aber u.E. den strengeren Interessennachweis, der an einen Dritten gestellt

würde, gefallen lassen, weil sein Gesuch mit seiner Gläubigereigenschaft nichts mehr zu tun hat (BGE 93 III 7). Denkbar ist sogar eine Verweigerung des Einsichtsrechts wegen Rechtsmissbrauchs (dazu Ziff. 4.2).

3. Inhalt des Einsichtsrechts

3.1 Form des Einsichtsrechts

Das Gesetz spricht in Art. 8 Abs. 2 SchKG vom Recht auf Einsicht und vom Recht, sich Auszüge geben zu lassen. Gemäss BGE 110 III 51 reichen beide Rechte gleich weit. Das Recht auf Auszüge stösst erst dort auf eine Grenze, wo deren Erstellung einen unzumutbaren Aufwand verursacht. In diesen Fällen kann der Gesuchsteller angehalten werden, persönlich in die Akten Einsicht zu nehmen. Unseres Erachtens hat er aber auch dann noch das Recht, die gewünschten Akten zu bezeichnen und umfangreiche Auszüge zu verlangen. Er trägt ja auch die entsprechenden Kosten. Die Gebühren richten sich nach Art. 10 des Gebührentarifs zum SchKG.

3.2 Auskunftsrecht

Kann aus Art. 8 Abs. 2 SchKG ein Auskunftsrecht abgeleitet werden? Gemäss BGE 110 III 51 brauchen die Organe keine Antwort zu erteilen auf Fragen, die nicht durch die Zustellung von Auszügen aus den Akten oder durch die persönliche Einsichtnahme des Gesuchstellers in die Akten beantwortet werden können und die daher auf eine Würdigung dieser Akten hinauslaufen. Auskünfte, die sich aus den Akten ergeben, können also erteilt werden, u.E. auch telefonisch, sofern die Identifikation des Gesuchstellers und der Nachweis des Interesses unproblematisch sind [11].

3.3 Umfang des Einsichtsrechts

3.3.1 Im allgemeinen

Der Anspruch auf Akteneinsicht ist umfassend. Es «... sind Gegenstand des Rechts auf Einsicht nicht bloss die vom Konkursamt bzw. von der aus-

seramtlichen Konkursverwaltung (Art. 237 Abs. 2, Art. 241 SchKG) geführten Protokolle, sondern auch die zugehörigen Aktenstücke, die das Amt bzw. die Konkursverwaltung im Besitz hat, z.B. die Buchhaltung des Gemeinschuldners samt Belegen (Art. 223 Abs. 2 SchKG) und gegebenenfalls die Protokolle der Sitzungen der Organe der in Konkurs gefallenen Gesellschaft» (BGE 93 III 7). Der Anspruch

Gläubiger auch Einsicht in die Akten im Besitz des Nachlassschuldners verlangen? Dies wird u.E. durch Art. 8 Abs. 1 SchKG nicht mehr abgedeckt und muss daher verneint werden.

Andererseits steht dem Sachwalter bzw. dem Nachlassgericht ein Recht auf Auskünfte und auf Aushändigung weiterer Akten durch den Nachlassschuldner zu. Dies ergibt sich implizite

Anzeige dieses Verhaltens des Nachlassschuldners durch den Sachwalter an das Gericht.

4. Das rechtliche Interesse als Voraussetzung und Schranke des Akteneinsichtsrechts

4.1 Erfordernis des rechtlichen Interesses [12]

4.1.1 Ziel des Einsichtsrechts

Das Erfordernis des rechtlichen Interesses beantwortet die Frage nach den Voraussetzungen, welche die Gesuchsteller erfüllen müssen, damit sie Akteneinsicht nehmen können. Damit zusammen hängt die Frage des Ziels, des Zweckes, den der Gesetzgeber mit der Schaffung dieses Rechts verfolgte.

Die fraglichen Akten stammen vom Gemeinschuldner, aus seinen Geschäftspapieren oder wurden im Verlaufe des Verfahrens neu über ihn angelegt. Viele dieser Akten wurden dem Gemeinschuldner seinerzeit von Dritten (z.B. Lieferanten, Arbeitnehmern, Steuerbehörden, Kunden usw.) im Verlaufe seiner geschäftlichen Tätigkeit zugestellt und in seiner Buchhaltung und seinen Archiven abgelegt. Es liegt auf der Hand, dass der Gesetzgeber das Einsichtsrecht deshalb geschaffen hat, damit die Einsichtsberechtigten dadurch zu Informationen über den Gemeinschuldner selber gelangen und nicht etwa damit sie sich Informationen über diese Dritten verschaffen können. Anders gesagt geht es nur an, dass ein Gesuchsteller Informationen über einen Dritten verlangt, wenn er diese im Zusammenhang mit dem laufenden Verfahren über den Gemeinschuldner verwendet, z.B. wenn er als Gläubiger gegen einen anderen Gläubiger Kollokationsklage erheben will.

Dies ist u.E. selbstverständlich, obwohl es im Gesetz nirgends ausdrücklich erwähnt wurde. Dennoch wurde mit BGE 93 III 4 ff. erstmals einem Dritten als Gesuchsteller die Einsicht in Konkursakten gewährt, obwohl sein Gesuch explizite nichts mehr mit dem Gemeinschuldner oder der Verfahrensabwicklung zu tun hatte. Das Ge-

«Das Akteneinsichtsrecht besteht unabhängig von einem laufenden Verfahren.»

auf Einsicht erstreckt sich daher auf die gesamten Akten gemäss Ziffer 1.3 weiter vorne. Praktische Schwierigkeiten, wenn die Akten z.B. gerade bei einem Dritten sind, bilden keinen Grund zur Verweigerung der Akteneinsicht (BGE 91 III 97 E. 4; Pra 55 (1966) Nr. 43 E. 4).

Das Ausgeführte gilt analog auch für das Nachlassverfahren unter Vorbehalt von Ziffer 3.3.2.

3.3.2 Im Nachlassverfahren in der Stundungsphase

Wie bereits erwähnt (Ziff. 2.2), bleiben die gesamten Geschäftsakten in der Stundungsphase beim Nachlasspetenten. Ein gewisser Teil dieser Akten muss er allerdings dem Gericht zur Begründung des Stundungsgesuches einreichen (Art. 293 und 294 SchKG). Es handelt sich dabei um wichtige Akten, die über die Vermögenslage, den Stand seiner Buchführung usw. Aufschluss geben. Nach Gewährung der Stundung werden diese Akten vom Gericht an den Sachwalter übergeben. Bei diesen Akten befindet sich auch ein Verzeichnis der Geschäftsbücher (Art. 293 SchKG). Daraus ist ersichtlich, was für weitere Geschäftsbücher beim Nachlassschuldner vorhanden sind.

Der umfassende Anspruch auf Akteneinsicht (Ziff. 3.3.1) erstreckt sich zweifelsohne auf die Akten im Besitz des Sachwalters. Kann nun aber ein

aus dem Gesetz, z.B. aus Art. 293 und 294 SchKG, die vom Petenten wahrheitsgemässe Auskünfte über Vermögen und Geschäftsgebaren usw. verlangen, aus Art. 295 Abs. 2, der die Überwachungspflicht des Sachwalters statuiert, aus Art. 298 SchKG, der Vermögensverminderungen zu verhindern sucht, aus Art. 299 SchKG, der eine Inventarisierung des Vermögens des Nachlassschuldners verlangt usw.. Macht der Sachwalter von seinem Recht Gebrauch, so muss sich das Einsichtsrecht der Gesuchsteller auch auf allfällige neu eingereichte Akten erstrecken.

Es stellt sich nun die Frage, ob ein Gesuchsteller den Sachwalter zwingen kann, zusätzliche Akten beim Nachlassschuldner anzufordern. Dies ist u.E. insoweit zu bejahen, als die zusätzlichen Informationen die Vermögenslage, die Nachlasswürdigkeit und weitere wichtige Tatsachen über den Nachlassschuldner erhellen, die namentlich für die Ausübung des Stimmrechts der Gläubiger (Art. 305 SchKG), die Erstellung des Gutachtens des Sachwalters (Art. 304 Abs. 1 SchKG) und den Entscheid der Nachlassbehörde (Art. 306 SchKG) wichtig sind.

Nicht zu vergessen ist Art. 298 Abs. 2 SchKG, der diese Einsichtsrechte indirekt relativiert. Es steht nämlich im Belieben des Nachlassschuldners, die Weisungen des Sachwalters nicht zu befolgen. Einzige Sanktion ist die

such diene lediglich dem Zweck der Informationsbeschaffung über eine Bank (die ihrerseits Konkursgläubigerin war), mit welcher der Gesuchsteller in einem Auftragsverhältnis gestanden hatte. Dieser wollte durch Einsicht in die Akten der Bank, die in der Konkursmasse lagen, Beweismittel gegen jene beschaffen. Das Bundesgericht führt zwar richtig aus, dass sich der Gesuchsteller auf ein besonderes und gegenwärtiges Interesse rechtlicher Natur, das Schutz verdiene, beziehe (BGE 93 III 10 E. 2d). Das kann aber u.E. nicht ausreichend sein. Die zu beschaffenden Informationen müssen im Zusammenhang mit dem Konkursverfahren stehen, ansonsten muss sich der Gesuchsteller anderer Mittel – z.B. der prozessualen Edition – bedienen, um sein schützenswertes Interesse durchzusetzen.

Daran ändert sich u.E. auch nichts, wenn der Dritte sich für denselben Zweck zuerst eine Konkursforderung eines Gläubigers nach Art. 164 OR abtreten lässt, um sein SchKG-fremdes Ziel als «Gläubiger» erleichtert verfolgen zu können.

Das oberwähnte Urteil des Bundesgerichtes führt in seiner letzten Konsequenz dazu, dass die Akten in Nachlass- und Konkursverfahren praktisch «vogelfrei» werden. Das Einsichts-gesuch müsste keinen Zusammenhang mit dem Gemeinschuldner und dem laufenden Zwangsvollstreckungsverfahren mehr haben. Es würde genügen, wenn in der Masse zufälligerweise Akten von Interesse für irgendeinen Gesuchsteller liegen, der seinerseits ein schutzwürdiges rechtliches Interesse an Einsicht in diese Akten hätte.

4.1.2 Art des Interessenachweises

Zur Akteneinsicht berechtigt ist nur, wer ein Interesse nachweist (Art. 8 Abs. 2 SchKG). Erforderlich ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts «... ein besonderes und gegenwärtiges Interesse. Dieses Interesse braucht nicht notwendigerweise finanzieller Art zu sein; vielmehr genügt ein rechtliches Interesse anderer Art. Ein strenger Nachweis des Interesses darf vom Gesuchsteller nicht verlangt werden, sondern die Einsicht ist ihm zu

gewähren, wenn ernsthafte Indizien das Bestehen des Interesses wahrscheinlich machen» (BGE 105 III 39). Grundsätzlich genügt somit blosser Glaubhaftmachung, ein strenger Nachweis ist nicht erforderlich. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist allerdings dem Gesuchsteller zuzumuten, zur Begründung des Gesuches schriftliche Dokumente oder Kopien davon vorzulegen, die zu beschaffen bei zweckmässiger Organisation nur wenig Zeit und Mühe erfordert (BGE 105 III 40) [13].

Diese Anforderungen gelten unbeschränkt für den Dritten. Gläubiger und Gemeinschuldner müssen hingegen diesen Interessenachweis nicht erbringen, das Interesse wird vermutet (BGE 93 III 6/7). Da aber gewisse Schranken des Einsichtsrechts auch für diese Gesuchsteller bestehen (vgl. Ziff. 4.2), müssen sie sich allenfalls Fragen zum Zweck und Umfang des Einsichtsbegehrens gefallen lassen.

In der Praxis lassen sich typische Interessenlagen antreffen. So wurde vom Bundesgericht z.B. entschieden, dass der Verdacht des Gläubigers auf Verheimlichung von Aktiven durch den Gemeinschuldner für die Einsichtnahme genügt (BGE 85 III 120), dass im Konkurs einer Bank das Bankgeheimnis dem Akteneinsichtsrecht nicht entgegengehalten werden kann (BGE 86 III 119f.), dass die namentliche Anführung jedes einzelnen Gläubigers im Kollokationsplan für die Ausübung der Rechte gemäss Art. 250 SchKG unerlässlich sei (BGE 86 III 117f.), dass die Absicht eine Kollokationsklage einzuleiten genügt, um in das Inventar und in die vom anderen Gläubiger eingereichten Beweismittel Einsicht zu nehmen (BGE 103 III 19) usw.

4.2 Schranken des Einsichtsrechts

Unter Ziffer 4.1 wurde dargestellt, unter welchen Voraussetzungen das Einsichtsrecht grundsätzlich gewährt werden muss. Ausnahmsweise ist es zulässig, dieses Einsichtsrecht dennoch zu verweigern (BGE 93 III 7) oder sachlich zu beschränken. Es sind dies Fälle der rechtsmissbräuchlichen Ausübung der Rechte oder der überwie-

genden entgegenstehenden Interessen, welche die Rechtsprechung so typisiert:

- Sofern es sich um einen Gläubiger oder einen Gemeinschuldner handelt und die Einsicht aus Gründen verlangt wird, die mit der Gläubiger- oder Gemeinschuldner-eigenschaft des Gesuchstellers nichts zu tun haben.
- Weiter für Dritte, wenn die Einsichtnahme keinen vernünftigen Zweck haben kann und nur unnütze Umtriebe verursachen würde, oder wenn der Bekanntgabe eines Aktenstücks eine gebieterische Pflicht zur Geheimhaltung entgegensteht (BGE 85 III 120).

Zum ersten Punkt gehört der Fall BGE 91 III 94 (Pra 55 [1966] Nr. 43), wo der Konkursgläubiger und Gesuchsteller zugleich als Beklagter in einem unmittelbar bevorstehenden Verantwortlichkeitsprozess Informationen aus den Konkursakten haben wollte. Das Bundesgericht schützte den Anspruch des Gesuchstellers mit der Begründung, dass auch die Parteien im Zivilprozess das grundsätzliche Recht hätten, von den vorgelegten Urkunden Kenntnis zu nehmen. Dabei übersah es, dass im Zivilprozess die Parteien selber darüber entscheiden können, welche Belege und wann sie diese vorlegen und somit der Einsichtnahme der Gegenpartei aussetzen wollen, sofern kein diesbezügliches Editionsbegehren gestellt wird. Zudem würde die Einsicht erst nach der Klageeinleitung stattfinden. Die vorprozessuale Einsicht in die Akten liefert dem Gesuchsteller einen weiteren Vorteil: Er kann ihm unangenehme Akten, die er bei normaler prozessualer Edition erst gesehen hätte, wenn sie bereits im Rechte liegen, von der Einbringung in den Prozess fernhalten.

Wesentlich scheint uns in diesem Fall, dass dieses Einsichtsgesuch mit der Gläubigerqualität des Ansprechers nichts mehr zu tun hat, sondern ausschliesslich von seinen Interessen als künftiger Beklagter motiviert ist. Richtig ist hingegen, dass die Verweigerung der Einsichtnahme gemäss diesem Entscheid auf die Akten beschränkt bleiben muss, die den bevorstehenden Pro-

zess betreffen. Der Beweis von entgegenstehenden Interessen obliegt grundsätzlich der Konkursverwaltung (BGE 91 III 96 E. 3). Wäre der Gesuchsteller ein Dritter gewesen, so hätte u.E. sein Gesuch allgemein aus Gründen des Rechtsmissbrauchs abgewiesen werden müssen.

Um so einen Fall handelt es sich auch bei dem im Jahre 1974 gefällten u.E. richtigen Entscheid der Aufsichtsbehörde des Kantons Bern, der dem künftigen Prozessgegner der Masse die Einsicht verweigerte, weil diese Akten später dem Richter im Prozess selbst als Beweismittel vorzulegen waren und es für die Masse völlig unzumutbar gewesen wäre, den künftigen Gegner in die Unterlagen einsehen zu lassen [14]. Der Gesuchsteller als Dritter konnte sich zwar auf ein gegenwärtiges und besonderes Interesse rechtlicher Natur stützen. Das Einsichtsrecht wurde hier aber ganz allgemein rechtsmissbräuchlich ausgeübt. Daran hätte sich auch nichts geändert, wenn der Gesuchsteller gleichzeitig Gläubiger gewesen wäre. In diesem Fall hätte das Gesuch mit der Gläubigereigenschaft des Gesuchstellers nichts mehr zu tun gehabt und er hätte auf die prozessualen Hilfsmittel verwiesen werden müssen.

Genau umgekehrt hat die Aufsichtsbehörde des Kantons Neuenburg in einem analogen Fall in demselben Jahr entschieden [15].

Eine ähnliche Interessenkollision liegt dann vor, wenn der die Einsicht beantragende Vertreter eines Abtretungsgläubigers/Klägers im Verantwortlichkeitsprozess zugleich auch Vertreter eines Beklagten im selben Verantwortlichkeitsprozess ist [16].

4.3 Zeitliche Schranke des Akteneinsichtsrechts

Das Akteneinsichtsrecht besteht unabhängig von einem laufenden Verfahren (BGE 110 III 52). So ist insbesondere auch nach Abschluss oder Widerruf desselben Einsicht in die Akten zu gewähren, falls die Voraussetzungen gegeben sind. Der Anspruch auf Akteneinsicht besteht so lange, als das Konkursamt gestützt auf Art. 14 f. KOV

verpflichtet ist, die fraglichen Akten aufzubewahren (BGE 99 III 44). Demnach werden die eingebundenen Protokolle (Art. 14 Abs. 2 und Art. 10 Abs. 2 und 3 KOV) während 40 Jahren und die nicht eingebundenen Protokolle (Art. 14 Abs. 1 KOV) während 10 Jahren nach Abschluss des Verfahrens aufbewahrt. Eine jahrgangweise Vernichtung lässt der Wortlaut dieser

Bestimmung ist insbesondere dann glaubhaft gemacht, wenn das Auskunftsgesuch in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Abschluss oder der Abwicklung eines Vertrages erfolgt (Art. 8a Abs. 2 ESchKG). Die Ämter werden allerdings Dritten keine Kenntnis von einer Betreibung geben, wenn die Betreibung nichtig ist oder aufgrund einer Beschwerde oder eines Urteils aufge-

«Nach dem künftigen Gesetzestext wird jede Person, die ein Interesse glaubhaft macht, die Protokolle und Register der Betreibungs- und Konkursämter einsehen und sich Auszüge daraus geben lassen können.»

Bestimmungen nicht zu. BGE 99 III 45 bestimmt zudem: «Hat das Betreibungsamt auch nach Ablauf dieser Fristen die entsprechenden Akten nicht vernichtet, so ist es ihm nicht verwehrt, ... auch dann noch Einsicht und Kopie zu gewähren, allerdings ohne dass diese einen diesbezüglichen Anspruch geltend machen können.»

Die Aufbewahrung der Geschäftsbücher des Gemeinschuldners wird in einzelnen in Art. 15 KOV geregelt [17].

5. Ausblick auf das künftige SchKG

5.1 Stand der Gesetzgebung

Der definitive Gesetzestext wurde am 27. Dezember 1994 im Bundesblatt publiziert [18]. Das Inkrafttreten ist auf den 1. Januar 1997 vorgesehen.

5.2 Gesetzeswortlaut

Nach dem künftigen Gesetzestext wird jede Person, die ein Interesse glaubhaft macht, die Protokolle und Register der Betreibungs- und Konkursämter einsehen und sich Auszüge daraus geben lassen können (Art. 8a Abs. 1 ESchKG). Ein Interesse im Sinne dieser Bestim-

hoben wurde, wenn der Schuldner mit einer Rückforderungsklage obsiegt hat sowie auch wenn der Gläubiger die Betreibung zurückgezogen hat (Art. 8a Abs. 2 lit. a–c ESchKG). Art. 8a Abs. 4 ESchKG sieht weiter vor, dass das Einsichtsrecht Dritter fünf Jahre nach Abschluss des Verfahrens erlischt, wobei Gerichts- und Verwaltungsbehörden im Interesse eines Verfahrens, das bei Ihnen hängig ist, weiterhin Auszüge verlangen können.

Diese Bestimmungen sollen aufgrund des Gesamtverweises in Art. 241 ESchKG auch für die ausseramtliche Konkursverwaltung Geltung haben.

Ein offenes Versehen stellt u.E. hingegen Art. 295 Abs. 3 ESchKG dar, wonach auf das Nachlassverfahren zwar Art. 8 ESchKG über die Pflicht, Register zu führen, aber nicht Art. 8a ESchKG über das Einsichtsrecht anwendbar sein soll.

5.3 Neuerungen

Nach Einsicht in die Botschaft [19] drängt sich zunächst die Feststellung auf, dass im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens die Thematik des Einsichtsrechts im Konkurs- und Nachlassverfahren weitgehend unberücksichtigt geblieben ist. Der Gesetzgeber hatte primär die Interessenlage im Betrei-

bungsverfahren vor Augen, woraus der Gesetzestext an verschiedenen Orten ausschliesslich für das Betreibungsverfahren sinnvoll erscheint. Es gilt im folgenden, die Neuerungen kurz darzustellen.

5.3.1 Allgemeines

Der neue Gesetzestext kodifiziert zunächst die bundesgerichtliche Rechtsprechung[20]. Die Änderungen in Art. 8 Abs. 1 ESchKG sollen gegenüber dem geltenden Art. 8 Abs. 2 SchKG nur redaktioneller Natur sein [21].

5.3.2 Glaubhaftmachung

Neu legt der Gesetzestext ausdrücklich fest, dass eine Glaubhaftmachung des Interesses genügt (Art. 8a Abs. 1 ESchKG). Ob damit eine Lockerung der bisherigen Rechtsprechung beabsichtigt wird, wonach das Glaubhaftmachen mittels Vorlegung von schriftlichen Unterlagen belegt werden soll [22], ist u.E. zweifelhaft. Darüber wird sich die Rechtsprechung äussern müssen.

5.3.3 Typische Fälle der Glaubhaftmachung

Art. 8a ESchKG, wonach ein Interesse als gegeben betrachtet wird, wenn das Auskunftsgesuch in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Abschluss oder der Abwicklung eines Vertrages

erfolgt, ist auf die Rechtsprechung in Betreibungsfällen zugeschnitten [23] und wird im Konkursverfahren kaum Bedeutung erlangen. Anders allenfalls im ordentlichen Nachlassverfahren.

5.3.4 Ausschluss des Auskunftsrechts bei nichtigen, zurückgezogenen oder aufgehobenen Betreibungen

Während der Wortlaut von Art. 8a Abs. 3 auf Betreibungsfälle zugeschnitten ist und an dieser Stelle keinen Kommentar mehr erheischt, muss die Bemerkung in Botschaft, S. 32, erwähnt werden, wonach eine Drittperson nach künftigen Recht keine Einsicht in Einträge von Betreibungen erhalten wird, die infolge Konkursöffnungen dahingefallen sind. Befinden sich allerdings Akten der dahingefallenen Betreibung zugleich in den Konkursakten (z.B. als Belege zu einer Forderungseingabe), verliert diese Einschränkung jegliche Bedeutung.

5.3.5 Zeitliche Schranke

Während künftig Dritten gegenüber das Einsichtsrecht einer zeitlichen Schranke von fünf Jahren nach Abschluss des Verfahrens unterliegen wird (Art. 8a Abs. 4 ESchKG), wird unter den Parteien des Zwangsvollstreckungsverfahrens sowie für den Behördenverkehr weiterhin gelten, dass das Einsichtsrecht zeitlich nur durch die Aufbewahrungsfristen (dazu Ziff. 4.3) begrenzt ist [24]. Unbestritte-

nermassen soll die fünfjährige Frist für Dritte auch im Konkursverfahren Anwendung finden [25].

Die Festlegung einer fünfjährigen Frist stellt eine wesentliche Einschränkung gegenüber der heute nach KOV auch für Dritte geltenden 10- bzw. 40-jährigen Frist (dazu 4.3) dar. Diese Einschränkung verliert jedoch an Bedeutung, wenn man sich vergegenwärtigt, dass der Dritte sich bereits beim Nachweis des Interesses Einschränkungen gegenüber Gläubigern und Gemeinschaftsdner gefallen lassen muss. Auch stellt die Frist von fünf Jahren nach Abschluss des Verfahrens eine Zeitspanne dar, die in der Praxis äusserst selten überschritten wird. 

Anmerkungen

- 1 Die eminente Bedeutung des Auskunfts- und Einsichtsrechts im Konkurs- und Nachlassverfahren als Informationsmittel wurde auch mit dem Inkrafttreten des Datenschutzgesetzes vom 19. Juni 1992 nicht geschmälert, wurden die SchKG-Register von seinem Geltungsbereich doch ausgenommen (Art. 2 Abs. 2 DSG; Botschaft zum Bundesgesetz über den Datenschutz vom 23. März 1988, Sonderdruck, S. 32).
- 2 Im folgenden wird der Nachlassschuldner in der Bezeichnung «Gemeinschuldner» mitverstanden.
- 3 K. Käfer, Berner Kommentar zu den Artikeln 957 / 964 OR, 1. Teilband, Grundlagen und Artikel 957, Bern 1981, Kommentar zu Artikel 957 N 139 ff.; vgl. auch Art. 15 KOV.
- 4 Anstelle vieler, K. Amonn, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 5. A., Bern 1993, § 4 N 16.
- 5 K. Amonn, a.a.O., § 4 N 16.

Anzeige

Jüngerer Ökonom mit sieben Jahren Berufserfahrung, davon 4 im Bereich Treuhandwesen, speziell Unternehmenssteuern, gute Sprachkenntnisse in Englisch und Französisch, sucht den Erwerb, allenfalls die Beteiligung an einer

kleineren Treuhandgesellschaft im Raum Basel

mit ca. Fr. 500 000 bis Fr. 1 000 000 Umsatz und gut strukturiertem Kundstamm sowie einer gewissen Ausrichtung auf das Steuerwesen. Eigenkapitalnachweis kurzfristig bebringbar. Möglich wäre auch der Zusammenschluss mit Juristen, Bücherexperten etc. zu einer Treuhandgesellschaft, sofern ein Kundstamm bereits vorhanden ist.

Angebote bitte unter Chiffre L 267-22171, an ofa Orell Füssli Werbe AG, Postfach 2122, 8152 Glattbrugg

w12.1

- 6 Die Botschaft zum künftigen SchKG nimmt dazu wenigstens für das Betreibungsverfahren entschieden Stellung: «Im übrigen versteht es sich aus datenschutzrechtlichen Gründen von selbst, dass der Schuldner Einträge, die gegen ihn gerichtete Betreibungen betreffen, jederzeit einsehen darf.» (Botschaft über die Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs vom 8. Mai 1991, Bundesblatt Nr. 27 Band III vom 16. Juli 1991, S. 31, nachfolgend «Botschaft»).
- 7 K. Amonn, a.a.O., § 4 N 16; H. Fritzsche/H. U. Walder, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Band I, 3. A., Zürich 1984, § 14 Anm. 10; Entscheid der Aufsichtsbehörde Basel-Land vom 13. Mai 1980, in Basler Juristische Mitteilungen «BJM» 1981, S. 201 und Schweizerische Juristen-Zeitung «SJZ» 1982, S. 25 f.
- 8 So auch in Zuger Gerichts- und Verwaltungspraxis «ZGGVP» 1991, 147 ff.
- 9 Ebenso R. Ursprung, Der Betreibungs- und Konkursbeamte im Spannungsfeld zwischen

- Amtsgeheimnis, Auskunftspflicht und Überlastung, in: Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs «BISchK» 58/1994, S. 202, allerdings nur für das Betreibungsverfahren.
- 10 K. Amonn, a.a.O., § 6 N 19 f.
- 11 Für das Betreibungsverfahren abgelehnt vermutlich wegen ungenügender Identifikationsmöglichkeit, BISchK 25/1961, S. 41; BISchK 47/1983, S. 178; SJZ 56/1960, S. 126; hingegen zustimmend L. Krauskopf, Die Revision des SchKG im Spannungsfeld der Wirtschaftskriminalität, SJZ 80/1984, S. 21; derselbe, «Kreditschutz» und Datenschutz im SchKG, Festschrift «FS» für Oscar Vogel, Zürich 1991, S. 308; R. Ursprung, BISchK 58/1994, S. 202.
- 12 Dazu L. Krauskopf, FS Vogel, S. 229 ff.
- 13 Diese Aussage erfolgte in einem Betreibungsfall, kann aber u.E. auch hier angewandt werden.
- 14 BISchK 40/1976, S. 148.

- 15 BISchK 40/1976, S. 172.
- 16 So in BISchK 38/1974, S. 171 f., wonach die Einsichtnahme auch in einem solchen Fall nicht verweigert werden kann.
- 17 K. Käfer, a.a.O., Art. 962 N 93 f.
- 18 Bundesblatt Nr. 52 Band V 27. Dez. 1994, nachfolgend «ESchKG».
- 19 Botschaft, S. 28 ff.
- 20 Botschaft, S. 28.
- 21 Botschaft, S. 31.
- 22 So postuliert von L. Krauskopf, FS Vogel, S. 309; zögernd H. Pflughard, Akteneinsicht im Betreibungs- und Konkursverfahren, BISchK 56/1992, S. 87.
- 23 Dazu ausführlich I. Meier, Betreibungs-auskunft – ein ungelöstes Problem des SchKG, FS 100 Jahre SchKG, Zürich 1989, S. 129 ff.
- 24 Botschaft, S. 33.
- 25 Art. 241 ESchKG; L. Krauskopf, FS Vogel, S. 312; H. Pflughard, a.a.O., S. 90.

RÉSUMÉ

Le droit de consultation et d'information dans la procédure de faillite et de concordat

Selon l'article 8 alinéa 2 de la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP), toute personne qui justifie de son intérêt peut consulter les registres et en requérir des extraits, ce qui est aussi valable pour l'Administration spéciale de la faillite, les commissaires et les liquidateurs.

En principe, jouissent de ce droit les personnes remises en cause dans la faillite, c'est-à-dire les créanciers du failli et le failli lui-même. Une tierce personne n'est pourtant pas exclue du droit de consultation.

Alors que les créanciers et le failli peuvent invoquer une présomption de légitimation, dès lors que la consultation approfondie de documents est indispensable pour la sauvegarde de leurs droits dans la procédure de faillite et de concordat ainsi que pour l'exécution de leurs obligations, le droit de consultation des tiers est plus difficile, dans la mesure où ils doivent rendre vraisemblable leur intérêt particulier et actuel à l'aide de documents écrits. Le cas devient intéressant lorsque le débiteur du failli est en même temps son créancier dans la procédure de faillite.

Il est fréquent que cette union personnelle soit liée à un conflit d'intérêts, puisque le débiteur du failli peut être poursuivi en justice par la masse. On se trouve en présence de ce cas type lors d'un procès en responsabilité intenté aux organes de la société en faillite. Nous sommes d'avis que les justifications des demandes de consultations doivent être soumises à des exigences plus strictes. Si le débiteur mis en cause par la masse tente, en se fondant sur l'article 8 LP, de se procurer des informations qu'il ne pourrait obtenir que par la voie la plus difficile, en procédure civile, de la demande de production de pièces, le droit de consultation doit être limité aux documents nécessaires ou même refusé.

Souvent, l'Office des faillites doit s'occuper de demandes qui n'ont plus rien de commun avec le but visé par le législateur. Il s'agit de cas où la demande de consultation est présentée pour des raisons qui n'ont rien à voir avec la qualité de débiteur ou de failli. La consultation sera aussi refusée dans les cas où des tiers poursuivent des objectifs douteux et ne provoquent que des démarches inutiles. L'obligation de

secret peut également être opposée à la demande de consultation.

En principe, le droit de consultation est un domaine très vaste. Il concerne tous les procès-verbaux dressés par l'Office des poursuites, par l'Administration spéciale de la faillites et les documents y relatifs qui se trouvent en leur possession, tels que la comptabilité du failli ou les procès-verbaux des séances des organes de la société en faillite.

Le droit de consultation est limité à la durée de l'obligation de conserver à laquelle sont astreintes les personnes en cause.

La révision de la LP, qui vise en particulier à réaliser la protection de la personne du débiteur dans la procédure de poursuite, n'apportera pas de modifications importantes. On retiendra néanmoins les modifications rédactionnelles et que la personne qui veut exercer son droit de consultation doit rendre son intérêt vraisemblable. Le droit de consultation de tiers sera limité à cinq ans dès la clôture de la procédure.

RAC/TM/AFB