

Art. 240 SchKG, Parteistellung. *Der Konkursverwalter ist Vertreter, nicht Prozessstandschafter (E. I/5).* **Art. 8a SchKG, Einsichtsrecht.** *Das prozessuale Recht auf Edition geht dem allgemeinen Einsichtsrecht des SchKG vor (E. III).*

Die Konkursmasse der E. in Liq. steht in einem Prozess gegen die ehemalige Revisionsstelle der Konkursitin. Die Revisionsstelle verlangte zur Vorbereitung einer Rechtsschrift beim ausseramtlichen Konkursverwalter Einsicht in die Akten. Der Konkursverwalter verweigerte das unter Hinweis auf das prozessuale Editionsrecht. Die untere kantonale Aufsichtsbehörde hiess eine Beschwerde gut und verpflichtete den Konkursverwalter, die verlangte Einsicht zu gewähren. Dagegen wird Beschwerde geführt, wobei einerseits die Konkursmasse, andererseits der Konkursverwalter als Beschwerdeführer aufgeführt sind.

(aus den Erwägungen des Obergerichts:)

(I.) 5. 5. Die Konkursmasse rügte vor Vorinstanz, dass sich die Beschwerde gegen ein nicht passivlegitimiertes Sondervermögen richte, weshalb der Entscheid gesamthaft aufzuheben und die Verfügung vom 19. Dezember 2013 zu bestätigen sei. Im vorinstanzlichen Verfahren hatte die Konkursmasse darauf hingewiesen, dass "aus dem Deckblatt der Beschwerdebegründung (der Revisionsstelle) ... ersichtlich (werde), dass die Beschwerdeführerin (die Revisionsstelle) die Beschwerde gegen die «Konkursmasse der E.», erhoben hat, und nicht gegen den verfügenden a.a. Konkursverwalter RA B. ...". Die Beschwerdeführerin habe demnach gegen ein nicht passivlegitimiertes Sondervermögen Beschwerde erhoben (act. 5 Rz 2). In der Beschwerdeantwort vor Vorinstanz führte die Revisionsstelle aus (act. 9 Rz 1): "Gemäss ständiger Praxis der zürcherischen Aufsichtsbehörden ist Beschwerdegegnerin die betroffene Konkursmasse ... Dem a.a. Konkursverwalter kommt in diesem Zusammenhang lediglich die Rolle als Vorinstanz zu (Art. 20a Abs. 3 SchKG i.V.m. § 83 Abs. 2 und 3 GOG; BGE 137 I 195; ZR 111 Nr. 103; Hans Sorg, Das Beschwerdeverfahren in Schuldbetreibungs- und Konkursachen im Kanton Zürich, Diss. Zürich 1954, S. 59 ff. BSK SchKG I-Flavio Cometta/Urs Peter Möckli, Art. 17 N. 47 f.)". Im vorinstanzlichen Entscheid wird dazu ausgeführt, dass die Beschwerde gegen die Konkursitin bzw. gegen die Konkursmasse gerichtet sei, welche die Einrede der fehlenden Passivlegitimation erhebe, weil Beschwerden über die Amtsführung gegen den (ausser-

amtlichen) Konkursverwalter und nicht gegen ein Sondervermögen zu erheben seien (act. 12 E. 4.3.). Soweit es nicht um die Verletzung von Amtspflichten gehe, die ein disziplinarisches Eingreifen der Aufsichtsbehörde erfordere, werde im Interesse der Konkursmasse bzw. der Gläubigergemeinschaft gehandelt, welche von der verlangten Akteneinsicht betroffen werde (act. 12 E. 4.6.). Die Vorinstanz wies auf die geteilten Meinungen betreffend der Bezeichnung des Beschwerdegegners hin. Dieser komme keine entscheidende Bedeutung zu. Es wäre überspitzt formalistisch, auf die Beschwerde nicht einzutreten, weil nicht die verfügende ausseramtliche Konkursverwaltung, sondern die Konkursmasse als Beschwerdegegnerin bezeichnet werde (act. 12 E. 4.7). In der Beschwerde vor der Kammer bleibt die Konkursmasse dabei, dass richtigerweise auf die Beschwerde, weil sie gegen ein nicht passivlegitimiertes Sondervermögen erhoben worden sei, nicht einzutreten wäre (act. 16 Rz 21), während die Revisionsstelle darauf hinweist, dass in der Beschwerdeeingabe vor der Kammer sowohl die Konkursmasse als auch "RA B., a.a. Konkursverwalter" als Beschwerdeführer aufgeführt seien (act. 21 Rz 11).

Klar ist, dass allfällige disziplinarische Massnahmen i.S.v. Art. 14 Abs. 2 SchKG nur gegen den Konkursverwalter angeordnet werden könnten. Darum geht es hier allerdings nicht. Die Vorinstanz hat auf die Kontroverse bezüglich Passivlegitimation und die Praxis im Kanton Zürich hingewiesen. In Ergänzung dazu kann die Ansicht von BSK SchKG I-Möckli, N. 47 f. zu Art. 17 zitiert werden: "Umstritten ist insb., ob es (das Zwangsvollstreckungsorgan) im eigentlichen Sinn als Beschwerdegegner ... oder Gegenpartei bezeichnet werden kann ... bzw. ob es (das Zwangsvollstreckungsorgan) passivlegitimiert ist ... Viele Aufsichtsbehörden bezeichnen (in der Praxis anderer Kantone) das verfügende Amt im Rubrum des Entscheides formell als Beschwerdegegner. Diese darstellerische Handhabung ist, jedenfalls für das kostenlose kantonale Beschwerdeverfahren, ebenso wenig mit praktischen Auswirkungen verbunden wie der Meinungsstreit in der Lehre. Auch die weiteren Verfahrensbeteiligten (Gläubiger bzw. Schuldner, Mitbetriebe, involvierte bzw. betroffene Dritte) sind keine Parteien im zivilprozessualen, sondern nur in einem übertragenen Sinn... Im Übrigen ist es zweckmässig, sie im Rubrum des Beschwerdeentscheides aufzuführen ...". All dem ist nichts beizufügen. Nur am Rande sei erwähnt, dass es ausserdem eine Kontroverse bezüg-

lich der Rechtsstellung von Konkursmassen und Konkursverwaltungen gibt. So geht nach der einen Meinung die Verfügungs- und Prozessführungsbefugnis vom Schuldner auf die Konkursmasse über, was diese zur Prozessstandschafterin des Konkursiten macht. Die Konkursmasse ihrerseits (als Sondervermögen) wird durch die Konkursverwaltung gesetzlich vertreten, die im Namen der Konkursmasse prozessiert (vgl. z.B. Isaak Meier, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich 2010, S. 160 f.; BGer 5P.376/2002 [offizielles Organ der Konkursmasse]). Nach anderer Ansicht gilt die Konkursverwaltung bei der Prozessführung als gesetzliche Vertreterin des Schuldners (vgl. BSK SchKG II-Russenberger, N. 4 zu Art. 240).

Im Beschwerdeverfahren vor der Kammer wird neben der Konkursmasse der E. neu Rechtsanwalt B., a.a. Konkursverwalter, als Beschwerdeführer genannt. Sowohl nach der einen wie nach der anderen Meinung sind Konkursverwaltungen Vertreter und daher nicht zur selbständigen Beschwerdeführung berechtigt. Auf die Beschwerde der Konkursmasse ist daher einzutreten, während der Konkursverwalter persönlich nicht ins Rubrum aufgenommen wird.

(...)

III. 1. Zu klären ist eine Rechtsfrage, nämlich der Anwendungsbereich von Art. 8a SchKG.

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):

"1. Gemäss Art. 8 Abs. 2 SchKG kann jedermann, der ein Interesse nachweist, die von den Betreibungs- und den Konkursämtern geführten Protokolle einsehen und sich Auszüge aus ihnen geben lassen. Erforderlich ist nach der Rechtsprechung ein besonderes und gegenwärtiges Interesse (Archiv für Schuldbetreibung und Konkurs I Nr. 2 S. 3, VIII Nr. 59 S. 174, BGE 40 III 260, BGE 52 III 75 und 78/79). Dieses Interesse braucht nicht notwendigerweise geldlicher Natur zu sein; vielmehr genügt ein rechtliches Interesse anderer Art (Archiv VIII Nr. 59 S. 174, BGE 52 III 75 und 79; vgl. BGE 58 III 118 ff.). 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 52 III 76/77 und 78/79). Im Falle des Konkurses billigt die Rechtsprechung grundsätzlich jedem Gläubiger das erforderliche Interesse zu und sind Gegenstand des Rechtes auf Einsicht nicht bloss die vom Konkursamt bzw. von der ausseramtlichen 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 28 I 97 f.=Sep. ausg. 5 S. 45 f.=Archiv VII Nr. 65 S. 202, BGE 40 III 260 f., BGE 85 III 119 f., BGE 91 III 95 f.). Die Einsicht in alle diese Urkunden wird den Konkursgläubigern gewährt, damit sie die Lage ihres Schuldners prüfen und im Konkursverfahren ihre Rechte wahrnehmen können. Nach der Rechtsprechung ist es nur ausnahmsweise zulässig, einem Konkursgläubiger die Einsicht in bestimmte Aktenstücke zu verweigern, so z.B. dann, wenn er sie aus Gründen verlangt, die mit seiner Gläubigereigenschaft nichts zu tun haben, wenn die Einsichtnahme keinen vernünftigen Zweck haben kann, sondern nur unnütze Umtriebe verursachen würde, oder wenn der Bekanntgabe eines bestimmten Aktenstücks eine gebieterische Pflicht zur Geheimhaltung entgegensteht (BGE 40 III 261 E. 4, BGE 85 III 120, BGE 86 III 118, BGE 91 III 96). Als Konkursgläubiger ist der Gesuchsteller auch dann zu behandeln, wenn die Konkursverwaltung seine Forderung abgewiesen, er aber mit rechtzeitiger Klage den Kollokationsplan angefochten hat (BGE 91 III 96 E. 2). Mit der Frage, ob, unter welchen Voraussetzungen und wieweit Personen, die nicht Konkursgläubiger sind, Einsicht in die Konkursakten verlangen können, hat sich das Bundesgericht auf jeden Fall in seiner veröffentlichten Rechtsprechung bisher noch nicht befasset. Dagegen hat es entschieden, dass der Gesuchsteller, der vom Betreibungsamt Auskunft darüber verlangt, ob gegen eine bestimmte Person Betreibungen hängig sind oder waren, nicht darzutun braucht, dass er Gläubiger dieser Person ist, sondern dass ihm schon dann ein genügendes Interesse an der verlangten Auskunft zuzugestehen ist, wenn er wahrscheinlich macht, dass er von der betreffenden Person ein Angebot zum Vertragsabschluss (z.B. eine Warenbestellung) erhalten hat oder dass er mit ihr in geschäftlichen Beziehungen steht oder stand oder mit ihr einen Prozess führt, in welchem die in Frage stehenden Betreibungen eine Rolle spielen können (Archiv VIII Nr. 59 S. 175, BGE 52 III 75 und 79, BGE 58 III 118 ff.).

...

c) Art. 8 Abs. 2 SchKG gewährt die Einsicht in die von den Betreibungs- und den Konkursämtern bzw. von der Konkursverwaltung geführten Protokolle (und gegebenenfalls in die zugehörigen Akten) jedermann, der ein Interesse nachweist. Das Gesetz verlangt also nicht, dass der Gesuchsteller als Gläubiger der Person, gegen die sich das hängige oder hängig gewesene Verfahren richtet oder gerichtet hat, oder gar als Beteiligter an diesem Verfahren an der Einsicht interessiert sei. Wie bei der Beurteilung von Gesuchen um Einsicht in die Betreibungsregister entschieden wurde (vgl. die am Schluss von Erwägung 1 hievorgangeführten Entscheide), können vielmehr

unter Umständen auch andere Personen ein beachtliches Interesse an der Akteneinsicht haben. Notwendig ist nach ständiger Rechtsprechung nur, dass es sich um ein besonderes und gegenwärtiges Interesse rechtlicher Natur handelt, das Schutz verdient. Ob und wieweit diese Voraussetzung erfüllt sei, ist, wie die Vorinstanz in einem früheren Entscheide zutreffend ausgeführt hat, unter Berücksichtigung der konkreten Umstände von Fall zu Fall zu beurteilen (SJZ 1958 Nr. 123 S. 204). Das Bundesgericht hat in BGE 85 III 120, BGE 86 III 118 und BGE 91 III 96, allerdings erklärt, einem Konkursgläubiger dürfe die Einsicht in bestimmte Aktenstücke verweigert werden, wenn er sie aus Gründen verlange, die mit seiner Gläubigereigenschaft nichts zu tun haben (vgl. Erwägung 1 Absatz 2 hievor). Hieraus ist jedoch nicht zu schliessen, die Einsicht in die Konkursakten könne entgegen dem allgemein gefassten Gesetzeswortlaut und den von der Rechtsprechung für die Einsicht in die Betreibungsregister entwickelten Regeln einzig aus Gründen verlangt werden, die mit der Gläubigereigenschaft des Gesuchstellers zusammenhängen, so dass die Einsicht in die Konkursakten einem Nichtgläubiger stets zu verweigern wäre. Ein Konkursgläubiger, der Einsicht in diese Akten verlangt, vermag sein Gesuch angesichts der Tatsache, dass die Konkursgläubiger an einer umfassenden Orientierung über die Lage des Schuldners und den Gang des Verfahrens interessiert sind, in aller Regel auf Gründe zu stützen, die sich aus seiner Stellung als Gläubiger ergeben. Dass er die Einsicht aus Gründen verlange, die mit dieser Stellung nichts zu tun haben, kann ihm praktisch nur dann entgegengehalten werden, wenn sich sein Gesuch als geradezu missbräuchlich erweist. Mit der in Frage stehenden Wendung wollte daher das Bundesgericht in Wirklichkeit nichts anderes sagen, als dass einem Konkursgläubiger die Einsicht in bestimmte Aktenstücke dann verweigert werden darf, wenn er daran ausnahmsweise kein rechtliches Interesse hat, sondern sein Recht missbrauchen will. Dürfen die Konkursgläubiger das Einsichtsrecht nicht missbräuchlich ausüben und ist ihnen, wie in den angeführten Entscheiden ausserdem erklärt wurde, die Einsicht in Aktenstücke zu verweigern, deren Bekanntgabe gegen eine gebieterische Pflicht zur Geheimhaltung verstiesse, so muss das erst recht für Gesuchsteller gelten, die Einsicht in die Konkursakten verlangen, ohne Konkursgläubiger zu sein.

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, PS120084 [www.gerichte-zh.ch]). Dazu hat das Bundesgericht in BGE 85 III 120 ausgeführt:

"Cependant, en cas de faillite, la seule consultation des registres serait insuffisante pour permettre aux créanciers d'exercer leur contrôle et de sauvegarder leurs droits. Il est donc nécessaire, comme le Tribunal fédéral l'a déjà jugé (RO 28 I 97, 40 III 260 consid. 3), qu'ils puissent examiner également les autres pièces que détient l'office, telles que la comptabilité du débiteur et les pièces justificatives, les procès-verbaux des séances des organes de la société faillie, etc. C'est seulement par la consultation de ces pièces que, dans de nombreux cas, il est possible de vérifier, par exemple, si l'inventaire des biens du failli est complet ou si une créance produite est fondée. Il s'ensuit que les créanciers ont, en principe, intérêt à examiner toutes les pièces qui sont en possession de l'office et on doit les y autoriser. Un refus ne peut leur être opposé qu'exceptionnellement, par exemple si leur requête est fondée sur des motifs étrangers à leur qualité de créanciers, si elle est tracassière ou si elle se heurte à un impérieux devoir de discrétion. En revanche, des difficultés pratiques ne sauraient suffire: l'office doit être organisé de manière à pouvoir remplir ses fonctions".

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

BGE 135 III 507 E. 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 E. 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 Konkurs*gläubigern* (ihr Recht auf [umfassende] Akteneinsicht hat das Bundesgericht schon in BGE 28 III 95 ff. bejaht, vgl. dazu auch BGE 40 III 259 ff.; BISchK 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. Auskunftinteresse 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 (BISchK 53/1989 S. 173 f.). Konkret hat sie die Einsicht aber verweigert:

"Die Beschwerdeführer begründen ihr Interesse an der Einsichtnahme einerseits mit der Haftung der Verwaltungsräte und andererseits mit einem allenfalls bevorstehenden Prozess zwischen ihnen und der Konkursverwaltung. Nach Massgabe von Art. 756 OR steht die Geltendmachung des Anspruchs aus Verantwortlichkeit im Konkurs der AG der Konkursverwaltung zu. Nur im Falle eines Verzichts der Konkursverwaltung können die Aktionäre die Abtretung des Anspruchs verlangen. Ein solcher Verzicht der Konkursverwaltung liegt nicht vor, so dass diesbezüglich kein Interesse der Beschwerdeführer zu bejahen ist. Was den möglicherweise bevorstehenden Prozess betrifft, so ist festzustellen, dass die Beschwerdeführer als Konkursgläubiger rechtskräftig abgewiesen sind und ein von der Konkursverwaltung gegen sie als Drittschuldner anzustrengender Prozess nicht zur Einsichtnahme in die Akten der Gegenpartei berechtigt. Gegebenenfalls kann im allfälligen Prozess die Edition des Protokolles beantragt werden. Auch in diesem Punkt ist das Bestehen eines schutzwürdigen Interesses zu verneinen ...".

Ebenfalls um einen bevorstehenden Verantwortlichkeitsprozess ging es in BGE 91 III 96 E. 3, in dem zu Frage Stellung genommen wurde, ob einem ehemaligen Organ und Gläubiger der Konkursitin die Akteneinsicht verweigert werden könne. Das Bundesgericht hat dort ausgeführt:

"Au contraire, les parties au procès civil ont en principe le droit de prendre connaissance des pièces produites. Cette règle ne souffre d'exception que si la sauvegarde de secrets d'affaires d'une partie ou d'un tiers l'exige (cf. art. 38 PCF). L'art. 4 Cst. garantit en effet le droit d'être entendu, et partant de s'exprimer. Or la consultation du dossier est une condition de l'exercice de ce droit. Elle ne peut être limitée qu'exceptionnellement. Le refus motivé par un impérieux devoir de discrétion visera uniquement les pièces qui devraient rester secrètes (cf. message du Conseil fédéral à l'appui d'un projet de loi sur la procédure administrative du 24 septembre 1965, FF 1965 II p. 1403, et références citées, ainsi que l'art. 24 al. 2 du projet de loi, loc.cit., p. 1418). Ni l'office ni l'autorité de surveillance ne prétendent qu'en l'espèce, des secrets d'affaires de la société faillie ou d'un tiers seraient opposables au droit du recourant. Celui-ci avait d'ailleurs accès à toute la comptabilité de Constructions Balency SA, en sa qualité d'administrateur et de directeur, jusqu'à quelques mois de l'ouverture de la faillite. L'office pourrait tout au plus l'empêcher de prendre connaissance de pièces déterminées se rapportant à la période qui a suivi sa révocation et que la sauvegarde de secrets d'affaires obligerait à tenir secrètes. En l'état, aucun indice ne permet de penser qu'il en soit ainsi".

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

"d) Der Rekurrent verlangt die Einsicht in die Akten der Konkurse ... unter Berufung auf ein Vertragsverhältnis zwischen ihm und einem Konkursgläubiger, der als sein Treuhänder mit den Gemeinschuldnern Geschäfte abzuschliessen und seine Interessen auch in den Konkursverfahren treuhänderisch zu wahren hatte und den er, wenn die Konkursakten seinen Verdacht bestätigen, wegen Verletzung der Pflicht zu getreuer Geschäftsbesorgung zur Verantwortung ziehen will. Sein Gesuch stützt sich also auf ein besonderes und gegenwärtiges Interesse rechtlicher Natur, das Schutz verdient. Dass er die Akteneinsicht in missbräuchlicher Weise verlange, kann ihm nicht vorgeworfen werden. Insbesondere lässt sich nicht sagen, der Verdacht, dem er nachgehen will, sei offensichtlich haltlos, so dass die Akteneinsicht keinen vernünftigen Zweck haben könne. Die Vernehmlassung des Konkursverwalters bestätigt, dass die Bank X in den fraglichen Angelegenheiten nicht nur als Treuhänderin des Rekurrenten handelte, sondern auch bedeutende eigene

Interessen wahrnahm. Eine Benachteiligung des Rekurrenten durch sie ist daher nicht von vorneherein ausgeschlossen. Der Umstand sodann, dass es für die Konkursmasse keine Rolle spielt, ob die Bank ihre Pflichten gegenüber dem Rekurrenten richtig erfüllt habe oder nicht, hebt dessen Interesse an der Akteneinsicht nicht auf. Dem Gesuch ist daher grundsätzlich zu entsprechen. Dem Rekurrenten die Einsicht in bestimmte Aktenstücke zwecks Wahrung von Geschäftsgeheimnissen der Bank zu verweigern, kommt nicht in Frage; denn die Bank schuldet ihm als seine Beauftragte Rechenschaft über ihre Geschäftsführung (Art. 400 Abs. 1 OR) und muss sich gefallen lassen, dass in diesem Zusammenhang auch ihre eigenen Geschäfte mit den Gemeinschuldern geprüft werden. Zu wahren sind dagegen allfällige Geschäftsgeheimnisse der Gemeinschuldner, soweit ihr Schutz sich im Sinne der Rechtsprechung gebieterisch aufdrängt. Von den ihm bekanntzugebenden Aktenstücken kann sich der Rekurrent gegen Bezahlung der Kosten Abschriften geben lassen".

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. Editionspflichten vereinheitlicht und bundesrechtlich geregelt wurden, kann davon nicht mehr ohne weiteres ausgegangen werden. Während es zuvor systemlogisch war, dass Art. 8 aSchKG 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").

Nach Ansicht der Konkursmasse haben die einschlägigen Bestimmungen von Art. 160 ff. ZPO Vorrang vor Art. 8a SchKG (act. 16 Rz 33 ff.), nur schon deshalb, weil sonst Art. 156 ZPO unterlaufen werden könnte. Die Revisionsstelle als bereits ins Recht gefasste Dritte könnte sonst in beliebige resp. alle SchK-Daten der klagenden Partei des Verantwortlichkeitsprozesses Einsicht nehmen (act. 16 S. 38). Die ratio legis von Art. 8a SchKG verbiete, dass eine bereits eingeklagte Partei Zugang zu allen Daten der Gegenpartei habe, nur weil diese zufällig im Konkurs sei. Die Revisionsstelle ihrerseits habe das Ersuchen der Konkursmasse,

Arbeitspapiere zuzustellen bzw. in ihren Geschäftsräumlichkeiten einzusehen, abgelehnt und auf konkreten Fragen bestanden (act. 16 Rz 43). Zudem sei die Revisionsstelle rechenschaftspflichtig, was auf die Konkursmasse nicht zutreffe.

Die Revisionsstelle spricht sich für den Vorrang von Art. 8a SchKG vor den einschlägigen Bestimmungen der ZPO aus, in act. 21 Rz 28 mit der Begründung, dass – sofern dies nicht der Fall wäre – die Bestimmungen über die Beweisabnahme und die Wahrung von schutzwürdigen Interessen gemäss Art. 156 ZPO unterlaufen würden. Deshalb sei die ZPO eine *lex specialis* zu Art. 8a SchKG. In Rz 10.7 weist sie darauf hin, dass im Zivilprozess der integrale Beizug von Akten nicht möglich sei. Das Einsichtsrecht gemäss Art. 8a SchKG könne nach BGE 58 III 120 selbständig und unabhängig von einem Zivilprozess geltend gemacht werden. Es gehe tendenziell auch weiter als die Bestimmungen des Beweisrechts in der ZPO. Geschäftsgeheimnisse hätten vor Art. 8a SchKG keinen Bestand. Das Prozessrechtsverhältnis habe vorliegend mit dem Einsichtsrecht nur insofern etwas zu tun, als es die Notwendigkeit begründe. Gegen eine andere Sichtweise spreche auch der Grundsatz der Waffengleichheit; diese wäre nicht gewahrt, wenn der Revisionsstelle erst im Beweisverfahren Zugang zu den Akten erhalten könnte, von denen sie – mangels Akteneinsicht im Konkurs – nicht einmal wisse, ob sie existieren. Zudem hätte die Konkursmasse auch nicht konkret aufgezeigt, welche Akten sie nach Art. 156 ZPO nicht zugänglich machen müsste bzw. bei welchen Akten das Handelsgericht im Verantwortlichkeitsprozess die Beweisöffentlichkeit beschränken würde (act. 21 Rz 29).

Anzumerken ist, dass es neben Art. 8a SchKG nicht nur die soeben erwähnten prozessualen Editionspflichten, sondern auch die materiellrechtlichen aus Normen des Bundesprivatrechts gibt (vgl. z.B. Karl Spühler/Dominik Vock, Urkundenedition nach den Prozessordnungen der Kantone Zürich und Bern, SJZ 95/1999 S. 41 ff., S. 41). Erwähnenswert ist im vorliegenden Zusammenhang schliesslich Art. 158 ZPO, der die vorsorgliche Beweisführung bundesrechtlich regelt, was auch die vorprozessuale Urkundenedition umfasst. Was das Verhältnis zwischen prozessualer und materiellrechtlicher Editionspflicht anbelangt, kann die prozessuale lediglich während des pendenten Prozesses verlangt werden,

während zur Durchsetzung der materiellrechtlichen Editionsspflicht ein besonderes gerichtliches Verfahren (im ordentlichen, vereinfachten oder summarischen Verfahren) notwendig ist (vgl. Spühler/Vock, a.a.O., S. 42).

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 verweiger- te 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 ausgewie- senem Geheimhaltungsinteresse im vorinstanzlichen Entscheid ausdrücklich vor- behalten wird (act. 15 Dispositiv-Ziff. 2), können Beschwerde 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 ge-

rechtfertigter 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 geht es im wesentlichen um eine Verantwortlichkeitsklage nach Art. 755 OR (act. 2/3 Rz 3), 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 Gläubigersamtheit 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 (act. 21 Rz 21). 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 hätten die E. 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 Revisions-

stelle liegenden Akten beansprucht bzw. beanspruchen sollte, wäre bzw. ist sie ebenfalls auf die Mittel des Zivilprozesses angewiesen (vgl. dazu act. 5 Rz 13 f.; act. 6/2). 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 dahin gestellt bleiben, ob im Falle der Anwendbarkeit von Art. 8a SchKG bei Einsichtsgesuchen Dritter der blosse 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).

Obergericht, II. Zivilkammer
Beschluss und Urteil vom 25. Juni 2014
Geschäfts-Nr.: PS140053-O/U