

2. Die Beschwerdeführerin macht in der Replik geltend, dass der im Briefkopf der Verfügung verwendete Hinweis «Kammern Familienrecht» ihren Vertreter irrtümlich davon habe ausgehen lassen, dass es sich um einen Kammerentscheid handle. Angesichts dieser Unklarheit würde es überspitzten Formalismus bedeuten, wenn die Beschwerde nicht an das zuständige Zivilgericht zur Behandlung als Rekurs weitergeleitet würde. Dazu ist Folgendes zu bemerken: Nach kantonalem Zivilprozessrecht besteht kein Anspruch einer Partei, dass ein Rechtsmittel von Amtes wegen an die zuständige Instanz weitergeleitet wird. Es ergibt sich jedoch aus Art. 9 BV, dass der Rechtssuchende nicht ohne Not um die Beurteilung seines Rechtsbehrens durch die zuständige Instanz gebracht werden soll, indem diese, wenn das in Frage kommende Rechtsmittel fälschlicherweise rechtzeitig bei einer unzuständigen Stelle eingereicht wird, darauf nicht eintritt, weil es erst nach Ablauf der Rechtsmittelfrist bei ihr eintrifft. Dabei handelt es sich um einen allgemeinen Rechtsgrundsatz, der sich auf die gesamte Rechtsordnung bezieht (BGE 121 I 95, 118 Ia 243/244). Wie das Appellationsgericht jedoch schon entschieden hat, geht diese Praxis davon aus, dass das richtige Rechtsmittel am unrichtigen Ort eingereicht worden ist. Im vorliegenden Fall geht es jedoch gerade um den umgekehrten Fall, nämlich darum, dass das falsche Rechtsmittel, d.h. die Beschwerde, an die richtige, d.h. die für die Behandlung von Beschwerden zuständige Instanz adressiert worden ist. In einem solchen Fall kann es grundsätzlich nicht Sache des Appellationsgerichts sein, nach dem Entscheid über seine mangelnde Zuständigkeit die Beschwerde an das Zivilgericht zur Behandlung als Rekurs weiterzuleiten (vgl. ebenso AGE vom 18.9.2000 in Sachen P.E. und vom 27.6.2001 in Sachen Z. L.). Im Übrigen ist im vorliegenden Fall festzuhalten, dass es dem in Basel als Anwalt praktizierenden Vertreter der Beschwerdeführerin allein schon aufgrund der zeitlichen Abfolge, aber auch aufgrund des Umstands, dass es zu keiner mündlichen Verhandlung zur Sache gekommen war, klar sein musste, dass es sich bei der beanstandeten Verfügung nicht um einen Kammerentscheid handeln konnte. Es besteht somit auch aus diesem Grund kein Anlass, die vorliegende Beschwerde zur Behandlung als Rekurs an die Kammer des Zivilgerichts weiterzuleiten. Sodann hätte der Hinweis am Ende der Verfügung

(«gez. Zogg, Präs.») dem Vertreter der Beschwerdeführerin erst recht klar machen müssen, von wem die angefochtene Verfügung stammt. Dass die Kanzlei des Zivilgerichts noch freundliche Grüsse und den Hinweis auf das Zivilgericht Basel-Stadt beigefügt hat, ändert daran nichts. ... (Urteil des Appellationsgerichts [Ausschuss] vom 17.10.2001 in Sachen K. M. B.-W.)

## LITERATURANZEIGEN

### Neuere Literatur zum SchKG

#### Einleitung

Die Vereinigung für Schuldbetreibung und Konkursrecht (SchKG-Vereinigung) hat an ihrer 3. Jahresversammlung vom 22.11.2001 erstmals einen Preis für die beste Publikation eines jüngeren Forschers im Bereiche des SchKGs verliehen. Der Jury, bestehend aus den Herrn Prof. Isaak Meier (Zürich, Vorsitz), Prof. Louis Dalleves (Genf/Sion) sowie dem Rezensenten (Präsident der SchKG-Vereinigung) lagen die nachfolgend in alphabetischer Reihenfolge zu besprechenden 15 Dissertationen aus den Jahren 1999/2000 vor. Den Preis erhielten ex aequo *Beat Fürstenberger* für seine Arbeit über *Die Einrede des mangelnden und Feststellung neuen Vermögens nach revidiertem Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz* und *Michael Hold* für sein Werk über *Das Kapitaleretzende Darlehen im Schweizerischen Aktien- und Konkursrecht*.

*Markus Dieth, Beschwerde in Schuldbetreibungs- und Konkursachen gemäss Art. 17ff. SchKG, Unter Berücksichtigung des Beschwerdeverfahrens im Kanton Aargau, Zürcher Studien zum Verfahrensrecht 113, Zürich 1999.*

Die Arbeit von *Markus Dieth* befasst sich mit der Beschwerde gem. Art. 17ff. SchKG unter besonderer Berücksichtigung des Verfahrens im Kanton Aargau. Seine Arbeit wird aufgeteilt in Teil A: Grundlagen, Rechtsquellen und Organisation, Teil B: Zulässigkeitsvoraussetzung der Beschwerde und in Teil C: Prozessrechtliche Grundsätze im Beschwerdeverfahren.

Im Teil A vertritt der Autor u.a. zu Recht die Auffassung, dass der Ombudsman im Betreibungsverfahren nichts zu suchen hat (S.21). Sodann wird die bundesgerichtliche Rechtsprechung übernommen, wonach die Nichtigkeit einer betreibungsrechtlichen Verfügung nur von der Aufsichtsbehörde festgestellt werden kann (S.30).

Im Teil B schliesst sich der Autor seinem Doktorvater *Karl Spühler* an, wonach bei fehlender Beschwerdelegitimation, definiert als Aktiv- oder Passivlegitimation, resp. Sachlegitimation, auf die Beschwerde eingetreten, diese jedoch abgewiesen werden muss (S. 55). Dies ist nicht richtig, denn die fehlende Aktivlegitimation führt nur im Zivilprozess zu einem Sachurteil. Im Verwaltungsverfahren, wozu auch die SchKG-Beschwerde gehört, ist jedoch die Aktivlegitimation Prozessvoraussetzung. Ansonsten wird die bisherige Praxis des Bundesgerichts sorgfältig zusammengestellt und daraufhin überprüft, ob sie auch noch unter dem revidierten Recht Geltung hat.

*Jean-Claude Dubacher, Close-out-Bestimmungen und das Eintrittsrecht der Konkursverwaltung. Ein Rechtsvergleich zwischen der Schweiz, Deutschland und Österreich, Schweizer Schriften zum Bankrecht, Band 57, Zürich 1999.*

*Jean-Claude Dubacher* befasst sich in seiner Arbeit über Close-out-Bestimmungen und das Eintrittsrecht der Konkursverwaltung mit der Problematik rund um den in der Revision 1997 neu eingefügten Art. 211 Abs. 2<sup>bis</sup> SchKG. Close-out-Bestimmungen sind Vertragsvereinbarungen, wonach Verträge bei Eintritt eines bestimmten Ereignisses aufgelöst werden und die gegenseitigen Forderungen der Parteien automatisch zur Verrechnung gelangen. In der Praxis finden diese Bestimmungen insbesondere bei Börsentermingeschäften Anwendung, da hier die internationalen Standardverträge der Banken und Börsenhändler Close-out-Bestimmungen enthalten.

Es stellte sich nun die Frage, ob derartige Vertragsbestimmungen auch gültig sind, wenn der Konkurs einer Partei als Auflösungsgrund vereinbart wird. Damit wird es nämlich der Konkursverwaltung verunmöglicht, das ihr gem. Art. 211 Abs. 2 SchKG zustehende Wahlrecht, zweiseitige Verträge, die zur Zeit der Konkurseröffnung nicht oder nur teilweise erfüllt sind, an Stelle des Schuldners zu erfüllen und damit die Gegenleistung zu beanspruchen. Dieses Wahlrecht bevorzugt die Konkursverwaltung, weil sie die Rosinen, welche sie erfüllen möchte, auswählen kann (sogenanntes Cherry-Picking).

*Dubacher* schliesst sich nun in einer sorgfältigen Analyse der herrschenden Lehre und insbesondere seinem Doktorvater *Dieter Zobl* an, wonach das Wahlrecht der Konkursverwaltung gemäss Art. 211 Abs. 2 SchKG bloss zur Anwendung gelangt, wenn nicht der Vertrag schon aufgrund des materiellen Rechts aufgelöst wird. Das materielle Recht steht nun in bestimmten Fällen dem Konkurs einer Partei als Auflösungsgrund vor. Daneben gestattet das materielle Recht den Parteien in den meisten Fällen, den Vertrag mit einer Resolutivebedingung zu versehen, wonach er bei Eintritt des Konkurses einer Partei aufgelöst wird.

Der Gesetzgeber hat das Problem leider nur unvollkommen gelöst, indem er in Art. 211 Abs. 2<sup>bis</sup> SchKG das Eintrittsrecht der Konkursverwaltung bloss bei Fixgeschäften sowie bei Finanztermin-, Swap- und Optionsgeschäften ausgeschlossen hat. Aufgrund einer vertieften Analyse der finanzwissenschaftlichen Literatur legt nun *Dubacher* dar, welche Verträge unter Art. 211 Abs. 2<sup>bis</sup> fallen. Diese Frage ist jedoch, wie bereits *Mathias Staehelin* (SZW 1996, S. 61 ff.) festgestellt hat, von geringerer Bedeutung, da bei diesen Verträgen beinahe immer vertragliche Close-out-Bestimmungen enthalten sind, welche bereits auf diesem Wege den Vertrag im Konkursfalle auflösen und das Eintrittsrecht der Konkursverwaltung verunmöglichen.

Die gegenteilige Frage ist, ob dann, wenn die Parteien keine Close-out-Vereinbarung getroffen haben, Art. 211 Abs. 2<sup>bis</sup> SchKG derogiert werden und damit ausdrücklich vereinbart werden kann, dass der Konkursverwaltung das Eintrittsrecht zusteht. *Dubacher* bejaht diese Frage zu Recht.

Im zweiten Teil seines Werkes legt der Autor die Rechtslage in Deutschland und Österreich dar.

In seinem schweizerischen Teil konzentriert sich das Werk weitgehend auf die eben dargelegten Fragen. Dabei wird viel Gewicht auf die bankenrechtlichen Verhältnisse gelegt und die sich stellenden Probleme primär aus dieser Optik behandelt. Weniger Beachtung finden die grundsätzlichen Fragen, inwieweit Vertragsbestimmungen gültig sind, die bloss im Konkursfalle Wirkung haben sollen. Dieser Vorwurf trifft jedoch nicht nur den Autor, sondern auch den Gesetzgeber, da in Art. 211 Abs. 2<sup>bis</sup> SchKG bloss gewisse bankenrechtliche Fragen geregelt, die allgemeinen Grundsätze jedoch offengelassen wurden.

*Ursula Fuchs, Der Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung an einen Dritten, Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Basel, Genf, München, 1999.*

Mit ihrer Arbeit über den *Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung an einen Dritten* beschäftigt sich *Ursula Fuchs* mit einer neuen Art des Nachlassvertrages, welche anlässlich der Revision 1994 in das Gesetz eingeführt wurde. Während beim üblichen Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung (dem sog. Liquidationsvergleich gem. Art. 317 ff. SchKG) der Schuldner das Verfügungsrecht über sein Vermögen den Gläubigern bzw. den Liquidatoren überlässt, werden beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung an einen Dritten die Aktiven zeitgleich mit Abschluss des Nachlassvertrages an einen Dritten verkauft, womit den Gläubigern sogleich Geld zur Verfügung steht und keine weiteren Liquidationshandlungen mehr erforderlich sind. Bezweckt werden soll hiermit insbesondere die Erhaltung und Fortführung von Unternehmen.

In einer guten Arbeit legt nun *Ursula Fuchs* dar, um was es sich bei diesem Institut, das sich im Grenzbereich zwischen Zwangsvollstreckungs- und Zivilrecht befindet, handelt. Hierbei unterscheidet sie klar zwischen dem Abtretungsvertrag mit dem Dritten und dem Nachlassvertrag mit den Gläubigern. Nach ihrer Ansicht gibt es gute Argumente, den Abtretungsvertrag mit dem Dritten dem Privatrecht zu unterstellen, kommt doch, im Gegensatz zum Freihandverkauf, welcher ein staatlicher Hoheitsakt ist, dem Schuldner bei der Ausarbeitung des Vertrages ein gewisser Gestaltungsspielraum und den Behörden nur eine untergeordnete Beteiligung zu. Die Autorin lässt die Frage der Qualifikation jedoch offen und will im Einzelfall untersuchen, welche Rechtsnorm in analoger Weise Anwendung findet (S. 67). So bedarf nach ihrer Auffassung die Verpflichtung des Dritterwerbers, auch wenn sie die Übernahme eines Grundstückes betrifft, keiner öffentlichen Beurkundung (S. 73).

Die Autorin legt sodann richtig dar, dass die Übernahme der einzelnen Vermögenswerte auf dem Wege der Singularkonstruktion zu erfolgen hat (S. 88 f.).

Im Gegensatz zu einem üblichen Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung bedarf bei der Abtretung an einen Dritten die Übertragung von verpfändeten Grundstücken nicht der Zustimmung der Grundpfandgläubiger (Art. 323 SchKG). Entgegen dem Basler Kommentar (SchKG *Winkelmann/Lévy/Jeaneret/Merkli/Birchler*, Art. 323 N6) vertritt die Autorin die Auffassung, dass diesfalls die persön-

liche Schuldpflicht der Grundpfänder nicht zwangsläufig dem Dritterwerber überbunden werden muss, sondern es genüge, dass im Vertrag klar festgehalten wird, zu welchem Preis die verpfändete Liegenschaft und zu welchem Preis das übrige Vermögen übertragen wird (S. 84).

Art. 333 OR (Übergang der Arbeitsverträge) soll zwar nach Ansicht der Autorin im Nachlassverfahren zur Anwendung kommen. Sie weist indes zu Recht darauf hin, dass es sich bei den Forderungen der Arbeitnehmer grundsätzlich um privilegierte Forderungen handelt, die nach Art. 306 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG hinlänglich sichergestellt sein müssen, damit der Nachlassvertrag bestätigt werden kann, womit sich die zusätzliche Erschwerung von Art. 333 OR in Grenzen hält (S. 96f.).

Art. 306 Abs. 2, Ziff. 2 SchKG verlangt für die Bestätigung des Nachlassvertrages, dass die privilegierten Gläubiger sowie die Masseschulden sichergestellt sind. Beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung genügt als Sicherstellung die Übertragung des Verfügungsrechts über das schuldnerische Vermögen an die Gläubiger. Beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung an einen Dritten ist dessen Gegenleistung, wie *Fuchs* zu Recht bemerkt, wie eine vom Schuldner zugesicherte Nachlassdividende sicherzustellen. Dies hätte zusätzlich mit einem Hinweis auf *SchKG-Hardmeier*, Art. 306 N26 in fine, belegt werden können.

Die Autorin hat sich ein Thema ausgesucht, das eigentlich nur von jemandem bearbeitet werden kann, der hiermit praktische Erfahrung hat. Dennoch liest sich das Werk mit Gewinn. Besonders zu erwähnen ist die klare Sprache. Sie legt umfassend dar, wie der Vertrag mit dem Dritten auszugestalten und das Nachlassverfahren abzuwickeln ist. Dabei untersucht sie auch die Situation bei Widerruf des Nachlassvertrages sowie die Rechtsfolgen, wenn der Vertrag mit dem Dritten an einem Mangel leidet. Schade, dass kein Blick in die französische Literatur geworfen wurde, da dort dieses Institut eine grosse Rolle spielt und dem eidgenössischen Gesetzgeber als Vorbild diente.

Nach Auffassung des Rezensenten wird der Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung an einen Dritten als Instrument der Erhaltung von Unternehmen in der Praxis indes keine weite Verbreitung finden. Da kranke Unternehmen durch die Ankündigung der Nachlassstundung oft den Todesstoss erhalten, da dann das Vertrauen der Kunden und Lieferanten endgültig zerstört ist, wird in der Praxis zu Recht versucht, das Unternehmen vor Einreichung des Stundungsgesuches zu verkaufen und die Möglichkeit von Anfechtungsklagen in Kauf zu nehmen, wenn keine Sanierung durch einen ordentlichen Dividendenvergleich möglich ist. Auch während der Nachlassstundung ist ein Verkauf der Unternehmensaktiven mit Zustimmung des Richters möglich (Art. 298 Abs. 2 SchKG). Eine Abtretung des laufenden Betriebes erst zum Zeitpunkt der Bestätigung des Nachlassvertrages wird jedoch regelmäßig an der mangelnden Liquidität scheitern. Dies sieht auch *Fuchs*. Sie möchte jedoch einen Verkauf des Betriebes während der Nachlassstundung nur auf Einzelfälle beschränken, da dies zu einer Umgehung der nachlassvertraglichen Formalitäten führen würde (S. 174). Dem ist entgegenzuhalten, dass dann, wenn man wirklich Betriebe erhalten will, diese nicht den Formalitäten opfern soll, zumal bei einem früheren Verkauf auch ein höherer Preis erzielt werden kann, womit wieder um allen Gläubigern gedient ist.

*Beat Fürstenberger, Einrede des mangelnden und Feststellung neuen Vermögens nach revidiertem Schuldbeitrags- und Konkursgesetz, Unter besonderer Berücksichtigung der Kantone Basel-Stadt und Basel-Landschaft, Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Basel, Genf, München, 1999.*

Ein ausgezeichnetes Werk legt *Beat Fürstenberger* mit seiner Arbeit über die *Einrede des mangelnden und Feststellung des neuen Vermögens* vor. Dass man mit einer Insolvenzerklärung die laufende Lohnpfändung abschütteln und danach ohne Begründung Rechtsvorschlag mangels neuem Vermögen erheben konnte, wurde mancherorts als unbefriedigend empfunden. In der Revision 1994 wurde daher die Stellung der Gläubiger insofern verstärkt, als der Rechtsvorschlag mangels neuen Vermögens vom Richter in einem Summarverfahren bewilligt werden muss, wobei der Schuldner seine Einkommens- und Vermögensverhältnisse darlegen und glaubhaft machen muss, dass er nicht zu neuem Vermögen gekommen ist (Art. 265a Abs. 1 und 2 SchKG). Als neues Vermögen gelten dabei auch Werte, über die der Schuldner wirtschaftlich verfügt (Art. 265 Abs. 2 in fine SchKG). Diese Werte können vom Richter sogar als pfändbar erklärt werden, wenn das Recht des Dritten auf einer Handlung beruht, die der Schuldner in der dem Dritten erkennbaren Absicht vorgenommen hat, die Bildung neuen Vermögens zu vereiteln (Art. 265a Abs. 3 SchKG). Der entsprechende Entscheid kann von Schuldner und Gläubiger auf dem ordentlichen Prozessweg angefochten werden.

Dieses Verfahren, das sich teils nach Bundesrecht, teils nach kantonalem Prozessrecht abspielt, wird von *Fürstenberger* äusserst kompakt und umfassend dargestellt. Er legt dar, dass die Einrede nicht nur als Verteidigungsmittel, sondern ausnahmsweise auch aktiv in einem Forderungsprozess geltend gemacht werden kann, wenn ein Schuldner des Konkursiten einen Verlustschein erworben hat und die Verrechnung erklärt (S. 19). Bei der Auslegung des Begriffs der Vermögenswerte, über welche der Schuldner wirtschaftlich verfügt, zieht der Autor zu Recht andere Rechtsgebiete (Strafrecht, Gesellschaftsrecht, Steuerrecht) hinzu. Er legt sodann die Praxis dar, wonach es nicht nötig ist, dass die einzelnen Vermögenswerte, die neuen Vermögen bilden, bezeichnet werden müssen, sondern dass der Umfang des neuen Vermögens auch summennässig in einem Betrag genannt werden kann (S. 60). Es ist danach Aufgabe des Betreibungsamtes, die gepfändeten Vermögenswerte zu bezeichnen, wobei es wiederum die Regeln über die Kompetenzgegenstände zu beachten hat.

Unberechtigt ist m.E. die Kritik des Autors an der teilweise schematischen Gerichtspraxis, wann neues Vermögen vorliegt (z.B. in Basel-Stadt der doppelte Grundbetrag gemäss dem Existenzminimum) (S. 55), sollten doch für alle Schuldner die gleichen Kriterien gelten. Erhebt der Schuldner die Einrede des mangelnden Vermögens, so hat er nach richtiger Auffassung des Autors an das Gericht einen Kostenvorschuss für das Summarverfahren zu leisten (S. 72).

Das grosse Problem ist die Frage, wie sich der Dritte, dessen Vermögenswerte gepfändet werden sollen, wehren kann. Das Gesetz lässt die Frage offen, in der Botenschaft wird er auf das Widerspruchsverfahren verwiesen. In einer eindrucksvollen Analyse legt nun *Fürstenberger* dar, dass das Widerspruchsverfahren hierfür nur bedingt tauglich ist und es besser wäre, dem Dritten, analog wie dem Drittpfandengläubiger, die Rolle eines Mitbetriebenen zuzuerkennen. Er muss jedoch selbst einsehen, dass dies de lege lata nur schwer umsetzbar ist (S. 119ff.).

## Der Schutz der sexuellen Integrität am Arbeitsplatz (am Beispiel des Kantons Basel-Landschaft)

von *lic. iur. Gabriella Matefi, Basel*

### 1. Einleitung

Der Bundesrat stellte 1993 fest<sup>1</sup>, dass in der Bundesgesetzgebung die Rechtsgleichheit zum grössten Teil – mit Ausnahme der Sozialversicherung – realisiert sei, dass hingegen die tatsächliche Situation der Frauen namentlich auf dem Arbeitsmarkt zuwenig Fortschritte gemacht habe. Insbesondere habe das Lohngleichheitsprinzip die bestehenden Lohnunterschiede zwischen Frauen und Männern trotz direkter gerichtlicher Durchsetzbarkeit nicht beseitigen können.

Zur Konkretisierung des Gesetzgebungsauftrags für den Bereich der Arbeit<sup>2</sup>, insbesondere zur besseren Durchsetzbarkeit des Lohngleichheitsanspruchs, hat die Bundesversammlung des halb am 24.3.1995 das Bundesgesetz für die Gleichstellung von

<sup>1</sup> Botschaft zum Gleichstellungsgesetz vom 24.2.1993; 93.024; BBL 1993 I 1248, (Sonderdruck S. 4).

<sup>2</sup> Der Titel des Bundesgesetzes «über die Gleichstellung von Frau und Mann» lässt leicht übersehen, dass in ihm die Geschlechtergleichheit nur für den Bereich der Arbeitswelt, und auch für diesen kaum abschliessend, konkretisiert wird: Das GIG findet nur auf Arbeitsverhältnisse Anwendung.

Das Werk ist auch für den Praktiker von grossem Interesse, enthält es doch formulierte Rechtsbegehren und Urteilsdispositive sowie am Schluss 3 Berechnungsbeispiele.

*Karl Gehler, Der Gläubigerausschuss im Konkurs- und im Nachlassvertragsverfahren, Diss. Freiburg, Buchs SG, 1999.*

Gläubigerausschüsse, welche die Arbeit der Konkursverwaltung überwachen und begleiten, kommen in der Praxis selten vor. Als fakultative Hilfsorgane werden sie nur bei grösseren Verfahren eingesetzt. Eine weit wichtigere Rolle spielt der Gläubigerausschuss jedoch im Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung, bei welchem die Einsetzung eines Gläubigerausschusses obligatorisch ist, da es nach der Versammlung, in welcher die Liquidatoren und der Gläubigerausschuss gewählt wurden (Art. 317 Abs. 2 SchKG), keine weiteren Gläubigerversammlungen mehr gibt.

Der Umstand, dass der Gläubigerausschuss im Gesetz nur sehr rudimentär geregelt ist, war Anlass für die Arbeit von *Karl Gehler* über den *Gläubigerausschuss im Konkurs- und im Nachlassvertragsverfahren*. Da die SchKG-Revision 1994 in diesem Bereich wenig Neuerungen brachte, konnte sich der Autor hierbei auch auf die ältere Literatur stützen. Er behandelt hierbei die Bestellung des Gläubigerausschusses sowie seine Aufgaben, seine Organisation und die Verantwortlichkeit, die Rechtswege sowie die Besonderheiten im Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung. Beim Rechtsweg sei als kleiner Hinweis ergänzt, dass eine Verfügung nicht dann nichtig ist, wenn durch sie wesentliche Verfahrensgrundsätze verletzt wurden (so S. 88), sondern nur dann, wenn sie gegen Vorschriften verstösst, die im öffentlichen Interesse oder im Interesse von am Verfahren nicht beteiligten Personen erlassen worden sind (Art. 22 Abs. 1 SchKG). Interessant sind die Ausführungen des Autors darüber, ob bei Beschlüssen des Gläubigerausschusses, welche Weisungen an die Konkursverwaltung enthalten, Beschwerdeobjekt der Beschluss des Gläubigerausschusses oder der Ausführungsbeschluss der Konkursverwaltung ist (S. 90ff.). Er kommt dabei zum Schluss, dass gegen die Beschlüsse des Gläubigerausschusses keine Beschwerdemöglichkeit besteht.

Darüberhinaus enthält das Werk eine solide Zusammenstellung der ergangenen Judikatur und Literatur. Jedem, der Einsitz in einen Gläubigerausschuss zu nehmen hat, wird es daher als nützliches Arbeitsmittel dienen.

*Dr. Daniel Staehelin*

(Fortsetzung im nächsten Heft)

## LITERATURANZEIGEN

Neuere Literatur zum SchKG (Fortsetzung)

Michael Hold, *Das kapitaleretzende Darlehen im Schweizerischen Aktien- und Konkursrecht, St. Galler Studien zum Privat-, Handels-, und Wirtschaftsrecht, Bern, Stuttgart, Wien 2000.*

Wie eng materielles Recht und Konkursrecht ineinander verwoben sind, zeigt Michael Hold in seiner ausgezeichneten Arbeit über *das kapitaleretzende Darlehen im Schweizerischen Aktien- und Konkursrecht*, welche sich der Problematik annimmt, wann Fremdkapital, das in einer Unternehmenskrise gewährt oder stehen gelassen wird, eine besondere rechtliche Behandlung erfährt. In der Schweiz ist diese Frage noch nicht geregelt, einzig der Vorentwurf für eine Reform des Rechts der GmbH befasst sich unter der Marginalie «Eigenkapitaleretzende Gesellschaftsdarlehen» mit der Problematik. Viel weiter ist hier schon die Rechtsentwicklung in Deutschland, wo bereits das Reichsgericht in den dreissiger Jahren Darlehen von Aktionären unter bestimmten Umständen die Anerkennung als Eigenkapital verweigerte. In der GmbH-Novelle des Jahres 1980 wurde ein Teil dieser Rechtsprechung Gesetz.

Sodann legt der Autor die Entwicklung in der Schweiz dar, wo *Schönle* im Jahre 1957 die deutsche Rechtsprechung rezipierte. Das Problem wurde in verschiedenen weiteren Publikationen (u.a. von *Ch. von Greyerz*, *A. Vogel* und *L. Glanzmann*) untersucht und hat Eingang in die Standardwerke zum Aktienrecht gefunden. Die Frage wurde auch schon in kantonalen Gerichtsurteilen entschieden, ohne dass bis heute ein Konsens darüber bestehen würde, welches Voraussetzungen und Wirkungen der kapitaleretzenden Darlehen sind.

Nach allgemeinen betriebs- und volkswirtschaftlichen Überlegungen über die Rechtsstellung und Funktion von Eigen- und Fremdkapitalgebern kommt der Autor zum Schluss, dass weder bei häufigem Kapitalverlust, noch bei Unterkapitalisierung, noch bei Sanierungsbedarf, noch bei Zahlungsunfähigkeit, sondern nur bei Überschuldung ein eigenkapitaleretzendes Darlehen angenommen werden muss, da einzig im Falle der Überschuldung eine Fortführung der Gesellschaft aufgrund von Art. 725 Abs. 2 OR unzulässig ist (S. 95ff.). Dem ist zuzustimmen. Als weitere Voraussetzung postuliert er, dass der Darlehensgeber Kenntnis von der Überschuldung hatte, dass nicht nur Darlehen von Aktionären, sondern auch Darlehen von Drittpersonen kapitaleretzenden Charakter haben können, dass durch die Konkursverschleppung den Gläubigern ein Vermögensschaden entstand sowie dass die Darlehensgewährung zur Fortsetzung der Geschäftstätigkeit zumindest beigetragen hat (S. 120f.). Problematischer ist schon die Aussage des Autors, wonach ein stehengelassenes Darlehen kapitaleretzenden Charakter hat, wenn ein Darlehen gewährt wurde, bevor die Gesellschaft den Zustand der Überschuldung erreichte, die Gesellschaft später überschuldet wurde, der Darlehensgeber trotz Kenntnis von der Über-

schuldung die Rückzahlung des Darlehens nicht fordert und den Gläubigern infolge des Konkursverschleppung ein Vermögensschaden droht (S. 125f.). Nach Ansicht der Rezensenten geht dies zu weit; es besteht keine Verpflichtung von Darlehensgebern, ihre Darlehen bei einer Überschuldung geltend zu machen und damit die Gesellschaft in den Konkurs zu treiben. Auch ist unklar, was der Gläubiger tun muss, damit sein Darlehen nicht kapitaleretzend wird: nur fordern oder auch betreiben und prozessieren?

In dogmatischer Hinsicht verstösst gemäss Hold die Gewährung eines kapitaleretzenden Darlehens gegen die Grundsätze des Vertrauensschutzes, kann die Voraussetzung einer sittenwidrigen Schädigung gemäss Art. 42 Abs. 2 OR erfüllen, ist rechtsmissbräuchlich, stellt jedoch keinen Anwendungsfall der Durchgriffshaftung dar (S. 135ff.). Als rechtliche Konsequenz eines kapitaleretzenden Darlehens sieht der Autor in Anlehnung an *Th. Rühm* (Nachrangige Schuldverpflichtungen, 1991/92) einen gesetzlichen Rangrücktritt und nicht die Umqualifikation in Eigenkapital (S. 166). Der gesetzliche Rangrücktritt hat dieselben Konsequenzen wie ein gemäss Art. 725 Abs. 2 OR freiwillig ausgesprochener. Die Forderung gilt ausserhalb des Konkurses als gestundet. Bei Rückzahlung des Darlehens trotz Stundung kann die Gesellschaft die Wiederauszahlung gestützt auf Art. 62ff. OR verlangen (S. 181).

Im Konkurs ist die Forderung hinter der Dritten Klasse zu kollozieren (resp. formell in der dritten Klasse mit einem entsprechenden Vermerk); strittige Fragen sind bereits im Kollokations- und nicht erst im Verteilungsverfahren zu klären (S. 195 Fn. 20). Dies gilt auch für pfandgesicherte kapitaleretzende Darlehen (S. 213). Im Nachlassverfahren vertritt der Autor im Anschluss an *D. Hunzeler* (Das Nachlassverfahren nach revidiertem SchKG, 1996, N 971ff.) zu Recht die Auffassung, dass dem Rangrücktrittsgläubiger kein Stimmrecht zukommt und er bei der Berechnung der Quoten von Art. 305 Abs. 1 SchKG nicht einzubeziehen ist (S. 205).

Die Arbeit schliesst mit Bemerkungen zum Bilanzrecht, zum IPR sowie zur paulianischen Anfechtung, wobei hier dargetan wird, dass auch die Darlehensgewährung (nicht deren Rückzahlung) paulianisch anfechtbar sein kann, wenn die Darlehensgeberin insolvent wird (S. 229ff.).

Das Werk überzeugt hinsichtlich Form und Inhalt. Es gelingt Hold, einem gesetzlich nicht geregelten Begriff unter Rückgriff auf allgemeine Rechtsgrundsätze Struktur zu verleihen. Zu kritisieren gibt es wenig. So wurde auf das oben kritisierte stehengelassene kapitaleretzende Darlehen, bei welchem der Gesellschaft in der Krise keine neuen liquiden Mittel zugeführt wurden, bei der dogmatischen Einordnung wenig eingegangen. Auch ist dem Autor entgangen, dass bei der Reform der Unternehmensbesteuerung 1997 der Freibetrag von Fr. 250'000.- bei der Emissionsabgabe auch auf Kapitalerhöhungen ausgedehnt wurde (S. 89) und zumindest die Juristen der Familie *Saehelin* hätten gerne gewusst, welcher von ihnen in Fn. 56 auf S. 156 zitiert, aber nicht in das Literaturverzeichnis aufgenommen wurde.

*Charles Jaques, Le «rang» des créances dans l'exécution forcée: le cas des subordonations de créance (postpositions), étude de droit civil et de l'exécution forcée suisse, Lausanne, 1999.*

*Charles Jaques* untersucht in seinem 800-seitigen Werk die Frage, wie das Vollstreckungsrecht zivilrechtliche Rangverhältnisse von Forderungen behandeln soll. Als Beispiele von materielle rechtlichen Rangverhältnissen bezeichnet er den

Rangrücktritt gem. Art. 725 Abs. 2 OR, das Vorrecht der Erbschaftsgläubiger vor den Vermögensnehmern gem. Art. 564 ZGB, das Quotenrecht des Geschädigten im Haftpflichtrecht sowie einige weitere Fälle.

In der Einzelvollstreckung soll ein derart bevorzugter Gläubiger das Recht haben, dem zurückgetretenen Gläubiger die Betreuung der Forderung gegen den gemeinsamen Schuldner gem. kantonalem Zivilprozess zu verbieten, falls gleichzeitig mit dem Rücktritt ein Stundungsversprechen abgegeben wurde. Im Konkurs wenn der Autor sich (zu Recht) gegen die von *Ammon/Gasser* vertretene Meinung, wonach – wie beim Vorrecht der Bauhandwerker gem. Art. 841 ZGB und 117 VZG – diese Vorrechte allgemein im Verteilungsstadium geltend zu machen sind, und vertritt die Auffassung, das Rangverhältnis sei bereits im Kollokationsverfahren zu klären.

Das Werk wurde im Eigenverlag herausgegeben und ist vergriffen.

*Sandra Laydu Molinari, La poursuite pour les dettes successorales, Lausanne 1999.*

In ihrer Arbeit mit dem Titel *La poursuite pour les dettes successorales* befasst sich *Sandra Laydu Molinari* mit Fragen aus dem Grenzbereich zwischen Erb- und Zwangsvollstreckungsrecht. In einem ersten Abschnitt behandelt sie die konkursrechtliche Liquidation einer Erbschaft gem. Art. 193 SchKG, wenn alle Erben die Erbschaft ausgeschlagen oder die Ausschlagung zu vermuten ist sowie wenn eine Erbschaft, für welche die amtliche Liquidation verlangt oder angeordnet worden ist, sich als überschuldet erweist.

Drei Probleme seien hier herausgegriffen. Die Autorin schliesst sich ohne nähere Begründung gewissen älteren Entscheidungen an, wonach diesfalls die Kompetenzgegenstände gem. Art. 92 SchKG nicht in die Masse fallen, sondern der Familie des Schuldners zur Verfügung gestellt werden müssen. Dies ist zumindest diskutabel, da diesen Erben, welche die Erbschaft ausgeschlagen haben, kein materiellrechtlicher Anspruch auf diese Kompetenzgegenstände zusteht (S. 52f.). Nicht ganz vollständig ist sodann die Darstellung des Problems, wer die Kosten des Konkursverfahrens zu tragen hat (S. 60f.). Hier fehlt insbesondere jeder Hinweis auf den 1998 erschienenen BGE 124 III 286, wonach einem Erben, der die Erbschaft unter öffentlichem Inventar angenommen oder die amtliche Liquidation verlangt hat, die Kosten des Konkursverfahrens nicht auferlegt werden können, wenn danach die Erbschaftsbehörde das Konkursgericht benachrichtigt und dieses die konkursamtliche Liquidation angeordnet hat. Anders verhält es sich bloss, wenn ein Erbe selbst gem. Art. 193 Abs. 3 SchKG die konkursamtliche Liquidation verlangt hat.

Richtig ist die Auffassung der Autorin, wonach auch nach dem Erbschaftskonkurs Verlustscheine ausgestellt werden können (S. 67). Interessant sind die folgenden Ausführungen zur Rechtslage, wenn das Verfahren mangels Aktiven geschlossen wird. Gem. Art. 230a Abs. 1 SchKG können nun in erster Linie die Erben und in zweiter Linie auch Gläubiger und Dritte die Abtretung der zum Nachlass gehörenden Aktiven verlangen, wenn sie sich bereit erklären, die persönliche Schuldpflicht für die Pfandforderungen und die nicht gedeckten Liquidationskosten zu übernehmen. *Laydu Molinari* vertritt nun die Auffassung, dass diese Regel nur bei einer ausgeschlagenen Erbschaft, nicht jedoch bei einer konkursamtlichen Liquidation im Zuge einer amtlichen Liquidation gem. Art. 597 SchKG, zur Anwendung

gelangt (S. 86 Fn. 146). Diesfalls würden die Aktiven ohne weiteres den Erben übertragen. Dies scheint mir aufgrund des Wortlautes von Art. 230a Abs. 1 SchKG, welcher nur von ausgeschlagener Erbschaft spricht, wie auch aufgrund von dogmatischen Überlegungen, wonach bei einer amtlichen Liquidation die Erben Eigentümer der Nachlassaktiven sind, richtig zu sein.

Der zweite Teil der Arbeit befasst sich mit dem Betreibungsverfahren für Erbschaftsschulden, beginnend mit dem Rechtsstillstand gem. Art. 59 SchKG während der für Antritt oder Ausschlagung der Erbschaft eingeräumten Überlegungsfrist. Schön dargestellt wird sodann die Betreuung gegen eine unverteilte Erbschaft gem. Art. 49 SchKG, womit direkt auf die Nachlassaktiven gegriffen werden kann. Dem steht die Betreuung gegen die einzelnen Erben gegenüber, in welcher zwar zusätzlich das eigene Vermögen der Erben Haftungssubstrat darstellt, ein direkter Zugriff auf die Erbschaftsaktiven jedoch nicht möglich ist, sondern bloss der Erbanteil gepfändet werden kann, welcher gemäss den komplizierten Vorschriften der Verordnung des Bundesgerichts über die Pfändung und Verwertung von Anteilen an Gemeinschaftsvermögen (VVAG) zu verwerten ist. Hierbei stellt sich die Autorin gegen die herrschende Lehre und Rechtsprechung, wonach in beschränktem Rahmen die Erbengemeinschaft passiv betreibungsfähig sei, sondern sieht in einer derartigen Betreuung eine Betreuung gegen alle Erben gemeinsam (S. 152ff.). Bei der Bezeichnung des Betriebenen im Betreibungsbegehren lässt sie es jedoch genügen, dass nicht die Namen aller Erben, sondern bloss die Erbschaft des X, resp. die Erbengemeinschaft X genannt wird (S. 181). Wichtig ist nur die Nennung desjenigen Erben, an welchen der Zahlungsbefehl zugestellt werden soll (Art. 65 Abs. 3 SchKG). Dieser Erbe kann sodann auch alleine Rechtsvorschlag erheben (S. 187).

Nach Auffassung der Autorin enden die betreibungsrechtlichen Erleichterungen beim Vorgehen gegen eine unverteilte Erbschaft bei der Anerkennungsklage gem. Art. 79. Diese richtet sich ausschliesslich nach dem Zivilprozessrecht, welches strengere Voraussetzungen kennt und insbesondere die Nennung sämtlicher Erben als Beklagten erfordert (S. 192ff.). Die beklagten Erben bilden diesfalls eine notwendige Erbengemeinschaft. Die Autorin verneint sodann auch die Parteifähigkeit der Erbengemeinschaft im Aberkennungsprozess, welche von BGE 102 II 385 offen gelassen wurde. Es folgt eine Darlegung aller Betreibungsschritte gegen die Erbengemeinschaft, resp. gegen den einzelnen Erben.

Das Werk schliesst mit internationalrechtlichen Fragen, wobei man hier jedoch vergebens eine Antwort auf die Frage sucht, wann der Anteil an einer Erbengemeinschaft als in der Schweiz belegt gilt und deshalb hier der Zwangsvollstreckung unterliegt (vgl. hierzu BGE 118 III 62).

Die Autorin hat sich intensiv mit der zahlreichen Judikatur und Literatur befasst. Ihre Arbeit ist ein wertvolles Hilfsmittel sowohl für den Praktiker wie für den Wissenschaftler in einem schwierigen Gebiet, in welchem noch einiges ungesichert erscheint.

*Pierre-Xavier Luciani, Les chemins de fer et l'exécution forcée, Lausanne 1999.*

Auch wenn der letzte Bundesgerichtsentscheid über Zwangsvollstreckung gegen Eisenbahnen aus dem Jahre 1958 stammt (BGE 84 III 122), kann, insbesondere aufgrund der Liberalisierung des Schienenverkehrs, dieses Thema jederzeit wieder aktuell werden. Zudem hat sich ein jeder, der einem Eisenbahnunternehmen Kredite

# BASLER JURISTISCHE MITTEILUNGEN

Herausgegeben vom Basler Juristenverein

REDAKTION (\* = Redaktionsausschuss)

DR. EUGEN FISCHER\*, APPELLATIONSGERICHTSPRÄSIDENT, BASEL  
DR. ANDREAS FREIVOGEL\*, SOZIALVERSICHERUNGSGERICHTSPRÄSIDENT, BASEL  
DR. ROLAND GASS\*, ADVOKAT, LIESTAL  
PROF. DR. FELIX HAFNER\*, BASEL  
DR. THOMAS BAUER, KANTONGERICHT BASELSTADT, LIESTAL  
DR. KATHRIN KLETT, BUNDESRICHTERIN, LAUSANNE

Nr. 5 Oktober 2002

## ARBEITSLSENVERSICHERUNGSGESETZ **BL**

*Erlass der Rückzahlung von zu Unrecht ausbezahlter Arbeitslosenentschädigung: Zur Voraussetzung des guten Glaubens (Art. 95 Abs. 2 AVIG) und zu den Meldepflichten des Leistungsansprechers.*

Monique L. bezog vom 3.11. bis 12.12.1997 Arbeitslosenentschädigung. Nachdem die Öffentliche Arbeitslosenkasse Basel (in der Folge Kasse) festgestellt hatte, dass sie über keinen Wohnsitz in der Arbeitslosenversicherung massgeblichen Wohnsitz in der Schweiz verfügt, verneinte sie deren Anspruchsberechtigung für die Zeit ab 3.11.1997 und forderte die bereits ausbezahlten Arbeitslosenentschädigungen im Gesamtbetrag von Fr. 2646.80 zurück (Verfügung vom 9.3.1998). Eine dagegen erhobene Beschwerde wurde vom Versicherungsgericht am 28.7.1999 abgewiesen. Dieser Entscheid ist in der Zwischenzeit in Rechtskraft erwachsen.

Am 1.6.2000 reichte Monique L. bei der Kasse ein Gesuch um Erlass der Rückzahlungsschuld ein. Das Amt für Industrie, Gewerbe und Arbeit Baselland (in der Folge KIGA) wies mit Verfügung vom 5.7.2000 das Erlassgesuch ab.

225

gibt und Sicherungen empfängt, mit dem Zwangsvollstreckungsrecht auseinanderzusetzen. Um so willkommener ist daher die aktuelle Übersicht über das Gebiet von *Pierre-Xavier Luciani* mit dem Titel *Les chemins de fer et l'exécution forcée*.

Grundlage ist Art. 30 Abs. 2 SchKG, der die Bestimmungen anderer Bundesgesetze über besondere Zwangsvollstreckungsverfahren vorbehält. Bezüglich der Eisenbahnen gilt das BG vom 25.9.1917 über Verpfändung und Zwangsliquidation von Eisenbahn- und Schiffahrtsunternehmen (SR 742.211, VZEG). Dieses Gesetz gilt insbesondere auch für die SBB, die gemäss dem BG vom 20.3.1998 (SR 742.31) eine Aktiengesellschaft des öffentlichen Rechts ist.

In materiellrechtlicher Hinsicht erlaubt das VZEG die Errichtung eines sonst im schweizerischen Recht unbekanntem generellen Pfandrechts auf den gesamten Betrieb inklusive der damit zusammengehörenden Landparzellen (Art. 9 VZEG). Dieses Pfandrecht muss vom Bundesrat bewilligt (Art. 1 VZEG), im Bundesblatt publiziert (Art. 2 VZEG) und in ein vom Bundesamt für Verkehr geführtes Pfandbuch eingetragen werden (Art. 5 VZEG). In vollstreckungsrechtlicher Hinsicht enthält das VZEG Bestimmungen über die Zwangsliquidation, welche an Stelle des Konkurses tritt und auch bei Verwertung des Generalpfandes zur Anwendung gelangt, sowie über den Nachlassvertrag und die ausserordentliche Stundung.

Für das Einleitungsverfahren kommt bei Eisenbahnunternehmen zusätzlich das SchKG zur Anwendung. Ebenfalls nach dem SchKG erfolgt die Verwertung eines Pfandes, welches nicht zum Betriebsvermögen gehört (S. 46). Je nachdem, ob es sich um private oder öffentliche Unternehmen handelt, finden einzelne Teile des VZEG keine Anwendung; so ist ein Nachlassvertrag nur bei privaten Unternehmen möglich (Art. 51 VZEG). Bei den öffentlich-rechtlichen Anstalten ist dies weiteren von Bedeutung, ob sie über Rechtspersönlichkeit verfügen und ob sie dem Bundes-, dem kantonalen oder dem kommunalen Recht unterstehen. Bei kommunalen Anstalten ohne Rechtspersönlichkeit gilt es auch noch das Bundesgesetz über die Schuldbetreibung gegen Gemeinden und andere Körperschaften des kantonalen öffentlichen Rechts zu beachten.

Es ist nun der grosse Verdienst von *Luciani*, Ordnung in diese Wirrnisse gebracht zu haben. Zu Beginn stellt er die verschiedenen Rechtsformen dar, unter welchen Eisenbahnunternehmen in der Schweiz betrieben werden. Es folgt eine Darstellung der dinglichen Rechte an den Eisenbahnunternehmen, gefolgt von einer breiten Erläuterung des Liquidationsverfahrens. Das Werk schliesst mit 2 Kapiteln über den Arrest gegen Eisenbahnunternehmen, namentlich der Convention du 9 mai 1980 durch internationale Vereinbarungen, sowie mit einem Kapitel über die relative aux transports internationaux ferroviaires (COTIF, SR 0.742.403.1). Abgeschlossen wird das Werk mit einem Kapitel über die vollstreckungsrechtliche Beschlagnahme von mit der Eisenbahn transportierten Gütern. Nützlich ist sodann die synoptische Darstellung am Schluss des Werkes über die anwendbaren Rechtsquellen.

Das Werk kann jedem, der mit dieser schwierigen Materie zu tun hat, vorbehaltlos empfohlen werden. Der Autor hat sich intensiv mit der spezialgesetzlichen Literatur befasst und seine Erkenntnisse in einer klaren Sprache umgesetzt.

*Dr. Daniel Staehelin*

(Fortsetzung im nächsten Heft)

224

«vorengekommen», ist für das vorliegende Verfahren, wo es allein um die Befreiung vom Berufsgeheimnis geht, belanglos. Es wird Sache des mit der Erbstreitigkeit befassten Gerichts sein, einer allfälligen Parteilichkeit des Zeugen Rechnung zu tragen. ... (Entscheid der Aufsichtskommission über die Advokaten vom 8.9.2000 in Sachen Dr. Y.)

## LITERATURANZEIGEN

*Neuere Literatur zum SchKG (Fortsetzung)*

*Edgar Philippin, Régime matrimonial et protection des créanciers, Diss. Lausanne, Bern 2000.*

*Edgar Philippin* befasst sich in einer sehr sorgfältigen Arbeit mit Art. 193 ZGB, wonach durch Begründung oder Änderung des Güterstandes oder durch güterrechtliche Auseinandersetzung ein Vermögen, aus dem bis anhin die Gläubiger eines Ehegatten oder der Gemeinschaft Befriedigung verlangen konnten, dieser Haftung nicht entzogen werden darf; ein wahrlich anspruchsvolles Thema.

Abgrenzungsschwierigkeiten ergeben sich hierbei insbesondere bei der Frage, welche Rechtsgeschäfte unter Ehegatten dem Anwendungsbereich von Art. 193 ZGB unterliegen. Der Autor legt hierbei schon dar, dass dies nicht die Forderungen sind, welche ihren Ursprung in einem anderen Rechtsgrund haben, wie z.B. Schenkungen unter Ehegatten (S. 74 ff.), aber auch nicht die Erfüllung einer Forderung auf den Mehrwertanteil im Rahmen der güterrechtlichen Auseinandersetzung, da diese Forderung mit dem ihr zugrunde liegenden Anspruch, welcher ausserhalb des Güterrechts liegt, eine Einheit bildet (S. 78 f.). Art. 193 ZGB findet auch dann keine Anwendung, wenn durch einen Wechsel im Güterstand Gläubiger, welchen bisher eine Vermögensmasse exklusiv haftete, diese Exklusivität verlieren, da nun auch andere Gläubiger auf diese Vermögenswerte greifen können (S. 94). Güterrechtlich kommt schliesslich Art. 193 ZGB vor allem dann zum Zuge, wenn eine Gütergemeinschaft begründet, modifiziert oder aufgelöst wird (S. 116 ff.).

Entgegen BGE 123 III 441 vertritt der Autor die Auffassung, die ordentliche Erfüllung der güterrechtlichen Forderung auf Beteiligung am Vorschlag nach Auflösung der Errungenschaftsbeteiligung unterliege nicht Art. 193 ZGB, da hier die paulianische Anfechtungsklage zur Verfügung stehe (S. 96 ff.). Gegen diese Auffassung spricht indes der klare Wortlaut von Art. 193 Abs. 1 ZGB. Desgleichen soll nach Ansicht des Autors eine durch Ehevertrag gemäss Art. 216 von der gesetzlichen Häufteilung abweichende Beteiligung am Vorschlag nicht Art. 193 ZGB unterliegen, sondern nur paulianisch anfechtbar sein (S. 223).

282

In vollstreckungsrechtlicher Hinsicht stellt sich die Frage, wie ein Gläubiger eines Ehegatten auf die Vermögenswerte des anderen Gatten greifen kann, welcher für diese Schuld gemäss Art. 193 ZGB haftet. Der Autor schliesst sich hierbei der herrschenden Lehre an, wonach diese Vermögenswerte in einer Betreibung gegen persönlich haftende Ehegatten gepfändet werden können und der nicht persönlich haftende Ehegatte seine Rechte im Widerspruchsverfahren geltend machen kann. Dabei verwirft *Philippin* die Auffassung, dem nicht persönlich haftenden Ehegatten sei wie einem Drittpfand Eigentümer die Stellung eines Mitbetriebenen zuzuerkennen (S. 190).

Bei seinen Ausführungen zum Verhältnis des Gläubigerschutzes zu den paulianischen Anfechtungsklagen des SchKG folgt der Autor der kürzlich (BGE 127 III 4f.) bestätigten bundesgerichtlichen Rechtsprechung, wonach sich diese beiden Rechtsbehelfe nicht überschneiden. Soweit der Haftungsanspruch nach Art. 193 ZGB offen steht, fehlt es an einer Gläubigerbenachteiligung, womit die paulianische Anfechtungsklage nicht zur Anwendung gelangen kann.

Was geschieht, wenn der aufgrund Art. 193 ZGB nicht persönlich, sondern nur mit dem empfangenen Vermögen haftende Ehegatte die empfangenen Vermögenswerte nicht mehr besitzt? Art. 193 Abs. 2 ZGB sieht diesfalls in nicht besonders klarer Weise vor, dass der haftende Ehegatte die Schulden zu bezahlen hat, sofern er nicht nachweist, dass das empfangene Vermögen hierzu nicht ausreicht. *Philippin* möchte nun diese Haftung auf eine Haftung gemäss Art. 41 OR reduzieren (S. 178, 229). Auch wenn sein Vorschlag vernehmlich erscheint, findet er wiederum keine Stütze im Wortlaut des Gesetzes. Hinzuweisen wäre diesbezüglich auch noch auf den Grundsatz der vermögensrechtlichen Surrogation, wenn der vom nicht persönlich haftenden Gatten veräusserte Vermögenswert durch einen anderen ersetzt wurde (BK-Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 193 N 37).

Die Arbeit schliesst mit einer Analyse des Schutzes der Gläubiger von verheirateten Personen in internationalen Verhältnissen. Ausgangspunkt ist hierbei Art. 57 IPRG, welcher die Wirkungen des Güterstandes auf das Rechtsverhältnis zwischen einem Ehegatten und einem Dritten dem Recht des Staates unterstellt, in dem dieser Ehegatte im Zeitpunkt der Entstehung des Rechtsverhältnisses seinen Wohnsitz hatte, sofern nicht der Dritte das Recht, dem die güterrechtlichen Verhältnisse unterstanden, gekannt hatte.

*Peter Stücheli, Die Rechtsöffnung, Zürcher Studien zum Verfahrensrecht 119, Zürich 2000.*

Eine sehr schöne Arbeit legt *Peter Stücheli* mit seinem mit dem Professor Walter Hug-Preis ausgezeichneten Werk über *Die Rechtsöffnung* vor. Mit ihren 413 Seiten übertrifft das Werk bei Weitem das, was von einem Dissertanden verlangt werden kann. Der Aufbau ist klar, auch wenn entgegen der Gesetzessystematik vorerst das Verfahren der Rechtsöffnung (Art. 84) und dann erst deren materielle Voraussetzungen umschrieben werden. Hier werden zuerst die Rechtsöffnungsmittel im allgemeinen und danach die Besonderheiten bei der definitiven und der provisorischen Rechtsöffnung abgehandelt.

Das Werk bietet einen guten Überblick über den derzeitigen Stand von Lehre und Rechtsprechung, insbesondere da die 3 neuen Kommentare zum revidierten SchKG berücksichtigt werden konnten. Auch die kantonale Praxis, welcher in die

283



sem Rechtsgebiet aufgrund der beschränkten Kognition des Bundesgerichts eine besondere Bedeutung zukommt, fand zumindest teilweise Beachtung. Die Arbeit erfreut sich einer präzisen Sprache. In inhaltlicher Hinsicht sind die Ausführungen des Autors auch dort, wo sie von der herrschenden Lehre abweichen, beachtenswert. Ein Schlagwortverzeichnis rundet das Werk ab und macht es zu einem nützlichen Arbeitsinstrument für den Richter und Advokaten.

Das Werk schliesst mit einem Vorschlag zur Revision des geltenden Rechtes. Interessant ist hierbei insbesondere die Idee, aufgrund von vollstreckbaren gerichtlichen Entscheidungen die direkte Rechtsöffnung ohne Zahlungsbefehl zuzulassen. Dadurch soll einerseits die Diskriminierung inländischer Urteile gegenüber ausländischen aus den Ländern des Lugano Übereinkommens beseitigt werden. Nach Auffassung des Rezensenten ist dieser Schritt auch in rechtsvergleichender Hinsicht zu begrüssen, da die Einschaltung eines zweiten obligatorischen Verfahrens, in welchem nochmals die Vollstreckbarkeit überprüft wird, zumindest in Westeuropa ein Unikum darstellt.

In formeller Hinsicht mag kritisiert werden, dass die Basler Kommentare zum SchKG sowie zum Privatrecht jeweils nur mit den Namen der Herausgeber zitiert wurden und die einzelnen Autoren, welche die wirkliche Arbeit leisteten, in der Anonymität bleiben. In materieller Hinsicht konnte der Rezensent nichts zu der sich doch gelegentlich stellenden Frage finden, inwiefern Bussen oder Konventionalstrafen der in Gesamtarbeitsverträgen eingesetzten Paritätischen Kommissionen zur Rechtsöffnung berechtigen (vgl. hierzu TCNE, RJN 1989, S. 366f.; OGer. OW. AB 1988/1989, S. 102ff.; SchKG-D. *Stahelin*, Art. 80 N117). Zu wenig Berücksichtigung fand des Weiteren die Vollstreckung ausländischer Urteile aufgrund von Staatsverträgen ausserhalb des Lugano Übereinkommens.

Nicht einverstanden erklären kann sich der Rezensent mit den Ausführungen über das bekannte Problem der internationalen direkten Zuständigkeit des Schweizer Richters zur provisorischen Rechtsöffnung im Bereich des Lugano Übereinkommens. Der Autor verwirft hierbei sowohl die herrschende Auffassung, wonach die provisorische Rechtsöffnung an jedem Gerichtsstand des Lugano Übereinkommens, nicht aber an demjenigen des Vollstreckungsortes gem. Art. 16 Ziff. 5 LugÜ ausgesprochen werden könnte, wie auch die Minderheitsmeinung, welche in der provisorischen Rechtsöffnung ein reines Vollstreckungsverfahren sieht, für welches der Gerichtsstand am Betreibungsort gem. Art. 16 Ziff. 5 LugÜ zur Verfügung stehe. Der Autor hingegen sieht die provisorische Rechtsöffnung bloss als eine Art Vorverfahren zum materiellen Prozess, womit diese immer dann durchgeführt werden könne, wenn für das Erkenntnisverfahren (Anerkennungs-, resp. Aberkennungsklage) ein von den Parteilassen unabhängiger Gerichtsstand in der Schweiz gegeben sei (S. 50f.). Da diesfalls in der Schweiz keine provisorische Rechtsöffnung erteilt werden könnte, wenn sich der Gerichtsstand für die Anerkennungsklage (Art. 79 SchKG) einzig auf den Wohnsitz des Schuldners stützt, was sowohl gemäss dem Binnenrecht, wie auch gemäss dem LugÜ der allgemeine Gerichtsstand ist, ist diese Auffassung abzulehnen.

*Franz Studer, Das Retentionsrecht in der Zwangsvollstreckung, Zürcher Studien zum Verfahrensrecht 115, Zürich 2000.*

In seiner Arbeit über das Retentionsrecht in der Zwangsvollstreckung legt Franz Studer auf den ersten 83 Seiten die materielle Grundlagen der Retentionsrechte dar. Der Autor folgt hierbei der herrschenden Lehre und nicht Zobl (welcher allerdings falsch zitiert wird: Art. 897 statt Art. 896 N28), wonach gem. Art. 92 SchKG unpfändbare Gegenstände auch nicht retiniert werden können (S. 22). Nach einer Abgrenzung zu ähnlichen Rechtsinstituten (Art. 82 OR, Obligatorisches Retentionsrecht, vertraglich statuiertes Retentionsrecht) geht er insbesondere auf die Unterschiede zwischen den Retentionsrechten aufgrund des Besitzes an Sachen gem. den Art. 895ff. ZGB sowie den besitzlosen Retentionsrechten, insbesondere der Vermieter und Verpächter von Geschäftsräumlichkeiten sowie der Stockwerkeigentümergeinschaft, ein.

Im zweiten Abschnitt des Werkes beschreibt Studer unter dem Titel *Retinierung* die Entstehung des Retentionsrechtes, die Wirkung des Retentionsbeschlages, die Ablösung des Retentionsrechtes durch Sicherstellung sowie den strafrechtlichen Schutz des Retentionsrechtes. Das Schwergewicht liegt bei diesen Ausführungen auf den besitzlosen Retentionsrechten der Vermieter und Verpächter, da diese erst durch Aufnahme einer Retentionsurkunde aktualisiert werden. Vorher sind sie nur durch das Verfolgungsrecht bei gewaltsamer und heimlicher Fortschaffung geschützt.

Im dritten Abschnitt mit dem Titel *Retentionsprosequierung* behandelt Studer die Verwertung des Retentionsrechtes mittels Betreibung auf Pfandverwertung sowie die Stellung des Retentionsgläubigers in einer Betreibung, welche von einem anderen Gläubiger des Schuldners geführt wird. Auch hier liegt der Schwerpunkt wieder auf der Retentionsprosequierung durch den Vermieter und Verpächter. Da sich seit der Revision des SchKGs 1994 ein unbegründeter Rechtsvorschlag des Schuldners in der Betreibung auf Pfandverwertung sowohl gegen die Forderung wie auch gegen das Pfandrecht richtet, stellt sich die Frage, ob aufgrund des Mietvertrages nicht nur für die Forderung, sondern auch für das Retentionsrecht provisorische Rechtsöffnung erteilt werden kann. Studer (wie auch *Stüchel* in der vorstehend besprochenen Arbeit, S. 210) geht zu Recht davon aus, dass der Mietvertrag auch ein provisorischer Rechtsöffnungsmittel für das Retentionsrecht ist (S. 153). Seine Begründung hierfür, es komme gar nicht darauf an, ob der Mietvertrag eine konkludente Anerkennung des Retentionsrechtes beinhaltet, da das Retentionsrecht eine rechtliche Konsequenz des Mietverhältnisses sei, vermag nicht zu überzeugen, denn gesetzliche Bestimmungen über das Bestehen einer Pflicht bilden für sich allein nicht schon einen Titel zur Rechtsöffnung (BGE 113 III 9). Zu bedauern ist schliesslich, dass sich das Kapitel über das eigentliche Zwangsvollstreckungsverfahren auf das mietrechtliche Retentionsrecht beschränkt; zu kurz kommen hierbei die anderen, im ersten Teil der Studie dargestellten Retentionsrechte.

*Luca TENCHIO, Feststellungsklagen und Feststellungsprozess nach Art. 85a SchKG, Zürcher Studien zum Verfahrensrecht 111, Zürich 1999.*

Nicht zu beneiden ist Luca Tenchio mit der Wahl des Themas seiner sehr guten Arbeit über Feststellungsklagen und Feststellungsprozess nach Art. 85a SchKG. Was

nämlich als eine der wichtigsten Neuerungen anlässlich der Revision des SchKGs 1994 galt, wurde durch 2 Entscheide des Bundesgerichts in das prozessuale Schattendasein verbannt. Auch wenn somit die negative Feststellungsklage nach Art. 85a SchKG in der Praxis nur noch einen geringen Anwendungsbereich hat, stellen sich hierbei doch höchst interessante Fragen, welche von *Tenchio* in überzeugender Weise gelöst werden. Sorgfältig hat er den doppelten Zweck der Klage dargestellt, einerseits demjenigen Schuldner einen weiteren Rechtsbehelf zur Hand zu geben, gegen den infolge Fristversäumnis, sei es für die Erhebung des Rechtsvorschlages, sei es für die Einreichung der Aberkennungsklage, die Betreibung ohne gerichtliche materielle Überprüfung fortgesetzt werden kann, andererseits demjenigen zu helfen, der einen Eintrag in sein Betreibungsregister aufgrund einer ungerichteten Betreibung erhielt. Auch die Rechtsnatur der Klage ist eine doppelte, sie ist materiellrechtliche Klage und betreibungsrechtlicher Rechtsbehelf in einem.

Art. 85a Abs. 1 SchKG bestimmt, dass der Betreibende jederzeit vom Gericht des Betreibungsortes feststellen lassen kann, dass die Schuld nicht oder nicht mehr besteht oder gestundet ist. In BGE 125 III 150 ff. hat nun das Bundesgericht in teleologischer Reduktion entschieden, dass jederzeit nicht jederzeit heisst, sondern nur nach rechtskräftiger Beseitigung des Rechtsvorschlages. *Tenchio* legt nun in überzeugender Weise dar, dass dieser Entscheid nicht richtig ist. Er widerspricht zum einen dem klaren Wortlaut des Gesetzes, zudem lassen sich aus den Gesetzesmaterialien keine eindeutigen Schlüsse auf einen entsprechenden Willen des Gesetzgebers ziehen. Der Rezensent schliesst sich diesen Ausführungen an. Auch wenn dem Bundesgericht im Ergebnis zugestimmt werden kann, geht es nicht an, ein Gesetz kurz nach dessen Erlass gegen seinen Wortlaut zu interpretieren und damit den Gesetzgeber zu korrigieren.

In BGE 127 III 42 ff. hat das Bundesgericht sodann entschieden, dass bei Rückzug der Betreibung während des Prozesses das Verfahren einzustellen ist, da nur wer betrieben ist ein Feststellungsinteresse habe und dieses noch im Zeitpunkt des Urteils gegeben sein müsse. Das Bundesgericht hat hierbei unter anderem auch die Auffassung von *Tenchio* verworfen, wonach der Gläubiger, der wohl die Betreibung zurückzieht, nicht aber die Klage anerkennt, dadurch demonstriert, dass er nicht gewillt ist, den Anspruch aufzugeben. Auch hier neigt der Rezensent eher zur Ansicht von *Tenchio*. Dem Kläger bei Rückzug der Betreibung *eo ipso* jedes Feststellungsinteresse abzuschreiben, ist wohl doch eine etwas verkürzte Sichtweise.

Der Autor behandelt auch die übrigen prozessualen Fragen der Feststellungsklage nach Art. 85a mit Sorgfalt, wobei er sich primär an der ZPO seines Heimatkantons Graubünden orientiert, woraus einmal mehr ersichtlich wird, dass das Zivilprozessrecht materiell schon weiter vereinheitlicht ist, als allgemein angenommen wird.

*Damien Vallat, L'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs et l'exécution forcée, Lausanne 1999.*

*Damien Vallat* versucht in seiner Arbeit über das *Bauhandwerkerpfandrecht* in der *Zwangsvollstreckung* die bundesgerichtliche Rechtsprechung umzustürzen, wonach das Bauhandwerkerpfandrecht auch nach Pfändung des Grundstückes resp. Konkurs des Grundeigentümers noch eingetragen werden kann. Auch wenn die Praxis des Bundesgerichts dogmatisch auf schwachen Füßen steht, da vor dem

Grundbucheintrag bloss ein obligatorischer Anspruch auf Errichtung eines Pfandrechtes besteht, lässt sie sich rechtspolitisch begründen (der Schutz der Handwerker durch das Pfandrecht ist gerade in diesen Fällen von besonderer Bedeutung) und wird wohl kaum durch eine Dissertation erschüttert werden.

Des Weiteren stellt der Autor das Verfahren auf Grundpfandverwertung dar und untersucht jeweils, welche Besonderheiten bei der Geltendmachung eines Bauhandwerkerpfandrechtes zu beachten sind. Hierbei geht er insbesondere auf Art. 117 VZG ein, welcher ein besonderes Verfahren vorsieht, wenn bei der Vertretung Pfandforderungen von Bauhandwerkern oder Unternehmern zu Verlust kommen. Diesfalls hat das Betreibungsamt den Handwerkern eine Frist von 10 Tagen zu setzen, um ein allfälliges Vorrecht gem. Art. 841 ZGB gegen die vorgehenden Pfandgläubiger einzuklagen; so lange bleibt die Verteilung sistiert.

*Jörg Wimmer, Der Rangrücktritt im schweizerischen Aktienrecht, Schriftenreihe der Treuhänderkammer, Band 162, Zürich 1999.*

*Jörg Wimmer* befasst sich in seiner der Universität St. Gallen eingereichten Dissertation mit dem *Rangrücktritt* gemäss Art. 725 OR. In einem chronologischen Ansatz beschreibt er das Institut des Rangrücktrittes als Handlungsoption bei Überschuldung der Gesellschaft, welche zur Folge hat, dass der Richter nicht benachrichtigt werden muss (S. 73 ff.). In einem handlungsspezifischen Ansatz wird sodann dargelegt, welche Organe der Gesellschaft im Falle einer Überschuldung tätig werden müssen (S. 113 ff.). Dabei kritisiert der Autor (zusammen mit *ZK-Homburger*, Art. 725 OR N 1256 ff.) die in BGE 116 II 541 eingeführte Milderung der Anzeigepflicht des Verwaltungsrates an den Richter im Falle einer Überschuldung (S. 120 ff.). Das Bundesgericht hat diese Kritik in seinem Entscheid 4C.366/2000 vom 19.6.2001 zur Kenntnis genommen, leider ohne sich inhaltlich damit auseinanderzusetzen.

In einem materiellen Ansatz wird sodann der Inhalt der Rangrücktrittsvereinbarung (Rücktritt, Bedingungsseintritt, Sicherstellungsverbot, Stillstandsvereinbarung, Beginn, Dauer, Umfang, Beendigung etc.) dargestellt (S. 153 ff.). In seinen Betrachtungen über die Sicherstellung der Forderung, für die der Rücktritt erklärt wurde, verwechselt *Wimmer* leider terminologisch die Pfandbestellung für eine Forderung mit der Verpfändung einer Forderung (S. 170). Interessant ist der Gedanke des Autors, dass der Rücktritt entgeltlich sein kann (S. 225). In dogmatischer Hinsicht folgt der Autor der herrschenden Lehre und qualifiziert die Rangrücktrittsvereinbarung als echten Vertrag zugunsten Dritter (S. 242).

In einem anwendungsspezifischen Ansatz befasst sich der Autor schliesslich mit dem Problem des kapitalerzetzenden Darlehens (S. 248 ff.) und dem Rangrücktritt in der Liquidation (S. 258 ff.). Dabei vertritt er zu Recht (wie *Jaques* in der oben erwähnten Arbeit) die Auffassung, dass im Konkurs über das Rangverhältnis im Konkursverfahren und nicht erst in der Verteilung zu entscheiden ist (S. 264). Im Nachlassverfahren möchte der Autor dem Rangrücktrittsläubiger das volle Stimmrecht geben und ihn bei der Berechnung der Quoten von Art. 305 Abs. 1 SchKG einbeziehen (S. 268 ff.). Dieser Auffassung kann der Rezensent, im Anschluss an das oben rezensierte Werk von *Hold* (S. 205), nicht folgen.

Das Werk schliesst nach einem bankenrechtlichen Exkurs mit dem ausformulierten Muster einer Rangrücktrittsvereinbarung. Die Stärke der Arbeit liegt in einer

umfassenden Behandlung vieler im Zusammenhang mit dem Rangrücktritt praktisch relevanter Fragen, für welche plausible Lösungen vorgeschlagen werden. Das Buch wird daher jedem Praktiker, welcher sich mit diesem Institut zu befassen hat, eine grosse Hilfe sein.

*Dr. Daniel Staehelin*

### **Vortragsprogramm des Basler Juristenvereins im Vereinsjahr 2002/2003**

*Veranstaltungen im Restaurant Schlüssel, Zunftsaal, Freie Strasse 25, Basel*

**Montag, 4. November 2002, 18.15 Uhr**

Referent: Dr. Franz Schön (Luzern),  
Präsident des Bundesgerichts  
«Lage und Zukunft der Sozialversicherungs-  
rechtspflege»

**Montag, 17. Februar 2003, 18.15 Uhr**

Referent: Prof. Dr. Thomas Sutter-Somm (Basel)  
«Der Vorentwurf zur Schweizerischen Zivil-  
prozessordnung im Überblick. Neuerungen  
und Altbewährtes»

**Montag, 31. März 2003, 18.15 Uhr**

Referent: Dr. Thomas Hug (Basel), Erster Staatsanwalt des  
Kantons Basel-Stadt  
«Aktuelle Probleme der Strafverfolgung»

**Montag, 19. Mai 2003, 18.15 Uhr**

Referent: Prof. Dr. Markus Schefer (Basel)  
«Grundrechtsbeschränkungen durch Grundrechte?  
Zum Ausgleich kollidierender Schutzansprüche»

# **BASLER JURISTISCHE MITTEILUNGEN**

*Herausgegeben vom Basler Juristenverein*

REDAKTION (\* = Redaktionsausschuss)

DR. EUGEN FISCHER\*, APPELLATIONSGERICHTSPRÄSIDENT, BASEL  
DR. ANDREAS FREIVOGL\*, SOZIALVERSICHERUNGSGERICHTSPRÄSIDENT, BASEL  
DR. ROLAND GASS\*, ADVOKAT, LIESTAL  
PROF. DR. FELIX HAFNER\*, BASEL  
DR. THOMAS BAUER, KANTONGERICHT BASELSTADT, LIESTAL  
DR. KATHRIN KLETT, BUNDESRICHTERIN, LAUSANNE

*Nr. 6 Dezember 2002*

## **Haftpflichtrecht in der Krise?**

*von Prof. Dr. Markus Müller-Chen, Advokat (Basel)\**

### **I. EINLEITUNG**

Die Frage, ob das Haftpflichtrecht in einer Krise steckt, drängt sich dem unbefangenen Beobachter aus verschiedenen Gründen geradezu auf. So steht das Bundesamt für Justiz gegenwärtig kurz vor der Veröffentlichung der mehrheitlich kritischen Stellungnahmen zum Vorentwurf der «Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts», einem Produkt mit einer je nach Zählart über dreissigjährigen (Leidens-)Geschichte.

Auch Politik, Wirtschaft und Wissenschaft setzen sich intensiv mit dem Haftpflichtrecht auseinander. In konzentrierter Form und mit Vorliebe geschieht dies immer dann, wenn irgendwo ein grösseres Schadensereignis Schlagzeilen macht, wie z.B. der Chemiebrand in der Schweizerhalle. Im Rahmen der Gen-Lex wird mit zunehmender Heftigkeit über die Umwelt- und Gentechnikhaftung gestritten. In Deutschland trat auf den Anfang dieses Jahres das revidierte Schuldrecht in Kraft, welches u.a. weitreichende Änderungen des vertraglichen Haftpflichtrechts mit sich

\* Überarbeitete und mit Fussnoten ergänzte Fassung eines Vortrags, den der Verfasser am 3.6.2002 vor dem Basler Juristenverein gehalten hat. Die Vortragsform wurde beibehalten. Der Verfasser dankt Herrn Rechtsanwalt lic. iur. Andreas Oehler für seine Mitarbeit bei der Überarbeitung.