

Bei der umstrittenen Frage, wie eine Schweizerische Drittschuldneranzeige im Ausland zu qualifizieren sei, unterstützt AUDÉTAT diejenigen Autoren, die darin einen Hoheitsakt erkennen, der nur aufgrund staatsvertraglicher Basis ins Ausland zugestellt werden dürfen (S. 222). Eine Zustellung der Anzeige durch öffentliche Bekanntmachung ist hingegen unzulässig (S. 226).

Bei mehrfacher Pfändung kann sich der Drittschuldner durch gerichtliche Hinterlegung befreien (S. 272 ff.), wobei diese dem Drittschuldner nur nützt, wenn diese von allen Jurisdiktionen, welche die Pfändung vollzogen haben, anerkannt wird. Sodann untersucht der Autor, ob internationale Bestrebungen in Staatsverträgen das Problem der Doppelzahlung lösen könnten, kommt hierbei jedoch zu einem negativen Ergebnis (S. 233 ff.). Effizient wäre hingegen die Beschränkung der eigenen internationalen Zuständigkeit (S. 278 ff.), die jedoch zu Lasten des Vollstreckungsgläubigers geht.

AUDÉTAT kommt zum Schluss, dass trotz zahlreicher Ansätze keine schnelle Lösung in Sicht ist (S. 297). Dieser Aussage ist zuzustimmen, sie bewirkt aber, dass nach der Lektüre des sorgfältig erarbeiteten und fundiert argumentierenden Werkes ein unbefriedigendes Gefühl verbleibt, welches jedoch nicht dem Autor anzulasten ist.

D.St.

TETIANA BERSHEDA VUCUROVIC, *Civil liability of company directors and creditor protection in the vicinity of insolvency: Comparative analysis based on the Swiss and English legal systems*, Diss. Freiburg 2007

TETIANA BERSHEDA VUCUROVIC commence par démontrer la nécessité de légiférer en vue de fixer les contours de la responsabilité susceptible d'être encourue par les dirigeants d'une entreprise proche de l'insolvabilité (N 62ss). La situation est alors particulièrement délicate, le dirigeant étant perpétuellement tenaillé entre d'une part la perspective consistant à poursuivre l'activité de la société en vue de la mise en œuvre de mesures d'assainissement dont le succès profiterait à toutes les parties prenantes (actionnaires, créanciers, partenaires contractuels), d'autre part le risque que comporte une telle attitude en cas d'échec, puisqu'on pourrait alors reprocher au conseil d'administration de n'avoir pas opté pour le déclenchement d'une procédure d'insolvabilité en temps utile. Cette nécessité de légiférer étant démontrée, l'auteur compare le système helvétique instauré par l'art. 725 CO, lequel se caractérise par une rigidité certaine attachée à la structure du bilan, avec ce que préconise l'approche dynamique du droit anglais qui propose des critères plus souples tenant compte de l'appréciation du risque à laquelle pouvaient légitimement procéder les dirigeants lorsqu'ils ont opté pour la poursuite de l'activité de la société (N 103ss): dans cette perspective, le droit anglais retient une sorte de garde-fou permettant de sanctionner le dirigeant dont l'appréciation de la situation n'était pas défendable, compte tenu des indicateurs qu'il avait à disposition au moment de prendre la décision de ne pas déclencher une procédure d'insolvabilité mais au contraire de poursuivre l'exploitation (*wrongful trading liability*).

Puis, adoptant une approche résolument fonctionnelle de la problématique, l'auteur examine quelles sont les dispositions légales du droit suisse qui assurent une certaine protection aux créanciers, notamment par l'instauration de normes instaurant une responsabilité des dirigeants en cas de violation de leur devoir de diligence (*breach of director's duties* [N 369ss]), procédant à cette analyse en droit comparé à

la lumière du droit suisse (N 313ss) et du droit anglais (N 424ss). Suit une analyse très intéressante de la problématique du financement des procédures appelées à être diligentées à l'encontre des dirigeants dont la responsabilité personnelle est mise en cause, tant sous l'angle du droit suisse que du droit anglais (N 503ss), puis une étude de la notion d'organe dirigeant, à nouveau sous l'angle du droit comparé (N 566ss), et enfin, toujours en droit comparé, des devoirs incombant aux organes dirigeants (*duty of care, duty of loyalty*), plus particulièrement lorsqu'ils sont amenés à gérer des situations dans lesquelles la société est proche de l'insolvabilité (N 633ss).

L'analyse de ces divers aspects à la fois juridiques et économiques permet à l'auteur, dans une dernière partie, de formuler des propositions en vue d'une réforme du droit suisse de l'assainissement, tenant compte des enseignements tirés de l'étude de droit comparé précédemment évoquée (N 780ss). Il s'agit de réexaminer les critères en vertu desquels le conseil d'administration a l'obligation d'informer le juge (art. 725 CO), le test du surendettement ayant démontré ses limites. Cela devrait dans doute conduire à se tourner vers le juge plus rapidement, mais en bénéficiant d'une procédure plus souple que l'actuel ajournement de faillite prévu à l'art. 725a CO (N 815ss). L'auteur ne manque en outre pas de relever la nécessité de prévoir des règles spécifiques en matière de dépôt de bilan pour les start-up compte tenu de l'évolution de la situation financière inhérente à ce type d'entités, en particulier lors de la phase initiale de leur existence (N 876ss).

Cette thèse adopte une méthode à la fois rigoureuse et riche par ses approches prenant en compte non seulement les aspects juridiques (sous l'angle du droit comparé) mais les éléments d'ordre économique et financier liés à la problématique de la société dont la situation est proche de l'insolvabilité, ce qui pose la question du devoir des administrateurs et autres organes dirigeants de s'adresser au juge. Il s'agit à n'en point douter d'un ouvrage remarquable, dont la structure est particulièrement solide et cohérente, sans compter la richesse du matériel scientifique utilisé. Mme TETIANA BERSHEDA VUCUROVIC est lauréate du Prix 2009 décerné par l'Association LP.

N.J.

ROLAND FISCHER, *Lizenzverträge im Konkurs, Gesetzliche Regelung und vertragliche Gestaltungsmöglichkeiten*, Diss. Zürich 2008

Das Schicksal von Verträgen im Konkurs einer Vertragspartei ist eines der zentralen und umstrittensten Fragen des Insolvenzrechts. Spätestens seit dem Konkurs der Sportmarketinggesellschaften ISL/ISMM sind Lizenzverträge im Konkurs ein auch über die Fachwelt hinaus bekanntes Thema.

Durch den Lizenzvertrag erhält der Lizenznehmer das Recht, ein Immaterialgüterrecht zu nutzen. Dieses Recht ist bloss obligatorischer, nicht absoluter Natur (S. 32 ff.). Dies gilt auch für die registrierte Lizenz, welche wie bei den sachenrechtlichen Vormerkungen nur einen Schutz vor Verfügungen bewirkt (S. 56 ff.). Lizenzverträge sind Dauerschuldverhältnisse (S. 104). Diese werden durch den Konkurs einer Partei nicht von Gesetzes wegen aufgelöst (S. 147 ff.). Eine Auflösung ist indes auf Grund von Art. 83 Abs. 2 OR möglich (S. 212 ff.). Registrierte Lizenzen sind im Konkurs des Lizenzgebers konkursfest und bewirken nach Auffassung des Autors nicht nur den Fortbestand der Lizenz, sondern auch die Fortdauer des Lizenzvertrags gegenüber dem Erwerber des Immaterialgüterrechts (S. 250 ff.). Dies gilt gemäss Art. 12 URG auch ohne Registrierung bei der Softwarelizenz (S. 158).

Bei einem Vertragseintritt der Konkursverwaltung gemäss Art. 211 Abs. 2 SchKG werden nach Auffassung FISCHERS immer auch die vergangenen Ansprüche des Lizenznehmers zu Masseverbindlichkeiten (S. 170 ff., 283). Dies ist nach Auffassung des Rezensenten nicht richtig und wurde auch vom Bundesgericht schon anders entschieden (BGer, 5.10.2006, 4C. 239/206 E.2; 06.02.2006, 4C. 252/205 E.5).

Soweit die Konkursverwaltung nicht in den Vertrag eintritt, postuliert FISCHER gestützt auf Art. 1 Abs. 2 ZGB, es sei dem Lizenznehmer analog Art. 259 aOR die Nutzung bis zur Verwertung des Immaterialgüterrechts zu gestatten (S. 266). De lege ferenda fordert der Autor unter Hinweis auf die internationale Rechtsentwicklung einen weitergehenden Schutz des Lizenznehmers durch einen von ihm formulierten Art. 212a SchKG, wonach ein Lizenzvertrag im Konkurs des Lizenzgebers von Gesetzes wegen auf den Erwerber des Immaterialgutes übergehen soll (S. 363).

Im Konkurs des Lizenznehmers steht eine Beendigung des Vertrages durch den Lizenzgeber gemäss Art. 83 Abs. 2 OR im Vordergrund (S. 277). Soweit dies nicht erfolge, sollen nach Auffassung des Autors nur die bis zur Konkurseröffnung periodisch geschuldeten Lizenzgebühren als Konkursforderungen eingegeben werden können; die danach entstehenden Forderungen seien gegen den Gemeinschaftsdhner persönlich geltend zu machen (S. 196 ff.). Soweit dieser eine juristische Person sei, finde der Vertrag ein materiellrechtliches Ende (S. 287). Bereits de lege lata ist diese auf LORANDI zurückgehende Auffassung von FISCHER, welche die aufrecht stehende Vertragspartei insbesondere im Konkurs einer juristischen Person sämtlicher Ansprüche beraubt, höchst umstritten. De lege ferenda sollen gemäss der Botschaft des Bundesrates (BBl 2010, S. 6455 ff., 6473) periodische Forderungen bis zum Ende der festen Vertragsdauer resp. bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist als Konkursforderungen geltend gemacht werden können.

Diese gesetzliche Regelung kann durch vertragliche Vereinbarungen vorgängig modifiziert werden. Vorgeschlagen wird für den Konkurs des Lizenzgebers eine aufschiebend bedingte Übertragung der lizenzierten Rechte auf den Lizenznehmer oder auf den Dritten gegen entsprechende Entschädigung der Masse (S. 298 ff.). Zulässig seien dabei nur Bedingungen, die sich sowohl innerhalb, wie ausserhalb eines Konkurses verwirklichen könnten (S. 300). Dem Rezensenten (AJP 2004, S. 370 f.) erscheint indes eine derartige Bedingung dann als unzulässig, wenn diese mit der Insolvenz in Zusammenhang steht, denn es können nicht durch Parteivereinbarung Aussonderungsgründe geschaffen werden.

Einen wirklichen Schutz des Lizenznehmers im Konkurs des Lizenzgebers bewirkt nur deren Registrierung, soweit diese positivrechtlich zulässig ist. Soweit dies nicht der Fall ist, empfiehlt sich eine Verpfändung der lizenzierten Rechte an den Lizenznehmer (S. 327 ff.).

Interessant ist auch die «Holdinglösung», wobei die lizenzierten Rechte auf eine Tochtergesellschaft der Lizenzgeberin übertragen werden, deren einziger Zweck die Haltung dieser Rechte ist und der es statutarisch untersagt ist, weitere Verpflichtungen einzugehen. Im Konkurs der Muttergesellschaft bleibt sie auf Grund mangelnder Überschuldung aufrecht stehend, womit auch der Lizenzvertrag fortgeführt wird (S. 348 ff.).

Schliesslich kann auch eine Beendigung des Vertrages durch die Konkurseröffnung vereinbart werden (S. 353 ff.), wobei es nach Meinung von FISCHER – der sich hier der herrschenden Lehre entgegenstellt – möglich sei, die entsprechenden Ersatzforderungen im Voraus festzulegen (S. 336 ff.).

Die vorstehende Zusammenfassung im Rahmen dieser Rezension beschränkt sich auf das Wesentliche. Das mit dem Preis der SchKG-Vereinigung ausgezeichnete, ganz hervorragende Werk enthält in äusserst dichter Form noch zahlreiche weitere Gedanken, ohne je ausschweifend zu werden. Die entsprechenden Ausführungen sind dabei sowohl für die Wissenschaft, wie auch für die Praxis von grösstem Nutzen. Wer sich mit der Gestaltung von Lizenzverträgen oder deren Abwicklung im Konkurs befassen wird, kommt um den «FISCHER» nicht herum. Auch wenn man in Einzelfragen anderer Meinung sein kann – was bei einem derart umstrittenen Gebiet wie dem Schicksal von Verträgen im Konkurs nicht anders möglich ist –, schmälert dies den Wert der Arbeit in keiner Weise, denn die Auffassungen des Autors sind wohl begründet und der wissenschaftliche Apparat ist umfassend. Das Werk zeigt schliesslich einmal mehr, dass das Insolvenzrecht kein Randgebiet für den Spezialisten ist, wie es in früherer Zeit noch teilweise bezeichnet wurde, sondern dass der Insolvenzfall eines der zentralen Probleme ist, der bei jeder Vertragsgestaltung gebührend berücksichtigt werden muss.

D.St.

PATRICIA JUCKER, *Der internationale Gerichtsstand der schweizerischen paulianischen Anfechtungsklage, und rechtsvergleichend schweizerisches, deutsches und französisches Haftpflichtrecht*, Diss. Zürich 2007

PATRICIA JUCKER s'attache dans un premier temps à définir les caractéristiques de l'action révocatoire prévue aux articles 285 et suivants LP, et commence par relever – soutenant de la sorte l'opinion de GULDENER – que le jugement statuant sur l'action révocatoire déploie autorité de chose jugée sans que ce constat ne soit limité à la poursuite en cours (p. 19–20). On peut en discuter, même si le postulat de l'économie de procédure mis en avant par l'auteur ne convainc pas nécessairement. L'analyse de la nature juridique de l'action paulienne est quant à elle particulièrement intéressante: l'auteur écarte l'idée selon laquelle l'action serait de nature réelle (p. 59ss) tout en la rangeant dans la catégorie des actions de nature personnelle relevant du droit des poursuites avec effet réflexe sur le droit matériel (p. 63ss). Peut-on envisager d'attribuer une nature délictuelle, ou alors quasi délictuelle, à l'action révocatoire? Les articles 164 et 167 Code Pénal ne sont pas applicables du simple fait que le tiers bénéficie d'un acte révocable; en revanche, on se rapproche de l'acte illicite au sens de l'article 41 CO dès lors que l'action paulienne présuppose l'existence d'un dommage et d'un lien de causalité avec l'acte révocable, ce qui permet de considérer l'action révocatoire comme ayant pour objet une prétention du droit des poursuites de nature quasi délictuelle (p. 88s).

Dans un deuxième temps, l'auteur se pose la question de savoir si l'action révocatoire des articles 285 et suivants LP entre dans le champ d'application de la Convention de Lugano (CL, dans sa version en vigueur en Suisse antérieurement au 1<sup>er</sup> janvier 2011), et plus précisément de l'art. 1 al. 2 ch. 2 CL qui en exclut les faillites, concordats et autres procédures analogues. Dès lors qu'elle ne naît qu'une fois la faillite prononcée, l'action révocatoire après faillite tombe sous le coup de l'art. 1 al. 2 ch. 2 CL, si bien que la CL ne s'applique en aucun cas (p. 131ss). Il en va différemment lorsque l'action paulienne est intentée après une saisie, cas dans lequel la CL trouve application. Faut-il alors faire application de la règle générale attributive de juridiction prévue à l'art. 2 § 1 CL, ou s'en référer à l'un ou l'autre for spécial consacré par la CL? En particulier, le for de l'exécution des décisions prévu à l'art. 16 ch. 5 ne