

ursachter Schäden kaum je zu einer Haftung aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit führen (S. 247 ff.).

STEFAN KNOBLOCH kommt zum Schluss, dass die Risiken der Banken im allgemeinen wohl überschätzt werden, indes trotz einer Fülle an Literatur und Rechtsprechung weiterhin eine Vielzahl von Unklarheiten bestehen, und – wie er selbst bescheiden anmerkt – auch weiterhin bestehen werden. Das Werk gefällt gut, knapp und prägnant behandelt es die aufgeworfenen Fragen und berücksichtigt dabei umfassend die sich stellenden Probleme. In einem Querschnitt zeigt es dem Praktiker, wo die Risiken liegen, und was noch problemlos ist. Dass die Analyse in manchen Fällen an der Oberfläche bleiben musste, nimmt der Leser hierbei gerne in Kauf.

D. St.

SERGE SEGURA, *La cessio bonorum, Etude comparée de droit romain et de droit suisse*, Diss. Lausanne, Genf Zürich Basel 2005

SERGE SEGURA untersucht in seiner Arbeit inwieweit das römisch-rechtliche Institut der *cessio bonorum* Eingang in das Schweizerische Recht gefunden hat. Durch die *cessio bonorum*, welche vor der zuständigen Behörde erklärt werden musste, übertrug der Schuldner sein Vermögen an seine Gläubiger, welche dieses verkauften und aus dem Erlös eine Dividende erhielten. Gegen den Schuldner konnte erst wieder vorgegangen werden, nachdem er zu neuem Vermögen gekommen war. Der Schuldner durfte nicht in den Schuldverhaft genommen werden. Der Autor zeigt nun auf, wie dieses Institut in die kantonalen Verfahrensrechte vor Inkrafttreten des SchKGs Eingang gefunden hat und bis in das geltende Recht beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung, bei der Insolvenzerklärung sowie bei der Einrede des mangelnden neuen Vermögens Wirkungen zeitigt. Der Schwerpunkt der Arbeit liegt im historischen Teil, welcher gut dokumentiert wurde. Das geltende Recht wurde eher kurz dargestellt, so fehlt beim Kapitel über das mangelnde neue Vermögen ein Hinweis auf BEAT FÜRSTENBERGER, Die Einrede des mangelnden und Feststellung neuen Vermögens nach revidiertem Schuldbetriebs- und Konkursgesetz, Diss. Basel 1999, den Preisträger der SchKG-Vereinigung 2001.

D. St.

YASMIN IQBAL, *SchKG und Verfassung – untersteht auch die Zwangsvollstreckung dem Grundrechtsschutz?*, Zürich 2005

Verfassungsmässige Rechte, namentlich der Anspruch auf rechtliches Gehör, spielen im Zivilprozess eine wichtige Rolle. Es war daher nur eine Frage der Zeit, bis diese Diskussion auch das Zwangsvollstreckungsrecht erreicht. Eröffnet hat sie Ivo SCHWANDER mit einem Artikel über die Grundrechtsnähe der im SchKG geregelten Problematiken in der AJP 1996, S. 599 ff. Vertieft wird sie nun in der preisgekrönten Arbeit von YASMIN IQBAL.

Da das SchKG ein Bundesgesetz ist, kann es nicht direkt auf seine Verfassungsmässigkeit überprüft werden (Art. 191 BV), doch hat seine Auslegung verfassungskonform zu sein (S. 9 ff.). Neben der Verfassung ist sodann die Europäische Menschenrechtskommission (EMRK) von Bedeutung. Neuere Entscheide des Europäischen Gerichtshofes unterstellen die Zwangsvollstreckung den verfahrensmässigen Garantien von Art. 6 EMRK (S. 29 ff.). Dem hat sich das Bundesgericht angeschlossen (BGer. vom 18.1.2001, 5P.466/2000). Garantien der EMRK finden

jedoch nur Anwendung auf Gerichtsverfahren, nicht auf das Verfahren vor den Betreibungs- und Konkursbehörden (S. 33), wobei jedoch die Aufsichtsbehörde als gerichtliche Instanz zu qualifizieren ist (S. 34 ff.).

Eine zentrale Rolle hat auch im Vollstreckungsverfahren der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör (S. 50). Dies gilt auch im Verwaltungsverfahren vor dem Betreibungsamt (S. 52). Daher sollte bei einer Pfändung, namentlich einer Lohnpfändung, nicht nur der Schuldner, sondern auch der Gläubiger angehört werden (S. 58). Dasselbe gilt bei der Gewährung eines Verwertungsaufschubes, auch hier sollte der Gläubiger angehört werden (S. 60).

Von einer vorgängigen Anhörung kann abgesehen werden, wenn die Interessenlage dies rechtfertigt und zudem der Wesensgehalt des Anhörungsrechts nicht angetastet wird (S. 61). Hierbei ist die Dringlichkeit der Entscheidung zu beachten (S. 62), nach Ansicht der Autorin jedoch nicht verfahrensökonomische Überlegungen (S. 63 f.). Eine Heilung der mangelnden Anhörung im nachträglichen Beschwerdeverfahren ist gemäss jüngerer bundesgerichtlicher Rechtsprechung nur möglich, sofern es sich nicht um eine besonders schwerwiegende Verletzung der Parteirechte handelt und sollte eine Ausnahme bleiben (S. 67).

Aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör ergibt sich des Weiteren der Anspruch auf Vernehmlassung im Beschwerdeverfahren (S. 70 ff.). Enthält die Vernehmlassung Noven, dann hat der Beschwerdeführer Anspruch auf eine Replik (S. 79). Im Lichte der neueren Strassburger Rechtsprechung obliegt es der einzelnen Partei, zu entscheiden, inwieweit sie sich zu einer Eingabe der Gegenseite oder der Vorinstanz äussern möchte (S. 80; vgl. hierzu neuerdings auch noch BGE 132 I 42; BGer. vom 11.8.2005, 5P.232/2005 = ZZZ 2006, S. 427 ff.; vom 18.7.2006, 5A.6/2006 = ZZZ 2006, S. 430 ff.; 24.10.2006, 4P.200/2006 = ZZZ 2007, S. 88 ff., jeweils mit Besprechungen des Rezensenten).

Sodann besteht ein verfassungsmässiger Anspruch auf Akteneinsicht. Dieser wird durch Art. 8a SchKG konkretisiert. Innerhalb eines laufenden Verfahrens ist den Parteien die Akteneinsicht unentgeltlich zu gewähren (S. 86 ff.). Ein Gläubiger, der eine Verantwortlichkeitsklage prüfen möchte, hat Anspruch darauf, die gesamten Geschäftsakten der Schuldnerin einzusehen. Dies gilt auch im Nachlassverfahren (S. 117).

Die Verfügungen der Betreibungs- und Konkursämter müssen auf Grund von Art. 29 Abs. 2 BV begründet werden. Dies betrifft insbesondere die Pfändungsurkunde. Es muss daraus ersichtlich sein, wie die pfändbare Quote ausgerechnet wurde (S. 93 ff.). Auch ein Verwertungsaufschub muss begründet werden (S. 96). Bei vorsorglichen Massnahmen wie beim Arrestbefehl kann die Begründung sehr knapp ausfallen (S. 97).

Bei der Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreuung vertritt YASMIN IQBAL die Auffassung, es seien auch die Gläubiger anzuhören. Dies ist unpraktikabel, da zu diesem Zeitpunkt ja noch gar nicht bekannt ist, wer Gläubiger ist. Konsequenterweise möchte sie, entgegen der Rechtsprechung des Bundesgerichts (BGE 123 III 402; 111 III 66), den Gläubigern bei einer Insolvenzerklärung die Legitimation zuerkennen, den Entscheid gemäss Art. 174 SchKG weiterzuziehen (S. 123).

Nach Auffassung der Autorin widerspricht Art. 294 Abs. 3 SchKG, wonach der Entscheid des Nachlassgerichts einzig vom Schuldner und allenfalls von der gesuchstellenden Gläubigerin an die obere Instanz weitergezogen werden kann, Art. 6 EMRK. Auf Grund des Vorranges der EMRK habe jeder Gläubiger, der einen Eingriff in sein Recht auf effektive Durchsetzung seiner Forderung befürchtet,

Anspruch vor Gericht gehört zu werden, womit ihm die Beschwerdelegitimation zuzuerkennen sei (S. 129).

Im Abschnitt über die unentgeltliche Rechtspflege legt die Autorin dar, dass eine bedürftige Gläubigerin Anspruch auf Erlass der Betreibungsgebühren haben kann (S. 137 ff.). Unter Umständen besteht sowohl in erstinstanzlichen als auch im Beschwerdeverfahren ein Anspruch auf einen unentgeltlichen Rechtsbeistand (S. 143 ff.). Zuständig für den Entscheid über den Kostenerlass ist die Behörde vor der das Verfahren durchgeführt werden soll und nicht die Aufsichtsbehörde (S. 181; a. M. AMONN/WALTHER § 13 N 17). Eine Konkursmasse erhält gemäss geltender Praxis keinen Kostenerlass, was auf Grund der neueren Praxis des Bundesgerichtes zum Kostenerlass bei juristischen Personen zu überdenken sei (S. 176 ff.; vgl. hierzu auch INGRID JENT-SØRENSEN, Unentgeltliche Prozessführung für die Konkursmasse, in: Schuldbetreibung und Konkurs im Wandel, Basel etc. 2000, S. 321 ff.). Zu Recht kritisiert die Autorin die bundesgerichtliche Praxis, wonach der verfassungsrechtliche Anspruch auf Armenrecht nur von der Leistung des Kostenvorschusses befreie, die bedürftige Partei danach im Endurteil mit Kosten belastet werden dürfe (S. 142; vgl. hierzu auch BGE 122 I 6; 113 II 323; 111 Ia 278 und neuerdings AB BS, BLSchK 2008, S. 89 f.). Richtigerweise ist auch nach Auffassung des Rezensenten heute davon auszugehen, dass bereits von Verfassungen wegen von einer Person, die das Armenrecht genießt, nur Zahlungen verlangt werden dürfen, wenn sie dazu in der Lage ist (sog. Nachzahlung, vgl. Art. 121 Abs. 1 E-ZPO; ADRIAN STAEHELIN/DANIEL STAEHELIN/PASCAL GROLIMUND, Zivilprozessrecht, Zürich 2008, § 16 N 73).

Neben den Verfahrensrechten kommt dem Grundrecht auf persönliche Freiheit eine wichtige Funktion im Zwangsvollstreckungsverfahren zu. Daher ist es unzulässig, dem Schuldner zur Förderung der Zahlungswilligkeit sein Handy zu pfänden, wie dies in der Praxis gelegentlich geschehe (S. 185 ff.). Hierfür muss jedoch nicht auf die Verfassung zurückgegriffen werden, denn das SchKG selbst verbietet die Pfändung von Gegenständen mit ungenügendem Verwertungserlös (Art. 92 Abs. 2 SchKG; S. 187 f.). Desgleichen sollte nach Ansicht der Autorin entgegen der geltenden Praxis ein Fernsehapparat unpfändbar sein (S. 188).

Kosten für eine Privatschule sind in die Berechnung des Existenzminimums mit einzubeziehen, «wenn einem unmündigen Kind aus pädagogischen, gesundheitlichen oder anderen zwingenden Gründen an einer (unentgeltlichen) staatlichen Schule die seinem Alter und seinen Fähigkeiten adäquate Schulung nicht vermittelt werden kann» (BGer. vom 6.11.2002, 7b.155/2002).

Sodann postuliert YASMIN IQBAL, dass Betreibungsurkunden nur dann am Arbeitsort zugestellt werden sollten, wenn eine Zustellung am Wohnort erfolglos war, damit der Schuldner nicht unnötig bloss gestellt wird (S. 194 f.). Schliesslich wendet sich die Autorin gegen die Praxis gewisser Kantone, den Schuldner, der sich der Zustellung von Betreibungsurkunden entzieht, polizeilich dem Amte vorzuführen. Die Polizei solle dem Schuldner die Betreibungsurkunde direkt übergeben. Die Vorführung ist jedoch zulässig, wenn es der Mitwirkung des Schuldners bedarf, wie beim Pfändungsvollzug (S. 195 ff.). Die Möglichkeit einer Postkontrolle nach Art. 38 KOV, welche in BGE 103 III 76 auf die notwendige Post eingeschränkt wurde, sei nach Inkraftsetzung des Postgesetzes vom 30. April 1997 und des durch Art. 13 Abs. 1 BV und Art. 8 EMRK geschützten Postheimnisses, verfassungswidrig.

Beim Dauerbrenner, wie weit Auskünfte über «ungerechtfertigte» Betreibungen zu erteilen sind, postuliert die Autorin das Recht des Schuldners, durch SchKG-Beschwerde eine ungerechtfertigte Betreibung im Register löschen zu lassen. Die

SchKG-Vereinigung hat sich hingegen kürzlich in einer Vernehmlassung zur parlamentarischen Initiative Jean Studer dagegen ausgesprochen, das Einsichtsrecht einzuschränken, da Information Grundlage des Kredites und dies Grundlage der Volkswirtschaft sei. Vorgeschlagen wurde, auf den Registerauszügen den Text anzufügen, dass bei Betreibungen, gegen die Rechtsvorschlag erhoben wurde, noch keine gerichtliche Überprüfung stattgefunden habe (siehe [www.schkg-vereinigung.ch](http://www.schkg-vereinigung.ch) unter «nicht realisierte Projekte»).

Des Weiteren spielt die Eigentumsgarantie eine Rolle, wobei hier jedoch keine verfassungswidrigen Zustände diagnostiziert wurden (S. 218 ff.). Das Werk schliesst mit Ausführungen, wie die Verfassungswidrigkeit prozessual geltend zu machen ist.

Die Arbeit überzeugt konzeptionell und handwerklich. Sie ist zudem innovativ und originell. Die verfassungsmässigen Grundlagen werden dargestellt und anhand einzelner praktischer Fragen umgesetzt. Die Argumentation ist treffend und präzise. Dafür gebührt YASMIN IQBAL der diesjährige Preis der SchKG-Vereinigung. Der Praktiker wird an dem, was nun alles unzulässig sei, nicht nur seine eitle Freude haben. Junge Wissenschaftler haben oft eine andere Ansicht als diejenigen, welche in der praktischen Umsetzung tätig sind. Auch besteht bei der Diskussion um grundrechtskonforme Verfahren immer die Gefahr der Überverrechtlichung, welche die Verfahren aufbläht und zu unnötigen Kosten führt. Namentlich im Bereich des SchKGs, wo oft nur der Mangel verwaltet wird, ist Effizienz und sparsame Nutzung der Ressourcen ein ebenso wichtiger Faktor. Auch dürfen verfahrensmässige Garantien nicht zum Selbstzweck werden, was im Bereiche der Zwangsvollstreckung häufig zu beobachten ist, wo aussichtslose Positionen allein deswegen vertreten werden, um Zeit zu gewinnen, denn die Hoffnung stirbt zuletzt.

D. St.