

unmittelbar dem Empfänger zu übergeben sind (Europäisches Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen vom 20. April 1959 [EueR; SR o.351.1]; Haager Übereinkommen betreffend Zivilprozessrecht vom 1. März 1954 [SR o.274.12] und Haager Übereinkommen über die Zustellung gerichtlicher und aussergerichtlicher Schriftstücke im Ausland in Zivil- und Handelssachen vom 15. November 1965 [SR o.274.131]). Der Schutzzweck dieser Normen ist es, die Souveränität des ausländischen Staates zu wahren. Im vorliegenden Fall kann sich der Beschwerdeführer als Privater nicht auf deren Verletzung berufen, ist ihm doch durch die Eröffnung auf dem Postweg keinerlei Nachteile erwachsen. Nicht nur, dass er das Urteil nur zwei Tage nach dem Versand in Solothurn erhalten hat und die 30-tägige Beschwerdefrist eingehalten hat. Beim Urteil des Obergerichts handelt es sich auch um keine Vollstreckungsverfügung, welche weitergehende Handlungen in Algerien zur Folge gehabt hätte. Das Obergericht hat überdies von einer Kostenerhebung abgesehen. Wenn sich der Beschwerdeführer auf die Nichtigkeit der Zustellung beruft, stellt dies eine unzulässige rechtsmissbräuchliche Prozessführung dar (Art. 36a Abs. 2 OG).»

**Bemerkungen:** Diese Erwägung nimmt eine einseitige Optik ein. Der Rechtshilfsweg ist nicht nur aus völker- bzw. souveränitätsrechtlichen Gründen erforderlich. Mit dem Rechtshilfsweg soll die korrekte Zustellung im Empfangsstaat (Wohnsitz des Empfängers) in der dort vorgeschriebenen Form garantiert werden, und zwar auch im Interesse des Empfängers. Beispielsweise kann die Zustellungsform im Empfangsstaat die Persönlichkeit und die Privatsphäre besser schützen; oder das Rechtshilfeabkommen garantiert die Zustellung des Dokumentes in einer Übersetzung oder zumindest mit einer Rechtsbehelfsbelehrung in der Landessprache. Dass mit förmlicher rechtshilfseiser Zustellung zugleich der exakte Zustellungszeitpunkt amtlich festgestellt wird, kann im Interesse des Absendestaates, aber auch in demjenigen jeder der (privaten oder staatlichen) Prozessparteien liegen. Ein eigenes Interesse des privaten Empfängers an rechtskonformer Zustellung auf Rechtshilfsweg darf daher nicht so kategorisch von vornherein ausgeschlossen werden, wie es in diesem Urteil geschehen ist. Andererseits ist von Beschwerdeführern zu verlangen, dass sie ein solches eigenes Interesse darlegen.

Im Übrigen mutet die Argumentation des Gerichts gerade in einem Strafverfahren merkwürdig an. Der Kleinstaat Schweiz sollte ein besonderes Interesse an der Nichtverletzung staatlicher Souveränität haben und daher umso eher eine Beachtung der Formen der Rechtshilfe auch durch die eigenen Behörden und Organe von Amtes wegen durchsetzen (vgl. *Paul Volken*, Die internationale Rechtshilfe in Zivilsachen, Zürich 1996, 29 f., insbes. Fussnote 5).

## Neuere Literatur zum SchKG

von Dr. Daniel Staehelin, Advokat und Notar, Lehrbeauftragter an der Universität Basel

### Einleitung

Die Vereinigung für Schuldbetreibungs- und Konkursrecht (SchKG-Vereinigung) hat an ihrer 5. Jahresversammlung vom 6. November 2003 zum zweiten Mal einen Preis für die beste Publikation eines jüngeren Forschers im Bereiche des SchKG verliehen. Der Jury, bestehend aus den Herrn Prof. Isaak Meier (Zürich, Vorsitz), Prof. Nicolas Jeandin (Genf, welcher den leider verstorbenen Prof. Louis Dallevés ersetzte) sowie dem Rezensenten (Präsident der SchKG-Vereinigung) lagen die nachfolgend in alphabetischer Reihenfolge zu besprechenden 11 Arbeiten aus den Jahren 2001/2002 (Erscheinungsjahr gemäss den bibliographischen Angaben) vor. Den Preis erhielt *David Rütschi* für sein Werk über *Geldleistung als vorsorgliche Massnahme, Die Entwertung von Geldforderungen durch die Dauer des Zivilverfahrens und mögliche Lösungsansätze*.

Yvonne Artho von Gunten, *Die Arresteinsprache*, Diss. Zürich 2001

Yvonne Artho von Gunten behandelt in ihrer Arbeit die Einsprache gegen den Arrestbefehl, welche anstelle der Arrestaufhebungsklage bei der Revision 1994 in das Gesetz eingeführt wurde. Diese kann nicht nur vom Schuldner, sondern auch von einem Dritten erhoben werden (S. 22). Die Autorin lehnt indes die Legitimation des Drittschuldners einer verarrestierten Forderung zur Einsprache zu Recht ab, obwohl ihm dadurch unter Umständen ein neuer Zahlungsort aufgezwungen wird, was ja aber auch durch eine gewöhnliche Zession geschehen kann (S. 30). Ebenfalls keine Legitimation hat der Arrestgläubiger und zwar selbst dann, wenn ihm der Richter eine Sicherheitsleistung auferlegt (S. 31). Bezüglich der heiklen Frage, wann die 10-tägige Frist zur Einsprache beginnt, wenn der Schuldner bereits vor der offiziellen Zustellung der Arresturkunde über den Arrest informiert wurde, vertritt die Autorin die Auffassung, dass immer die nachträgliche Zustellung der Arresturkunde massgebend sei (S. 46 ff.). Dies ist nach Auffassung des Rezensenten sicher richtig, wenn der Arrestschuldner von Dritten, z.B. von der Bank, über den Arrest informiert wurde. War er indes ausnahmsweise beim Arrestvollzug anwesend, so beginnt die Einsprachefrist mit diesem Zeitpunkt, denn Vollzug des Arrestes ist entweder die Erklärung an den anwesenden Schuldner oder die nachträgliche Zustellung der Arresturkunde (BGE 68 III 14). Bezüglich der strittigen Frage, ob der Gläubiger oder der Schuldner einen Kostenvorschuss zu leisten habe, entscheidet sich *Artho von Gunten* für die Kostenvorschusspflicht des Einsprechers (S. 122).

Die Autorin stellt sodann das gesamte Einspracheverfahren dar, über die Prozessmaximen, der Prüfung der Arrestvoraussetzungen, der Wirkung der Einsprache bis hin zum Einspracheentscheid und dem dagegen bestehenden Rechtsmittel, den Weiterzug an die obere Gerichtsstanz. Es handelt sich hierbei um eine solide prozessuale Arbeit, die jedem Praktiker nützen wird, zumal darin auch unveröffentlichte kantonale Entscheide verarbeitet wurden.

**Florian Bommer, Die Zuständigkeit für Widerspruchs- und Anfechtungsklagen im internationalen Verhältnis**, Diss. Zürich 2001

In einer sehr schönen Arbeit über die Zuständigkeit für Widerspruchs- und Anfechtungsklagen im internationalen Verhältnis untersucht *Florian Bommer*, wo diese Klagen im Anwendungsbereich des Lugano-Übereinkommens sowie in internationalen Verhältnissen ausserhalb dieses Übereinkommens im Rahmen einer schweizerischen Zwangsvollstreckung eingereicht werden müssen. Das Hauptproblem ist hierbei, ob diese Klagen vollstreckungsrechtlich oder materielrechtlich zu qualifizieren sind, wobei die Qualifikation nach schweizerischem Recht nicht immer kongruent ist mit der Qualifikation gemäss dem Lugano-Übereinkommen (LugÜ).

Bei der Widerspruchsklage beginnt das Problem bereits im internen Recht, wo sich die Doktrin zwar einig ist, dass die Klage zwischen Gläubiger und Dritten nur Wirkung in der betreffenden Betreibung hat. Umstritten ist hingegen, ob in den seltenen Fällen, wo auch der Schuldner am Verfahren teilnimmt, einem derartigen Urteil nicht materielle Rechtskraft zukommt. Diese Frage wird vom Autoren zuerst offen gelassen (S. 47 f.). Im Rahmen des LugÜ kommt der Autor sodann zu Recht zum Schluss, dass die Klage gemäss Art. 107 SchKG bei Gewahrsam des Schuldners im Sinne des Abkommens eine rein vollstreckungsrechtliche Klage ist, die gemäss Art. 16 Ziff. 5 LugÜ am Betreibungsamt eingereicht werden kann. Für Klagen gemäss Art. 108 SchKG bei Gewahrsam des Dritten steht indes der Gerichtsstand am Betreibungsort gemäss Art. 109 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG nicht zur Verfügung, sondern es muss an einem anderen Gerichtsstand des LugÜ geklagt werden (S. 73). Dasselbe soll bei einem Verfahren gemäss Art. 107 SchKG gelten, wenn der Schuldner daran teilnimmt und sofern dies als materielrechtliches Verfahren zu qualifizieren wäre (S. 83).

Ausserhalb des LugÜ richtet sich die Zuständigkeit von Widerspruchsklagen nach Art. 109 Abs. 1 SchKG. Soweit indes Widerspruchsklagen bei Beteiligung des Schuldners als materielrechtlich angesehen werden, sollen die Zuständigkeitsbestimmungen des IPRG gelten. Dem mag der Rezensent nicht zustimmen. Obwohl das SchKG in Art. 30a die Bestimmungen des IPRG vorbehält, müssen doch die Gerichtsstandsbestimmungen im SchKG für materielrechtliche Klagen, und zwar insbesondere dort, wo der Betreibungsort als Gerichtsstand bezeichnet wird, als *leges speciales* betrachtet werden, welche dem IPRG vorgehen.

Die Anfechtungsklage (*actio pauliana*) in der Spezialexekution ist im Anwendungsbereich des LugÜ als materielrechtlich zu qualifizieren und kann daher nicht am Betreibungsort (S. 140), sondern nur am Wohnort des Anfechtungsgegners eingereicht werden (S. 142). Im Konkurs untersteht die Anfechtungsklage nicht dem sachlichen Anwendungsbereich des LugÜ (S. 121).

Ausserhalb des Anwendungsbereiches des LugÜ ist gemäss Art. 289 SchKG die Anfechtungsklage beim Richter am Wohnsitz des Beklagten einzureichen. Hat der Pfänder keinen Wohnsitz in der Schweiz, so kann die Klage beim Gericht am Ort der Pfändung oder des Konkurses eingereicht werden. Auch auf Grund eines ausländischen Pfändungsverlustes soll eine Anfechtungsklage in der Schweiz erhoben werden können (S. 148). Im Konkurs muss zwischen den Ansprüchen der schweizerischen Hauptkonkursmasse, der schweizerischen Masse des Partikularkonkurses gemäss Art. 166 ff. IPRG und der ausländischen Konkursmasse unterschieden werden (S. 151).

Der Autor postuliert schliesslich, ausländische Anfechtungsurteile seien wie materielle Urteile zu anerkennen. Dies ist sicher richtig für Urteile auf Grund einer Spezialexekution, welche dem LugÜ unterliegen (S. 143 ff.). Ob dies auch in den übrigen Fällen möglich ist, muss nach Auffassung des Rezensenten im Einzelfall auf Grund einer lege

forti vorzunehmenden Qualifikation des ausländischen Entscheides überprüft werden. Entscheidende Frage ist, ob ein den schweizerischen Anfechtungsklagen entsprechendes Institut als materielrechtlich zu qualifizieren ist. Während die traditionelle Lehre unter Verweis auf die alten bilateralen Staatsverträge über die Anerkennung und Vollstreckung von Zivilurteilen Anfechtungsurteile als vollstreckungsrechtlich erachtete, ist der Vorschlag des Autors, diese dem materiellen Recht zuzuweisen, zumindest prüfenswert. Das Werk schliesst mit einem Kapitel über das auf die Anfechtungsklagen anwendbare Recht.

Der Autor hat sich in einem schwierigen Gebiet mit der Lehre und Rechtsprechung sorgfältig auseinandergesetzt und hierbei auch ausländische Rechtsordnungen miteinbezogen. Es sei ihm daher verziehen, wenn er seine Ergebnisse zuweilen ohne weitere Zitate präsentiert. Das sehr erfreuliche Werk ist ein wichtiger Beitrag zum internationalen Vollstreckungsrecht, auch wenn zu den behandelnden Fragen das letzte Wort noch nicht gesprochen sein dürfte.

**Florian Chaudet, Ajournement de la faillite de la société anonyme. Conditions, effets, compétences et responsabilité (art. 725a CO)**, Diss. Lausanne, Basel 2000

Der Konkursaufschub gem. Art. 725a OR wurde in der Literatur bereits eingehend dargestellt (vgl. aus jüngerer Zeit *Roger Giroud*, Die Konkursöffnung und ihr Aufschub bei der Aktiengesellschaft, Diss. Zürich, 2. Auflage 1986; *Hanspeter Wüstner* im Basler Kommentar zu Art. 725a OR; *Hans-Ulrich Hardmeier* im Zürcher Kommentar zu Art. 725a OR; *Alexander Dubach*, SJZ 1998, S. 149 ff.; *Claudius Graf-Schelling*, SJZ 1999, S. 109 ff.; *Jürg A. Koeferli*, Der Sanierer einer Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 1994). Die Wahl dieses Themas für eine Dissertation ist daher mutig. *Florian Chaudet* löst das Problem, indem er auf über 450 Seiten in die Breite und in die Tiefe geht. Er befasst sich ausführlich mit den Voraussetzungen und Wirkungen des Konkursaufschubes, wobei folgende Punkte herausgegriffen seien:

Nach einer Darstellung der in Frage stehenden Interessen (Aktionäre, derzeitige Gläubiger, künftige Gläubiger, Angestellte, Kunden, Arbeitnehmer, Staat etc., S. 16 ff.) folgt ein Kapitel über die Abgrenzung zu den Sanierungsinstrumenten des SchKG, namentlich zur Nachlassstundung (S. 35 ff.). Dem schliesst sich die Darstellung an, wer den Antrag um Konkursaufschub stellen kann (S. 55). Gemäss herrschender Auffassung können die Liquidatoren im Falle einer freiwilligen Auflösung der Gesellschaft keinen Konkursaufschub verlangen. Da inzwischen jedoch das Bundesgericht entschieden hat, dass die Generalsammlung den Auflösungsbeschluss widerrufen kann, solange noch nicht mit der Verteilung des Gesellschaftsvermögens begonnen worden ist (BGB 123 III 473 ff.), muss gemäss *Chaudet* während diesem Zeitraum der Liquidator dem Verwaltungsrat gleichgestellt werden und ihm die Legitimation zur Antragstellung zuerkannt werden (S. 58). Der Autor schlägt sodann vor, dass der Richter analog zu Art. 173a Abs. 2 SchKG von Amtes wegen einen Konkursaufschub anordnen können soll. Auf Grund der geringen praktischen Relevanz dieser Gesetzesbestimmung im SchKG drängt sich nach Auffassung des Rezensenten eine analoge Anwendung indes nicht auf. Wenn niemand den Konkurs aufgeschoben haben will, so soll er eröffnet werden.

Hilfreich ist sodann die Aufstellung der Belege, welche einem derartigen Gesuch beizulegen sind (S. 80). Da auch die Gläubiger einen Antrag auf Konkursaufschub stellen können, stellt sich die Frage, wie sie dieses Recht ausüben können, wenn ihnen die Konkursöffnung vorher nicht mitgeteilt wird. In gewissen Kantonen, so z.B. in Basel-Landschaft, wird daher ein bevorstehender Konkurs bei einer AG publiziert (S. 95). Anders, wie z.B. Basel-Stadt, verzichten darauf.

reich zwischen Privat- und Zwangsvollstreckungsrecht, die Pfändung und Admassierung unveräusserlicher Rechte...», Basel und Stuttgart 1968, die von der Autorin leider nicht zitiert wird, differenzierter dargestellt wurde.

Bei den Patenten unterscheidet *Corniaz* nach dem Stadium der Entwicklung zwischen unvollständigen Erfindungen, vollständigen, aber noch nicht angemeldeten Erfindungen sowie angemeldeten Patenten. Unvollständige Erfindungen unterliegen nicht der Zwangsvollstreckung, da sie in diesem Stadium noch nicht losgelöst vom Erfinder verwertet werden können (S. 67). Noch nicht angemeldete Erfindungen sind dann verwertbar, wenn der Erfinder sie gewerblich nutzt oder zumindest die Absicht dazu hat (S. 70 ff.). Im Urheberrecht kann sich die Autorin auf Art. 18 URG stützen, wonach das Recht zur Verwendung des Werks sowie das Recht auf Werkintegrität der Zwangsvollstreckung unterliegen, soweit der Urheber sie bereits ausgeübt hat und das Werk mit der Zustimmung des Urhebers bereits veröffentlicht worden ist.

In internationaler Hinsicht ist von Bedeutung, wann Immaterialgüterrechte in der Schweiz verwertet werden können, d.h. wann derartige Rechte als in der Schweiz belegen gelten. Wohnt ihr Inhaber in der Schweiz, so gelten sie als an seinem Wohnsitz belegen, hat ihr Inhaber indes im Ausland Wohnsitz, so gelten die in einem schweizerischen Register eingetragenen Immaterialgüterrechte als dort belegen, wo das Register geführt wird (S. 123 ff.).

Gemäss Art. 132 Abs. 3 SchKG bestimmt die Aufsichtsbehörde das Verfahren, in welchem Immaterialgüterrechte zu verwerten sind. Sie kann dabei die Versteigerung anordnen, die Verwertung einem Verwalter übertragen oder eine andere Vorkehrung treffen. Diese verschiedenen Möglichkeiten werden von der Autorin dargestellt, wobei sie sich auf Grund des weitgehenden Fehlens von Judikatur bloss auf die Literatur stützen kann. Behandelt wird auch das Schicksal der Verträge über Immaterialgüterrechte (Lizenz-, Franchise-, Verlags- und Verwertungsvertrag) bei Insolvenz einer Partei, wobei die Autorin im Anschluss an die herrschende Lehre dem Lizenzgeber im Konkurs des Lizenznehmers ein ausserordentliches Kündigungsrecht zugestehen will (S. 168).

Das Werk gibt einen guten Überblick über eine nicht alltägliche Materie und gefällt durch seine klare Sprache.

**Stephan Kesselbach, *Krise und Sanierung bei Aktiengesellschaften – insbesondere aus strafrechtlicher Sicht, Unterer besonderer Berücksichtigung des Art. 152 StGB***, Diss. Zürich 2001

Während in Deutschland üblicherweise bei jeder Firmeninsolvenz der Staatsanwalt ermittelt, sind unsere Strafverfolgungsbehörden zurückhaltender. Aufgrund der jüngsten Entwicklungen erdört jedoch in der Öffentlichkeit immer mehr der Ruf, bei einem Firmenzusammenbruch die verantwortlichen Personen auch strafrechtlich zur Rechenschaft zu ziehen. Der Autor der hier zu besprechenden Arbeit sieht, unter Berufung auf *Niklaus Schmid*, hierfür zwei Gründe (S. 88 ff.): Auf der einen Seite gäbe es aufgrund der Internationalisierung immer unübersichtlichere Wirtschaftsstrukturen, welche den handelnden Personen einerseits eine grosse Autonomie gewähren, dem als Gegenstück jedoch die Pflicht zu ethisch einwandfreiem Verhalten gegenüberstehe. Zum anderen habe normwidriges Verhalten in den letzten Jahrzehnten zugenommen und es würden heute durch das Vorschleichen von juristischen Personen Leute Einfluss auf den Gang der Wirtschaft nehmen, die früher mangels der entsprechenden finanziellen Basis sowie der fehlenden Ausbildung davon ausgeschlossen waren. Die Hemmschwelle, sich ethisch nicht korrekt zu verhalten, sei tendenziell gesunken. Das Strafrecht als ultima ratio der staatlichen Repression solle indes erst dann eingreifen, wenn die zivilrechtlichen Mass-

*Chaudet* verlangt sodann, dass der Richter geradezu eine Studie über die Möglichkeiten, die Aktiven zu verkaufen, anzufordern habe, damit er zwischen Konkurs und Fortführung des Geschäftes entscheiden könne (S. 131). Eine derartige «Etude des conditions de vente des actifs» scheint mir indes nicht erforderlich zu sein, da diese sich aus der Bilanz zu Veräusserungswerten gemäss Art. 725 Abs. 2 OR ergeben muss. An den Sanierungsplan, welcher dem Richter mit dem Antrag einzureichen ist, stellt *Chaudet* hohe Voraussetzungen (S. 129 ff.). Er erachtet es indes als zulässig, dass im Falle eines ungenügenden Planes der Richter vorläufig den Aufschub provisorisch bewilligt, mit der Auflage, den Antrag nachzubessern (S. 135).

Bei den Wirkungen des Konkursaufschubes zeigt der Autor auf, dass faktisch die neuen Gläubiger bevorzugt werden, da sie, im Gegensatz zu den alten Gläubigern, aus frischen Mitteln bezahlt werden dürfen und müssen, was bedingt, dass frische Mittel generiert werden. Die neuen Gläubiger dürfen nicht zum Nachteil der alten Gläubiger aus den «alten» Aktiven der Gesellschaft befriedigt werden (S. 235 f.). Dementsprechend bezieht sich der Konkursaufschub nur auf Forderungen für Forderungen, die vorher entstanden sind, nicht für neue Forderungen (S. 245). *Chaudet* fordert in diesem Zusammenhang, dass der Richter genau zu bezeichnen habe, in welchem Umfang Forderungen aufgeschoben werden, dies ergebe sich nicht aus dem Gesetz (S. 248).

Der Autor vertritt sodann die Auffassung, dass die Einstellung der Betreibungen unabhängig von einer Publikation des Konkursaufschubes angeordnet werden könne (S. 336 ff.). Die Stellung des Sachwalters bezeichnet er privatrechtlich als Organ (S. 372 f.), nicht jedoch als zwangsvollstreckungsrechtliches Organ, denn er untersteht nur der Aufsicht des Richters, der ihn eingesetzt hat (S. 376 ff.).

Das Werk von *Chaudet* ist eine äusserst fleissige Arbeit. Zu loben ist insbesondere die Berücksichtigung der kantonalen Judikatur sowie die breite Auseinandersetzung mit der Literatur. Auch wenn der Rezensent diesbezüglich befangen ist, sei ihm daher die Bemerkung erlaubt, dass wohl die gesamte Literatur zum Schuldbetreibungs- und Konkursrecht zitiert wird, nicht jedoch der Basler Kommentar zum SchKG, der nicht einmal Aufnahme in das Literaturverzeichnis fand. Namentlich für einen Juristen deutscher Zunge liest sich die Arbeit indes nicht leicht. Wer sich kurz und schnell auf Deutsch informieren möchte, dem sei der später erschienene Aufsatz von *Beat Schönenberger*, Der Konkursaufschub nach Art. 725a OR, BLSchK 2002, S. 161 ff. empfohlen.

**Patricia Cornaz, *L'exécution forcée des droits de propriété intellectuelle***, Diss. Lausanne, Zürich 2003

Wie Immaterialgüterrechte zwangsverwertet werden, wurde unter anderem bereits von *Alois Troller* in seiner Monographie «Internationale Zwangsverwertung und Expatriation von Immaterialgütern», Basel 1955, und in seinem Aufsatz «Zwangsverwertung von Immaterialgütern» in den BLSchK 1969, S. 33 ff., sowie von *Urs Müller* in seiner Dissertation «Die Zwangsverwertung von Immaterialgütern», Zürich 1978, dargestellt. Das Immaterialgüterrecht hat sich indes seither in grösserem Umfang weiterentwickelt, womit sich eine erneute Behandlung dieses Themas rechtfertigt.

*Patricia Cornaz* hält sich hierbei an die bewährte Gliederung. Sie untersucht zuerst, welche Rechte überhaupt der Zwangsvollstreckung unterliegen und wendet sich dann den einzelnen Immaterialgüterrechten zu. Es können nur diejenigen Rechte gepfändet werden, die zu einem Marktpreis veräussert werden können, ein Kriterium, welches in vielen Fällen die Verwertung von sog. Anwartschaften verhindert (S. 11 f.). Etwas zu schnell schliesst *Cornaz* von der Unabtretbarkeit auf die Unpfändbarkeit (S. 12), ein Thema, welches von *Adrian Staehelin* in seiner Habilitation «Probleme aus dem Grenzbe-

nahmen als ungenügend erscheinen. Besonders kriminogen sei die Unternehmenskrise, der wirtschaftliche Überlebenskampf (S. 91). Das strafrechtlich geschützte Rechtsgut sei neben den Individualinteressen das Vertrauen der Allgemeinheit in die Ordnungsmässigkeit einer Marktwirtschaft (S. 96).

Vor diesem Hintergrund untersucht *Stephan Kesselbach* Krise und Sanierung bei Aktiengesellschaften aus strafrechtlicher Sicht. In seinem ersten Teil stellt der Autor die faktischen und rechtlichen Grundlagen der Unternehmenssanierung dar. Den zweiten Teil beginnt der Autor mit Überlegungen zu Grundfragen des Unternehmensstrafrechts, wenn die einzelnen Organe strafrechtlich verantwortlich werden. Es folgt ein Überblick über einzelne typische Straftatbestände wie die ungetreue Geschäftsbesorgung (Art. 158 StGB), Misswirtschaft (Art. 165 StGB), Unterlassung der Buchführung (Art. 166 StGB), ordnungswidrige Führung der Geschäftsbücher (Art. 325 StGB), Erschleichung eines gerichtlichen Nachlassvertrags (Art. 170 StGB), Ausnutzen der Kenntnis vertraulicher Tatsachen (Insiderhandel Art. 161 StGB), wobei jeweils die Bezüge zur Sanierungssituation gezogen werden.

Einen Schwerpunkt legt *Kesselbach* schliesslich auf den Tatbestand der unwahren Angaben über kaufmännische Gewerbe (Art. 152 StGB), welcher in der vermögensrechtlichen Revision vom 17. Juni 1994 neu formuliert wurde, um ihn als wirksames Mittel im Kampf gegen die zunehmende Wirtschaftskriminalität einzusetzen (S. 174). In Bezug auf die Krise der Aktiengesellschaft kommt der Autor zum Schluss, dass weder die Nichtvornahme der Überschuldungsanzeige gemäss Art. 725 Abs. 2 OR (S. 184) noch die Nichtvornahme der Anzeige eines Kapitalverlusts gemäss Art. 725 Abs. 1 OR (S. 185) den Tatbestand von Art. 152 StGB erfüllt. Einzig das Festhalten an Fortführungswerten, obwohl gemäss Art. 725 Abs. 2 OR eine Bilanz zu Veräusserungswerten erstellt werden müsste, kann den Tatbestand von Art. 152 StGB erfüllen, wenn eine auch nach Fortführungswerten bestehende Überschuldung nicht ordnungsgemäss ausgewiesen wird (S. 222).

Die Arbeit gefällt durch ihre Kürze und die klare Sprache. Die Beschränkung auf Krise und Sanierung erweist sich jedoch nicht als besonders glückliche Themenwahl, ist doch entweder die Sanierung erfolgreich, womit niemand an strafrechtliche Untersuchungen denkt, oder sie ist gescheitert, worauf nicht nur die fehlgeschlagene Sanierung, sondern der gesamte Unternehmenszusammenbruch von strafrechtlicher Relevanz wird.

Urs Peter Möckli, *Das Eigentümergegrundpfandrecht*, Diss. Bern 2001

Das Eigentümergegrundpfand ist eines der kompliziertesten Institute im schweizerischen Privatrecht, dem man indes nach der Revision des SchKG von 1994 keine grosse Zukunft mehr gab, weil Art. 156 Abs. 2 des revidierten SchKG bestimmt, dass vom Grundeigentümer zu Faustpfand gegebene Eigentümer- oder Inhabertitel im Falle separater Verwertung auf den Betrag des Erlöses herabgesetzt werden. Wer würde nun, so dachte man, einen Eigentümerschuldbrief zu Faustpfand übernehmen, wenn der Faustpfandgläubiger, der zuerst die Faustpfandverwertung durchführen muss, auf Grund der zitierten Bestimmung des SchKG nur einen Titel in der Höhe des Steigerungserlöses erheben kann. Denn derjenige, der einen Schuldbrief ersteigert, erhält nun für seinen dem Betreibungsamt bar bezahlten Steigerungserlös eine noch nicht fällige Schuldbriefforderung in gleicher Höhe, deren Verzinslichkeit zudem ungewiss ist.

Dass Art. 156 Abs. 2 SchKG dem Eigentümergegrundpfandrecht nicht den Garaus gemacht hat, hat seinen Grund darin, dass auch andere Verwertungsarten als die Faustpfandverwertung des Titels zulässig sind. Daher ist die Arbeit von *Urs Peter Möckli* trotz ihrer längeren rechtshistorischen Einleitung (S. 17–32) für das geltende Recht von Bedeutung.

Bezüglich der bekannteren Diskussion, wann die Schuldbriefforderung beim Eigentümergegrundpfandrecht entsteht, schliesst sich der Autor der Auffassung von *Eugen Huber* und *Theo Gahl* an, wonach die Forderung bereits mit dem Grundbucheintrag entstehen soll (S. 49, 69). Die jüngere Bundesgerichtspraxis steht indes der Theorie nahe, die Forderung entstehe erst dann, wenn der Titel einem vom Schuldner verschiedenen Gläubiger zu Eigentum übertragen wird (BGE 115 II 151; 107 III 134).

Eine Spezialität des Eigentümerschuldbriefes ist, dass seine Begebung formell in der Form der Übertragung des Titels durch einen Gläubiger auf einen anderen Gläubiger gem. Art. 869 ZGB erfolgt, materiell indes Begebung des Titels durch den ursprünglichen Aussteller gem. Art. 855 ff. ZGB ist. Dies hat z.B. Auswirkungen, ob die Vermutung der Novation gem. Art. 855 ZGB auch bei der Begebung eines Eigentümerschuldbriefes zu Eigentum (nicht zu Faustpfand) zum Zuge kommt, wobei sich hier *Möckli* mit seinem Doktorvater *Wolfgang Wiegand* gegen *Eugen Huber*, *Benedict Fötz* und den Rezensenten stellt und auf Grund des Wortlautes eine Novation ausschliesst (S. 101). Daher musste sich der Autor auch nicht mit dem problematischen BGE 119 III 105 ff. auseinandersetzen, welcher auch bei der Begebung zu Faustpfand (nicht zu Eigentum) eine Novation vermutet (vgl. BasK ZGB II-D. *Staelin*, Art. 855 N. 33).

Bezüglich der Alternativen zur Faustpfandverwertung mit den negativen Konsequenzen von Art. 156 Abs. 2 SchKG ist *Möckli* zu Recht, aber entgegen der (noch) herrschenden Lehre und Judikatur (wobei er hier die Bundesgerichtspraxis und kantonale Judikatur nicht zitiert), der Auffassung, der Faustpfandgläubiger könne nicht ermächtigt werden, die Schuldbriefforderung einzuziehen und daher direkt die Grundpfandverwertung einzuleiten. Begründet wird dies mit der Unmöglichkeit, dass der Eigentümer nicht sich selbst gegenüber die Kündigung aussprechen und sich auch nicht selbst betreiben oder einklagen kann (S. 124). Der Gläubiger kann indes, wenn ihm die Befugnis zum Freihandverkauf zusteht, den Selbsttritt erklären und danach als Grundpfandgläubiger direkt die Grundpfandverwertung durchführen. *Möckli* empfiehlt hierbei den Selbsttritt mit aufgeschobener Abrechnung, bei welchem die Abrechnung für den Selbsttritt erst nach erfolgter Verwertung des Grundstücks erfolgt (S. 123).

In der Betreibung auf Pfändung werden die Eigentümerschuldbriefe wie Fahnris gepfändet und versteigert, solange nicht die Verwertung des Grundpfandes von anderer Seite beantragt, der Konkurs eröffnet oder das Grundstück gepfändet wurde (S. 125 ff.). Der Ersteigerer erwirbt diesfalls den Schuldbrief unabhängig seines guten oder bösen Glaubens im vollen Nominalbetrag, Art. 156 Abs. 2 rev. SchKG findet keine Anwendung (S. 127).

Es handelt sich bei der Arbeit von *Möckli* um eine kompakte und konzise Arbeit, die sorgfältig die meisten Fragen behandelt, wobei jedoch der Spielraum für innovative Lösungen auf Grund der abundanten Literatur und Judikatur naturgemäss eng war.

*Matteo Pedrotti*, *Le séquestre international, fondements, conditions et procédure du séquestre des biens du débiteur qui habite à l'étranger*, Diss. Fribourg, Zürich 2001

Gewisse Themen sind von grösserer praktischer Relevanz und daher auch häufiger das Objekt wissenschaftlicher Untersuchungen. Ganz vorne auf dieser Liste steht zweifellos der Ausländerarrest (Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG), der zudem anlässlich der Revision 1994 im Sinne einer Einschränkung modifiziert wurde. *Matteo Pedrotti* geht in seinem 387 Seiten umfassenden Werk das Thema breit an. Nach einem mehr als 500 Titel umfassenden Literaturverzeichnis beginnt er seine Arbeit mit einer historischen und rechtsvergleichenden Einleitung. Es folgt ein Kapitel zu den Staatsverträgen und dort insbesondere zum Lugano-Übereinkommen (LugÜ). Dort verwirft er zu Recht die Auf-

fassung von *Richard Gästmann*, «Arrest im internationalen Rechtsverkehr», Zürich 1998 (eine ansonsten vorzügliche Arbeit), wonach im Anwendungsbereich des LugÜ der gemäss des Abkommens zuständige Richter Vermögenswerte in der ganzen Schweiz zu arrestieren vermag (S. 108 ff.). Sodann schliesst sich der Autor, ebenfalls zu Recht, der herrschenden Meinung an, wonach der Ausländerarrest durch das LugÜ nicht in Frage gestellt wird. Die entsprechende Diskussion hatte ihren Ursprung im Entscheid des EuGH i. S. Mund & Fester contra Hattrex Internationalaal Transport vom 10. 2. 1994, wo der EuGH gestützt auf Art. 7 EWG-Vertrag (Diskriminierungsverbot auf Grund Staatsangehörigkeit) einen deutschen Ausländerarrest gegen eine holländische Firma für unzulässig erklärte. Nicht mehr behandeln konnte *Pedrotti* die inzwischen in Kraft getretenen bilateralen Verträge der Schweiz mit der EU, doch dürften prima vista auch diese den Arrest nicht einschränken, da sie nur sektorielle Diskriminierungsverbote beinhalten.

Ein Schwergewicht legt der Autor in seiner Arbeit sodann auf den genügenden Bezug zur Schweiz, welcher seit der Revision 1994 gegeben sein muss, sofern der Gläubiger nicht über einen Rechtsöffnungstitel verfügt. Er vertritt hierbei zum einen die richtige Auffassung, dass diese Einschränkung des Ausländerarrestes nicht gerechtfertigt ist (S. 187) und demzufolge der Begriff des genügenden Bezuges weit ausgelegt werden müsse (S. 188). Inkonsequenterweise stellt sich der Autor sodann gegen die herrschende Meinung, wonach der Wohnsitz des Gläubigers in der Schweiz nicht ausreicht, um einen genügenden Bezug zur Schweiz zu bilden (S. 195 ff.). Beim Titel, der zur provisorischen Rechtsöffnung berechtigt (womit kein genügender Bezug zur Schweiz gegeben sein muss), hat der Autor sodann die sogenannte «Basler Rechtsöffnungspraxis» übersehen, die weit herum in der Schweiz Geltung hat, wenn er behauptet, dass ein zweiseitiger Vertrag keinen Titel zur provisorischen Rechtsöffnung darstellt (S. 249 FN 355).

Bezüglich der Arrestierbarkeit von Vermögenswerten, welche von einem Treuhänder gehalten werden, folgt *Pedrotti* seinem Doktorvater *Stoffel* in der Kritik am Bundesgesetz, welches unterscheidet zwischen Strohännern, bei denen ein Durchgriff möglich ist, und Treuhänderhältnissen, wo nur der Anspruch gegen den Treuhänder verarrestierbar sei (*SchKG-Stoffel*, Art. 271 N 47 ff.). Nach Auffassung des Rezensenten ist hingegen an der bundesgerichtlichen Rechtsprechung festzuhalten. Nur dann, wenn die Voraussetzungen eines Durchgriffs vorliegen, kann direkt auf die von einem Strohmann gehaltenen Vermögenswerte gegriffen werden. Ansonsten hat das Vollstreckungsrecht das Zivilrecht zu beachten.

Beim Einspracheverfahren vertritt der Autor – entgegen der oben besprochenen Auffassung, dass die Frist zur Erhebung der Einsprache zu laufen beginnt, wenn der Schuldner bereits vor der offiziellen Zustellung der Arresturkunde vom Arrest erfahren hat (S. 297).

Bei der Arrestprosektion schliesst sich der Autor der Kritik von *Jean-Philippe Krafft* («Exorbitantes Gerichtsstände im internationalen Zivilprozessrecht der Schweiz, Zürich 1999) an BGE 117 II 90 an, wonach im Anwendungsbereich des IPRG ein Gerichtsstand am Arrestort nur in dem Umfange bestehe, wie auch tatsächlich Vermögenswerte verarrestiert worden sind, anerkennt jedoch, dass diese Kritik auf Grund des klaren Wortlautes von Art. 4 IPRG de lege lata keine Grundlage hat (S. 338). Im Anwendungsbereich des Lugano-Übereinkommens vertritt der Autor ebenfalls zu Recht die Auffassung, dass die Ausstellung eines Zahlungsbefehls sachlich nicht unter das Abkommen fällt (S. 343). Bezüglich der letztinstanzlich immer noch nicht unterschiedenen Frage, ob der Arrest im Geltungsbereich des Lugano-Übereinkommens durch provisorische Rechtsöffnung gem. Art. 16 Ziff. 5 LugÜ am Arrestort prosequiert werden könne, schlägt sich *Pedrotti*

auf die Seite der Minderheit, wonach die provisorische Rechtsöffnung ein rein betreibungsrechtliches Verfahren sei, für welches der Gerichtsstand von Art. 16 Ziff. 5 LugÜ zur Verfügung stehe (S. 378). Dass dies nicht richtig sein kann, wurde insbesondere von *Alexander R. Markus* (Lugano-Übereinkommen und SchKG-Zuständigkeiten: Provisorische Rechtsöffnung, Aberkennungsklage und Zahlungsbefehl, 2. Aufl. Basel 1997) überzeugend dargelegt.

Das Werk schliesst mit einer Zusammenfassung und einem Stichwortverzeichnis. Trotz diverser Kritik an Einzelpunkten handelt es sich bei der Arbeit von *Pedrotti* um ein sehr gutes Werk, welches inskünftig bei allen zu behandelnden Fragen konsultiert werden muss.

**Thomas Rohner**, *Das Widerspruchsverfahren gemäss SchKG*, Diss. St. Gallen 2002

*Thomas Rohner* gibt in seiner Dissertation einen Überblick über die Lehre und Rechtsprechung zum Widerspruchsverfahren. Einen Schwerpunkt legt er hierbei auf prozessrechtliche Einzelfragen. Im Anwendungsbereich des Lugano-Übereinkommens vertritt der Autor entgegen der oben besprochenen Arbeit von *Bommer*, dessen Überlegungen er einbeziehen konnte, die Auffassung, dass in allen Konstellationen die Klage am Beibringungsort gemäss Art. 16 Ziff. 5 LugÜ angehoben werden könne (S. 108). Einen weiteren Schwerpunkt legt er sodann auf die Beschreibung der Wirkungen der Widerspruchsklage und des ergehenden Urteils, welche er in allen Fällen, auch dann wenn der Schuldner am Verfahren beteiligt ist, als rein vollstreckungsrechtlich erachtet (S. 136 ff.).

Bezüglich des Anwendungsbereichs des Widerspruchsverfahrens vertritt *Rohner*, gestützt auf *Amonn/Casser* (§ 24 N 15), aber entgegen *Fritzsche/Walder*, Band I, § 26 N 10 und *SchKG-Adrian Staehelin*, Art. 106 N 17, die Auffassung, dass auch die Vermieter, Verpächter, Verleiher, Hinterleger oder Verpfänder, die ausnahmsweise nicht Eigentümer der Sache sind, ihre obligatorischen Ansprüche auf Sachrückgabe gestützt auf Art. 931 ZGB im Widerspruchsverfahren geltend machen können (S. 5). Dies ist nicht richtig. Obligatorische Ansprüche gehen der Pfändung nach. Auch die Berufung auf Art. 931 ZGB hilft hier nicht weiter, denn diese Bestimmung betrifft nur die Eigentumsvermutung. Wird die materielle Rechtsstellung des unselbständigen Besitzers durch Art. 931 Abs. 1 ZGB nicht verändert, so erhält der obligatorisch Berechtigte keinen Rechtsanspruch gegenüber Dritten (*BK-Stark*, Art. 931 ZGB N 11). In formeller Hinsicht muss kritisiert werden, dass die sehr gute Arbeit von *Jean-Luc Tschumi*, «La revendication de droits de nature à soustraire un bien à l'exécution forcée», Diss. Lausanne 1987 (die allerdings auch im Basler Kommentar übersehen wurde), keine Beachtung fand.

**Armand P. Rubli**, *Sanierungsmassnahmen im Konzern aus gesellschaftsrechtlicher Sicht*, Diss. Zürich 2002

Konzernrechtliche Fragestellungen aktualisieren sich vor allem in der Krise: Wann darf eine Konzerngesellschaft einer anderen Sanierungsleistungen erbringen? Diese aktuelle Frage behandelt *Armand P. Rubli* in seiner Arbeit mit dem Thema Sanierungsmassnahmen im Konzern aus gesellschaftsrechtlicher Sicht.

Im ersten Teil legt der Autor die Grundlagen des schweizerischen Konzernrechts dar. Einen Schwerpunkt legt er hierbei auf die Finanzierung im Konzern. Dabei zeigt er, dass aufgrund des sogenannten Teleskop-Effektes eine Muttergesellschaft mit ihrer eigenen Bareinlage eine Tochtergesellschaft gründen kann, diese mit derselben Einlage ihrerseits eine Tochter gründet usw. Aus einer nicht konsolidierten Sicht kann damit das im Konzern vorhandene Kapital multipliziert werden, obwohl sich das tatsächlich vorhandene

Kapital nicht verändert. Dadurch wird mittels des Pyramideneffektes Kreditgebern nicht vorhandenes Eigenkapital vorgespiegelt (S. 68).

Sodann befasst sich *Rubli* mit der Sanierung, wobei er zwischen einem aktienrechtlichen, einem bankenrechtlichen, einem zwangsvollstreckungsrechtlichen und einem steuerrechtlichen Sanierungsbegriff unterscheidet (S. 72 ff.). Danach behandelt der Autor Ursachen und Verlauf einer Krise in ihren verschiedenen Phasen (strategische Krise, Erfolgskrise, Liquiditätskrise), wobei er jeweils die Besonderheiten im Konzern erläutert (S. 81 ff.). Es folgen Abschnitte über die Sanierungsbedürftigkeit, die Sanierungsfähigkeit und die Sanierungswürdigkeit (S. 109 ff.). Ganz kurz ist das Kapitel über die Konzerninsolvenz mit der Feststellung, dass es in der Schweiz kein Konzerninsolvenzrecht gibt (S. 119).

Im zweiten Teil seiner Arbeit erläutert der Autor finanzielle Sanierungsmassnahmen, ertragswirtschaftliche Sanierungsmassnahmen und Sanierungsmassnahmen in der Strategie. Bezüglich der strittigen Umwandlung von Fremd- in Aktienkapital im Rahmen einer Kapitalerhöhung mittels Verrechnung schliesst sich der Autor der Ansicht von *Glanzmann* (ZSR I 1999, S. 221 ff.) an, wonach die zur Verrechnung zu bringende Forderung nicht werthaltig sein müsse, da eine Forderung immer zu ihrem Nominalwert bewertet wird und keine allgemeinen und speziellen Verrechnungsverbote des SchKG analog angewendet werden können (S. 213). Interessant sind sodann die praxisbezogenen Ausführungen wie z.B. zum konzernweiten Sale-and-lease-back-Verfahren (S. 156) oder dem Cash-Pooling (S. 219).

Im dritten Teil befasst sich *Rubli* mit den eigentlichen gesellschaftsrechtlichen Problemen bei Sanierungsmassnahmen. Hier stellt er zuerst dar, dass das Erfordernis zur Gewinnstrebigkeit einer Konzerngesellschaft in einem Spannungsverhältnis zum Konzernzweck stehen kann. Sanierungsmassnahmen einer Konzerngesellschaft, welche einen Mittelabgang zu Gunsten einer anderen Gesellschaft zur Folge haben, sind nur zulässig, wenn sie dem Gesellschaftszweck bzw. Gesellschaftsinteresse der sanierenden Konzerngesellschaft entsprechen. Dass sie dem Konzernzweck und dem Konzerninteresse dienen, reicht nicht (S. 239). Dieser Grundsatz steht in einem Spannungsverhältnis zur einheitlichen Leitung als Definitionsgriff des Konzerns. Aufgeweicht wird dieser Grundsatz faktisch dadurch, dass die Interessen der Konzerngesellschaft und des Konzerns parallel gerichtet sein können oder dass aufgrund einer ausdrücklichen Statutenbestimmung das Interesse des Konzerns zu berücksichtigen ist. Üblicherweise sind daher Leistungen einer Konzerngesellschaft an die andere ohne adäquate Gegenleistung unzulässig (S. 241 ff.), wobei jedoch auch mittelbare Gegenleistungen im Sinne von Reflexwirkungen einbezogen werden können. Hierbei handelt es sich indes naturgemäss um nur schwer messbare Vorteile (S. 251). Einzig wenn sämtliche Aktionäre einer entsprechenden Statutenänderung zugestimmt haben, ist eine Sanierungsleistung ohne Gegenleistung zulässig (S. 255). Solange die Sanierungsleistung nicht durch den Gesellschaftszweck gedeckt ist, ist das entsprechende Rechtsgeschäft ungültig, da dann den zeichnungsberechtigten Personen die Vertretungsmacht fehlt (718a Abs. 1 OR, S. 257).

Sanierungsleistungen im Konzern können des weiteren den Tatbestand von Art. 678 Abs. 2 OR erfüllen, wonach Leistungen an Aktionäre sowie diesen nahestehenden Personen zurückzuerstatten sind, soweit diese in einem offensichtlichen Missverhältnis zur Gegenleistung und zur wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft stehen (S. 267 ff.). Hierbei muss wieder differenziert werden, inwieweit die Sanierungsleistung aus dem freien Vermögen der Gesellschaft erbracht wird. Daher verstösst ein Sanierungsdarlehen gegen die Kapitalschutzbestimmungen, wenn es nicht durch freies, sondern nur durch das Aktienkapital gedeckt ist, da der Rückforderungsanspruch aufgrund der Sanierungssituation gefährdet ist (S. 273). Eine Vermögensverschiebung im Rahmen der freien Mitteil ist, sofern sämtliche Aktionäre zustimmen, hingegen zulässig (S. 278).

In einem Ausblick stellt der Autor schliesslich fest, dass das geltende Recht allein auf das Interesse einer einzelnen Gesellschaft und ihrer Gläubiger ausgerichtet ist, was Sanierungsleistungen zwischen Konzerngesellschaften erschwert (S. 291). De lege lata plädiert der Autor, konzerninterne Sanierung durch extensive Auslegung der entsprechenden Gesetzesbestimmungen zu erleichtern (S. 292). Bestimmungen über die Umqualifizierung von konzerninternen Darlehen als eigenkapitaleretzende Darlehen seien nur zurückhaltend anzuwenden (S. 294). De lege ferenda sei im Rahmen einer Sanierung der Konzern als eine wirtschaftliche Einheit in das Gesetz zu übernehmen (S. 295).

Das Werk gibt einen guten Überblick über den Stand der aktuellen Lehre zum Konzernrecht. Der Autor begrenzt sich indes gemäss dem Titel seines Werkes derart auf die gesellschaftsrechtliche Sicht, dass z.B. das zentrale Werk von *Henry Peter* (*L'action révocatoire dans les groupes de sociétés*, Diss. Genf 1990, nicht einmal zitiert wurde.

**David Rüetschi, Geldleistung als vorsorgliche Massnahme, Die Entwertung von Geldforderungen durch die Dauer des Zivilverfahrens und mögliche Lösungsansätze**, Diss. Basel 2002.

Ein ganz hervorragendes Werk legt *David Rüetschi* mit dem Titel *Geldleistung als vorsorgliche Massnahme* vor. Ausgangspunkt ist die Situation, dass einem Gläubiger eine Geldforderung zusteht, welche er heute benötigt, die er jedoch auf Grund eines voraussichtlich langen Prozessverfahrens erst viel später erhalten wird. Um das Geld heute zu erhalten, ist er gezwungen, einen nicht der Rechtslage entsprechenden Vergleich abzuschliessen (S. 42 ff.). Als Beispiele nennt der Autor den durch eine verseuchte Blutkonserve mit HIV infizierten Geschädigten oder eine Firma, welche auf Grund der Weigerung ihres Schuldners, seine Schuld zu begleichen, ihrerseits ihren Verpflichtungen nicht mehr nachkommen kann und insolvent wird. Das Argument, der Gläubiger könne den Nachteil dadurch abwehren, dass er einen entsprechenden Kredit aufnimmt, sticht nicht, da in den meisten Fällen der Gläubiger in der entsprechenden Situation keinen Kredit erhält (S. 33 ff.). Das Problem könnte dadurch gelöst werden, dass die Dauer des Zivilverfahrens verkürzt wird. Zahlreiche Versuche im Ausland, dieses Ziel zu erreichen, scheiterten wohl nicht zuletzt deshalb, weil eine zu starke Kürzung der Verfahrensdauer zu Lasten eines richtigen Urteils und damit der materiellen Gerechtigkeit geht (S. 55).

Doch selbst wenn der Gläubiger über ein erstinstanzliches Urteil verfügt, kann er dieses noch nicht vollstrecken, sofern der Schuldner ein ordentliches Rechtsmittel eingelegt hat, denn gem. Art. 80 Abs. 1 SchKG kann für Urteile, die noch nicht formell rechtskräftig sind, die definitive Rechtsöffnung nicht erteilt werden, selbst wenn sie für vorläufig vollstreckbar erklärt worden sind. Dies steht im Gegensatz zur Praxis in vielen anderen Rechtsordnungen, bei welchen erstinstanzliche Urteile ohne Weiteres vollstreckbar werden (S. 127 ff.). Selbst wenn, wie es *Thomas Siegenthaler* in AJP 2000, S. 172 ff., vorschlug, künftig erstinstanzliche Urteile vorläufig vollstreckbar wären, ist damit das Problem noch nicht gelöst, weil in der Regel bereits das erstinstanzliche Verfahren viel Zeit in Anspruch nimmt (S. 137). Auch die Einführung beschleunigter Verfahren bei eindeutiger Rechtslage (z.B. provisorische Rechtsöffnung, summarische Verfahren bei klarem Recht etc.) können nur in gewissen Konstellationen Abhilfe schaffen und bieten insbesondere dann keine Lösung für das Problem, wenn die unterliegende Partei danach ein ordentliches Verfahren einleiten kann (z.B. mittels der Aberkennungsklage, Art. 83 SchKG). Als Lösung empfiehlt der Autor die Anordnung der Vorschussleistung an den Geldgläubiger auf dem Wege des vorsorglichen Rechtsschutzes. Diese ist de lege lata nur bei Ansprüchen auf Nichtgeldleistungen, nicht jedoch bei Geldforderungen möglich

(S. 158 ff.). Als Ausnahme hiervon findet man im Zivilgesetzbuch die Bestimmung, dass bei vermuteter Vaterschaft auf Begehren des Klägers der Beklagte schon vor dem Urteil angemessene Beiträge an den Unterhalt des Kindes zu bezahlen hat (Art. 283 ZGB). Auch das Kernergahftpflichtgesetz sieht in Art. 28 eine vorläufige Leistung vor. Voraussetzungsmöglichkeiten sind auch im Opferhilfegesetz geregelt. Schliesslich sieht Art. 53 des Entwurfs des Haftpflichtrechts vor, dass dann, wenn die geschädigte Person ihren Anspruch glaubhaft machen kann und es ihre wirtschaftlichen Verhältnisse erfordern, das Gericht die belangte Partei zur vorläufigen Zahlung verurteilen kann, ohne dass dadurch der endgültigen Entscheidung vorgegriffen wird.

Rüterschi geht jedoch einen Schritt weiter und postuliert die Aufnahme einer derartigen Bestimmung in die neue Schweizerische Zivilprozessordnung, da sie nicht auf das Haftpflichtrecht beschränkt werden soll. Als Vorbild untersucht er hierbei insbesondere die *interim payments* des englischen Prozessrechts, welche 1969 dort aufgenommen wurden und sich sehr bewährt haben (S. 178 ff.). Im Gegensatz zum englischen System fordert der Autor mit guten Gründen, dass vorsorgliche Leistungen nicht immer dann verlangt werden können, wenn auf Grund einer summarischen Abwägung der Erfolgschance der Klage wahrscheinlich ist, sondern (wie in Deutschland) es einer zusätzlichen Notlage des Gläubigers bedarf (so auch schon *Stephen Bertli*, ZSR 1997 II, S. 208), wobei diese nach Auffassung des Autors anders als in Deutschland über die Existenzbedrohung hinausgehen soll und immer dann anzunehmen wäre, wenn sich der Gläubiger in einer wirtschaftlichen Zwangslage befindet, in welcher er gezwungen ist, einen ungünstigen Vergleich abzuschliessen (S. 206 ff.).

Die Vorschläge des Autors sind prüfungswert. Der Schuldnerschutz darf nicht so weit gehen, dass der Gläubiger übermässig geschädigt wird und auch der Umstand, dass die Suche nach der materiellen Gerechtigkeit lange dauert, darf nicht dazu führen, dass sie für Gläubiger ohne ausreichende Mittel nicht durchgestanden werden kann. Die Interessen des Beklagten, welcher seinerseits durch eine vorläufige Zahlung in Notlage geraten kann, wären bei Erlass einer entsprechenden vorläufigen Verfügung durch eine Gesamtabwägung zu wahren (S. 214 f.). Dennoch ist nach Auffassung des Rezensenten auf die Einführung einer allgemeinen vorsorglichen Massnahme auf Geldleistung in die Zivilprozessordnung zu verzichten, denn die Notlage des Gläubigers, welche Voraussetzung für eine derartige Massnahme ist, wird wohl in den meisten Fällen dazu führen, dass dann, wenn sich die Massnahme auf Grund des Endurteils im Nachhinein als ungerechtfertigt erweist, er nicht in der Lage sein wird, das Erhaltene zurückzuerstatten (vgl. *Fabienne Höhl*, *La réalisation du droit et les procédures rapides*, Habil. Fribourg 1994, S. 196). Dem hält Rüterschi entgegen, es sei nicht richtig, dass der Kläger das Insolvenzrisiko des Beklagten zu tragen habe, nicht aber der Beklagte das Insolvenzrisiko des Klägers. Können glaubhaft gemacht werden, dass der bestehende Zustand nicht der rechtmässige sei, müsse bei gleicher oder zumindest grösserer Schädigung auf Seiten des Antragstellers die Vermögensverschöpfung stattfinden (S. 205 f.). Dies mag im Haftpflichtrecht richtig sein, erweckt jedoch Bedenken im Vertragsrecht, wo derjenige, der einen Vertrag schliesst, von Anfang an weiss, dass er seinen Anspruch eventuell erst auf Grund eines vollstreckbaren Urteils wird durchsetzen können. Zudem würde bei Einführung einer entsprechenden allgemeinen vorsorglichen Massnahme in die Zivilprozessordnung die Gefahr bestehen, dass viele Prozesse inhaltlich doppelt geführt werden, einmal im Massnahmeverfahren und dann nochmals im ordentlichen Verfahren. Daher sollten die entsprechenden Massnahmen wie bis anhin auf einzelne, durch das materielle Recht definierte Bereiche beschränkt bleiben, wobei eine Ausdehnung auf das gesamte Haftpflichtrecht gemäss dem erwähnte Art. 53 des Vorentwurfs des Haftpflichtrechts begrüssenswert erscheint.

In den Vorentwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung, der dem Autor noch nicht vorlag, hat die Geldleistung als vorsorgliche Massnahme keinen Eingang gefunden; sie ist wohl nicht unter jede andere gerichtliche Anordnung zu subsumieren, die geeignet ist, die drohende Gefahr abzuwenden (Art. 276 lit. d VE-ZPO). Es besteht jedoch die Möglichkeit, erstinstanzliche Urteile, die noch nicht rechtskräftig sind, zu vollstrecken, da bei der Appellation die Rechtsmittelinstanz die aufschiebende Wirkung ganz oder teilweise entziehen kann (Art. 294 VE-ZPO) und das, was gemäss der eidgenössischen ZPO vollstreckbar ist, vom SchKG vollstreckt werden muss.

Das Literaturverzeichnis von Rüterschis Arbeit enthält über 480 Titel. Dennoch ist die Arbeit mit ihren 236 Seiten angenehm kurz. Sie liest sich sehr flüssig, obwohl sie inhaltlich dicht geschrieben ist. Die Rechtsvergleichung wird beigezogen, soweit erforderlich und ohne unnötige Ausschweifungen. Angesichts der herausragenden Qualität dieser Arbeit mag man über kleinere Ungenauigkeiten gerne hinweg sehen, wie dass dann, wenn ein Schuldner seine Steuerschuld nicht bezahlen kann, es zur Pfändung und nicht zur Pfandverwertung kommt (S. 7) und dass Verzugszinsen erst ab Verzug und nicht bereits ab Fälligkeit geschuldet sind (S. 29 f.).

**Dorothea Senn**, *Die Haftung des Verwaltungsrates bei der Sanierung der AG*, Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Band 209, Zürich 2001

*Dorothea Senn* geht in ihrer Basler Dissertation der Frage nach, welche Pflichten dem Verwaltungsrat einer Gesellschaft, die sich in der Krise befindet, obliegen. Sie geht das Thema breit an. In einem ersten Teil behandelt sie die Haftung des Verwaltungsrates im Allgemeinen. Im zweiten Teil umschreibt sie den Ausbruch einer Krise und deren Feststellung durch den Verwaltungsrat. Es folgt der Entscheid über die Sanierung und die Wahl des Verfahrens (Nachlassverfahren, Konkursaufschub oder private Sanierung). Im dritten Teil geht es um die Sanierung selbst, wobei zuerst die Sofortmassnahmen (Informationspflichten, Sicherstellung genügender Liquidität, Einsetzung des Krisenmanagements, Detailanalyse von Krisenursachen und Ressourcen) dargestellt werden. Sodann stellt die Autorin verschiedene Sanierungskonzepte vor, wie Massnahmen zur Bilanzbereinigung (Korrektur von Bilanzwerten, Aufwertungen, Kapitalschnitt), strukturelle Massnahmen (Fusion, Spaltung, etc.), betriebliche Massnahmen (Neuausrichtung der Strategie, Neubesetzung der Führung, Konzentration des Mitteleinsatzes, Stellenabbau) sowie finanzielle Massnahmen (Kapitalerhöhung, Zuschüsse à fonds perdu, kapitalersetzende Darlehen, Stundung und Forderungsverzichte, Rangrücktritte). Im nächsten Kapitel über die Tragfähigkeit des Sanierungskonzeptes geht es insbesondere darum, inwiefern diese Massnahmen nachträglich mit Erfolg angefochten werden können. Das Werk schliesst mit einem Kapitel über den Vollzug der Sanierung und den Pflichten des Verwaltungsrates im Falle des Scheiterns.

Bezüglich der strittigen Frage, inwieweit bei einer Kapitalerhöhung mit Verrechnungsbilberierung (Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital, debt/equity-swap) die zur Verrechnung gebrachte Forderung werthaltig sein muss (Fall Biber), verneint die Autorin das Werthaltigkeitserfordernis, möchte jedoch dann, wenn es gerade der debt/equity-swap selbst war, der die Gesellschaft von der Konkurseröffnung trennt, das Verrechnungsverbot von Artikel 213 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG analog anwenden (S. 155). Unklar ist hierbei, ob dies dann über die Verrechnung hinaus zu einer Nachbilberierungspflicht führt. Richtig sind die Bemerkungen der Autorin, dass in der Krise ein liquiditätsbringender Verkauf von Aktiven unter dem Verkehrswert nicht anfechtbar ist, wenn der Erlös den konkursamtlichen Liquidationswert übersteigt (S. 170). Das Werk gibt einen guten Überblick über die verschiedenen Möglichkeiten der Sanierung einer Gesellschaft.

Zu loben ist, dass und wie sich die Autorin über den juristischen Horizont hinaus vertieft mit betriebswirtschaftlichen Fragen auseinandergesetzt hat. Weniger gegliedert ist das Zusammenspiel zwischen allgemeinem und besonderem Teil. Das Schwergewicht liegt auf der Sanierung und weniger bei der Haftung des Verwaltungsrates. Als Einzelkritik mag erwähnt werden, dass die Pflicht zur ad-hoc-Publizität für an der Börse kotierte Gesellschaften nicht behandelt wurde und dass der Artikel von *Thomas Bauer*, «Unternehmenskrise: Konkursaufschieb oder Nachlassstundung?», *IWIR* 2000, S. 89 ff., keine Aufnahme mehr fand.

## Autorenverzeichnis / Adresses des auteurs

### An dieser Nummer haben mitgewirkt / Ont collaboré à ce numéro:

- Flavio Cornetta, avvocato e notario*  
già Presidente del Tribunale d'appello  
Via Santo Stefano 33, 6832 Pedrinata/Chiasso
- Yves Donzallaz, docteur en droit et docteur h.c.*  
avocat et notaire  
avenue de Tourbillon 3, Case postale 387, 1951 Sion
- lic. iur. Evelynne Gmünder, Richterin am Kantonsgericht Appenzell*  
Bodanstrasse 4, 9000 St. Gallen
- lic. iur. Marion Jakob*  
Bodanstrasse 4, 9000 St. Gallen
- PD Dr. iur. Sabine Kofmel Ehrenzeller, Fürsprech und Notarin*  
Privatdozentin an der Universität Bern  
Tannenstrasse 21, 9000 St. Gallen
- PD Dr. iur. Franco Lorandi, LL. M., Rechtsanwalt*  
Privatdozent an der Universität St. Gallen  
Beglinger Holenstein Rechtsanwälte  
Utoquai 29/31, 8008 Zürich
- Dr. iur. Alexander R. Markus, Rechtsanwalt*  
Leiter der Sektion für internationales Privat- und Verfahrensrecht  
im Bundesamt für Justiz  
Hochfeldstrasse 115, 3012 Bern
- lic. iur. Viktor Rüegg, Rechtsanwalt und Notar*  
Schachenstrasse 2, 6010 Kriens
- Prof. Dr. iur. Ivo Schwander, Rechtsanwalt*  
Bodanstrasse 4, 9000 St. Gallen
- Prof. Dr. iur. Karl Spühler, Rechtsanwalt, ehemals Bundesrichter*  
Bergblumenstrasse 6, 8408 Winterthur
- Dr. iur. Daniel Staehelin, Advokat und Notar*  
Lehrbeauftragter an der Universität Basel  
Christen Rickli Partner  
Hirschengässlein 11, 4010 Basel