

Neuere Literatur zum SchKG (2003/04)

von Prof. Dr. Daniel Staehelin, Advokat und Notar, Basel

Einleitung

Die Vereinigung für Schuldbetreibungs- und Konkursrecht (SchKG-Vereinigung) hat an ihrer 7. Jahresversammlung vom 1. Dezember 2005 zum dritten Mal den mit CHF 5000.– dotierten Preis für die beste Publikation eines jüngeren Forschers im Bereiche des SchKG verliehen. Der Jury, bestehend aus den Herren Prof. Dr. Isaak Meier (Zürich, Vorsitz), Prof. Dr. Nicolas Jeandin (Genf) sowie dem Rezensenten (Präsident der SchKG-Vereinigung), lagen die nachfolgend in alphabetischer Reihenfolge zu besprechenden 13 Arbeiten aus den Jahren 2003 und 2004 (Erscheinungsjahr gemäss den bibliographischen Angaben) vor. Den Preis erhielt Lukas Bopp für sein Werk über Sanierung im Internationalen Insolvenzrecht in der Schweiz.

Wenn sich ein Rezensent immer wieder beklagt, die zu besprechenden Werke seien zu lang, so macht er sich vorweg der Faulheit verdächtig. Zudem lässt die Fülle des vorhandenen und zu verarbeitenden Materials oft ein gewisses Volumen nicht unterschreiten, insbesondere, wenn der durchaus erwünschte Blick über die Grenzen hinaus geworfen wird. Dennoch sei festgehalten, dass die Kunst der Jurisprudenz darin besteht, sich auf das Wesentliche zu konzentrieren.

Lukas Bopp, *Sanierung im Internationalen Insolvenzrecht der Schweiz, Diss. Basel, Basel, Genf, München 2004*

Eine hervorragende Arbeit ist das mit dem Preis der SchKG-Vereinigung 2005 (und dem «Walther Hug Preis») ausgezeichnete Werk von Lukas Bopp über Sanierung im Internationalen Insolvenzrecht der Schweiz. Sämtliche modernen Gesetzgebungen kennen staatliche Verfahren, die einem finanziell bedrängten Unternehmen die Liquidation durch Konkurs ersparen sollen (S. 11). In der Schweiz ist dies das Nachlassverfahren, das bekannteste ausländische Modell das Chapter 11 des US-amerikanischen Bankruptcy Code. Daneben untersucht der Autor die Rechtsordnungen von Deutschland, Frankreich und England. In gewissen Ländern können diese Verfahren ohne besonderen Insolvenzgrund eingeleitet werden (S. 17), in anderen Ländern ist meist Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung der verfahrensauslösende Tatbestand (S. 19).

Sanierungsverfahren beginnen meist mit einem Moratorium, in der Schweiz mit der Nachlassstundung, die auch vorsorglich angeordnet werden kann (Art. 293 Abs. 3 SchKG, S. 26 ff.). Danach wird ein Sanierungsplan (in der Schweiz: Nachlassvertrag) ausgearbeitet (S. 49 ff.). Ist bei uns üblicherweise Inhalt des Vertrages ein partieller Forderungsverzicht oder die Liquidation des Unternehmens, sind in anderen Ländern weitergehende Massnahmen möglich, wie Eingriffe in laufende Verträge, Reduzierung der Belegschaft, Eingriffe in die Gesellschaftsstruktur etc. (S. 51 ff.). Während in der Schweiz die Rechtsstellung der pfandgesicherten Gläubiger nur aus-

nahmsweise eingeschränkt werden darf (Art. 306a, 310 SchKG), kann dem Gläubiger in den USA unter dem Titel der «Adequate Protection» z.B. auch nur der Schätzwert seines Pfandes bezahlt werden (S. 55 ff.; vgl. hierzu neuestens *Allan L. Gropper, Memorandum on the Treatment of Certain Parties in United States Bankruptcy Cases in: Henry Peter/Nicolas Jeandin/Jason Kilborn, The Challenges of Insolvency Law Reform in: the 21st Century*, Zürich, Basel, Genf 2006, S. 59 ff.). International höchst unterschiedlich ist auch die Privilegierung gewisser Gläubigergruppen, so hat Deutschland die Privilegien, auch die der Arbeitnehmer, abgeschafft (S. 59). Wie der Rezensent kürzlich erfahren hat, gibt es auch in Finnland keine Privilegien mehr. Der Insolvenzplan muss sodann von einer Mehrheit der Gläubiger angenommen werden, wobei die Quoren unterschiedlich sind und in gewissen Jurisdiktionen die Abstimmung gruppenweise erfolgt (S. 64 ff.). Der Plan wird schliesslich vom Gericht bestätigt und hat damit auch Wirkungen für die nichtzustimmenden Gläubiger (S. 67 ff.).

In internationaler Hinsicht geht es analog zum internationalen Konkursrecht zum einen um die Wirkungen eines schweizerischen Nachlassvertrages im Ausland, zum anderen um die Anerkennung eines ausländischen Sanierungsplanes in der Schweiz. Während es hierüber noch kaum Staatsverträge gibt, wurde innerhalb der EG durch die Verordnung Nr. 1346/2000 vom 29. Mai 2000 das Internationale Konkurs- und Sanierungsrecht geregelt (S. 94 ff.). Für manche Länder Vorbild ist sodann das UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency aus dem Jahre 1997 (S. 97 ff.).

In seinem zweiten Teil befasst sich *Bopp* mit Schweizer Sanierungsverfahren mit Auslandsbezug (S. 107 ff.). Ein in der Schweiz eröffnetes Nachlassverfahren richtet sich bezüglich Zuständigkeit und Anwendbarkeit nach schweizerischem Recht (S. 110 ff.). Grundsätzlich möchte das schweizerische Recht im Sinne des Universalitätsprinzips auch im Ausland Wirkungen entfalten. Inwieweit dies möglich ist, bestimmt jedoch das entsprechende ausländische Recht. So bestimmt das schweizerische Insolvenzrecht, welche Wirkungen ein Nachlassverfahren auf laufende Verträge der Schuldner hat, auch wenn diese Verträge materiell einem ausländischen Recht unterstehen. De lege ferenda schlägt hierbei der Autor in Anlehnung an die europäische Insolvenzverordnung vor, bei gewissen Vertragsverhältnissen (Arbeitsverhältnisse, Verträge über unbewegliche Gegenstände, Zahlungssystem und Finanzmärkte) im Sinne einer Sonderanknüpfung das ausländische Insolvenzrecht anzuwenden (S. 134 f.).

Bezüglich der Aussonderungsklage erachtet der Autor den Gerichtsstand am Konkursort gemäss Art. 242 Abs. 2 SchKG nicht für massgebend, anwendbar seien die entsprechenden Gerichtsstände gemäss IPRG oder LugÜ (S. 137). Zumindest ausserhalb des Anwendungsbereichs des LugÜ ist dies nicht richtig; Art. 242 Abs. 2 SchKG gibt für die betriebsrechtliche Aussonderungsklage auch einen Gerichtsstand in internationalen Verhältnissen. Es hätte zudem geprüft werden müssen, inwieweit Aussonderungsklagen auf Grund des Ausschlusses von Konkursen und Vergleichen gemäss Art. 1 Ziff. 2 LugÜ überhaupt dem Abkommen unterliegen. Bei den Aussonderungsgründen lehnt *Bopp* die herrschende Lehre ab, wonach zwischen materiell-rechtlichen oder vollstreckungsrechtlichen Aussonderungsgründen zu unterscheiden ist und ausländische Ansprüche nur zu beachten sind, wenn sie auf materiellem Recht beruhen. Er möchte alle Aussonderungstatbestände dem schweizerischen Insolvenzrecht unterstellen (S. 149).

Ausländische öffentlich-rechtliche Forderungen werden in einem schweizerischen Insolvenzverfahren grundsätzlich nicht berücksichtigt. Interessant ist hier-

bei der Hinweis von Bopp auf das Freizügigkeitsabkommen der Schweiz mit der EG vom 21. Juni 1999, worin die Verordnung EWG Nr. 1408/71 vom 14. Juni 1971 für anwendbar erklärt wurde. Nach Art. 92 dieser Verordnung ist für Beiträge, die einem Sozialversicherungsträger eines Mitgliedstaates geschuldet werden, eine Vollstreckungshilfe vorgeschrieben (S. 162).

Der dritte Teil der Arbeit behandelt ausländische Sanierungsverfahren mit Inlandbezug. Massgebende Norm ist hierbei Art. 175 IPRG, wonach ausländische Nachlassverträge oder ähnliche Verfahren in der Schweiz unter den gleichen Bedingungen wie ausländische Konkurse anerkannt werden. Zuerst stellt sich hierbei die Frage, welche ausländischen Verfahren mit unseren Nachlassverfahren vergleichbar sind. So sind nicht nur ausländische Nachlassverträge, sondern auch ausländische Nachlassstundungen anerkennbar (S. 184). Darüber hinaus möchte Bopp die Stundungswirkung, die in einem US-amerikanischen voluntary case unter Chapter 11 auf Grund des Schuldnerantrages von Gesetzes wegen eintreten, gemäss Art. 175 IPRG anerkennen (S. 195). Dies geht nach Auffassung des Rezensenten zu weit. Unser System basiert auf einer strengen Trennung zwischen Anerkennung ausländischer Entscheide und Anwendung ausländischen Rechts. Der klare Wortlaut von Art. 175 IPRG, wonach die von einer zuständigen ausländischen Behörde ausgesprochene Genehmigung eines Nachlassvertrages anerkannt wird, lässt keinen Raum für die Anerkennung einer von Gesetzes wegen eingetretenen Stundung.

Bezüglich der indirekten Zuständigkeit des ausländischen Eröffnungsstaates macht es sich *Bopp* sodann zu einfach, wenn er auf Grund einer rein funktionalen Auslegung zusätzlich zum statutarischen Sitz den Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen des Schuldners als kompetenzbegründend anerkennen möchte (S. 201 f.). Es kann diesbezüglich auf die unten zu besprechende Arbeit von *Olano* verwiesen werden.

Hinsichtlich der umstrittenen Frage, ob ein ausländisches Insolvenzverfahren vorfrageweise anerkannt werden muss, schlägt sich der Autor auf die Seite derjenigen, die dies für möglich halten. Hierzu wäre zu bemerken, dass *Berti*, auf welchen sich *Bopp* beruft, seine Meinung inzwischen geändert hat (*Stephen V. Berti/Dominique Infanger*, Praktische Gedanken zur Frage der Kontrolle der Übernahme von Rechtswirkungen ausländischer Konkursdekrete in der Schweiz, in: Schweizerisches und Internationales Zwangsvollstreckungsrecht, Festschrift für Karl Spühler, S. 42; vgl. nun auch *Daniel Staehelin*, Konkurs im Ausland – Drittschuldner in der Schweiz, FS Spühler, a. a. O., S. 410). Eine vorfrageweise Anerkennung wäre höchstens möglich, wenn keine Vollstreckungshandlungen in der Schweiz notwendig sind, da sich keine Vermögenswerte des Schuldners in der Schweiz befinden, z.B. wenn in einem Prozess der Schuldner die Einrede des Erlasses durch das ausländische Nachlassverfahren erhebt (S. 232). Problematisch hieran ist jedoch, dass vor einer Inventaraufnahme gar noch nicht feststeht, ob der Schuldner nicht doch Vermögenswerte in der Schweiz hat, z.B. ein Konto bei einer schweizerischen Bank. Für das Anerkennungsverfahren schliesst sich der Autor dem nicht publizierten Entscheid des Bundesgerichts vom 27. November 1991 an, wonach der Gemeinschuldner nicht angehört werden muss (S. 238).

Das Kernproblem bei der Anerkennung ausländischer Sanierungsverfahren ist die Frage, was für Folgen die Anerkennung hat. Der Verweis im Gesetz auf die Anerkennung ausländischer Konkursverfahren hilft nur dort weiter, wo das ausländische Verfahren ein Liquidationsverfahren ist (S. 261). Entsprechend den Grundsätzen des IZPR (S. 250 ff.) folgt der Autor der Kumulationstheorie, wonach die Wirkungser-

streckung des ausländischen Entscheides nur bis an die Grenze der Wirkungen eines entsprechenden inländischen Urteils reicht (S. 248). Aus dem Umstand, dass Art. 175 IPRG sinngemäss auf Art. 166–170 IPRG, nicht aber auf Art. 171–174, verweist, schliesst *Bopp*, dass die Anerkennung nicht zur Folge hat, dass ein Nachlassverfahren nach schweizerischem Recht über die in der Schweiz gelegenen Vermögenswerte durchgeführt werden muss (S. 262), doch komme es zu einem unterstützenden Hilfssanierungsverfahren (S. 263) mit Bildung einer partikularen Haftungsmasse (S. 264). Der Betreibungsstop richte sich zwar nach Art. 297 SchKG (S. 265), doch soll entgegen dem Wortlaut von Art. 297 Abs. 1 SchKG auch eine Arrestnahme ausgeschlossen sein (S. 267). Ob neue Prozesse eingeleitet bzw. fortgeführt werden dürfen, soll sich nach dem ausländischen Sanierungsrecht richten. Nur wenn der Rechtsstreit einen in der Schweiz gelegenen Vermögenswert betrifft, sei schweizerisches Recht massgebend (S. 268). Die Wirkungen des Insolvenzverfahrens auf laufende Verträge richten sich gemäss Art. 170 Abs. 1 IPRG nach schweizerischem Recht, wenn diese einen qualifizierten Inlandbezug aufweise (S. 269 ff.). Wie weit der ausländische Schuldner über das in der Schweiz gelegene Vermögen verfügen kann, richte sich ebenfalls nach schweizerischem Recht (S. 267 ff.).

Es muss in der Schweiz ein Sachwalter eingesetzt werden. Diese Funktion soll auch einem ausländischen Sachwalter übertragen werden können (S. 281). Dieser hat nur einen Teil der ihm normalerweise nach Art. 299 ff. obliegenden Aufgaben wahrzunehmen (S. 282 ff.). Es bestehe das ungeschriebene Gebot für den schweizerischen Sachwalter, mit dem ausländischen Sachwalter des Hauptverfahrens zusammenzuarbeiten und ihn zu unterstützen (S. 284). Die Forderungen der privilegierten Gläubiger mit Wohnsitz in der Schweiz sind sicherzustellen (S. 285). Der ausländische Sanierungsplan wird anerkannt und in das schweizerische Recht übernommen (S. 288). Wie weit dem Schuldner allenfalls Forderungen erlassen werden, richte sich nach dem ausländischen Plan (S. 291).

Soweit die Sanierung bloss in der Reduktion oder Stundung der Forderung besteht, sind in der Schweiz keine Vollstreckungshandlungen erforderlich. Die Überwachung des ordentlichen Vollzugs obliege den ausländischen Insolvenzbehörden (S. 292). Im Falle der Liquidation des schuldnerischen Vermögens ist indes für das in der Schweiz gelegene Vermögen ein Liquidator zu bestellen, der das Vermögen gemäss Art. 172–174 IPRG liquidiert und verteilt. Ein Gläubigerausschuss wird jedoch nicht gebildet (S. 292).

Der vierte Teil befasst sich mit einem Insolvenzverfahren über eine Geschäftsniederlassung im Sinne von Art. 50 Abs. 1 SchKG. Während ein isolierter Stundungs- oder Dividendenvergleich unzulässig ist (62 III 74), sollte ein Liquidationsvergleich möglich sein (S. 323), was im Einzelnen dargestellt wird (S. 327 ff.).

Die Arbeit untersucht ein Thema, welches bis anhin in Judikatur und Doktrin nur am Rande behandelt wurde, dessen Bedeutung jedoch auf Grund der wachsenden internationalen Verflechtungen sowie des Umstandes, dass immer mehr Länder Reorganisationsverfahren nach amerikanischem Muster einführen, zunehmen wird. *Bopp* geht hierbei methodisch richtig vor: Er definiert die anzuerkennenden Verfahren, untersucht deren Regelung im Ausland auf dem Wege der Rechtsvergleichung und prüft, wie sie in das schweizerische Recht übertragen werden können. Das Werk überzeugt auch in formaler Hinsicht. Die Sprache ist klar und die in- und ausländische Literatur wurde umfassend verarbeitet. Es fehlt weder ein Verzeichnis der Rechtsquellen noch eine Zusammenfassung der Ergebnisse und ein Stichwortverzeichnis. Auch wenn der Rezensent in vielen Einzelfragen eine andere Meinung

vertritt, mindert dies die Qualität des Werkes in keiner Weise, denn *Bopp* weiss seine Auffassung jeweils wohl zu begründen. Es kann ohne Kühnheit festgestellt werden, dass *Bopp* mit seiner Dissertation das Standardwerk zum internationalen Sanierungsrecht der Schweiz geschaffen hat.

Alain Brogli, *La procédure sommaire en droit des poursuites*, Diss. Lausanne 2005

Alain Brogli unternimmt es, die prozessualen Bestimmungen über das summarische Verfahren darzustellen, welche die Kantone aufgrund von Art. 25 Ziff. 2 SchKG erlassen haben. Die Regelungsdichte in den einzelnen Kantonen ist unterschiedlich. Während Basel-Stadt in seiner Prozessordnung das summarische Verfahren überhaupt nicht behandelt, findet sich im Kanton Waadt im Einführungsgesetz zum SchKG eine detaillierte Regelung. Basierend auf den kantonalen Normen und der entsprechenden Rechtsprechung gibt der Autor eine Übersicht über das Rechtsöffnungsverfahren (S. 13 ff.), den nachträglichen Rechtsvorschlag beim Gläubigerwechsel (S. 57 ff.), die Aufhebung oder Einstellung der Betreibung gemäss Art. 85 SchKG (S. 73 ff.), die Bewilligung des Rechtsvorschlages in der Wechselbetreibung (S. 86 ff.), die Konkursöffnung (104 ff.), die Konkursöffnung ohne vorgängige Betreibung (S. 131 ff.), die Feststellung des neuen Vermögens (Art. 265a Abs. 1–3 SchKG; S. 145 ff.), die Bewilligung des Arrestes (S. 162 ff.), das Einspracheverfahren beim Arrest (S. 172 ff.) sowie die Entscheide im Rahmen des Nachlassverfahrens (S. 181 ff.).

Mit grossem Fleiss zitiert der Autor hierbei die entsprechenden kantonalen Regelungen. Zu kurz kommt die dogmatische Abgrenzung zwischen kantonalem Recht und Bundesrecht. Man hätte sich nämlich mit guten Gründen die Frage stellen können, ob nicht aus dem Begriff des summarischen Verfahrens (analog wie dies das Bundesgericht beim Begriff der öffentlichen Beurkundung gemäss Art. 55 SchlT ZGB getan hat), bundesrechtliche prozessuale Bestimmungen abzuleiten sind.

Zwei Punkte seien herausgegriffen, bei welchen der Autor eine von der herrschenden Rechtsprechung und Lehre abweichende Auffassung vertritt: Gegen die provisorische Rechtsöffnung will er die staatsrechtliche Beschwerde nicht zulassen, da es hierbei nur um eine Zwischenentscheidung gehe (S. 49) und eine Abweisung des Rechtsöffnungsentscheides entfaltet seiner Meinung nach nicht einmal in der laufenden Betreibung materielle Rechtskraft (S. 56).

Als Einzelkritik mag erwähnt werden, dass die Beschwerde gemäss § 242 ZPO BS ein ausserordentliches und nicht ein ordentliches Rechtsmittel ist (41 FN 113) sowie dass bei der 2003 erschienenen Arbeit wohl noch das Werk von *Yvonne Artho von Gunten*, die Arresteinsprache, Zürich 2001, hätte berücksichtigt werden können.

Anne-Rebecca Bula, *La situation du créancier-gagiste antérieur confronté à un bail dépréciatif*, Diss. Lausanne 2003

Über das Verhältnis zwischen Grundpfandgläubigern und zeitlich nachgehendem Mietvertrag, welcher im Falle einer vollstreckungsrechtlichen Verwertung von Gesetzes wegen auf den Ersteigerer übergeht (Art. 261 OR), wurde, wie die Autorin zu Recht vermerkt (S. 117), schon viel Tinte vergossen. Die Frage wurde inzwischen vom Bundesgericht dahingehend entschieden, dass der Grundpfandgläubiger gegenüber einem später abgeschlossenen Mietvertrag, selbst wenn dieser nicht im Grundbuch vorgemerkt ist, den Doppelaufwurf (Art. 142 SchKG) verlangen kann (BGE 124 III 37;

125 III 123). Ergibt der Doppelaufruf einen höheren Erlös ohne den Mietvertrag, so hat der Ersteigerer das Recht, den Vertrag auf den nächsten gesetzlichen Termin zu kündigen, ohne dass er einen dringenden Eigenbedarf geltend machen müsste. Der Mieter seinerseits kann eine Erstreckung verlangen (BGE 128 III 82).

Anne-Rebecca Bula vertritt hingegen in ihrer Dissertation die Auffassung, durch den Doppelaufruf werde der schädliche Mietvertrag eo ipso gelöscht, ohne dass es einer Kündigung mit anschliessender Erstreckungsmöglichkeit bedürfe (S. 152). Da es sich beim Mietrecht um eine politische Materie handelt, die nur beschränkt durch juristisch-logische Argumentation geregelt wird, sollte im Interesse der Rechtssicherheit an den Bundesgerichtsentscheiden nicht gerüttelt werden. Ebenfalls nicht zu folgen ist der Autorin, wenn sie postuliert, der Mietvertrag sei trotz der Möglichkeit eines Doppelaufrufs nicht in das Lastenverzeichnis aufzunehmen (S. 153) und der Mieter sei nicht berechtigt, das Lastenverzeichnis anzufechten (S. 155). Nach Auffassung des Rezensenten muss der Mietvertrag, eventualiter von Amtes wegen durch das Betreibungsamt, welches die Liegenschaft verwaltet, in das Lastenverzeichnis aufgenommen werden (*D. Staehelin*, Die Aufnahme in das Lastenverzeichnis und die Parteirollenverteilung für den Lastenbereinigungsprozess, in: Schuldbetreibung und Konkurs im Wandel, Festschrift 75 Jahre Konferenz der Betreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz, 2000, S. 315), denn das Lastenbereinigungsverfahren ist das Verfahren, in welchem festgestellt wird, ob ein Doppelaufruf erforderlich ist.

De lege ferenda schlägt die Autorin vor, den Übergang in der Zwangsvollstreckung wie unter dem alten Mietrecht gemäss Artikel 259 aOR zu behandeln, wo der Erwerber nur dann Partei des Mietvertrages wurde, wenn er den Mietvertrag nicht kündigte. Eine zweite Möglichkeit wäre nach Auffassung der Autorin, den Mietvertrag als dingliches Recht auszugestalten und zu bestimmen, dass er im Rahmen der Zwangsverwertung gemäss seinem Rang überbunden wird. Diese Vorschläge sind prüfenswert und es wäre zu begrüßen, sollte sich das Parlament trotz diversen Rückschlägen dennoch zu einer Revision des Mietrechts durchringen können, wenn die Problematik eine Regelung im Gesetz finden würde.

Urs Burgherr, *Die Insolvenzenschädigung, Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers als versichertes Risiko*, Diss. Zürich 2004

Ein ansprechendes Werk legt *Urs Burgherr* mit seiner Arbeit über die Insolvenzenschädigung vor. Mit Sorgfalt legt er die materiellen Anspruchsvoraussetzungen dar: So widerlegt er mit guten Gründen einen Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern, wonach auch ein ausländischer Arbeitnehmer ohne Arbeitsbewilligung anspruchsberechtigt sei, weil er auch beitragspflichtig sei. Solange nämlich mit überwiegender Wahrscheinlichkeit angenommen werden muss, dass ein Arbeitnehmer in der massgeblichen Periode trotz Beitragspflicht keine Beiträge geleistet hätte, ist sein Anspruch auf Insolvenzenschädigung zu verneinen (S. 38 f.). Vom Anspruch ausgeschlossen ist, wer einerseits arbeitgeberähnliche Person ist und andererseits eine massgebliche Einflussmöglichkeit auf die Entscheide des Arbeitgebers hat (Art. 51 Abs. 2 AVIG). Der Arbeitnehmerbegriff in der Insolvenzenschädigung entspricht somit weitgehend demjenigen im SchKG, wo ebenfalls die leitenden Angestellten von der Privilegierung gemäss Art. 219 Abs. 4 ausgeschlossen sind (S. 54 f.). Ebenfalls ausgeschlossen sind die Ehegatten des leitenden Angestellten, was vom Autor zu Recht kritisiert wird (S. 182). Unter die Ausschlussklausel fallen nach Auffassung des Autors auch Konkubinatspartner, wenn sie schon seit

Jahren tatsächlich einer Ehe gleich zusammenleben, wofür die Kasse die Beweislast trägt (S. 49).

Ein Anspruch auf Insolvenzenschädigung besteht nur, wenn der Arbeitgeber in der Schweiz der Zwangsvollstreckung unterliegt, da nur dann ein ausreichender Inlandbezug vorliegt. Richtigerweise genügt hier der Betreibungsstand des Arrestes (Art. 52 SchKG) nicht (S. 62). Doch auch bei einem Arbeitgeber ohne Betreibungsstand in der Schweiz besteht Anspruch auf Insolvenzenschädigung, wenn er in der Schweiz Arbeitnehmer beschäftigt (Art. 51 Abs. 1 AVIG).

Bei den Insolvenztatbeständen widmet sich der Autor insbesondere dem fehlenden Kostenvorschuss als einzige Schranke der Konkursöffnung (Art. 51 Abs. 1 lit. b AVIG), was bereits dann der Fall ist, wenn im Anschluss an die Konkursandrohung die Gläubiger verzichten, ein Konkursbegehren zu stellen, und nicht erst dann, wenn bereits ein Konkursbegehren gestellt und der vom Gericht geforderte Kostenvorschuss nicht geleistet wurde (S. 73). Interessant ist die Frage, wann ein ausländischer Insolvenztatbestand in der Schweiz Anspruch auf Entschädigung gibt. Hierbei ist in Anwendung der zu Art. 166 und Art. 175 IPRG bezüglich der Anerkennung ausländischer Konkurs- und Nachlassverträge entwickelten Kriterien darauf abzustellen, ob ein ausländisches Rechtsinstitut als Konkurs- oder Nachlassvertrag qualifiziert werden kann (Art. 84 f.).

Die Insolvenzenschädigung deckt den infolge Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers nicht erhaltenen Lohn, derzeit für die letzten vier Monate des Arbeitsverhältnisses vor der Konkursöffnung sowie allfällige Lohnforderungen für Arbeitsleistungen nach der Konkursöffnung. Voraussetzung ist somit, dass Arbeit geleistet wurde. War die versicherte Person in der fraglichen Periode vermittlungsfähig und hat sie die Kontrollvorschriften befolgt, so hat sie Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung zu einem reduzierten Lohnersatz von 70% resp. 80% und nicht Anspruch auf Insolvenzenschädigung (S. 90). Ebenfalls keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung hat der freigestellte Arbeitnehmer, da dieser vermittlungsfähig ist (S. 92, unter Hinweis auf BGE 121 V 381). Anders verhält es sich bei Annahmeverzug des Arbeitgebers, solange er nicht freigestellt und vermittlungsfähig ist (S. 93 f.).

Gemäss Art. 53 AVIG muss der Arbeitnehmer seinen Leistungsanspruch innert 60 Tagen geltend machen, wobei diese Frist zu unterschiedlichen Zeitpunkten zu laufen beginnt (S. 100 ff.) und gemäss Art. 41 ATSG wieder hergestellt werden kann (S. 104).

Der massgebende Lohn entspricht demjenigen der AHV (S. 107 ff.). Die Insolvenzenschädigung deckt den vollen Lohn, wobei ein Höchstbetrag nach Art. 3 Abs. 1 AVIG gedeckt ist, der derzeit 8900.– im Monat (brutto) beträgt (S. 125 ff.). Davon abzuziehen sind die gesetzlichen Sozialversicherungsbeiträge (Art. 52 Abs. 2 AVIG). Mit der Bezahlung tritt die Kasse durch Subrogation in die Ansprüche des Versicherten ein, womit die Kasse ebenfalls das Privileg gemäss Art. 219 SchKG erhält (S. 137). Die Kasse ist sodann gezwungen, die Ansprüche in eigenem Namen geltend zu machen, wobei sie jedoch bei Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven nicht verpflichtet ist, den Kostenvorschuss für die Durchführung des Konkursverfahrens zu leisten (S. 143). Inwiefern der Arbeitnehmer an einem Prozess der Kasse gegen den Arbeitgeber, an dessen Ausgang er ein eigenes Interesse hat, da er im Falle der Abweisung der Klage die Leistung zurückzuerstatten hat (Art. 55 Abs. 2 AVIG), teilzunehmen berechtigt ist, richtet sich nach kantonalem Prozessrecht (S. 146).

Ausführlich befasst sich *Burgherr* schliesslich mit der Pflicht zur Rückerstattung bereits bezogener Insolvenzenschädigungen, worüber sich im AVIG Spezialnormen

finden (Art. 150 ff.). Das Werk schliesst mit Vorschlägen *de lege ferenda* (S. 150 ff.), die prüfungswert erscheinen, sowie dem Gesetzestext in einer synoptischen Übersicht der verschiedenen Fassungen (S. 186 ff.). Es handelt sich hierbei um ein empfehlenswertes Werk im Spannungsfeld zwischen Arbeitsrecht, Sozialversicherungsrecht und SchKG.

Frédéric Krauskopf, *Die Schuldanerkennung im schweizerischen Obligationenrecht*, Diss. Freiburg 2003

Eine sehr schöne Arbeit legt *Frédéric Krauskopf* mit seinem Werk über die Schuldanerkennung im schweizerischen Obligationenrecht vor. Er unterscheidet hierbei insbesondere zwischen der deklaratorischen Schuldanerkennung, welche eine bestehende Schuld anerkennt und der konstitutiven Schuldanerkennung, in welcher eine neue Schuld begründet wird (S. 10). Die kausale Schuldanerkennung, welche den Entstehungsgrund nennt, bezeichnet der Autor historisch korrekt, jedoch sprachlich verwirrlisch, als diskrete Schuldanerkennung, während er die abstrakte Schuldanerkennung, welche den Entstehungsgrund nicht nennt, als indiskrete bezeichnet (S. 13). Sodann befasst sich *Krauskopf* mit Art. 17 Abs. 1 OR, wonach eine Schuldanerkennung auch ohne Angabe des Verpflichtungsgrundes gültig ist. Entgegen der herrschenden Lehre, welche darin eine Beweislastumkehr sieht, bewirkt eine deklaratorische Schuldanerkennung nach überzeugender Auffassung des Autors lediglich eine tatsächliche Vermutung für den Bestand der Forderung (S. 28 ff.). Der Kläger kann somit seine Klage nicht bloss mit der deklaratorischen Schuldanerkennung beweisen, sondern muss die *causa* nennen. Unterlässt er dies, so kann nach Auffassung des Autors auf die Klage nicht eingetreten werden, denn eine materielle Klagabweisung ist nicht möglich, solange mangels Kenntnis der *causa* der Streitgegenstand nicht bestimmt werden kann (S. 50). Anders verhält es sich bei der konstitutiven Schuldanerkennung. Hier hat jedoch der Kläger deren konstitutiven Charakter zu beweisen, sofern nicht, wie bei einem Eigenwechsel, von Gesetzes wegen eine konstitutive Schuldanerkennung vorliegt (S. 52). Daneben spricht der Autor Art. 17 OR auch jegliche materiellrechtliche Wirkung ab. Er enthalte nichts, was nicht sowieso gelten würde. Insbesondere verwirft er zu Recht die Lehre, die sich an das abstrakte Schuldbekenntnis des deutschen Rechts (§ 781 BGB) anlehnt (S. 159 ff.).

Bei der konstitutiven Schuldanerkennung unterscheidet *Krauskopf* zwischen der bestätigenden und der bereinigenden Schuldanerkennung. Eine bestätigende Schuldanerkennung ist jedoch nach Auffassung von *Krauskopf* im Zweifel bloss deklaratorisch (S. 69). Konstitutiv ist indes die bereinigende Schuldanerkennung, welche eine strittige oder ungewisse Rechtslage bereinigt. Vom Vergleich unterscheidet sie sich insofern, als sie ein einseitiges Rechtsgeschäft darstellt und der Anerkennungsempfänger in keiner Weise eingeschränkt oder verpflichtet wird (S. 82). Bei der konstitutiven Schuldanerkennung entsteht eine neue Schuld unabhängig davon, ob die entsprechende Schuld vorher tatsächlich bestanden hat (S. 99). Soweit indes die ursprüngliche Schuld formungültig war oder an einem Nichtigkeitsmangel litt, ist auch die konstitutive Schuldanerkennung ungültig, ansonsten die Formvorschriften und inhaltlichen Schranken der Vertragsfreiheit zu leicht umgangen werden könnten (S. 106). Willensmängel bei der ursprünglichen Schuld können auch gegen das konstitutive Schuldbekenntnis vorgebracht werden (S. 107), sofern nicht im Sinne einer bereinigten Schuldanerkennung alle diese Einreden ausgeschlossen werden sollten (S. 109 ff.).

Jede Schuldanerkennung, auch eine mündliche, unterbricht gemäss Art. 135 Ziff. 1 OR den Lauf der Verjährung. Hierbei reicht es, wenn der Schuldner seine Schuldspflicht im Grundsatz nach anerkennt, eine Bezifferung ist nicht erforderlich (S. 135). Soweit die Schuld schriftlich in einer Urkunde anerkannt wurde, so beträgt die neue Verjährungsfrist stets zehn Jahre. An diese Urkunde sind die gleichen Anforderungen zu stellen wie an die Schuldanerkennung gemäss Art. 82 SchKG (S. 152).

Interessante Fragen entstehen aus der Dualität der Forderung bei der konstitutiven Schuldanerkennung. So postuliert der Autor zu Recht, dass bei einer Abtretung der einen Forderung von Gesetzes wegen auch die andere auf den Zessionar übergeht (S. 187). Im (kurzen) Teil über die Schuldanerkennung als Titel zur provisorischen Rechtsöffnung folgt der Autor *Stücheli*, Die Rechtsöffnung, Zürich 2000, wonach der Schuldner keinen Zahlungswillen, sondern bloss einen Verpflichtungswillen ausdrücken muss (S. 200).

Es handelt sich bei dieser mit dem «Walther Hug Preis» ausgezeichneten Arbeit um ein sehr gutes Werk mit klarem Aufbau und überzeugenden Schlussfolgerungen. Die Literatur, inkl. der deutschen, ist umfassend berücksichtigt. Kleinere Unsauberkeiten im wissenschaftlichen Apparat (*Adrian*, nicht *Ernst Staehelin* hat zusammen mit *Thomas Sutter* das Buch «Zivilprozess» geschrieben; der oder die in Fussnoten 37, 40 und 41 zitierte *Baumann* findet sich nicht im Literaturverzeichnis; in Fussnote 408 sollte es *Staehelin/Sutter* anstatt *Simonius/Sutter* heissen) vermögen den positiven Eindruck nicht zu beeinträchtigen.

Kristin M. Lüönd, *Der Sicherheitsfonds BVG, Diss. Zürich 2004*

Kristin M. Lüönd befasst sich in ihrer Arbeit mit dem Sicherheitsfonds gemäss Art. 54 ff. BVG sowie der entsprechenden Verordnung (SFV). Der Sicherheitsfonds ist eine öffentlich-rechtliche Stiftung mit eigener Rechtspersönlichkeit. Dessen Zweck ist es insbesondere, die gesetzlichen Leistungen von zahlungsunfähig gewordenen Vorsorgeeinrichtungen sicherzustellen sowie Zuschüsse an jene Personen und Einrichtungen der beruflichen Vorsorge auszurichten, die eine ungünstige Altersstruktur aufweisen. Sichergestellt werden innerhalb eines gewissen Rahmens auch die über die gesetzlichen Leistungen hinausgehenden reglementarischen Leistungen von zahlungsunfähig gewordenen Vorsorgeeinrichtungen, soweit diese Leistungen auf Vorsorgeverhältnissen beruhen, auf die das FZG anwendbar ist. Daneben obliegen dem Sicherheitsfonds weitere administrative Aufgaben. Die Finanzierung erfolgt durch die angeschlossenen Vorsorgeeinrichtungen.

Die Autorin stellt weitgehend deskriptiv die gesetzliche Regelung dar, wobei sie sich insbesondere mit der Arbeit des Gesetzgebers befasst.

Eric Muster, *La reconnaissance de dette abstraite, Art. 17 CO et 82 ss LP: Etude historique et de droit actuel, Diss. Lausanne, Genf, Zürich, Basel, 2004*

Eric Muster befasst sich in seiner Arbeit mit den zivil- und vollstreckungsrechtlichen Wirkungen der abstrakten Schuldanerkennung in der Rechtsgeschichte sowie im geltenden Recht. Manche Rechtsnormen lassen sich nur historisch erklären. Dies trifft unter anderem auf Art. 17 OR zu, wonach ein Schuldbekenntnis auch ohne Angabe eines Verpflichtungsgrundes gültig ist. Den rechtsgeschichtlichen Teil beginnt der Autor mit einer Darstellung der römisch-rechtlichen Stipulation. Diese musste zu einem Vertrag hinzutreten, damit ein klagbarer Anspruch entstand (S. 6). Die Glossatoren im Mittelalter haben sodann die Nennung der Causa als Bedingung für

die Gültigkeit eines Schuldbekennnisses angesehen (S. 39). Die Überwindung dieser Ansicht liegt dem heutigen Art. 17 OR zugrunde (S. 122). Im Gegensatz zur vorstehend besprochenen Arbeit von *Krauskopf*, hält es *Muster* mit der herrschenden Lehre, wonach eine Schuldanerkennung ohne Angabe des Verpflichtungsgrundes im geltenden Recht eine Beweislastumkehr bewirkt (S. 125). Einen Verzicht auf Einreden enthält eine Schuldanerkennung – sei sie abstrakt oder kausal – nur, wenn ein derartiger klar aus dem Wortlaut oder aus den Umständen hervorgeht (S. 129). Dadurch unterscheidet sich die Schuldanerkennung vom Vergleich (S. 102 ff.). Die Schuldanerkennung ohne Angabe des Verpflichtungsgrundes ist im Gegensatz zum deutschen Recht (§ 781 BGB) immer kausal (S. 130 ff.).

Im vollstreckungsrechtlichen Teil untersucht *Muster* zuerst diverse kantonale Verfahrensordnungen aus dem 19. Jahrhundert, die dem heutigen Rechtsöffnungsverfahren als Vorbild dienen (S. 141 ff.). Nach einer Darstellung der Entstehung des SchKG's (S. 155 ff.) folgt eine umfangreiche und gut gelungene Zusammenfassung der Praxis zur provisorischen Rechtsöffnung (S. 82 ff.), bei welcher der Richter im summarischen Verfahren den Rechtsvorschlag des Schuldners beseitigt, wenn eine vom Schuldner unterzeichnete oder in öffentlicher Urkunde ausgestellte Schuldanerkennung vorliegt. Das Werk schliesst mit einer Darstellung der Rolle der Schuldanerkennung bei den weiteren Rechtsbehelfen des Schuldners (Art. 83 Abs. 2, 85, 85a und 86 SchKG).

Die Arbeit ist gut dokumentiert und der Autor hat sich sorgfältig mit den romanistischen und aktuellen Quellen auseinandergesetzt. Kritisiert werden muss am Konzept des Werkes, dass das abstrakte Schuldbekennnis gemäss Art. 17 OR wenig gemeinsam hat mit der Schuldanerkennung als Rechtsöffnungstitel im Sinne von Art. 82 OR, nur die allerwenigsten Titel zur provisorischen Rechtsöffnung sind Schuldanerkennungen ohne Angabe eines Verpflichtungsgrundes. Problematisch erscheint dem Rezensenten zudem die Aussage des Autors, die verfahrensmässige Privilegierung des Gläubigers, welcher über eine Schuldanerkennung verfügt, sei eine rein schweizerische Erfindung, die ausserhalb unserer Grenzen unbekannt sei (S. 139). Hier hätte ein Blick auf den Urkundensprozess, den einige andere europäische Länder kennen (z.B. §§ 592 ff. deutsche ZPO), und auf seine Vorläufer, die summarischen Verfahren des gemeinen Rechts (*Wilhelm Endemann*, *Der deutsche Civilprozess*, Band 2, Berlin 1879, S. 531), insbesondere auf den Executivprozess (*Hans Carl Briegleb*, *Geschichte des Executivprozesses*, 2. Auflage Stuttgart 1845; *Hieronymus von Bayer*, *Theorie der summarischen Prozesse*, München 1830, S. 90 ff., alle drei Werke finden sich im Volltext auf der Homepage des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte unter <http://dlib-pr.mpiet.mpg.de>) geworfen werden müssen. In formaler Hinsicht ist zu loben, dass das Werk über eine Zusammenfassung und ein Schlagwortregister verfügt; zu kritisieren ist, dass bei allen Zitaten von Gerichtsentscheiden (auch bei den in der amtlichen Sammlung publizierten Bundesgerichtsentscheiden) das Urteilsdatum hinzugefügt wurde, was eine unnötigen Aufblähung der Fussnoten zur Folge hat.

Oscar Olano, *Der Sitz der Gesellschaft im Internationalen Zivilverfahrens- und Insolvenzrecht der EU und der Schweiz*, Basel 2004

Gut gefallen hat die Arbeit von *Oscar Olano* über den Sitz der Gesellschaft im Internationalen Zivilverfahrens- und Insolvenzrecht der EU und der Schweiz. Es geht hierbei um Schnittstellen zwischen Verfahrens- und Gesellschaftsrecht einer-

seits und die Anwendbarkeit von nationalem Recht und staatsvertraglichem Recht (resp. Gemeinschaftsrecht) andererseits. Die Arbeit beginnt mit einer Darstellung des Sitzes der Gesellschaft im EuGVÜ/LugÜ (S. 9 ff.). Auf Grund der divergierenden Rechtsauffassungen zur Bestimmung des Sitzes in den einzelnen Vertragsstaaten liess sich kein Konsens darüber finden (S. 25). Während im kontinental-europäischen Raum (mit Ausnahme der Schweiz) die Sitztheorie vorherrscht, wonach der Sitz der Gesellschaft sich dort befindet, wo die Gesellschaft ihren tatsächlichen Verwaltungssitz hat, folgen England, die Niederlande und die Schweiz der Gründungstheorie, wonach der statutarische Sitz massgebend ist. Gemäss Art. 53 LugÜ hat nun jedes Gericht bei der Entscheidung darüber, wo sich der Sitz einer Gesellschaft befindet, die Vorschriften seines internationalen Privatrechts anzuwenden. Dass sich somit der Sitz einer Gesellschaft in Abhängigkeit davon, welches Gericht angerufen wird, an einem unterschiedlichen Ort befinden kann und allfällige Konflikte bloss durch den Grundsatz der Rechtshängigkeit zu entscheiden sind, trägt nicht gerade zur Rechtssicherheit bei (S. 33).

Die EuGVO, die Verordnung (EG) des Rates über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 22. Dezember 2000, welche in der EU (mit Ausnahme Dänemarks) das EuGVÜ abgelöst hat, sieht daher eine autonome alternative Bestimmung des Gesellschaftssitzes vor, die an den Ort des satzungsmässigen Sitz, der Hauptverwaltung oder der Hauptniederlassung anknüpft. Es wird somit sowohl der satzungsmässige Sitz (S. 83) als auch der tatsächliche Sitz (Hauptverwaltung) für massgebend erklärt, wobei *Olano* schön darlegt, dass der Verweisung auf die Hauptverwaltung nur eine geringe eigenständige Bedeutung zukommt. Da die Anknüpfungspunkte alternativ und nicht hierarchisch gelten, ist damit der Sitz immer noch nicht definitiv festgelegt (S. 110). In der laufenden Revision des LugÜ soll diese Regelung der EuGVO übernommen werden (S. 53).

Nach dem zivilprozessualen Teil befasst sich der Autor mit dem Europäischen Gesellschaftsrecht. Unter dem Titel «Die Verlegung des Gesellschaftssitzes» gibt er einen schönen Überblick über die Rechtsprechung des EuGH bezüglich der Niederlassungsfreiheit gem. Art. 43 und 48 EGV. So entschied der EuGH im Fall *Überseering B.V.* (Slg. 2002, I–991), dass eine niederländische Gesellschaft, die ihren tatsächlichen Sitz in Deutschland hat, entgegen dem deutschen Recht auf Grund der Niederlassungsfreiheit in Deutschland parteifähig sei. Damit habe der EuGH das Ende der Sitztheorie ohne Wenn und Aber eingeläutet (S. 143).

In seinem dritten Teil untersucht *Olano* den Gesellschaftssitz im Europäischen Insolvenzrecht (S. 161 ff.). Gemäss Art. 3 der Verordnung (EG) vom 29. Mai 2000 über Insolvenzverfahren sind für die Verfahrenseröffnung die Gerichte des Mitgliedsstaats zuständig, in dessen Gebiet der Schuldner den Mittelpunkt seiner hauptsächlichen Interessen hat. Bei Gesellschaften und juristischen Personen wird bis zum Beweis des Gegenteils vermutet, dass der Mittelpunkt ihrer hauptsächlichen Interessen der Ort des satzungsmässigen Sitzes ist. Bezüglich der Auslegung des Begriffes des «Mittelpunkts der hauptsächlichen Interessen» (englisch: center of main interest, Abk. COMI) kommt die Arbeit von *Olano* leider etwas zu früh, denn inzwischen ist dies der Streitpunkt im Europäischen Internationalen Insolvenzrecht, da es gewieften englischen Konkursverwaltern gelungen ist, bei insolventen internationalen Konzernen einen derartigen «Mittelpunkt» in England geltend zu machen, was ihnen lukrative Aufträge bescherte. Gerade kürzlich hat hierzu der EuGH i.S. Eurofood (einer Parmalat-Tochter) entschieden, dass sich auch bei Tochtergesellschaften

vermutungsweise der Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen am Ort des satzungsmässigen Sitzes befindet und nicht am Ort des Sitzes der kontrollierenden Konzernmuttergesellschaft (C-341/04 vom 2. Mai 2006).

In seinem vierten Kapitel befasst sich der Autor mit dem Schweizerischen Internationalen Zivilverfahrensrecht. Gemäss Art. 21 Abs. 2 IPRG gilt als Sitz einer Gesellschaft der in den Statuten oder im Gesellschaftsvertrag bezeichnete Ort. Bloss dann, wenn eine solche Bezeichnung fehlt, gilt als Sitz der Ort, an dem die Gesellschaft tatsächlich verwaltet wird. Während diese Bestimmung heute noch allumfassende Geltung hat, wird sie dereinst bei Inkrafttreten des revidierten LugÜ an Bedeutung verlieren, da dann gemäss Art. 60 revLugÜ eine Zuständigkeit in der Schweiz am Ort der Hauptverwaltung oder der Hauptniederlassung besteht, wenn die Gesellschaft ihren statutarischen Sitz im Ausland hat (S. 200 ff.).

Zuletzt befasst sich *Olano* mit dem Schweizerischen Internationalen Insolvenzrecht gemäss Art. 166 ff. IPRG. Anhand des damals vieldiskutierten Falles i. S. X. Corporation (SJZ 1991, S. 1991 ff; 1993 S. 140 ff.) legt er schön dar, welche Komplikationen entstehen, wenn die Zuständigkeit des ausländischen Gerichtes zur Konkursöffnung nicht kongruent ist mit der indirekten Zuständigkeit bei der Anerkennung dieses Konkurses gem. Art. 166 IPRG. In casu ging es um die Nichtanerkennung eines in Deutschland am tatsächlichen Verwaltungssitz eröffneten Konkurses über eine amerikanische Gesellschaft. Nur contre-coeur (aber zu Recht) schliesst sich *Olano* hierbei der Auffassung an, wonach diesfalls eine Anerkennung des tatsächlichen Sitzes nur auf Grund von Art. 17 IPRG (Vorbehalt des *ordre public*) erfolgen kann (S. 226). Da das Problem inskünftig häufiger vorkommen wird, weil die Europäische Insolvenzverordnung an den Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen des Schuldners anknüpft, schlägt *Olano* de lege ferenda vor, dass bei der Anerkennung eines ausländischen Konkursdekrets bei Gesellschaften und juristischen Personen bis zum Beweis des Gegenteils vermutet wird, dass sich ihr Sitz am Ort befindet, der in den Statuten oder im Gesellschaftsvertrag als Sitz bezeichnet wird (S. 230). Es besteht tatsächlich gesetzgeberischer Handlungsbedarf, denn eine derartige funktionale Auslegung von Art. 21 Abs. 2 IPRG (wie sie auch vom Autor vorgeschlagen wird, S. 227) sprengt den Wortlaut des Gesetzes. Die vorgeschlagene Formulierung löst jedoch das Problem nicht vollständig, denn wenn gemäss dem allseits wirkenden Art. 21 Abs. 2 IPRG ausschliesslich der statutarische Sitz massgebend ist, hilft es nichts, wenn im internationalen Konkursrecht das Gegenteil bewiesen werden kann, da es, solange der tatsächliche Sitz nicht anerkannt wird, nichts gibt, was bewiesen werden kann.

Die Arbeit *Olanos* ist ein wichtiger Beitrag zu einer der Kernfragen des Internationalen Verfahrensrechts. Hilfreich ist insbesondere auch der immer wichtiger werdende Blick nach Europa. Hier hat sich der Autor intensiv mit den Materialien auseinandergesetzt, bei der Literatur hat er sich vornehmlich auf deutschsprachige Autoren gestützt, diese jedoch umfassend berücksichtigt. Es handelt sich insgesamt um eine sehr sorgfältige Arbeit, wobei es in der Natur der Sache liegt, dass sich bei einer derartigen Fülle von Material eigenständige Lösungsansätze nur beschränkt entwickeln lassen.

Martin Plenio, *Das Erfüllungsrecht der Konkursverwaltung und schuldrechtliche Verträge im Konkurs*, Diss. St. Gallen, Bern, Stuttgart, Wien 2003

Das Schicksal zweiseitiger Verträge im Konkurs ist eines der wenigen Gebiete, welches in der Revision des SchKG 1994 keine befriedigende Regelung fand. Der

Vorschlag der Expertenkommission, sämtliche Verträge als aufgehoben zu erklären, wenn die Konkursverwaltung nicht den Eintritt erklärt, wurde auf Grund der Kritik in der Vernehmlassung, wonach dies ein nicht gerechtfertigter Eingriff des Zwangsvollstreckungsrecht in das materielle Recht sei, nicht in die Revisionsvorlage aufgenommen. Der Gesetzgeber, der ja grundsätzlich auch für das materielle Recht zuständig wäre, hat sich seither nicht mehr mit dieser Frage befasst. Das Schicksal zweiseitiger Verträge im Konkurs ist heute wohl das am meisten umstrittene Gebiet im Konkursrecht. Im Interesse der Finanzwelt wurde sodann für gewisse Börsengeschäfte durch den neuen Artikel 211 Abs. 2bis SchKG eine Spezialregelung geschaffen, obwohl es sich hier auch eher um materiellrechtliche Vorschriften handelt. Die grundlegenden Fragen sind indes weiterhin offen. Es war somit an der Zeit, dass sich wieder einmal ein Autor des Problems annahm. Dieser verdienstvollen Aufgabe hat sich *Martin Plenio* angenommen.

Im ersten Teil seiner Arbeit behandelt der Autor Voraussetzungen und Wirkungen des Erfüllungsrechts der Konkursverwaltung im Allgemeinen und versucht, Kriterien zu entwickeln, wann für die Konkursverwaltung ein Eintritt vorteilhaft ist. Zu Recht kritisiert er, dass sich die Konkursverwaltung bis zur Erstellung des Kollokationsplanes Zeit nehmen kann, bis sie sich über den Eintritt entscheidet (S. 22 f.). Beim Verhältnis des Rücktrittsrechts von Art. 83 Abs. 2 OR zum Eintrittsrecht der Konkursverwaltung vertritt der Autor die Auffassung, dass vor einer Entscheidung der Konkursverwaltung über die Vertragserfüllung ein Rücktritt nach Art. 83 Abs. 2 OR nicht zulässig sein könne (S. 58). Schade, dass sich der Autor sodann nicht mit der Meinung von *Aeppli* im Zürcher Kommentar (Art. 123 OR N 62 ff.) auseinandersetzt, wonach die Verrechnung im Konkurs dann ausgeschlossen ist, wenn die Gegenseitigkeit nur auf Grund von Art. 208 SchKG (Umwandlung aller Forderungen gegen den Gemeinschuldner in Geldforderungen) gegeben ist.

In seinem zweiten Teil behandelt der Autor die Liquidation der Fix-, Finanztermin-, Swap- und Optionsgeschäfte, die gemäss Art. 211 Abs. 2bis SchKG von Gesetzes wegen im Konkurs einer Partei aufgelöst werden, womit die Konkursverwaltung nicht in den Vertrag eintreten kann.

Im nächsten Abschnitt behandelt *Plenio* Vertragsklauseln, wonach ein Vertrag mit der Konkurseröffnung aufgelöst wird, womit der Eintritt der Konkursverwaltung ausgeschlossen wird. Zu Recht bejaht hier der Autor im Einklang mit der herrschenden Lehre die Zulässigkeit derartiger Klauseln. Etwas dünn ist allerdings die Auseinandersetzung mit Literatur und Judikatur. So hat der Autor das Werk von *Jean-Claude Dubacher*, Close-out-Bestimmungen und das Eintrittsrecht der Konkursverwaltung, Diss. Zürich 1999, übersehen. Bei der Zulässigkeit resolutiv bedingter Mietverträge (S. 119 FN 257) verweist der Autor auf BGE 56 II 189 und den Zürcher Kommentar *Schmid*, N 6 zu altOR 266, statt auf BGE 121 II 264 und die Neuauflage des Zürcher Kommentars von *Higi* (Art. 255 OR N 43 ff.) aus dem Jahre 1994. Zu Recht wehrt sich der Autor sodann gegen die bundesgerichtliche Rechtsprechung in BGE 124 III 41, wonach im Konkurs des Mieters die nach der Konkurseröffnung fällig werdenden Mietzinse nicht als Konkursforderungen eingegeben werden können, sondern nur eine persönliche Forderung gegen den Gemeinschuldner bestehe (S. 155).

Im dritten Teil erfolgt die Darstellung der einzelnen Nominatverträge. Hierbei hält sich der Autor zu Recht an das Prinzip, wonach dann, wenn der Vertrag durch den Konkurs aufgelöst wird, kein Schadenersatz gefordert werden kann (vgl. z. B. S. 152). Bezüglich des umstrittenen Problems, ob beim Eintritt der Konkursver-

waltung in Dauerschuldverhältnisse auch die rückständigen offenen Forderungen zu Masseschulden werden, folgt der Autor – leider ohne nähere Begründung – der herrschenden Lehre und bejaht dies. Richtigerweise richten sich gemäss dem Autor die Folgen bei Kündigung des Arbeitnehmers gemäss Art. 337a OR nach Art. 337b Abs. 2 OR und nicht 337b Abs. 1 OR, da der Konkurs kein Verschulden darstellt (S. 197). Bei der umstrittenen Frage, welche Forderungen der Arbeitnehmer geltend machen kann, wenn der Arbeitsvertrag im Konkurs nicht aufgelöst wurde, vertritt *Plenio* (im Einklang mit einer weitgeübten Praxis) die Auffassung, diesfalls bestehe eine privilegierte Forderung. Dem steht indes der Wortlaut des Gesetzes entgegen, wonach gemäss Art. 219 Abs. 4 lit. a SchKG nur die Forderungen wegen vorzeitiger Auflösung des Arbeitsverhältnisses privilegiert werden. Schade, dass nur die Nominat- und nicht auch die Innominatverträge (z.B. Lizenzverträge, Leasingverträge etc.) behandelt wurden. Namentlich bei den Dauerschuldverhältnissen stellen sich hier noch manche Probleme.

Die Arbeit ist flüssig geschrieben, manchmal hätte ihr aber eine gewisse Verdichtung nicht schlecht getan. Daraus, dass inhaltlich viel kritisiert wurde, kann nicht abgeleitet werden, dass es sich im Gesamten nicht um eine gute Arbeit handelt. Es zeigt nur, dass in diesem Gebiet unerträglich viele Fragen umstritten sind und dass es nicht von Übel wäre, wenn sich bei Gelegenheit der Gesetzgeber der Angelegenheit annehmen würde. Ein erster Schritt in diese Richtung ist mit der Einsetzung einer Expertenkommission getan worden (vgl. www.ofj.admin.ch/bj/de/home/themen/wirtschaft/gesetzgebung/SchKG.html).

Thomas Rebsamen, *Die Gleichbehandlung der Gläubiger durch die Aktiengesellschaft*, Diss. Freiburg, Zürich 2004

Ein interessantes Thema untersucht *Thomas Rebsamen* in seiner Arbeit über die Gleichbehandlung der Gläubiger durch die Aktiengesellschaft. Während die Gleichbehandlung der Aktionäre durch das Obligationenrecht geregelt ist (Art. 717 Abs. 2 OR), ist die Gleichbehandlung der Gläubiger primär ein Grundsatz des Insolvenzrechts. Da die Aktiengesellschaft der Betreibung auf Konkurs unterliegt, kommt in der Zwangsvollstreckung und Insolvenz der konkursrechtliche Grundsatz der Gleichbehandlung der Gläubiger (gemildert durch die Klassenordnung gemäss Art. 219 SchKG) zur Anwendung. Geschützt wird der Gleichbehandlungsgrundsatz insbesondere durch die paulianische Anfechtung (Art. 285 ff. SchKG). Daher befasst sich das Werk schwergewichtig mit den Voraussetzungen der paulianischen Anfechtung, durch welche eine Ungleichbehandlung der Gläubiger vor Eröffnung eines Konkurs- oder Nachlassverfahrens sanktioniert wird (S. 93 – 191). Jede Zahlung an einen Gläubiger, der bereits geleistet hat, kann der Absichtsanfechtung (Art. 288 SchKG) unterliegen, wenn die Aktiengesellschaft nicht mehr in der Lage ist, alle ihre Verpflichtungen zu erfüllen (S. 174). Dabei stellt sich *Rebsamen* zu Recht gegen die These von *Zobl* (Fragen zur paulianischen Anfechtung, SJZ 2000, S. 31 f.), wonach Honorarzahlingen an Sanierer, Anwälte etc. für bereits geleistete Arbeit unanfechtbar seien (S. 174 Fn. 1004). Auch das Zürcher Handelsgericht folgt dabei dem Autor in seinem jüngsten Entscheid vom 13. Juli 2005 (ZR 2005, S. 299 ff.), verliert sich dabei jedoch unnötigerweise in Ausführungen darüber, ob die Gegenleistung bei Dienstleistungen ein Vermögenswert sei, welcher zu Gunsten der Gläubiger verwertet werden könne. Richtigerweise ist, sofern die übrigen Voraussetzungen gegeben sind, jede Zahlung an einen Gläubiger, der seinerseits bereits geleistet hat, anfecht-

bar und zwar unabhängig davon, ob die Vorleistung einen verwertbaren Vermögenswert darstellt.

Während sich die paulianische Anfechtung gegen den Begünstigten richtet, bedroht Art. 167 StGB unter der Marginale «Bevorzugung eines Gläubigers» den Schuldner mit Strafe; ein Gläubiger kann nicht als Täter, sondern gegebenenfalls nur als Anstifter oder Gehilfe bestraft werden (S. 198). *Rebsamen* postuliert hierbei in Anlehnung an das SchKG eine weite Auslegung der Strafbarkeitsbestimmung: Ist die Absicht der Gläubigerungleichbehandlung gegeben, so ist bei schlechter finanzieller Lage jede Erfüllung von Schulden strafbar (S. 206 f.).

Ist die Gesellschaft überschuldet, so muss der Richter benachrichtigt und über die Gesellschaft der Konkurs eröffnet werden, sofern keine Aussicht auf Sanierung besteht (Art. 725, 725a OR). Diese Norm bezweckt neben dem Schutz der Gläubiger gegen eine weitere Verminderung des Deckungsgrades sowie dem Schutz der Allgemeinheit davor, einer bereits überschuldeten Gesellschaft Kredit zu gewähren, die Gleichbehandlung der Gläubiger, indem nunmehr im Konkurs alle Gläubiger gleich behandelt werden (S. 223). Der Autor stützt sich hierbei auf ein interessanterweise nicht publiziertes Urteil des Bundesgerichts vom 19. Dezember 2000 (5C.29/2000). Darin postuliert das Bundesgericht die Pflicht einer Gesellschaft, die überschuldet ist, ihre Gläubiger gleich zu behandeln, was auf ein Zahlungsverbot hinausläuft (S. 227). Eine Zuwiderhandlung ist eine Pflichtverletzung, die zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit der Organe führt (Art. 754 OR). Zu Recht bemerkt dabei *Rebsamen*, dass zwar nur die Überschuldung die Pflicht zur Benachrichtigung des Richters begründet, dass aber Zahlungsunfähigkeit ein Grund sein kann, die Bilanz auf Liquidationswerte umzustellen (S. 233).

In einem späteren Entscheid (Pra 2003 Nr. 105) stelle sodann das Bundesgericht fest, dass bei einer Gläubigerbevorzugung nicht die Gesellschaft selbst, sondern nur die übrigen Gläubiger einen Schaden erleiden (S. 268). Daher hätte das Bundesgericht nach Auffassung des Autors die Klage, welche sich auf die nach Art. 260 SchKG abgetretenen Rechte der Gesellschaft stützte, abweisen müssen (S. 279). Nach seiner Auffassung steht die Aktivlegitimation für diese Klage auch nach der Konkurseröffnung den einzelnen Gläubigern zu (S. 302 ff.).

Daneben befasst sich *Rebsamen* mit der Nachlassstundung und dem Konkursaufschub. Im Nachlassverfahren werden zwar die vor der Gewährung der Stundung begründeten Forderungen nach den Regeln des Konkursrechts gleich behandelt, doch kann sich der Sachwalter gezwungen sehen, eine Nachlassforderung vollumfänglich zu begleichen, ansonsten von einem Vertragspartner für die Gesellschaft unentbehrliche Leistungen nicht mehr erbracht werden (S. 257). Dies ist grundsätzlich zulässig, denn es obliegt der Gesellschaft und dem Sachwalter festzulegen, wieviel sie für unentbehrliche Leistungen zahlen wollen. Hinzuzufügen wäre indes, dass die solvente Vertragspartei dann ihre Leistung in natura erbringen muss und ihre Gegenforderung als Nachlassforderung eingeben muss, wenn sie vom Rücktrittsrecht gemäss Art. 83 Abs. 2 OR keinen Gebrauch gemacht hat (*D. Staehelin*, AJP 2004, S. 376 ff.). Im Konkursaufschub stellt sich *Rebsamen* gegen die in der Lehre verbreitete Auffassung, dass die Neugläubiger fortlaufend bezahlt werden sollten (S. 262), eine Frage, die noch vertiefterer Untersuchung bedarf.

Es folgt eine Darstellung des Verhältnisses der verschiedenen Ansprüche untereinander (meist Anspruchskonkurrenz, S. 344 ff.) sowie der Regressmöglichkeiten zwischen dem paulianisch belangten Gläubigern und anderen Ersatzpflichtigen (S. 356 ff.). Das Werk schliesst mit einer Gesamtbetrachtung des Rechtsschutzes und

einer Zusammenfassung der Thesen. Hierbei lehnt *Rebsamen* zu Recht ein ungeschriebenes Gleichbehandlungsgebot ab, dessen Verletzung die zivilrechtliche Ungültigkeit der Leistung zur Folge hätte. Dadurch würden insbesondere die Grenzen der paulianischen Anfechtbarkeit verwischt (S. 373).

Es handelt sich insgesamt um eine hochstehende Arbeit, welche eine Fülle von Problemen aus verschiedenen Rechtsgebieten sorgfältig behandelt und vergleicht. Die Schlussfolgerungen vermögen zu überzeugen. Der Forschungsansatz ist interessant und in dieser Breite neu. Als einzige Kritik sei die Bemerkung erlaubt, dass die Arbeit mit ihren 382 Seiten eher voluminös geraten ist und es in der Fülle des Materials nicht immer einfach ist, den roten Faden zu behalten.

Andreas Rüd, *Sanierung durch Betriebsübertragung*, Diss. Basel 2003

Durch die Übertragung der Aktiven ohne (oder nur mit einem Teil der) Passiven einer notleidenden Gesellschaft auf eine so genannte Auffanggesellschaft soll es ermöglicht werden, einen überschuldeten Betrieb fortzuführen. Saniert wird hierbei bloss der Betrieb, nicht jedoch die übertragende Gesellschaft; diese erhält den Verkaufserlös, der jedoch geringer ist als ihre Schulden und muss daher in einem Konkurs- oder Nachlassverfahren liquidiert werden. Die Betriebsübertragung an und für sich ist schon eine Wissenschaft für sich im Rahmen von so genannten «M & A»-Transaktionen. Eine Betriebsübernahme von einer überschuldeten Gesellschaft bedarf zusätzlicher Vorsicht, da Gewährleistungsansprüche gegen die übertragende Gesellschaft auf Grund ihrer Überschuldung nicht durchsetzbar sind, die Gläubiger der alten Gesellschaft noch so gerne die Übernehmerin in Anspruch nehmen möchten und im Rahmen eines formellen Insolvenzverfahrens die Mitwirkungsrechte von Gläubigern, Sachwalter und Gericht zu beachten sind.

Andreas Rüd gibt in seinem Werk eine Übersicht der sich dabei stellenden Rechtsfragen, wie der Finanzierung der neuen Gesellschaft (S. 59 ff.), der Kompetenz zum Vertragsschluss (S. 65 ff.), des Vertragsinhaltes (S. 81 ff.), der Preiskalkulation (S. 89 ff.), des Schicksals der mit Dritten abgeschlossenen Verträge (S. 100 ff.), der Anfechtbarkeit der Übertragung durch die Gläubiger (S. 118 ff.), der Übertragung gemäss Vermögensübertragung auf Grund des Fusionsgesetzes (S. 124 ff.) sowie der zivil- und strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Organe (S. 155 ff.). Die Stärke der Arbeit ist zugleich ihre Schwäche: Während mit erfrischender Kürze eine Vielzahl von Problemen angeschnitten wird, geht sie selten in die Tiefe. Einem Praktiker kann sie jedoch durchaus als Leitfragen dienen.

Thomas Sprecher, *Der Gläubigerausschuss im schweizerischen Konkursverfahren und im Nachlassverfahren mit Vermögensabtretung*, Diss. Zürich 2003

Gläubigerausschüsse werden bloss im ordentlichen Konkursverfahren sowie im Nachlassverfahren mit Vermögensabtretung, welche oft bei grösseren Unternehmen anstelle des Konkurses tritt, gewählt. Diverse Unternehmenszusammenbrüche in jüngerer Zeit, bei welchen *Thomas Sprecher* in Gläubigerausschüssen mitwirkte, liessen ihn feststellen, dass diesbezüglich eine Reihe von rechtlichen Problemen in Gesetz, Lehre und Rechtsprechung noch nicht ausreichend beantwortet worden sind. Sein Ziel (das er erreicht hat), ist es, ein eigentliches Handbuch für die Mitglieder eines Gläubigerausschusses zu verfassen.

Dieses beginnt mit der Wahl des Gläubigerausschusses, wo der Autor zu Recht feststellt, dass die Gläubigerversammlung zuerst dessen Grösse festzulegen habe

(S. 93 ff.). Danach wird die Frage behandelt, was geschieht, wenn ein Mitglied ausfällt. Möglich ist hierbei die Wahl von Ersatzmitgliedern bereits zu Beginn (S. 113) oder die Kooptation durch den Gläubigerausschuss (S. 114). Bei den Kompetenzen des Gläubigerausschusses unterscheidet der Autor zwischen selbständigen Kompetenzen (Genehmigung des Kollokationsplans und des Lastenverzeichnisses und Einberufung weiterer Gläubigerversammlungen) sowie den abgeleiteten Kompetenzen gem. Art. 237 Abs. 3 SchKG, welche in Konsultativkompetenzen, Aufsichts- und Weisungskompetenzen sowie Entscheidungskompetenzen unterteilt und detailliert kommentiert werden. Bei der Organisation des Gläubigerausschusses unterscheidet *Sprecher* zwischen der 1. Sitzung des Ausschusses und dessen Konstituierung (S. 191 ff.) sowie den weiteren Sitzungen (S. 201 ff.). Hierbei stellt er ausführlich dar, welche formalen Anforderungen zu erfüllen sind. Sodann untersucht der Autor die Frage, inwieweit Beschlüsse des Gläubigerausschusses mit Beschwerde angefochten werden können. Er spricht der Gläubigerin eine Beschwerdelegitimation zu, wenn die Beschlüsse des Gläubigerausschusses in eine Verfügung der Konkursverwaltung münden (S. 226). Nach einem Kapitel über die Haftung des Gläubigerausschusses geht *Sprecher* detailliert auf den Gläubigerausschuss im Nachlassverfahren ein. Das folgende Kapitel über den Gläubigerausschuss im Nachlassverfahren mit Vermögensabtretung bei Banken ist durch die Änderungen des Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen vom 3. Oktober 2003 sowie durch die Verordnung der Eidgenössischen Bankenkommission zum Konkurs von Banken und Effektenhändlern (Bankenkursverordnung, BKV vom 30. Juni 2005) inzwischen überholt. Das Werk schliesst mit einer Zusammenfassung, einem English summary, einer rechtsvergleichenden Betrachtung über den Gläubigerausschuss im deutschen Insolvenzrecht sowie einem Schlagwortverzeichnis.

Auch wenn sie sich sprachlich gut liest, ist die Arbeit mit 432 Seiten zu lang geraten, eine gewisse Verdichtung hätte ihr gut getan. Dies dürfte jedoch die Mitglieder eines Gläubigerausschusses, welche dieses Werk konsultieren, wenig stören, denn sie werden wohl auf alle sich ihnen stellenden Fragen eine Antwort finden, die gut begründet und überzeugend ist.

Claudia Visinoni-Meyer, *Die vollstreckbare öffentliche Urkunde im internationalen und nationalen Bereich, Unter besonderer Berücksichtigung des Entwurfs der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss. Zürich 2004*

Nach einer kurzen Vorstellung des Instituts der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde anhand des Rechts unserer Nachbarländer behandelt *Claudia Visinoni-Meyer* die Vollstreckung einer ausländischen vollstreckbaren öffentlichen Urkunde in der Schweiz. Hierbei kommt sie zum richtigen Schluss, dass im Rahmen des Lugano-Übereinkommens (LugÜ) ausländische öffentliche Urkunden Urteilen gleichzusetzen sind, für die definitive Rechtsöffnung zu erteilen ist (S. 48). Die Autorin verwirft hierbei die herrschende Auffassung, wonach sich der Schuldner mit seinem Rechtsbehelf gegen die Vollstreckbarerklärung auch gegen den materiellen Bestand der verurkundeten Forderung zur Wehr setzen kann (S. 28).

Das Schwergewicht der Arbeit liegt in der Einführung der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde durch den Vorentwurf der Schweizerischen Zivilprozessordnung. Hierbei verteidigt sie das in der Vernehmlassung weitherum verworfene Konzept des Vorentwurfes, wonach der Gläubiger auf Grund einer vollstreckbaren öffentlichen Urkunde ohne Einleitungsverfahren direkt das Fortsetzungsbegehren stellen kann. Die Besserstellung gegenüber Urteilen begründet die Autorin damit, dass der

Schuldner die Schuld anerkannt und sich ausdrücklich der sofortigen Vollstreckung unterworfen hat (S. 52). Dieses Konzept wird indes nicht Gesetz werden; es ist vorgesehen, die vollstreckbare öffentliche Urkunde Urteilen gleichzustellen, für welche definitive Rechtsöffnung erteilt werden kann.

In erfrischender Kürze folgen sodann zahlreiche Einzelfragen im Zusammenhang mit der Neuregelung. So stellt die Autorin zu Recht fest, dass der Rechtsgrund der geschuldeten Leistung in der Urkunde bloss erwähnt werden muss, was nicht bedeutet, dass die gesamte Causa verurkundet werden muss (S. 80). Dementsprechend genügt es auch, dass nur der Schuldner bei der Beurkundung anwesend ist (S. 80). Bei der namentlich in Deutschland ausführlich diskutierten Frage, ob die vollstreckbare Urkunde eine privatrechtliche Willenserklärung oder eine Prozesshandlung enthalte, entscheidet sich die Autorin zu Recht für letztere Lösung. Konsequenzen hat dies insbesondere bei der Geltendmachung von Willensmängeln (S. 97 ff.). Richtig ist schliesslich die Kritik der Autorin daran, dass gemäss dem Vorwurf der Notar eine Vollstreckbarkeitsklausel zu erteilen habe (S. 116). In diesem Punkt wird ihr die Botschaft folgen. Es bleibt zu hoffen, dass die vollstreckbare öffentliche Urkunde Eingang in die Schweizerische Zivilprozessordnung findet.