

Bemerkungen: Der Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen («iura novit curia») entbindet nicht von der Rügepflicht im Berufungs- und heute im zivilrechtlichen Beschwerdeverfahren vor Bundesgericht. Das Bundesgericht ist nicht verpflichtet, von sich aus nach von keiner Partei gerügten fehlerhaften Gesetzesauslegungen durch die Vorinstanz zu forschen; grundsätzlich ist von der Partei/den Parteien aufzuzeigen, inwiefern die Vorinstanz Bundesprivatrecht verletzt hat. Insbesondere seit Inkraftsetzung des Bundesgerichtsgesetzes handhabt das Bundesgericht das Rügeprinzip streng (vgl. z.B. BGE vom 14. März 2008, 5A_706/2007, Erw. 1.2 bezüglich der Rüge der Verletzung verfassungsmässiger Rechte bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten ohne Erreichen der Streitwerte oder bei vorsorglichen Massnahmen). Dennoch gibt es gewisse krasse Rechtsfehler, deren Korrektur im öffentlichen Interesse liegt (etwa, wenn Nichtigkeitsfolge und nicht nur Anfechtbarkeit im Raume steht), oder grundlegende fehlerhafte Einordnungen bzw. Falschauslegungen, die das Bundesgericht aus präjudiziellen Gründen nicht so durchgehen lassen kann, selbst wenn keine Partei diesen Rechtsmangel entdeckt. Schliesslich ist sich das Bundesgericht bewusst, dass auch es einen Ruf zu verlieren haben könnte. Über die Abgrenzung zwischen diesen beiden Bereichen – in denen es nicht gerügten Rechtsfehlern der Vorinstanz nachgeht oder eben mangels Rügen gerade nicht nachgeht – hat sich das Bundesgericht kaum jemals geäussert, obwohl diese Ungleichbehandlung von Rechtsfragen sachlich gerechtfertigt werden müsste. Im hier besprochenen Entscheid lässt das Bundesgericht durchblicken, dass es sich für diese Partei durchaus gelohnt hätte, die Zulässigkeit der Feststellungsklage zu bestreiten. In anderen Entscheidungen heisst es zuweilen mit grösserer Zurückhaltung, diese oder jene Rechtsfrage sei nicht aufgeworfen worden, oder es wird sogar beruhigt, dass diese Frage vom Beschwerdeführer «zu Recht nicht aufgeworfen» worden sei (zuweilen verbunden mit knappen Hinweisen, warum ihm dieses Argument nicht weiter geholfen hätte). Vielleicht kann sich das Bundesgericht einmal zu klärenden grundsätzlichen Äusserungen bewegen, zumindest indem es die zwei soeben genannten Fallgruppen beispielhaft nennt, nämlich 1. Korrekturen im öffentlichen Interesse (wozu z.B. Nichtigkeitsfälle gehören, aber auch das Interesse an kohärenter Rechtsprechung); 2. ins Auge springende Fehlüberlegungen/Falschauslegungen, die gerade heute vermehrt vermieden werden müssen, seitdem grundsätzlich alle Bundesgerichtsentscheide auf Internet zugänglich sind und folglich von einer breiteren Öffentlichkeit zu Rate gezogen werden.

Neuere Literatur zum SchKG

von Prof. Dr. iur. DANIEL STAEHELIN, Advokat und Notar, Basel und Prof. Dr. iur. NICOLAS JEANDIN, Avocat, Genève

Einleitung

Die Vereinigung für Schuldbetreibungs- und Konkursrecht (SchKG-Vereinigung) hat an ihrer 9. Jahresversammlung vom 5. Dezember 2007 zum vierten Mal den mit CHF 5000.– dotierten Preis für die beste Publikation eines jüngeren Forschers im Bereiche des SchKG verliehen. Der Jury, bestehend aus Prof. Dr. ISAAK MEIER (Zürich, Vorsitz) sowie den Rezensenten lagen unter anderem die nachfolgend in alphabetischer Reihenfolge zu besprechenden 7 Arbeiten aus den Jahren 2005 und 2006 (Erscheinungsjahr gemäss den bibliographischen Angaben) vor. Den Preis erhielten ex aequo VALÉRIE DEFAGO GAUDIN für ihre Arbeit *L'Immeuble dans la LP: indisponibilité et gérance légale* und YASMIN IQBAL für ihre Arbeit *SchKG und Verfassung – untersteht auch die Zwangsvollstreckung dem Grundrechtsschutz?*

Es war der Jury eine besondere Freude, dieses Jahr erstmals ein Werk aus der französisch sprechenden Schweiz prämiieren zu dürfen, ist es doch ein wichtiges Ziel der SchKG-Vereinigung/Association LP, Juristen aus allen Sprachregionen zusammenzuführen und damit einen Beitrag zum Zusammenhalt der Eidgenossenschaft zu leisten. Dementsprechend wird an den Jahresversammlungen der Vereinigung immer ein Referat auf deutsch und eines auf französisch gehalten.

ROLAND BACHMANN, *Das Arbeitsverhältnis im Konkurs des Arbeitgebers*, Diss. Zürich, Bern 2005

Die Rechtsstellung des Arbeitnehmers im Konkurs des Arbeitgebers ist von grosser praktischer Bedeutung. Aufgrund ihres Privileges sind die Arbeitnehmer in einem Insolvenzverfahren oft die einzigen, welche etwas erhalten. Das Arbeitsrecht ist zudem eines der Rechtsgebiete, welches schnelleren Wandlungen unterworfen ist als andere. Die vorliegende Arbeit ist daher sehr zu begrüssen.

Grundsätzlich wird der Inhalt eines Arbeitsvertrages durch die Konkursöffnung nicht berührt (S. 38 ff.). Das Weisungsrecht des Arbeitgebers geht auf das Konkursamt und später auf die Konkursverwaltung über (S. 40). Die Treuepflicht des Arbeitnehmers wird indes eingeschränkt, er darf die Gründung eines eigenen Unternehmens vorbereiten (S. 41 f.). Der Arbeitnehmer muss auch nach der Konkursöffnung seine Arbeitskraft anbieten (S. 43), die Entgegennahme der Arbeit durch die Konkursverwaltung beinhaltet noch keinen Eintritt gemäss Art. 211 Abs. 2 SchKG (S. 43 FN 141). Kann der Arbeitnehmer im Konkurs des Arbeitgebers nicht mehr beschäftigt werden, tritt Annahmeverzug gemäss Art. 324 OR ein. Die Konkursverwaltung darf Zwangsferien anordnen, denn der Arbeitgeber bestimmt den Zeitpunkt der Ferien (Art. 329c Abs. 2 OR), doch müssen sie nach Ansicht von

BACHMANN drei Monate im Voraus angekündigt werden. Die Konkursverwaltung kann auch den Arbeitnehmer freistellen. Die Freistellung sei endgültig, sofern bei der Freistellungserklärung kein klarer Vorbehalt angebracht wurde (S. 50).

Durch den (seltenen) Eintritt der Konkursverwaltung gemäss Art. 211 Abs. 2 SchKG werden nach Ansicht des Autors sämtliche Forderungen, auch die vor dem Konkurs entstandenen, zu Masseschulden (S. 68). Das Bundesgericht hat richtigerweise seither anders entschieden (BGer. vom 5.10.2006, 4c. 239/2006 E. 2; vom 6.2.2006, 4c. 252/205 E. 5), und auch die Expertengruppe Nachlassverfahren hat in ihrem im Frühjahr 2008 erschienenen Vorentwurf vorgeschlagen, dass nur die nach der Konkurseröffnung entstandenen Forderungen zu Masseschulden werden (Art. 211a Abs. 2 VE-SchKG).

Des Weiteren vertritt ROLAND BACHMANN die Auffassung, Art. 333 Abs. 1 OR (Übergang des Arbeitsverhältnisses bei Betriebsübertragung) sei auch im Konkurs anwendbar (S. 100; offen gelassen in BGE 129 III 335, 340, E. 3 in fine), doch soll der Übernehmer entgegen Art. 333 Abs. 3 OR nicht für die vor der Betriebsübernahme entstehenden Forderungen haften (S. 103; BGE 129 III 335, 340 ff. E. 5). Der Vorentwurf der Expertengruppe sieht demgegenüber nunmehr vor, dass die Arbeitsverhältnisse bei einem Betriebsübergang während einer Nachlassstundung, im Rahmen eines Konkurses oder eines Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung nicht von Gesetzes wegen übergehen (Art. 333b VE-OR).

Oft erfolgt in der Praxis weder ein Eintritt der Konkurseröffnung noch eine klare Kündigung. Nach überzeugender Ansicht von BACHMANN ist nun der Entscheid der Konkursverwaltung, das Arbeitsverhältnis nicht an Stelle des Gemeinschuldners zu erfüllen und daher nicht in den Vertrag einzutreten, eine konkludent geäusserte Kündigungserklärung (S. 111). Der Vorentwurf der Expertengruppe kommt im Ergebnis zu einem ähnlichen Resultat. Werden Dauerschuldverhältnisse weder gekündigt noch die entsprechende Leistung von der Masse in Anspruch genommen, so kann der Vertragspartner seine Ansprüche als Konkursforderungen bis höchstens zum nächsten Kündigungstermin oder bis zum Ende der festen Vertragsdauer geltend machen (Art. 211a Abs. 1 VE-SchKG).

Die Konkursverwaltung kann auch formell kündigen, die Bestimmungen über Massentlassungen (Art. 335d ff.) finden dann keine Anwendung (S. 125). Ist die Konkursverwaltung nicht in das Arbeitsverhältnis eingetreten und möchte der Arbeitnehmer kündigen, so hat er nach Ansicht von BACHMANN die Kündigung gegenüber dem Gemeinschuldner und nicht gegenüber der Konkursverwaltung zu erklären (S. 127). Es wird jedoch (in der von BACHMANN nicht zitierten) Literatur auch die Auffassung vertreten, die Kündigung müsse, wenn der Gemeinschuldner eine juristische Person sei, an diese, vertreten durch die Konkursverwaltung gerichtet werden (ZK-HRIGI, Art. 266h OR N 75). Der Arbeitnehmer kann auch ausserordentlich gemäss Art. 337a OR kündigen, eine Kündigung gemäss Art. 337 OR ist jedoch ausgeschlossen (S. 130 ff.). Der Arbeitgeber begeht keine Vertragsverletzung, wenn über ihn der Konkurs eröffnet wird. Kündigt der Arbeitnehmer gemäss Art. 337a OR, so gelangt somit nicht Art. 337b Abs. 1 OR, sondern Art. 337b Abs. 2 OR zur Anwendung, wonach der Richter die vermögensrechtlichen Folgen der fristlosen Auflösung bestimmt (S. 146).

Tritt die Konkursverwaltung nicht in den Arbeitsvertrag ein, so stellt sich die Frage, von wem der Arbeitnehmer ein Zeugnis erhalten kann. Der konkursite Arbeitgeber könne nicht mehr persönlich belangt werden. Die Konkursverwaltung würde über die nötigen Kompetenzen verfügen, das Zeugnis selbst auszustellen, sei dazu je-

doch nicht verpflichtet (S. 164). Die Ausstellung eines Zeugnisses durch die Konkursverwaltung bedeutet richtigerweise nicht Eintritt in das Arbeitsverhältnis (S. 165).

Bedauerlich ist, dass der Autor vor der Publikation seine Arbeit nicht an die Änderung des Art. 219 Abs. 4 lit. a SchKG vom 19. Dezember 2003 angepasst hat, sondern diese bloss in einem angehängten letzten Kapitel behandelt (S. 285 ff.). Gemäss dieser Änderung wurde das Privileg des Arbeitnehmers ausgedehnt, indem es nicht mehr nur darauf ankommt, ob die Forderung in den letzten sechs Monaten vor der Konkursöffnung entstand, sondern es nunmehr genügt, wenn sie in den letzten sechs Monaten fällig wurde. Neu ist nicht nur der 13. Monatslohn, welcher pro rata während den vergangenen sechs Monaten vor der Konkurseröffnung verdient wurde, privilegiert, sondern es fällt der ganze laufend pro rata erworbene 13. Monatslohn, der mit der Konkurseröffnung fällig wird, unter das Privileg. Ebenfalls privilegiert wird der 13. Monatslohn des letzten Jahres, wenn er während sechs Monaten vor der Konkurseröffnung fällig geworden ist (Botschaft, BBl 2003, S. 6373, Ziff. 2.2.1.1). Die Novelle hat auch Auswirkungen auf die Ansprüche auf einen Anteil am Geschäftsergebnis, auf Gratifikationen, auf Ferien etc., die mit der Konkurseröffnung fällig werden und privilegiert sind, auch wenn sie ihren Entstehungsgrund in einem Zeitraum haben, der mehr als 6 Monate zurückliegt. Während das Privileg der Arbeitnehmer in anderen Ländern (Finnland und Deutschland) abgeschafft wurde, wird es bei uns ausgebaut.

Der noch geltende Wortlaut von Art. 219 Abs. 4 lit. a SchKG, wonach Forderungen wegen vorzeitiger Auflösung des Arbeitsverhältnisses auch privilegiert seien, hat die Frage aufgeworfen, ob das Arbeitsverhältnis gekündigt werden müsse, damit Forderungen, die nach der Konkurseröffnung entstehen, privilegiert werden können (vgl. insbes. FRANCO LORANDI, Arbeitsverträge im Konkurs des Arbeitgebers, SJZ 2000, S. 159 f.). Hier folgt BACHMANN der herrschenden Lehre, wonach dann, wenn kein Eintritt der Konkursverwaltung erfolgt, sämtliche Forderungen des Arbeitnehmers, die zwischen der Konkurseröffnung und der Beendigung des Arbeitsverhältnisses entstehen, Konkursforderungen erster Klasse seien, unabhängig davon, ob das Arbeitsverhältnis gekündigt wurde (S. 277 f.) und zwar bis zum Ablauf der Kündigungsfrist (S. 278). Die Expertengruppe schlägt eine Neufassung von Art. 219 Abs. 4 lit. a vor, die es erlaubt, in Verb. mit Art. 211a Abs. 1 VE-SchKG die nach der Konkurseröffnung bis zum nächsten ordentlichen Kündigungstermin, resp. bis zum Ablauf der festen Vertragsdauer entstehenden Lohnforderungen in der ersten Klasse zu privilegieren.

Auch wenn die Arbeit zu einem Teil bereits wieder überholt ist, erfüllt sie das, was sie im Vorwort als Zielsetzung genannt hat: die aktuelle Entwicklung aufzeigen und eine Grundlage für künftige Diskussionen schaffen.

D. ST.

ANDREA BRACONI, *La collocation des créances en droit international suisse de la faillite*, Contribution à l'étude des art. 172-174 LDIP, Diss. Zürich, 2005

ANDREA BRACONI behandelt in seiner Arbeit die Kollokation im schweizerischen Partikular-, resp. Hilfskonkurs nach Anerkennung des ausländischen Konkurskenntnisses gemäss Art. 166 IPRG. Diesfalls bildet das in der Schweiz gelegene Vermögen des Schuldners eine separate Masse, aus welcher vorweg die pfandgesicherten Forderungen sowie die Forderungen privilegierter Gläubiger mit Wohnsitz in der Schweiz befriedigt werden (Art. 172 IPRG). Nach einer Darstellung der Rege-

lung des internationalen Konkursrechts im IPRG (S. 1 ff.), der Masseschulden und Massgeforderungen (S. 35 ff.) sowie des Kollokationsverfahrens im internen Recht (S. 59 ff.) wendet sich der Autor dem Hauptthema seiner Arbeit, der Kollokation im Partikularkonkurs, zu (S. 89 ff.) Bei den pfandgesicherten Forderungen sind im Partikularverfahren nur diejenigen zu berücksichtigen, bei denen sich das Pfandobjekt in der Partikularmasse befindet (S. 90), nicht massgebend ist diesfalls der Wohnsitz des Gläubigers (S. 92). Die nicht privilegierten Gläubiger mit Wohnsitz in der Schweiz werden im Kollokationsverfahren weder zugelassen, noch angehört. Sie kommen erst dann zum Zuge, wenn der ausländische Kollokationsplan nicht anerkannt werden kann (S. 98). Eine Überprüfung des ausländischen Kollokationsplanes zwecks Auslieferung eines allfälligen Überschusses hat auch dann zu erfolgen, wenn noch keine Drittklassgläubiger mit Wohnsitz in der Schweiz bekannt sind (S. 107). Der ausländische Kollokationsplan muss rechtskräftig sein (S. 109).

Die Zuständigkeit des Konkursrichters für die Kollokationsklage ist zwingend (S. 124). Die Klage ist auch nicht schiedsfähig (S. 125). Die Kollokationsklage fällt nach Ansicht des Autors nicht in den Anwendungsbereich des Lugano-Übereinkommens (S. 147). Auch in internationalen Verhältnissen ist die Klage nicht schiedsfähig (S. 150). Schwierigkeiten stellen sich, wenn im Ausland bereits ein Prozess hängig ist; es ist fraglich, ob ein derartiges Urteil anerkannt werden kann (S. 150 f.). Inzwischen hat das Bundesgericht entschieden, dass Art. 63 KOV, wonach über Konkursforderungen, welche Gegenstand eines Prozesses bilden, keine Kollokationsverfügung zu treffen und kein Kollokationsverfahren durchzuführen ist, nur für in der Schweiz hängige Prozesse Anwendung findet (BGE 130 III 769) und dass die Kollokationsklage in einem schweizerischen Insolvenzverfahren entweder gemäss Art. 1 Abs. 2 Ziff. 2 LugÜ nicht in den Anwendungsbereich des Abkommens fällt (womit sich die Zuständigkeit der Schweizer Gerichte aus Art. 250 Abs. 1 SchKG ergibt), oder die Schweizer Gerichte gemäss Art. 16 Ziff. 5 LugÜ (Ort der Zwangsvollstreckung) zuständig sind (BGE 133 III 386, 391). In BGer vom 30.9.2008, 5A_20/2008 (zur Publikation vorgesehen) wurde diese Rechtsprechung bestätigt und konsequenterweise entschieden, dass eine Rechtshängigkeit im Ausland die Sistierung des Kollokationsprozesses nicht rechtfertigt.

Nicht zur Kollokationsklage legitimiert sind die nicht privilegierten Gläubiger mit Wohnsitz in der Schweiz, obwohl sie Anspruch auf den Überschuss im Falle der Nichtanerkennung des ausländischen Kollokationsplanes haben (S. 152 ff.), sie können somit nicht die Kollokation der privilegierten Forderungen anfechten. Auch die ausländische Konkursverwaltung ist nicht zur Klage legitimiert (S. 157).

Besonders interessant sind die Ausführungen des Autors, wie Ansprüche des öffentlichen Rechts im Partikularverfahren zu behandeln sind, eines der grossen offenen Themen im Bereich des internationalen Konkursrechts. Den Vorschlag des Rezensenten (Die Anerkennung ausländischer Konkurse und Nachlassverträge in der Schweiz, Diss. Basel 1989, S. 160), auf Grund einer unechten rechtspolitischen Lücke auch die schweizerischen öffentlich-rechtlichen Forderungen im Partikularverfahren zu kollozieren, obwohl diese nicht privilegiert sind, da sie im ausländischen Hauptverfahren meist nicht berücksichtigt werden, lehnt BRACONI ab. Es sei Sache des Parlamentes hier Abhilfe zu schaffen (S. 174). Ausländische Forderungen des schweizerischen Rechts können – soweit sie nicht *jure gestionis* entstanden sind – in der Schweiz nicht eingeklagt und vollstreckt werden (vgl. AGNES DORMANN BESSENICH, Der ausländische Staat als Kläger, Diss. Basel 1993). Die Anerkennung eines ausländischen Konkurses ist zu verweigern, wenn Antragsstel-

ler ein ausländischer Gläubiger des öffentlichen Rechts ist (S. 179). Hingegen kann ein ausländischer Konkurs anerkannt werden, wenn er im Ausland, aufgrund des Antrags eines Gläubigers des öffentlichen Rechts eröffnet wurde, oder wenn die öffentlichrechtlichen Forderungen einen grossen Teil der Forderungen ausmachen (S. 178). Desgleichen kann ein Überschuss an die Masse ausgeliefert werden, auch wenn dort ausländische Gläubiger des öffentlichen Rechts ihre Forderungen angemeldet haben (S. 180). Selbst die Privilegierung der Forderungen des ausländischen öffentlichen Rechts im Hauptverfahren mit der Konsequenz, dass die Drittklassgläubiger mit Wohnsitz in der Schweiz leer ausgehen, soll nach Ansicht von BRACONI die Auslieferung des Überschusses nicht verhindern (S. 180 f.).

Bei der Arbeit von ANDREA BRACONI handelt es sich um ein hervorragend dokumentiertes Werk. Die gesamte Literatur wurde umfassend zitiert, jeder Satz ist mittels einer Fussnote sorgfältig belegt. Dennoch ist die Darstellung knapp und präzise und sind die eigenen Stellungnahmen wohl begründet.

D. ST.

VALÉRIE DEFAGO GAUDIN, *L'Immeuble dans la LP: indisponibilité et gérance légale*, Diss. Genf 2006

VALÉRIE DEFAGO GAUDIN part du constat que toute procédure d'exécution forcée aboutit à la mainmise par l'Office sur tout ou partie des actifs du débiteur, puis à la réalisation au profit du créancier poursuivant (saisie ou poursuite en réalisation du gage), ou de la masse en faillite. Parmi ces actifs, on trouve bien évidemment des immeubles au sens des articles 655 et suivants CC.

L'élément central de cette thèse consiste en l'analyse de cette mainmise officielle par l'Office (Amtliche Beschlagnahme) sur l'immeuble. Cette mainmise sur l'immeuble se manifeste de différentes manières: interdiction formelle faite aux débiteurs de disposer (par ex. art. 96 al. 1 LP), perte du pouvoir de disposer (art. 204 LP), conséquences pénales (art. 169 CP), conséquences civiles (problématique de la nullité de l'acte, ou de son inopposabilité aux créanciers), de même que conséquences de type «administratif» (mise en place de la gérance légale prévue par la LP et l'ORFI).

Ces différents aspects sont la conséquence du dessaisissement du débiteur provoqué par la mainmise officielle sur l'immeuble du débiteur telle que la prévoit le droit des poursuites et qui survient en relation avec une saisie, une poursuite en réalisation du gage, ou le prononcé d'une faillite.

Le premier aspect fondamental de cette mainmise officielle sur l'immeuble mène à la notion d'indisponibilité. Celle-ci s'opère sur deux axes:

- La perte par le débiteur du pouvoir de disposer de ses biens, ayant pour conséquence que les actes de disposition néanmoins accomplis par le débiteur sont dépourvus de validité (art. 96 al. 2 et 204 al. 1 LP).
- A supposer que de tels actes soient néanmoins accomplis par le débiteur, ils ne sont pas opposables à ses créanciers, ce qui ressort explicitement de la teneur de l'art. 96 al. 2 et 204 al. 1 LP, la première de ces dispositions réservant toutefois les droits des tiers de bonne foi.

Ces deux axes (non validité et inopposabilité de l'acte) s'articulent différemment au gré du mode de poursuite utilisé. Ainsi, l'inopposabilité se conçoit de façon absolue dans le cadre de la faillite (art. 204 al. 1 LP), alors que les droits des tiers de bonne foi sont réservés dans le cadre de la saisie (art. 96 al. 2 LP). A cet égard, VALÉRIE

DEFAGO GAUDIN propose une vision systématique cohérente de l'articulation de ces deux axes au gré du mode de poursuite utilisé, ce qui passe par une mise en perspective de l'indisponibilité avec les principes issus du droit matériel. Il est dès lors indispensable de rappeler le principe de la causalité applicable au transfert de la propriété, et de distinguer l'acte générateur d'obligations de l'acte de disposition sur la chose. Selon cet auteur, la mainmise officielle sur l'immeuble n'empêche pas nécessairement le débiteur de passer des actes générateurs faisant naître l'obligation de transférer, lesquels ne sont pénalement pas punissables. En revanche, l'indisponibilité remet en cause la validité de l'acte de disposition, opéré en pareille hypothèse par un aliénateur n'ayant pas le pouvoir de disposer. Aux yeux de l'auteur – qui prend ainsi le contre-pied de la doctrine majoritaire et de la jurisprudence du Tribunal Fédéral mais s'appuie sur la teneur du texte français des articles 96 al. 1 et 204 al. 2 LP – un tel acte de disposition ne sera pas simplement inopposable aux créanciers, mais nul (p. 48 ss).

Fondamentalement, la démarche de l'auteur tend à trouver une systématique qui permette de conceptualiser de façon uniforme et cohérente les conséquences de la mainmise officielle sur l'immeuble du débiteur indépendamment du type de la procédure d'exécution étant à l'origine de cette mainmise, l'idée étant qu'en tous les cas, l'indisponibilité de l'immeuble doit pouvoir s'opérer de façon à concrétiser le dessaisissement du débiteur (et la perte du pouvoir de disposer qui en résulte).

Lorsque la mainmise de l'Office s'opère sur un immeuble, la question se pose de son étendue en rapport avec les loyers. L'art. 806 CC instaure l'extension du gage aux loyers. Cela a pour conséquence que les loyers tombent également sous la mainmise officielle du droit de poursuite et qu'ils sont frappés d'indisponibilité, eux aussi. L'art. 806 al. 3 CC permet dès lors l'inopposabilité d'actes juridiques accomplis sur les loyers par le propriétaire de l'immeuble, s'agissant des loyers sur lesquels porte la mainmise officielle. Cela pose la question des effets d'une cession des loyers futurs intervenue avant une éventuelle saisie de l'immeuble: l'auteur retient – s'appuyant notamment sur la formule ORFI n° 5 rédigée à l'attention des locataires et prévoyant que «les arrangements qui ont pu être conclus au sujet de loyers (fermages) non encore échus sont sans valeur» – qu'une telle cession cesse de déployer ses effets après une saisie (p. 34 ss): en d'autres termes, elle n'est pas opposable aux créanciers saisissants, cette solution ayant l'avantage de correspondre à ce qui prévaut en cas de faillite (ATF 130 III 348; 115 III 65; 111 III 73).

Dès lors que l'indisponibilité frappe un immeuble, la loi se devait d'en tirer la conséquence par l'institution de la gérance légale, ce thème constituant le *deuxième aspect fondamental* abordé par la thèse de VALÉRIE DEFAGO GAUDIN. Il s'agit ici d'un apport essentiel de ce travail, le sujet ayant rarement été abordé de façon aussi complète et systématique.

La gérance légale concrétise l'intervention de l'Office sur l'immeuble faisant l'objet de la mainmise officielle prévue par le droit des poursuites, et ce jusqu'à la réalisation de l'actif. Or, l'immeuble se trouve au centre de nombreux liens juridiques faisant intervenir, outre le propriétaire lui-même, des titulaires de droits réels limités (parmi lesquels le créancier gagiste), ainsi que de nombreux partenaires contractuels (locataires, régie en charge de la gérance, prestataires de services, etc). Dans quelles mesures l'autorité de poursuite peut-elle, et doit-elle, intervenir dans ce tissu de relations juridiques, et quels sont les moyens dont elle dispose à cet égard?

La résolution de ces questions est délicate, puisqu'elle fait intervenir des intérêts parfois opposés. A l'optique du débiteur d'une préservation de l'immeuble dans une

perspective de long terme s'oppose celle du créancier consistant à obtenir rapidement une réalisation à un prix le plus élevé possible.

La gérance légale prend naissance dans des contextes de procédure différents (réalisation du gage, saisie, faillite, voire concordat), induisant chacun des difficultés spécifiques, tout particulièrement quant à la protection juridique des parties à la procédure. Il s'agit de distinguer les divers types d'actes de gérance légale, dont certains sont explicitement prévus par la loi: ainsi, par exemple, l'avis aux locataires et au créancier gagiste (art. 15 al. 1 lit. B ORFI), l'avis aux assureurs contre les dommages (art. 15 al. 1 lit. C ORFI), la gestion des baux en cours (art. 17 et 94 ORFI), le paiement de certains frais (art. 17 et 94 ORFI), l'exécution de travaux (art. 18 ORFI), voire encore la tenue de procès.

La mise en œuvre de ces mesures génère en elle-même des frais dont il s'agit d'assurer la couverture (art. 22 al. 1 ORFI et 94 al. 1 ORFI) – ce qui habilite l'autorité de poursuites à percevoir un émoulement (art. 27 al. 1 et 2 OELP) – et oblige le gérant légal à tenir une comptabilité adéquate (art. 30 et 21 ORFI, de même que 16 et suivants OAOF).

Enfin, les diverses mesures que l'autorité de poursuite est amenée à prendre dans le cadre de la gérance légale peuvent susciter des contestations qui relèvent, le cas échéant, de la procédure de plainte au sens des articles 17 ss LP. Il est vrai que certains actes de gérance légale font intervenir les composantes relevant à la fois du droit privé (perspective «horizontale» à l'instar de la conclusion d'un contrat avec un prestataire de services) et du droit administratif (perspective «verticale» par laquelle l'autorité de poursuites use de son pouvoir). La question de savoir si la décision de la gérance légale de conclure un contrat peut faire l'objet d'une plainte n'a pas été clairement résolue jusqu'ici: VALÉRIE DEFAGO GAUDIN, suivant la tendance dessinée récemment par le Tribunal Fédéral (ATF 129 III 400) admet qu'une telle mesure puisse être soumise au contrôle de l'autorité de plainte puisqu'elle est fondée sur le droit de poursuites est qu'elle déploie des effets externes: ce sera le cas de mesures entraînant des dépenses, à l'instar de la décision de commander les travaux, mais non de l'acceptation par le gérant légal de la résiliation de son bail par un locataire et la conclusion d'un nouveau contrat, mesure qui n'a pas d'effet sur le compte de gérance proprement dit (p. 168 ss).

La thèse de Valérie Defago Gaudin est remarquable. L'analyse proposée est cohérente et s'inscrit dans une optique pluridisciplinaire qui illustre bien la particularité du droit des poursuites d'intervenir au sein de relations juridiques complexes relevant à la fois du droit privé et du droit administratif. L'auteur adopte un style clair et dépouillé, tout en s'appuyant sur un appareil scientifique richement doté.

N. J.

PETER HERREN, *Die Misswirtschaft gemäss Art. 165 StGB, mit rechtsvergleichender Darstellung des deutschen und österreichischen Rechts*, Diss. Freiburg, Zürich Basel Genf 2006

Neben dem SchKG ist es vor allem das Strafrecht, welches sich mit der Folge von Insolvenzen befasst. Gemäss Art. 164 StGB wird der Schuldner, der zum Schaden der Gläubiger sein Vermögen vermindert, indem er Vermögenswerte beschädigt, zerstört, entwertet oder unbrauchbar macht, Vermögenswerte unentgeltlich oder gegen eine Leistung mit offensichtlich geringerem Wert veräussert, ohne sachlichen Grund anfallende Rechte ausschlägt oder auf Rechte unentgeltlich verzichtet, wenn

über ihn der Konkurs eröffnet oder gegen ihn ein Verlustschein ausgestellt worden ist, mit Freiheitsstrafe bis zu 5 Jahren oder Geldstrafe bestraft. Gemäss Art. 165 StGB wird der Schuldner, der in anderer Weise als nach Art. 164, durch Misswirtschaft, namentlich durch ungenügende Kapitalausstattung, unverhältnismässigen Aufwand, gewagte Spekulationen, leichtsinniges Gewähren oder Benützen von Kredit, Verschleudern von Vermögenswerten oder arge Nachlässigkeit in der Berufsausübung oder Vermögensverwaltung, seine Überschuldung herbeiführt oder verschlimmert, seine Zahlungsunfähigkeit herbeiführt oder im Bewusstsein seiner Zahlungsunfähigkeit seine Vermögenslage verschlimmert, wenn über ihn der Konkurs eröffnet oder gegen ihn ein Verlustschein ausgestellt worden ist, mit Freiheitsstrafe bis zu 5 Jahren oder Geldstrafe bestraft. Diesen Tatbestand der Misswirtschaft untersucht PETER HERREN in seiner rechtsvergleichend angelegten Dissertation.

In Deutschland wird geschätzt, dass bei 50–90 % aller Firmenzusammenbrüche Wirtschaftsstraftaten begangen werden. Auch wenn sich dies nicht einfach auf die Schweiz übertragen lässt, dürfte auch bei uns die Dunkelziffer erschreckend hoch sein. Aus unterschiedlichsten Gründen, in erster Linie jedoch in Folge notorischer Überlastung der Konkursbehörden, gelangen häufigst nur die krassen Fälle von mutmasslicher Misswirtschaft überhaupt zur Anzeige. Zudem sind die Ressourcen der Strafverfolgungsbehörden beschränkt (S. 13).

Die heutige Fassung von Art. 165 StGB ist seit dem 1. Januar 1995 in Kraft. Neugeschaffen wurden die Tatbestände «ungenügende Kapitalausstattung», «leichtsinniges Gewähren oder Benützen von Kredit» und «Verschleudern von Vermögenswerten».

Die Straftatbestände der Konkurs- und Betreibungsdelikte gemäss Art. 163 bis 171^{bis} StGB stellen die strafrechtliche Ergänzung des Bundesgesetzes über Schuldbeitreibung und Konkurs (SchKG) dar und lehnen sich eng an dasselbe an. Das durch sie geschützte Rechtsgut sind in erster Linie die vermögensrechtlichen Ansprüche der Gläubiger im Konkurs- und Betreibungsverfahren (S. 38). Geschützt sind auch die Interessen der Zwangsvollstreckung als ein Bestandteil der Rechtspflege im weitesten Sinn (S. 39). Der Begriff der Misswirtschaft ist die strafrechtliche Seite zivilrechtlicher Sorgfaltspflichtverletzungen, welche zu einer Vermögensverminderung zum Schaden der Gläubiger führen (S. 58).

Strafbar ist die ungenügende Kapitalausstattung. Gemäss zwei jüngeren, nicht publizierten zivilrechtlichen Bundesgerichtsentscheiden liegt eine rechtsmissbräuchliche Unterkapitalisierung vor, wenn eine Gesellschaft – gemessen an ihrem künftigen wirtschaftlichen Risiko – offensichtlich mit zu wenig Geld ausgestattet wird, um das finanzielle Unternehmensrisiko derart praktisch ausschliesslich auf die Kreditgeber abzuwälzen (S. 68; BGer. vom 14.3.2003, 5C.279/202; vom 3.4.2001, 5C.246/200, E. 3). Darunter fällt der klassische Gründungsschwindel, wenn das Gründungskapital durch kurzfristige Darlehensaufnahme finanziert und nach erfolgter Eintragung im Handelsregister sogleich wieder entnommen und dem Darleiher zurückbezahlt wird (S. 68). Zur ungenügenden Kapitalausstattung führt auch eine mangelhafte Planung des erforderlichen Kapitalbedarfs (S. 69). Problematisch an diesem Tatbestand ist, dass das Zivilrecht keine festen Regeln bezüglich des Verhältnisses von Eigenkapital zu Fremdkapital kennt. Gemäss dem Autor beschränkt sich die Aufgabe des Strafrechts darauf, Extremfälle zu erfassen (S. 70). In Österreich ist die ungenügende Kapitalausstattung seit 2000 nicht mehr strafbar, wohl aber noch in Deutschland (S. 70 ff.).

Unverhältnismässigen Aufwand betreibt derjenige, der Waren und/oder Dienstleistungen in einem Umfang konsumiert, der in einem krassen Missverhältnis zu

seinen Einkommens- und Vermögensverhältnissen steht (S. 72). Gewagte Spekulationen sind den konkreten finanziellen Verhältnissen in keiner Weise angemessene, hochgradig riskante, auf von vorneherein auf unhaltbaren Überlegungen beruhende und deshalb völlig unvernünftige Finanz- oder Handelsgeschäfte, meist an Börsen oder mit Immobilien. Eine einzige gewagte Spekulation kann genügen (S. 75).

Dass das leichtsinnige Gewähren von Kredit strafbar ist, da es die Interessen der Gläubiger des Kreditgebers schädigt, vermag dem Rezensenten einzuleuchten. Weniger jedoch, worin die Strafbarkeit des leichtsinnigen Benützens von Kredit liegt. Die genannten Beispiele (Überschreiten von Kreditlimiten, Aufnahme von Krediten zu völlig marktwidrigen Konditionen oder Aufnahme zusätzlicher Kredite trotz bereits bestehender Überschuldung, S. 79 f.) vermögen nicht zu überzeugen. Geht es hier um die leichtsinnige Aufnahme von Krediten (was der Kreditgeber durch sorgfältige Überprüfung verhindern kann und im Anwendungsbereich des KKG muss) oder um die leichtfertige Verwendung des durch den Kredit erhaltenen Betrages?

Als typisches Beispiel für das Verschleudern von Vermögenswerten nennt der Autor ohne weitere Erörterung die systematische Belieferung von Gruppengesellschaften zu offensichtlich nicht marktkonformen Konditionen, welche auf Dauer zu einer Aushöhlung der Lieferantin und deren Insolvenz führt (S. 82). Hier hätte der Autor die Frage nach dem sogenannten Konzerninteresse aufwerfen müssen, wonach unentgeltliche oder unterpreisige Leistungen an Konzerngesellschaften zulässig sind, wenn dies im Interesse des Gesamtkonzerns erfolgt. Richtigerweise müssen die Interessen der Gläubiger der einzelnen Konzerngesellschaften individuell betrachtet werden (BGE 130 III 213, 219). Nur dann, wenn eine unentgeltliche oder unterpreisige Leistung einer Konzerngesellschaft an eine andere auch im Interesse der leistenden Gesellschaft liegt, z.B. weil eine Insolvenz einer Gruppengesellschaft de facto auch die Insolvenz der übrigen Gruppengesellschaften zur Folge hätte, und wenn davon ausgegangen werden kann, dass die Insolvenz einer der beteiligten Gesellschaften nicht unabwendbar ist, sind nach Auffassung des Rezensenten derartige Leistungen zulässig. Auch statutarische Klauseln, wonach unentgeltliche Leistungen an Gruppengesellschaften zum Gesellschaftszweck gehören, erlauben kein Verschleudern von Vermögenswerten zu Lasten der Gläubiger.

Bei der argen Nachlässigkeit in der Berufsausübung oder Vermögensverwaltung handelt es sich meistens um Fälle von sogenanntem Übernahmeverschulden, welches in der Übernahme von Organpflichten trotz offensichtlich fehlender Geschäftserfahrung, Fachkenntnisse und finanzieller Grundlagen besteht (S. 85). Darunter fällt die Missachtung der Pflicht zur Anzeige der Überschuldung an den Richter gemäss Art. 725 OR (S. 85).

Täter kann nur der Schuldner sein, es handelt sich um ein Sonderdelikt. Drittpersonen, namentlich die Gegenpartei, können jedoch Anstifter oder Gehilfe sein (S. 104), sie bleiben indes straflos wenn sich ihr Verhalten auf die blosser Entgegennahme respektive Hingabe der fraglichen Werte beschränkt (S. 105).

Objektive Strafbarkeitsbedingungen sind die Konkursöffnung oder die Ausstellung eines Verlustscheins. Gemäss Art. 171 Abs. 1 StGB fällt auch der gerichtliche Nachlassvertrag darunter, wobei sich PETER HERREN der Auffassung anschliesst, wonach darunter nicht nur der Liquidationsvergleich, sondern auch der ordentliche Nachlassvertrag (Dividenden- oder Stundungsvergleich) fällt (S. 136).

Obwohl Fahrlässigkeit in Art. 165 nicht erwähnt ist, soll gemäss herrschender Lehre, welcher sich der Autor anschliesst, auch die Grobfahrlässigkeit strafbar sein (S. 120 ff.). Gemäss dem Bundesgericht kommt bei der Misswirtschaft die Fahrläs-

sichtigkeit schon in der Umschreibung des Tatbestandes selbst zum Ausdruck, andererseits sei es in ihrem Wesen nach so sehr Fahrlässigkeitsdelikt, dass ihre vorsätzliche Begehung eher die Ausnahme bilde (BGE 104 IV 165). De lege ferenda schlägt der Autor zu Recht vor, die Strafbarkeit der Grobfahrlässigkeit in das Gesetz aufzunehmen (S. 177). Des Weiteren verlangt er eine präzisere Formulierung der Misswirtschaft nach Vorbild des deutschen Bankrott-Straftatbestandes (§ 283 dStGB) mit dem Wortlaut: « ..., oder in einer anderen, den Anforderungen einer ordnungsgemässen Wirtschaft grob widersprechenden Weise» (S. 183). Schliesslich moniert er, dass sich ein Pfändungsschuldner nach Aufhebung eines Verlustscheins in Folge Bezahlung nicht auf diesen Strafaufhebungsgrund berufen kann, weil Art. 171^{bis} StGB auf den Fall des Konkurswiderrufs beschränkt ist (S. 180).

Es handelt sich bei dem Werk um eine solide strafrechtliche Arbeit. Aus der Sicht des Insolvenzrechtlers wäre indes zumindest bei den objektiven Tatbeständen eine vertiefte Auseinandersetzung mit dem Zivilrecht wünschbar gewesen.

D. St.

STEFAN KNOBLOCH, *Die zivilrechtlichen Risiken der Banken in der sanierungsbedürftigen Unternehmung, unter besonderer Berücksichtigung der paulianischen Anfechtung und der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit*, Diss. Zürich 2006

Banken als Kreditgeber sind verschiedenen Risiken ausgesetzt. Zum primären Risiko, dass der Schuldner den Kredit nicht mehr zurückzahlen kann, kommen diverse sekundäre Risiken, wie die paulianische Anfechtung, wenn die Bank den Kredit vor den übrigen Gläubigern zurückbezahlt erhält sowie der Vorwurf, sie habe als faktisches Organ gehandelt. STEFAN KNOBLOCH gibt in seiner Arbeit hierzu einen schönen Überblick über die geltende Rechtslage. Im ersten Teil behandelt er kurz die Umqualifizierung von Fremd- in Eigenkapital (S. 5 ff.) und kommt hierbei zum Schluss, dass dieses Institut im Zivilrecht abzulehnen sei, soweit es nicht mit dem Durchgriff begründet werden kann. Dies gelte selbst für die Situation, in der dem Darleiher eine Organstellung bei der Darlehensnehmergesellschaft zukommt (S. 19). Allein wenn die Bank Alleinaktionärin der Darlehensschuldnerin wäre, würde sich eine Umqualifizierung rechtfertigen (S. 20).

Nach Erscheinen des zu besprechenden Werkes hat sich das Bundesgericht in einem Entscheid vom 2. März 2006 (5c.226/205) erstmals zu der aus der deutschen Lehre stammenden Figur des kapitalersetzenden Darlehens geäussert. Es hat hierbei die Umqualifizierung von Aktionärsdarlehen unter bestimmten Umständen in Eigenkapital, wenn sie nach Umfang, Ausgestaltung oder Zeitpunkt von einem Dritten nicht erhältlich gewesen wären, zu Recht abgelehnt (E. 3). Ob in dieser Situation indes von einem konkludenten Rangrücktritt auszugehen sei, konnte das Bundesgericht in casu offen lassen, da bei der Gewährung der strittigen Aktionärsdarlehen weder eine Überschuldung noch überhaupt eine Unterbilanz vorlag oder zu erwarten war (E. 4).

Bezüglich der Frage, ob bei einer Kapitalerhöhung mit Verrechnungsliberierung (Debt-Equity-Swap) die zur Verrechnung gebrachte Forderung werthaltig sein muss, was im Falle eines sanierungsbedürftigen Unternehmens nur noch mit entsprechendem Diskont der Fall ist, kommt KNOBLOCH aufgrund einer historischen, systematischen und teleologischen Auslegung zum Schluss, dass die zur Liberierung gebrachte Forderung nicht werthaltig sein muss (S. 75). In der neuesten Aktienrechtsrevision soll dieser Grundsatz nun ausdrücklich in das Gesetz aufgenommen

werden (Art. 634b E-OR; BBl 2008, S. 1641 f.), was aus Sicht des Sanierungsrechts sehr zu begrüssen ist.

Bei der paulianischen Anfechtung vertritt der Autor die Auffassung, eine Anfechtung gemäss Art. 287 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG ent falle auch dann, wenn die Fälligkeit vorzeitig durch eine vertragliche Fälligkeitsklausel herbeigeführt worden sei (S. 130). Dies ist wohl richtig (a. M. ISAAC MEIER, ZSR 1996, 305), denn die vertraglich vorgesehene Fälligkeit bei verschlechterter Vermögenssituation des Schuldner rechtfertigt für sich allein noch keine Anfechtung. Die Korrektur erfolgt hierbei durch die Absichtsanfechtung gemäss Art. 288 SchKG (S. 131).

Die vorgenannte Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital durch Verrechnungsliberierung birgt auch anfechtungsrechtliche Risiken, da hierbei regelmässig eine Tilgung mit Hilfe eines unüblichen Zahlungsmittels (Art. 287 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG) und/oder die Tilgung einer nicht fälligen Schuld (Art. 287 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG) erfüllt sind (S. 147). Die Anfechtung wird jedoch diesfalls am nicht vorhandenen Nutzen scheitern, da dadurch der Anfechtende bloss wertlose Aktien erhalten würde und auch keine Liberierungsforderung in bar entsteht. Einzig wenn der Kreditgläubiger die erworbenen Aktien zu einem höheren Wert veräussern konnte, als den, den er als Konkursdividende für die wiederauflebende Kreditforderung erhalten würde, wäre eine Anfechtung möglich (S. 149 ff.).

Eine Anfechtung ist auch bei der Gründung einer Auffanggesellschaft möglich, wenn die Aktiven zu einem zu tiefen Preis übertragen werden (S. 151 ff.).

Im dritten Teil über die Haftung aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit geht es hauptsächlich um die Frage, wann die Kredit gebende Bank als faktisches Organ qualifiziert werden kann (S. 165 ff.). Massgebend ist hierbei die Usurpation der Entscheidung durch Macht. Solange die formalen Organe den eigenen Willen weiterhin rechtlich und tatsächlich durchsetzen können, hat der Einfluss nehmende Dritte keine Organstellung (S. 201 ff.). Problemlos sind diesbezüglich Beratungsdienstleistungen; werden der Bank dagegen organtypische Aufgaben explizit oder auch stillschweigend übertragen, wie z.B. die Entscheidungskompetenz in Finanzierungsfragen, wird sie mit der Übertragung und der Annahme dieser Kompetenz zum materiellen Organ. Eine tatsächliche Einflussnahme ist nicht erforderlich (S. 232). Auch die Durchsetzung eines Neuverschuldungsverbotes gemäss Kreditvertrag kann zur Organstellung führen (S. 235). Eine Ausschliesslichkeitsklausel, wonach der Kreditschuldner den Zahlungsverkehr nur über den Kreditgeber abzuwickeln hat, ist aktienrechtlich unbedenklich (S. 237). Eine Zweckbestimmungsklausel in einem Kreditvertrag kann unter Umständen zu einer faktischen Organstellung führen, wobei jedoch eine Haftung des Kreditgebers in aller Regel an der mangelnden Pflichtwidrigkeit scheitern dürfte (S. 241). Das Recht zu bestimmen, welcher Gläubiger befriedigt werden soll, kann zwar unter Umständen zu einer faktischen Organstellung führen, auf Grund fehlender Pflichtwidrigkeit jedoch nicht zu einer Haftung aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit, da das Aktienrecht keine Gläubigergleichbehandlungspflicht kenne (S. 241 unter Verweis auf THOMAS REBSAMEN, Die Gleichbehandlung der Gläubiger durch die Aktiengesellschaft, 2004). Auch problemlos sind Fusionierungsverbot und Beteiligungshalteklausel (Anti-Merger-Klausel, Share-Maintenance-Klausel, S. 244). Die Vermögensverwendungsklausel (Anti-Disposal-Covenant, S. 246 f.), Gleichrangigkeitsklausel (Pari-Passu-Klausel), Negativklausel (Negative-Pledge-Klausel), Verzugsklausel (Default-Klausel) und Drittverzugsklausel (Cross-Default-Klausel) greifen in organtypische Aufgaben ein, dürften indes aufgrund fehlender Pflichtwidrigkeit respektive adäquat-kausal ver-

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

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

D. St.

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

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

D. St.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

D. St.