

Neue Literatur zum SchKG (2009/10)

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

Einleitung

Die Vereinigung für Schuldbetreibungs- und Konkursrecht (SchKG-Vereinigung, association LP) hat an ihrer 13. Jahresversammlung vom 1. Dezember 2011 in Bern zum sechsten Mal den mit CHF 5'000.– 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 beiden Rezensenten, lagen unter anderem die nachfolgend in alphabetischer Reihenfolge zu besprechenden zehn Arbeiten aus den Jahren 2009 und 2010 (Erscheinungsjahr gemäss den bibliographischen Angaben) vor. Den Preis erhielten ex aequo EUGEN FRITSCHI, Verfahrensfragen bei der Konkurseröffnung, Diss. Zürich 2010, JÜRIG ROTH, Sanierungsdarlehen: Nachrang, Gleichrang, Vorrang, Diss. Basel 2009 und DOMINIC STABLE, Die Online-Auktion als alternative Verwertungsmassnahme im schweizerischen Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Diss. Basel 2010.

CLAUDE AEMISEGGER, Qualifizierte Schuldurkunden und SchKG, Thèse Lausanne, Genf/Zürich/Basel 2009

Qualifizierte Schuldurkunden enthalten entweder die einfache Präsentationsklausel (Recht, aber nicht Pflicht des Schuldners, die Präsentation zu verlangen), die einfache Legitimationsklausel (Recht, aber nicht Pflicht des Schuldners, den Vorweisenden als Berechtigten zu anerkennen), die einfache Wertpapierklausel (Pflicht des Schuldners, nur demjenigen zu leisten, der die Urkunde vorlegt), die Inhaber Klausel (Pflicht des Schuldners, dem Inhaber zu leisten), die Ordre Klausel (Pflicht des Schuldners, nur derjenigen Person zu leisten, deren Name sich aus dem Urkundentext oder aus Indossamenten hervorgeht) oder Kombinationen verschiedener Klauseln (S. 5 ff.). Nach der Definition und einem Rückblick in die Geschichte (S. 11) gibt AEMISEGGER einen Überblick über die verschiedenen Erscheinungsformen dieser Papiere (S. 21 ff.).

Bezüglich des betriebsrechtlichen Einleitungsverfahrens unterscheidet der Autor zwischen qualifizierten Schuldurkunden mit direkten Geldforderungen (Lebensversicherungspolice, Namensparheft, Kassenobligation, Anleihenobligation, Wandelobligation, Pfandbrief, Schuldbrief, Wechsel und Check, S. 69 ff.) und den Schuldurkunden mit indirekten Geldfor-

derungen (Fondsanteilschein, Anteilschein an einer Genossenschaft, Urkunde über einen GmbH-Anteil, Inhaberaktie, Genussschein, Partizipationsschein und Namenaktie, S. 111 ff.). Nur erstere enthalten ohne weiteres einen Titel für die provisorische Rechtsöffnung.

Beim folgenden Kapitel über die Pfändung stellt sich die Frage, inwiefern qualifizierte Schuldurkunden pfändbar sind (S. 137 ff.). Entscheidend ist hierbei, ob die Urkunde jeweils verwertbar ist. Nicht massgebend sind vertragliche Übertragungsbeschränkungen. Fällige Geldforderungen sind vom Betreibungsamt einzuziehen, bei nicht fälligen und bestrittenen Forderungen sowie bei Nichtgeldforderungen ist die Urkunde zu verwerten. Weitgehend analog verhält es sich im Konkurs (S. 233 ff.). Bei der Betreibung auf Pfandverwertung untersucht AEMISEGGER vor allem, inwiefern diese Schuldurkunden praktisch überhaupt verpfändet werden können. Beim Arrest gelten weitgehend die Regeln für die Pfändung (S. 323 ff.) und beim Nachlassvertrag die Regeln für den Konkurs (S. 357 ff.). Das Werk schliesst mit einer Zusammenfassung (S. 383 ff.) und einem Sachregister.

Angesichts der Entmaterialisierung der Wertpapiere durch Wert-, Buch- und Registerrechte dürfte es sich hierbei um eine der letzten Arbeiten zum klassischen Wertpapierrecht handeln. D.St.

EUGEN FRITSCHI, Verfahrensfragen bei der Konkurseröffnung, Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2010

Publiée en 2010, la thèse de EUGEN FRITSCHI a pour titre «*Verfahrensfragen bei der Konkurseröffnung*». Cette thèse est, comme l'indique son intitulé, consacrée à l'analyse de diverses questions de procédure en lien avec l'ouverture de la faillite. L'auteur s'attèle à analyser successivement les divers aspects juridiques auxquels se trouve confronté le juge en charge de statuer sur une requête de faillite. Dans son approche, l'auteur évoque sans compromission de nombreux aspects délicats, ne craint pas les écueils et propose toujours une solution. Il convient en outre de saluer le souci – étant rappelé que la thèse a été publiée en 2010 – d'anticiper l'entrée en vigueur du CPC ainsi que de diverses modifications de la LP prévues pour le 1^{er} janvier 2011.

L'auteur commence par analyser les conditions qui doivent préexister chez le débiteur pour qu'une procédure d'exécution dirigée à son encontre débouche

sur le prononcé d'une faillite, n'hésitant pas à traiter des dispositions particulières qui s'appliquent en cas de poursuite pour les dettes d'un trust ou encore de la faillite d'un trustee (art. 284a et 284b LP). L'auteur aborde dans un deuxième temps, en détails, la procédure ordinaire de faillite (qu'il distingue de la poursuite par voie de saisie, de la poursuite en réalisation du gage et de la poursuite pour effet de change): il mène ainsi le lecteur sur tout le chemin qui mène de la réquisition de poursuite à la clôture de la faillite, en passant par la commination de faillite, le jugement de faillite, le choix de la procédure applicable (230 à 232 LP), et l'inventaire (tant avant la faillite [art. 162 LP], qu'à la suite du prononcé de celle-ci [art. 221 ss LP]).

Dans un chapitre suivant, l'auteur décrit les spécificités du mécanisme de la mise en faillite sans poursuite préalable (art. 190 à 192 LP), avant d'aborder une analyse complète et détaillée des questions procédurales soulevées par la phase du prononcé de la faillite, y compris la problématique des coûts, de l'avance des frais, de la responsabilité du requérant à raison des frais générés par la procédure de faillite jusqu'à une éventuelle suspension (art. 169 LP), tout comme la problématique de l'assistance judiciaire.

Il s'agit d'une analyse très méthodique, fouillée, complète et bien structurée. L'appareil critique est excellent, même si la littérature francophone semble quelque peu délaissée. Cette analyse à la fois complète et détaillée constitue à n'en point douter un ouvrage fort utile pour le praticien appelé à œuvrer dans le cadre parfois sinieux d'une procédure de mise en faillite. N.J.

THOMAS GATTLEN, Die Verwertung zugunsten der Gläubiger im System des Unternehmenssanierungsrechts der Schweiz, Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2010

Publiée en 2010, la thèse de THOMAS GATTLEN a pour titre «Die Verwertung zugunsten der Gläubiger im System des Unternehmenssanierungsrechts der Schweiz». Cette thèse est consacrée à la réalisation en faveur des créanciers dans le système actuel du droit de l'assainissement de l'entreprise en Suisse.

Après avoir rappelé quelques concepts de base en rapport avec la réalisation et avec l'assainissement, l'auteur s'attache à définir les limites auxquelles se heurtent de telles réalisations d'actifs survenues en dehors de l'ouverture d'une procédure de liquidation, telle la faillite. On pense tout naturellement à la révocabilité au sens des art. 285 ss LP, analyse dans le cadre de laquelle l'auteur se pose la question du rôle joué par la mise en œuvre de l'art. 423 CO (droit du maître de s'approprier les profits d'une gestion alors même qu'elle n'aurait pas été entreprise dans son intérêt) s'agissant de définir l'ampleur du devoir de restitution au sens de l'art. 291 LP. Toujours dans la recherche de ces limites, l'auteur retient que les organes d'une personne morale sont susceptibles d'engager leur responsabilité dans certains cas de réalisation d'actifs en application de l'art. 717 CO

relatif au devoir de diligence et de fidélité des membres du conseil d'administration de la SA. Enfin, ces limites sont également envisagées sous l'angle du droit pénal, et plus particulièrement des art. 163, 164, 165 et 167 CPS.

Après s'être situé dans une perspective extra procédurale, l'auteur poursuit l'analyse de sa thématique en se plaçant dans le cadre de procédures d'exécution n'ayant pas pour but une liquidation, ce qui l'amène à envisager l'ajournement de faillite (art. 725a CO) et le sursis concordataire (art. 293 ss LP), cas de figure auquel vient s'ajouter – le contexte est toutefois différent des précédents – la décision prise par la masse en faillite de poursuivre l'activité de l'entreprise (art. 237 al. 3 ch. 2 LP).

Abordant la perspective de la liquidation, l'auteur s'intéresse alors à la réalisation d'actifs pendant la procédure de faillite (hors l'optique de la continuation de l'activité d'une entreprise pendant la faillite, déjà abordée), ce qui l'amène à analyser l'art. 256 LP. Dans ce cadre, THOMAS GATTLEN aborde la problématique à la fois cruciale et intéressante de la réalisation de gré à gré survenant par l'entremise de personnes privées, ce que le Tribunal fédéral admet en particulier pour la réalisation d'œuvres d'art. L'auteur propose une vision élargie des conditions de mise en œuvre d'une telle possibilité.

Par souci d'être complet, cet ouvrage aborde la réalisation lorsqu'elle survient dans le cadre de la mise en œuvre d'un concordat ordinaire (voir 314 al. 2 LP) de même que celle d'actifs découverts ultérieurement à la clôture de la faillite (art. 269 LP). Tout cela non sans omettre le contexte particulier de la faillite bancaire.

Le sujet traité est intéressant, l'ouvrage est sérieux et structuré. On regrettera l'infime portion réservée à la doctrine romande, tout comme la perspective exclusivement descriptive dans laquelle est traité un sujet qui n'en demeure pas moins alléchant. N.J.

MARIA GIANNATASIO, Le statut des bateaux, en particulier dans l'exécution forcée, et la procédure de limitation de la responsabilité moyennant constitution d'un fonds de limitation, Thèse Lausanne, Genève/Zurich/Bâle 2009

Nach einer Definition des Rechtsbegriffes Schiff (S. 11) erläutert GIANNATASIO die Registrierung von Schiffen. Je nach Grösse, Verwendungszweck und Fahrgebiet sind sie entweder gemäss dem Bundesgesetz über das Schiffsregister (SR 747.11) in das eidgenössische Schiffsregister oder gemäss Art. 15 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Binnenschiffahrt (BSG, 747.201) in ein kantonales Register einzutragen. In Art. 1 der Schiffsregisterverordnung (SR 747.111) werden diejenigen Grundbuchämter bestimmt, welche das eidgenössische Schiffsregister zu führen haben. Hochseeschiffe sind in schweizerischen Seeschiffregister in Basel zu registrieren (Art. 17 ff. Bundesgesetz über die Seeschiffahrt unter der Schweizer Flagge, Seeschiffahrtsgesetz, SR 747.30). Schweizerische Hochseeyachten sind in das schweizerische

Yachtregister in Basel einzutragen (Verordnung über die schweizerischen Yachten zur See, Yachtenverordnung, SR 747.321.7).

Die Registrierung bewirkt weitgehend, dass Erwerb und Verlust dinglicher Rechte gemäss den Grundsätzen des Immobiliarsachenrechtes durch Eintragung und Streichung im Register erfolgen, ohne dass die Schiffe deswegen zu Grundstücken werden (S. 33). Dies gilt nicht für die kantonalen Register und für das Yachtregister (S. 41). Wichtige Konsequenz der Eintragung in das eidgenössische Schiffsregister und in das Seeschiffregister ist die Möglichkeit, Registerpfandrechte zu errichten (S. 63 ff.). Dadurch können zwecks Finanzierung die Schiffe pfandrechtl. belastet werden, ohne dass der Besitz dem Pfandgläubiger übergeben werden muss. Analog zum Bauhandwerkerpfandrecht bestehen gesetzliche Pfandrechtsforderungen aus Arbeiten am Schiff für Lohnforderungen der Besatzung und für Forderungen aus Hilfeleistung und Bergung gemäss Art. 53^{bis} Schiffsregistergesetz. Ähnliches gilt gemäss dem internationalen Übereinkommen vom 10. April 1926 zur einheitlichen Feststellung einzelner Regeln über Privilegien und Hypotheken an Seeschiffen (SR 0.747.322.2), auf welcher Art. 38 Seeschiffregistergesetz verweist (S. 86 ff.).

Bei im eidgenössischen Schiffsregister registrierten Schiffen richtet sich die Zwangsvollstreckung nach den Regeln über die Vollstreckung in Grundstücke (Art. 54 Abs. 1 Schiffsregistergesetz, S. 121 ff.). Zuständig ist das Betreibungsamt am Ort des jeweiligen eidgenössischen Schiffsregisters (Art. 55 Schiffsregistergesetz; S. 125). Schiffe sind als Letztes zu pfänden (Art. 56 Schiffsregistergesetz; S. 126). Bei der Pfändung des Schiffes ist unverzüglich der Schiffsbrief in amtlichen Beschlag zu nehmen. Das Schiff ist dem Betreibungsamt auf erste Aufforderung hin zur Verfügung zu stellen (Art. 57 Schiffsregistergesetz, S. 131 ff.). Die Betreibung auf Pfandverwertung wird in Art. 59 Schiffsregistergesetz geregelt, wonach hier das Betreibungsamt von der Zustellung des Zahlungsbefehls an die Verwaltung des Schiffes übernimmt (S. 138 ff.). In Konkurs ist das Schiff vom Schiffsführer unverzüglich an den von der Konkursverwaltung bezeichneten Ort zu bringen (Art. 60 Schiffsregistergesetz; S. 147 ff.). Bei der Versteigerung eines Schiffes sind die Pfandschulden auch dann aus dem Steigerungserlös bar zu bezahlen, wenn sie nicht fällig sind (Art. 61 Schiffsregistergesetz). Eine Überbindung findet nicht statt (S. 154 ff.). Für die im schweizerischen Seeschiffregister eingetragenen Hochseeschiffe gelten die vorgenannten Grundsätze analog (S. 122). Die in einem kantonalen Register und in schweizerische Yachtregister eingetragenen Schiffe unterliegen den Regeln betreffend die Zwangsvollstreckung in Fahrnis (S. 171 f.).

Wie in der Luftfahrt gibt es auch in der Schifffahrt Staatsverträge über die Beschränkung der Haftung der Schiffseigentümer für Unfälle. Von Bedeutung sind hierbei das Strassburger Übereinkommen über die Be-

schränkung der Haftung in der Binnenschifffahrt vom 4. November 1988 (CLNI, SR 0.747.206), das internationale Übereinkommen über die Beschränkung der Haftung der Eigentümer von Seeschiffen vom 10. Oktober 1957 (SR 0.747.331.52) und das Übereinkommen 1976 über die Beschränkung der Haftung für Seeforderungen vom 19. November 1976 (SR 0.747.331.53). Dabei kann derjenige, der haftbar gemacht wird, bei dem Gericht oder einer sonst zuständigen Behörde eines Vertragsstaats, in dem ein gerichtliches Verfahren gegen ihn eingeleitet wird, einen Fonds errichten und in diesen Fonds diejenigen Beträge einzahlen, bezüglich deren seine Haftung in Betracht kommt. Soweit ein derartiger Fonds errichtet ist, besteht nicht nur eine betragsmässige, sondern auch eine sachliche Haftungsbeschränkung, in dem die Zwangsvollstreckung nur noch in Vermögenswerte des Fonds erfolgen kann. Es soll damit verhindert werden, dass der Gesamtbetrieb durch Zwangsvollstreckungsmassnahmen blockiert wird (S. 173 ff.).

Konzessionierte Schifffahrtsunternehmen unterliegen dem Bundesgesetz über Verpfändung und Zwangsliquidation von Eisenbahn- und Schifffahrtsunternehmen (SR 742.211). Dieses enthält Bestimmungen über die Verpfändung (Art. 1–12; S. 275 ff., wobei mit Zustimmung des Bundesrates eine generelle Hypothek errichtet werden kann), die Zwangsliquidation, welche unter der Aufsicht des Bundesgerichts erfolgt (Art. 13–15; S. 291 ff.) und den Nachlassvertrag, wobei auch hier das entsprechende Gesuch beim Bundesgericht einzureichen ist (Art. 51–77; S. 321 ff.).

Das Werk schliesst mit Bemerkungen zum internationalen Privat- und Zwangsvollstreckungsrecht. Im letzteren Fall geht es insbesondere um die Belegenheit, wenn sich Registerort und tatsächlicher Standort des Schiffes in verschiedenen Staaten befinden. Hierbei stellt sich auch die Frage, inwiefern Zwangsvollstreckungsmassnahmen am Registerort vom Staat des Lagesortes und vice versa anerkannt werden (S. 360 ff.). Namentlich im Bereich der Spezialexécution scheinen schweizerische Massnahmen von unseren Nachbarstaaten nicht anerkannt zu werden (S. 367, FN 2483).

GIANNATASIO gelingt es, ein für uns Binnenländer wenig bekanntes Rechtsgebiet übersichtlich darzustellen. Sie verknüpft hierbei mit Geschick die zahlreichen unterschiedlichen nationalen und internationalen Rechtsquellen. Die schweizerische Rechtslage ist umfassend dargestellt; ein grundsätzlich wünschenswerter Blick in das Ausland hätte wohl den Rahmen der Arbeit gesprengt.

D.St.

MONIKA GUTH, *Die direkte Vollstreckung von Urteilen ohne Einleitungsverfahren*, Diss. Basel, Zürich/St. Gallen 2010

Publiée en 2010, la thèse de MONIKA GUTH a pour titre «*Die direkte Vollstreckung von Urteilen ohne Einleitungsverfahren*». L'ouvrage est consacré à la thématique de

l'exécution directe des jugements, sans que ne soit nécessaire une procédure préalable devant l'autorité d'exécution.

L'auteur commence par une démarche de droit comparé qui l'amène à examiner les solutions prévalant en Allemagne, en France, en Italie et en Angleterre.

Cela fait, MONIKA GUTH se livre à une analyse détaillée du paysage de l'exécution forcée en Suisse qui, à l'époque de la publication de cet ouvrage (c'est-à-dire antérieurement à l'entrée en vigueur du CPC au 1^{er} janvier 2011) était gouverné par la LP (prestations en argent), les codes de procédure cantonaux (prestations *in forma specifica*) ainsi que par des conventions internationales. Fort opportunément, l'auteur anticipe la perspective de l'entrée en vigueur du CPC au 1^{er} janvier 2011 qui, sur ce point, est innovant puisqu'il prévoit une exécution directe en vertu de laquelle le juge du fond ordonne lui-même les mesures d'exécution (art. 236 al. 3 CPC). Le thème central de l'ouvrage est consacré à l'analyse de la question de savoir dans quelle mesure les principes de l'exécution directe issue du CPC pourraient être concrétisés au sein de la LP. Dans un monde idéal, il devrait en effet être possible de passer au stade de l'exécution proprement dite (art. 88 LP) sans que le créancier ne soit obligé d'utiliser la procédure préalable de la notification du commandement de payer (art. 67 ss LP) et de la mainlevée de l'opposition (art. 79 ss LP), du moins lorsque la créance se fonde sur un jugement exécutoire. La distorsion qui prévaut actuellement en droit suisse en matière d'exécution de jugement portant sur l'exécution en argent et sur l'exécution *in forma specifica* n'est ni cohérente ni satisfaisante.

Pour en rester sous l'angle de la LP, le créancier au bénéfice d'une décision exécutoire devrait pouvoir obtenir la saisie (art. 89 ss LP) ou la notification d'une commination de faillite (art. 159 ss LP) en s'adressant d'emblée et sans aucune autre démarche préalable à l'Office, possibilité étant donnée au débiteur de saisir lui-même le Tribunal de l'exécution lorsqu'il entend se prévaloir d'arguments faisant obstacle à l'exécution, à l'instar de ce que prévoit l'art. 337 al. 2 CPC pour les prestations *in forma specifica*. Cette saisine du juge de l'exécution dans le cadre de la LP devrait être possible dans un délai de dix jours suivant la réception de l'avis de saisie (art. 90 LP), respectivement de la commination de faillite (art. 159 LP). Pour le surplus, la LP dispose d'ores et déjà de garde-fous tels que les art. 85, 85a et 86 LP.

L'auteur relève enfin, à juste titre, que la mise en œuvre de la Convention de Lugano révisée concomitamment à l'entrée en vigueur du CPC permet désormais – ce qui n'était jusqu'ici pas possible s'agissant de prestations en argent – d'obtenir des mesures conservatoires sans audition préalable de la partie succombante par le biais de l'art. 271 al. 1 ch. 6 LP, applicable pour tous les titres exécutoires (peu importe qu'ils relèvent ou non de la Convention de Lugano).

La thèse de MONIKA GUTH propose une démarche claire et cohérente, dont l'efficacité est renforcée par une véritable approche de droit comparé. L'appareil critique est étendu et l'auteur a le mérite d'émettre des propositions dont l'adoption permettrait sans aucun doute d'aboutir en Suisse à un système d'exécution forcée uniforme et cohérent. Sa mise en œuvre devra toutefois passer par un véritable « choc culturel » en Suisse: l'abandon de la procédure de poursuite préalable, actuellement imposée au créancier alors même qu'il est au bénéfice d'un titre exécutoire. N.J.

OLIVER HARI, *Le commissaire au sursis dans la procédure concordataire (art. 293 ss LP), Statut fonctions et responsabilité, Avec une analyse de l'activité des mandataires nommés par la FINMA en cas d'insolvabilité d'un assujetti*, Thèse Neuchâtel, Genève/Zurich/Bâle 2010

OLIVER HARI'S Studie befasst sich mit dem Sachwalter in der Nachlassstundung. Der Sachwalter erfüllt ein öffentliches Amt (S. 25 ff.), unterliegt den Ausstandsvorschriften von Art. 10 SchKG (S. 35 ff.), untersteht der Aufsicht der Aufsichtsbehörde (S. 53 ff.), hat Anspruch auf ein Honorar (S. 63 ff.), das jedoch im nachfolgenden Konkurs weder privilegiert ist, noch eine Massforderung darstellt, womit der Sachwalter immer einen Vorschuss verlangen sollte), löst die Staatshaftung von Art. 5 SchKG aus (S. 77 ff.) und kann sich strafrechtlich verantwortlich machen (S. 85 ff.).

Bei der Auswahl des Sachwalters untersucht der Autor inwieweit das Gebot der Rechtsgleichheit zu beachten ist (theoretisch, S. 109 ff.), ob das Binnenmarktgesetz zur Anwendung gelangt (negativ, S. 111 f.), und diskutiert die Zulässigkeit ergänzender kantonaler Bestimmungen (S. 116 ff.).

Sodann beschreibt HARI u.a. die Aufgaben des provisorischen Sachwalters (S. 127 ff.), die Überwachungsfunktionen des definitiven Sachwalters (S. 132 ff.), das Schicksal von laufenden Betreibungen und Prozessen (S. 155) und die Verrechnung in der Stundung (S. 163 ff.). Es folgen Ausführungen zu den Auswirkungen der Stundung auf das Schicksal von Verträgen (S. 167 ff.): Keine Anwendung von Art. 208 SchKG (Fälligkeit aller Forderungen), keine Anwendung von Art. 211 Abs. 1 SchKG (Umwandlung von Real- in Geldforderungen; anders ROBERT-TISSOT im nachfolgend rezensierten Werk), Anwendbarkeit von Art. 83 OR (Möglichkeiten bei Zahlungsfähigkeit der Gegenpartei, vom Autor fälschlicherweise *cautio iudicatum solvi* genannt), Anwendbarkeit von Art. 107 (Rücktritt bei Verzug), keine Möglichkeit der Kündigung aus wichtigen Gründen, analoge Anwendung von Gesetzesbestimmungen betreffend das Schicksal von Verträgen im Konkurs.

Es folgt ein ausführliches Kapitel über die Übertragung des Geschäftsbetriebes oder von Teilen davon während der Stundung (S. 179 ff.). Diese bedarf als Verfügung über Anlagevermögen der Zustimmung des

Nachlassrichters (Art. 298 Abs. 2 SchKG). Sie sollte zudem erst erfolgen, nachdem das Inventar erstellt und die Passiven auf Grund der Geschäftsbücher provisorisch eruiert worden sind. Besonders dargestellt wird hierbei die Rechtsstellung der Aktionäre (die ihre Rechte zu Gunsten der Gläubiger verloren haben) und Arbeitnehmer (Art. 333 OR). Falls Immobilien während der Stundung mit Zustimmung des Nachlassrichters verkauft werden, hat dies auf dem Wege eines privatrechtlichen Vertrages zu geschehen, soweit ein ordentlicher Nachlassvertrag (Dividendenvergleich) angestrebt wird. Wenn indes ein Liquidationsvergleich in Aussicht genommen wird, kann die Verwertung sowohl privatrechtlich, wie auch durch zwangsvollstreckungsrechtliche Versteigerung vorgenommen werden (S. 199 ff.).

Bezüglich des Verfahrens behandelt HARI die Nachlassstundung von der Publikation (S. 203 f.), über die Protokollierungspflichten des Sachwalters (S. 206 ff.), Anträge auf Verlängerung (S. 210 ff.) und Widerruf (S. 213 ff.) der Stundung, Inventaraufnahme (S. 216 ff.), Schuldenruf (S. 222 ff.), Feststellung der Passiven (S. 225 ff.), Einberufung und Durchführung der Gläubigerversammlung (S. 231 ff.), bis zum Zwischen- und Schlussbericht (S. 257 ff.).

Es folgt eine (kurze) Darstellung der Anerkennung ausländischer Nachlassstundungen (S. 267 ff.). Die Hauptfragen sind hier, inwieweit für die in der Schweiz belegenen Vermögenswerte vom Schweizer Gericht ein Sachwalter einzusetzen ist und ob die Anerkennung eines ausländischen Nachlassvertrages immer zur Bildung einer Partikularmasse gemäss Art. 170 ff. IPRG führen muss.

Das letzte grosse Kapitel behandelt die von der FINMA eingesetzten Untersuchungs- und Sanierungsbeauftragten gemäss Art. 26 Abs. 1 lit. b und Art. 28 Abs. 3 BankG, die keine Zwangsvollstreckungsorgane mit Verfügungskompetenz sind, sondern bloss der «bewaffnete Arm der FINMA» (S. 279 ff.).

Das Werk schliesst mit einem Ausblick auf die Revision des Sanierungsrechts in der Fassung der bundesrätlichen Botschaft vom 8. September 2010.

Die Arbeit enthält über seinen Titel hinaus eine umfassende Darstellung der Nachlassstundung. Man sieht, dass der Autor nicht nur theoretische Kenntnisse, sondern auch praktische Erfahrungen von der Materie hat. Die Arbeit wird auch nach der möglichen Revision des Sanierungsrechts ihre Bedeutung beibehalten, wenn man auch hofft, dass der Autor, der inzwischen in Neuchâtel als Professor tätig ist, dann eine Neuauflage in Angriff nehmen wird. Zu kritisieren wäre, dass das mit dem Preis der SchKG-Vereinigung ausgezeichnete Werk von LUKAS BOPP, Sanierung im internationalen Insolvenzverfahren der Schweiz, Diss. Basel 2004, wohl im Text zitiert, jedoch keine Aufnahme in das (im übrigen sehr umfassende) Literaturverzeichnis fand und dass die Werke des Rezensenten im Literaturverzeichnis mit denjenigen seines Vaters Adrian vermischt und einzig unter dessen Namen aufgeführt wurden. D.St.

MARC J. JEKER, *Die Konkurs- und strafrechtliche Aufarbeitung der Kriminalinsolvenz*, Diss. St. Gallen, Zürich/St. Gallen 2009

Im Umfeld vieler Insolvenzen finden strafrechtliche Handlungen statt. Es ist teilweise auch durchaus anspruchsvoll, im Umfeld einer Insolvenz unter anderem die Klippen des betrügerischen Konkurses und Pfändungsbetruges (Art. 163 StGB), der Gläubigerschädigung durch Vermögensminderung (Art. 164 StGB), der Misswirtschaft (Art. 165 StGB) und der Bevorzugung eines Gläubigers (Art. 167 StGB) zu umschiffen. Während in Deutschland die Staatsanwaltschaft beinahe in jedem Insolvenzfall ermittelt, ist dies in der Schweiz (noch) nicht der Fall.

Vor diesem Hintergrund untersucht JEKER die konkurs- und strafrechtliche Aufarbeitung der Kriminalinsolvenz. Ausgangspunkt waren dabei die Versendung von 237 Fragebögen an die Vollstreckungs- und Strafverfolgungsbehörden mit einer Rücklaufquote von knapp 23 % (S. 7 f.).

Nach einem Überblick über das Konkursverfahren (S. 11–149) und die einzelnen in Frage kommenden Straftatbeständen (S. 150–234) folgt eine Darstellung des Strafverfahrens aus der Perspektive der Geschädigten (S. 235–251) sowie Fallbeispiele für die strafrechtliche Aufarbeitung (S. 252–259). Das Werk schliesst mit einem Kapitel über die Zusammenarbeit von Vollstreckungs- und Strafverfolgungsbehörde in der Abwicklung einer Kriminalinsolvenz (S. 260–274) und Schlussbetrachtungen (S. 276–281).

Der Autor postuliert hierbei eine automatische Überweisung von eingestellten Konkursverfahren an die Strafverfolgungsbehörde (S. 279). Des Weiteren kommt er zum Schluss, dass die Kriminalinsolvenz ein zwar seltenes, in seinen volkswirtschaftlichen Auswirkungen aber umso schwerwiegenderes Problem darstelle. Auffällig sei, dass der typische Täter sein Tatmuster vielfach wiederhole und immer wieder neue Unternehmen zum gleichen kriminellen Zweck gründe. Daher solle es verurteilten Tätern und deren Strohmännern verunmöglicht werden, neue Firmen zu gründen (S. 280). D.St.

FABRICE ROBERT-TISSOT, *Les effets du concordat sur les obligations, Analyse en particulier des effets du concordat sur les contrats*, Thèse Fribourg, Genève/Zürich/Bâle 2010

ROBERT-TISSOT beginnt seine Dissertation im 1. Teil mit einer Darstellung des Nachlassvertrages (S. 11 ff.). Entgegen der herrschenden Lehre postuliert er hierbei zu Recht, dass bei einem Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung Zivilprozesse analog Art. 207 SchKG sistiert werden sollten (S. 141 ff.).

Es folgen im 2. Teil die Wirkungen des Vertrages auf die Verbindlichkeiten des Schuldners, aufgeteilt in:

- Schulden, die vor der Gewährung der Stundung entstanden sind (Nachlassforderungen, S. 235 ff., mit

einer umfassenden Analyse wann Forderungen entstehen);

- Schulden, die während der Stundung entstanden sind (Masseschulden, wenn mit Zustimmung des Sachwalters entstanden, Art. 306 Abs. 2 Ziff. 2 und 310 Abs. 2 SchKG, ansonsten Nachlassforderungen, Art. 310 Abs. 1 1. Satz in fine SchKG; S. 281 ff.);
- Schulden, die nach richterlicher Genehmigung eines ordentlichen Nachlassvertrages entstanden sind, wozu nach Auffassung des Autors auch Raten aus Dauerschuldverhältnissen für diesen Zeitraum gehören (keine Einschränkungen, S. 319 ff.);
- Schulden, die von der Masse nach Genehmigung eines Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung eingegangen oder übernommen worden sind (Masseschulden, «Dettes de la masse», S. 323 ff.) und schliesslich
- Schulden, die nach Genehmigung eines Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung entstanden sind, aber weder von der Masse eingegangen, noch übernommen worden sind (nach Auffassung des Autors keine Nachlassforderungen, sondern nur den Nachlassschuldner persönlich betreffende Forderungen, «Dettes dans la masse», S. 325 ff.; fünf Ausnahmen: 1. Mietzinsforderungen, soweit sie noch durch ein Retentionsrecht geschützt sind; 2. Forderungen des Mieters, wenn nach der Verwertung der Erwerber, der Immobilie den Mietvertrag vorzeitig auflöst; 3. Forderungen der Arbeitnehmer wegen vorzeitiger Auflösung des Arbeitsvertrages; 4. Forderungen der Arbeitnehmer für Rückgabe von Sicherheiten; 5. Forderungen aus einem Leibrentenvertrag). Der Autor anerkennt selbst, dass diese Lösung bei Forderungen aus Dauerschuldverhältnissen nicht befriedigend ist und begrüsst den neuen Art. 211a SchKG gemäss Botschaft vom 8. September 2010 (S. 380 ff.). Bei Dauerschuldverhältnissen werden im Falle eines Vertragseintrittes nur die nach richterlicher Genehmigung des Liquidationsvergleiches entstandenen Forderungen Masseschulden (S. 374).

Im 3. Teil behandelt ROBERT-TISSOT das Schicksal der Verträge im Nachlassvertrag. Es geht hierbei um die folgenden aus dem Konkursrecht her bekannten Sachverhalte:

- Keine automatische Auflösung der Verträge, ausser das Gesetz sehe dies ausdrücklich vor. Im Falle einer gesetzlichen Auflösungsklausel unterscheidet der Autor je nach Vertragstypus, ob diese bereits mit der Stundung oder erst bei Genehmigung eines Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung oder auch bei Genehmigung eines ordentlichen Nachlassvertrages ihre Wirkung entfaltet (S. 424 ff.).
- Der Vertragsrücktritt gemäss Art. 107/109 OR ist während der Stundung möglich, aber nach Genehmigung eines Liquidationsvergleiches nicht mehr zulässig (S. 417, 473 ff.).
- Zulässigkeit von Vertragsklauseln für den Insolvenzfall, soweit damit nicht dem Vertragspartner eine

Mehrleistung versprochen wird, auf die er ansonsten keinen Anspruch hat (S. 433 ff.).

- Einrede der Zahlungsunfähigkeit (Art. 83 OR, S. 449 ff.), wobei hier ein Rücktritt während der Stundung entgegen der herrschenden Lehre Anspruch auf Schadenersatz geben soll (S. 456).
- Mit Genehmigung eines Nachlassvertrages sollen die vor der Stundung entstandenen Realforderungen in Geldforderungen umgewandelt werden (Art. 211 Abs. 1 SchKG, S. 461 ff.) und zwar nach Auffassung des Autors auch im Falle eines Dividendenvergleiches (anders HARI im vorstehend rezensierten Werk und die h.L.). Vorbehalten bleiben besondere Bestimmungen im Arbeits- und Mietrecht (S. 464 ff.).

Es folgen Ausführungen zu den einzelnen Verträgen mit einer Darstellung, inwiefern die dargestellten allgemeinen Grundsätze durch Spezialnormen ersetzt werden (S. 477–843).

Das Werk schliesst mit einer Zusammenfassung (S. 845 ff.), Vorschlägen de lege ferenda, wobei insbesondere eine detaillierte Regelung vorgeschlagen wird, wann genau im Laufe eines Nachlassverfahrens ein Vertrag von Gesetzes wegen aufgelöst wird (S. 863 ff.), und einem ausführlichen Schlagwortregister.

Es handelt sich bei dieser (mit dem Prof. Walther Hug-Preis ausgezeichneten) Arbeit um ein äusserst gewissenhaftes Werk; es wurde die gesamte Judikatur und Literatur umfassend verarbeitet. Jurisprudenz ist sammeln und ordnen, dies ist ROBERT-TISSOT hervorragend gelungen. Die Systematik ist in sich stimmig, die Sprache klar und leicht verständlich.

Kritisieren mag man, dass der Autor de lege lata der Theorie folgt, wonach Forderungen aus Dauerschuldverhältnissen, die nach der Genehmigung eines Liquidationsvergleiches entstanden sind, keine Nachlassforderungen, sondern Forderungen gegen den Nachlassschuldner persönlich sind, obwohl dies vom Autor selbst als unbefriedigend bezeichnet wird und in der Praxis (z.B. bei der Liquidation der Swissair) auch so nicht immer gehandhabt wird.

Irritierend wirkt auf den ersten Blick der Umfang des Werkes von 907 Seiten (inkl. Schlagwortregister). Soweit jedoch das Konzept des Autors verfolgt wird, zuerst einen allgemeinen und dann einen besonderen Teil zu verfassen und hierbei alle Eventualitäten und die gesamte Judikatur und Doktrin zu verarbeiten, war eine kürzere Fassung nicht möglich. Die Arbeit enthält auch keine Redundanzen, sondern präzise Verweisungen. Man wird von ROBERT-TISSOT gewiss wieder hören. D. St.

JÜRGEN ROTH, Sanierungsdarlehen: Nachrang, Gleichrang, Vorrang, Diss. Basel, Basel 2009

Publiée en 2009, la thèse de JÜRGEN ROTH a pour titre «Sanierungsdarlehen: Nachrang, Gleichrang, Vorrang». Cette thèse est consacrée à un sujet d'actualité – le prêt d'assainissement – compte tenu notamment de la révision désormais aboutie du droit suisse de l'assainissement.

L'auteur commence par décrire les situations de crise au sein d'une entreprise, dont la résolution nécessite l'obtention de «*new money*» à défaut de quoi l'insolvabilité pourrait devenir définitivement consommée. Or, les diverses parties prenantes liées à l'entreprise ont la plupart du temps des intérêts convergents qui les mènent à préférer la perspective d'un assainissement plutôt que celle d'une liquidation (créancier, partenaire contractuel, membre du conseil d'administration, etc.). La difficulté de l'exercice réside dans l'idée que l'entité sollicitée en vue de l'octroi d'un prêt sera bien souvent très réticente à s'exécuter compte tenu des difficultés dans lesquelles se trouve l'emprunteur. En d'autres termes, quelles sont les perspectives de remboursement auxquels peut s'attendre le prêteur?

Dans certaines circonstances, la créance en remboursement du prêt d'assainissement sera postposée (*Nachrang*) de façon à placer certains créanciers devant leurs responsabilités et à ne pas porter préjudice aux expectatives de répartition des actifs en faveur de tiers créanciers si une faillite devait néanmoins être prononcée. Une autre optique consiste à s'assurer que le prêteur en vue d'un assainissement soit, en cas de liquidation ultérieure, au moins placé sur un pied d'égalité par rapport aux créanciers préexistants (*Gleichrang*). La troisième optique consiste à assurer aux mêmes prêteurs un privilège vis-à-vis des autres créanciers (*Vorrang*) lorsque cette solution seule permet d'obtenir un tel prêt.

Dans une partie subséquente, l'auteur se livre à une analyse détaillée des enjeux du prêt d'assainissement à la lumière de la réforme du droit de l'assainissement en vigueur en Allemagne depuis le 1^{er} novembre 2008, avant de se lancer dans une analyse de droit comparé avec d'autres pays (Autriche, Italie, Espagne, USA, Royaume-Uni et France notamment).

S'ensuit une analyse économique des enjeux sous deux approches différentes: l'ÖAR (*Ökonomische Analyse des Rechts*) et BLE (*Behavioral Law and Economics*). L'auteur compare ces deux perspectives avant de se lancer dans une analyse économique très technique et très poussée des enjeux juridiques du renouvellement de capital à la lumière des nombreux intérêts, parfois contradictoires, qui y sont liés, tout en abordant ces problématiques dans le processus d'un assainissement.

Sur la base de ces analyses très complètes ainsi que de son approche de droit comparé, l'auteur aborde le thème sous l'angle du droit suisse. Tout d'abord *de lege lata*: l'ouvrage propose une étude complète des perspectives juridiques du renouvellement de capital dans l'optique du *Nachrang*, non sans aborder la problématique délicate de prestations opérées à l'intérieur d'un groupe de sociétés en vue d'assainir telle ou telle entité du groupe. Toujours *de lege lata* en droit suisse, l'auteur se place ensuite dans la perspective opposée consistant à octroyer un privilège au pourvoyeur d'un prêt d'assainissement, tout en analysant les conséquences au gré des diverses issues procédurales auxquelles pourra mener la tentative d'assainissement (ajournement de faillite, faillite, procédure concordataire).

Fort de tous ces constants, l'auteur émet alors diverses propositions *de lege ferenda* à l'attention du législateur qui – à l'époque, puisque le processus législatif est désormais achevé – était en charge de la révision du droit suisse de l'assainissement. Pour l'essentiel, ces propositions consistent à se prémunir contre des tentatives d'assainissement paraissant d'emblée infructueuses, tout en formalisant certaines exigences incontournables si on songe à maximiser les chances d'une procédure d'assainissement fructueuse: prévoir une phase de sursis commençant suffisamment tôt pour s'assurer d'une certaine efficacité du processus, adapter le droit de la faillite à ces nouvelles données (en particulier quant aux effets de la faillite sur les contrats) et faciliter l'obtention de capitaux pendant les périodes de crise nécessitant un assainissement.

Tant le sujet traité par JÜRIG ROTH que la méthode utilisée rendent l'ouvrage fort intéressant. Le sérieux de la démarche est appuyé par un appareil critique très étendu comprenant également – ceci est à saluer – de références substantielles à la doctrine francophone. Même si l'on peut penser qu'une structure allégée aurait permis un ouvrage un peu moins volumineux, on est impressionné par la qualité de l'analyse à la fois approfondie, variée et multidisciplinaire. A ce titre, tant les nombreuses références à des concepts de mathématique financière que l'approche sous l'angle du droit économique confèrent à cet excellent ouvrage un aspect novateur qui en rend la lecture très profitable.

N.J.

DOMINIC STAIBLE, *Die Online-Auktion als alternative Verwertungsmassnahme im schweizerischen Schuldbetreibungs- und Konkursrecht*, Diss. Basel, Zürich/St. Gallen 2010

Publiée en 2010, la thèse de DOMINIC STAIBLE a pour titre «*Die Online-Auktion als alternative Verwertungsmassnahme im schweizerischer Schuldbetreibungs- und Konkursrecht*». L'ouvrage est consacrée à une institution appelée à prendre de l'importance, à savoir les ventes aux enchères *online*, dont l'auteur se demande si elles ne pourraient pas s'envisager comme une alternative dans le cadre des modalités d'exécution qui prévalent au sein de la LP.

L'auteur commence par proposer une analyse économique du processus des enchères puis aborde les modalités qui régissent les ventes aux enchères *online*. S'ensuit une approche juridique de la réalisation dans le contexte du droit suisse de l'exécution forcée, envisagée sous l'angle des enchères forcées, de la vente de gré à gré (art. 130 et 256 LP), de la session du droit d'agir (art. 260 LP), de la dation en paiement (art. 131 al. 1 LP) ainsi que de procédures spéciales de réalisation concernant les droits de propriété intellectuelle, l'usufruit ou encore les indivisions (art. 132 LP). L'auteur procède à une analyse de la nature juridique de l'acte d'adjudication, tout comme de la vente de gré à gré, puis parvient à la conclusion, sources jurisprudentielles et doctrinales à l'appui, qu'en

soi la délégation du processus d'adjudication à des personnes privées est possible, selon certaines modalités.

Sur la base de ce constat, l'auteur aborde la question des enchères forcées par internet *de lege lata*. L'auteur se penche sur la nature juridique du contrat conclu entre l'organisateur de la vente *online* et le vendeur, qui ne saurait être qualifié de commission (art. 425 ss CO), et souligne que l'adjudication *online* opérée par l'autorité d'exécution ne saurait valoir transfert du droit d'adjuger proprement dit, acte d'exécution forcée qui demeure l'apanage de l'Office. En tout état de cause, de telles ventes aux enchères devraient s'assimiler à un contrat de vente au sens de l'art. 184 CO, étant souligné que les conditions générales imposées par le titulaire de la plateforme au sein de laquelle s'opère la vente *online* doivent être qualifiées de stipulation pour autrui (art. 112 al. 1 CO) vis-à-vis de l'aliénateur (qui pourrait être, en l'espèce, l'Office des poursuites). La transposition de ces principes dans le cadre d'une procédure de réalisation au sens de la LP n'est pas sans présenter quelques écueils. Il faut à tout le moins l'accord des créanciers, tandis qu'une telle opération implique inéluctablement l'obligation pour l'autorité d'exécution de se soumettre aux conditions générales du titulaire de la plateforme. Les éventuels manquements de ce dernier sont-ils susceptibles d'engager la responsabilité du canton au sens de l'art. 5 LP? L'auteur répond par la négative à cette question dans la mesure où le titulaire de ladite plateforme ne saurait être assimilé à un auxiliaire du préposé au sens de l'art. 5 al. 1 LP.

Dans une dernière partie, l'auteur se livre à une analyse *de lege ferenda* du processus d'adjudication *online*. Dans cette perspective, DOMINIC STAIBLE retient tout d'abord la nécessité par l'Office de passer par une plateforme préexistante (on aurait pu penser à une plateforme gérée par l'Office directement, mais l'institution pourrait ne pas être efficiente quant au processus de fixation du prix). L'auteur propose les modifications nécessaires des art. 125, 126 et 257 LP en vue d'offrir un support juridique adéquat à cette nouvelle institution, tout en suggérant l'adoption d'une ordonnance spécifiquement consacrée à la réalisation forcée de biens meubles par internet. Aucun écueil n'est évité, et la réglementation proposée a le mérite d'aborder le sujet sous ses nombreux aspects, y compris la mise en œuvre du principe de la couverture (art. 126 LP), certaines modalités du déroulement des enchères, la problématique des frais et émoluments, sans oublier les aspects tenant à des situations internationales.

Toujours dans la perspective *de lege ferenda*, l'auteur aborde la question délicate de la réalisation d'immeubles par le biais d'enchères *online*, laquelle soulève des obstacles supplémentaires importants, en particulier s'agissant de la portée de l'art. 58 al. 3 ORFI, sans compter la nécessité de concrétiser des processus incontournables tels que la double mise à prix (art. 142 LP) ou encore l'exercice de droits de préemption légaux (art. 60a ORFI). L'analyse de ces obstacles amène fina-

lement l'auteur à renoncer à la possibilité de ventes aux enchères *online* en rapport avec les immeubles.

Il s'agit d'une thèse remarquable qui s'appuie sur une structure à la fois rigoureuse et dynamique menant tout naturellement le lecteur aux conclusions telles que proposées. L'approche *de lege ferenda* est d'autant plus intéressante qu'elle est précise et traite la quasi-totalité des aspects liés à la vente aux enchères *online* qui, à tout le moins pour les meubles, pourrait avoir un certain avenir devant elle dans le cadre de procédures d'exécution forcée.

N.J.