

## Neue Literatur zum SchKG (2011/12)

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 15. Jahresversammlung vom 5. Dezember 2013 in Bern zum siebenten Mal den mit CHF 5'000.– dotierten Preis für die beste Publikation eines jüngeren Forschers bzw. einer jüngeren Forscherin im Bereiche des SchKG verliehen. Es lag in jenem Jahre eine ganz hervorragende Auswahl vor, sind doch parallel fünf der insgesamt neun Werke mit dem Prof. Walther Hug-Preis ausgezeichnet worden. Der Jury, bestehend aus Prof. Dr. ISAAK MEIER (Zürich, Vorsitz), sowie den beiden Rezensenten lagen die nachfolgend in alphabetischer Reihenfolge zu besprechenden Arbeiten aus den Jahren 2011 und 2012 (Erscheinungsjahr gemäss den bibliographischen Angaben) vor. Den Preis der SchKG-Vereinigung erhielt AUDE PEYROT für ihre Arbeit «Le Trust de common law et l'exécution forcée en Suisse», Diss. Genève 2011.

JESSICA AESCHBACH FLÓREZ, *La liquidation forcée des groupes de sociétés*, Diss. Fribourg, Genf/Zürich/Basel 2012

Die sehr schöne und mit dem Prof. Walther Hug-Preis ausgezeichnete Arbeit von JESSICA AESCHBACH FLÓREZ erschien am Vorabend der Revision des Sanierungsrechtes vom 21. Juni 2013 (in Kraft seit 1. Januar 2014), mit welcher ein neuer Artikel 4a SchKG eingeführt worden ist, gemäss welchem bei Konkursen und Nachlassverfahren, die in einem sachlichen Zusammenhang stehen, die beteiligten Zwangsvollstreckungsorgane, Aufsichtsbehörden und Gerichte ihre Handlungen soweit als möglich koordinieren (Abs. 1). Zudem können die beteiligten Konkurs- und Nachlassgerichte sowie die Aufsichtsbehörden im gegenseitigem Einvernehmen eine einheitliche Zuständigkeit für alle Verfahren bezeichnen (Abs. 2). Die Autorin konnte sich hierbei auf die Botschaft vom 8. September 2010 (BBl 2010, 6455 ff. [auf französisch 5871 ss]) stützen, welche in Bezug auf diesen Gesetzesartikel vom Parlament nicht mehr abgeändert wurde.

Die Frage, ob es eines Konzerninsolvenzrechts bedarf, war nach dem Zusammenbruch der Swissair einer der Gründe, welche zur Einsetzung einer Expertenkommission und zur Revision des Sanierungsrecht führte. Es lag daher auf der Hand, dieses Thema auch von wissenschaftlicher Seite her anzugehen. Nach einer Definition des Konzerns (S. 5 ff.) und einer Darstellung des ma-

teriellen Konzernrechts de lege lata (S. 41 ff.) erläutert die Autorin das aus dem angelsächsischen Rechtsraum stammende Konzept der materiellen Konsolidation (auch «substantive consolidation» genannt), gemäss dem unter gewissen Umständen sämtliche Aktiven und Passiven aller Konzerngesellschaften zu einer einheitlichen Masse zusammengeführt werden (S. 125 ff.).

Als spezifische Probleme bei der Zwangsvollstreckung gegen Konzerne definiert die Autorin simulierte Vermögensverschiebungen zwischen den Konzerngesellschaften (S. 198 ff.), das cash pooling (S. 207 ff.) und den sogenannten Teleskopeffekt, wonach mit einer Einlage zuerst eine Gesellschaft, dann eine Tochtergesellschaft, dann eine Grosstochtergesellschaft etc. gegründet werden kann (S. 218 ff.). Danach beschäftigt sich die Autorin mit der separaten Vollstreckung gegen die einzelnen Konzerngesellschaften und dort mit dem Vorschlag von HENRI PETER/FRANCESCA BIRCHLER (SZW 1995 S. 122 ff., 1998 S. 113 ff.), wonach Konzerne einfache Gesellschaften seien, was von ihr abgelehnt wird (S. 278).

Als Grundlage für eine materielle Konsolidation untersucht die Autorin sodann den Durchgriff (S. 285 ff.) und das Konzernvertrauen (S. 300 ff.). Gegen eine materielle Konsolidation sprechen insbesondere die gerechtfertigten Erwartungen gewisser Gläubiger auf das Haftungssubstrat einer separaten Konzerngesellschaft (S. 317 ff.), für eine materielle Konsolidation können insbesondere Kostengründe sprechen (S. 323 ff.). De lege lata sei eine Konsolidation mehrerer Konkursmassen durch Entscheid der zweiten Gläubigerversammlungen der beteiligten Massen möglich (S. 341). Im Nachlassverfahren könne eine materielle Konsolidation mehrerer Massen in einem von einer Mehrheit der jeweiligen Gläubigern beschlossenen und danach von den Gerichten homologierten Nachlassverträgen vorgesehen werden (S. 343 ff.). Nach Auffassung des Rezensenten ist indes eine materielle Konsolidation sowohl im Konkurs wie auch im Nachlassverfahren nur mit Zustimmung aller, nicht bloss einer Mehrheit der beteiligten Gläubiger, die zu Verlust kommen, möglich, da sie sich über das materielle Recht hinwegsetzt (No Substantive Consolidation in the Insolvency of Groups of Companies, in: PETER/JEANDIN/KILBORN, *The Challenges of Insolvency Law Reform in the 21<sup>st</sup> Century*, 2006, S. 213 ff., 219).

Sodann begrüsst die Autorin die nunmehr im Artikel 4a Abs. 2 SchKG vorgesehene Möglichkeit, mehrere Konzerngesellschaften durch einen Verwalter, wel-

cher einer Aufsichtsbehörde untersteht, zu liquidieren und weist dabei darauf hin, dass diese Idee bereits von LUKAS BOPP in der Festschrift für Anton K. Schnyder, 2002, vorgebracht worden ist (S. 382). Darüber hinaus schlägt die Autorin die Einführung einer automatischen Konzentration des Verfahrens an einem vom Gesetz vorgesehenen Orte vor (S. 384 ff.). Ein entsprechender Vorschlag wurde indes vom Gesetzgeber nicht übernommen.

Das Werk schliesst mit Bemerkungen zur Verwertung und Verteilung in separaten Verfahren gegen die einzelnen Gesellschaften und in einem konsolidierten Verfahren (S. 391 ff.). Im Anhang finden sich Schlussfolgerungen (S. 403 ff.), welche auch auf deutsch übersetzt wurden (S. 409 ff.), sowie ausformulierte Gesetzesvorschläge (S. 415 ff.) betreffend eine Definition des Begriffes Konzern und Konzerngesellschaft (Art. 37 SchKG), über einen Betreuungsort gegen Konzerne (Art. 46a SchKG), über eine Konzentration der Verfahren (Art. 4b SchKG) sowie Bestimmungen betreffend die Verfahrenseröffnung (270b und 270c SchKG), die materielle Konsolidation (Art. 270d–270h SchKG) und den Liquidationsvergleich (331a–331f SchKG).

JESSICA AESCHBACH FLÓREZ hat in beeindruckender Weise alle Facetten des Problems ausgeleuchtet, hierbei die gesamte Literatur zum Gesellschaftsrecht berücksichtigt, sich dabei auch mit ökonomischen Fragen befasst und zusätzlich noch die erforderliche Rechtsvergleichung betrieben. Sie tut dies in prägnanter Weise, womit ihr 423 Seiten umfassendes Werk (das mit einem Schlagwortverzeichnis schliesst) eine ausserordentliche Fülle von Informationen enthält, auf welche zuzugreifen sich jederzeit lohnt.

Wohl ist nicht anzunehmen ist, dass der Gesetzgeber das Problem der Konzerninsolvenz nach in Kraft treten der Revision des Sanierungsrechtes in nächster Zeit erneut in Angriff nehmen wird, womit die Vorschläge der Autorin zumindest kurz- oder mittelfristig wenig Chance auf Umsetzung haben. Das Thema bleibt indes aktuell, wie die Arbeiten der UNCITRAL zu diesem Thema zeigen. Auch bei der derzeit laufenden Revision der europäischen Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 über Insolvenzverfahren sind Koordinationsvorschriften für Konzerninsolvenzen vorgesehen. Hinzuweisen wäre schliesslich auf den deutschen Entwurf eines Gesetzes zur Erleichterung der Bewältigung von Konzerninsolvenzen.

Als amüsantes Postskriptum sei hinzugefügt, dass der Rezensent als Gegner der materiellen Konsolidation sich gezwungen sah, als von der FINMA eingesetzter Liquidator in einem Bankeninsolvenzverfahren selbst eine materielle Konsolidation anzuordnen. Des Rätsels Lösung liegt darin, dass es hierbei nicht um einen effektiven Konzern ging, sondern um drei von der FINMA zwangsweise eingetragener Zweiniederlassungen karibischer Gesellschaften, über welche mittels eines Schneeballsystems Gelder gesammelt wurden, ohne dass eine Buchhaltung geführt worden war. D. St.

LAURENT BUTTICAZ, *La notion d'insolvabilité en droit privé suisse*, Diss. Lausanne, Genf/Zürich/Basel 2011

LAURENT BUTTICAZ stellt die einzelnen Gesetzesartikel dar, bei welchen *l'insolvabilité* (die Zahlungsunfähigkeit) eine Rolle spielt (S. 3–297): die Zahlungsunfähigkeit einer Partei bei einem zweiseitigen Vertrag (Art. 83 OR); die Auflösung des Arbeitsvertrages durch den Arbeitnehmer bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers (Art. 337a OR); die Auflösung des Darlehensvertrages bei Zahlungsunfähigkeit des Borgers (Art. 316 OR); die Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners bei der Solidarbürgschaft (Art. 496 OR); die Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners als Einschränkung der Einreden des Bürgen (Art. 502 OR); das Retentionsrecht bei Zahlungsunfähigkeit des Schuldners (Art. 897 ZGB); das Retentionsrecht des Handelsreisenden bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers (Art. 349e OR); das Retentionsrecht des Agenten bei Zahlungsunfähigkeit des Auftraggebers (Art. 418o OR); die Zahlungsunfähigkeit im Vormundschaftsrecht (Art. 445 Abs. 1 aZGB und Art. 421 Ziff. 10 aZGB); die Fortführung der Gemeinderschaft bei Zahlungsunfähigkeit eines seiner Mitglieder (Art. 344 ZGB); die Auflösung des Vereins im Falle seiner Zahlungsunfähigkeit (Art. 77 ZGB); die Zahlungsunfähigkeit der Stiftung (Art. 84a ZGB); die Enterbung eines Zahlungsunfähigen (Art. 480 ZGB); die Rechte der Gläubiger eines zahlungsunfähigen Erblassers beim Erbverzicht (Art. 497 ZGB); die Haftung im Falle der Ausschlagung durch die Erben eines zahlungsunfähigen Erblassers (Art. 579 ZGB); die Vermutung der Ausschlagung bei Zahlungsunfähigkeit des Erblassers (Art. 566 Abs. 2 ZGB); der Schutz der Miterben eines zahlungsunfähigen Erben (Art. 604 Abs. 3 ZGB); die amtliche Liquidation einer Erbschaft (Art. 593; 594 Abs. 1 und 597 ZGB); die Annahme einer überschuldeten Erbschaft durch einen Ehegatten im Rahmen der Gütergemeinschaft (Art. 230 ZGB); die Gütertrennung auf Begehren eines Ehegatten, wenn der andere Ehegatte überschuldet ist (Art. 185 Ziff. 1 ZGB).

Der Autor kommt zum Schluss, dass der Gesetzgeber auf mannigfaltige Weise die Gläubiger und weitere mit einem Zahlungsunfähigen verbundene Personen schützen wolle, damit sie nicht zu Verlust kommen (S. 309 f.). Er weist sodann darauf hin, dass in der französischen Sprache der Begriff *surendettement* (Überschuldung) bis ca. 1980 unbekannt war, womit z.B. in den Art. 185 Abs. 2 Ziff. 1, 230 und 597 ZGB das Wort Begriff *überschuldet* mit *insolvable* übersetzt wird (S. 313). Der Beweis der Zahlungsfähigkeit sei schwierig, die Versuche daher gross, auf den Konkurs oder die fruchtlose Pfändung abzustellen (S. 314). Als neuer Oberbegriff für *insolvabilité* und *surendettement* könnte derjenige der *insolvence* eingeführt werden (S. 314). D. St.

CHRISTIAN FRAEFEL, *Die Betreuung einer Nichtschuld: Haftpflicht- und bereicherungsrechtliche Folgen*, thèse Zurich, Zurich/Bâle/Genève 2011

Cette thèse – couronnée avec le prix Prof. Walther Hug – est consacrée à la poursuite visant une prestation induue.

L'auteur introduit le sujet qui entre dans la thématique générale de la responsabilité à raison de la conduite de procédures ayant pour objet une prétention indue. Le fondement juridique d'une telle responsabilité ramène à la norme générale de l'art. 41 CO pour tout contexte procédural, à l'exception de celui des mesures provisionnelles que traite explicitement l'art. 264 al. 2 CPC. Il n'y a pas de pendant de cette norme en matière d'exécution forcée.

L'auteur analyse en détail les quatre conditions d'application de l'art. 41 CO dans le contexte d'une poursuite indue. Le dommage ne survient pas nécessairement du seul fait de l'exécution d'une saisie, à moins que l'impossibilité du débiteur de disposer de cet actif ne soit elle-même source d'un dommage économique (par ex. vu l'impossibilité d'exécuter une vente). Le dommage peut aussi être constitué de frais d'avocat, ou encore d'une atteinte à la réputation empêchant l'octroi d'un crédit. L'illicéité soulève des questions délicates. La saisine d'un juge n'est en principe pas illicite, sous réserve de l'abus de droit ou du caractère immoral du procédé. Qu'en est-il du déclenchement d'une procédure de poursuite? Il pourrait y avoir abus de droit ou procédé contraire aux mœurs lorsque le prétendu créancier agit tout en sachant très bien que sa prétention n'est pas fondée. Le lien de causalité exigé par l'art. 41 CO n'est pas difficile à établir lorsqu'il y a réalisation d'actif et distribution aux créanciers. L'omission du débiteur d'entreprendre en temps utile des démarches propres à stopper le cours de la poursuite (par exemple l'opposition [art. 74 LP], l'action en libération de dette [art. 83 al. 2 LP] ou encore l'action en constatation de l'inexistence de la dette [art. 85a LP]) interrompt-elle le lien de causalité? A raison l'auteur répond par la négative, non sans souligner en revanche que de telles négligences de la part du débiteur pourraient aboutir à une réduction de l'indemnité en application de l'art. 44 al. 1 CO. Enfin, la faute est donnée lorsque le créancier agit dolosivement, c'est-à-dire en sachant que la créance dont il se prévaut n'est pas due. L'auteur relève à juste titre que le fondement de l'art. 41 CO est plus avantageux pour le débiteur poursuivi que celui des art. 62 et ss (enrichissement illégitime). En effet, son dommage (diminution de patrimoine) sera bien souvent supérieur à l'enrichissement du créancier. En revanche, le fardeau de la preuve (art. 8 CC) est plus lourd.

Ainsi, certaines conditions de l'art. 41 CO seront parfois difficiles à démontrer, ce qui mène l'auteur à une approche en perspective avec l'enrichissement illégitime. Se pose inéluctablement la question du rapport entre les art. 62 et ss CO et l'art. 86 LP, lequel régit l'action en répétition de l'indu. L'auteur commence par se livrer à une analyse historique de laquelle ressort clairement la volonté du législateur de créer une disposition particulière pour régler la problématique de la restitution d'une prestation indue faite par le débiteur poursuivi en faveur du créancier poursuivant. Les deux dispositions ont toutefois un lien entre elles comme en témoignent les références croisées auxquelles procèdent

l'art. 86 al. 3 LP et l'art. 63 al. 3 CO. S'ensuit une approche de droit comparé avec les législations allemandes et autrichiennes.

Ceci fait, l'auteur procède à une analyse détaillée de la question à la lumière des art. 62 et ss CO. La seule existence d'une poursuite ne suffit pas pour que le paiement ne soit pas «volontaire»: il faut que le débiteur ait presté parce qu'il n'en n'avait pas le choix, dans le but d'éviter une réalisation indue; il supporte le fardeau de la preuve sur ce point notamment (art. 8 CC). L'auteur analyse de façon détaillée le rapport entre les art. 62 al. 1 CO et 86 al. 1 LP: la deuxième disposition doit avoir la préférence sur la première. Ainsi, la *conditio indebiti* est donnée dès que le débiteur poursuivi règle une prétention indue, sans qu'il ne soit nécessaire de démontrer en sus que le paiement a été opéré sous la pression. Cas échéant, c'est au créancier poursuivant défendeur à l'action en répétition de l'indu d'apporter la preuve du contraire.

L'ampleur du devoir de restitution porte sur ce dont le créancier poursuivant indûment payé a été enrichi, ce qui devrait correspondre à ce que le débiteur a dû verser pour éviter une réalisation. Le défendeur à l'action en répétition de l'indu peut-il se prévaloir de l'art. 64 CO? L'auteur répond à cette question par l'affirmative. Quant au délai d'un an pour agir prévu à l'art. 86 al. 1 LP, l'auteur conclut avec raison qu'il ne s'agit pas d'un délai de péremption mais de prescription, à l'instar de ce que prévoit l'art. 67 al. 1 CO pour l'enrichissement illégitime.

Au final, CHRISTIAN FRAEFEL parvient à la conclusion que la vocation fondamentale de l'art. 86 al. 1 LP consiste à préciser les conditions de mise en œuvre des art. 62 et ss CO, en particulier l'assouplissement des exigences portant sur l'absence de volonté de l'appauvri lorsqu'il paie indûment. L'autre particularité de l'art. 86 al. 1 LP consiste à prévoir un *for* alternatif (86 al. 2 LP) en faveur du demandeur à l'action en répétition de l'indu, puisque le *for* de la poursuite vient s'ajouter au *for* du défendeur. La disposition n'ajoute finalement pas grand-chose aux règles générales des art. 62 et ss CO au point que l'auteur en préconise l'abrogation. Il se conforte dans cette conclusion à la constatation que le risque de survenance d'un paiement indu dans le cadre d'une poursuite est d'autant plus ténu depuis que le législateur a adopté l'art. 85a LP qui permet au débiteur poursuivi d'agir en tout temps pour faire constater que la poursuite porte sur une prétention indue. L'analyse proposée est excellente et s'appuie sur un appareil critique très développé. La structure et son articulation sont convaincantes, tout comme l'approche de droit comparé proposée. N.J.

DANIELA NICOLE FRENKEL, *Informationsbeschaffung zur Glaubhaftmachung der Arrestvoraussetzungen sowie Auskunftspflichten im Arrestvollzug, unter besonderer Berücksichtigung der Arrestrevision 2011*, thèse Zurich, Zurich 2012

Cette thèse – aussi couronnée avec le prix Prof Walther Hug – est consacrée à l'apport des informations



attendues du créancier en vue d'établir la vraisemblance des conditions nécessaires à l'octroi du séquestre, tout comme au devoir de renseigner dans le cadre de l'exécution du séquestre, sous l'éclairage particulier de la révision des dispositions du séquestre entrées en vigueur en 2011.

La première partie de cette thèse est consacrée à l'octroi du séquestre. L'auteur commence par rappeler le cadre général des art. 271 et 272 LP et notamment la compétence nouvelle octroyée au juge du séquestre du for du domicile du débiteur (appelée à jouer un rôle à l'exception du cas de séquestre visé à l'art. 271 al. 1 ch. 4 LP puisqu'on présuppose alors un domicile du débiteur à l'étranger). Cette compétence permet au juge d'ordonner le séquestre de biens où qu'ils soient situés en Suisse, ce qui pose des questions de coordination lors de la phase d'exécution, entre le juge et les offices concernés, tout comme entre les offices concernés eux-mêmes.

L'auteur rappelle que le fardeau du créancier séquestrant se limite à la vraisemblance quant aux conditions du séquestre et qu'à ce titre on se trouve dans une situation similaire à celle de l'octroi de mesures superprovisionnelles au sens de l'art. 265 CPC. L'auteur évoque à juste titre la compatibilité de l'exigence de l'art. 272 al. 1 ch. 3 LP (rendre vraisemblable l'existence d'actifs) avec l'art. 47 al. 2 de la Convention de Lugano dans les cas où le séquestre a pour finalité d'ordonner les mesures conservatoires prévues par ladite convention en matière d'exécution des jugements: constatant cette incompatibilité, l'auteur propose de supprimer purement et simplement l'art. 272 al. 1 ch. 3 LP, une solution radicale qui devrait sans doute être tempérée par l'adjonction d'un membre de phrase précisant que cette disposition n'est pas applicable au sixième cas de séquestre envisagé par l'art. 271 al. 1 LP. La procédure d'octroi du séquestre trouve son ancrage dans la procédure sommaire visée aux art. 248 et ss CPC (art. 251 lit. a CPC), et les moyens de preuves sont limités à la production de pièces (art. 254 al. 1 CPC). Le juge du séquestre procédera selon le principe de la libre appréciation des preuves prévu à l'art. 157 CPC et se montrera plus ou moins exigeant quant au degré de vraisemblance requis en fonction du cas de séquestre envisagé: de ce point de vue, les cas de séquestre visés aux chiffres 5 et 6 de l'art. 271 al. 1 LP mèneront le juge à se montrer plus exigeant vis-à-vis du créancier puisque celui-ci se fonde soit sur un acte de défaut de biens soit sur un titre exécutoire. L'auteur aborde la question du dépôt du mémoire préventif prévu à l'art. 270 CPC qui mènera de facto l'autorité de séquestre à appliquer des niveaux d'exigence plus élevés à l'endroit du créancier séquestrant. A ce sujet, le CPC ne prévoit rien quant aux modalités du dépôt du mémoire préventif: doit-il être déposé par le débiteur au lieu de son domicile, au lieu de situation de ses actifs? la solution consisterait sans doute à prévoir une centrale de dépôt par l'ajout d'un quatrième alinéa à l'art. 270 CPC, une solution qui prévaut en Allemagne. L'auteur entre plus en détail sur cette question du niveau d'informations exigé de la part du créancier séquestrant.

Il l'envisage tout d'abord par rapport à l'existence de la créance (art. 272 al. 1 ch. 1 LP), abordant la question du droit étranger (art. 16 LDIP) de même que celle de l'immunité de l'Etat séquestré. L'auteur se penche ensuite sur la vraisemblance liée au cas de séquestre (art. 272 al. 1 ch. 2 LP), ce qui le mène à envisager successivement tous les cas de séquestre prévus à l'art. 271 al. 1 LP, de façon détaillée et avec de nombreuses références jurisprudentielles à l'appui. On relèvera notamment une discussion intéressante sur le *Taschenarrest* ainsi que sur la problématique de l'exception de non retour à meilleure fortune, cette dernière étant bien souvent appelée à faire l'objet de débats abondants lors de la procédure d'opposition à séquestre (art. 278 LP). Pour ce qui touche à l'existence d'actifs (art. 272 al. 1 ch. 3 LP), l'auteur aborde notamment la distinction entre les biens détenus à titre fiduciaire et les biens détenus aux noms de tiers, non sans évoquer en outre le *Durchgriff*.

Dans une deuxième grande partie, DANIELA NICOLE FRENKEL détaille la procédure d'exécution du séquestre, ayant en vue la perspective du devoir de renseigner, lequel incombe au débiteur, et aux tiers, y compris auprès des autorités administratives. Il est vrai que ce devoir de renseigner soulève parfois des questions spécifiques, notamment en matière bancaire. La question du moment où prend naissance l'obligation de renseigner est cruciale: l'auteur se livre à une analyse de l'ATF 125 III 391 selon lequel le devoir de renseigner ne naît qu'à l'expiration du délai d'opposition ou alors lorsque le jugement sur opposition (art. 278 LP) entre en force. Après une discussion approfondie sur la question, l'auteur approuve les principes issus de cette jurisprudence. S'ensuit une partie consacrée aux conséquences du refus de renseigner, puis à l'étude du droit allemand sur ces questions.

Cette thèse constitue un ouvrage remarquable et très utile pour le praticien du séquestre. L'auteur s'appuie sur un matériel critique fourni, les références sont nombreuses et fouillées, notamment sur le plan jurisprudentiel.

N.J.

MICHAEL GÜNTER, *Internationale Schiedsgerichtsbarkeit und Insolvenz: Zur Berücksichtigung von Insolvenzverfahren und ihren Auswirkungen vor internationalen Schiedsgerichten mit Sitz in der Schweiz*, thèse, Lucerne 2011

Cette thèse est consacrée à l'incidence d'une procédure d'insolvabilité sur un arbitrage international.

L'auteur rappelle que l'arbitrage relève de l'autonomie privée au contraire de l'exécution forcée qui relève de l'exercice par l'Etat de ses prérogatives. Il part du cas *Vivendi contre Elektrim* ayant fait l'objet de l'ATF rendu le 31 mars 2009 dans la cause 4A\_428/2008. Il s'agissait d'un arbitrage international avec siège en Suisse ponctué par une sentence dans laquelle les arbitres ont estimé que la procédure prenait fin avec la faillite de la partie polonaise, en application du droit polonais selon lequel la faillite mettait fin à la capacité d'ester en justice. Or,

il se trouve qu'un arbitrage entre les mêmes parties en Angleterre a adopté une solution opposée, les arbitres ayant estimé que le droit polonais de l'insolvabilité ne déployait pas d'incidence sur la capacité d'une partie à plaider en arbitrage. On le voit, la situation n'est pas claire; il est symptomatique de constater avec l'auteur que le Tribunal fédéral n'a par ailleurs pas procédé à la publication de son arrêt au Recueil officiel des ATF.

Après cette partie introductive, l'auteur se livre au rappel de certaines notions essentielles parmi lesquelles l'arbitrabilité, la convention d'arbitrage, la distinction en Suisse entre l'arbitrage international et l'arbitrage interne. Il analyse au surplus les effets de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité en Suisse, puis en Allemagne, en France, en Angleterre et aux Etats-Unis, non sans tenter une description de la notion internationale de procédure d'insolvabilité menant à une liquidation, par référence notamment aux normes UNCITRAL ainsi qu'au Règlement 1346/2000 édicté le 29 mai 2000 par le Conseil de l'Europe.

L'auteur s'intéresse ensuite aux effets hors frontière de la procédure d'insolvabilité, ce qui soulève la question de la reconnaissance en Suisse d'une faillite étrangère. La question n'est pas réglée en droit suisse de l'arbitrage international. Elle l'est en revanche sur le plan étatique. En droit suisse, la faillite étrangère est gouvernée par le principe de la territorialité et doit faire l'objet d'une décision de reconnaissance pour déployer des effets en Suisse (art. 166 et ss LDIP). En revanche, une faillite prononcée en Suisse est – sur le plan du principe car cela reste quelque peu théorique – gouvernée par le principe de l'universalité (art. 197 LP et 27 OAO). A relever que le Règlement européen, contrairement aux art. 166 et ss LDIP, applique le principe de l'universalité vis-à-vis des faillites étrangères. Autre différence marquante entre les deux systèmes: les art. 166 et ss LDIP suivent le modèle de l'incorporation du siège (*Inkorporationstheorie*) à l'inverse du Règlement européen qui se réfère au siège effectif (*Sitztheorie*). La problématique se pose en des termes différents dans le cadre de l'arbitrage puisque les règles étatiques ne s'y appliquent pas directement. L'auteur se propose dès lors d'examiner dans quelle mesure les tribunaux arbitraux peuvent se démarquer des règles étatiques en la matière, non sans avoir préalablement détaillé la procédure de reconnaissance en Suisse d'une procédure d'insolvabilité étrangère (art. 166 et ss LDIP). En principe, si la faillite est ouverte dans le pays du siège de l'arbitrage, le Tribunal arbitral la reconnaitra. A l'inverse, une faillite prononcée à l'étranger pourra ne pas être prise en compte par les arbitres. Dans ce dernier cas, le danger pourrait provenir de l'absence de reconnaissance de la sentence arbitrale par les juridictions de l'état étranger dans lequel a été ouverte la procédure d'insolvabilité.

La reconnaissance de la faillite par les arbitres peut jouer un rôle s'agissant d'un arbitrage international avec siège en Suisse, lorsqu'il s'agit d'examiner l'arbitrabilité du litige en application de l'art. 177 LDIP. L'auteur relève à juste titre que la reconnaissance formelle d'une faillite

étrangère au sens des art. 166 et ss LDIP par un tribunal arbitral ayant son siège en Suisse n'est pas possible, ce qui n'empêche toutefois pas les arbitres de prendre une telle faillite en considération. Les arbitres disposent d'une certaine latitude à cet égard même s'il est difficile d'envisager qu'ils puissent ignorer tout simplement une telle procédure d'insolvabilité. L'auteur cite à juste titre la problématique des effets d'une telle procédure sur un contrat en cours, sans compter la nécessité de faire en sorte qu'une sentence arbitrale puisse être exécutée. L'auteur analyse en conséquence les conditions de la prise en considération d'une procédure d'insolvabilité: faut-il appliquer la *lex sitae*, la *lex concursus* ou encore la loi du domicile de la partie adverse? Selon l'auteur, c'est en application des règles de droit international qui prévalent au siège du Tribunal que cette analyse doit être faite: s'agissant d'un Tribunal arbitral ayant son siège en Suisse, la détermination du droit applicable doit se faire en application de l'art. 187 LDIP.

Dans une quatrième partie, l'auteur analyse les effets de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité sur l'arbitrabilité. Tout d'abord, l'auteur réfute l'idée selon laquelle l'insolvabilité d'une partie aurait pour conséquence la caducité ou l'impossibilité de mettre en œuvre la convention d'arbitrage (art. 7 lit. b LDIP). Ce sont au contraire les principes «pacta sunt serventa» et «Geld hat man zu haben» qu'il faut appliquer. Ceci mène à se demander quelles sont les conséquences que l'insolvabilité de l'une des parties déploie dans la mise en œuvre de la convention d'arbitrage. Certains règlements résolvent la question (à l'instar de l'art. 41 des Swiss rules) tout comme l'art. 378 al. 2 CPC en arbitrage interne. On peut retenir le principe selon lequel le non versement des avances de frais par la partie insolvable ne remet pas en cause la convention d'arbitrage ni ne mène à la fin de la procédure arbitrale elle-même, dans la mesure où l'autre partie procède au versement des frais requis.

L'auteur analyse l'incidence de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité sur l'arbitrabilité subjective, à savoir la capacité d'une partie à conclure une convention d'arbitrage et/ou à prendre part à une telle procédure. Au contraire de l'art. 5 § 1 lit. a de la Convention de New York, la LDIP ne dit pas grand-chose sur le thème. L'auteur procède à une analyse fouillée et très intéressante de la question. En principe, c'est le siège de la société qui détermine le droit applicable à la jouissance et à l'exercice des droits civils (art. 154, 155 lit. c cum 21 al. 2 LDIP) ce qui n'est cependant pas nécessairement satisfaisant pour un tribunal arbitral en Suisse en charge de trancher la question de l'arbitrabilité. Tranchant diverses controverses, l'auteur estime que les incidences de la faillite sur l'arbitrage ne peuvent être soumises à la loi désignée par les dispositions ordinaires de la LDIP mais selon le droit applicable en application de l'art. 187 LDIP (*Closest Connection Ansatz*), ce qui mènera le plus souvent à la loi du siège du failli (*lex concursus*) soit à la loi du siège du tribunal arbitral (*lex arbitri*).

L'auteur aborde une autre question: celle de savoir dans quelle mesure l'administration de la faillite conti-

nue à être liée par une convention arbitrale qu'elle n'a pas conclue. Cette problématique se rapproche de l'opposabilité de la convention d'arbitrage à des tiers (successeur à titre universel ou successeur à titre particulier). En droit comparé, la tendance consiste à admettre que l'administration de la faillite est liée. Si le prononcé de la faillite survient en cours de procédure, les arbitres feront application de l'art. 178 al. 2 LDIP. En revanche, si la faillite est prononcée avant la saisine du Tribunal arbitral, on devrait s'en référer à la *lex concursus*. Sur un plan plus général, il conviendrait de retenir le principe selon lequel l'administration de la faillite est liée par une convention d'arbitrage préexistante dans la mesure où il s'agit de faire valoir des droits qui existaient lors de l'ouverture de la faillite; a contrario, tel ne sera pas le cas d'une action révocatoire (art. 285 et ss LP). Une convention d'arbitrage conclue par le débiteur après le prononcé de sa faillite ne saurait lier l'administration de la faillite, laquelle demeure toutefois libre de conclure une telle convention.

L'auteur constate en outre à juste titre que l'art. 207 LP (suspension des procès en cours) n'est pas directement applicable à une procédure arbitrale, cette règle n'étant au surplus pas d'ordre public. Cette question de procédure sera réglée en application de l'art. 182 LDIP, étant toutefois constaté que bien souvent les arbitres suspendront la procédure en cours lorsqu'une partie est déclarée en faillite, pour des questions de bon sens.

La thèse de M. MICHAEL GÜNTER est remarquable. Elle s'appuie sur une bibliographie riche et diversifiée et sur un appareil critique solide. Ce sujet intéressant est traité de façon vivante sur la base d'un plan clair et cohérent. L'auteur n'esquive aucune question et procède à des analyses le plus souvent détaillées et approfondies, parfois avec l'aide du droit comparé. Cet ouvrage devrait figurer dans les bibliothèques de tout arbitre. N.J.

MILAN KRYKA, *Die Verrechnung in Konkurs, Nachlassverfahren und Konkursaufschub*, thèse, St-Gall 2011

La thèse de M. MILAN KRYKA aborde le thème de la compensation exercée dans les procédures d'insolvabilités collectives que sont la faillite, le concordat et l'ajournement de faillite.

L'auteur commence par décrire le mécanisme de la compensation en général. Il s'intéresse à certaines interdictions de compenser issues du droit matériel (art. 125 I CO) avant d'aborder les problèmes spécifiques comme la compensation entre le fiduciaire et le fiduciaire ou encore avec une créance postposée. A cela s'ajoute que la majorité des comptes bancaires entre dans la qualification de contrat de dépôt (*depositum irregulare*), ce qui pose la question d'une dérogation à l'interdiction de compenser de l'art. 125 I CO par le biais des conditions générales des banques. L'auteur mentionne également certaines particularités de la compensation à raison de créances dérivant du droit public, faisant notamment référence à l'art. 125 ch. 3 CO ainsi qu'à l'art. 20 LAVS.

Dans une nouvelle partie, l'auteur constate que les conditions pour compenser sont facilitées au sein d'une procédure d'exécution collective. On se référera sur ce point à l'art. 123 CO. Le droit de la faillite contient par ailleurs des dispositions spécifiques en matière de compensation, en particulier les art. 213 et 214 LP. On trouve une analyse précise des problématiques spécifiques liées à la faillite de la SNC et de la société en commandite, compte étant tenu en particulier des art. 568 al. 3, et 573 CO, sans oublier la réglementation particulière de l'art. 213 al. 4 LP qui exclut toute compensation du montant non libéré de la commandite ou du capital social. La caution fait également l'objet d'une analyse fouillée (art. 495 et 503 al. 1 CO, art. 215 al. 2 LP). La problématique de la faillite simultanée de la SNC ou de la société en commandite et de leurs associés (art. 218 LP) est également abordée. Toujours dans le cadre de la faillite, on doit se poser la question de la condition d'exigibilité en relation avec les art. 208 al. 1 LP et 123 al. 1 CO, tout en abordant la question de la compensation avec une créance soumise à condition suspensive, laquelle doit être possible de façon à permettre à celui qui compense de profiter de la «sûreté» que présente pour lui l'existence de sa créance compensante. L'auteur n'évite aucune difficulté et n'hésite pas à aborder les spécificités de la compensation en cas de faillite de la caisse maladie, à la lumière de l'art. 125 ch. 3 CO.

Ces problématiques sont également abordées dans le cadre du concordat, et plus particulièrement le concordat par abandon d'actif en ce qui concerne la responsabilité subsidiaire de l'associé en nom collectif prévue à l'art. 568 al. 3 CO. Logiquement, l'auteur parvient à la conclusion qu'une compensation pour ce qui dépasse le dividende concordataire n'est pas possible, puisque la créance originaire contre la société ne subsiste pas au-delà. Les mêmes principes s'appliquent pour le concordat ordinaire (art. 314 et ss LP). L'auteur souligne en outre que l'art. 218 LP doit s'appliquer au concordat (nécessité de coordonner des procédures concordataires concernant simultanément la SNC et un associé). Ces problématiques liées à la SNC ou à la société en commandite ne se posent pas dans l'ajournement de la faillite puisque cette procédure ne s'applique pas à ces deux personnes morales.

Dans une nouvelle partie, l'auteur évoque les obstacles mis à la compensation par les règles sur la faillite. Après avoir rappelé la finalité des art. 213 et 214 LP, l'auteur aborde successivement ces deux dispositions, notamment en cas de faillite du bailleur, de faillite du locataire puis de l'employeur. L'ouvrage continue par une analyse des modalités d'exercice de la compensation, par le créancier, par l'administration de la faillite, ou encore par un créancier «cessionnaire» au sens de l'art. 260 LP, non sans évoquer la compensation exercée après la clôture de la faillite en relation avec le retour à meilleure fortune (art. 265 LP). Sur ce dernier point, l'auteur se réfère à l'ATF 133 III 620 qui prévoit la possibilité pour le débiteur poursuivi d'invoquer le non retour à meilleure fortune en vue de s'opposer à la com-



pensation. Allant jusqu'au bout de sa démarche, l'auteur aborde la question de l'application des art. 213 et 214 LP dans la procédure concordataire, se référant à l'art. 297 al. 4 LP; une compensation ne devrait pas être possible pendant le sursis concordataire; elle l'est en revanche à certaines conditions dans le concordat dividende puis dans le concordat par abandon d'actif. Le même constat prévaut par ailleurs dans l'ajournement de faillite.

N'esquivant aucune difficulté, l'auteur analyse la problématique de la compensation entre dette de masse et créance de masse. Il aborde enfin la faillite bancaire, non sans omettre d'évoquer certains aspects de droit international privé.

Cet ouvrage donne un aperçu assez étendu de la problématique de la compensation en relation avec des procédures d'insolvabilité. Il s'appuie sur une bibliographie riche et bien fournie. Ce travail revêt une utilité incontestable pour le praticien ou l'académicien confronté à des exigences de recherches en relation avec un sujet compliqué. N.J.

**BENEDIKT MEIER, Restschuldbefreiung, Zürcher Studien zum Verfahrensrecht, Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2012**

Nachdem Deutschland dem Vorbild angelsächsischer Länder folgend mit seiner Insolvenzordnung eine Restschuldbefreiung für Privatpersonen eingeführt hat (§§ 286 ff dt. InsO), ist es an der Zeit, sich auch in der Schweiz damit zu beschäftigen. Dies hat bereits die Expertenkommission Sanierungsrecht anerkannt, wollte dies jedoch nicht selbst an Hand nehmen, da der damalige Revisionsauftrag auf Unternehmen gerichtet war.

BENEDIKT MEIER kommt mit seiner hervorragenden, mit dem Prof. Walther Hug ausgezeichneten Arbeit der Verdienst zu, hierfür die Grundlagen zu legen. Er greift damit ein altes Anliegen seines Doktorvaters ISAAK MEIER (nicht verwandt) auf.

Der Autor legt dar, dass das geltende Recht für die Schuldensanierung von Privatpersonen kein taugliches Mittel zur Verfügung stellt. Insbesondere sei der Zugang zum Privatkonkurs eingeschränkt. Auch fehle den Schuldner danach der Anreiz, den wirtschaftlichen Neuanfang zu versuchen (S. 27).

Die erste Restschuldbefreiung fand sich in einem englischen Konkursgesetz aus dem Jahre 1706 und ist seit gut hundert Jahren sowohl in England als auch in Amerika ein nicht mehr grundsätzlich in Frage gestelltes Rechtsinstitut (S. 29–39). Die Restschuldbefreiung als sozialpolitische Massnahme entspreche dem öffentlichen Interesse (S. 55 ff.) und sei verhältnismässig (S. 63 ff.). Aufgrund des Anreizes wieder voll zu arbeiten, fördere sie die Volkswirtschaft.

Studien haben gezeigt, dass für Verlustscheinforderungen höchstens 10 % Erlös zu erwarten ist. Kreditgeber dürfen nicht darauf vertrauen, ihre Forderungen in jedem Fall zurückbezahlt zu erhalten. Dies sei auch keine Voraussetzung für einen funktionsfähigen Kreditmarkt. Es gäbe keinen Grund, weshalb Schuld und Haftung deckungsgleich sein müssten (S. 102). Für die Belastung

der Gläubiger spreche, dass sie freiwillig riskante Kreditverträge abschliessen und oft sogar mitverantwortlich für die finanzielle Überforderung der Schuldner seien. Sie seien besser geeignet, das Risiko eines Forderungsausfalles zu tragen und sie würden nur in geringeren Ausmass Rationalität und Willensbeschränkungen unterliegen als die Schuldner (S. 109).

Ein Zusammenhang zwischen der Restschuldbefreiung und einer Verschlechterung der Schuldnermoral sei nicht erstellt (S. 116). In Deutschland erfolgt die Restschuldbefreiung nach Ablauf einer sechsjährigen Wohlverhaltensperiode. Es wird ein Treuhänder eingesetzt, der die Zahlungen des Schuldners an die Gläubiger weiterleitet (S. 123–180). In den USA kann sowohl in einem Verfahren nach Chapter 7 des US-Bankruptcy Codes (Liquidationsverfahren) als auch einem solchen nach Chapter 13 (Planbewilligungsverfahren) eine Restschuldbefreiung erreicht werden (S. 183–246).

Der Autor schlägt für die Schweiz das deutsche und nicht das amerikanische System vor. Der Schuldner müsse während einiger Jahren versuchen, die Schulden abzuführen (S. 254). Die Schuldbefreiung dürfe nicht an einen prohibitiv hohen Kostenvorschuss gebunden werden (S. 270 ff.). Schuldner, die sich missbräuchlich verhalten haben, dürften nicht Zugang zum Konkursverfahren erhalten (S. 262 ff.).

Als Schweizer ist man gewohnt, die eigene bestehende Regelung jeweils für die beste zu halten, zumal die bestehende Regelung mit der Einrede des mangelnden neuen Vermögens als Ausgleich der divergierenden Interessen zwischen Schuldner und Gläubiger konzipiert wurde. Die Realität zeigt jedoch, dass viele Personen aus der Schuldenfalle nicht mehr herauskommen und aufgrund der geltenden Regelung ein Neubeginn nur selten möglich ist. Da eine Restschuldbefreiung gemäss der vorliegenden Darstellung die Zahlungsmoral wohl nicht generell sinken lässt, scheint sie ein adäquates sozialpolitisches Mittel zu sein, für deren Einführung gute Gründe sprechen. Es ist BENEDIKT MEIER Verdienst, dies fundiert dargestellt zu haben. Er geht dabei auf historische, ökonomische, psychologische und juristische Aspekte ein. Seine Ergebnisse vermögen zu überzeugen, was auch vom Bundesamt für Justiz anerkannt wird, das ein entsprechendes Gesetzgebungsprojekt in die Wege geleitet hat. Während die Regelung in dem anglo-amerikanischen Rechtskreis und in Deutschland umfassend dargestellt sind, hätte den Rezensenten noch interessiert, wie es sich in anderen Ländern verhält. Dies hätte jedoch den Umfang der vorliegenden gut lesbaren Arbeit gesprengt. D. St.

**DOMINIK MILANI, Die Behandlung der konkursrechtlichen Kollokationsklage im vereinfachten Verfahren, thèse, Berne, 2011**

Cette thèse est consacrée au traitement de l'action en contestation de l'état de collocation dans la faillite, en procédure simplifiée.

Cette thèse a été rédigée en 2010, à savoir avant l'entrée en vigueur du CPC au 1<sup>er</sup> janvier 2011. Fort oppor-

tunément toutefois, l'auteur mène son étude en référence au CPC.

Après une évocation historique de la procédure accélérée de l'ancien droit mis en œuvre par les cantons pour certaines procédures de la LP en application de l'art. 25 LP (aujourd'hui abrogé), l'auteur procède à un rappel des étapes de la procédure de faillite menant à l'établissement de l'état de collocation. Il se livre ensuite à une analyse détaillée de l'action en collocation prévue par l'art. 250 LP, une action de droit des poursuites avec incidence sur le droit matériel. Cette action formatrice au sens de l'art. 87 CPC relève soit de la procédure ordinaire (art. 219 et ss CPC) soit de la procédure accélérée (art. 243 et ss CPC). L'auteur prend alors le parti de limiter son analyse à l'action en contestation de la collocation soumise à la procédure simplifiée.

A ces fins, il se livre à une description de ladite procédure simplifiée, puis décrit en détail tous les aspects liés à un tel procès: capacité d'être partie et d'ester en justice, légitimation, substitution de parties, consorité, etc. L'auteur rappelle qu'un tel procès se déroule sans la phase de conciliation préalable (art. 198 lit. e ch. 6 CPC). Il envisage que l'action en contestation de la collocation puisse être soumise à la procédure simplifiée soit en relation avec une valeur litigieuse ne dépassant pas CHF 30'000 (*unqualifizierte Kollokationsstreitigkeit*; art. 243 al. 1 CPC) soit en vertu de la nature de la prétention litigieuse (*qualifizierte Kollokationsstreitigkeit*; art. 243 al. 2 CPC). On peut se demander si l'action en contestation de l'état de collocation portant sur un montant d'une valeur litigieuse supérieure à CHF 30'000 pourrait être soumise à la procédure simplifiée en vertu de l'un ou l'autre des cas de figure prévu à l'art. 243 al. 2 CPC, à commencer du fait que par nature il s'agit d'une action de droit des poursuites. L'auteur rappelle en outre que le for de l'art. 250 al. 1 LP est exclusif et impératif puis rappelle les diverses maximes applicables à la procédure simplifiée avant d'en décrire le déroulement.

Ce travail donne un bon aperçu des divers enjeux soulevés par l'action en contestation de l'état de collocation. On peut toutefois se demander s'il était vraiment opportun d'en limiter le champ à la procédure simplifiée.

N.J.

#### AUDE PEYROT, *Le Trust de common law et l'exécution forcée en Suisse*, Diss. Genf, Genf/Zürich/Basel 2011

Das Werk der diesjährigen Preisträgerin der SchKG-Vereinigung, welches auch mit dem Prof. Walther Hug-Preis ausgezeichnet worden ist, befasst sich mit der Zwangsvollstreckung bei Trustverhältnissen. Bekanntlich hat die Schweiz durch Bundesbeschluss vom 20. Dezember 2006 (in Kraft seit 1. Juli 2007) das Haager Übereinkommen über das auf Trust anwendbare Recht und über ihre Anerkennung genehmigt und gleichzeitig dieses Übereinkommen durch die neuen Art. 149a bis e IPRG und 284a und b SchKG umgesetzt. In diesem Kontext bewegt sich das Werk von AUDE PEYROT.

Das Werk beginnt mit einer Darstellung des Trust im angloamerikanischen Rechtsraum sowie dessen Anerkennung im kontinental-europäischen Zivilrecht, welches keinen gespaltenen Eigentumsbegriff kennt (S. 19 ff.). Die Umsetzung erfolgt nunmehr in Sondervermögen, welche verschiedenen Gläubigern verhaftet sind (S. 39 ff.).

Gemäss Abs. 284b SchKG wird im Konkurs eines Trustees nach Abzug seiner Ansprüche gegen das Trustvermögen dieses aus der Konkursmasse ausgeschieden. Es wird hierbei ein neues Absonderungsrecht (Aussonderung von Amtes wegen) geschaffen, welches dadurch begründet wird, dass das Trustvermögen nicht den persönlichen Gläubigern des Trustees verhaftet ist (S. 60 ff.). Ist die Zugehörigkeit zum Trust strittig, so hat das Aussonderungs-, resp. Admassierungsverfahren gemäss Art. 242 SchKG stattzufinden (S. 70 ff.). Obwohl im Gesetz nicht geregelt, gilt der Grundsatz, dass die persönlichen Gläubiger nicht auf das Trustvermögen greifen können, auch in der Spezialexécution (S. 75). Hierbei spricht sich die Autorin dafür aus, auch dem schuldnerischen Trustee Parteistellung zuzuerkennen (S. 78 ff.).

Das nächste Kapitel befasst sich mit der Publizierung des Trustverhältnisses im Grundbuch und anderen Registern gemäss Art. 149d IPRG (S. 81 ff.). Entgegen der herrschenden Auffassung, wonach eine Absonderung bei Nichteintragung des Trustverhältnisses im Register nicht möglich sein sollte, kommt AUDE PEYROT aufgrund einer eingehenden Analyse zum Schluss, dass eine fehlende Eintragung nur Auswirkung auf die Parteirollenverteilung, nicht aber auf die grundsätzliche Möglichkeit der Aussonderung hat (S. 109).

Anders verhält es sich bei den Schulden des Trust. Hierfür haftet das Trustvermögen (S. 115 ff.). Gläubiger gegenüber dem Trustvermögen kann auch der Trustee sein (S. 118 ff.). Er verfügt hierfür über ein Pfandrecht am Trustvermögen (S. 119). Betreibungen für Forderungen, für welche das Trustvermögen haftet, sind gegen den Trustee als Vertreter des Trusts zu richten, da Sondervermögen selbst üblicherweise nicht betreibungsfähig sind (S. 156 ff.).

Betreibungsort ist der Sitz des Trustees nach Art. 21 Abs. 3 IPRG. Befindet sich der bezeichnete Ort der Verwaltung nicht in der Schweiz, so ist an dem Ort zu betreiben, an dem der Trust tatsächlich verwaltet wird (Art. 284a Abs. 2 SchKG; S. 165 ff.). Fortgesetzt wird die Betreibung auf Konkurs, der Konkurs ist jedoch auf das Trustvermögen beschränkt (Art. 284a Abs. 3 SchKG; S. 173 ff.). Hierbei wird nur über das Trustvermögen, nicht aber über den Trustee der Konkurs eröffnet (S. 175 ff.).

Der dritte Teil des Werkes befasst sich mit der Frage, inwieweit die Ansprüche auf Leistung aus dem Trustvermögen der Zwangsvollstreckung in der Schweiz unterliegen (S. 183 ff.). Er beginnt mit einer Übersicht, welche Personen unter welchen Umständen gemäss dem auf den Trust anwendbaren Recht entsprechende Ansprüche zustehen. Diese (eventuell auch nur mögli-



chen oder künftigen Ansprüche) unterliegen dann der Zwangsvollstreckung in der Schweiz, wenn sie bereits über einen Wert verfügen, der in einer Zwangsverwertung realisiert werden kann (S. 212 ff.). Des Weiteren darf der Anspruch nicht unübertragbar sein (S. 217 ff.), wobei vertragliche Übertragungsverbote in der Zwangsvollstreckung nicht zu beachten sind. Schliesslich dürfen die Ansprüche nicht unpfändbar gemäss Art. 91 oder 92 SchKG sein, wobei ausländische Bestimmungen über die Unpfändbarkeit unbeachtlich sind (S. 224 f.). Aufgrund dieser Parameter untersucht AUDE PEYROT, welche Ansprüche bei den verschiedenen Formen des Trust pfändbar sind (S. 227 ff.). Nach Auffassung der Autorin müssen hierbei Bestimmungen in einem ausländischen «Protective Trust», wonach der Anspruch eines Begünstigten auf Leistung aus dem Trustvermögen dahinfällt, wenn der Begünstigte insolvent wird, aufgrund der Haager Konvention in der Schweiz anerkannt werden (S. 256; a.M. der Rezensent).

Der vierte Teil befasst sich schliesslich mit der Frage, was die Gläubiger des Begründers eines Trustes (des «Settlers») tun können, wenn er ihnen dadurch Haftungssubstrat entzieht, in dem er sein Vermögen in einen Trust einlegt (S. 267 ff.). Hier können sich die Gläubiger auf die Ungültigkeit gemäss dem auf den Trust anwendbaren materiellen Recht berufen (S. 273 ff.). Greifen diese nicht, so steht in der Schweiz die paulianische Anfechtungsklage, gemäss Art. 286 ff. SchKG zur Verfügung (S. 299 ff.). Diese wird aufgrund des Vorbehaltes in Art. 15 durch das Haager Trustübereinkommen nicht eingeschränkt (S. 300).

Die Arbeit überzeugt durch ihre souveräne Verbindung des materiellen Trustrechts mit dem schweizerischen Zwangsvollstreckungsrechts. Beide Rechtsgebiete werden umfassend, aber dennoch nie ausufernd dargestellt. Das Werk hat wissenschaftlichen Tiefgang und ist gleichzeitig für den Praktiker von Nutzen. Es ist der Autorin gelungen, ein beinahe uferloses, diversen ausländischen Rechtsordnungen unterstehendes Rechtsgebiet konzis zusammen zu fassen und dem schweizerischen Benutzer zu erschliessen. Dafür gebührt ihr der Preis der SchKG-Vereinigung.

D. St.