

Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 142 (2023)

Artikel: Gedanken zur Anreizsetzung im paulianischen Anfechtungsrecht

Autor: Jakob, Marjolaine

DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-1052948>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

Download PDF: 08.02.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

Gedanken zur Anreizsetzung im paulianischen Anfechtungsrecht

MARJOLAINE JAKOB^{*/**}

* Dr. iur., Rechtsanwältin, ArbP, Partnerin bei CMS von Erlach Partners AG in Zürich.

** Die Autorin dankt lic. iur. Philipp Possa, Robert Bächler, Betriebsökonom HWV, eidg. dipl. Wirtschaftsprüfer, und Rechtsanwältin lic. iur. Melanie Gasser, LL.M., von der Transliq AG, Bern, sowie Notar Markus Müller vom Konkursamt Zürich (Altstadt) für die wertvollen Hinweise.

Inhaltsverzeichnis

A.	Einleitung	252
B.	Ausgewählte Aspekte des Anfechtungsrechts	255
	I. Grundsätze der Anfechtung	255
	II. Anfechtungsberechtigung	257
C.	Sind Zwangsliquidationsorgane zur Prüfung von Anfechtungsansprüchen verpflichtet?	258
	I. Zur Prüfungspflicht der Konkursverwaltung	259
	1. Vor dem Entscheid über die Durchführung des weiteren Konkursverfahrens	260
	2. Bei Durchführung des Konkursverfahrens	261
	II. Zur Prüfungspflicht des Sachwalters	263
	III. Zur Prüfungspflicht des Nachlassliquidators	265
D.	Sind Zwangsliquidationsorgane zur Durchsetzung von Anfechtungsansprüchen verpflichtet?	266
	I. In Konkursverfahren	266
	II. In Nachlassliquidationsverfahren	267
E.	Die Prüfung von Anfechtungsansprüchen in der Praxis	270
	I. In Konkursverfahren	270
	II. In Nachlassstundungsverfahren	271
	III. In Nachlassliquidationsverfahren	271
F.	Die Durchsetzung von Anfechtungsansprüchen in der Praxis	272
	I. In Konkursverfahren	272
	II. In Nachlassliquidationsverfahren	274
	III. Beobachtungen hinsichtlich der Durchsetzung von Anfechtungsansprüchen anhand der bundesgerichtlichen Rechtsprechung	274
G.	Weitere in Bezug auf die Prüfung und Durchsetzung von Anfechtungsansprüchen relevante Aspekte	276
	I. Fehlender Anspruch auf unentgeltliche Prozessführung von Konkurs- und Nachlassliquidationsmassen	277
	II. Fehlende Pflicht zur Abklärung der Möglichkeit der Prozessfinanzierung durch Konkursverwaltungen und Nachlassliquidatoren	278
	III. Strafbarkeit von nach Art. 286–288 SchKG anfechtbaren Handlungen	280
H.	Zur Anreizsetzung im Anfechtungsrecht	282
	I. Anreizsetzung nach Insolvenzeröffnung	284
	1. Überlegungen und Beobachtungen in Bezug auf die Einstellung von Konkursverfahren mangels Aktiven	285
	2. Überlegungen und Beobachtungen in Bezug auf summarische Konkursverfahren	287
	3. Überlegungen und Beobachtungen in Bezug auf ordentliche Konkursverfahren und Nachlassliquidationsverfahren	289
	4. Überlegungen und Beobachtungen zu den Ursachen der unterschiedlichen Handhabung der Prüfung und Durchsetzung von Anfechtungsansprüchen im Rahmen der verschiedenen Insolvenzverfahrensarten	290
	5. Erkenntnisse aus der Praxis zur Prüfung und Durchsetzung von Anfechtungsansprüchen in deutschen Insolvenzverfahren	291
	6. Folgerungen	293
	II. Anreizsetzung vor Insolvenzeröffnung	296
	1. In Bezug auf Gemeinschuldner	296
	2. In Bezug auf Anfechtungsschuldner	297
	3. Folgerungen	298

III. Anreizsetzung im Zusammenhang mit Massnahmen, die im Falle eines Kaufs das Risiko einer Anfechtung mindern bzw. ausschliessen	299
1. Das Anfechtungsrisiko mindernde Massnahmen	301
a. Bestimmung des Verkehrswerts durch Bewertungsgutachten	301
b. Bestimmung des Verkehrswerts durch Verkaufsverfahren	302
c. Beobachtungen betreffend Implementierung anfechtungsrisikomin- dernder Massnahmen	302
2. Das Anfechtungsrisiko ausschliessende Massnahmen	303
3. Folgerungen	305
I. Schlussgedanken	306
Literatur	310

A. Einleitung

Die Analyse der Rechtsprechung und Lehre zum (paulianischen) Anfechtungsrecht¹ in der Schweiz kann manch ausländischen Juristen zum Staunen bringen. So fällt rasch auf, dass die zum Anfechtungsrecht in der ausländischen Rechtsprechung und Lehre oftmals vorzufindende Dichte der schweizerischen Judikatur und Doktrin fehlt. Zwar hatten der Niedergang des «Swissair»-Konzerns im Jahr 2001 sowie die verschiedenen infolgedessen eröffneten Nachlassverfahren über Gesellschaften der «Swissair»-Gruppe zu zahlreichen höchstrichterlichen Entscheiden²

-
- 1 In der schweizerischen Literatur und Rechtsprechung wird überwiegend die Bezeichnung «paulianische Anfechtung» sowie «Pauliana» verwendet. Der einfacheren Lesbarkeit willen wird im Nachfolgenden jedoch lediglich der Begriff der «Anfechtung» verwendet.
 - 2 BGE 137 III 268 (Prozessführung durch SAirGroup AG in Nachlassliquidation); BGE 135 III 276 (Prozessführung durch Swissair Schweizerische Luftverkehr-Aktiengesellschaft in Nachlassliquidation); BGE 135 III 265 (Prozessführung durch Swissair Schweizerische Luftverkehr-Aktiengesellschaft in Nachlassliquidation); BGE 134 III 452 (Prozessführung durch SAirGroup AG in Nachlassliquidation); BGE 134 III 273 (Prozessführung durch Swissair Schweizerische Luftverkehr-Aktiengesellschaft in Nachlassliquidation); BGer, Urteil 5A_671/2018 vom 18. September 2020; BGer, Urteil 5A_892/2010 sowie BGer, Urteil 5A_900/2010 vom 22. August 2011 (Prozessführung durch SAirGroup AG in Nachlassliquidation); BGer, Urteil 5A_176/2011 vom 10. August 2011 (Prozessführung durch SAirGroup AG in Nachlassliquidation); BGer, Urteil 5A_358/2008 sowie BGer, Urteil 5A_473/2009 vom 3. August 2010 (Prozessführung durch SAirGroup AG in Nachlassliquidation); BGer, Urteil 5A_567/2009 vom 11. Juni 2010 (Prozessführung durch Swissair Schweizerische Luftverkehr-Aktiengesellschaft in Nachlassliquidation); BGer, Urteil 5A_82/2008 vom 17. November 2009 (Prozessführung durch SAirLines AG in Nachlassliquidation); BGer, Urteil 5A_116/2009 vom 28. September 2009 (Prozessführung durch SAirGroup AG in Nachlassliquidation); BGer, Urteil 5A_420/2008 vom 28. Mai 2009 (Prozessführung durch SAirGroup AG in Nachlassliquidation); BGer, Urteil 5A_670/2007 vom 17. April 2008 (Prozessführung durch SAirGroup AG in Nachlassliquidation); BGer, Urteil 5A_386/2008 vom 6. April 2009 (Prozessführung durch SAirGroup AG in Nachlassliquidation); BGer, Urteil 5A_322/2007 vom 4. Februar 2008 (Prozessführung durch SAirGroup AG in Nachlassliquidation); BGer, Urteil 5A_321/2007 vom 4. Februar 2008 (Prozessführung durch SAirGroup AG in Nachlassliquidation); BGer, Urteil 5A_320/2007 vom 4. Februar 2008 (Prozessführung durch SAirGroup AG in Nachlassliquidation).

zum Anfechtungsrecht geführt.³ Mitnichten ist das Anfechtungsrecht aber durch die Rechtsprechung aufgearbeitet (soweit in der Rechtswissenschaft überhaupt von Aufarbeitung gesprochen werden kann), wie dies zum Beispiel für das deutsche Anfechtungsrecht der Fall ist. So werden Anfechtungsklagen – trotz und gemessen an der Vielzahl von jährlich eröffneten Konkurs-⁴ und Nachlassverfahren⁵ – selten gerichtlich anhängig gemacht.⁶ Entsprechend herrscht in Bezug auf zahlreiche anfechtungsrechtliche Fragen nach wie vor eine erhebliche Rechtsunsicherheit. Diese Gegebenheit ist nicht nur der beschränkten Grösse der Schweiz und der entsprechend fehlenden Fülle an Rechtsprechung geschuldet, sondern kann auch im gesetzlich verankerten Rechtssystem und der damit einhergehenden Anreizsetzung vor und nach Insolvenzeröffnung⁷ begründet liegen, welche – und dies ist bereits vorwegzunehmen – wohl die Vornahme anfechtbarer Handlungen fördert sowie die Geltendmachung von Anfechtungsansprüchen erschwert, wenn nicht gar über weite Strecken verhindert.

Die jährlichen Verluste von Gläubigern resultierend von in der Schweiz eröffneten Insolvenzverfahren betragen rund 11 Milliarden Schweizer Franken und sind somit von nicht zu unterschätzender volkswirtschaftlicher Relevanz.⁸ Davon ausgehend, dass es wohl kaum ein Insolvenzverfahren gibt, in dessen Vorfeld keine anfechtbaren Handlungen erfolgen,⁹ ist die wirtschaftliche Bedeutung der effektiven Durchsetzung von Ansprüchen, die auf der Vornahme anfechtbarer Handlungen basieren, daher beträchtlich. Damit in Widerspruch steht zum einen die erhebliche Zurückhaltung in der Geltendmachung bzw. Durchsetzung von Anfechtungsansprüchen im Rahmen von schweizerischen Insolvenzverfahren. Zum anderen ist der in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung statuierte Ausnahmecharakter der Anfechtungstatbestände¹⁰ dazu gegen-

3 Vgl. FRANCO LORANDI, Neuere Rechtsprechung zur insolvenzrechtlichen Anfechtung: ein Spaziergang durch den paulianischen Rosengarten des Bundesgerichts, BLSchKG 2009, S. 213 ff., S. 213.

4 So wurden im Jahr 2021 in der Schweiz 14 081 Konkursverfahren eröffnet (vgl. [https://www.bfs.admin.ch/asset/de/22064209#:~:text=Soweit%20die%20j%C3%BCngsten%20Ergebnisse%20der,\(%2B9%2C1%25\)%20angestiegen](https://www.bfs.admin.ch/asset/de/22064209#:~:text=Soweit%20die%20j%C3%BCngsten%20Ergebnisse%20der,(%2B9%2C1%25)%20angestiegen; zuletzt besucht am 1. März 2023); zuletzt besucht am 1. März 2023).

5 Nach einer Studie von ALVAREZ & MARSAL aus dem Jahre 2020 waren in der Zeit von Januar 2019 bis September 2020 1.3% der erhobenen, in der Schweiz eröffneten Insolvenzverfahren Nachlassstundungsverfahren (ALVAREZ & MARSAL, Pivot to Revocery: Das Schweizer Nachlassverfahren, November 2020, S. 20).

6 Vgl. HANS REISER, Die paulianische Anfechtung im Spiegel der Rechtsprechung des Bundesgerichts, SJZ 2012, S. 101 ff., S. 101; DANIEL STAEHELIN, Die Anfechtungsklagen, BLSchK 1997, S. 81 ff., S. 81 f.

7 Soweit im vorliegenden Beitrag auf den Begriff des «Insolvenzverfahrens» (sowie weitere damit zusammenhängende Bezeichnungen, wie zum Beispiel «Insolvenzeröffnung») Bezug genommen wird, sind davon sowohl Konkurs- als auch Nachlassliquidationsverfahren erfasst.

8 Vgl. FRANCO LORANDI, Das schweizerische Insolvenzrecht im internationalen Vergleich, ZZZ 2021, S. 749 ff., S. 754.

9 FRANCO LORANDI, Gedanken zur Effektivität unseres Systems zur Vollstreckung von Geldforderungen, AJP 2020, S. 1396 ff., S. 1413.

10 BGE 136 III 247 E. 2; BGE 137 III 268 E. 4.2.1. Vgl. auch DOMINIK VOCK/DANIÈLE MEISTER-MÜLLER, SchKG-Klagen nach der Schweizerischen ZPO, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2018,

sätzlich. So ist davon auszugehen, dass durch eine konsequentere Verfolgung von Anfechtungsansprüchen die jährlichen Verluste von Gläubigern in massgebendem Umfang geringer ausfallen würden. Zudem hätte eine solche auch präventive Wirkung.

Angesichts der hohen wirtschaftlichen Bedeutung und der Auswirkungen des Insolvenzwesens auf die Volkswirtschaft sollte es zentrales Ziel der Abwicklung eines Insolvenzverfahrens sein (insbesondere wenn das Verfahren im Ergebnis zur Liquidation des Gemeinschuldners führt, d.h. ein Konkurs- oder Nachlassliquidationsverfahren betroffen ist), auf ein ökonomisch bestmögliches Ergebnis für die Gläubiger hinzuwirken.¹¹ In diesem Sinne sollte denn auch die gesetzliche Regelung ausgestaltet sein sowie deren effektive Handhabung erfolgen. So sollte denn auch die verhaltenssteuernde Wirkung der gesetzlichen Regelung des Anfechtungsrechts berücksichtigt werden.¹² In diesem Zusammenhang stellt sich hinsichtlich des schweizerischen Anfechtungsrechts die Frage, ob dieses die für eine bestmögliche Gläubigerbefriedigung erforderlichen richtigen Anreize setzt, oder ob dadurch – wie eingangs bereits indiziert – nicht sogar eher die Vornahme vorinsolvenzlicher, gläubigerschädigender Handlungen gefördert wird.

In Anbetracht der vorstehenden Überlegungen werden nachfolgend die Anreizsetzung im schweizerischen Anfechtungsrecht vor und nach Insolvenzeröffnung in Bezug auf die diesbezüglich verschiedenen Beteiligten, d.h. Anfechtungsschuldner, Gemeinschuldner, Konkursverwaltungen, Nachlassliquidatoren sowie (Abtretungs-)Gläubiger, die verschiedenen Insolvenzverfahrensarten, d.h. summarische und ordentliche Konkursverfahren sowie Nachlassstundungs- bzw. Nachlassliquidationsverfahren, und deren Folgen untersucht, wobei vereinzelt Beobachtungen der Autorin zum deutschen Insolvenzrecht erläutert werden.

Die Analyse der Anreizsetzung im Anfechtungsrecht¹³ erfordert eine vorgängige Darlegung ausgewählter Aspekte der Anfechtung¹⁴ sowie der Frage, ob Zwangsliquidationsorgane (d.h. insbesondere Konkursverwaltungen und Nachlassliquidatoren) zur Prüfung und Durchsetzung von Anfechtungsansprüchen¹⁵ verpflichtet sind. Darüber hinaus wird unter anderem auf verein-

S. 356; JEAN-DANIEL SCHMID, Die paulianische Anfechtung von Darlehensrückzahlungen und Darlehensbesicherungen, St. Gallen 2014, Rz. 54; ULRICH HAAS, Actio Pauliana nach Art. 288 SchKG, ZZPInt 2014, S. 283 ff., S. 283. Diesbezüglich kritisch KARL SPÜHLER/ANNETTE DOLGE, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht II, 8. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, Rz. 298.

11 In Bezug auf Konkursverfahren: Entscheid der Obergerichtskommission des Kantons Obwalden vom 18. Januar 2005, in: AbR 2004, Nr. 23, S. 105 ff., S. 106. Vgl. zudem THOMAS GATTLEN, Die Verwertung zugunsten der Gläubiger im System des Unternehmenssanierungsrechts der Schweiz, Zürich/Basel/Genf 2010, S. 191 f.

12 Vgl. ERNST & YOUNG, Modul 2: Analyse der Einflussfaktoren auf die Konkurs- und Nachlassdividende in der Schweiz, S. 19.

13 Vgl. dazu nachstehend Kapitel H.

14 Vgl. dazu nachstehend Kapitel B.

15 Vgl. dazu nachstehend Kapitel C. sowie Kapitel D.

zelle, im Zusammenhang mit der Frage der Verhaltenssteuerung im Anfechtungsrecht interessierende Aspekte, wie den fehlenden Anspruch von Konkurs- und Nachlassliquidationsmassen auf unentgeltliche Prozessführung,¹⁶ die fehlende Pflicht von Zwangsliquidationsorganen zur Abklärung der Möglichkeit der Prozessfinanzierung¹⁷ sowie die mögliche Strafbarkeit von anfechtbaren Handlungen¹⁸ eingegangen.

Abschliessend sei bemerkt, dass sich die nachfolgenden Überlegungen auf das Anfechtungsrecht im Rahmen von Generalexekutions-, d.h. Konkurs- und Nachlassstundungs- bzw. Nachlassliquidationsverfahren beschränken.

B. Ausgewählte Aspekte des Anfechtungsrechts

I. Grundsätze der Anfechtung

Das insolvenzrechtliche, der Sicherstellung der Gläubigergleichbehandlung¹⁹, d.h. dem Gläubigerschutz²⁰ dienende, Instrument der Anfechtung bezweckt die Rückführung von Vermögenswerten in die Zwangsvollstreckung, die dieser durch eine Rechtshandlung des Gemeinschuldners vor der Konkurseröffnung (vgl. Art. 285 Abs. 1 i.V.m. Art. 286–288 SchKG²¹) oder im Falle einer Nachlassstundung bis zur Bewilligung eines Nachlassvertrags mit Vermögensabtretung²² (Art. 331 Abs. 1 SchKG i.V.m. Art. 286–288 SchKG) ohne Zustimmung des Nachlassgerichts, des Gläubigerausschusses (Art. 285 Abs. 3 SchKG) oder – des Sachwalters (Art. 285 Abs. 4 SchKG)²³ unrechtmässig entzogen worden sind.²⁴ Durch die Anfechtung soll somit das Vollstreckungssubstrat wiederhergestellt werden, wie wenn keine anfechtbare Handlung erfolgt wäre.²⁵ Mit der

16 Vgl. dazu nachstehend Kapitel G.I.

17 Vgl. dazu nachstehend Kapitel G.II.

18 Vgl. dazu nachstehend Kapitel G.III.

19 BGE 136 III 247 E. 2; KURT AMONN/FRIDOLIN WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. Aufl., Bern 2013, § 52 N 1.

20 JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ, Schuldbetreibungs- & Konkursrecht, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2018, Rz. 1660.

21 Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) vom 11. April 1889, SR 281.1.

22 Vgl. bezüglich der ausschliesslichen Zulässigkeit der Geltendmachung von Anfechtungsansprüchen im Rahmen eines Nachlassverfahrens nach Abschluss eines Nachlassvertrags mit Vermögensabtretung im Zuge eines Nachlassliquidationsverfahren im Sinne von Art. 317 ff. SchKG nachstehend Kapitel B.II.

23 Der Wortlaut von Art. 285 Abs. 4 SchKG spricht einschränkend vom Ausschluss der Anfechtbarkeit von «Verbindlichkeiten», die mit Zustimmung des Sachwalters während der Nachlassstundung eingegangen wurden (vgl. diesbezüglich DENISE JAGMETTI, Zahlungen an Dienstleister bei Insolvenzgefahr. Pauliana und Konkursdelikte, Diss., Zürich/St. Gallen 2019, S. 25, FN 106).

24 Vgl. REISER (FN 6), S. 101. Vgl. auch BGE 141 III 527 E. 2.2.

25 ADRIAN STAEHELIN/LUKAS BOPP, in: Daniel Staehelin/Thomas Bauer/Franco Lorandi (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II, 3. Aufl., Basel 2021, Art. 285 N 8.

Anfechtung wird folglich dem Gläubigergleichbehandlungsgrundsatz bereits vor der Insolvenzeröffnung (und in Bezug auf Nachlassliquidationsverfahren auch während der Nachlassstundung) Geltung verschafft.²⁶ Den Anfechtungstatbeständen wird zudem «prophylaktische Wirkung» zugesprochen.²⁷

Den in den Art. 286–288 SchKG geregelten Tatbeständen anfechtbarer Rechtshandlungen, namentlich die Schenkungs-, Überschuldungs- sowie Absichtsanfechtung,²⁸ ist gemeinsam, dass bestimmte Handlungen des Gemeinschuldners, die während einer gesetzlich festgelegten Verdachtsperiode – von für die Schenkungs- und Überschuldungsanfechtung einem Jahr (vgl. Art. 286 Abs. 1 sowie Art. 287 Abs. 1 SchKG) und für die Absichtsanfechtung fünf Jahren (vgl. Art. 288 Abs. 1 SchKG) – erfolgen, vollstreckungsrechtlich unbeachtlich bleiben.²⁹

Objektive, aber im Gesetz nicht ausdrücklich erwähnte, Voraussetzung der Anfechtung ist, dass infolge der angefochtenen Handlung einzelne oder alle Gläubiger des Gemeinschuldners tatsächlich geschädigt wurden,³⁰ d.h. sich durch die anfechtbare Handlung insbesondere das Vollstreckungsergebnis zu Lasten der Gläubiger vermindert hat.³¹

Im Falle der Gutheissung oder Anerkennung eines Anfechtungsanspruchs bleiben die betreffenden Rechtsgeschäfte zwar zivilrechtlich gültig, die veräusserten Vermögenswerte werden aber der Zwangsvollstreckung zugeführt und vergrössern die Konkurs- bzw. Nachlassliquidationsmasse, zugunsten der Insolvenzgläubiger entsprechend.³² Eine erfolgreiche Anfechtung führt somit zur verbesserten Gläubigerbefriedigung.³³

Schliesslich ist im Zusammenhang mit der Darlegung der Grundsätze der Anfechtung hervorzuheben, dass es sich nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bei der Anfechtungsklage «um einen Ausnahmetatbestand [handelt], der seiner Natur nach restriktiv zu handhaben ist».³⁴

26 Vgl. REINHARD BORK, Ökonomische Analyse des Insolvenzanfechtungsrechts, in: Thomas Eger/Jochen Bigus/Claus Ott/Georg von Wangenheim (Hrsg.), Internationalisierung des Rechts und seine ökonomische Analyse. Festschrift für Hans-Bernd Schäfer zum 65. Geburtstag, Wiesbaden 2008, S. 593 ff., S. 595. Vgl. auch BGE 136 III 247 E. 2; KATHRIN KRIESI, *Actio Pauliana*. Anfechtbare Handlungen nach Art. 285 ff. SchKG, Diss., Zürich 2020, S. 3.

27 STAEHELIN (FN 6), S. 81.

28 Darüber hinaus sieht Art. 214 SchKG die Anfechtbarkeit einer Verrechnung vor, wenn ein Schuldner des Gemeinschuldners vor der Konkurseröffnung, aber in Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit des Letzteren, eine Forderung an denselben erworben hat, um sich oder einem andern durch die Verrechnung unter Beeinträchtigung der Konkursmasse einen Vorteil zuzuwenden. Im Gegensatz zu den in den Art. 286–288 SchKG geregelten Tatbeständen ist im Anwendungsbereich von Art. 214 SchKG der Gemeinschuldner an der anfechtbaren Handlung nicht beteiligt. Art. 214 SchKG ist auch bei Nachlassverfahren anwendbar (vgl. Art. 297 Abs. 8 SchKG).

29 BGE 136 III 247 E. 2.

30 STAEHELIN (FN 6), S. 83.

31 BGE 101 III 92 E. 4a.

32 Vgl. BGE 136 III 247 E. 2.

33 BORK (FN 26), S. 597.

34 BGE 136 III 247 E. 2.

II. Anfechtungsberechtigung

Im Rahmen von Konkursverfahren ist die Konkursverwaltung oder – nach Massgabe von Art. 260 und Art. 269 Abs. 3 SchKG – jeder einzelne Konkursgläubiger zur Anfechtung von Rechtshandlungen berechtigt (Art. 285 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG). Das Anfechtungsrecht kommt somit in erster Linie der Konkursverwaltung in Vertretung der Konkursmasse zu.³⁵ Konkursgläubiger sind erst an zweiter Stelle anfechtungsberechtigt, wenn die Gläubigergesamtheit auf die Geltendmachung eines Anfechtungsanspruchs durch die Konkursmasse verzichtet hat (vgl. Art. 260 Abs. 1 SchKG für während des Konkursverfahrens entdeckte [Anfechtungs-]Ansprüche sowie Art. 269 i.V.m. Art. 260 Abs. 1 SchKG für nach Schluss des Konkursverfahrens entdeckte [Anfechtungs-]Ansprüche) und das Prozessführungsrecht³⁶ zur Geltendmachung des Anfechtungsanspruchs an den oder die Konkursgläubiger auf dessen bzw. deren Gesuch hin abgetreten wurde (Art. 260 Abs. 1 SchKG). Anfechtungsansprüche dürfen durch die Konkursverwaltung weder versteigert noch veräussert werden (Art. 256 Abs. 4 SchKG).

In Nachlassverfahren können Anfechtungsansprüche ausschliesslich im Zuge eines, dem Abschluss eines Nachlassvertrags mit Vermögensabtretung folgenden, Nachlassliquidationsverfahrens geltend gemacht werden.³⁷ Diesfalls werden Anfechtungsansprüche durch die Nachlassliquidatoren in Vertretung der Nachlassliquidationsmasse «durch Eintreibung» (vgl. Art. 319 Abs. 4 SchKG) verwertet (Art. 322 Abs. 1 SchKG).³⁸ Eine Verwertung von Anfechtungsansprüchen durch Versteigerung oder Freihandverkauf ist in analoger Anwendung von Art. 256 Abs. 4 SchKG unzulässig.³⁹ Verzichten die Nachlassliquidatoren und der Gläubigerausschuss⁴⁰ auf die Geltendmachung eines

35 Vgl. BGE 116 II 253 E. 2b.

36 Vgl. zur Abtretung der Prozessführungsbefugnis nach Art. 260 Abs. 1 SchKG statt vieler FRANCO LORANDI, Abtretung von Rechtsansprüchen gemäss Art. 260 SchKG. Grundlegendes und ausgewählte Fragen, in: Nicolas Jeandin/Hansjörg Peter/Franco Lorandi/Henry Peter/Alain Jaquet/Flavio Cometta (Hrsg.), *Sviluppi e orientamenti del diritto esecutivo federale*, Basel 2012, S. 63 ff., S. 66 m.w.H.

37 BGE 134 III 273 E. 4.4.2. Statt vieler DANIEL STAEHELIN, Der Beginn der Verwirkungsfrist gemäss Artikel 292 SchKG für die Anfechtung (Pauliana) beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung, AJP 2006, S. 1252 ff., S. 1253. Vgl. zum Ausschluss der Geltendmachung von Anfechtungsansprüchen beim ordentlichen Nachlassvertrag im Detail: DANIEL HUNKELER, Das Nachlassverfahren nach revidiertem SchKG: mit einer Darstellung der Rechtsordnungen der USA, Frankreichs und Deutschlands, Diss., Freiburg 1996, Rz. 1098 ff.

38 HENRY PETER, in: Louis Dallèves/Bénédict Foëx/Nicolas Jeandin (Hrsg.), *Commentaire Romand, Poursuite et faillite*, Basel 2005, Art. 285 N 39; BSK SchKG II-STAEHELIN/BOPP (FN 25), Art. 285 N 36; BRIGITTE UMBACH-SPAHN/STEFAN BOSSART, in: Daniel Hunkeler (Hrsg.), *Kurzkommentar SchKG*, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 285 N 10; sinngemäss BGE 134 III 273 E. 4.4.2.

39 KUKO SchKG-ROTHENBÜHLER/WÜTHRICH (FN 38), Art. 322 N 8. Vgl. auch PIERRE-ROBERT GILLIÉRON, *Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite*, Articles 271–352, Lausanne 2003, Art. 322 N 8.

40 Es benötigt die Zustimmung beider genannten Zwangsliquidationsorgane, da nach Art. 322 Abs. 2 SchKG die Nachlassliquidatoren im Einverständnis mit dem Gläubigerausschuss die Art

bestrittenen oder schwer einbringlichen Anfechtungsanspruchs,⁴¹ haben sie davon die Gläubiger durch Rundschreiben oder öffentliche Bekanntmachung in Kenntnis zu setzen und ihnen die Abtretung des diesbezüglichen Prozessführungsrechts gemäss Art. 260 Abs. 1 SchKG anzubieten (Art. 325 SchKG). Analog der Rechtslage in Konkursverfahren sind in Nachlassliquidationsverfahren Gläubiger somit erst zur Anfechtung berechtigt, wenn keine Geltendmachung von Anfechtungsansprüchen durch die Nachlassliquidationsorgane erfolgte und den Gläubigern das diesbezügliche Prozessführungsrecht abgetreten wurde.

C. Sind Zwangsliquidationsorgane zur Prüfung von Anfechtungsansprüchen verpflichtet?

Nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens ist in der Regel nicht ohne weiteres erkennbar, ob innerhalb der relevanten Zeiträume vor der Verfahrenseröffnung potentiell anfechtbare Handlungen vorgenommen worden sind. Entsprechend erfordert die Abklärung möglicher Anfechtungsansprüche oftmals eine vertiefte Analyse der (nicht selten umfangreichen) Geschäftsakten des Gemeinschuldners. Vielmals bedarf eine umfassende bzw. bereits eine sorgfältige Prüfung von Anfechtungsansprüchen gar den Beizug eines Sachverständigen. Dementsprechend kann die Analyse der erfolgten vorinsolvenzlichen, gemeinschuldnerischen Handlungen einen beträchtlichen zeitlichen und finanziellen Aufwand nach sich ziehen.⁴² Die dafür entstehenden Aufwendungen sind Insolvenzmasseverbindlichkeiten, welche durch die vorhandenen Aktiven der Insolvenzmasse vollumfänglich zu begleichen sind und den Gläubigererlös schmälern können (insbesondere, wenn trotz kostenintensiver Abklärungen keine [erfolgreiche] Geltendmachung und Durchsetzung von Anfechtungsansprüchen erfolgen kann). So wird nur der Nettoerlös des Insolvenzverfahrens nach Begleichung der Masseverbindlichkeiten an die Gläubiger ausbezahlt (vgl. Art. 262 Abs. 1 SchKG).⁴³

Es stellt sich vor diesem Hintergrund die Frage, ob Zwangsliquidationsorgane, d.h. in Bezug auf Konkurs- und Nachlassverfahren Konkursverwaltun-

und den Zeitpunkt der Verwertung und damit auch bestimmen, ob den Gläubigern die Abtretung des Prozessführungsrechts nach Art. 325 i.V.m. Art. 260 SchKG angeboten werden soll (vgl. RAMON MABILLARD, in: Jolanta Kren Kostkiewicz/Dominik Vock [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Zürich/Basel/Genf 2017, Art. 325 N 7; GILLIÉRON [FN 39], Art. 325 N 8; CR LP-JUNOD MOSER/GAILLARD [FN 38], Art. 325 N 7. Anderer Ansicht BSK SchKG II-BAUER/HARI/WÜTHRICH [FN 25], Art. 325 N 8. Vgl. zum diesbezüglichen Lehrstreit nachstehend FN 97).

41 Vgl. dazu nachstehend Kapitel D.II.

42 Vgl. ROGER SCHÖBER, in: Konferenz der Betreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz (Hrsg.), Gebührenverordnung. Kommentar, Wädenswil 2008, Art. 44 N 17.

43 FRANCO LORANDI, Masseverbindlichkeiten und ihre Entstehung, AJP 2017, S. 464 ff., S. 466.

gen und Sachwalter bzw. Nachlassliquidatoren, verpflichtet sind, das Bestehen von Anfechtungsansprüchen zu prüfen.⁴⁴

I. Zur Prüfungspflicht der Konkursverwaltung

Unmittelbar nach der Eröffnung des Konkursverfahrens bzw. nach Empfang des Konkurseröffnungsentscheids hat das für die Durchführung des Konkursverfahrens zuständige Konkursamt⁴⁵ das Inventar der Konkursmasse, d.h. das Verzeichnis über die Aktiven des Gemeinschuldners zum Zeitpunkt der Konkurseröffnung,⁴⁶ aufzunehmen (Art. 221 Abs. 1 SchKG). Werden während des Konkursverfahrens neue Vermögenswerte entdeckt, ist das Inventar durch die Konkursverwaltung zu ergänzen.⁴⁷

Die durch das Inventar gewonnene Übersicht über die Vermögenswerte des Gemeinschuldners dient zunächst als Grundlage für den Entscheid über das weitere Verfahren, d.h. ob das Konkursverfahren mangels Aktiven einzustellen (vgl. Art. 230 Abs. 1 SchKG) bzw. das Konkursverfahren als summarisches (Art. 231 Abs. 1 SchKG) oder ordentliches Verfahren durchzuführen ist.⁴⁸ Dem Zweck des Inventars entsprechend sind auch Anfechtungsansprüche zu inventarisieren (vgl. Art. 25 Abs. 1 sowie Art. 27 Abs. 2 KOV⁴⁹).⁵⁰ Aus dieser für An-

44 Nach deutschem Insolvenzrecht trifft Insolvenzverwalter eine Pflicht zu prüfen, ob vor Insolvenzeröffnung anfechtbare Handlungen begangen worden sind, die eine Gläubigerbenachteiligung zur Folge haben (MICHAEL C. FREGE/ÜLRICH KELLER/ERNST RIEDEL, Handbuch Insolvenzrecht, 9. Aufl., München 2022, Rz. 785). Grundlage dieser Pflicht ist der durch die InsO (Insolvenzordnung vom 5. Oktober 1994, BGBl. I S. 2866) erteilte Auftrag zur bestmöglichen Gläubigerbefriedigung (FREGE/KELLER/RIEDEL [a.a.O.], Rz. 785. Vgl. auch RALF SINZ, in: Wilhelm Uhlenbruck [Hrsg.], Insolvenzordnung. Kommentar, 16. Aufl., München 2023, § 60 N 14). Im Falle der Verletzung dieser Pflicht besteht das Risiko der Haftung des Insolvenzverwalters nach § 60 InsO (FREGE/KELLER/RIEDEL [a.a.O.], Rz. 785. Vgl. auch SINZ [a.a.O.], § 60 N 14).

45 Bis zum Entscheid über das weitere Konkursverfahren (d.h. die Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven bzw. die Durchführung eines summarischen oder ordentlichen Konkursverfahrens) ist zwingend das Konkursamt als Konkursverwaltung zuständig (vgl. den Wortlaut von Art. 230 Abs. 1 sowie Art. 231 Abs. 1 SchKG). Im Rahmen von ordentlichen Konkursverfahren kann die Gläubigerversammlung eine ausseramtliche Konkursverwaltung einsetzen (vgl. Art. 237 Abs. 2 i.V.m. Art. 241 SchKG). Im Übrigen erfolgt die Abwicklung von summarischen und ordentlichen Konkursverfahren durch das jeweils zuständige Konkursamt als amtliche Konkursverwaltung (vgl. Art. 240 SchKG sowie AMONN/WALTHER [FN 19], § 45 N 19).

46 CR LP-VOILLOZ (FN 38), Art. 221 N 3; WALTER A. STOFFEL/ISABELLE CHABLOZ, Voies d'exécution. Poursuite pour dettes, exécution de jugements et faillite en droit suisse, 3. Aufl., Bern 2016, § 9 Rz. 77.

47 BSK SchKG II-LUSTENBERGER/SCHENKER (FN 25), Art. 221 N 6; SVEN RÜETSCHI/ROGER SCHÖBER, in: Dominik Milani/Marc Wohlgemuth (Hrsg.), Verordnung über die Geschäftsführung der Konkursämter. Kommentar, Zürich/St. Gallen 2016, Art. 25 N 16.

48 BGer 5A_469/2011 vom 25. Oktober 2011 E. 4.2.1. Vgl. auch SYLVAIN MARCHAND/OLIVIER HARI, Précis de droit des poursuites, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2022, Rz. 511 ff.

49 Verordnung über die Geschäftsführung der Konkursämter (KOV) vom 13. Juli 1911, SR 281.32.

50 Vgl. PIERRE-ROBERT GILLIÉRON, Poursuite pour dettes, faillite et concordat, 5. Aufl., Basel 2012, N 1830; ERNST BLUMENSTEIN, Handbuch des Schweizerischen Schuldbetreibungsrechts, Bern 1911, S. 751, FN 4.

fechtungsansprüche bestehenden Inventarisierungspflicht ergibt sich denn auch grundsätzlich die Pflicht der Konkursverwaltung zur Prüfung von Anfechtungsansprüchen.^{51,52} Zu unterscheiden ist in diesem Zusammenhang jedoch zwischen dem Verfahrensabschnitt vor dem Entscheid über das weitere Konkursverfahren und der Durchführung des Konkursverfahrens im summarischen oder ordentlichen Verfahren.

1. *Vor dem Entscheid über die Durchführung des weiteren Konkursverfahrens*

Für den Entscheid über das weitere Konkursverfahren sind einzig liquide Aktiven, d.h. jene Vermögenswerte der Konkursmasse zu berücksichtigen, die mit sehr grosser Wahrscheinlichkeit eingezogen und verwertet werden können.⁵³ Ansprüche, die gerichtlich eingezogen werden müssen, sind entsprechend beim Entscheid über das weitere Verfahren nicht zu beachten.⁵⁴ Anfechtungsansprüche, wenn sie denn in diesem Zeitpunkt des Konkursverfahrens bereits bekannt sind, gelten grundsätzlich als solche unsichere und in diesem Sinne für den Entscheid über das weitere Konkursverfahren nicht zu berücksichtigende Ansprüche.⁵⁵ Bereits aus diesem Grund besteht in diesem Verfahrenssta-

51 Im Ergebnis auch THOMAS KRIZAJ, Yin und Yang. Oder das Verhältnis der Verantwortlichkeitsklage zur paulianischen Anfechtungsklage, AJP 2013, S. 819 ff., S. 820; MICHAEL KRAMER/THOMAS ROHNER, Der Beginn der zweijährigen Verwirkungsfrist gemäss Art. 292 SchKG für die Anfechtung (Pauliana) im Rahmen des Nachlassverfahrens, AJP 2006, S. 688 ff., S. 692. Anderer Ansicht MARC BERNHEIM/GAUDENZ GEIGER, Paulianische Anfechtung – Auswirkungen der Beweislastverteilung aus beratender und forensischer Sicht, in: Thomas Sprecher (Hrsg.), Sanierung und Insolvenz von Unternehmen VI, Zürich/Basel/Genf 2014, S. 7 ff., S. 26, FN 56.

52 Damit übereinstimmend sehen die Verordnungen für Konkursverfahren über Banken und Wertpapierhäuser, kollektive Kapitalanlagen sowie Versicherungsunternehmen ausdrücklich eine Pflicht des Konkursliquidators zur Prüfung der Anfechtbarkeit von Rechtsgeschäften nach den Art. 285–292 SchKG vor (vgl. Art. 21 Abs. 3 der Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über die Insolvenz von Banken und Wertpapierhäusern [BIV-FINMA] vom 30. August 2012, SR 952.05; Art. 24 Abs. 3 der Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über den Konkurs von kollektiven Kapitalanlagen [KAKV-FINMA] vom 6. Dezember 2021, SR 951.315.2; Art. 21 Abs. 3 der Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über den Konkurs von Versicherungsunternehmen [VKV-FINMA] vom 17. Oktober 2012, SR 961.015.2). Vgl. diesbezüglich auch den Wortlaut von Art. 21 Abs. 3 BIV-FINMA, Art. 24 Abs. 3 KAKV-FINMA sowie Art. 21 Abs. 3 VKV-FINMA: «Er oder sie [d.h. der Konkursliquidator oder die Konkursliquidatorin] prüft, ob Rechtsgeschäfte nach den Artikeln 285–292 SchKG angefochten werden können.»

53 BSK SchKG II-LUSTENBERGER/SCHENKER (FN 25), Art. 230 N 3 sowie Art. 231 N 4; Kommentar KOV-MILANI/SCHMID (FN 47), Art. 39 N 15.

54 Kommentar KOV-MILANI/SCHMID (FN 47), Art. 39 N 15.

55 Vgl. DANIEL STAEHELIN/LUKAS BOPP/EVA BACHOFNER, Muss das Konkursamt nach Anfechtungsansprüchen suchen?, BLSchKG 2011, S. 1 ff., S. 6; CHRISTOPH RUDOLF STOCKER, Entscheidgrundlagen für die Wahl des Verfahrens im Konkurs, Diss., Zürich 1985, S. 171. Anderer Ansicht FRANÇOIS VOUILLOZ, La suspension de la faillite faute d'actif, AJP 2001, S. 81 ff., S. 81; CR LP-VOUILLOZ (FN 38), Art. 230 N 2; CARL JAEGER/HANS ULRICH WALDERBOHNER/THOMAS M. KULL/MARTIN KOTTMANN, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und

dium noch keine Pflicht des inventarisierenden Konkursamts zur Prüfung von Anfechtungsansprüchen.

Darüber hinaus beträgt die Gebühr für die Feststellung der Konkursmasse, worunter auch die Prüfung von Anfechtungsansprüchen fällt, CHF 50 pro halbe Stunde (Art. 44 GebV SchKG⁵⁶).⁵⁷ Wie bereits dargelegt,⁵⁸ erweist sich die sorgfältige Analyse des Bestehens von Anfechtungsansprüchen nicht selten als zeit- und kostenintensiv. Gerade auch vor diesem Hintergrund, d.h. insbesondere um nicht Verbindlichkeiten einzugehen, die durch die Konkursmasse nicht gedeckt werden können, hat das Konkursamt zu Beginn des Konkursverfahrens bzw. vor dem Entscheid über das weitere Konkursverfahren keine (detaillierten) Abklärungen zu Anfechtungsansprüchen vorzunehmen.⁵⁹ Selbstredend sind aber etwaige Anfechtungsansprüche, von denen das Konkursamt zum Beispiel im Rahmen der Einvernahme des Gemeinschuldners (vgl. Art. 37 KOV) Kenntnis erhält, zu inventarisieren.

2. *Bei Durchführung des Konkursverfahrens*

Im Zusammenhang mit der bei Durchführung eines Konkursverfahrens bestehenden grundsätzlichen Pflicht der Konkursverwaltung zur Abklärung von Anfechtungsansprüchen sieht die gesetzliche Regelung für summarische und ordentliche Konkursverfahren keine ausdrückliche Unterscheidung vor. Zu analysieren ist daher, ob sich in Bezug auf die Frage der Prüfungspflicht aus der

Konkurs, 4. Aufl., Band II, Art. 159–292, Zürich 1997, Art. 230 N 4, wonach das Konkursgericht beim Entscheid über die Einstellung eines Konkursverfahrens mangels Aktiven – uneingeschränkt – auch mögliche Anfechtungsansprüche zu berücksichtigen habe.

56 Gebührenverordnung zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (GebV SchKG) vom 23. September 1996, SR 281.35.

57 Vgl. Kommentar Gebührenverordnung SchKG-SCHOBER (FN 42), Art. 44 N 1 sowie N 17.

58 Vgl. dazu vorstehend Kapitel C.

59 STAEHELIN/BOPP/BACHOFNER (FN 55), S. 6 ff.; SARA LUSTENBERGER/NOÉMI WOODTLI, Umsetzung der Motion Hess «Missbrauch des Konkursverfahrens verhindern», in: Damiano Canapa/Robin Landolt/Nicola Müller (Hrsg.), Sein und Schein von Gesetzgebung. Erwartungen – Auswirkungen – Kritik, Zürich/St. Gallen 2018, S. 193 ff., S. 197. Vgl. auch STOCKER (FN 55), S. 175. Eine gegenteilige Ansicht scheint das Bundesgericht in BGE 128 V 10 E. 5c mit Verweis auf JAEGER/WALDER-BOHNER/KULL/KOTTMANN (FN 55), Art. 230 N 6 vertreten zu haben. So führte das Bundesgericht im zitierten Entscheid aus, dass das Konkursgericht hinsichtlich des Antrags des Konkursamts auf Einstellung des Verfahrens mangels Aktiven nach Art. 230 Abs. 1 SchKG ein selbstständiges Urteil zu bilden habe, insbesondere ob unter anderem «Anfechtungsklagen irgendwelcher Art nicht möglich oder ohne jede Aussicht auf Erfolg» seien. Diese höchstrichterliche (nach der hier vertretenen Ansicht aber unzutreffende) Argumentation würde bedingen, dass dem Konkursamt bereits vor dem Entscheid über das weitere Konkursverfahren die Pflicht zur Prüfung von Anfechtungsansprüchen zukommen würde. Diese Ansicht wird teils auch in der Lehre vertreten (BSK SchKG II-LUSTENBERGER/SCHENKER [FN 25], Art. 230 N 78; CR LP-VOUILLOZ [FN 38], Art. 230 N 2). Zum einen besteht nach der hier vertretenen Ansicht aufgrund der vorstehend dargestellten Überlegungen keine solche Prüfungspflicht und zum anderen zeigt die Erfahrung, dass in diesem Verfahrensabschnitt (in Widerspruch zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung) jeweils keine konkursamtliche Prüfung von Anfechtungsansprüchen erfolgt.

Auslegung des Gesetzes eine unterschiedliche Handhabungsobliegenheit der Konkursverwaltung für die beiden Verfahrensarten ergibt.

Das SchKG geht von der Verfahrensart des ordentlichen Konkursverfahrens aus.⁶⁰ Entsprechend besteht für ordentliche Konkursverfahren die vorstehend dargestellte gesetzlich vorgesehene Pflicht der Konkursverwaltung zur Prüfung von Anfechtungsansprüchen,⁶¹ wobei im Grundsatz von einer Pflicht zu einer ausführlichen Analyse auszugehen ist.⁶² Tatsächlich bzw. im Sinne einer zweckgerichteten Auslegung der Regelung hängt der Umfang der Untersuchung hinsichtlich möglicher Anfechtungsansprüche jedoch (auch) in ordentlichen Konkursverfahren von den in der Konkursmasse vorhandenen Vermögenswerten sowie der voraussichtlichen Dividende für Forderungen der dritten Klasse (vgl. Art. 219 Abs. 4 SchKG) ab. Der Aufwand für eine systematische Prüfung, zum Beispiel der vorhandenen Gesellschaftsunterlagen, rechtfertigt sich ausschliesslich, wenn die Konkursmasse über umfangreiche Mittel verfügt.

Das Konkursamt hat die Durchführung eines summarischen Konkursverfahrens – dieses zeichnet sich durch Kostenersparnis und Verfahrensbeschleunigung aus⁶³ – zu beantragen, wenn es feststellt, dass aus dem Erlös der inventarisierten Vermögenswerte die Kosten eines ordentlichen Konkursverfahrens voraussichtlich nicht gedeckt werden können oder die Verhältnisse einfach sind (Art. 231 Abs. 1 Ziff. 1 und 2 SchKG). Die Gesetzessystematik lässt zwar darauf schliessen, dass Konkursverfahren im Ausnahmefall als summarische Verfahren durchgeführt werden sollen (vgl. Art. 231 SchKG). *In praxi* wird jedoch die überwiegende Anzahl von durchgeführten Konkursverfahren als summarische Konkursverfahren abgewickelt.⁶⁴

Die Pflicht zur Abklärung von Anfechtungsansprüchen durch die Konkursverwaltung besteht grundsätzlich auch in summarischen Konkursverfahren. Dies ist insbesondere der Fall, wenn die Verhältnisse zwar einfach sind (vgl. Art. 231 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG), die Konkursmasse aber über bedeutende liquide Vermögenswerte verfügt. Diesfalls rechtfertigt es sich, eine detaillierte Prüfung hinsichtlich möglicher Anfechtungsansprüche vorzunehmen. Umfasst

60 EUGEN FRITSCHI, *Verfahrensfragen bei der Konkurseröffnung*, Diss., Zürich/Basel/Genf 2010, S. 94; Kommentar KOV-MILANI/SCHMID (FN 47), Art. 39 N 5.

61 Vgl. dazu vorstehend Kapitel C.I.

62 Ähnlich STAEHELIN/BOPP/BACHOFNER (FN 55), S. 9.

63 BSK SchKG II-LUSTENBERGER/SCHENKER (FN 25), Art. 231 N 1; CR LP-VOUILLOZ (FN 38), Art. 231 N 2.

64 Aus den in verschiedenen Kantonen erhobenen Daten ergibt sich, dass weniger als 0.5% der Konkursverfahren als ordentliche Konkursverfahren durchgeführt werden (vgl. LORANDI [FN 9], S. 1400). In diesem Sinne erfolgten im Jahre 2021 auf gesamtschweizerischer Ebene von 14 488 Konkurserledigungen 6 296 in summarischen Konkursverfahren und vier in ordentlichen Konkursverfahren. Zudem wurden 8 014 Konkursverfahren mangels Aktiven eingestellt und für 174 Konkursverfahren erfolgte ein Widerruf (diese Zahlen wurden auf Anfrage der Autorin durch das Bundesamt für Statistik im August 2022 zur Verfügung gestellt).

die Konkursmasse hingegen beschränkte liquide Aktiven, hat das Konkursamt zwar seiner Prüfungspflicht nachzukommen, aber diese auf offensichtlich anfechtbare Handlungen zu beschränken.⁶⁵

Sowohl bei ordentlichen wie auch bei summarischen Konkursverfahren liegt es im Ermessen der Konkursverwaltung zu entscheiden, wie umfangreich und detailliert die Prüfung möglicher Anfechtungsansprüche zu erfolgen hat, d.h. welcher (im Ergebnis finanzielle) Aufwand erzeugt wird.⁶⁶ Diesbezüglich sind insbesondere auch die Interessen der Gläubiger an einer möglichst hohen Konkursdividende zu berücksichtigen.⁶⁷ Soweit von einer Pflicht der Konkursverwaltung zur Prüfung von Anfechtungsansprüchen auszugehen ist, steht dieser nicht die Befugnis zu, eigenmächtig auf die Prüfung zu verzichten.

II. Zur Prüfungspflicht des Sachwalters

Die Frage nach der Pflicht zur Prüfung von Anfechtungsansprüchen stellt sich auch in Bezug auf Nachlassverfahren, welche – wie ordentliche Konkursverfahren⁶⁸ – eine beschränkte Zahl von in der Schweiz eröffneten Insolvenzverfahren ausmachen.⁶⁹ Im Zuge eines Nachlassverfahrens können Anfechtungsansprüche einzig bei Abschluss eines Nachlassvertrags mit Vermögensabtretung im nachfolgenden Nachlassliquidationsverfahren geltend gemacht werden (vgl. Art. 331 Abs. 1 SchKG).⁷⁰ Dies könnte zur Folge haben, dass zwar für Nachlassliquidatoren, wohl nicht aber für Sachwalter, eine Pflicht zur Abklärung von Anfechtungsansprüchen besteht. Anfechtungsansprüche sind grundsätzlich aber auch im Rahmen der Prüfung der Angemessenheit der Nachlassofferte nach Art. 306 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG mit Blick auf die Bestätigung eines ordentlichen Nachlassvertrags zu berücksichtigen.⁷¹ Vor diesem

65 Vgl. STAEHELIN/BOPP/BACHOFNER (FN 55), S. 9, wobei diese Autoren in Bezug auf summarische Konkursverfahren generell von einer eingeschränkten Prüfungspflicht der Konkursverwaltung ausgehen, unabhängig davon, ob die Konkursmasse umfangreiche liquide Vermögenswerte enthält.

66 Anderer Ansicht wohl REISER (FN 6), S. 101, der sich auf den Standpunkt stellt, dass die Konkursverwaltung nicht gehalten sei, «eigens nach allfälligen Anfechtungsansprüchen zu fahnden».

67 Vgl. STAEHELIN/BOPP/BACHOFNER (FN 55), S. 9. HANS FRITZSCHE/HANS ULRICH WALDERBOHNER, *Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht*, Band II, Zürich 1993, § 45 N 21, stellen sich auf den Standpunkt, dass das Konkursverfahren durch die Konkursverwaltung unter möglichst grosser Kostenersparnis durchzuführen ist. Dies kann m.E. aber nicht bedeuten, dass die Konkursverwaltung ihrer Pflicht zur Prüfung von Anfechtungsansprüchen nicht nachkommt. Vielmehr obliegt dem Konkursamt dennoch die Pflicht, zur Vergrösserung der Konkursmasse beizutragen, wobei der diesbezügliche Aufwand im Verhältnis zu den in der Konkursmasse vorhandenen Vermögenswerten stehen muss.

68 Vgl. dazu vorstehend FN 64.

69 Vgl. dazu vorstehend FN 5.

70 Vgl. dazu vorstehend Kapitel B.II.

71 KUKO SchKG-HUNKELER (FN 38), Art. 306 N 10; SK SchKG-HUNKELER/WOHL (FN 40), Art. 306 N 6; BSK SchKG II-UMBACH-SPAHN/KESSELBACH/BOSSART (FN 25), Art. 306 N 15. Anderer Ansicht CR LP-MARCHAND (FN 38), Art. 306 N 33.

Hintergrund ist zu untersuchen, ob Sachwalter zur Prüfung von Anfechtungsansprüchen verpflichtet sind.

In der Lehre herrscht Uneinigkeit, inwieweit Sachwalter zu Beginn eines Nachlassverfahrens, d.h. während der Nachlassstundung, eine Verpflichtung zur Inventarisierung und entsprechend auch zur Suche nach Anfechtungsansprüchen trifft.⁷²

So wird zum einen vorgebracht, der Sachwalter habe das Inventar aufzunehmen (Art. 293c Abs. 1 i.V.m. Art. 299 Abs. 1 SchKG), wobei für die Errichtung des Inventars die diesbezüglichen konkursrechtlichen Regeln, d.h. Art. 221 SchKG sowie Art. 25 ff. KOV, Anwendung fänden.⁷³ Somit seien auch Anfechtungsansprüche zu inventarisieren (vgl. Art. 25 Abs. 1 sowie Art. 27 Abs. 2 KOV).⁷⁴ Der Sachwalter sei entsprechend verpflichtet, die bisherigen Handlungen des Gemeinschuldners hinsichtlich möglicher Anfechtungsansprüche zu prüfen.⁷⁵ Gleich der Rechtslage bei Durchführung eines Konkursverfahrens⁷⁶ ergibt sich nach dieser Ansicht, im Ergebnis aus der Inventarisierungspflicht, grundsätzlich eine Pflicht von Sachwaltern zur Prüfung von Anfechtungsansprüchen.⁷⁷

Zum anderen wird in der Lehre vertreten, dass Anfechtungsansprüche einzig entstehen, wenn ein Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung geschlossen oder der Konkurs über den Gemeinschuldner eröffnet werde.⁷⁸ Daher würden Anfechtungsansprüche im Zuge der Nachlassstundung nicht als Vermögenswerte des Gemeinschuldners qualifizieren und seien folglich auch nicht Gegenstand des Inventars nach Art. 299 Abs. 1 SchKG.⁷⁹ Anfechtungsansprüche seien aber bei der Beurteilung der Angemessenheit des Angebots des Gemeinschuldners, insbesondere jenes im Rahmen eines ordentlichen Nachlassvertrags (vgl. Art. 306 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG), zu berücksichtigen.⁸⁰ Mögliche Anfechtungsansprüche seien folglich «zumindest in groben Zügen» zu ermitteln.⁸¹

72 Vgl. auch STAEHELIN (FN 37), S. 1261, wonach im Zeitpunkt der Publikation des zitierten Aufsatzes umstritten war, ob Sachwalter überhaupt zur Abklärung von Anfechtungsansprüchen verpflichtet seien. Diesbezüglich hat sich in der Zwischenzeit in der Lehre die Ansicht durchgesetzt, dass Sachwalter zumindest eine gewisse Abklärungspflicht trifft, wenn auch der Umfang dieser Pflicht umstritten ist.

73 BSK SchKG II-BAUER/LUGINBÜHL (FN 25), Art. 299 N 8.

74 KRAMER/ROHNER (FN 51), S. 692. Vgl. auch BSK SchKG II-BAUER/LUGINBÜHL (FN 25), Art. 299 N 8; KUKO SchKG-HUNKELER (FN 38), Art. 299 N 4.

75 KRAMER/ROHNER (FN 51), S. 692.

76 Vgl. dazu vorstehend Kapitel C.I.2.

77 KRAMER/ROHNER (FN 51), S. 692.

78 SK SchKG-UMBACH-SPAHN/KESSELBACH/EXNER (FN 40), Art. 299 N 5.

79 SK SchKG-UMBACH-SPAHN/KESSELBACH/EXNER (FN 40), Art. 299 N 5.

80 KUKO SchKG-HUNKELER (FN 38), Art. 306 N 10; BSK SchKG II-UMBACH-SPAHN/KESSELBACH/BOSSART (FN 25), Art. 306 N 15; SK SchKG-UMBACH-SPAHN/KESSELBACH/EXNER (FN 40), Art. 299 N 5. Anderer Ansicht für den ordentlichen Nachlassvertrag CR LP-MAR-CHAND (FN 38), Art. 306 N 33.

81 SK SchKG-UMBACH-SPAHN/KESSELBACH/EXNER (FN 40), Art. 299 N 5.

Zur Prüfung der Aussicht auf Sanierung oder Abschluss eines Nachlassvertrags (vgl. Art. 293b Abs. 1 SchKG) bzw. zur Implementierung der Sanierung oder Ausarbeitung eines Entwurfs eines Nachlassvertrags (vgl. Art. 295 Abs. 2 lit. a SchKG) hat der Sachwalter die vom Schuldner geführten Bücher zu prüfen und sich einen Gesamtüberblick über dessen finanzielle Situation zu verschaffen. Sinnwidrig wäre vor diesem Hintergrund, Sachwaltern die Pflicht zur Prüfung von Anfechtungsansprüchen vollumfänglich abzusprechen; so ergeben sich doch in den überwiegenden Fällen mögliche Anfechtungsansprüche aus den Geschäftsunterlagen, die ohnehin (zumindest teilweise) zu sichten sind. Ferner sind Anfechtungsansprüche nicht nur im Rahmen eines Nachlassliquidationsverfahrens von Belang, sondern können auch im Zuge der Angemessenheitsprüfung für die Bestätigung eines ordentlichen Nachlassvertrags nach Art. 306 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG von Relevanz sein. Der Bestand von Anfechtungsansprüchen ist daher zwar durch den Sachwalter nicht im Detail zu prüfen, jedoch sind zumindest offensichtlich erkennbare anfechtbare Handlungen bzw. daraus resultierende Aktivansprüche ins Inventar aufzunehmen.

III. Zur Prüfungspflicht des Nachlassliquidators

In Anlehnung an die für Konkursverwaltungen im Falle der Durchführung eines Konkursverfahrens geltende Prüfungspflicht⁸² sind Nachlassliquidatoren grundsätzlich zur Untersuchung von Anfechtungsansprüchen verpflichtet.⁸³ Der Umfang der Prüfungspflicht ist jedoch abhängig von den in der Nachlassliquidationsmasse vorhandenen Vermögenswerten. Weist die Nachlassliquidationsmasse lediglich liquide Aktiven in beschränktem Umfang auf, ist die Prüfung von möglichen Anfechtungsansprüchen auf offensichtlich erkennbare gesetzeswidrige Handlungen zu beschränken (soweit entsprechende Ansprüche nicht bereits durch den Sachwalter erkannt und inventarisiert wurden). Schliesslich ist in Bezug auf den Prüfungsaufwand auch die mögliche an die Gläubiger von Forderungen der dritten Klasse auszurichtende Dividende nicht ausser Acht zu lassen.

82 Vgl. dazu vorstehend Kapitel C.I.2.

83 Vgl. AMONN/WALTHER (FN 19), § 55 N 34. Teils wird in der Literatur die Ansicht vertreten, dass Nachlassliquidatoren lediglich zur Ergänzung des Inventars verpflichtet sind, wenn sie von bis dahin unbekannten Anfechtungsansprüchen Kenntnis erhalten (SK SchKG-MABILLARD [FN 40], Art. 319 N 16; CR LP-JUNOD MOSER/GAILLARD [FN 38], Art. 319 N 35).

D. Sind Zwangsliquidationsorgane zur Durchsetzung von Anfechtungsansprüchen verpflichtet?

In Anbetracht der grundsätzlichen Pflicht von Konkursverwaltungen und Nachlassliquidatoren zur Prüfung von Anfechtungsansprüchen stellt sich die Frage, ob diesen Zwangsliquidationsorganen auch eine Pflicht zur Durchsetzung von möglichen Anfechtungsansprüchen zukommt.

I. In Konkursverfahren

Die Konkursverwaltung hat alle zur Erhaltung und Verwertung der Masse gehörenden Geschäfte zu besorgen und vertritt die Masse vor Gericht (Art. 240 SchKG). Sie hat dementsprechend die gesetzliche Pflicht, sämtliche nötigen Vorkehrungen zu treffen, um die Rechte der Gläubiger auf Befriedigung aus dem zur Konkursmasse gehörenden Vermögen zu wahren.⁸⁴ In diesem Sinne hat sie «alles Gebotene anzuordnen, um die Masse zu erhalten und zu mehren».⁸⁵

Soweit Forderungen des Gemeinschuldners unbestritten sind, hat die Konkursverwaltung diese, nötigenfalls auf dem Betreibungsweg, einzuziehen (Art. 243 Abs. 1 SchKG). Mit Ausnahme des (wohl eher seltenen) Falles, dass ein Drittschuldner die Konkursverwaltung über seine gegenüber dem Gemeinschuldner bestehende Verbindlichkeit in Kenntnis setzt (Art. 232 Abs. 2 Ziff. 3 SchKG),⁸⁶ ist meist erst nach erfolgter Zahlungsaufforderung und entsprechender Zahlungsverweigerung evident, dass eine Forderung des Gemeinschuldners bestritten ist. Eine ausdrückliche Bestreitung des Drittschuldners kann aber in den überwiegenden Fällen einzig durch eine Betreibungseinleitung erzwungen werden.⁸⁷

Bei bestrittenen Ansprüchen obliegt den Gläubigern der Entscheid über die (gerichtliche) Geltendmachung dieser Ansprüche durch die Konkursverwaltung. Während bei ordentlichen Konkursverfahren dem Gläubigerausschuss (Art. 237 Abs. 3 Ziff. 3 SchKG) bzw. der zweiten Gläubigerversammlung die Befugnis zusteht, über die Durchsetzung von Ansprüchen zu entscheiden bzw. darauf zu verzichten,⁸⁸ erfolgt die diesbezügliche Beschlussfassung in summarischen Konkursverfahren fast ausnahmslos auf dem Zirkularweg (vgl. Art. 231 Abs. 3 Ziff. 1 SchKG),⁸⁹ auch wenn die Durchführung einer Gläubigerversammlung zulässig ist (Art. 260 Abs. 1 i.V.m. Art. 231 Abs. 3 Ziff. 1 SchKG).⁹⁰

84 BGer 6B_7/2018 vom 17. Oktober 2018 E. 2.4.

85 BGer 6B_557/2010 vom 9. März 2011 E. 6.3.2.

86 CR LP-JEANDIN/FISCHER (FN 38), Art. 243 N 4.

87 SK SchKG-SCHOBER/AVDYLI-LUGINBÜHL (FN 40), Art. 243 N 1. Vgl. auch BSK SchKG II-RUSSENBERGER/WOHLGEMUTH (FN 25), Art. 243 N 3.

88 Vgl. BGE 116 III 96 E. 4a; BGE 103 III 8 E. 3a.

89 Vgl. BGE 136 III 534 E. 4.1.

90 Vgl. FRANCO LORANDI, Zirkularbeschlüsse im SchKG, ZZZ 2019, S. 31 ff., S. 32.

Im Falle des Verzichts auf die Geltendmachung von Ansprüchen durch die Gläubigergesamtheit⁹¹ ist jeder (kollozierte) Gläubiger berechtigt, die Abtretung des diesbezüglichen Prozessführungsrechts zu verlangen (Art. 260 Abs. 1 SchKG). Das Ergebnis einer (erfolgreichen) Anspruchsdurchsetzung dient nach Abzug der Kosten zur Deckung der Forderungen derjenigen Abtretungsgläubiger, welche den Anspruch durchgesetzt haben, nach dem unter ihnen bestehenden Range (vgl. Art. 260 Abs. 2 SchKG). Als zu ersetzende Kosten gelten insbesondere sowohl vorprozessuale Kosten als auch solche, die im Zusammenhang mit einer gerichtlichen Durchsetzung eines Anspruchs entstehen, wie auch der Kostenvorschuss, der durch einen Gläubiger für die Durchführung des Konkursverfahrens im Sinne von Art. 230 Abs. 2 SchKG geleistet wurde.⁹² Nur ein etwaiger Überschuss ist der Konkursmasse auszuhändigen (Art. 260 Abs. 2 SchKG).

Die vorstehend dargelegte Rechtslage findet auch auf Anfechtungsansprüche Anwendung. Entsprechend ist die Konkursverwaltung verpflichtet, Anfechtungsschuldner zur Erfüllung der Ansprüche innert einer festzulegenden Frist schriftlich aufzufordern⁹³ bzw. sofern notwendig und es sich um eine Geldforderung handelt, durch eine Betreibung einzufordern.⁹⁴ Diesbezüglich ist kein Gläubigerbeschluss erforderlich, hält sich der zu Lasten der Konkursmasse als Masseverbindlichkeit entstehende Aufwand doch in Grenzen. Die klageweise Geltendmachung von bestrittenen Anfechtungsansprüchen durch die Konkursverwaltung ist hingegen nur mit Zustimmung der Gläubiger zulässig. Spricht sich die Mehrheit der Gläubiger für eine Geltendmachung aus, kommt der Konkursverwaltung die Pflicht zu, diesem Gläubigerbeschluss nachzukommen.⁹⁵

II. In Nachlassliquidationsverfahren

Für Nachlassliquidationsverfahren sieht Art. 319 Abs. 3 und 4 SchKG hinsichtlich der Aufgaben eines Nachlassliquidators eine Regelung vor, die jener für Konkursverfahren (Art. 240 SchKG) entspricht. Der Nachlassliquidator hat alle zur Erhaltung und Verwertung der Nachlassliquidationsmasse gehörenden Geschäfte vorzunehmen (Abs. 3) und die Nachlassliquidationsmasse vor Gericht

91 Die Gläubiger beschliessen mit der absoluten Mehrheit der stimmenden Gläubiger (vgl. Art. 235 Abs. 4 SchKG sowie BGE 136 III 534 E. 4.3).

92 BSK SchKG II-BACHOFNER (FN 25), Art. 260 N 113 f.; Kommentar KOV-HÄUPTLI (FN 47), Art. 80 N 39.

93 Dies entspricht der ständigen Praxis von Insolvenzverwaltern in deutschen Insolvenzverfahren.

94 Anderer Ansicht wohl KREN KOSTKIEWICZ (FN 20), Rz. 1489, die Anfechtungsansprüche *per se* als bestrittene Forderungen der Konkursmasse qualifiziert.

95 Vgl. in Bezug auf die Beschlussfassung zur Prozessführung durch den Gläubigerausschuss nach Art. 237 Abs. 3 Ziff. 3 SchKG THOMAS SPRECHER, Der Gläubigerausschuss im schweizerischen Konkursverfahren und im Nachlassverfahren mit Vermögensabtretung, Diss., Zürich 2003, Rz. 591.

zu vertreten (Abs. 4). Entsprechend steht dem Nachlassliquidator grundsätzlich die Befugnis zu, in Vertretung der Nachlassliquidationsmasse Ansprüche (auch) klageweise geltend zu machen.⁹⁶ Davon erfasst sind selbstredend auch Anfechtungsansprüche (vgl. auch Art. 331 SchKG).

Dem im Vergleich zu Konkursverfahren gleichartigen System von Nachlassliquidationsverfahren entsprechend, sieht Art. 325 SchKG das Recht zur Abtretung des Prozessführungsrechts im Sinne von Art. 260 Abs. 1 SchKG für Ansprüche vor, die durch die Nachlassliquidationsmasse bzw. die Nachlassliquidatoren nicht geltend gemacht werden. So ist die Abtretung des Prozessführungsrechts den (kollozierten) Gläubigern anzubieten, wenn die Nachlassliquidatoren und der Gläubigerausschuss⁹⁷ auf die Geltendmachung eines Anspruchs der Nachlassliquidationsmasse verzichten (Art. 325 SchKG).

Aus dem Wortlaut von Art. 325 SchKG ergibt sich zudem zum einen, dass das Prozessführungsrecht nur hinsichtlich bestrittener und schwer einbringlicher Ansprüche des Massevermögens nach Art. 260 Abs. 1 SchKG abgetreten werden kann. Daraus ist *e contrario* zu schliessen, dass für unbestrittene und einfach einbringliche Ansprüche eine Durchsetzungspflicht der Nachlassliquidatoren besteht. Zum anderen nennt Art. 325 SchKG Anfechtungsansprüche beispielhaft als bestrittene bzw. schwer einbringliche Ansprüche. Trotz der gesetzlichen Vermutung, dass Anfechtungsansprüche bestritten bzw. schwer einbringlich sind, müssen Nachlassliquidatoren – unter Berücksichtigung der vorstehend dargelegten Überlegungen zur Pflicht von Konkursverwaltungen zur Einforderung von Ansprüchen der Konkursmasse⁹⁸ – konsequenterweise Anfechtungsschuldner zur Zahlung auffordern sowie im Falle des Fehlens einer ausdrücklichen Bestreitung des Forderungsbestands bzw. der Nichtbegleichung einer Forderung auf die Zahlungsaufforderung hin eine Betreuung einleiten. Eine Zahlungsaufforderung kann sich dann erübrigen, wenn ein Anspruch schwer einbringlich ist, d.h. der Anfechtungsschuldner insbesondere zahlungsunfähig ist.⁹⁹ Hat ein Anfechtungsschuldner seinen (Wohn-)Sitz im Ausland, ist nicht zwangsläufig davon auszugehen, dass der Anspruch schwer einbringlich

96 BSK SchKG II-BAUER/HARI/WÜTHRICH (FN 25), Art. 319 N 40; KUKO SchKG-ROTHENBÜHLER/WÜTHRICH (FN 38), Art. 319 N 23; CR LP-JUNOD MOSER/GAILLARD (FN 38), Art. 319 N 43; SK SchKG-MABILLARD (FN 40), Art. 319 N 22.

97 Da im Gegensatz zum deutschen Gesetzestext der französische und italienische Gesetzestext die Zustimmung des Gläubigerausschusses bzw. der Nachlassliquidatoren als alternative Voraussetzung vorsieht, ist umstritten, von welchem Liquidationsorgan der Verzicht erforderlich ist (vgl. diesbezüglich SK SchKG-MABILLARD [FN 40], Art. 325 N 7 f.; SPRECHER [FN 95], Rz. 1025; BSK SchKG II-BAUER/HARI/WÜTHRICH [FN 25], Art. 325 N 8; GILLIÉRON [FN 39], Art. 325 N 8; CR LP-JUNOD MOSER/GAILLARD [FN 38], Art. 325 N 7; JAEGER/WALDER-BOHNER/KULL/KOTTMANN [FN 55], Art. 325 N 7). In Übereinstimmung mit dem deutschen Gesetzestext ist davon auszugehen, dass die Zustimmung beider Zwangsliquidationsorgane vorliegen muss (vgl. dazu auch vorstehend FN 40).

98 Vgl. dazu vorstehend Kapitel D.I.

99 Vgl. BSK SchKG II-BAUER/HARI/WÜTHRICH (FN 25), Art. 325 N 5.

ist,¹⁰⁰ denn eine freiwillige Erfüllung auf eine Zahlungsaufforderung hin ist nicht *per se* auszuschliessen. Entsprechend sind Nachlassliquidatoren grundsätzlich verpflichtet, auch im Ausland ansässige Anfechtungsschuldner zur Zahlung aufzufordern.

Der Nachlassliquidator bestimmt im Einverständnis mit dem Gläubigerausschuss die Art und den Zeitpunkt der Verwertung eines Vermögenswertes der Nachlassliquidationsmasse (Art. 322 Abs. 2 SchKG). Im Falle eines bestrittenen bzw. schwer einbringlichen (Anfechtungs-)Anspruchs stellt der Nachlassliquidator daher einen Antrag an den Gläubigerausschuss betreffend die (klageweise) Geltendmachung des Anspruchs.¹⁰¹ So können Aktivprozesse nur mit der Zustimmung des Gläubigerausschusses geführt werden.¹⁰²

In der Lehre ist umstritten, inwieweit eine Pflicht zur Durchsetzung von bestrittenen bzw. schwer einbringlichen Ansprüchen durch die Nachlassliquidatoren besteht. Die wohl herrschende Meinung vertritt richtigerweise die Ansicht, dass eine Abtretung des Prozessführungsrechts im Sinne von Art. 325 i.V.m. Art. 260 SchKG nur erfolgen soll, soweit die Prozessführung im Verhältnis zu den Aktiven der Nachlassliquidationsmasse zu hohe Prozesskosten nach sich ziehen würde sowie wenn geringe Erfolgsaussichten bestehen.¹⁰³ Einschränkender wird dafür plädiert, dass eine Durchsetzungspflicht nur soweit bestehen soll, als sich die Abtretung nicht aus den konkreten Umständen sachlich begründen lässt.¹⁰⁴ Soweit von einer Durchsetzungspflicht der Nachlassliquidatoren auszugehen ist, kann eine solche selbstredend nur bestehen, soweit der Gläubigerausschuss seine Zustimmung zur Geltendmachung erteilt hat. Richtigerweise ist daher zu unterscheiden und von einer *Antragspflicht* der Nachlassliquidatoren auszugehen, sofern die dargestellten Voraussetzungen erfüllt sind. Eine *Durchsetzungspflicht* besteht, wenn der Gläubigerausschuss seine Zustimmung zur Geltendmachung erteilt hat.

100 Anderer Ansicht BSK SchKG II-BAUER/HARI/WÜTHRICH (FN 25), Art. 325 N 5; KUKO SchKG-BÜRGI (FN 38), Art. 325 N 2.

101 Vgl. BSK SchKG II-BAUER/HARI/WÜTHRICH (FN 25), Art. 325 N 8; JAEGER/WALDERBOHNER/KULL/KOTTMANN (FN 55), Art. 325 N 7.

102 SK SchKG-MABILLARD (FN 40), Art. 325 N 23.

103 BSK SchKG II-BAUER/HARI/WÜTHRICH (FN 25), Art. 325 N 4; CR LP-JUNOD MOSER/GAILLARD (FN 38), Art. 325 N 3; GILLIÉRON (FN 39), Art. 325 N 9. In diesem Sinne wird für den Anwendungsbereich der InsO plädiert, dass Insolvenzverwalter einen Anfechtungsanspruch nur dann gerichtlich geltend machen sollen, wenn die Klage aussichtsreich und wirtschaftlich vertretbar, d.h. davon auszugehen ist, dass die Prozessführung zur Äufnung der Insolvenzmasse führt (FREGE/KELLER/RIEDEL [FN 44], Rz. 785; CHRISTIAN REIN, in: Jörg Nerlich/Volker Römermann [Hrsg.], Insolvenzordnung [InsO], 45. Aufl., München 2023, § 60 N 61; HEINRICH SCHOPPMAYER, in: Rolf Stürmer/Horst Eidenmüller/Heinrich Schoppmeyer [Hrsg.], Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung. Band 1, §§ 1–79, Insolvenzrechtliche Vergütungsverordnung [InsVV], 4. Aufl., München 2019, § 60 N 14).

104 SK SchKG-MABILLARD (FN 40), Art. 325 N 3.

E. Die Prüfung von Anfechtungsansprüchen in der Praxis

I. In Konkursverfahren

Im Zuge der Inventaraufnahme, die der Konkurseröffnung folgt und der *Bestimmung des weiteren Konkursverfahrens* dient,¹⁰⁵ entspricht es der konkursamtlichen Praxis, nicht aktiv nach Anfechtungsansprüchen zu suchen. So steht zu diesem Zeitpunkt meist noch nicht fest, ob für die Durchführung eines Konkursverfahrens ausreichend liquide Aktiven vorhanden sind. Entsprechend sind Konkursämter in diesem Verfahrensstadium auch mit der Erzeugung von Aufwand unter anderem im Zusammenhang mit der Suche nach Anfechtungsansprüchen zurückhaltend bzw. eine solche findet in diesem Verfahrensabschnitt grundsätzlich nicht statt. Gelangt das Konkursamt aber in Kenntnis von Anfechtungsansprüchen, werden diese inventarisiert. Nicht unüblich ist überdies, eine allgemeine, nicht näher bestimmte Inventarisierung von möglichen Anfechtungsansprüchen mit der Bemerkung «pro memoria».

In Anbetracht des vorstehend Dargelegten erfolgt zu Beginn eines Konkursverfahrens kaum je eine Zahlungsaufforderung an Anfechtungsschuldner. Es ist daher nicht auszuschliessen, dass in einem Konkursverfahren keine liquiden Vermögenswerte vorhanden sind und aus diesem Grunde das Konkursverfahren auf Antrag des Konkursamts mangels Aktiven eingestellt wird (Art. 230 Abs. 1 SchKG), obwohl unbestrittene Anfechtungsansprüche bestehen und somit mit geringem Aufwand ausreichend liquide Vermögenswerte für die Durchführung eines (summarischen) Konkursverfahrens generiert werden könnten. Das Konkursamt muss dafür aber in Kenntnis der Anfechtungsansprüche gelangen, was oftmals mit dem Risiko ungedeckter Kosten verbunden wäre. Der gesetzesinhärente Konflikt führt somit auf sich selbst zurück bzw. ist zirkulär.

In Bezug auf *summarische Konkursverfahren* ist die Situation nicht selten ähnlich jener, wie sie hinsichtlich der soeben dargestellten Situation vor der Bestimmung des weiteren Konkursverfahrens besteht. So sind in zahlreichen summarischen Konkursverfahren die vorhandenen Vermögenswerte äusserst beschränkt und reichen gerade einmal aus, die Kosten für die absolut notwendigen Handlungen der Konkursverwaltung zu decken. Konkursverwaltungen verzichten daher oftmals vollumfänglich auf eine Prüfung von Anfechtungsansprüchen oder es erfolgt lediglich eine sehr eingeschränkte Prüfung. Und selbst wenn genügend Aktiven für die Prüfung von Anfechtungsansprüchen vorhanden wären, ist nicht selten zu beobachten, dass Konkursverwaltungen – insbesondere infolge mangelnder Kapazität – die Suche nach Anhaltspunkten für anfechtbare Handlungen unterlassen. Entsprechend werden in summarischen Konkursverfahren vielmals Anfechtungsansprüche ohne weitere Spezifizierung mit der Bemerkung «pro memoria» inventarisiert.

105 Vgl. dazu vorstehend Kapitel C.I.

Eine Suche nach sowie gar eine tiefgehende Prüfung von Anfechtungsansprüchen durch die Konkursverwaltung sind in summarischen Verfahren folglich selten. Dies kann zur Folge haben, dass Anfechtungsansprüche verjähren (vgl. Art. 292 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG), bevor Gläubiger, denen das Prozessführungsrecht nach Art. 260 Abs. 1 SchKG abgetreten wurde, Kenntnis davon erhalten und verjährungsunterbrechende Handlungen vornehmen können.

In den, wenn auch wenigen, *ordentlichen Konkursverfahren* hängt der Umfang der Prüfung von Anfechtungsansprüchen insbesondere von den in der Konkursmasse vorhandenen Vermögenswerten ab.¹⁰⁶ Bei wenig verfügbaren Mitteln beschränken Konkursverwaltungen die Suche nach Anfechtungsansprüchen jeweils auf offensichtlich erkennbare Ansprüche. Enthält die Konkursmasse umfangreiche liquide Aktiven, so erfolgt eine detaillierte Prüfung der Geschäftsbücher und eine entsprechende Suche nach Anfechtungsansprüchen, dies insbesondere wenn eine ausserordentliche Konkursverwaltung eingesetzt wurde. Zudem erfolgt nicht selten eine detailliertere Prüfung der Gesellschafts- bzw. insbesondere der Kontounterlagen für das Jahr vor der Konkursöffnung, währenddessen die Konkursverwaltung für die Dauer von zwei bis fünf Jahren vor Konkursöffnung (d.h. für die für die Absichtsanfechtung nach Art. 288 SchKG massgebende *période suspecte*) die Geschäftsunterlagen einer eingeschränkteren Untersuchung unterzieht.

II. In Nachlassstundungsverfahren

In den überwiegenden Fällen wird während der (provisorischen und definitiven) Nachlassstundung nicht standardmässig nach Hinweisen auf anfechtbare Handlungen gesucht. Erkennt der Sachwalter jedoch Verletzungen der anfechtungsrechtlichen Tatbestände, werden die entsprechenden möglichen Ansprüche vermerkt bzw. inventarisiert.

III. In Nachlassliquidationsverfahren

In Nachlassliquidationsverfahren ist die Prüfung von Anfechtungsansprüchen – wie bei Konkursverfahren¹⁰⁷ – insbesondere abhängig von den liquiden Aktiven der Nachlassliquidationsmasse. Weist die Nachlassliquidationsmasse nur wenig verfügbare Vermögenswerte auf, beschränken Nachlassliquidatoren regelmässig die Prüfung von möglichen Anfechtungsansprüchen auf offensichtliche gesetzeswidrige Handlungen. Bei umfangreichen Nachlassliquidationsmassen erfolgt jeweils eine ausführliche Prüfung der (Gesellschafts-) Unterlagen.

106 Vgl. dazu vorstehend Kapitel C.I.

107 Vgl. dazu vorstehend Kapitel C.I.2.

F. Die Durchsetzung von Anfechtungsansprüchen in der Praxis

I. In Konkursverfahren

Die *Einstellung eines Konkursverfahren mangels Aktiven* schliesst die Geltendmachung von Anfechtungsansprüchen aus.¹⁰⁸ Die Frage nach der Durchsetzung von Anfechtungsansprüchen beschränkt sich somit auf summarische und ordentliche Konkursverfahren.

In *summarischen Konkursverfahren* erfolgt durch Konkursverwaltungen selten eine (schriftliche) Aufforderung an Anfechtungsschuldner zur Rückgabe anfechtbar erlangter Vermögenswerte oder eine entsprechende Betreuungseinkleitung. Im Zeitpunkt des Antrags der Konkursverwaltung an die Gläubiger auf Verzicht auf die Geltendmachung eines Anfechtungsanspruchs bleibt daher meist ungeklärt, ob dieser überhaupt bestritten ist bzw. seitens des Anfechtungsschuldners Vergleichsbereitschaft besteht und somit «auf einfachem Wege» der Konkursmasse Vermögenswerte zugeführt werden könnten. Vielmehr beantragen Konkursverwaltungen den Gläubigern geradezu standardmässig den Verzicht der Geltendmachung von (nicht selten nicht genau bezeichneten) Anfechtungsansprüchen auf dem Zirkularweg (vgl. Art. 231 Abs. 3 Ziff. 1 SchKG).¹⁰⁹ So stellen Konkursverwaltungen regelmässig den Antrag auf den Verzicht auf die Geltendmachung unabhängig davon, ob eine Prüfung von Anfechtungsansprüchen erfolgte und allenfalls die Prozesschancen für eine erfolgreiche gerichtliche Geltendmachung gar positiv bewertet oder Anfechtungsansprüche lediglich «*pro memoria*» ins Inventar aufgenommen wurden.

Ein Antrag der Konkursverwaltung auf Verzicht gilt grundsätzlich als genehmigt, wenn die Mehrheit der Gläubiger innert der angesetzten Frist ausdrücklich oder stillschweigend zustimmt, d.h. nicht gegen den Antrag opponiert (vgl. die diesbezügliche Regelung für ordentliche Verfahren in Art. 255a Abs. 1 SchKG).¹¹⁰ Die Erfahrung zeigt, dass die Geltendmachung von Anfechtungsansprüchen durch die Konkursmasse in summarischen Konkursverfahren durch die Gläubiger kaum je beschlossen wird.

Mit dem gleichen Schreiben, mit welchem den Gläubigern der Antrag auf Verzicht auf die Geltendmachung unterbreitet wird, wird ihnen zudem jeweils

108 Vgl. BGE 145 III 499, E. 3.3.4; DUSAN KNEZEVIC, Entdeckung neuer Vermögenswerte nach Einstellung des Konkursverfahrens – Stolperfalle, ZZZ 2022, S. 44 ff., S. 46; FRANCO LORANDI, Wiedereröffnung des Konkurses, AJP 2018, S. 56 ff., S. 57 f.; STAEHELIN (FN 6), S. 89; FRITZSCHE/WALDER-BOHNER (FN 67), § 45 Rz. 4.

109 BGE 134 III 75 E. 3.2.

110 Beispielfhaft sei folgender Text eines Gläubigerzirkulars angeführt: «Im Konkursinventar vorgemerkt sind ordnungshalber allfällige paulianische Anfechtungsansprüche nach Art. 285 ff. SchKG. Der Konkursverwaltung sind keine Anhaltspunkte bekannt, welche die Durchsetzung solcher Ansprüche rechtfertigen würden. Zudem fehlen der Konkursmasse die nötigen finanziellen Mittel, um solche Ansprüche gerichtlich durchsetzen zu können. Die Konkursverwaltung stellt daher den Antrag: Auf die Geltendmachung von paulianischen Anfechtungsansprüchen nach Art. 285 ff. SchKG sei namens der Konkursmasse zu verzichten.»

das Recht eingeräumt, im Falle der gläubigerseitigen Bestätigung des Verzichtsantrags der Konkursverwaltung die Abtretung des Prozessführungsrechts in Bezug auf allfällige Anfechtungsansprüche nach Art. 260 Abs. 1 SchKG zu verlangen.

Zwar stellt manch ein Gläubiger ein Abtretungsbegehren im Sinne von Art. 260 Abs. 1 SchKG. Erfahrungsgemäss erfolgt die Geltendmachung von Anfechtungsansprüchen durch Abtretungsgläubiger – aufgrund des Kosten-Nutzen-Verhältnisses bzw. infolge grosser Initialkosten für tatsächliche und rechtliche Abklärungen sowie des Prozesskostenrisikos – jedoch selten.¹¹¹ Auch bereits eine Zahlungsaufforderung durch einen oder mehrere Gläubiger unterbleibt in den meisten Fällen, dies obwohl eine solche (mit Ausnahme des unter Umständen notwendigen [finanziellen] Aufwands für die Abklärung des Sachverhalts zur Darlegung der Rechts- und Sachlage) mit verhältnismässig wenig Aufwand umgesetzt werden könnte. Nicht von der Hand zu weisen ist, dass dadurch wohl in einigen Fällen die Äufnung des Konkursmassevermögens zugunsten der betroffenen Abtretungsgläubiger unnötigerweise unterbleibt.

Im Falle der Kenntnis von möglichen Anfechtungsansprüchen werden Anfechtungsschuldner im Zuge von *ordentlichen Konkursverfahren* durch die (oftmals eingesetzte ausserordentliche) Konkursverwaltung jeweils zur Rückgabe anfechtbar erlangter Vermögenswerte aufgefordert. Ob bei Bestreiten eines Anfechtungsanspruchs durch den Anfechtungsschuldner die Konkursverwaltung auf einen möglichen Vergleichsabschluss hinzuwirken versucht, die gerichtliche Geltendmachung oder die Abtretung des Prozessführungsrechts nach Art. 260 Abs. 1 SchKG an die Gläubiger anstrebt, hängt nicht nur von den in der Konkursmasse vorhandenen Vermögenswerten, den Prozess- und Vollstreckungsrisiken, sondern auch von der Gläubigerstruktur des Konkursverfahrens ab. Besteht die Gläubigergemeinschaft aus zahlreichen Gläubigern kleiner Forderungen, ist die Tendenz von Konkursverwaltungen zu einem Vergleichsabschluss zu beobachten, da davon auszugehen ist, dass die Gläubiger im Falle der Abtretung des Prozessführungsrechts nach Art. 260 Abs. 1 SchKG auf eine klageweise Geltendmachung des Anfechtungsanspruchs verzichten würden. Finanzstarke Gläubiger grosser Forderungen sind hingegen eher bereit, einen Anfechtungsanspruch gerichtlich geltend zu machen. Anstelle eines Vergleichsabschlusses kann dies dafürsprechen, auf die Abtretung des Prozessführungsrechts im Sinne von Art. 260 Abs. 1 SchKG an die Gläubiger hinzuwirken. Eine gerichtliche Geltendmachung von Anfechtungsansprüchen durch die Konkursverwaltung erfolgt erfahrungsgemäss kaum und nur soweit die Konkursmasse über umfangreiche Vermögenswerte verfügt. Zudem ist die Prozessfinanzierung von Anfechtungsprozessen noch stets die Ausnahme.¹¹²

111 Vgl. LORANDI (FN 9), S. 1413; DANIEL HUNKELER, Über Schlupflöcher für Schuldner und Probleme von Gläubigern, ZZZ 2022, S. 369 ff., S. 370.

112 LORANDI (FN 9), S. 1413.

Schliesslich scheitert die Geltendmachung von Anfechtungsansprüchen oftmals an der fehlenden Beweisbarkeit der anfechtbaren Handlungen. So verfügen Gesellschaften nicht selten über keine «richtige» Dokumentation, d.h. es besteht keine ordnungsgemässe Führung und Aufbewahrung von Geschäftsbüchern und es fehlen Steuerunterlagen. Die diesbezügliche Strafbarkeit nach dem Tatbestand der Unterlassung der Buchführung (Art. 166 StGB¹¹³) entfaltet – bis anhin – kaum präventive Wirkung. So ist die Zahl der Verurteilungen zwar steigend, aber im Verhältnis zur Anzahl von Konkursöffnungen immer noch tief.¹¹⁴

II. In Nachlassliquidationsverfahren

Die Praxis zur Durchsetzung von Anfechtungsansprüchen durch Nachlassliquidatoren entspricht jener von (insbesondere ausseramtlichen) Konkursverwaltungen in ordentlichen Konkursverfahren.¹¹⁵

III. Beobachtungen hinsichtlich der Durchsetzung von Anfechtungsansprüchen anhand der bundesgerichtlichen Rechtsprechung

Eine Analyse der prozessführenden Parteien (d.h. Konkursmassen bzw. Gesellschaften in Konkurs, vertreten durch die Konkursverwaltung,¹¹⁶ Nachlassliquidationsmassen bzw. Gesellschaften in Nachlassliquidation, vertreten durch die Nachlassliquidatoren¹¹⁷ und Abtretungsgläubiger nach Art. 260 Abs. 1

113 Schweizerisches Strafgesetzbuch (StGB) vom 21. Dezember 1937, SR 311.0.

114 **2008:** 83 Verurteilungen; **2009:** 101 Verurteilungen; **2010:** 104 Verurteilungen; **2011:** 150 Verurteilungen; **2012:** 120 Verurteilungen; **2013:** 178 Verurteilungen; **2014:** 242 Verurteilungen; **2015:** 249 Verurteilungen; **2016:** 285 Verurteilungen; **2017:** 369 Verurteilungen; **2018:** 363 Verurteilungen; **2019:** 419 Verurteilungen; **2020:** 428 Verurteilungen; **2021:** 428 Verurteilungen (<https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/kriminalitaet-strafrecht/strafjustiz/verurteilungen-erwachsenen.assetdetail.22665288.html>), zuletzt besucht am 1. März 2023).

115 Vgl. dazu vorstehend Kapitel F.I.

116 BGE 130 III 235 (wobei die Anfechtungsklage zunächst durch die Konkursmasse, vertreten durch die Konkursverwaltung angehoben wurde und in der Folge das Prozessführungsrecht zur Geltendmachung der Ansprüche nach Art. 260 Abs. 1 SchKG abgetreten wurde); BGer, Urteil 5A_91/2010 vom 4. März 2010 (wobei die Anfechtungsklage zunächst durch die Konkursmasse, vertreten durch die Konkursverwaltung angehoben wurde und in der Folge das Prozessführungsrecht zur Geltendmachung der Ansprüche nach Art. 260 Abs. 1 SchKG abgetreten wurde); BGer, Urteil 5A_557/2008 vom 28. Januar 2009; BGer, Urteil 5P.54/2007 vom 30. April 2007; BGer, Urteil 4C.262/2002 vom 19. Mai 2004; BGer, Urteil 5C.130/2001 vom 23. Juli 2001; BGer, Urteil 5C.29/2000 vom 19. September 2000; BGer, Urteil 5P.35/2000 vom 19. September 2000.

117 BGE 143 III 395; BGE 137 III 268 (Prozessführung durch SAirGroup AG in Nachlassliquidation); BGE 135 III 276 (Prozessführung durch Swissair Schweizerische Luftverkehr-Aktiengesellschaft in Nachlassliquidation); BGE 135 III 265 (Prozessführung durch Swissair Schweizerische Luftverkehr-Aktiengesellschaft in Nachlassliquidation); BGE 134 III 615

SchKG¹¹⁸) in Urteilen, die durch das Bundesgericht in Anfechtungsprozessen seit dem Jahr 2000 erlassenen wurden, lässt Folgendes erkennen:

- Konkursmassen, vertreten durch die jeweilige Konkursverwaltung, sind selten Parteien in Anfechtungsprozessen, was insbesondere in Anbetracht der hohen Anzahl eröffneter Konkursverfahren erstaunen sollte.¹¹⁹ Da aber der Grossteil der Konkursverfahren als summarische Konkursverfahren geführt werden,¹²⁰ im Zuge derer kaum, wenn nicht gar keine gerichtliche Geltendmachung von Anfechtungsansprüchen durch die Konkursmasse erfolgt, wird durch die geringe Menge an bundesgerichtlichen Entscheiden die Praxis der Konkursverwaltungen summarischer Konkursverfahren hinsichtlich der Durchsetzung von Anfechtungsansprüchen bestätigt.¹²¹

(Prozessführung durch Tempus Concept SA in Nachlassliquidation); BGE 134 III 452 (Prozessführung durch SAirGroup AG in Nachlassliquidation); BGE 134 III 273 (Prozessführung durch Swissair Schweizerische Luftverkehr-Aktiengesellschaft in Nachlassliquidation); BGer, Urteil 5A_671/2018 vom 18. September 2020; BGer, Urteil 5A_892/2010 sowie BGer, Urteil 5A_900/2010 vom 22. August 2011 (Prozessführung durch SAirGroup AG in Nachlassliquidation); BGer, Urteil 5A_176/2011 vom 10. August 2011 (Prozessführung durch SAirGroup AG in Nachlassliquidation); BGer, Urteil 5A_358/2008 sowie BGer, Urteil 5A_473/2009 vom 3. August 2010 (Prozessführung durch SAirGroup AG in Nachlassliquidation); BGer, Urteil 5A_567/2009 vom 11. Juni 2010 (Prozessführung durch Swissair Schweizerische Luftverkehr-Aktiengesellschaft in Nachlassliquidation); BGer, Urteil 5A_82/2008 vom 17. November 2009 (Prozessführung durch SAirLines AG in Nachlassliquidation); BGer, Urteil 5A_116/2009 vom 28. September 2009 (Prozessführung durch SAirGroup AG in Nachlassliquidation); BGer, Urteil 5A_420/2008 vom 28. Mai 2009 (Prozessführung durch SAirGroup AG in Nachlassliquidation); BGer, Urteil 5A_386/2008 vom 6. April 2009 (Prozessführung durch SAirGroup AG in Nachlassliquidation); BGer, Urteil 5A_670/2007 vom 17. April 2008 (Prozessführung durch SAirGroup AG in Nachlassliquidation); BGer, Urteil 5A_322/2007 vom 4. Februar 2008 (Prozessführung durch SAirGroup AG in Nachlassliquidation); BGer, Urteil 5A_321/2007 vom 4. Februar 2008 (Prozessführung durch SAirGroup AG in Nachlassliquidation); BGer, Urteil 5A_320/2007 vom 4. Februar 2008 (Prozessführung durch SAirGroup AG in Nachlassliquidation).

118 BGE 143 III 167; BGE 141 III 527; BGE 136 III 341; BGE 136 III 247; BGE 130 III 235; BGer, Urteil 5A_777/2019 vom 2. September 2020; BGer, Urteil 5A_767/2019 vom 26. Februar 2020; BGer, Urteil 5A_422/2019 vom 14. Oktober 2019; BGer, Urteil 5A_95/2019 vom 18. September 2019; BGer, Urteil 5A_663/2015 vom 7. März 2016; BGer, Urteil 5A_221/2014 vom 10. September 2014; BGer, Urteil 5A_604/2012 vom 12. Februar 2013; BGer, Urteil 5A_682/2011 vom 29. Mai 2012; BGer, Urteil 5A_353/2011 vom 31. Oktober 2011; BGer, Urteil 5A_747/2010 vom 23. Februar 2011; BGer, Urteil 5A_716/2009 vom 22. April 2010; BGer, Urteil 5A_91/2010 vom 4. März 2010; BGer, Urteil 5A_750/2008 vom 24. Februar 2010; BGer, Urteil 5A_44/2008 vom 7. Juli 2008; BGer, Urteil 5P.31/2005 vom 12. April 2005; BGer, Urteil 5C_235/2003 vom 4. März 2004; BGer, Urteil 5C.261/2002 vom 15. September 2003.

119 So wurden in den Jahren 2006 bis 2021 jährlich zwischen 10 835 (2006) und 14 081 (2021) Konkursverfahren eröffnet (vgl. <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/kataloge-datenbanken.assetdetail.22524605.html>, zuletzt besucht am 1. März 2023), wobei über 50% der eröffneten Konkursverfahren mangels Aktiven eingestellt wurden (LORANDI [FN 9], S. 1400 sowie S. 1409).

120 So werden nur 0.5% der Konkursverfahren als ordentliche Konkursverfahren durchgeführt (vgl. dazu vorstehend FN 64).

121 Vgl. dazu vorstehend Kapitel F.I.

Ferner sind die wenigen bundesgerichtlichen Entscheide Nachweis dafür, dass auch in ordentlichen Konkursverfahren selten Anfechtungsansprüche durch die Konkursmasse klageweise geltend gemacht werden.

Vereinzelt werden zwar Anfechtungsprozesse durch die Konkursmasse anhängig gemacht. Es kommt aber vor, dass während des Verfahrens das Prozessführungsrecht im Sinne von Art. 260 Abs. 1 SchKG an rechtskräftig kollozierte Gläubiger zur Weiterführung des Prozesses abgetreten wird.¹²²

- Die überwiegende Zahl von Anfechtungsprozessen wurde durch Gesellschaften in Nachlassliquidation, vertreten durch die Nachlassliquidatoren, geführt. In der Grosszahl aller Anfechtungsverfahren waren Gesellschaften des früheren «Swissair»-Konzerns bzw. die diesbezüglichen Nachlassliquidationsmassen Parteien (insbesondere die SAirGroup AG in Nachlassliquidation, SAirLines AG in Nachlassliquidation sowie die Swissair Schweizerische Luftverkehr-Aktiengesellschaft in Nachlassliquidation¹²³). Dies lässt darauf schliessen, dass mit Ausnahme der Vorgehensweise in den Nachlassliquidationsverfahren betreffend die «Swissair»-Gesellschaften – auch im Rahmen von Nachlassliquidationsverfahren – Nachlassliquidatoren zurückhaltend mit der Erhebung von Anfechtungsklagen sind.
- Zwar wird sowohl in Konkursverfahren als auch in Nachlassliquidationsverfahren nicht selten das Prozessführungsrecht nach Art. 260 Abs. 1 SchKG abgetreten. Wie sich aus der geringen Anzahl geführter Anfechtungsprozesse ergibt, sind Abtretungsgläubiger in der (gerichtlichen) Geltendmachung von Anfechtungsansprüchen aber (ebenfalls) äusserst zurückhaltend.¹²⁴

Wohl auch aufgrund der im Vergleich zu Konkursverfahren geringen Zahl von Nachlassliquidationsverfahren werden kaum Anfechtungsprozesse von Abtretungsgläubigern von Nachlassliquidationsverfahren (Art. 325 i.V.m. Art. 260 SchKG) geführt.¹²⁵

G. Weitere in Bezug auf die Prüfung und Durchsetzung von Anfechtungsansprüchen relevante Aspekte

In Bezug auf die Anreizsetzung im Anfechtungsrecht sind die nachfolgenden Aspekte von Bedeutung bzw. können einen Einfluss auf diese haben.

122 Vgl. beispielhaft BGE 130 III 235; BGer, Urteil 5A_91/2010 vom 4. März 2010.

123 Vgl. dazu vorstehend FN 117.

124 Vgl. zu den Gründen nachstehend Kapitel H.I.

125 Vgl. BGE 136 III 247 (Prozessführung durch IG SWISSAIR-OBLIGATIONÄRE GmbH als Abtretungsgläubiger nach Art. 325 i.V.m. Art. 260 SchKG); BGer, Urteil 5A_750/2008 vom 24. Februar 2010 (Prozessführung durch IG SWISSAIR-OBLIGATIONÄRE GmbH als Abtretungsgläubiger nach Art. 325 i.V.m. Art. 260 SchKG).

I. Fehlender Anspruch auf unentgeltliche Prozessführung von Konkurs- und Nachlassliquidationsmassen

Konkursmassen wird durch die (lange vor Inkrafttreten der ZPO¹²⁶ ergangene) bundesgerichtliche Rechtsprechung ein Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege abgesprochen.¹²⁷ Das Bundesgericht begründet die Verneinung des Anspruchs mit Verweis auf das Recht von Gläubigern, sich das Prozessführungsrecht zur Geltendmachung von Ansprüchen der Konkursmasse nach Art. 260 Abs. 1 SchKG abtreten zu lassen. Damit einhergehend verfüge jeder Abtretungsgläubiger über einen Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, sofern dieser die diesbezüglichen Voraussetzungen erfülle, d.h. es sich beim Abtretungsgläubiger um eine natürliche Person handle,¹²⁸ dieser bedürftig und der Prozess nicht aussichtslos sei.¹²⁹ Diese Rechtsprechung ist analog auf Nachlassliquidationsmassen (vgl. Art. 325 i.V.m. Art. 260 Abs. 1 SchKG) anwendbar.

Auch wenn die Bedeutung dieser Rechtsprechung seit Inkrafttreten der ZPO in der Lehre nicht unumstritten ist,¹³⁰ ist davon auszugehen, dass sich kantonale Gerichte bis zu einer gegenteiligen ausdrücklichen gesetzlichen Regelung oder einem in diesem Sinne ergehenden Bundesgerichtsentscheid an der bestehenden bundesgerichtlichen Rechtsprechung orientieren und im Zweifel Konkurs- und Nachlassliquidationsmassen keinen Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege nach Art. 117 ff. ZPO zusprechen werden. In Anbetracht dessen kommt Nachlassliquidatoren (und entsprechend auch Konkursverwaltungen), entgegen der vereinzelt in der (aus der Romandie stammenden) Lehre für Nachlassliquidationsverfahren vertretenen Ansicht,¹³¹ vor der Abtretung von Anfechtungs-

126 Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) vom 19. Dezember 2008, SR 272.

127 BGE 125 V 371 E. 5c; BGE 109 Ia 5 E. 2.

128 So verfügen juristische Personen über keinen Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, ausser ihr einziges Aktivum liegt im Streit und nicht nur die Gesellschaft über keine finanziellen Mittel verfügt, sondern auch die wirtschaftlich Beteiligten mittellos sind (vgl. BGE 143 I 328 E. 3.1; BGE 131 II 306 E. 5.2.2).

129 Vgl. BGE 125 V 371 E. 5c; BGE 109 Ia 5 E. 2. In diesem Sinne auch JÜRGEN BÜHLER, in: Heinz Hausheer/Hans Peter Walter (Hrsg.), Berner Kommentar. Schweizerische Zivilprozessordnung, Band I, Art. 1–149 ZPO, Bern 2012, Vorbemerkungen zu Art. 117–123 N 22; THOMAS SUTTER-SOMM/BENEDIKT SEILER, Handkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Art. 1–408 ZPO, Zürich/Basel/Genf 2021, Art. 117 N 4; FRANK EMMEL, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 117 N 2.

130 Nach Ansicht von LUKAS HUBER, in: Alexander Brunner/Dominik Gasser/Ivo Schwander (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO). Kommentar, Art. 1–196, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016, Art. 117 N 9, drängt sich unter der eidgenössischen Zivilprozessordnung aufgrund der Gesetzgebungshistorie auf, neu zu prüfen, ob der Konkursmasse kein Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege zusteht. Vgl. zur unter der ZPO wohl ungeklärten Rechtslage auch VICTOR RÜEGG/MICHAEL RÜEGG, in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017, Art. 117 N 3. Vgl. auch INGRID JENT-SØRENSEN, in: Paul Oberhammer/Tanja Domej/Ulrich Haas (Hrsg.), Kurzkommentar ZPO, 3. Aufl., Basel 2021, Art. 117 N 9.

131 Gilliéron (FN 39), Art. 325 N 9; CR LP-Moser/Gaillard (FN 38), Art. 325 N 3.

ansprüchen an Gläubiger nach Art. 325 i.V.m. Art. 260 Abs. 1 SchKG keine Pflicht zur Beantragung unentgeltlicher Rechtspflege zu.

Generell ist aber die Frage aufzuwerfen, ob Konkurs- und Nachlassliquidationsmassen nicht ein Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege zugesprochen werden sollte. Der im Zusammenhang mit der Verneinung des Anspruchs vorgebrachte Verweis darauf, dass an der Prozessführung interessierte Gläubiger sich das Prozessführungsrecht nach Art. 260 Abs. 1 SchKG abtreten lassen können, ist aus mehreren Gründen nicht überzeugend und widerspricht dem insolvenzrechtlichen Prinzip der Gläubigergleichbehandlungspflicht. So geht ein etwaiger Prozessgewinn an den prozessführenden Abtretungsgläubiger und die Konkurs- oder Nachlassliquidationsmasse erhält lediglich einen (in der Praxis äusserst selten resultierenden) allfälligen Überschuss.¹³² Ferner können sich nur finanzstarke Gläubiger die Prozessführung leisten und schliesslich werden nur Gläubiger grosser Forderungen eine klageweise Durchsetzung von Anfechtungsansprüchen überhaupt in Betracht ziehen.¹³³

II. Fehlende Pflicht zur Abklärung der Möglichkeit der Prozessfinanzierung durch Konkursverwaltungen und Nachlassliquidatoren

Konkurs- und Nachlassliquidationsmassen fehlen oftmals die finanziellen Mittel, um Anfechtungsansprüche gerichtlich geltend zu machen.¹³⁴ Der fehlende Anspruch von Konkurs- und Nachlassliquidationsmassen auf unentgeltliche Prozessführung¹³⁵ hat eine systembedingte Gläubigerungleichbehandlung, d.h. Benachteiligung von nicht finanzstarken (Drittklass-)Gläubigern bzw. Gläubigern kleinerer Forderungen zur Folge, werden doch diese Gläubiger aus nachvollziehbaren Gründen kaum je eine Prozessführung auf sich nehmen.¹³⁶ Mittels Prozessfinanzierung von Konkurs- oder Nachlassliquidationsmassen könnte diesem aus Gläubigersicht unbefriedigenden Zustand entgegengewirkt werden.

Die Finanzierung von Prozessen, die durch Konkurs- oder Nachlassliquidationsmassen geführt werden, wird denn auch als zulässig angesehen.¹³⁷ Wobei in der Lehre in Bezug auf Anfechtungsansprüche mit Verweis auf Art. 256

132 KUKO ZPO-JENT-SØRENSEN (FN 130), Art. 117 N 9.

133 Vgl. dazu auch DANIEL WUFFLI, Die unentgeltliche Rechtspflege in der Schweizerischen Zivilprozessordnung, St. Gallen 2015, Rz. 104.

134 DANIEL HUNKELER, Prozessieren ohne Kostenrisiken. Ein Bundesgerichtsurteil eröffnet neue Möglichkeiten, NZZ 20. Oktober 2005, S. 25.

135 Vgl. dazu vorstehend Kapitel G.I.

136 Vgl. dazu vorstehend Kapitel F.

137 DANIEL HUNKELER/GEORG J. WOHL, Kommerzielle Prozessfinanzierung zu Gunsten von Insolvenzmassen?, BLSchK 2015, S. 41 ff., S. 48 f.; ISAAK MEIER, Prozessfinanzierung, insbesondere prozessuale und konkursrechtliche Fragen, ZZZ 2019, S. 3 ff., S. 15; HUNKELER (FN 134), S. 25.

Abs. 4 SchKG – wonach Anfechtungsansprüche weder versteigert noch sonst wie veräussert werden dürfen – vereinzelt die Ansicht vertreten wird, dass eine diesbezügliche Prozessfinanzierung ausgeschlossen sei.¹³⁸ Diese – dem Gläubigerinteresse widerstrebende – Ansicht ist nicht überzeugend. Zwar hat im Falle der Gutheissung einer prozessfinanzierten Klage der Prozessfinanzierer einen Anspruch auf eine Gewinnbeteiligung von in der Regel 30% der erstrittenen Leistungsverpflichtung. Um diesen Anteil reduziert sich der der Konkurs- oder Nachlassliquidationsmasse zustehende Prozesserlös. Eine Herabsetzung des der Konkurs- oder Nachlassliquidationsmasse zukommenden Erlöses eines Anfechtungsanspruchs resultiert aber auch, wenn eine Konkursverwaltung bzw. ein Nachlassliquidator einen Vergleich über einen Anfechtungsanspruch abschliesst. Zudem stellt die Prozessfinanzierung weder eine Versteigerung noch eine Veräusserung eines Anspruchs dar. Gründe für einen Ausschluss der Zulässigkeit der Prozessfinanzierung von Anfechtungsprozessen bestehen daher keine. Eine Konkursverwaltung bzw. ein Nachlassliquidator kann sich diesbezüglich zudem absichern, indem vorab die Zustimmung der Gläubiger zum Abschluss eines Prozessfinanzierungsvertrags eingeholt wird.¹³⁹

Die Prozessfinanzierung von Anfechtungsprozessen ist noch immer selten.¹⁴⁰ Gründe dafür sind insbesondere der beträchtliche Aufwand und die oftmals anzutreffende Schwierigkeit, den Sachverhalt aufzuarbeiten, die Rechtslage zu analysieren und darauf basierend, den für den Abschluss eines Prozessfinanzierungsvertrags erforderlichen Nachweis der aussichtsreichen Prozesschancen zu erbringen.¹⁴¹ So verfügen Konkurs- oder Nachlassliquidationsmassen oftmals bereits nicht über genügend liquide Vermögenswerte, um die Prüfung der Prozessaussichten zu finanzieren.

Aus der gesetzlichen Regelung kann denn auch keine Pflicht von Konkursverwaltungen und Nachlassliquidatoren zur Abklärung der Möglichkeit der Prozessfinanzierung abgeleitet werden. Bestehen offensichtliche Anfechtungsansprüche, die aufgrund fehlender liquider Mittel der Konkurs- oder Nachlassliquidationsmasse nicht durchgesetzt werden können, ist aber im Interesse der Gläubigergesamtheit von einer Obliegenheit von Konkursverwaltungen bzw. Nachlassliquidatoren auszugehen, die Möglichkeit der Prozessfinanzierung abzuklären.

138 HUNKELER/WOHL (FN 137), S. 47.

139 Vgl. HUNKELER (FN 134), S. 25.

140 LORANDI (FN 9), S. 1413.

141 Vgl. LORANDI (FN 9), S. 1413; HUNKELER (FN 134), S. 25.

III. Strafbarkeit von nach Art. 286–288 SchKG anfechtbaren Handlungen

Von den Bestimmungen des StGB zu den Betreibungs- und Konkursdelikten (Art. 163–171^{bis} StGB) sind hinsichtlich der nach Art. 286–288 SchKG anfechtbaren Handlungen vorwiegend die Delikte der Gläubigerschädigung durch Vermögensminderung (Art. 164 StGB), der Misswirtschaft (Art. 165 StGB) sowie der Bevorzugung eines Gläubigers (Art. 167 StGB) wesentlich. Erstere beide genannten Tatbestände erfassen die unentgeltliche Veräusserung von Vermögenswerten sowie die Veräusserung von Vermögenswerten weit unter deren Wert, während der Tatbestand der Bevorzugung eines Gläubigers den Verstoss gegen den Gläubigergleichbehandlungsgrundsatz ahndet.¹⁴²

Täter der Delikte der Misswirtschaft nach Art. 165 StGB sowie der Bevorzugung eines Gläubigers nach Art. 167 StGB kann grundsätzlich nur der Gemeinschuldner sein.¹⁴³ Handelt es sich beim Gemeinschuldner um eine juristische Person, eine Gesellschaft oder eine Einzelfirma kann zudem eine der in Art. 29 StGB genannten Personen¹⁴⁴ zum Täterkreis gehören. Dritte, d.h. insbesondere begünstigte Gläubiger, können sich nur als Anstifter oder Gehilfen strafbar machen.¹⁴⁵ In Bezug auf den Tatbestand der Gläubigerschädigung durch Vermögensminderung können hingegen sowohl der Gemeinschuldner (Art. 164 Ziff. 1 StGB) sowie eine der in Art. 29 StGB genannten Personen als auch Dritte (Art. 164 Ziff. 2 StGB) Täter sein. Letztere können auch Anstifter oder Gehilfen sein.¹⁴⁶

Durch Art. 171 StGB wird der Anwendungsbereich der in Art. 163 ff. StGB geregelten Konkurs- und Betreibungsdelikte auf angenommene und bestätigte gerichtliche Nachlassverträge im Sinne von Art. 305 ff. SchKG erweitert. So

142 JAGMETTI (FN 23), S. 267 f.

143 NADINE HAGENSTEIN, in: Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht (StGB/JStGB), 4. Aufl., Basel 2019, Art. 165 N 81 sowie Art. 167 N 2; STEFAN TRECHSEL/MARCEL OGG, in: Stefan Trechsel/Mark Pieth (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch. Praxiskommentar, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2021, Art. 165 N 2 sowie Art. 167 N 2; STEPHAN SCHLEGEL, in: Wolfgang Wohlers/Gunhild Godenzi/Stephan Schlegel (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch. Handkommentar, 4. Aufl., Bern 2020, Art. 165 N 2 sowie Art. 167 N 2.

144 BSK StGB-HAGENSTEIN (FN 143), Art. 164 N 6 i.V.m. Art. 163 N 6, Art. 165 N 4 sowie Art. 167 N 3; Handkommentar StGB-SCHLEGEL (FN 143), Art. 164 N 2, Art. 165 N 2 sowie Art. 167 N 2. Nach Art. 29 StGB wird eine besondere Pflicht, deren Verletzung die Strafbarkeit begründet oder erhöht, und die nur der juristischen Person, der Gesellschaft oder Einzelfirma obliegt, einer natürlichen Person zugerechnet, wenn diese handelt (a) als Organ oder als Mitglied eines Organs einer juristischen Person; (b) als Gesellschafter; (c) als Mitarbeiter mit selbständigen Entscheidungsbefugnissen in seinem Tätigkeitsbereich einer juristischen Person, einer Gesellschaft oder einer Einzelfirma; oder (d) ohne Organ, Mitglied eines Organs, Gesellschafter oder Mitarbeiter zu sein, als tatsächlicher Leiter.

145 BSK StGB-HAGENSTEIN (FN 143), Art. 165 N 6 sowie Art. 167 N 4 und N 52; Praxiskommentar StGB-TRECHSEL/OGG (FN 143), Art. 165 N 2 sowie Art. 167 N 3; Handkommentar StGB-SCHLEGEL (FN 143), Art. 165 N 2 sowie Art. 167 N 2.

146 BSK StGB-HAGENSTEIN (FN 143), Art. 164 N 6 f. i.V.m. Art. 163 N 8 f.; Handkommentar StGB-SCHLEGEL (FN 143), Art. 164 N 2.

gelten unter anderem Art. 164 Ziff. 1, Art. 165 Abs. 1 sowie Art. 167 StGB nicht nur im Konkurs, sondern auch wenn ein gerichtlicher Nachlassvertrag durch die Gläubiger angenommen und gerichtlich bestätigt worden ist (Art. 171 Abs. 1 StGB).

Eine fakultative Strafbefreiung gilt dahingehend, dass die zuständige Behörde beim Gemeinschuldner oder dem Dritten von der Strafverfolgung, der Überweisung an das Gericht oder der Bestrafung absehen kann (Art. 171 Abs. 2 StGB), sofern diese «Täter» unter anderem im Sinne von Art. 164 Abs. 2 StGB eine besondere wirtschaftliche Anstrengung unternommen und dadurch das Zustandekommen des gerichtlichen Nachlassvertrags erleichtert haben.¹⁴⁷

Zu berücksichtigen ist, dass die Anfechtungstatbestände sowie die genannten Insolvenzdelikte nicht deckungsgleich sind.¹⁴⁸ In diesem Sinne verwies das Bundesgericht darauf, dass «[n]icht alles, was paulianisch anfechtbar ist, [...] strafbar zu sein [braucht]». ¹⁴⁹

Überdies sind die in Art. 164, Art. 165 sowie Art. 167 StGB enthaltenen Tathandlungsvarianten weiter als die Anfechtungstatbestände in Art. 286 ff. SchKG. So können in Bezug auf die Gläubigerschädigung durch Vermögensverminderung lediglich die in Art. 164 Ziff. 1 Abs. 3 StGB genannten Tathandlungen der unentgeltlichen Veräusserung von Vermögenswerten oder der Veräusserung von Vermögenswerten gegen eine Leistung mit offensichtlich geringerem Wert mit der Schenkungs- (Art. 286 Abs. 1 SchKG) und der Absichtsanfechtung (Art. 288 Abs. 1 SchKG) deckungsgleich sein.¹⁵⁰ In Bezug auf die Misswirtschaft können lediglich die Tathandlungen des unverhältnismässigen Aufwands und des Verschleuderns von Vermögenswerten (Art. 165 Ziff. 1 Abs. 1 StGB) die Voraussetzungen der Schenkungs- (Art. 286 Abs. 1 SchKG) sowie der Absichtsanfechtung (Art. 288 Abs. 1 SchKG) erfüllen.¹⁵¹ Der Tatbestand der Bevorzugung eines Gläubigers nach Art. 167 StGB lehnt sich der Absichtsanfechtung (Art. 288 SchKG) an. Die in Art. 167 StGB genannten Tathandlungen entsprechen den Tatbestandsvarianten der Überschuldungsanfechtung nach Art. 287 Abs. 1 SchKG.¹⁵²

Schliesslich ist zu berücksichtigen, dass – gerade auch im Vergleich zur Anzahl eröffneten Insolvenzverfahren¹⁵³ – eine äusserst beschränkte Anzahl von Verurteilungen für die Konkursdelikte nach Art. 164, Art. 165 und Art. 167 StGB ergeht. So ergingen zwischen 2008 und 2021 im Jahresdurchschnitt 40

147 BSK StGB-HAGENSTEIN (FN 143), Art. 171 N 6.

148 Vgl. dazu HANS HOFSTETTER, Paulianische Anfechtungsansprüche, Referat SchKG-Tagung, 6. Oktober 2005, S. 1 ff., S. 2 ff.; JAGMETTI (FN 23), S. 283 ff.

149 BGE 117 IV 23 E. 4a.

150 Vgl. JAGMETTI (FN 23), S. 291.

151 Vgl. JAGMETTI (FN 23), S. 305.

152 Vgl. JAGMETTI (FN 23), S. 317.

153 Vgl. dazu vorstehend FN 4 sowie FN 5.

Verurteilungen wegen Gläubigerschädigung durch Vermögensminderung (Art. 164 StGB),¹⁵⁴ 180 Verurteilungen wegen Misswirtschaft (Art. 165 StGB)¹⁵⁵ sowie 24 Verurteilungen wegen Bevorzugung eines Gläubigers (Art. 167 StGB)¹⁵⁶. Bei diesen Durchschnittszahlen ist zudem – wie aus den vorstehenden Ausführungen ergeht – zu berücksichtigen, dass sich die Strafrechtstatbestände nur teilweise mit den Anfechtungstatbeständen decken, d.h. nicht alle Verurteilungen haben auch anfechtbare Handlungen betroffen. Daraus lässt sich schliessen, dass die Zahl der Verurteilungen, die im Zusammenhang mit anfechtbaren Handlungen erfolgt sind, noch tiefer ist.

H. Zur Anreizsetzung im Anfechtungsrecht

Unter «Anreiz» wird vorliegend der Umstand verstanden, der einen Beteiligten zu einem bestimmten Verhalten (sei dies ein Handeln oder Unterlassen) veranlasst oder veranlassen soll.¹⁵⁷ Die «Anreizsetzung» erfasst somit die Frage der Incentivierung zu einem bestimmten Handeln oder Unterlassen, wobei diese nach dem hier zugrundeliegenden Begriffsverständnis nicht zwingend von der Rechtsordnung anvisiert sein muss,¹⁵⁸ sondern gemessen am (gesetzlich) angestrebten Zweck einer Regelung auch ein (unerwünschter) Nebeneffekt sein kann. Es wird vorliegend somit von einem weiten und nicht nur im

154 **2008:** 23 Verurteilungen; **2009:** 25 Verurteilungen; **2010:** 41 Verurteilungen; **2011:** 31 Verurteilungen; **2012:** 32 Verurteilungen; **2013:** 29 Verurteilungen; **2014:** 39 Verurteilungen; **2015:** 49 Verurteilungen; **2016:** 43 Verurteilungen; **2017:** 64 Verurteilungen; **2018:** 48 Verurteilungen; **2019:** 42 Verurteilungen; **2020:** 58 Verurteilungen; **2021:** 36 Verurteilungen (<<https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/kriminalitaet-strafrecht/strafjustiz/verurteilungen-erwachsenen.assetdetail.22665288.html>>, zuletzt besucht am 1. März 2023).

155 **2008:** 41 Verurteilungen; **2009:** 72 Verurteilungen; **2010:** 80 Verurteilungen; **2011:** 101 Verurteilungen; **2012:** 111 Verurteilungen; **2013:** 123 Verurteilungen; **2014:** 131 Verurteilungen; **2015:** 144 Verurteilungen; **2016:** 173 Verurteilungen; **2017:** 276 Verurteilungen; **2018:** 257 Verurteilungen; **2019:** 303 Verurteilungen; **2020:** 375 Verurteilungen; **2021:** 327 Verurteilungen (<<https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/kriminalitaet-strafrecht/strafjustiz/verurteilungen-erwachsenen.assetdetail.22665288.html>>, zuletzt besucht am 1. März 2023).

156 **2008:** 18 Verurteilungen; **2009:** 15 Verurteilungen; **2010:** 18 Verurteilungen; **2011:** 12 Verurteilungen; **2012:** 11 Verurteilungen; **2013:** 22 Verurteilungen; **2014:** 19 Verurteilungen; **2015:** 28 Verurteilungen; **2016:** 14 Verurteilungen; **2017:** 22 Verurteilungen; **2018:** 12 Verurteilungen; **2019:** 23 Verurteilungen; **2020:** 14 Verurteilungen; **2021:** 21 Verurteilungen (<<https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/kriminalitaet-strafrecht/strafjustiz/verurteilungen-erwachsenen.assetdetail.22665288.html>>, zuletzt besucht am 1. März 2023).

157 UTE SACKSOFSKY, § 40 Anreize, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Assmann/Andreas Vosskuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band II, 2. Aufl., München 2012, S. 1577 ff., S. 1579.

158 So aber wohl das Verständnis des Anreiz-Begriffs von SACKSOFSKY (FN 157), S. 1579 ff. sowie JOHANNA WOLFF, Anreize im Recht. Ein Beitrag zur Systembildung und Dogmatik im Öffentlichen Recht und darüber hinaus, Tübingen 2020, S. 7 f., wonach unter Anreizen Rechtsakte verstanden werden, die durch den Staat eingesetzt werden und unmittelbar der Verhaltenssteuerung dienen sollen, ohne dass ein Verhalten zwingend vorgegeben wird.

juristischen Sinn verstandenen Begriff des Anreizes ausgegangen, der dem im allgemeinen Sprachgebrauch verwendeten entspricht.¹⁵⁹

Für das vorliegend zu untersuchende Thema der Anreizsetzung im Anfechtungsrecht stellt sich somit die Frage, ob die tatsächlich gesetzte Anreizwirkung mit der gesetzlichen Zwecksetzung des Anfechtungsrechts¹⁶⁰ übereinstimmend ist oder (unter Umständen auch nur teilweise) ungewolltes Fehlverhalten zur Folge haben kann. Letzteres könnte für Anpassungen durch den Gesetzgeber sprechen.

Eine vertiefte Betrachtung der Thematik der Anreizsetzung im Anfechtungsrecht ergibt, dass sich diese sowohl auf die Zeitspanne *vor* als auch *nach* Insolvenzeröffnung (d.h. nach der Konkurseröffnung oder der Bestätigung eines Nachlassvertrags mit Vermögensabtretung) beziehen kann, wobei die Anreizsetzung jeweils unterschiedliche Beteiligte betrifft.

In Bezug auf die Anreizsetzung *vor* Insolvenzeröffnung ist hervorzuheben, dass anfechtbare Handlungen umso eher vorgenommen werden, je grösser die Wahrscheinlichkeit ausfällt, dass der daraus erhaltene Vorteil behalten werden kann, d.h. eine Durchsetzung des Anfechtungsanspruchs nach Insolvenzeröffnung voraussichtlich nicht erfolgen wird.¹⁶¹ In diesem Zusammenhang ist in der Schweizer Literatur gar die (wohl doch eher überspitzte) Aussage zu finden, dass die Vornahme anfechtbarer Handlungen im Regelfall geradezu anzuraten sei.¹⁶² Nach der hier vertretenen Auffassung kann dies (wenn überhaupt) nur bedingt zutreffen. So besteht unter anderem bei Finanzierungen zugunsten einer insolvenznahen Gesellschaft ein erhöhtes Bewusstsein der Anfechtungsrisiken, sei dies zum Beispiel im Zusammenhang mit der Gewährung von Darlehen und/oder der Einräumung von Sicherheiten. Dies hängt unter anderem mit der leichteren Beweisbarkeit entsprechender anfechtbarer Handlungen zusammen sowie, dass es sich bei den potentiellen Anfechtungsschuldnern (namentlich Finanzinstituten) nicht selten um finanzkräftige Institute handelt.

Für die Anreizsetzung in der Phase *nach* der Insolvenzeröffnung ist zu berücksichtigen, dass im Vergleich zu ausländischen Rechtsordnungen im Zuge von in der Schweiz eröffneten Insolvenzverfahren eher selten Anfechtungsansprüche gegenüber Anfechtungsschuldnern geltend gemacht und damit einhergehend vor schweizerischen Gerichten wenig Anfechtungsverfahren geführt werden.¹⁶³ Als Gründe dafür werden insbesondere die schwierige Beweisfüh-

159 Nach Duden wird unter «Anreiz» das Folgende verstanden: «etwas, was jemandes Interesse erregt, ihn motiviert, etwas zu tun; Antrieb» (vgl. <https://www.duden.de/rechtschreibung/Anreiz>, zuletzt besucht am 1. März 2023).

160 Vgl. dazu vorstehend Kapitel B.I.

161 JEAN-DANIEL SCHMID, Rechtsökonomische Überlegungen zur Überschuldungsanfechtung im Konkurs, KTS 2010, S. 307 ff., S. 321.

162 SCHMID (FN 161), S. 325.

163 Vgl. SCHMID (FN 161), S. 323; PATRICIA JUCKER, Der internationale Gerichtsstand der schweizerischen paulianischen Anfechtungsklage, Diss., Zürich 2007, S. 3; BERNHEIM/GEIGER

rung sowie die hohen Kosten solcher Gerichtsverfahren vorgebracht.¹⁶⁴ So ist denn auch zu beobachten, dass eine Prozessführung betreffend Anfechtungsansprüche, wenn überhaupt, überwiegend durch ausseramtliche Konkursverwaltungen und Nachlassliquidatoren in grossen Konkurs- und Nachlassliquidationsverfahren erfolgt.¹⁶⁵

Vor dem beschriebenen Hintergrund wird im Nachfolgenden die durch die gesetzliche Regelung erwirkte Anreizsetzung in Bezug auf verschiedene Akteure bzw. Beteiligte (d.h. Anfechtungsschuldner, Gemeinschaftschuldner, Konkursverwaltungen sowie Nachlassliquidatoren und [Abtretungs-]Gläubiger) sowie hinsichtlich der verschiedenen Insolvenzverfahrensarten, d.h. summarische und ordentliche Konkursverfahren sowie Nachlassliquidationsverfahren vor¹⁶⁶ und nach¹⁶⁷ der Insolvenzeröffnung untersucht, wobei auch eine Analyse der gesetzlich effektiv erwirkten Anreizwirkung anhand des durch das Gesetz angestrebten Zwecks der Anfechtung erfolgt. Schliesslich wird im Sinne eines Beispiels auf die Anreizsetzung im Zusammenhang mit Massnahmen eingegangen, die im Falle eines Kaufs von Vermögenswerten insbesondere einer insolvenznahen Gesellschaft das Risiko einer Anfechtung mindern bzw. ausschliessen können.¹⁶⁸

Die Frage der Anreizsetzung vor Insolvenzeröffnung ist direkt von jener nach Insolvenzeröffnung beeinflusst. Aus systematischen Überlegungen und um unnötige Wiederholungen zu vermeiden, wird daher nachstehend zunächst auf die Anreizsetzung nach Insolvenzeröffnung eingegangen, bevor eine Auseinandersetzung mit der Anreizsetzung vor Insolvenzeröffnung erfolgt.

I. Anreizsetzung nach Insolvenzeröffnung

Die Anreizsetzung nach Eröffnung eines Insolvenzverfahrens betrifft die Incentivierung zur Prüfung und Geltendmachung von Anfechtungsansprüchen und erfasst damit anders als jene vor Insolvenzeröffnung nicht Gemeinschaftschuldner und potentielle Anfechtungsschuldner, sondern Konkursverwaltungen und Nachlassliquidatoren sowie (Abtretungs-)Gläubiger. Von Relevanz ist die Anreizsetzung insbesondere in Bezug auf Konkursverwaltungen und Nachlassliquidatoren, weil diese durch ihre Handhabung der Prüfung und Geltendmachung von Anfechtungsansprüchen die Erhöhung der Konkurs- bzw. Nachlassdividende zugunsten aller Gläubiger bewirken können.¹⁶⁹

(FN 51), S. 8 und S. 25; REISER (FN 6), S. 101; STAEHELIN (FN 6), S. 81 f. Vgl. dazu auch vorstehend Kapitel E.

164 JUCKER (FN 163), S. 3. Vgl. auch REISER (FN 6), S. 101; STAEHELIN (FN 6), S. 81; BERNHEIM/GEIGER (FN 51), S. 25 f.

165 Vgl. dazu vorstehend Kapitel F.III.

166 Vgl. dazu nachstehend Kapitel H.II.

167 Vgl. dazu nachstehend Kapitel H.I.

168 Vgl. dazu nachstehend Kapitel H.III.

169 Vgl. ERNST & YOUNG (FN 12), S. 19.

Die Situation gestaltet sich (teils) unterschiedlich, je nachdem, ob es um die Einstellung von Konkursverfahren mangels Aktiven, summarische Konkursverfahren oder ordentliche Konkursverfahren und Nachlassliquidationsverfahren geht.

1. Überlegungen und Beobachtungen in Bezug auf die Einstellung von Konkursverfahren mangels Aktiven

Vor dem Entscheid über das weitere Konkursverfahren ist das Konkursamt nicht zur Prüfung von Anfechtungsansprüchen verpflichtet, vielmehr hat das Konkursamt in diesem Verfahrensstadium die Konkursmasse finanziell belastende Handlungen, nach Möglichkeit, zu unterlassen.¹⁷⁰ Entsprechend normiert das Gesetz diesbezüglich auch keine verhaltenssteuernde haftungsbegründende Handlungspflicht von Konkursverwaltungen für die Prüfung von Anfechtungsansprüchen.

Die gesetzliche Regelung sieht aber auch keine Honorierung für das Auffinden von Anfechtungsansprüchen vor, d.h. es bestehen keine Anreize, die Konkursämter zur Prüfung von Anfechtungsansprüchen motivieren könnten. Damit einhergehend erfolgt vor einer Einstellung eines Konkursverfahrens mangels Aktiven meist keine Prüfung und auch keine Inventarisierung von Anfechtungsansprüchen.¹⁷¹ Inventarisiert werden höchstens allfällige offensichtliche Anfechtungsansprüche sowie solche, auf die Personen im Zuge der konkursamtlichen Einvernahme (Art. 37 KOV) hinweisen.¹⁷²

Die Einstellung eines Konkursverfahrens mangels Aktiven wird durch das Konkursamt öffentlich bekannt gemacht (Art. 230 Abs. 2 SchKG). Nach der öffentlichen Bekanntmachung kann ein Gläubiger die Durchführung des Konkursverfahrens verlangen, wobei der Gläubiger eine Sicherheit für den durch die Konkursmasse nicht gedeckten Teil der Konkursverfahrenskosten leisten muss (Art. 230 Abs. 2 SchKG). Die vom Gläubiger zu leistende Sicherheit ist in dem Umfang anzusetzen, als dadurch alle zukünftigen Kosten für das gesamte Konkursverfahren gedeckt werden sollten.¹⁷³ Im Rahmen der konkursamtlichen Publikation wird zudem jeweils darauf hingewiesen, dass die Nachforderung weiterer Kostenvorschüsse vorbehalten bleibe, sollte die geleistete Sicherheit, die meist zwischen CHF 3 000 und CHF 5 000 beträgt,¹⁷⁴ nicht ausreichen.

Verlangt ein Gläubiger die Durchführung des Konkursverfahrens und leistet die entsprechende Sicherheit, hat dies die Durchführung eines summarischen Konkursverfahrens zur Folge, im Rahmen dessen – wenn überhaupt – aus-

170 Vgl. dazu vorstehend Kapitel C.I.1.

171 Vgl. dazu vorstehend Kapitel E. I.

172 Vgl. dazu vorstehend Kapitel C.I.1.

173 BSK SchKG II-LUSTENBERGER/SCHENKER (FN 25), Art. 230 N 10.

174 Vgl. LORANDI (FN 9), S. 1410 f.

schliesslich eine rudimentäre Prüfung von Anfechtungsansprüchen erfolgt.¹⁷⁵ Die Sicherheit von CHF 3 000 bis CHF 5 000 deckt denn auch mitnichten den Aufwand für eine detaillierte Untersuchung von Anfechtungsansprüchen. Das heisst, selbst wenn die Sicherstellung für die Durchführung des Konkursverfahrens durch einen Gläubiger geleistet wird, unterbleibt meist (weiterhin) die Prüfung von Anfechtungsansprüchen durch die Konkursverwaltung. Anfechtungsansprüche werden namentlich ohne Spezifizierung lediglich «pro memoria» ins Inventar aufgenommen.¹⁷⁶

Gläubiger können eine (genaue) Prüfung und etwaige Durchsetzung von Anfechtungsansprüchen daher in der Regel ausschliesslich durch die Abtretung des diesbezüglichen Prozessführungsrechts nach Art. 260 Abs. 1 SchKG erwirken, wobei sie die Kosten für die Prüfung und mögliche Durchsetzung von (Anfechtungs-)Ansprüchen vorschliessen müssen und diese einzig im Falle einer erfolgreichen Geltendmachung zurückerstattet erhalten (vgl. Art. 260 Abs. 2 SchKG).¹⁷⁷

Strebt ein Gläubiger im Falle der Einstellung eines Konkursverfahrens mangels Aktiven die Abtretung des Prozessführungsrechts hinsichtlich möglicher Anfechtungsansprüche der Konkursmasse nach Art. 260 Abs. 1 SchKG an, bleibt ihm in Anbetracht des vorstehend Dargelegten meist einzig die Durchführung des Konkursverfahrens samt Leistung der Sicherstellung nach Art. 230 Abs. 2 SchKG zu beantragen.¹⁷⁸ In diesen Fällen erfolgt die Leistung der Sicherheit für die Durchführung des Konkursverfahrens (sowie die weiteren für die Prüfung von Anfechtungsansprüchen anfallenden Aufwendungen) einzig in der spekulativen Hoffnung, dass Hinweise auf anfechtbare Rechtshandlungen gefunden werden, sich eine (gerichtliche) Geltendmachung allfälliger Anfechtungsansprüche aus finanzieller Sicht lohnt und schliesslich die (gerichtliche) Geltendmachung auch von Erfolg gezeichnet ist.

In der überwiegenden Zahl eingestellter Konkursverfahren erfolgt keine Sicherstellung durch einen Gläubiger und die Durchführung des Konkursverfahrens unterbleibt daher. Damit einhergehend kann auch keine Abtretung des Prozessführungsrechts für allfällige (Anfechtungs-)Ansprüche der Konkursmasse nach Art. 260 Abs. 1 SchKG erfolgen. Die Sicherstellungspflicht bewirkt somit, dass in zahlreichen Konkursverfahren die Möglichkeit der Prüfung bzw. Durchsetzung von Anfechtungsansprüchen faktisch versagt wird. So lohnt sich für Gläubiger von Forderungen in geringer Höhe die Leistung einer Sicherheit von Beginn an nicht, selbst wenn dadurch die Realisierung von Aktiven infolge der Durchführung des Konkursverfahrens allenfalls ermöglicht werden könnte. Auch Gläubiger grösserer Forderungen verzichten meist auf die Leistung eines

175 Vgl. dazu vorstehend Kapitel E. I.

176 Vgl. dazu vorstehend Kapitel E. I.

177 Vgl. dazu vorstehend Kapitel F. I.

178 Vgl. KNEZEVIC (FN 108), S. 45.

Kostenvorschusses, da der (finanzielle) Aufwand (der sich gerade auch in Bezug auf mögliche Anfechtungsansprüche nicht auf die Leistung der Sicherheit von CHF 3 000 bis CHF 5 000 beschränkt) sowie das damit einhergehende Risiko und der mögliche, aber ungewisse, Ertrag in keinem Verhältnis stehen.

Die Relevanz der vorstehenden Ausführungen ergeht aus der Tatsache, dass rund 58 % und damit mehr als die Hälfte der eröffneten Konkursverfahren mangels Aktiven nach Art. 230 SchKG definitiv eingestellt werden.¹⁷⁹

2. *Überlegungen und Beobachtungen in Bezug auf summarische Konkursverfahren*

Teils ähnliche, wie die in Bezug auf die Einstellung von Konkursverfahren mangels Aktiven dargestellten systeminhärenten, Diskrepanzen sind auch in Bezug auf summarische Konkursverfahren zu beobachten. Bereits erwähnt wurde, dass Konkursverwaltungen in summarischen Konkursverfahren den Bestand von Anfechtungsansprüchen äusserst eingeschränkt bzw. nicht selten gar nicht prüfen; dies geschieht oftmals infolge fehlender Liquidität der Konkursmasse.¹⁸⁰ Zu beobachten ist aber auch, dass im Rahmen der Abwicklung von summarischen Konkursverfahren Konkursverwaltungen gar bei Vorhandensein ausreichend liquider Vermögenswerte nicht selten auf eine tiefgehende Auswertung der vorhandenen Gesellschaftsunterlagen verzichten. So besteht auch bei summarischen Konkursverfahren für die für die Abwicklung von summarischen Konkursverfahren zuständigen Konkursämter kein Anreiz, das Bestehen von Anfechtungsansprüchen zu prüfen.

Und selbst wenn die Konkursverwaltung in Kenntnis von anfechtbaren Handlungen gelangt, führt dies kaum je zur (gerichtlichen) Geltendmachung von Anfechtungsansprüchen durch die Konkursverwaltung, da die Gläubigergesamtheit in der weit überwiegenden Zahl von Konkursverfahren, auf entsprechenden Antrag der Konkursverwaltung hin, auf die Geltendmachung verzichtet.¹⁸¹ Vielmehr wird infolge des Verzichts auf die Geltendmachung den kollozierten Gläubigern die Abtretung des diesbezüglichen Prozessführungsrechts im Sinne von Art. 260 Abs. 1 SchKG angeboten. Gläubiger verlangen zwar regelmässig die Abtretung des Prozessführungsrechts nach Art. 260 Abs. 1 SchKG, sehen in der Folge jedoch überwiegend von einer (gerichtlichen) Geltendmachung des Anfechtungsanspruchs ab.¹⁸² Die Gründe für einen solchen Verzicht sind überwiegend, wenn nicht sogar ausschliesslich, pekuniärer Natur.

Die Prüfung der Prozessaussichten einer gerichtlichen Geltendmachung von Anfechtungsansprüchen erfordert grundsätzlich eine tiefgehende Abklärung

179 KARL WÜTHRICH/RAOUL EGELI/RENATO PENG, Paneldiskussion mit Karl Wüthrich, Raoul Egeli und Renato Peng, ZZZ 2022, S. 7 ff., S. 7; LORANDI (FN 9), S. 1409.

180 Vgl. dazu vorstehend Kapitel E. I.

181 Vgl. dazu vorstehend Kapitel F. I.

182 Vgl. ERNST & YOUNG (FN 12), S. 13.

der Tatsachen- und Rechtslage. Bereits eine solche Analyse kann erhebliche Kosten nach sich ziehen, da sich die Prüfung von Anfechtungsansprüchen nicht selten aufwendig gestaltet.¹⁸³ Im Falle der gerichtlichen Geltendmachung muss der Kläger zudem die eigenen Anwalts- sowie die Prozesskosten (vorerst) tragen. Eine Entschädigung der vorprozessualen und prozessualen Aufwendungen erfolgt nur, wenn der Anfechtungsanspruch erfolgreich geltend gemacht und vollstreckt werden kann. Diesfalls dient das Prozessergebnis in einem ersten Schritt der Deckung der im Zusammenhang mit der Prozessführung angefallenen Kosten, worunter vorprozessuale Kosten sowie solche fallen, die im Zusammenhang mit dem gerichtlichen Vorgehen entstanden sind, und daneben der Deckung der Konkursforderung (vgl. Art. 260 Abs. 2 SchKG)¹⁸⁴. Verbleibt noch ein Überschuss (was kaum je der Fall ist), ist dieser an die Konkursmasse abzuliefern (Art. 260 Abs. 2 SchKG). Im Falle des Unterliegens im Prozess werden dem oder den (prozessführenden) Gläubiger(n) zusätzlich zur Konkursforderung die gesamten vorprozessualen und prozessualen Kosten nicht erstattet, polemisch formuliert wird diesfalls «gutes Geld schlechtem Geld nachgeworfen». Bei Obsiegen tragen die Abtretungsgläubiger bei fehlender freiwilliger Erfüllung zudem das Vollstreckungsrisiko.

Für Gläubiger besteht somit kaum ein Anreiz, Anfechtungsansprüche gerichtlich durchzusetzen. Entsprechend nehmen Gläubiger das mit einer gerichtlichen Geltendmachung von (Anfechtungs-)Ansprüchen einhergehende Risiko äusserst selten in Kauf.¹⁸⁵ Davon ausgenommen können leicht beweisbare, gegen finanzkräftige Anfechtungsschuldner bestehende Anfechtungsansprüche sein. Solche Anfechtungsansprüche können zum Beispiel in der nachträglichen Bestellung von Sicherheiten für bestehende Verbindlichkeiten bestehen, zu deren Sicherstellung der Gemeinschuldner nicht schon zuvor verpflichtet war (Art. 287 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG).

Es ergibt sich von selbst, dass – wenn überhaupt – ausschliesslich Gläubiger hoher Forderungen das Risiko einer Prozessführung auf sich nehmen, lohnt sich die Prozessführung für Gläubiger kleinerer Forderungen schon von Beginn an nicht.¹⁸⁶ Zudem können sich meist nur finanzstarke Gläubiger eine Prozessführung leisten.¹⁸⁷ Die das gesamte Prozesskostenrisiko tragenden Abtretungsgläubiger klagen regelmässig – begreiflicherweise – einzig in der Höhe des eigenen Forderungsausfalls.¹⁸⁸

183 Vgl. dazu vorstehend Kapitel C. sowie vorstehend Kapitel F.I.

184 BSK SchKG II-BACHOFNER (FN 25), Art. 260 N 111.

185 Vgl. HUNKELER (FN 111), S. 370; ERNST & YOUNG (FN 12), S. 21.

186 Vgl. HUNKELER/WOHL (FN 137), S. 59; FRANCO LORANDI/RICO A. CAMPONOVO, Ein Vorschlag zur Revision des SchKG. Kautionspflicht, Vorschusspflicht, Armenrecht und Art. 169 SchKG bei Konkurs- und Nachlassmassen im Visier, ST 1992, S. 427 ff., S. 430.

187 MEIER (FN 137), S. 15.

188 MEIER (FN 137), S. 5.

3. *Überlegungen und Beobachtungen in Bezug auf ordentliche Konkursverfahren und Nachlassliquidationsverfahren*

Im Zuge von ordentlichen Konkursverfahren, für deren Abwicklung oftmals ausseramtliche Konkursverwaltungen eingesetzt werden (vgl. Art. 237 Abs. 2 SchKG) und Nachlassliquidationsverfahren, wobei meist Anwaltskanzleien bzw. spezialisierte Unternehmen als ausseramtliche Konkursverwaltungen und Nachlassliquidatoren tätig sind,¹⁸⁹ erfolgt überwiegend bzw. sofern die Konkurs- oder Nachlassliquidationsmasse über genügend liquide Aktiven verfügt, eine deutlich umfassendere Prüfung von Anfechtungsansprüchen als in summarischen Konkursverfahren.¹⁹⁰ So ist denn auch die gerichtliche Geltendmachung von Anfechtungsansprüchen fast ausschliesslich im Rahmen von ordentlichen Konkursverfahren und Nachlassliquidationsverfahren zu beobachten,¹⁹¹ wobei auch bei Nachlassliquidationsverfahren Anfechtungsansprüche durch die Nachlassliquidationsmasse weitgehend bei grossen Nachlassliquidationsverfahren prozessual verfolgt werden.¹⁹² Die Beurteilung der Prozessaussichten eines Anfechtungsanspruchs bleibt aber naturgemäss auch in ordentlichen Konkursverfahren und in Nachlassliquidationsverfahren nicht selten schwierig, wenn nicht gar unmöglich,¹⁹³ zumal oftmals – zum Beispiel mangels ordentlicher Buchführung – ein Beweismangel besteht.

Soweit in ordentlichen Konkursverfahren und Nachlassliquidationsverfahren Anfechtungsklagen nicht durch die Masse erhoben werden, wird jeweils den Gläubigern die Abtretung des Prozessführungsrechts nach Art. 260 Abs. 1 SchKG angeboten. Es gilt diesbezüglich das für summarische Konkursverfahren vorstehend Ausgeführte.¹⁹⁴

In Bezug auf Nachlassliquidationsverfahren ist zudem Folgendes zu ergänzen: In nicht wenigen Fällen betreffen Nachlassliquidationsverfahren kleinere und mittlere Unternehmen und die an die Gläubiger zu verteilenden Vermögenswerte sind in manch einem Nachlassliquidationsverfahren beschränkt. Gleich der Situation in summarischen Konkursverfahren ist in solchen Konstellationen zu beobachten, dass das Prozessführungsrecht zur Geltendmachung von Anfechtungsansprüchen an die zugelassenen Gläubiger abgetreten wird (Art. 325 i.V.m. Art. 260 SchKG). Dies bedeutet, dass auch wenn grundsätzlich für Nachlassliquidatoren ein (finanzieller) Anreiz zur Geltendmachung von An-

189 Vgl. FRANCO LORANDI, *Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG)*, 5. Aufl., Zürich/St. Gallen 2022, S. 98.

190 Vgl. dazu vorstehend Kapitel E. I.

191 Vgl. dazu vorstehend Kapitel F.III.

192 Vgl. dazu vorstehend Kapitel F.III.

193 INGRID JENT-SØRENSEN, *Unentgeltliche Prozessführung für die Konkursmasse?*, in: Konferenz der Betreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz (Hrsg.), *Schuldbetreibung und Konkurs im Wandel. Festschrift 75 Jahre Konferenz der Betreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz*, Basel/Genf/München 2000, S. 321 ff., S. 339 f.

194 Vgl. dazu vorstehend Kapitel H.I.2.

fechtungsansprüchen besteht,¹⁹⁵ diese auf eine solche meist verzichten, um die Nachlassliquidationsmasse nicht mit weiteren Masseverbindlichkeiten zu belasten.

4. *Überlegungen und Beobachtungen zu den Ursachen der unterschiedlichen Handhabung der Prüfung und Durchsetzung von Anfechtungsansprüchen im Rahmen der verschiedenen Insolvenzverfahrensarten*

Die unterschiedliche Handhabung der Prüfungspflicht in summarischen und ordentlichen Konkursverfahren bzw. Nachlassliquidationsverfahren hat verschiedene Ursachen, die auf systeminhärente Ungleichheiten der Verfahren sowie auf eine teils divergierende Anreizsetzung für die Liquidationsorgane der verschiedenen Verfahren schliessen lassen:

Für die Abwicklung summarischer Konkursverfahren zuständige Konkursbeamte sind jeweils für die Verwaltung zahlreicher paralleler Konkursverfahren zuständig¹⁹⁶ und verfügen daher nicht über die zeitliche Kapazität, die vorhandenen (Gesellschafts-)Unterlagen (im Detail) auf Hinweise auf anfechtbare Handlungen zu prüfen.¹⁹⁷ Überdies verfügen Konkursbeamte nicht selten über keine juristische Ausbildung und es fehlen tiefgehende Rechnungslegungskenntnisse. Entsprechend kann es Konkursbeamten am notwendigen Fachwissen fehlen, um mögliche Anfechtungsansprüche bzw. potentielle diesbezügliche Hinweise zu erkennen und allfällige spezialisierte Hilfspersonen (wie zum Beispiel Experten für Rechnungswesen) beizuziehen.¹⁹⁸ Zudem weisen summarische Konkursverfahren oftmals beschränkte liquide Vermögenswerte auf, was direkten Einfluss auf den möglichen Aufwand von Konkursverwaltungen in Bezug auf die Prüfung von Anfechtungsansprüchen hat und den Beizug von Dritten als Hilfspersonen ausschliesst. *Vice versa* bedeutet dies, dass Konkursbeamte vermehrt Dritte als Hilfspersonen für die Prüfung von Anfechtungsansprüchen beiziehen sollten, wenn ausreichend Vermögenswerte in der Konkursmasse vorhanden sind.¹⁹⁹

Unternehmen bzw. Personen, die als ausseramtliche Konkursverwaltungen und Nachlassliquidatoren eingesetzt werden, können jeweils auf personelle Ressourcen zurückgreifen. Zudem verfügen diese über das für die Prüfung von Anfechtungsansprüchen notwendige Spezialwissen bzw. sie können die erforderlichen Fachpersonen, wie etwa Juristen und Rechnungslegungsspezialisten beiziehen.²⁰⁰

195 Vgl. dazu nachstehend Kapitel H.I.4.

196 Vgl. HUNKELER (FN 111), S. 371. Ein Konkursbeamter berichtete der Autorin im August 2022, dass er über 100 pendente Konkursverfahren betreue.

197 Vgl. JENT-SØRENSEN (FN 193), S. 341.

198 Vgl. ERNST & YOUNG (FN 12), S. 21.

199 Vgl. ERNST & YOUNG (FN 12), S. 22.

200 BSK SchKG II-RUSSENBERGER/WOHLGEMUTH (FN 25), Art. 237 N 15.

Die Tätigkeit amtlicher sowie ausseramtlicher Konkursverwaltungen bzw. Nachlassliquidatoren wird auf der Grundlage der GebV SchKG entschädigt. Die Gebühren nach den Art. 44 ff. GebV SchKG gelten sowohl für amtliche als auch für ausseramtliche Konkursverwaltungen (vgl. Art. 43 GebV SchKG). Für Verfahren, die besondere Abklärungen des Sachverhalts oder von Rechtsfragen erfordern, setzt die Aufsichtsbehörde das Entgelt für die amtliche und die ausseramtliche Konkursverwaltung fest, wobei sie namentlich die Schwierigkeit und die Bedeutung der Sache, den Umfang der Bemühungen sowie den Zeitaufwand berücksichtigt (Art. 47 Abs. 1 GebV SchKG). Nachlassliquidatoren werden für ihre Tätigkeit (direkt) entschädigt, wobei als Grundlage für die Festsetzung des Pauschalhonorars durch das Nachlassgericht die Aufstellung über deren Aufwand (d.h. die Honorarrechnungen) dient (vgl. Art. 55 Abs. 1 GebV SchKG).²⁰¹ Bei der Festsetzung des Honorars sind insbesondere die Schwierigkeit des Falles und die Bedeutung der Sache, der Umfang der Bemühungen, der Zeitaufwand sowie die Auslagen zu berücksichtigen (Art. 55 Abs. 3 GebV SchKG).

Im Gegensatz zu ordentlichen Konkursverfahren und Nachlassliquidationsverfahren, die meist durch in der Privatwirtschaft tätige Personen und Unternehmen abgewickelt werden, sind ausschliesslich Konkursämter als amtliche Konkursverwaltungen tätig. Systemeigen ist vor diesem Hintergrund, dass als ausseramtliche Konkursverwaltungen und Nachlassliquidatoren tätige Personen und Unternehmen über ein wirtschaftliches Interesse an einer aufwandsintensiven Verwaltung von Konkurs- sowie Nachlassliquidationsverfahren und damit auch an der Prüfung und allfälligen Geltendmachung von Anfechtungsansprüchen verfügen. Nicht von der Hand gewiesen werden kann, dass entsprechende Anreize für amtliche Konkursverwaltungen, die durch Konkursbeamte ausgeübt werden, nicht bestehen. Diese unterschiedliche Anreizsetzung kann einen Einfluss auf die Praxis bezüglich der Prüfung und Durchsetzung von Anfechtungsansprüchen durch Konkursverwaltungen und Nachlassliquidatoren haben. Soweit in ordentlichen Konkursverfahren und Nachlassliquidationsverfahren Insolvenzmassen über wenige Vermögenswerte verfügen, besteht aber auch für ausseramtliche Konkursverwaltungen und Nachlassliquidatoren kein Anreiz, nach Anfechtungsansprüchen zu suchen bzw. auf eine Durchsetzung durch die Insolvenzorgane hinzuwirken.

5. *Erkenntnisse aus der Praxis zur Prüfung und Durchsetzung von Anfechtungsansprüchen in deutschen Insolvenzverfahren*

Die vorstehend dargelegte These findet Unterstützung in den Beobachtungen zur Handhabung der Prüfung und Durchsetzung von Anfechtungsansprüchen durch Insolvenzverwalter im Rahmen von deutschen Insolvenzverfahren. Insol-

201 Kommentar Gebührenverordnung SchKG-SCHOBER (FN 42), Art. 55 N 4 ff.

venzverwaltermandate werden in Deutschland (ausschliesslich) durch in der Privatwirtschaft tätige Personen geführt.

Nach § 63 Abs. 1 InsO hat ein Insolvenzverwalter Anspruch auf Vergütung für seine Geschäftsführung und auf Erstattung angemessener Auslagen. Der Regelsatz der Vergütung (vgl. diesbezüglich § 2 InsVV²⁰²) wird nach dem Wert der Insolvenzmasse zur Zeit der Beendigung des Insolvenzverfahrens berechnet (vgl. auch § 1 InsVV). Dem Umfang und der Schwierigkeit der Tätigkeit des Insolvenzverwalters wird durch Abweichungen vom Regelsatz Rechnung getragen. Die Höhe der Vergütung des Insolvenzverwalters ist somit vom wirtschaftlichen Erfolg des Insolvenzverfahrens abhängig, denn eine finanziell grössere Insolvenzmasse hat eine höhere Regelvergütung zur Folge.²⁰³ Zu einer Erhöhung der Vergütung kann zum Beispiel die Anfechtung von Rechtshandlungen nach §§ 129 ff. InsO in besonders grosser Zahl oder von besonderer rechtlicher Schwierigkeit führen.²⁰⁴

Das erfolgreiche Durchsetzen von Anfechtungsansprüchen gehört somit zu den (vergütungsrechtlichen) Regelaufgaben von Insolvenzverwaltern.²⁰⁵ Dies hat zur Folge, dass deutsche Insolvenzverwalter gerade auch in Bezug auf Anfechtungsansprüche streitgeneigt sind. Standardmässig prüfen deutsche Insolvenzverwalter das Bestehen von Anfechtungsansprüchen im Detail und machen diese zunächst mittels eines Forderungsschreibens und bei Ausbleiben der Zahlung im Falle versprechender Erfolgsaussichten gerichtlich geltend.

Da das erfolgreiche Durchsetzen von Anfechtungsansprüchen einen direkten Einfluss auf die Höhe der Vergütung von deutschen Insolvenzverwaltern hat, setzt § 63 Abs. 1 InsO mit der Regelung zur Vergütungsbemessung, basierend auf dem Wert der Insolvenzmasse zur Zeit der Insolvenzverfahrensbeendigung, somit einen starken Anreiz für deutsche Insolvenzverwalter zur Prüfung und Durchsetzung von Anfechtungsansprüchen. Für das deutsche Insolvenzanfechtungsrecht ist denn auch die Fülle an Rechtsprechung charakteristisch.

§ 63 Abs. 1 InsO kann aber auch – vom Normzweck nicht gedeckte – verhaltenssteuernde Wirkung haben. So war die Autorin im Rahmen ihrer Tätigkeit in eine Streitigkeit involviert, in welcher ein deutscher Insolvenzverwalter einen Anfechtungsanspruch gegenüber einem in der Schweiz ansässigen Unternehmen geltend machte. Im Zuge der Prüfung der Begründetheit des behaupteten Anfechtungsanspruchs ergab sich, dass die Insolvenzmasse (erstaunlicherweise) über ausreichend Vermögenswerte verfügte, um alle Gläubiger zu befriedigen. Entsprechend war die für einen Anfechtungsanspruch zwingende Voraussetzung der Gläubigerbenachteiligung nicht gegeben (vgl. § 129 Abs. 1,

202 Insolvenzrechtliche Vergütungsverordnung vom 19. August 1998 (BGBl. I S. 2205).

203 ULRICH KELLER in: Godehard Kayser/Christoph Thole (Hrsg.), Insolvenzordnung, 11. Aufl., Heidelberg 2023, § 60 N 13.

204 FREGE/KELLER/RIEDEL (FN 44), Rz. 39.

205 FREGE/KELLER/RIEDEL (FN 44), Rz. 786.

§ 132 Abs. 1, § 133 Abs. 1 InsO). Da die erfolgreiche Geltendmachung des behaupteten Anfechtungsanspruchs einen höheren Wert der Insolvenzmasse im Zeitpunkt der Beendigung des Insolvenzverfahrens und damit eine höhere Vergütung für den Insolvenzverwalter zur Folge gehabt hätte, ist nicht auszuschliessen, dass der Insolvenzverwalter mit Blick auf seine Vergütung die Deckungsquote überschüssende Anfechtungsansprüche geltend machte. Die Vergütungsregelung kann somit auch (falsche) nicht vom Gesetzeszweck gedeckte Anreize setzen.

6. *Folgerungen*

In mehr als der Hälfte der Konkursverfahren sind nicht genügend Vermögenswerte vorhanden, um das Verfahren durchzuführen und entsprechend Anfechtungsansprüche zu prüfen. Für Gläubiger besteht kaum je ein Anreiz, die Sicherheit für die Durchführung des Konkursverfahrens und die zusätzlichen Kosten für die Prüfung von möglichen Anfechtungsansprüchen zu leisten. Dies hat zur Folge, dass anfechtbare Handlungen oft unentdeckt bleiben.

Die geltende gesetzliche Regelung enthält aber auch für amtliche Konkursverwaltungen keine Anreize, im Rahmen eines Konkursverfahrens das wirtschaftliche Optimum für die Gläubiger zu generieren.²⁰⁶ Vielmehr wird durch die bestehende Regelung ein risikoaverses und tendenziell «schematisches» Verhalten von Konkursverwaltungen insbesondere in summarischen Konkursverfahren gefördert.²⁰⁷ Erkennbar ist dies an der oftmals fehlenden Prüfung und fast ausnahmslos ausbleibenden (gerichtlichen) Geltendmachung von Anfechtungsansprüchen durch Konkursverwaltungen im Zuge summarischer Konkursverfahren. Zwar muss die Gläubigergesamtheit für die Abtretung des Prozessführungsrechts auf die Geltendmachung des (Anfechtungs-)Anspruchs durch die Konkursmasse verzichten (vgl. Art. 260 Abs. 1 SchKG). Zu beobachten ist diesbezüglich aber, dass in summarischen Konkursverfahren Konkursverwaltungen fast ausnahmslos den Gläubigern den Antrag auf Nichtgeltendmachung unterbreiten. Dies liegt naturgemäss auch darin begründet, dass Konkursverwaltungen meist auf eine (detaillierte) Prüfung von Anfechtungsansprüchen verzichten und schon vor diesem Hintergrund die (gerichtliche) Durchsetzung solcher Ansprüche nicht beantragen (können).

Überdies ist es infolge der notorischen «Massearmut» in vielen Konkursverfahren und dem fehlenden Anspruch auf unentgeltliche Prozessführung der Konkursmasse²⁰⁸ den Konkursverwaltungen in den allermeisten Fällen nicht möglich, selbst erfolgsversprechende Anfechtungsklagen anhängig zu machen. Stattdessen sehen sich Konkursverwaltungen gezwungen, das diesbezügliche

206 Vgl. ERNST & YOUNG (FN 12), S. 19.

207 ERNST & YOUNG (FN 12), S. 19.

208 Vgl. dazu vorstehend Kapitel G.I.

Prozessführungsrecht nach Art. 260 Abs. 1 SchKG den die Abtretung verlangenden Gläubigern zu übertragen. Das Prozessrisiko wird damit in der überwiegenden Zahl von Insolvenzverfahren, seien dies Konkurs- oder Nachlassliquidationsverfahren, auf die zugelassenen Gläubiger überwältzt. Da sich grundsätzlich nur finanzkräftige Gläubiger die Prozessführung und das Prozessrisiko leisten können und sich eine Prozessführung nur für Gläubiger grosser Forderungen lohnt, hat die Abtretung des Prozessführungsrechts nach Art. 260 Abs. 1 SchKG eine erhebliche Gläubigerungleichbehandlung zur Folge.²⁰⁹

Damit einhergehend erfolgt kaum je eine Strafanzeige im Zusammenhang mit dem Verdacht von Konkursverbrechen und -vergehen durch Konkursverwaltungen. Dies liegt darin begründet, dass Konkursverwaltungen oftmals keine Kenntnis von anfechtbaren Tatbeständen erhalten und selbst wenn solche Handlungen erkennbar sind, Konkursverwaltungen von einer entsprechenden Strafanzeige absehen.²¹⁰ Auch die Straftatbestände für Konkursverbrechen und -vergehen haben daher kaum verhaltenssteuernde Wirkung.

Um dem Gesamtgläubigerinteresse nachzukommen, wäre es folglich erforderlich, dass die Anreizsetzung für amtliche Konkursverwaltungen in Bezug auf die Geltendmachung von Anfechtungsansprüchen überdacht wird.

Generell ist aber die Frage aufzuwerfen, ob sich die Aufgabe von Konkursverwaltungen insbesondere in summarischen Verfahren darauf beschränkt, ein Verfahren juristisch korrekt abzuwickeln, oder ob von Konkursverwaltungen nicht auch gefordert werden sollte, ein wirtschaftlich optimales Resultat anzustreben.²¹¹ Dies würde aber – insbesondere mit Blick auf die zahlreichen Insolvenzverfahren mit beschränkten liquiden Vermögenswerten – bedingen, dass durch eine Systemänderung für amtliche Konkursverwaltungen ein Anreiz zur Prüfung und Geltendmachung von Anfechtungsansprüchen geschaffen würde. Damit kann aber selbstredend das Problem der oftmals fehlenden (lückenlosen) Nachweisbarkeit anfechtbarer Handlungen nicht umgangen werden.

Schliesslich stellt sich die Frage, ob das Risiko der Staatshaftung von Konkursverwaltungen sowie von Nachlassliquidatoren nach Art. 5 SchKG verhaltenssteuernde Wirkung haben kann. Nach Art. 5 SchKG haftet der Kanton für den Schaden, den ein Insolvenzorgan bei der Erfüllung der Aufgaben verursacht (Abs. 1). Für den Rückgriff des Kantons auf die Person, die den Schaden verursacht hat, ist das kantonale Recht massgebend (Abs. 3).

Eine Verantwortlichkeit nach Art. 5 SchKG setzt voraus, dass durch widerrechtliches Verhalten der Konkursverwaltung oder des Nachlassliquidators einem Gläubiger ein (finanzieller) Schaden entstanden ist. Doch kann Schadenersatz nur gefordert werden, wenn sich der Schaden nicht durch einen anderen

209 Vgl. MEIER (FN 137), S. 14 f.

210 Vgl. dazu vorstehend Kapitel G.III.

211 ERNST & YOUNG (FN 12), S. 19.

Rechtsbehelf hätte abwenden lassen können.²¹² Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist eine blossse Vermögensschädigung ohne gleichzeitigen Eingriff in ein absolutes Rechtsgut nur widerrechtlich, wenn sie auf der Verletzung einer Amtspflicht beruht, die dem Schutz vor solchen Schädigungen dient. Dabei stellt allerdings nicht jede noch so geringfügige Amtspflichtverletzung eine haftungsbegründende Widerrechtlichkeit dar; vielmehr ist erforderlich, dass eine für die Ausübung der amtlichen Funktion wesentliche Pflicht betroffen ist. Haftungsbegründend ist lediglich eine unentschuldbare Fehlleistung, die einem pflichtbewussten Beamten nicht unterlaufen wäre.²¹³ Ein solcher «Betriebsfehler» kann zum Beispiel die fehlerhafte Feststellung der Aktivmasse im Rahmen eines Konkursverfahrens²¹⁴ oder die Nichtinventarisierung von Aktiven des Konkursiten²¹⁵ sein.

Soweit von einer Pflicht von Konkursverwaltungen und Nachlassliquidatoren auszugehen ist, das Bestehen von Anfechtungsansprüchen zu prüfen, ist bei einer Unterlassung dieser Pflicht grundsätzlich auch von einem Staatshaftungsrisiko auszugehen (zum Beispiel, wenn der Bestand von Anfechtungsansprüchen nicht geprüft wird und entsprechende Ansprüche nach Art. 292 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG verjähren, bevor das diesbezügliche Prozessführungsrecht an die beantragenden Gläubiger abgetreten wurde). Ausgeschlossen ist hingegen eine Staatshaftung, wenn die Konkursverwaltung bzw. der Nachlassliquidator das Bestehen von Anfechtungsansprüchen zwar geprüft hat, auf eine Geltendmachung mit Gläubigerzustimmung aber verzichtet. Diesfalls erfolgt der Verzicht nicht in Verletzung gesetzlicher Pflichten.

Soweit eine Pflicht zur Prüfung von Anfechtungsansprüchen besteht, sollte die Möglichkeit einer Staatshaftung zumindest eine gewisse Anreizwirkung dahingehend entfalten, dass Konkursverwaltungen nicht ohne Not auf die Prüfung von Anfechtungsansprüchen verzichten. Zu beachten ist diesbezüglich aber auch, dass in Bezug auf das Rückgriffsrecht die kantonalen Bestimmungen meist vorsätzliches oder grobfahrlässiges Handeln des schadensverursachenden Insolvenzorgans voraussetzen.²¹⁶ Die Hürden für einen Regressanspruch des Kantons auf den Einzelnen sind somit entsprechend hoch. Überdies handelt es sich bei der Staatshaftungsklage gegen den Kanton um einen subsidiären Rechtsbehelf, der selten verfolgt wird. Die verhaltenssteuernde Wirkung einer drohenden Staatshaftungsklage im Falle des Ausbleibens der (genügenden) Prüfung von Anfechtungsansprüchen ist vor diesem Hintergrund äusserst beschränkt.

212 AMONN/WALTHER (FN 19), § 5 N 8; BSK SchKG II-GASSER (FN 25), Art. 5 N 15.

213 BGE 132 II 449 E. 3.3.

214 FABIANA THEUS SIMONI, in: Willi Fischer/Thierry Luterbacher (Hrsg.), Haftpflichtkommentar. Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen, St. Gallen 2015, Art. 5 SchKG N 4 mit Verweis auf BGE 116 III 96.

215 BSK SchKG II-GASSER (FN 25), Art. 5 N 43.

216 THEUS SIMONI (FN 214), Art. 5 SchKG N 37.

II. Anreizsetzung vor Insolvenzeröffnung

Vor Insolvenzeröffnung betrifft das Thema der Anreizsetzung den Gemeinschuldner, über den in einem späteren Zeitpunkt (möglicherweise) der Konkurs eröffnet, eine Nachlassstundung bewilligt bzw. in einem späteren Zeitpunkt ein Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung bestätigt wird, sowie Drittparteien zu Gunsten derer anfechtbare Handlungen begangen werden, d.h. potentielle spätere Anfechtungsschuldner bzw. -beklagte. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, welche Anreize durch die Rechtsordnung sowie die tatsächliche Anwendung der gesetzlichen Regelungen für diese Beteiligten direkt oder indirekt gesetzt werden.

1. In Bezug auf Gemeinschuldner

Gemeinschuldner (in Konkurs- und Nachlassliquidationsverfahren sind dies überwiegend Gesellschaften) finden sich nicht selten in einem Spannungsfeld, indem sie in ihrem Interesse, d.h. insbesondere im Interesse der Gesellschaft, erforderliche rechtlich zulässige Handlungen vornehmen sollten (zum Beispiel die Bestellung von Sicherheiten für bereits bestehende oder die Rückzahlung fälliger Verbindlichkeiten), diese Handlungen im Falle einer späteren Insolvenzeröffnung aber anfechtbar sein können. Im Interesse der Gesellschaft kann sich ein Gemeinschuldner somit gezwungen sehen, anfechtbare Handlungen vorzunehmen.

Das Risiko der späteren Anfechtung trifft den Gemeinschuldner zwar nicht direkt, denn dieses erfasst primär den Anfechtungsschuldner. Die mit einer Anfechtbarkeit einhergehenden möglichen straf- und verantwortlichkeitsrechtlichen Folgen können aber die Organe des Gemeinschuldners treffen. Wie weit das Risiko straf- sowie verantwortlichkeitsrechtlicher Folgen für Gemeinschuldner bzw. deren Organe präventive Wirkung entfaltet, ist zumindest in Frage zu stellen. So ist zu beobachten, dass manch ein Organ (insbesondere von kleineren und mittleren Unternehmen) sich weder der straf- noch der gesellschaftsrechtlichen Verantwortlichkeit bewusst ist. Zudem sind strafrechtliche Verurteilungen für Konkursdelikte noch immer selten.²¹⁷ Nicht von der Hand zu weisen ist überdies, dass Verantwortlichkeitsprozesse äusserst kosten- und zeitintensiv sind und sich vor diesem Hintergrund das Risiko einer entsprechenden Klageerhebung zumindest teilweise in Grenzen hält. Eine direkte Klagemöglichkeit von Gläubigern des Gemeinschuldners besteht schliesslich nur nach Insolvenzeröffnung, wenn das diesbezügliche Prozessführungsrecht nach Art. 260 bzw. Art. 325 i. V.m. Art. 260 SchKG abgetreten wurde (Art. 757 Abs. 1 OR²¹⁸). Vor Insolvenz-

217 Vgl. dazu vorstehend Kapitel G.III.

218 Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (OR) vom 30. März 1911, SR 220.

eröffnung sind lediglich die Gesellschaft sowie die einzelnen Aktionäre zur Klageerhebung berechtigt (Art. 756 Abs. 1 OR).

2. *In Bezug auf Anfechtungsschuldner*

In Bezug auf Anfechtungsschuldner ist die Frage der Anreizsetzung vor Insolvenzeröffnung direkt von jener nach Insolvenzeröffnung (die Konkursverwaltungen, Nachlassliquidatoren und Abtretungsgläubiger erfasst)²¹⁹ beeinflusst. Bereits dargelegt wurde, dass im Falle der Einstellung eines Konkursverfahrens mangels Aktiven für Gläubiger selten ein Anreiz besteht, die Sicherheit für die Durchführung eines Konkursverfahrens zu leisten, d.h. sich das entsprechende Kostenrisiko zu tragen kaum je lohnt bzw. kaum ein Gläubiger gewillt ist, ein entsprechendes Kostenrisiko einzugehen.²²⁰ Diese Tatsache ist manch einem Gemeinschuldner bekannt. So kommt es Gemeinschuldnern und dessen Führungsorganen nicht selten gelegen, wenn das Konkursverfahren mangels Aktiven eingestellt wird;²²¹ hat dies doch zur Folge, dass unter anderem Anfechtungsansprüche nicht mehr geltend gemacht werden können.²²²

Grundsätzlich können Anfechtungsschuldner von einem geringen Risiko der Prüfung und Durchsetzung von Anfechtungsansprüchen ausgehen. So sind Konkursverwaltungen und Nachlassliquidatoren gerade bei den zahlreichen Insolvenzverfahren mit einem beschränkten liquiden Massevermögen in der Prüfung und Geltendmachung von Anfechtungsansprüchen zurückhaltend, wenn eine solche denn überhaupt erfolgt.²²³ Darüber hinaus bestehen auch wenig bis fast keine Anreize für Gläubiger, nach einer Abtretung des Prozessführungsrechts nach Art. 260 Abs. 1 SchKG Anfechtungsansprüche durchzusetzen.²²⁴ Die Tatsache der doch seltenen Geltendmachung von Anfechtungsansprüchen ist denn auch nicht unbekannt.

Schliesslich scheinen die in Art. 163 ff. StGB normierten Konkursdelikte beschränkte präventive Wirkung zu entfalten. So sind Konkursbehörden mit der Erstattung von Strafanzeigen betreffend Delikte nach Art. 163 ff. StGB noch immer äusserst zurückhaltend, während Strafverfolgungsbehörden meist nicht in Kenntnis von entsprechenden strafbegründenden Handlungen gelangen.²²⁵ Um präventive Wirkung zu entfalten, ist vor diesem Hintergrund erforderlich, dass Konkursorgane bei einem Verdacht auf ein Konkursdelikt umgehend

219 Vgl. dazu vorstehend Kapitel H.I.

220 Vgl. dazu vorstehend Kapitel H.I.1.

221 LORANDI (FN 9), S. 1410.

222 LORANDI (FN 9), S. 1410.

223 Vgl. vorstehend Kapitel F.

224 Vgl. vorstehend Kapitel F.

225 Vgl. DANIEL NUSSBAUMER, Mit neuen Methoden gegen Konkursverschleppungen: wie sich Strafverfolger, Handelsregister-, Betreibungs- sowie Notariats- und Konkursbeamte im Kampf gegen Misswirtschaft gegenseitig unterstützen können, BISchKG 2016, S. 124 ff., S. 134.

Strafanzeige erstatten.²²⁶ In diesem Sinne sieht Art. 11 Abs. 2 SchKG der Referendumsvorlage zum Bundesgesetz über die Bekämpfung missbräuchlicher Konkurse²²⁷ vor, dass «Konkursbeamte[n] [...] verpflichtet [sind], alle von Amtes wegen zu verfolgenden Verbrechen und Vergehen, die sie oder ihre unterstellten Personen im Rahmen ihrer amtlichen Tätigkeit feststellen oder die ihnen gemeldet werden und für die konkrete Verdachtsmomente vorliegen, den Strafverfolgungsbehörden anzuzeigen». Auch mit Inkrafttreten der genannten Bestimmung wird jedoch das systeminhärente Problem nicht gelöst werden, dass hinsichtlich zahlreicher eröffneter Insolvenzverfahren und insbesondere bei der Einstellung eines Konkursverfahrens mangels Aktiven eine Prüfung von Anfechtungsansprüchen durch das Konkursamt unterbleibt²²⁸ und damit einhergehend auch strafrechtlich relevantes Verhalten nicht festgestellt wird.

3. *Folgerungen*

Die dargestellte Rechts- und Tatsachenlage *nach* Insolvenzeröffnung hat zur Folge, dass anfechtbare Rechtshandlungen mit dem Wissen des geringen Risikos der Durchsetzung von Anfechtungsansprüchen nicht selten geradezu willentlich getätigt werden.²²⁹ Das Risiko einer möglichen prozessualen, zivil- und/oder strafrechtlichen Geltendmachung kann somit nahezu keine präventive Wirkung entfalten. Im Gegenteil ist zu beobachten, dass in Anbetracht der dargestellten Situation Parteien nicht selten bewusst nach einer Abwägung der Chancen und Risiken anfechtbare Handlungen vornehmen²³⁰ bzw. keine das Risiko einer Anfechtung mindernde oder gar ausschliessende Massnahmen²³¹ ergreifen. Durch die gesetzliche Regelung bzw. deren fehlende effektive Anwendung wird daher ein falscher Anreiz gesetzt,²³² der nicht mit der gesetzlichen Zwecksetzung, namentlich der Gläubigergleichbehandlung bzw. dem Schutz der Gläubigerinteressen, übereinstimmend ist. Dabei ist insbesondere auch die Begünstigung von der konkursiten Gesellschaft nahestehenden juristischen oder natürlichen Personen ein nicht selten zu beobachtendes Phänomen, wobei oftmals Gesellschaften vor deren Konkurs (durch anfechtbare Handlungen zugunsten nahestehender Personen) ihrer gesamten Aktiven entleert werden.²³³

226 NUSSBAUMER (FN 225), S. 134.

227 BBl 2022 702. Der Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes über die Bekämpfung missbräuchlicher Konkurse bzw. der diesbezüglichen Bestimmungen steht noch nicht fest, dürfte aber wohl nicht vor Mitte/Ende des Jahres 2023 sein (<<https://www.schkg-vereinigung.ch/de/news-aus-bern/>>, zuletzt besucht am 1. März 2023).

228 Vgl. dazu vorstehend Kapitel H.I.1.

229 Vgl. SCHMID (FN 161), S. 321.

230 Vgl. LORANDI/CAMPONOVO (FN 186), S. 430.

231 Vgl. dazu nachstehend Kapitel H.III.

232 Vgl. im Zusammenhang mit der Einstellung von Konkursverfahren mangels Aktiven LORANDI (FN 9), S. 1410.

233 LORANDI (FN 9), S. 1410.

III. Anreizsetzung im Zusammenhang mit Massnahmen, die im Falle eines Kaufs das Risiko einer Anfechtung mindern bzw. ausschliessen

Eng verwandt mit dem zuvor untersuchten Thema der Anreizsetzung für den Gemeinschuldner sowie Drittparteien *vor* Insolvenzeröffnung ist die Frage, welche Anreize für Gemeinschuldner bzw. Drittparteien gesetzt werden, Vorkehrungen zu treffen, die zur Minderung oder zum Ausschluss des Anfechtungsrisikos führen können. Im Nachstehenden wird in diesem Zusammenhang auf den Verkauf von Vermögenswerten durch einen insolvenznahen Schuldner zu einem zu tiefen Kaufpreis eingegangen.

Käufer gehen nicht selten (bewusst) das Risiko ein, von einem Verkäufer, der sich in einer finanziell angespannten Situation befindet, Vermögenswerte zu einem Kaufpreis zu erwerben, der nicht dem Marktwert entspricht. Solche Transaktionen können nach Art. 286 Abs. 2 Ziff. 1 sowie Art. 288 Abs. 1 SchKG anfechtbar sein.²³⁴ Nach Art. 286 Abs. 1 SchKG sind mit Ausnahme üblicher Gelegenheitsgeschenke alle Schenkungen und unentgeltliche Verfügungen anfechtbar, die der Gemeinschuldner innerhalb des letzten Jahres vor der Konkurseröffnung vorgenommen hat. Dabei sind Rechtsgeschäfte, bei denen der Gemeinschuldner eine Gegenleistung angenommen hat, die zu seiner eigenen Leistung in einem Missverhältnis steht, d.h. gemischte Schenkungen, den Schenkungen gleichgestellt (Art. 286 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG). Ob ein erhebliches Missverhältnis²³⁵ besteht, ist nach dem konkreten Rechtsgeschäft zu beurteilen.²³⁶ Massgebend ist der objektive wirtschaftliche Wert der Leistung²³⁷ im Zeitpunkt der anfechtbaren Handlung²³⁸. In einem Entscheid aus dem Jahre 1919 ging das Bundesgericht bereits bei einer Differenz zwischen Verkaufspreis und Verkehrswert von 10% von einem erheblichen Missverhältnis aus.²³⁹ Sind die diesbezüglichen Voraussetzungen erfüllt,²⁴⁰ können Schenkungen bzw. gemischte Schenkungen aber auch Gegenstand einer Absichtsanfechtung sein, für welche eine *période suspecte* von fünf Jahren gilt (Art. 288 Abs. 1 SchKG).

234 Vgl. URS SCHENKER, Verkauf von Unternehmen in Krisensituationen, in: Peter V. Kunz/Florian S. Jörg/Oliver Arter (Hrsg.), *Entwicklungen im Gesellschaftsrecht V*, Bern 2010, S. 303 ff., S. 319.

235 BGE 95 III 47 E. 2. Vgl. auch den französischen Wortlaut von Art. 286 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG [Hervorhebung hinzugefügt]: «Sont assimilés aux donations [...] les actes par lesquels le débiteur a accepté un prix **notablement** inférieur à la valeur de sa prestation.»

236 BSK SchKG II-STAEHELIN/BOPP (FN 25), Art. 286 N 15a.

237 BGer 5A_391/2012 vom 19. Dezember 2012 E 4.

238 Vgl. BGE 132 III 489 E. 2.7; BSK SchKG II-STAEHELIN/BOPP (FN 25), Art. 286 N 15.

239 BGE 45 III 151 E. 4.

240 Es müssen sowohl die Differenz zwischen Verkehrswert und Kaufpreis als auch die Möglichkeit eines Insolvenzverfahrens dem Verkäufer wie auch dem Käufer im Zeitpunkt des Verkaufs bekannt gewesen sein oder diese hätten bei entsprechender Aufmerksamkeit bekannt sein müssen (SCHENKER [FN 234], S. 319).

Für einen Käufer ist es folglich essentiell, dass sich Leistungen gegenüberstehen, die Marktbedingungen entsprechen und sich dies nachweisen lässt.²⁴¹ So hat grundsätzlich der Kauf von Vermögenswerten eines insolvenznahen Verkäufers zum Verkehrswert bzw. Marktpreis den Ausschluss des Risikos einer Anfechtung nach Art. 286 Abs. 2 Ziff. 1 sowie Art. 288 SchKG zur Folge (so weit die Begleichung des Kaufpreises nicht durch unübliche Zahlungsmittel, d.h. insbesondere durch Verrechnung, oder die Verwendung des Kaufpreises in für den Käufer erkennbarer Weise gläubigerschädigend erfolgt²⁴²).²⁴³ Das Anfechtungsrisiko kann diesbezüglich durch spezifische Massnahmen gemindert oder gar ausgeschlossen werden. Solche Massnahmen werden jedoch selten ergriffen; so ist die diesbezügliche Incentivierung kaum überzeugend bzw. zu hürdenreich.²⁴⁴ Nicht abgesprochen werden kann schliesslich, dass sich Käufer in einem Dilemma befinden, da sie über ein inhärentes Interesse verfügen, einen möglichst tiefen Kaufpreis zu bezahlen.²⁴⁵ Infolge des in der Schweiz (im Vergleich zu ausländischen Rechtsordnungen) faktisch eher geringen Anfechtungsrisikos, sind Käufer als mögliche spätere Anfechtungsschuldner nicht selten bereit, ein entsprechendes Risiko einzugehen. Die Erfahrung zeigt, dass Käufer teils auch bestrebt sind, einen tieferen Kaufpreis auszuhandeln, obwohl damit das Anfechtungsrisiko steigt.²⁴⁶

Verkäufer können zwar Kenntnis vom Anfechtungsrisiko haben, es besteht aber für diese als mögliche spätere Gemeinschaftschuldner kaum ein Anreiz, anfechtungsrisikomindernde oder -ausschliessende Massnahmen zu ergreifen, trifft das Anfechtungsrisiko doch primär den Käufer.²⁴⁷ Auch straf- sowie verantwortlichkeitsrechtliche Risiken entfalten in geringem Masse präventive Wirkung.²⁴⁸ Überdies finden sich Verkäufer in finanziell angespannten Verhältnissen in einer Zwangslage. So ist es zum einen unabdingbar, kurzfristig Liquidität erhältlich zu machen und zum anderen sollte ein möglichst hoher Kaufpreis erzielt werden. Schliesslich ist ein aufwendiges Verfahren zur Ermittlung des Ver-

241 RUDOLF TSCHÄNI/HANS-JAKOB DIEM/MATTHIAS WOLF, M&A-Transaktionen nach Schweizer Recht, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2021, Rz. 292.

242 Vgl. HANS-UELI VOGT, Krisenmanagement unter dem Damoklesschwert der paulianischen Anfechtung. Die neuere Bundesgerichtspraxis zur Absichtsanfechtung nach Art. 288 SchKG, GesKR 2009, S. 163 ff., S. 175.

243 HUBERT GMÜNDER, Der Betriebsverkauf in den Insolvenzverfahren, Diss., Zürich/St. Gallen 2018, Rz. 528.

244 Vgl. dazu nachstehend Kapitel H.III.1./2.

245 GMÜNDER (FN 243), Rz. 526. Vor diesem Hintergrund kann nach der hier vertretenen Ansicht aus der Tatsache, dass ein Verkauf zwischen nicht nahestehenden Personen erfolgte, nicht angenommen werden, dass der ausgehandelte Preis dem Verkehrswert entsprach (anderer Ansicht wohl TSCHÄNI/DIEM/WOLF [FN 243], Rz. 292, soweit der Verkauf in einem Rahmen erfolgte, der frei von Interessenkonflikten war und dem gewöhnlichen Stand der Sorgfalt entsprach).

246 Vgl. GMÜNDER (FN 243), Rz. 526.

247 Vgl. dazu vorstehend Kapitel H.II.1.

248 Vgl. dazu vorstehend Kapitel H.II.

kehrswerts – im Rahmen eines Bewertungsgutachtens oder eines Verkaufsverfahrens – aufgrund des Zeitdrucks oftmals kein gangbarer Weg.²⁴⁹

1. Das Anfechtungsrisiko mindernde Massnahmen

a. Bestimmung des Verkehrswerts durch Bewertungsgutachten

Um beim Kauf von Aktiven eines (insolvenznahen) Verkäufers das Risiko einer Anfechtung nach Art. 286 Abs. 2 Ziff. 1 oder Art. 288 Abs. 1 SchKG zu minimieren, kann ein Käufer vor dem Abschluss des Kaufvertrags ein Bewertungsgutachten einholen.²⁵⁰ Mit einem entsprechenden Gutachten verfügt ein Käufer im Falle einer späteren Anfechtung des Kaufs (sei dies ausserprozessual oder prozessual) über einen Nachweis, dass (nach Einschätzung des Gutachters) im Zeitpunkt des Kaufs der Kaufpreis dem objektiven wirtschaftlichen Wert des Kaufgegenstandes entsprach, d.h. der Kaufpreis *at arm's length* war.

Damit ein Bewertungsgutachten über einen möglichst hohen Beweiswert verfügt, sollte die Bewertung von einem anerkannten und vom Käufer sowie Verkäufer unabhängigen Experten stammen. Um das Risiko einer erfolgreichen Anfechtung weiter herabzusetzen, kann sich bei einem Kauf von Vermögenswerten zu einem substantiellen Kaufpreis gar rechtfertigen, mehr als ein Bewertungsgutachten einzuholen.

Die Einholung eines Gutachtens oder mehrerer Gutachten bzw. eine darauf abgestimmte Kaufpreisfestsetzung kann das Risiko einer Anfechtung nicht vollumfänglich ausschliessen, sondern höchstens reduzieren, sind Bewertungen doch subjektiv und entsprechend unsicher.²⁵¹ Es kann folglich auch nicht ausgeschlossen werden, dass ein Gericht trotz Vorliegen eines Bewertungsgutachtens zum Ergebnis gelangt, dass ein (erhebliches) Missverhältnis zwischen Kaufpreis und Verkehrswert bestand.

Die effektive Umsetzung der dargestellten risikoreduzierenden Massnahme gestaltet sich zudem häufig schwierig, sodass Käufer in der überwiegenden Anzahl von Fällen auf die Einholung einer Bewertung durch einen unabhängigen Dritten verzichten. Gründe dafür können sein, dass die Suche nach einem entsprechenden Gutachter sowie die Erstellung einer Bewertung zu viel Zeit in Anspruch nehmen würde, da ein Verkauf von Vermögenswerten oftmals rasch abgewickelt werden soll. Dies ist zum Beispiel dann der Fall, wenn ein insolvenznaher Verkäufer die Kaufpreiszahlung für die Erhaltung bzw. Verbesserung seiner Liquidität benötigt.

249 GMÜNDER (FN 243), Rz. 526.

250 Vgl. TSCHÄNI/DIEM/WOLF (FN 241), Rz. 293, FN 618; URS SCHENKER, Unternehmensverkauf vor Nachlass- oder Konkursverfahren, in: Rudolf Tschäni (Hrsg.), *Mergers & Acquisitions V*, Zürich 2003, S. 146 ff., S. 157.

251 Vgl. TSCHÄNI/DIEM/WOLF (FN 241), Rz. 292.

b. Bestimmung des Verkehrswerts durch Verkaufsverfahren

Der erzielbare Marktpreis ergibt sich durch Angebot und Nachfrage, weshalb er durch ein Verkaufsverfahren (d.h. im Rahmen eines Auktionsverfahrens oder zumindest durch Kontaktierung mehrerer potentieller Kaufinteressenten)²⁵² bestimmt werden kann.²⁵³ Im Falle der Einreichung mehrerer Angebote im Rahmen eines solchen Verkaufsverfahrens ist davon auszugehen, dass für den betreffenden Vermögenswert ein angemessener Verkaufspreis ermittelt werden konnte.²⁵⁴ Selbstredend wird das Anfechtungsrisiko primär dann minimiert, wenn der Interessent mit dem höchsten Angebot den Zuschlag erhält.²⁵⁵ Im Rahmen eines Anfechtungsprozesses kann durch den Anfechtungsbeklagten entsprechend der Nachweis erbracht werden, dass durch ein Verkaufsverfahren ein möglichst hoher Kaufpreis und folglich ein Kaufpreis der dem Verkehrs- bzw. dem Marktwert entspricht, erzielt wurde.²⁵⁶

Ein Verkaufsverfahren kann aber nicht immer geeignet sein. So kann ein solches zu viel Zeit in Anspruch nehmen, in gewissen Situationen ist nicht mehr als ein Kaufinteressent zu erwarten oder aus Gründen der Geheimhaltung sollten nicht mehrere Kaufinteressenten angesprochen werden.²⁵⁷ Kann kein Verkaufsverfahren durchgeführt werden, sollte zur Minimierung des Anfechtungsrisikos zumindest ein Bewertungsgutachten eingeholt werden.²⁵⁸

c. Beobachtungen betreffend Implementierung anfechtungsrisikomindernder Massnahmen

Käufer sind nicht selten in der Ergreifung bzw. Unterstützung von anfechtungsmindernden Massnahmen im Zusammenhang mit dem Kauf von Vermögenswerten von einem insolvenznahen Käufer zurückhaltend. Die Gründe dafür sind verschieden. Zum einen haben Käufer oft Kenntnis davon, dass im Rahmen schweizerischer Insolvenzverfahren eher selten Anfechtungsansprüche geltend gemacht werden. Zum anderen haben Käufer naturgemäss ein Interesse daran, einen möglichst tiefen Kaufpreis zu bezahlen, und verzichten gerade auch in Anbetracht dessen insbesondere auf die Einholung eines Bewertungsgutachtens. Schliesslich können anfechtungsmindernde Massnahmen zu zeitbeanspruchend sein. Käufer sind daher oftmals bereit, das Anfechtungsrisiko einzugehen.

252 TSCHÄNI/DIEM/WOLF (FN 241), Rz. 293, FN 618.

253 GMÜNDER (FN 243), Rz. 530. Vgl. auch SCHENKER (FN 250), S. 156.

254 GMÜNDER (FN 243), Rz. 531.

255 Vgl. SCHENKER (FN 250), S. 170.

256 TSCHÄNI/DIEM/WOLF (FN 241), Rz. 293, FN 618.

257 Vgl. SCHENKER (FN 250), S. 157.

258 SCHENKER (FN 250), S. 157.

2. *Das Anfechtungsrisiko ausschliessende Massnahmen*

Nach Art. 285 Abs. 3 SchKG sind Rechtshandlungen, die während einer Nachlassstundung stattgefunden haben, nicht anfechtbar, sofern sie von einem Nachlassgericht oder von einem Gläubigerausschuss genehmigt worden sind. Mit dieser im Rahmen der Sanierungsrechtsrevision im Jahre 2014 in Kraft getretenen Regelung wurde unter anderem Rechtsicherheit für Käufer geschaffen.²⁵⁹ Denn mit der Genehmigung von Transaktionen durch das Nachlassgericht bzw. den Gläubigerausschuss können Käufer von Vermögenswerten nun Gewähr dafür haben, dass sie sich nicht mehr dem Risiko von Anfechtungsansprüchen, mit der Begründung, der Kauf sei zu einem nicht dem Marktwert entsprechenden Kaufpreis erfolgt, ausgesetzt sehen müssen.²⁶⁰

Mit der Einführung von Art. 285 Abs. 3 SchKG blieb jedoch unklar, ob der Ausschluss der Anfechtbarkeit nur für Rechtshandlungen galt, für die das Gesetz die Genehmigungskompetenz des Nachlassgerichts und des Gläubigerausschusses, wie zum Beispiel für den Verkauf von Anlagevermögen²⁶¹, vorsah (vgl. Art. 298 Abs. 2 SchKG).²⁶² Dies hatte zur Folge, dass unter anderem beim Verkauf von Vermögenswerten, die nicht als Anlagevermögen qualifizierten, die Zustimmung des Nachlassgerichts oder des Gläubigerausschusses nicht mit Sicherheit den Ausschluss der Anfechtbarkeit zur Folge hatte. Zudem waren Rechtshandlungen des Schuldners während der Nachlassstundung, die lediglich mit Zustimmung des Sachwalters erfolgten, nach wie vor anfechtbar.²⁶³

Seit Inkrafttreten der Aktienrechtsrevision im Jahre 2023 ist die Anfechtbarkeit auch von «andere[n] Verbindlichkeiten», die mit Zustimmung des Sachwalters während der Stundung eingegangen worden sind, ausgeschlossen (Art. 285 Abs. 4 SchKG). Die neue mit Abs. 4 in Art. 285 SchKG aufgenommene Bestimmung ist weit auszulegen, so dass darunter nicht nur das Eingehen, sondern auch das Begleichen von Verbindlichkeiten fallen muss.²⁶⁴ Da mit der Einführung von Art. 285 Abs. 4 SchKG die Anfechtbarkeit von Rechtshandlungen, die mit Zustimmung des Sachwalters erfolgten (namentlich das Eingehen von Verbindlichkeiten), weiter eingeschränkt wurde, muss dies in Be-

259 LORANDI (FN 8), S. 754.

260 DANIEL HUNKELER/ZENO SCHÖNMANN, Grundriss des Prepacks, in: Thomas Sprecher (Hrsg.), Sanierung und Insolvenz von Unternehmen IX. Neue Entwicklungen, Zürich/Basel/Genf 2019, S. 45 ff., S. 48.

261 Nach Art. 960d Abs. 1 OR gelten als Anlagevermögen die Werte, die in der Absicht langfristiger Nutzung oder langfristigen Haltens erworben werden. Als langfristig gilt ein Zeitraum von mehr als zwölf Monaten (Art. 960d Abs. 2 OR). Zum Anlagevermögen gehören Finanzanlagen, Sachanlagen sowie immaterielle Anlagen (BSK SchKG II-BAUER/LUGINBÜHL [FN 25], Art. 298 N 18; LORENZ LIPP, in: Vito Roberto/Hans Rudolf Trüb, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 960d N 1).

262 KRIESI (FN 26), S. 129 f.

263 LUKAS GLANZMANN, Das neue Sanierungsrecht, in: Peter V. Kunz/Oliver Arter/Florian S. Jörg (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht X, Bern 2015, S. 225 ff., S. 238.

264 JAGMETTI (FN 23), S. 25, FN 106.

zug auf die Auslegung von Art. 285 Abs. 3 SchKG bedeuten, dass der Ausschluss der Anfechtbarkeit im Sinne von Art. 285 Abs. 3 SchKG nicht nur für qualifizierte Rechtshandlungen nach Art. 298 Abs. 2 SchKG zur Anwendung gelangt, sondern jegliche Rechtshandlungen des Schuldners, die durch das Nachlassgericht oder den Gläubigerausschuss genehmigt worden sind, von der Anfechtbarkeit ausgeschlossen sind. Es besteht denn auch keine Rechtfertigung dafür, dass die mit Art. 285 Abs. 3 SchKG eingeführte Liberalisierung lediglich Rechtshandlungen im Sinne von Art. 298 Abs. 2 SchKG erfassen sollte.

Ein Kauf von Vermögenswerten einer insolvenznahen Gesellschaft kann somit einzig anfechtungssicher erfolgen, wenn diese Transaktion im Zuge einer (provisorischen oder definitiven) Nachlassstundung abgewickelt und durch das Nachlassgericht oder den Gläubigerausschuss²⁶⁵ genehmigt wird. Unklar ist in Anbetracht des Wortlauts von Art. 285 Abs. 4 SchKG, ob auch die Zustimmung des Sachwalters das Risiko einer Anfechtung des Kaufs von Vermögenswerten ausschliessen kann.

Vermehrt setzt sich der Verkauf von Vermögenswerten im Rahmen von sog. *Prepacks* durch. Bei *Prepacks* wird der Verkauf von Vermögenswerten (weitgehend) vor der Beantragung der provisorischen Nachlassstundung vorbereitet.²⁶⁶ Der Kaufvertrag wird unter der Bedingung der Genehmigung des Verkaufs durch das Nachlassgericht nach Art. 298 Abs. 2 SchKG abgeschlossen,²⁶⁷ wobei diese bereits im Nachlassstundungsgesuch beantragt werden kann.²⁶⁸ Der Vollzug des Kaufvertrags erfolgt nach der gerichtlichen Genehmigung im Zuge der provisorischen Nachlassstundung.²⁶⁹

Die für die (provisorische) Nachlassstundung anfallenden (Sachwalter- und Gerichts-)Kosten sind nicht selten für insolvenznahe Verkäufer Hinderungsgrund, im Zusammenhang mit dem Verkauf von Vermögenswerten ein Gesuch um provisorische Nachlassstundung zu stellen. So fehlt denn auch manchen Verkäufern die für die Beantragung einer provisorischen Nachlassstundung

265 Wobei ein Gläubigerausschuss nur in der definitiven Nachlassstundung durch das Nachlassgericht eingesetzt werden kann (BGE 147 III 226 E. 4.3.4), «wo es die Umstände erfordern» (Art. 295a SchKG). In der Praxis erfolgt die Einsetzung eines Gläubigerausschusses eher selten (vgl. BSK SchKG II-BAUER/LUGINBÜHL [FN 25], Art. 295a N 3; KUKO SchKG-HUNKELER [FN 38], Art. 295a N 4). Entsprechend ist auch die Relevanz der Genehmigung von Rechtshandlungen durch einen Gläubigerausschuss nach Art. 285 Abs. 3 SchKG beschränkt (vgl. DOMINIK INFANGER, Neuerungen bei den paulianischen Anfechtungsklagen, in: Annette Dolge [Hrsg.], SchKG und ZPO. Neuerungen, Erfahrungen und Aussichten im schweizerischen und internationalen Vollstreckungsrecht, Zürich/Basel/Genf 2014, S. 35 ff., S. 39 f.).

266 JOS G. L. VANDEBROEK/DANIEL HUNKELER, Übertragende Sanierung unter neuem Sanierungsrecht: Erste Erfahrungen mit «Prepacks», SJZ 2017, S. 389 ff., S. 392; LUKAS MÜLLER/RONJA LIND, Fünf Jahre neues Sanierungsrecht: Erfahrungen, Befunde und Entwicklungen, EF 2019, S. 637 ff., S. 639; HUNKELER/SCHÖNMANN (FN 260), S. 46.

267 HUNKELER/SCHÖNMANN (FN 260), S. 46; VANDEBROEK/HUNKELER (FN 266), S. 392 f.

268 HUNKELER/SCHÖNMANN (FN 260), S. 47. Vgl. auch Verfügung des Bezirksgerichts Bülach vom 5. Mai 2020, Geschäfts-Nr. EC200010 E. 4.2.

269 VANDEBROEK/HUNKELER (FN 266), S. 392.

und der damit einhergehenden Pflicht zur Bevorschussung der Sachwalter- und Gerichtskosten erforderliche Liquidität. Zwar kommt vor, dass in solchen Konstellationen ein potentieller Käufer die Sachwalter- und Gerichtskosten vorschiesst, jedoch hält sich die Anreizsetzung, den Kauf von Vermögenswerten im Rahmen einer (provisorischen) Nachlassstundung abzuwickeln, in mehrfacher Hinsicht in Grenzen. Käufern ist wiederum nicht selten bekannt, dass das Risiko einer Anfechtung im Rahmen eines Konkurs- oder Nachlassliquidationsverfahrens beschränkt ist.²⁷⁰ Zudem kann das Verfahren um Bewilligung der provisorischen Nachlassstundung sowie die Einholung der Ermächtigung des Nachlassgerichts zum Verkauf von Vermögenswerten, die Voraussetzung für den Vollzug des Verkaufs ist, zu viel Zeit in Anspruch nehmen. Schliesslich kann ein interessierter Käufer, der die Sachwalter- und Gerichtskosten vorschiesst, riskieren, dass der geplante Verkauf nicht genehmigt wird und er die von ihm bevorschussten Kosten nicht (vollumfänglich) zurückerstattet erhält.

Verfügt der Käufer somit nicht über ein eminentes eigenes Interesse an der Beantragung der provisorischen Nachlassstundung, indem er zum Beispiel die Weiterführung des Unternehmens sichern oder zumindest die Rettung eines Betriebsteils ermöglichen will, besteht kaum ein Anreiz, eine Transaktion im Rahmen einer Nachlassstundung anfechtungssicher zu gestalten. Vielmehr ist zu sehen, dass Käufer in solchen Konstellationen bewusst das Anfechtungsrisiko eingehen.

3. *Folgerungen*

Obwohl Käufer hinsichtlich des Kaufs von Vermögenswerten insolvenznaher Verkäufer anfechtungsrisikoherabsetzende sowie -ausschliessende Massnahmen ergreifen bzw. auf diese hinwirken und solche unterstützen können, ist zu beobachten, dass Käufer nicht selten willentlich das Anfechtungsrisiko eingehen. Dies liegt zum einen daran, dass die erwähnten Massnahmen zu zeitraubend, kosten- und aufwandintensiv sind und zum anderen besteht kaum ein genügender Anreiz, überhaupt Massnahmen zu ergreifen, erfolgt doch selten eine Geltendmachung von Anfechtungsansprüchen und das Risiko einer strafrechtlichen Verurteilung oder verantwortlichkeitsrechtlichen Haftung wird von Käufern meist als gering eingestuft.

Auch für Verkäufer besteht wenig Anreiz, anfechtungsrisikomindernde oder -ausschliessende Massnahmen zu ergreifen (ausser ein Verkäufer strebt die Sanierung im Rahmen einer Nachlassstundung an). So würde grundsätzlich eine erfolgreiche Anfechtungsklage Pflichten des Käufers als Anfechtungsschuldner (und nicht des Verkäufers) zur Folge haben (insbesondere die Pflicht zur Rückgabe der durch anfechtbare Rechtshandlungen erworbenen Vermögenswerte; vgl. Art. 291 SchKG). Zudem könnte sich der Verkäufer zwar nach Art. 164

270 Vgl. dazu vorstehend Kapitel H.II.1.

Ziff. 1, Art. 165 Ziff. 1 sowie Art. 167 StGB strafbar machen, die Zahl diesbezüglicher Strafverfolgungen ist jedoch tief²⁷¹ und das Risiko einer möglichen Strafbarkeit entfaltet daher für Verkäufer kaum präventive Wirkung. Und schliesslich sind sich Organe eines Verkäufers der möglichen Haftung aus gesellschaftsrechtlicher Verantwortlichkeit (Art. 754 OR) oftmals nicht bewusst bzw. stufen das Risiko einer Verantwortlichkeit als gering ein.²⁷²

I. Schlussgedanken

Das Institut der (paulianischen) Anfechtung nach den Art. 285 ff. SchKG dient der Sicherstellung der Gläubigergleichbehandlung im Rahmen eines Insolvenzverfahrens.²⁷³ So sollen durch die Anfechtung Vermögenswerte, die vor der Insolvenzeröffnung (insbesondere) durch anfechtbare Handlungen des Gemeinschuldners der Insolvenzmasse entzogen worden sind, dieser wieder zugeführt und dadurch das Vollstreckungssubstrat im Interesse der Insolvenzgläubiger vermehrt werden.²⁷⁴ Überdies wird den anfechtungsrechtlichen Bestimmungen vorbeugende Wirkung zugeschrieben, indem das Anfechtungsrecht infolge des Risikos der Anfechtbarkeit die Unterlassung entsprechender Handlungen durch den Gemeinschuldner und Dritte (d.h. potentielle Anfechtungsschuldner) bewirken soll.²⁷⁵ Damit einhergehend stellt das StGB verschiedene Handlungen, die nach den insolvenzrechtlichen Bestimmungen anfechtbar sind, unter Strafe.²⁷⁶ Zwar qualifiziert die bundesgerichtliche Rechtsprechung die Anfechtungstatbestände als Ausnahmetatbestände, die restriktiv Anwendung finden sollen.²⁷⁷ Die Rechtsprechung weist aber auch darauf hin, dass die Anfechtungsklage bei unlauteren Machenschaften greifen soll, zum Beispiel, wenn Vollstreckungssubstrat beiseitegeschafft worden ist.²⁷⁸

Um dieser Bestimmung gerecht zu werden, ist die effektive Durchsetzung von Anfechtungsansprüchen erforderlich. Im Rahmen der vorstehenden Ausführungen wurde dargelegt, dass diese Voraussetzung in der Schweiz kaum erfüllt wird und das Anfechtungsrecht daher seinem Zweck nicht nachzukommen scheint.²⁷⁹ Die Gründe dafür liegen jedoch nicht im Anfechtungsrecht, sondern darin, wie im Zuge von Insolvenzverfahren in Bezug auf potentiell anfechtbare Sachverhalte verfahren wird.

271 Vgl. dazu vorstehend Kapitel G.III.

272 Vgl. dazu vorstehend Kapitel H.II.1.

273 Vgl. dazu vorstehend Kapitel B.I.

274 Vgl. dazu vorstehend Kapitel B.I.

275 Vgl. dazu vorstehend Kapitel B.I.

276 Vgl. dazu vorstehend Kapitel G.III.

277 BGE 136 III 247 E. 2.

278 BGE 136 III 247 E. 2.

279 Vgl. dazu vorstehend Kapitel F.

So erfolgt in der Mehrheit der Insolvenzverfahren weder durch die Insolvenzverwaltung (sei dies die Konkursverwaltung oder der Nachlassliquidator) noch durch Abtretungsgläubiger im Sinne von Art. 260 Abs. 1 SchKG eine Prüfung und Durchsetzung von Anfechtungsansprüchen.²⁸⁰ Meist einzig im Zuge von (in der Schweiz nach wie vor seltenen) grossen Insolvenzverfahren ist eine Durchsetzung von Anfechtungsansprüchen durch die Insolvenzverwaltung zu beobachten.²⁸¹ Infolgedessen ist davon auszugehen, dass unzählige anfechtbare Handlungen unentdeckt bleiben und die entsprechenden Vermögenswerte zum Nachteil der Gläubiger damit nicht zur Insolvenzmasse gezogen werden.

Ursächlich für diese dem Anfechtungsrecht widerstrebende systembedingte Inkonsistenz sind (nebst erheblichen Kapazitätsengpässen von amtlichen Konkursverwaltungen) unter anderem die insbesondere für (amtliche) Konkursverwaltungen fehlenden Anreize, nach Anfechtungsansprüchen zu suchen bzw. solche durchzusetzen.²⁸² So kann zumindest die Frage aufgeworfen werden, ob ein (zum Beispiel finanzieller) Anreiz für (amtliche) Konkursverwaltungen Anfechtungsansprüche durchzusetzen, die weiteren Ursachen für die fehlende Prüfung und entsprechende Durchsetzung von Anfechtungsansprüchen unter Umständen ausgleichen könnte. Damit einhergehen müsste aber wohl auch ein Anspruch von Konkurs- und Nachlassliquidationsmassen auf unentgeltliche Prozessführung. Nur so könnte sichergestellt werden, dass in zahlreichen Fällen eine Durchsetzung von Anfechtungsansprüchen nicht infolge notorischer Massearmut unterbleiben müsste. Schliesslich ist erforderlich, dass potentiell strafrechtlich relevante Sachverhalte den Strafbehörden zur Kenntnis gebracht und untersucht werden. Dafür notwendig ist aber selbstredend in einem ersten Schritt, dass Insolvenzverwaltungen überhaupt Kenntnis von entsprechenden Sachverhalten erhalten, was eine diesbezügliche Prüfung voraussetzt.

Der unter anderem weitgehend fehlende Anreiz zur Prüfung und Durchsetzung von Anfechtungsansprüchen durch insbesondere amtliche Konkursverwaltungen und auch Nachlassliquidatoren sowie Abtretungsgläubiger hat einen erheblichen Einfluss auf die Anreizsetzung vor Insolvenzeröffnung.²⁸³ So fördert die fehlende Durchsetzung von Anfechtungsansprüchen sowie das begrenzte Risiko der Verurteilung für damit zusammenhängende Strafhandlungen Fehlverhalten, d.h. die Vornahme anfechtbarer Handlungen durch Gemeinschaftschuldner und Dritte.²⁸⁴

Die Handhabung des Schweizer Anfechtungsrechts setzt folglich nicht die für eine bestmögliche Gläubigerbefriedigung erforderlichen Anreize, d.h. die

280 Vgl. dazu vorstehend Kapitel F.

281 Vgl. dazu vorstehend Kapitel F.III.

282 Vgl. dazu vorstehend Kapitel H.I.

283 Vgl. dazu vorstehend Kapitel H.II.

284 Vgl. dazu vorstehend Kapitel H.II.

tatsächlich gesetzte Anreizwirkung ist mitnichten mit der gesetzlichen Zwecksetzung einhergehend. Es ist entsprechend auch davon auszugehen, dass das schweizerische Anfechtungsrecht wenig präventive bzw. verhaltenssteuernde Wirkung dahingehend entfaltet, dass infolge des Risikos einer (erfolgreichen) Anfechtung, anfechtbare Handlungen unterbleiben.

In Anbetracht des vorstehend Dargelegten sollte zumindest angedacht werden, wie eine breitere Prüfung und Durchsetzung von Anfechtungsansprüchen durch Konkursverwaltungen und Nachlassliquidatoren gefördert werden könnten. Dies würde aber wohl einen Systemwechsel erforderlich machen. Zu denken ist an eine Abwicklung von Konkursverfahren ausschliesslich durch Private bzw. Unternehmen, die über ein wirtschaftliches Interesse an einer bestmöglichen Konkursmasseäufnung verfügen oder aber zum Beispiel an die Implementierung finanzieller Anreize insbesondere für (amtliche) Konkursverwaltungen, nach (Anfechtungs-)Ansprüchen zu suchen. Auch eine Verbindung von beiden Aspekten analog der Regelung in Deutschland wäre zu prüfen, wonach sich die Vergütung von (privaten) Insolvenzverwaltern nach dem Wert der Insolvenzmasse am Ende des Insolvenzverfahrens bemisst und damit ein klarer Anreiz zur Insolvenzmasseäufnung gesetzt wird.²⁸⁵ Aber auch die Gewährung von unentgeltlicher Rechtspflege für Konkurs- und Nachlassliquidationsmassen könnte bereits von Nutzen sein. Ein solcher Systemwechsel hätte auch einen Einfluss auf die Anreizsetzung mit Blick auf die Vornahme anfechtbarer Handlungen vor Insolvenzeröffnung. Durch die erhöhten Chancen der Durchsetzung von Anfechtungsansprüchen würde der Anreiz zur Vornahme anfechtbarer Handlungen mindestens herabgesetzt.

Einstweilen ist dafür zu plädieren, dass Insolvenzverwaltungen bei Vorhandensein ausreichend liquider Vermögenswerte zumindest die Zahlungspositionen in den Kontounterlagen der Gemeinschuldner für die Dauer bis zu einem Jahr vor Insolvenzeröffnung prüfen und im Falle entsprechender Hinweise auf anfechtbare Handlungen Drittschuldner zur Rückzahlung auffordern. Bereits dadurch könnten wohl in nicht wenigen Insolvenzverfahren Vermögenswerte zugunsten der Gläubiger der Insolvenzmasse zugeführt werden.

Zusammenfassung

Die paulianische Anfechtung nach Art. 285 ff. SchKG dient der Sicherstellung der Gläubigergleichbehandlung im Rahmen eines Insolvenzverfahrens. So sollen durch die Anfechtung Vermögenswerte, die vor der Insolvenzeröffnung durch anfechtbare Handlungen des Gemeinschuldners der Insolvenzmasse entzogen worden sind, dieser wieder zugeführt werden.

285 Vgl. dazu vorstehend Kapitel H.I.4.

Trotz der Vielzahl von jährlich in der Schweiz eröffneten Insolvenzverfahren werden Anfechtungsklagen selten gerichtlich anhängig gemacht. Die Ursache dafür liegt nach der vorliegenden These sowohl in der Anreizsetzung vor als auch und nach Insolvenzeröffnung in Bezug auf die diesbezüglich Beteiligten, d.h. Anfechtungsschuldner, Gemeinschaftschuldner, Insolvenzverwaltungen (seien dies Konkursverwaltungen oder Nachlassliquidatoren) sowie Abtretungsgläubiger, begründet. So ist davon auszugehen, dass die durch verschiedene rechtliche sowie faktische Faktoren gesetzten Anreize zum einen die Vornahme anfechtbarer Handlungen fördern sowie zum anderen die Geltendmachung von Anfechtungsansprüchen erschweren, wenn nicht gar über weite Strecken verhindern.

Résumé

L'action paulienne selon les articles 285 et suivants de la LP sert à garantir l'égalité de traitement des créanciers dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité. Ainsi, les biens qui ont été soustraits à la masse avant l'ouverture de l'insolvabilité par des actes révocables du failli doivent être restitués à cette masse par le biais de la révocation.

Malgré le grand nombre de procédures d'insolvabilité ouvertes chaque année en Suisse, les actions en révocation sont rarement portées devant les tribunaux. Selon la présente thèse, cela s'explique par la mise en place d'incitations correspondantes avant et après l'ouverture de l'insolvabilité visant les parties concernées, c'est-à-dire les débiteurs contestataires, les débiteurs communs, les administrations de l'insolvabilité (qu'il s'agisse d'administrations de la faillite ou de liquidateurs de concordats) ainsi que les créanciers cédants. Il faut donc partir du principe que les incitations créées par différents facteurs juridiques et factuels encouragent, d'une part, la réalisation d'actes révocables et rendent, d'autre part, plus difficile, voire empêchent dans une large mesure, l'exercice de droits révocables.

Abstract

The *avoidance action* pursuant to Art. 285 ff. of the Swiss Debt Enforcement and Bankruptcy Act serves to ensure the equal treatment of creditors in insolvency proceedings. Through rescission, assets initially removed are returned to the insolvency estate.

Despite the large number of insolvency proceedings initiated in Switzerland, avoidance actions are rarely brought before Swiss courts. The reason for this is to be found in the incentives before and after the opening of insolvency pro-

ceedings with regard to the parties involved, i.e. the avoidance debtor, the debtor, the insolvency administrator as well as creditors to which the right to file claims has been assigned to. Thus, it can therefore be assumed that the incentives set by various legal and factual factors on the one hand encourage the performance of voidable acts and on the other hand make the assertion of avoidance claims more difficult, if not prevent such assertion to a large extent.

Literatur

ALVAREZ & MARSAL, Pivot to Revocery: Das Schweizer Nachlassverfahren, November 2020

AMONN KURT/WALTHER FRIDOLIN, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. Aufl., Bern 2013

BERNHEIM MARC/GEIGER GAUDENZ, Paulianische Anfechtung – Auswirkungen der Beweislastverteilung aus beratender und forensischer Sicht, in: Thomas Sprecher (Hrsg.), Sanierung und Insolvenz von Unternehmen VI, Zürich/Basel/Genf 2014, S. 7 ff.

BLUMENSTEIN ERNST, Handbuch des Schweizerischen Schuldbetreibungsrechtes, Bern 1911

BORK REINHARD, Ökonomische Analyse des Insolvenzanfechtungsrechts, in: Eger Thomas/Bigus Jochen/Ott Claus/von Wangenheim Georg (Hrsg.), Internationalisierung des Rechts und seine ökonomische Analyse. Festschrift für Hans-Bernd Schäfer zum 65. Geburtstag, Wiesbaden 2008, S. 593 ff.

BRUNNER ALEXANDER/GASSER DOMINIK/SCHWANDER IVO (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO). Kommentar, Art. 1–196, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016

DALLÈVES LOUIS/FOËX BÉNÉDICT/JEANDIN NICOLAS (Hrsg.), Commentaire Romand, Poursuite et faillite, Basel 2005

ERNST & YOUNG, Modul 2: Analyse der Einflussfaktoren auf die Konkurs- und Nachlassdividende in der Schweiz

FISCHER WILLI/LUTERBACHER THIERRY (Hrsg.), Haftpflichtkommentar. Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen, St. Gallen 2015

FREGE MICHAEL C./KELLER ULRICH/RIEDEL ERNST, Handbuch Insolvenzrecht, 9. Aufl., München 2022

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

- FRITZSCHE HANS/WALDER-BOHNER HANS ULRICH, *Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht*, Band II, Zürich 1993
- GATTLEN THOMAS, *Die Verwertung zugunsten der Gläubiger im System des Unternehmenssanierungsrechts der Schweiz*, Zürich/Basel/Genf 2010
- GILLIÉRON PIERRE-ROBERT, *Poursuite pour dettes, faillite et concordat*, 5. Aufl., Basel 2012
- GILLIÉRON PIERRE-ROBERT, *Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Articles 271–352*, Lausanne 2003
- GLANZMANN LUKAS, *Das neue Sanierungsrecht*, in: Kunz Peter V./Arter Oliver/Jörg Florian S. (Hrsg.), *Entwicklungen im Gesellschaftsrecht X*, Bern 2015, S. 225 ff.
- GMÜNDER HUBERT, *Der Betriebsverkauf in den Insolvenzverfahren*, Diss., Zürich/St. Gallen 2018
- HAAS ULRICH, *Actio Pauliana nach Art. 288 SchKG*, ZZPInt 2014, S. 283 ff.
- HAUSHEER HEINZ/WALTER HANS PETER (Hrsg.), *Berner Kommentar. Schweizerische Zivilprozessordnung*, Band I, Art. 1–149 ZPO, Bern 2012
- HOFFMANN-RIEM WOLFGANG/SCHMIDT-ASSMANN EBERHARD/VOSSKUHLÉ ANDREAS (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Band II, 2. Aufl., München 2012, S. 1577 ff.
- HOFSTETTER HANS, *Paulianische Anfechtungsansprüche*, Referat SchKG-Tagung, 6. Oktober 2005, S. 1 ff.
- HUNKELER DANIEL, *Über Schlupflöcher für Schuldner und Probleme von Gläubigern*, ZZZ 2022, S. 369 ff.
- HUNKELER DANIEL (Hrsg.), *Kurzkomentar SchKG*, 2. Aufl., Basel 2014
- HUNKELER DANIEL, *Prozessieren ohne Kostenrisiken. Ein Bundesgerichtsurteil eröffnet neue Möglichkeiten*, NZZ 20. Oktober 2005, S. 25
- HUNKELER DANIEL, *Das Nachlassverfahren nach revidiertem SchKG: mit einer Darstellung der Rechtsordnungen der USA, Frankreichs und Deutschlands*, Diss., Freiburg 1996
- HUNKELER DANIEL/SCHÖNMANN ZENO, *Grundriss des Prepacks*, in: Thomas Sprecher (Hrsg.), *Sanierung und Insolvenz von Unternehmen IX. Neue Entwicklungen*, Zürich/Basel/Genf 2019, S. 45 ff.
- HUNKELER DANIEL/WOHL GEORG J., *Kommerzielle Prozessfinanzierung zu Gunsten von Insolvenzmassen?*, BISchK 2015, S. 41 ff., S. 48 f.
- INFANGER DOMINIK, *Neuerungen bei den paulianischen Anfechtungsklagen*, in: Annette Dolge (Hrsg.), *SchKG und ZPO. Neuerungen, Erfahrungen und*

- Aussichten im schweizerischen und internationalen Vollstreckungsrecht, Zürich/Basel/Genf 2014, S. 35 ff.
- JAEGER CARL/WALDER HANS ULRICH/KULL THOMAS M./KOTTMANN MARTIN, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 4. Aufl., Band II, Art. 159–292, Zürich 1997
- JAGMETTI DENISE, Zahlungen an Dienstleister bei Insolvenzgefahr. Pauliana und Konkursdelikte, Diss., Zürich/St. Gallen 2019
- JENT-SØRENSEN INGRID, Unentgeltliche Prozessführung für die Konkursmasse?, in: Konferenz der Betreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz (Hrsg.), Schuldbetreibung und Konkurs im Wandel. Festschrift 75 Jahre Konferenz der Betreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz, Basel/Genf/München 2000, S. 321 ff.
- JUCKER PATRICIA, Der internationale Gerichtsstand der schweizerischen paulianischen Anfechtungsklage, Diss., Zürich 2007
- KAYSER GODEHARD/THOLE CHRISTOPH (Hrsg.), Insolvenzordnung, 11. Aufl., Heidelberg 2023
- KNEZEVIC DUSAN, Entdeckung neuer Vermögenswerte nach Einstellung des Konkursverfahrens – Stolperfalle, ZZZ 2022, S. 44 ff.
- KONFERENZ DER BETREIBUNGS- UND KONKURSBEAMTEN DER SCHWEIZ (Hrsg.), Gebührenverordnung. Kommentar, Wädenswil 2008
- KRAMER MICHAEL/ROHNER THOMAS, Der Beginn der zweijährigen Verwirklichungsfrist gemäss Art. 292 SchKG für die Anfechtung (Pauliana) im Rahmen des Nachlassverfahrens, AJP 2006, S. 688 ff.
- KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA, Schuldbetreibungs- & Konkursrecht, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2018
- KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA/VOCK DOMINIK (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Zürich/Basel/Genf 2017
- KRIESI KATHRIN, Actio Pauliana. Anfechtbare Handlungen nach Art. 285 ff. SchKG, Diss., Zürich 2020
- KRIZAJ THOMAS, Yin und Yang. Oder das Verhältnis der Verantwortlichkeitsklage zur paulianischen Anfechtungsklage, AJP 2013, S. 819 ff.
- LORANDI FRANCO, Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG), 5. Aufl., Zürich/St. Gallen 2022
- LORANDI FRANCO, Das schweizerische Insolvenzrecht im internationalen Vergleich, ZZZ 2021, S. 749 ff.

- LORANDI FRANCO, Gedanken zur Effektivität unseres Systems zur Vollstreckung von Geldforderungen, AJP 2020, S. 1396 ff.
- LORANDI FRANCO, Zirkularbeschlüsse im SchKG, ZZZ 2019, S. 31 ff.
- LORANDI FRANCO, Wiedereröffnung des Konkurses, AJP 2018, S. 56 ff.
- LORANDI FRANCO, Masseverbindlichkeiten und ihre Entstehung, AJP 2017, S. 464 ff.
- LORANDI FRANCO, Abtretung von Rechtsansprüchen gemäss Art. 260 SchKG. Grundlegendes und ausgewählte Fragen, in: Jeandin Nicolas/Peter Hansjörg/Lorandi Franco/Peter Henry/Jaquet Alain/Cometta Flavio (Hrsg.), Sviluppo e orientamenti del diritto esecutivo federale, Basel 2012, S. 63 ff.
- LORANDI FRANCO, Neuere Rechtsprechung zur insolvenzrechtlichen Anfechtung: ein Spaziergang durch den paulianischen Rosengarten des Bundesgerichts, BISchKG 2009, S. 213 ff.
- LORANDI FRANCO/CAMPONOVO RICO A., Ein Vorschlag zur Revision des SchKG. Kautionspflicht, Vorschusspflicht, Armenrecht und Art. 169 SchKG bei Konkurs- und Nachlassmassen im Visier, ST 1992, S. 427 ff.
- LUSTENBERGER SARA/WOODTLI NOÉMI, Umsetzung der Motion Hess «Missbrauch des Konkursverfahrens verhindern», in: Canapa Damiano/Landolt Robin/Müller Nicola (Hrsg.), Sein und Schein von Gesetzgebung. Erwartungen – Auswirkungen – Kritik, Zürich/St. Gallen 2018, S. 193 ff.
- MARCHAND SYLVAIN/HARI OLIVIER, Précis de droit des poursuites, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2022
- MEIER ISAAK, Prozessfinanzierung, insbesondere prozessuale und konkursrechtliche Fragen, ZZZ 2019, S. 3 ff.
- MILANI DOMINIK/WOHLGEMUTH MARC (Hrsg.), Verordnung über die Geschäftsführung der Konkursämter. Kommentar, Zürich/St. Gallen 2016
- MÜLLER LUKAS/LIND RONJA, Fünf Jahre neues Sanierungsrecht: Erfahrungen, Befunde und Entwicklungen, EF 2019, S. 637 ff.
- NERLICH JÖRG/RÖMERMANN VOLKER (Hrsg.), Insolvenzordnung (InsO), 45. Aufl., München 2023
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht (StGB/JStGB), 4. Aufl., Basel 2019
- NUSSBAUMER DANIEL, Mit neuen Methoden gegen Konkursverschleppungen: wie sich Strafverfolger, Handelsregister-, Betreibungs- sowie Notariats- und Konkursbeamte im Kampf gegen Misswirtschaft gegenseitig unterstützen können, BISchKG 2016, S. 124 ff.

- OBERHAMMER PAUL/DOMEJ TANJA/HAAS ULRICH (Hrsg.), *Kurzkomentar ZPO*, 3. Aufl., Basel 2021
- REISER HANS, Die paulianische Anfechtung im Spiegel der Rechtsprechung des Bundesgerichts, *SJZ* 2012, S. 101 ff.
- ROBERTO VITO/TRÜEB HANS RUDOLF, *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016
- SCHENKER URS, Verkauf von Unternehmen in Krisensituationen, in: Kunz Peter V./Jörg Florian S./Arter Oliver (Hrsg.), *Entwicklungen im Gesellschaftsrecht V*, Bern 2010, S. 303 ff.
- SCHENKER URS, Unternehmensverkauf vor Nachlass- oder Konkursverfahren, in: Tschäni Rudolf (Hrsg.), *Mergers & Acquisitions V*, Zürich 2003, S. 146 ff.
- SCHMID JEAN-DANIEL, Die paulianische Anfechtung von Darlehensrückzahlungen und Darlehensbesicherungen, St. Gallen 2014
- SCHMID JEAN-DANIEL, Rechtsökonomische Überlegungen zur Überschuldungsanfechtung im Konkurs, *KTS* 2010, S. 307 ff.
- SPRECHER THOMAS, Der Gläubigerausschuss im schweizerischen Konkursverfahren und im Nachlassverfahren mit Vermögensabtretung, Diss., Zürich 2003
- SPÜHLER KARL/DOLGE ANNETTE, *Schuldbetreibungs- und Konkursrecht II*, 8. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020
- SPÜHLER KARL/TENCHIO LUCA/INFANGER DOMINIK (Hrsg.), *Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung*, 3. Aufl., Basel 2017
- STAEHELIN DANIEL, Der Beginn der Verwirkungsfrist gemäss Artikel 292 SchKG für die Anfechtung (Pauliana) beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung, *AJP* 2006, S. 1252 ff.
- STAEHELIN DANIEL, Die Anfechtungsklagen, *BlSchK* 1997, S. 81 ff.
- STAEHELIN DANIEL/BAUER THOMAS/LORANDI FRANCO (Hrsg.), *Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs* (2 Bände), 3. Aufl., Basel 2021
- STAEHELIN DANIEL/BOPP LUKAS/BACHOFNER EVA, Muss das Konkursamt nach Anfechtungsansprüchen suchen?, *BlSchKG* 2011, S. 1 ff.
- STOCKER CHRISTOPH RUDOLF, Entscheidungsgrundlagen für die Wahl des Verfahrens im Konkurs, Diss., Zürich 1985
- STOFFEL WALTER A./CHABLOZ ISABELLE, *Voies d'exécution. Poursuite pour dettes, exécution de jugements et faillite en droit suisse*, 3. Aufl., Bern 2016

- STÜRNER ROLF/EIDENMÜLLER HORST/SCHOPPMAYER HEINRICH (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung. Band 1, §§ 1–79, Insolvenzrechtliche Vergütungsverordnung (InsVV), 4. Aufl., München 2019
- SUTTER-SOMM THOMAS/SEILER BENEDIKT, Handkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Art. 1–408 ZPO, Zürich/Basel/Genf 2021
- SUTTER-SOMM THOMAS/HASENBÖHLER FRANZ/LEUENBERGER CHRISTOPH (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016
- TRECHSEL STEFAN/PIETH MARK (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch. Praxiskommentar, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2021
- TSCHÄNI RUDOLF/DIEM HANS-JAKOB/WOLF MATTHIAS, M&A-Transaktionen nach Schweizer Recht, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2021
- UHLENBRUCK WILHELM (Hrsg.), Insolvenzordnung. Kommentar, 16. Aufl., München 2023
- VANDEBROEK JOS G. L./HUNKELER DANIEL, Übertragende Sanierung unter neuem Sanierungsrecht: Erste Erfahrungen mit «Prepacks», SJZ 2017, S. 389 ff.
- VOCK DOMINIK/MEISTER-MÜLLER DANIELE, SchKG-Klagen nach der Schweizerischen ZPO, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2018
- VOGT HANS-UELI, Krisenmanagement unter dem Damoklesschwert der paulianischen Anfechtung. Die neuere Bundesgerichtspraxis zur Absichtsanfechtung nach Art. 288 SchKG, GesKR 2009, S. 163 ff.
- VOUILLOZ FRANÇOIS, La suspension de la faillite faute d'actif, AJP 2001, S. 81 ff.
- WOHLERS WOLFGANG/GODENZI GUNHILD/SCHLEGEL STEPHAN (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch. Handkommentar, 4. Aufl., Bern 2020
- WOLFF JOHANNA, Anreize im Recht. Ein Beitrag zur Systembildung und Dogmatik im Öffentlichen Recht und darüber hinaus, Tübingen 2020
- WUFFLI DANIEL, Die unentgeltliche Rechtspflege in der Schweizerischen Zivilprozessordnung, St. Gallen 2015
- WÜTHRICH KARL/EGELI RAOUL/PENG RENATO, Paneldiskussion mit Karl Wüthrich, Raoul Egeli und Renato Peng, ZZZ 2022, S. 7 ff.

