Rechtsökonomische Überlegungen zur Überschuldungsanfechtung im Konkurs*

Jean-Daniel Schmid, M.A. HSG (Rechtswissenschaft), Fischbach-Göslikon (Schweiz)

I. Einleitung
1. Allgemeine Einführung
2. Vorbemerkungen
a) Definition und Eingrenzung
b) Methodik
c) Terminologie
II. Grundlagen
1. Vorbemerkungen
2. Zweck im Kontext des Konkursverfahrens
a) Gleichbehandlungsgrundsatz vs. Prioritätsprinzip
b) Überschuldung und Überschuldungsanfechtung
III. Verfolgung eines effizienten Ziels
1. Vorbemerkungen
2. »Creditors' Bargain«-Theorie
a) Ausgangslage
b) Argumente für die Annahme eines effizienten Ziels
c) Notwendigkeit des Konkursrechts
d) Argumente gegen die Annahme eines effizienten Ziels
3. Zwischenfazit
IV. Verhaltenssteuernde Wirkung der Überschuldungsanfechtung
1. Vorbemerkungen
2. Analyse
a) Ausgangslage
b) Argumente gegen die Annahme einer verhaltenssteuerenden Wirkung
3. Zwischenfazit
V. Fazit

I. Einleitung

1. Allgemeine Einführung

Die in Art. 285 ff. SchKG geregelte Anfechtungsklage[1], welche nicht zum täglichen Brot des Juristen gehört[2], erfreut sich jüngst reger höchstrichterlicher Rechtsprechung[3]

* Leicht redigierte Fassung einer im Rahmen des Doktoratsstudiums an der Universität St. Gallen (Schweiz) im Mai 2010 eingereichten Seminararbeit.

1 *Fritzsche*, Die Anfechtungsklage nach schweiz. Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, BlSchK 1947, S. 129–141, S. 129 ff. und *Staehelin*, Die Anfechtungsklagen, BlSchK 1997, S. 81–94, S. 81 ff. Die Anfechtungsklage wird auch »paulianische Anfechtung« genannt (*Amonn/Walther*, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 8. Aufl. (2008), § 52 N 1 ff.). Es ist zu bemerken, dass die Anfechtung auch einredeweise geltend gemacht werden kann (*Fritzsche/Walder*, Schuldbetreibung und Konkurs, Bd. II (1993), § 65 Fn. 1).

2 *Staehelin* (Fn. 1), S. 81.

3 Siehe die Übersicht bei *Lorandi*, Neuere Rechtsprechung zur insolvenzrechtlichen Anfechtung, BlSchK 2009, S. 213–236, S. 213 ff.

und Diskussion[4]. Die Methode der ökonomischen Analyse des Rechts[5] ist hierbei, wenn überhaupt, lediglich punktuell zum Zuge gekommen[6]. Dies erstaunt nicht, zumal sich diese Disziplin, auch wenn sie in Kontinentaleuropa auf dem Vormarsch ist, noch nicht derart etabliert hat, wie in den USA[7].

Nachfolgend soll der Versuch unternommen werden, die Anfechtungsklage einer derartigen rechtsökonomischen Analyse zu unterziehen. Vorab ist das Thema einzugrenzen und die Methodik vorzustellen[8]. Anschließend gilt es den Zweck der Anfechtungsklage festzustellen und diesen im Kontext des Konkursverfahrens zu betrachten[9]. Hierauf aufbauend wird danach der Frage nachgegangen, ob die Anfechtungsklage ein effizientes Ziel verfolgt[10]. Anschließend wird analysiert, ob die Anfechtungsklage zur Zielverfolgung beitragen kann, d.h. ob sie eine verhaltenssteuernde Wirkung aufweist[11]. Zuletzt folgt eine kurze Würdigung der Ergebnisse[12].

2. *Vorbemerkungen*

a) Definition und Eingrenzung

Die Anfechtungsklage, d.h. die Anfechtung bestimmter Handlungen innerhalb eines Zwangsvollstreckungsverfahrens, mit dem Ziel, die vor Verfahrenseröffnung zum Nachteil der Masse vorgenommenen Vermögensverschiebungen rückgängig zu machen[13], lässt sich in drei Tatbestandsgruppen aufteilen (Schenkungsanfechtung, Überschuldungsanfechtung, Absichtsanfechtung)[14] und gelangt sowohl in der Spezial- als auch der Generalexekution sowie im Nachlassverfahren zur Anwendung[15]. Eine Analyse all dieser Tatbestände im Kontext aller vorgenannter Verfahren würde den Umfang des vorliegenden Beitrags deutlich überschreiten. Aus diesem Grund beschränken sich die nachfolgenden Überlegungen auf die Überschuldungsanfechtung im Konkurs.

b) Methodik

Systematische rechtsökonomische Analysen zur Überschuldungsanfechtung sind in der schweizerischen Lehre bislang unterblieben. Zu berücksichtigen gilt es hierbei, dass sich mit der schweizerischen Anfechtungsklage vergleichbare Rechtsinstitute weltweit in

4 Vgl. aktuell *Glanzmann*, Sanierungsdarlehen, ZBJV 2010, S. 261–294, S. 261 ff. und die Übersicht neuerer Literatur bei *Lorandi* (Fn. 3), S. 236.
5 Ein Kurzeinführung findet sich bei *Roth*, Sanierungsdarlehen (2009), S. 170 ff.
6 S.a. die Bemerkungen in Kap. I.2.b).
7 Vgl. *Roth* (Fn. 5), S. 170.
8 Kap. I.2.
9 Kap. II.
10 Kap. III.
11 Kap. IV.
12 Kap. V.
13 In diese Richtung *Zobl*, Fragen zur paulianischen Anfechtung, SJZ 96 (2000), S. 25–37, S. 25. Vgl. auch *Kohn-Löffelmann*, Insolvenzanfechtung in Europa (2006/2008), S. 33.
14 *Amonn/Walther* (Fn. 1), § 52 N 7.
15 Art. 285 Abs. 2 SchKG und *Staehelin*, Kommentar zu Art. 285–288 a SchKG in Staehelin/Bauer/Staehelin (Hg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG III, Art. 221–352, Nebenerlasse (1998), Art. 285 N 29 ff.

vielen Rechtsordnungen finden lassen[16]. Es rechtfertigt sich damit, auch die ausländische Literatur zu konsultieren, zumal sich diese diesbezüglich als weitaus ergiebiger erweist[17]. Nachfolgend wird daher maßgeblich auf derartige ausländische, insbesondere deutsche und us-amerikanische Quellen abgestellt[18]. Das entsprechende materielle Recht unterscheidet sich naturgemäß deutlich vom hiesigen Recht. Die nachfolgende Analyse erfolgt daher zu einem wesentlichen Teil auf einer abstrakten, mehrheitlich vom einzelstaatlichen entsprechenden materiellen Recht losgelösten Ebene. Gleichwohl wird nachfolgend punktuell zusätzlich auf das schweizerische materielle Recht und dessen Eigenheiten eingegangen, um die allgemeinen Überlegungen zu präzisieren und kritisch zu hinterfragen[19].

c) Terminologie

In terminologischer Hinsicht wird nachfolgend in Anlehnung an die hiesigen Begrifflichkeiten[20] einheitlich der Term »Überschuldungsanfechtung« verwendet, auch wenn in diesem Zusammenhang Aspekte diskutiert werden, die mit den korrespondierenden Instituten des ausländischen Rechts[21] zu tun haben. Gemeint ist damit aufgrund der Eingrenzung[22] stets die Überschuldungsanfechtung im Rahmen eines Konkursverfahrens (d.h. im Rahmen der Generalexekution)[23].

16 Siehe die Bemerkungen bei *Telfer*, Voidable Preference Reform: A New Zealand Perspective on Shifting Standards and Goalposts, INSOL 2003, S. 55–82, S. 56 und die dort in Fn. 4 genannten Quellen. Des Weiteren *Zobl* (Fn. 13), S. 25 und *Kohn-Löffelmann* (Fn. 13), S. 24 mwH.

17 Es ist zu bemerken, dass sich jedoch auch in dieser Literatur kaum eine (aktuelle) systematische rechtsökonomische Abhandlung zur Überschuldungsanfechtung finden lässt; vielmehr gelangen (nennenswerte) rechtsökonomische Überlegungen in Analysen des materiellen Rechts zur Sprache. Die massgebliche Ausnahme bildet die Abhandlung von *Bork* (Ökonomische Analyse des Insolvenzanfechtungsrechts in Eger/Bigus/Ott/von Wangenheim (Hg.), Internationalisierung des Rechts und seine ökonomische Analyse, Festschrift für Hans-Bernd Schäfer zum 65. Geburtstag (2008), S. 593–603, S. 593 ff.), auf welcher der vorliegende Beitrag nachhaltig aufbaut.

18 Die diesbezügliche Literatur bezieht sich dabei nicht zwingend ausschliesslich auf die Überschuldungsanfechtung sondern (auch) auf die Anfechtungsklage i.A. bzw. die korrespondierenden Institute des ausländischen Rechts.

19 Auf Unterschiede des materiellen Rechts kann abgesehen hiervon, insb. aufgrund des Umfangs des vorliegenden Beitrags, lediglich vereinzelt eingegangen werden.

20 Siehe etwa *Staehelin* (Fn. 1), S. 84 f.

21 Im deutschen Recht heißt die Anfechtungsklage »Insolvenzanfechtung« (vgl. §§ 129 ff. InsO) (*Kohn-Löffelmann* (Fn. 13), S. 29), in den USA »avoidance powers«, d.h. »avoidance of preference« (§ 547 BC) und »avoidance of fraudulent transfers and obligations« (§ 548 BC) (*Niehus*, Die Insolvenzanfechtung in der Bundesrepublik Deutschland und den Vereinigten Staaten von Amerika (1999), S. 126 f.; *Frey/McConnico/Frey*, An Introduction to Bankruptcy Law, 3. Aufl. (1997), S. 107 und 246 ff.). S.a. Fn. 19.

22 Kap. I.2.a).

23 Es versteht sich von selbst, dass die ausländische Terminologie auch insoweit unterschiedlich ist. Es wird gleichwohl stets an den Begriff des »Konkursverfahrens« (vgl. Art. 159 ff. SchKG) und die damit einhergehende hiesige Begrifflichkeit (bspw. »Generalexekution«) angeknüpft.

II. Grundlagen

1. Vorbemerkungen

Um die Eigenheiten der Überschuldungsanfechtung erläutern zu können, ist diese nachfolgend vorab im Kontext ihres Anwendungsbereichs, d.h. im Kontext des Konkursverfahrens, zu analysieren[24].

2. Zweck im Kontext des Konkursverfahrens

a) Gleichbehandlungsgrundsatz vs. Prioritätsprinzip[25]

Im Konkurs wird das Vermögen des Schuldners zu einer einzigen Masse zusammengefasst, welche den Gläubigern zur gemeinsamen Befriedigung dient[26]. Sämtliche Gläubiger eines Schuldners stehen insoweit in Konkurrenz zueinander und es erfolgt eine gemeinsame und gleichzeitige (und i. d. R. anteilsmässige) Befriedigung aus dem Gesamtvermögen des Schuldners. Hierin kommt das maßgebende Prinzip der Generalexekution, die gleichmäßige Behandlung aller Gläubiger (*par conditio creditorum*) zum Ausdruck.[27] Dies im Gegensatz zur Spezialexekution[28], in welcher derjenige Gläubiger,

24 In diese Richtung auch *Bork* (Fn. 17), S. 594.

25 Im Hinblick auf die nachfolgenden Überlegungen rechtfertigt es sich, vergleichsweise ausführlich auf das Konkursverfahren und die diesbezüglichen Eigenheiten einzugehen.

26 Siehe Art. 197 Abs. 1 SchKG und dazu *Handschin/Hunkeler*, Kommentar zu Art. 197 SchKG in Staehelin/Bauer/Staehelin (Hg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG II, Art. 88–220 (1998), Art. 197 N 1 f. Siehe ferner etwa § 1 Abs. 1 InsO. Auch im ausländischen Recht kommen diese und die nachfolgend genannten Überlegungen zum Konkursverfahren zum Zuge (siehe etwa *Kohn-Löffelmann* (Fn. 13), S. 33 mwH; *Ganter*, Kommentar zu § 1 InsO in Kirchhof/Lwowski/Stürner (Hg.), MünchKomm-InsO, Bd. 1, 2. Aufl. (2007), § 1 N 51 f.; *Prütting*, Kapitel 1 Allgemeine Verfahrensgrundsätze der Insolvenzordnung in Arbeitskreis für Insolvenzwesen Köln e. V. (Hg.), Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 3. Aufl. (2009), S. 1–27, N 61.

27 *Amonn/Walther* (Fn. 1), § 2 N 26, § 25 N 1 f., § 35 N 3 und § 42 N 54; *Amonn*, Vom Wildwuchs der Konkursprivilegien in Juristische Abteilung der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern (Hg.), Beiträge zum SchKG, Banken- und Steuerrecht von Professor Dr. iur. Kurt Amonn, Festschrift zum 80. Geburtstag (1997), S. 331–344, S. 331; *Rebsamen*, Die Gleichbehandlung der Gläubiger durch die Aktiengesellschaft (2004), N 112 f.; *Zobl*, Eintrittsrecht der Konkursmasse in Verträge in Meier/Riemer/Weimar (Hg.), Recht und Rechtdurchsetzung, Festschrift für Hans Ulrich Walder zum 65. Geburtstag (1994), S. 533–546, S. 545. Dieses Ideal der gleichmäßigen Befriedigung der Gläubiger wird weder im schweizerischen (vgl. *Amonn/Walther* (Fn. 1), § 25 N 3 und § 35 N 3 und insb. Art. 219 SchKG) noch im ausländischen Recht (vgl. etwa *Keay*, In Pursuit of the Rationale Behind the Avoidance of Pre-Liquidation Transactions, SLR 1996, S. 55–86, S. 69) konsequent verfolgt, da die Gleichbehandlung durch eine mehr oder weniger komplexe Prioritätenordnung sowie Ausnahmen durchbrochen wird.

28 Nach schweizerischer Lesart, soweit es um die Durchsetzung von Geldforderungen geht, was im Rahmen dieses Beitrags unterstellt wird: Betreibung auf Pfändung (Art. 89 ff. SchKG).

welcher eine Exekution einleitet, gegenüber den anderen Gläubigern begünstigt wird, indem er vorab befriedigt wird (Prioritätsprinzip)[29].[30]

Im ausländischen Recht wird mit Einleitung des Konkursverfahrens vom Prioritätsprinzip auf das Gleichbehandlungsprinzip gewechselt[31]. Einen derartigen Wechsel kennt das schweizerische Recht dagegen grundsätzlich[32] nicht; bei konkursfähigen Schuldnern kommt (mit Ausnahme von Sonderfällen) stets die Generalexekution und damit das Gleichbehandlungsprinzip zur Anwendung[33]. Zu bedenken ist jedoch, dass der Wechsel vom Prioritäts- zum Gleichbehandlungsprinzip in der Angleichung der Stellung der Gläubiger zum Ausdruck kommt[34]. Obwohl durch das hiesige Konkursverfahren kein Prinzipienwechsel im vorgenannten Sinne stattfindet, erfolgt trotzdem auch im schweizerischen Recht hierdurch eine derartige maßgebliche Angleichung der einzelnen Gläubigerpositionen[35]. Von herausragender Bedeutung ist insoweit, dass der Schuldner ab Konkurseröffnung nicht mehr frei über sein Vermögen verfügen kann[36].

b) Überschuldung und Überschuldungsanfechtung

Um die Wirkungsweise der Überschuldungsanfechtung verstehen zu können, ist auf das Wesen der Überschuldung und die damit verknüpften Konsequenzen des Konkursrechts einzugehen[37]. Das Konkursverfahren des schweizerischen Rechts soll u.a. dann zügig, d.h. ohne vorherige Betreibung, zur Anwendung gelangen, wenn der konkursfä-

29 *Amonn/Walther* (Fn. 1), § 25 N 1 f.; *Bork*, Einführung in das Insolvenzrecht, 5. Aufl. (2009), N 1; *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 4. Aufl. (2005), S. 590 f. mwH auf andere (denkbare) Prinzipien.

30 *Amonn/Walther* (Fn. 1), § 25 N 1 f. Vgl. auch die Bemerkungen im Urteil des Bundesgerichts vom 20. 4. 2005 (7B.29/2005), E. 2.2.3. Dies getreu dem Grundsatz »Wer zuerst kommt, mahlt zuerst« (*Amonn/Walther* (Fn. 1), § 25 N 1 f.; *Rebsamen* (Fn. 27), N 110) bzw. »[F]irst in time is first in right« (*Tabb*, Rethinking Preferences, S.C.L. Rev. 1991, S. 981–1035, S. 988).

31 Vgl. für das deutsche Recht etwa *Schäfer/Ott* (Fn. 29), S. 591; *Bork* (Fn. 29), N 1 m.V. auf § 89 Abs. 1 InsO, wonach die Einzelzwangsvollstreckung während des Insolvenzverfahrens ausgeschlossen ist.

32 Eine Ausnahme ist für die in Art. 43 SchKG genannten Forderungen zu machen: Bei diesen ist die Konkursbetreibung nicht möglich (*Amonn/Walther* (Fn. 1), § 9 N 7 ff.); ab Konkurseröffnung sind neue Betreibungen jedoch ausgeschlossen (Art. 206 Abs. 1 SchKG).

33 Art. 39 Abs. 1 SchKG; *Amonn/Walther* (Fn. 1), § 9 N 3 ff. In der rechtsvergleichenden Literatur wird dieser maßgebliche Unterschied z.T. übersehen oder zumindest nicht angesprochen (vgl. *Kohn-Löffelmann* (Fn. 13), S. 36).

34 *Schmidt*, Ökonomische Analyse des Insolvenzrechts (1980), S. 42.

35 Siehe für eine Übersicht *Rebsamen* (Fn. 27), N 117 ff.

36 Art. 204 Abs. 1 SchKG. Gerade dies ist ein wichtiger Aspekt des Gleichbehandlungsgrundsatzes (*Niehus* (Fn. 21), S. 31). Erwähnenswert ist ferner etwa, dass grundsätzlich alle Forderungen gegenüber dem Schuldner fällig werden (Art. 208 Abs. 1 SchKG), was auch ein Element des Gleichbehandlungsgrundsatzes darstellt (*Schmidt* (Fn. 34), S. 42).

37 Es ist vorauszuschicken, dass die Anwendbarkeit der Überschuldungsanfechtung nicht davon abhängt, dass der Konkurs infolge Überschuldung eröffnet wird. Die Bezugnahme auf den Konkurseröffnungsgrund der Überschuldung ist jedoch, wie nachfolgend gezeigt wird, besonders geeignet, die Bedeutung der Überschuldungsanfechtung aufzuzeigen.

hige Schuldner, welcher zugleich die Rechtsform einer Handelsgesellschaft aufweist[38], nicht mehr in der Lage ist, jegliche Forderungen der Gläubiger zu befriedigen (Überschuldung[39])[40]. Durch die zügige Konkurseröffnung soll eine Bevorzugung einzelner Gläubiger vermieden werden, da das Vermögen des Schuldners nicht mehr zur vollständigen Befriedigung aller Gläubiger ausreicht[41].

Die oben diskutierte Wirkung des Konkursverfahrens, d.h. die Geltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes und die Angleichung der Gläubigerpositionen, erfolgt kaum unmittelbar mit bzw. nach dem Zeitpunkt der Überschuldung, da zwischen dem Zeitpunkt der Überschuldung und dem Beginn der Wirkungen des Konkursverfahrens, d.h. der Konkurseröffnung[42], eine gewisse, mehr oder weniger lange Zeitspanne liegt[43]. Der Schuldner kann im Zeitpunkt der Überschuldung und danach somit i. d. R. noch für eine Weile über das vorhandene Vermögen verfügen. Die Überschuldungsanfechtung betrifft diesen Zeitabschnitt[44] und soll der vorgenannten Problematik entgegenwirken, indem die Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes schon im Vorfeld der Konkurseröffnung zur Anwendung gelangt und gewisse davor erfolgende Vermögensverschiebungen im Rahmen des Konkurses unbeachtlich bleiben[45]. Begründet wird dies zumeist mit Fairnessüberlegungen: Demnach ist es ungerecht, wenn ein Gläubiger in einem Zeitpunkt, in welchem der betreffende Schuldner überschuldet ist, vollständig

38 Die Pflicht zur Abgabe einer Überschuldungsanzeige gilt lediglich für Handelsgesellschaften (*Brunner*, Kommentar zu Art. 192 SchKG in Staehelin/Bauer/Staehelin (Hg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG II, Art. 88–220 (1998), Art. 192 N 5).

39 Überschuldung liegt vor, wenn das Fremdkapital durch das Vermögen nicht mehr gedeckt ist (Art. 725 Abs. 2 OR; *Brunner* (Fn. 38), Art. 192 N 1 m.V. auf BGE 104 IV 77, 82 f. E. 3 b; *Wüstiner*, Kommentar zu Art. 725 OR in Honsell/Vogt/Watter (Hg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II – Art. 530–1186 OR, 3. Aufl. (2008), Art. 725 N 29).

40 Vgl. etwa Art. 192 SchKG iVm Art. 725 f. OR. Siehe zur Zielsetzung *Amonn/Walther* (Fn. 1), § 38 N 1. Selbstredend ist eine Konkurseröffnung (ohne Betreibung) auch ausserhalb der Überschuldung möglich, namentlich etwa, wenn der Schuldner seine Zahlungen eingestellt hat (Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG) – d.h. bei objektiver Illiquidität des Schuldners, welche nicht mit der Überschuldung zu verwechseln ist (*Amonn/Walther* (Fn. 1), § 38 N 12 f.).

41 *Brunner* (Fn. 38), Art. 192 N 3.

42 Vgl. *Handschin/Hunkeler* (Fn. 26), Art. 197 N 81.

43 *Tabb* (Fn. 30), S. 989. Dies ist u.a. auf den Umstand zurückzuführen, dass das Begehren des Schuldners zuerst durch das Konkursgericht geprüft werden muss. Des Weiteren ist anzunehmen, dass die (verlässliche) Feststellung der Überschuldung durch den Schuldner eine gewisse Dauer beansprucht (siehe die Bemerkungen bei *Rebsamen* (Fn. 27), N 703 ff., insb. N 712). Die Zeitspanne zwischen Überschuldung und Konkurseröffnung dürfte sich zusätzlich verlängern, wenn es das zuständige Organ unterlässt, das Konkurseröffnungsverfahren bei Vorliegen der Überschuldung unverzüglich einzuleiten.

44 *McCoid*, Bankruptcy, Preferences, and Efficiency: An Expression of Doubt, Va. L. Rev. 1981, S. 249–273, S. 260.

45 *Bork* (Fn. 17), S. 595; *Kohn-Löffelmann* (Fn. 13), S. 36 f.; *Tabb*, Panglossian Preference Paradigm, Am. Bankr. Inst. L. Rev. 1997, S. 407–422, S. 409; *Ponoroff/Ashby*, Desperate Times and Desperate Measures: The Troubled State of the Ordinary Course of Business Defense – and what to do about it, Wash. L. Rev. 1997, S. 5–71, S. 10 f.; *Zeeck*, Das internationale Anfechtungsrecht in der Insolvenz (2003), S. 7.

befriedigt wird und hierdurch die anderen Gläubiger geschädigt werden[46]. Im Ergebnis ist der Zweck der Überschuldungsanfechtung somit dem Prinzip der Gleichbehandlung der Gläubiger Wirkung zu verleihen[47].

III. Verfolgung eines effizienten Ziels

1. Vorbemerkungen

Nach dem oben Dargelegten[48] dient die Überschuldungsanfechtung im Konkursverfahren dem Gleichbehandlungsgrundsatz. Es lässt sich nun die Frage aufwerfen, ob diese Gleichbehandlung, welche maßgeblich mit der Generalexekution zusammenhängt[49], ökonomisch effizient ist und die Überschuldungsanfechtung damit einem ökonomisch effizienten Ziel dient[50].

2. »Creditors' Bargain«-Theorie

a) Ausgangslage

Systematische Überlegungen zur ökonomischen Effizienz der Generalexekution finden sich in der schweizerischen Literatur nicht. Abgestellt wird daher nachfolgend auf die aus den USA stammende sogenannte »Creditors' Bargain«-Theorie[51]. Ausgangspunkt dieser Theorie ist die Überlegung, welche Vereinbarung die Gläubiger eines Schuldners treffen würden, wenn sie sich in einer ex ante-Position darüber einigen würden, wie zu verfahren wäre, wenn ihr gemeinsamer Schuldner in eine finanzielle Krise geraten wür-

46 *Zeuner*, Die Anfechtung in der Insolvenz, 2. Aufl. (2007), N 1; *Ganter* (Fn. 26), § 1 N 51.

47 Siehe neben den bereits in Fn. 45 genannten Quellen u.a. *McCoid* (Fn. 44), S. 260, der festhält, dass die Durchsetzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes dasjenige Ziel sei, welches im Zusammenhang mit der Anfechtungsklage schon lange dominiere. Siehe ferner *Keay* (Fn. 27), S. 68; *Ward/Shulman*, In Defense of the Bankruptcy Code's Radical Integration of the Preference Rules Affecting Commercial Financing, Wash. U. L.Q. 1983, S. 1–120, S. 16 und *Seligson*, Preferences Under the Bankruptcy Act, Vand. L. Rev. 1961, S. 115–136, S. 115. Siehe zu anderen Begründungen etwa *Niehus* (Fn. 21), S. 32 f. Auch im schweizerischen Recht wird die Anfechtungsklage – ohne auf den weitergehenden Hintergrund einzugehen – in den Kontext des Gleichbehandlungsgrundsatzes gerückt (*Peter*, Kommentar zu Art. 285–292 SchKG in Dallèves/Foëx/Jeandin (Hg.), Commentaire Romand, Poursuite et faillite (2005), Art. 285 N 1 und Art. 287 N 1; *Rebsamen* (Fn. 27), N 347).

48 Vgl. Kap. II.

49 Siehe dazu etwa *Amonn/Walther* (Fn. 1), § 2 N 26.

50 Anderes Vorgehen etwa bei *Bork* (Fn. 17), S. 595 der die Effizienz des Gleichbehandlungsgrundsatzes und der Generalexekution unterstellt.

51 *Jackson*, Bankruptcy, Non-Bankruptcy Entitlements, and the Creditors' Bargain, Yale L.J. 1982, S. 857–907, S. 857 ff. Siehe weitergehend die in *Balz*, Logik und Grenzen des Insolvenzrechts, ZIP 1988, S. 1438–1445, S. 1438 ff. Fn. 1 genannte Literatur. Diese Theorie wird auch in der europäischen Lehre berücksichtigt (siehe dazu etwa *Balz* (Fn. 51), S. 1438 ff.; auch bei den Ausführungen von *Kopta-Stutz*, Probleme des kollektiven Handelns bei der Sanierung der Aktiengesellschaft in Vertrauen – Vertrag – Verantwortung, Festschrift für Hans Caspar von der Crone zum 50. Geburtstag (2007), S. 453–467, S. 453 ff. lässt sich die teilweise Berücksichtigung – in einem anderen Kontext – erkennen).

de, in welcher dieser nicht mehr in der Lage wäre, alle Gläubiger vollständig zu befriedigen[52]. Das Recht hat gemäß dieser Theorie die Aufgabe, eine derartige (hypothetische) Vereinbarung abzubilden[53]. Die in dieser Theorie verwendeten Argumentation baut gedanklich auf einem Zustand auf, in welchem es keine Generalexekution gibt. M.a.W. gilt ausschließlich das Prioritätsprinzip[54].[55] Es wird sodann argumentiert, dass es drei Gründe gibt, warum Gläubiger im Hinblick auf die beschriebene finanzielle Krise des gemeinsamen Schuldners die Generalexekution dem selbstzerstörerischen[56] Prioritätsprinzip vorziehen würden, wobei in dieser Generalexekution der Gleichbehandlungsgrundsatz zur Anwendung gelangen würde[57]. Demnach fördern der Gleichbehandlungsgrundsatz sowie die Generalexekution effizientes Verhalten[58]. Auf diese Gründe gilt es nachfolgend einzugehen.

b) Argumente für die Annahme eines effizienten Ziels

aa) Reduktion strategischer Kosten. Als erster Grund wird angeführt, dass die Generalexekution strategische Kosten reduziert. Es wird die Überlegung angestellt, dass die Spezialexekution zu einem ineffizienten »Wettlauf der Gläubiger« führen würde.[59] Ohne die Generalexekution, d.h. bei ausschließlicher Geltung des Prioritätsprinzips, würden Gläubiger in Relation zum Zeitpunkt der Vollstreckung ihres Anspruchs befriedigt[60]. Die Gläubiger hätten insoweit einen Anreiz bei drohender finanzieller Krise des Schuldners möglichst schnell, d.h. möglichst vor den anderen Gläubigern, die Voll-

52 Angelehnt an *Korobkin*, Rehabilitating Values: A Jurisprudence of Bankruptcy, Colum. L. Rev. 1991, S. 717–789, S. 737.

53 *Jackson* (Fn. 51), S. 860. Vgl. auch die diesbezügliche Übersicht über die Argumentation bei *Balz* (Fn. 51), S. 1438 ff.; *Carlson*, Philosophy in Bankruptcy, Mich. L. Rev. 1987, S. 1341–1389, S. 1345 ff. und *Mokal*, The Authentic Consent Model: Contractarianism, Creditors' Bargain, and corporate liquidation, Legal Studies 2001, S. 400–443, S. 401 ff. Ein ähnliches methodologisches Vorgehen findet sich auch im deutschen Rechtsraum (*Schmidt* (Fn. 34), S. 44, wonach darauf abzustellen sei, dass die Gläubiger für die Gleichbehandlung im Konkurs stimmen würden, bevor der jeweilige Gläubiger wisse, ob seine individuelle Stellung gegenüber den anderen Gläubigern hierdurch gestärkt oder geschwächt würde).

54 Siehe dazu Kap. II.

55 *Jackson* (Fn. 51), S. 860 f. In diesem Sinne *Carlson* (Fn. 53), S. 1345 f. Des Weiteren wird, zumindest im Grundmodell, davon ausgegangen, dass der Schuldner lediglich Gläubiger hat, welche über keine Sicherheiten verfügen (*Jackson* (Fn. 51), S. 860 f.). Hierauf wird nachfolgend nicht vertieft eingegangen. Schließlich werden weitere Annahmen getroffen (z.B. dass die Gläubiger grundsätzlich gleich sind, siehe dazu und zu den weiteren Annahmen *Carlson* (Fn. 53), S. 1348 ff.).

56 *Eisenberg*, A Bankruptcy Machine That Would Go of Itself, Stan. L. Rev. 1987, S. 1519–1535, S. 1520.

57 *Jackson* (Fn. 51), S. 861; *Jackson*, Avoiding Powers in Bankruptcy, Stan. L. Rev. 1984, S. 725–787, S. 728 sowie Fn. 10.

58 *Jackson* (Fn. 51), S. 861 ff.; *Bowers*, Groping and Coping in the Shadow of Murphy's Law: Bankruptcy Theory and the Elementary Economics of Failure, Mich. L. Rev. 1990, S. 2097–2149, S. 2102. Vgl. auch die Bemerkungen bei *Bowers*, Security Interests, Creditors' Priorities and Bankruptcy in Bouckaert/De Geest (Hg.), Encyclopedia of Law and Economics, Bd. 2 (2000), S. 90–128, S. 96 ff.

59 *Jackson* (Fn. 51), S. 861 ff.; *Bork* (Fn. 17), S. 595 f.

60 Vgl. Kap. II.2.a).

streckung durchzuführen (oder auf andere Weise die Befriedigung zu suchen, d.h. beispielsweise durch Ausübung von Druck auf den Schuldner), da ihre Forderung andernfalls möglicherweise nicht mehr vollständig befriedigt würde[61]. Dieses Vorgehen wäre aus verschiedenen Gründen ineffizient[62]. Zum Einen entstünden den Gläubigern hierdurch direkte Kosten. Namentlich würden die Gläubiger Ressourcen aufwenden, um stets schneller als andere Gläubiger über die (potentielle) finanzielle Krise des Schuldners informiert zu sein, um schneller Handeln zu können[63]. Ebenso würden sich die Gläubiger konstant über das Verhalten der anderen Gläubiger informieren[64]. Durch diese Aufwendungen würde sich das Vermögen des Schuldners jedoch nicht vergrößern, weshalb dieses Verhalten im Ergebnis ineffizient wäre[65]. Gegen dieses Verhalten spricht ferner auch der Umstand, dass dieser Wettlauf der Gläubiger geeignet sein könnte, die (potentielle) finanzielle Krise des Schuldners zu verstärken bzw. überhaupt erst zu bewirken[66]. Insgesamt handelt es sich um ein klassisches »Gefangenendilemma«[67].

bb) Verhinderung der wertvernichtenden Zerschlagung des schuldnerischen Vermögens. Als zweites maßgebliches Argument wird vorgebracht, dass das Prioritätsprinzip zu einer Zerschlagung des Schuldners bzw. des schuldnerischen Unternehmens führt[68]. Demnach würde das schuldnerische Vermögen bei ausschließlicher Geltung des Prioritätsprinzips zerschlagen, indem einzelne Vermögenswerte verwertet würden. Anders wird die Situation in der Generalexekution beurteilt, in welcher das Vermögen des Schuldners als Ganzes zu einem höheren Preis verwertet werden könnte. Hierbei wird von der realistischen[69] Prämisse ausgegangen, dass der Wert des schuldnerischen Ver-

61 *Schmidt* (Fn. 34), S. 45.

62 Teilweise wird auch die Ansicht vertreten, ein solcher Wettlauf sei aus anderen Gründen abzulehnen, wobei nicht (oder nicht erkennbar) auf Effizienzüberlegungen abgestellt wird (bspw. *Keay* (Fn. 27), S. 61 f., wonach ein Wettlauf der Gläubiger nicht »orderly« und daher abzulehnen sei).

63 *Schäfer/Ott* (Fn. 29), S. 592; *Keay* (Fn. 27), S. 75.

64 In diese Richtung *Jackson* (Fn. 51), S. 862.

65 *Bork* (Fn. 17), S. 595 f.; *Schmidt* (Fn. 34), S. 45; *Schäfer/Ott* (Fn. 29), S. 592.

66 *Jackson* (Fn. 51), S. 862; *Keay* (Fn. 27), S. 75. Vgl. dazu auch etwa *Kraus*, Note – Preferential Transfers and the Value of the Insolvent Firm, Yale L. J. 1978, S. 1449–1465, S. 1453 f.; *Drukarczyk*, Unternehmen und Insolvenz (1987), S. 229; *Ward/Shulman* (Fn. 47), S. 17 Fn. 42; *Tabb* (Fn. 30), S. 990. Dieser Aspekt scheint auch dem amerikanischen Gesetzgeber bewusst gewesen zu sein (vgl. die Bemerkungen bei *Countryman*, The Concept of a Voidable Preference in Bankruptcy, Vand. L. Rev. 1985, S. 713–827, S. 728 Fn. 100).

67 *Jackson* (Fn. 51), S. 862; *Bork* (Fn. 17), S. 596 Fn. 23. Vgl. zum »Gefangenendilemma« *Schäfer/Ott* (Fn. 29), S. 92 ff.

68 *Bork* (Fn. 17), S. 595.

69 *Jackson* (Fn. 51), S. 864; *Scott*, Through Bankruptcy with the Creditors' Bargain Heuristic, U. Chi. L. Rev. 1986, S. 690–708, S. 695 Fn. 17.

mögens als Ganzes, d.h. als Einheit, größer ausfällt als der Wert der Einzelteile.[70] Des Weiteren wird angenommen, dass sich dieser Wert im Rahmen der Generalexekution realisieren lässt[71]. Auch hierbei handelt es sich um ein »Gefangenendilemma«[72] sowie ein »Common Pool«-Problem[73].

cc) Administrative Effizienzsteigerung. Schließlich wird vorgebracht, dass die Generalexekution insgesamt weniger administrative Kosten generiert als wenn die einzelnen Gläubiger unter Anwendung des Prioritätsprinzips einzeln gegen den Schuldner vorgehen und eine Verwertung anstrengen[74].

dd) Weitere Argumente. Ohne Generalexekution wäre davon auszugehen, dass gewisse Gläubiger aufgrund des vorgenannten strategischen Anreizes im Zusammenhang mit dem Prioritätsprinzip[75] darauf hinzielen, ihre Forderung vor der (potentiellen) finanziellen Krise des Schuldners befriedigen zu lassen. Dieses Vorgehen erzeugt, wie dargelegt, unnötige strategische Kosten[76]. Darüber hinaus müssen sich diejenigen Gläubiger, welche am »Wettlauf der Gläubiger« nicht oder nicht erfolgreich teilgenommen haben, schliesslich lediglich noch mit (geschmälerten) Überresten des schuldnerischen Vermögens zufrieden geben[77]. Entsprechende Gläubiger würden in der Folge lediglich noch teilweise (in reduziertem Umfang) befriedigt. Es ist bekannt, dass die Insolvenz eines Schuldners auf seine Gläubiger durchschlagen kann (sogenannter »Ripple-Effect«)[78]. Die Generalexekution, an welcher alle Gläubiger teilnehmen[79], kann dieses Risiko zumindest in der Tendenz minimieren: Durch die Teilnahme aller Gläubiger und das Unterlassen des vorstehend diskutierten »Wettlaufs der Gläubiger« wird das auf alle Gläubiger zu verteilende Vermögen nicht geschmälert. Hierdurch minimiert sich der »Schaden« des einzelnen Gläubigers, was in der Tendenz dazu führen dürfte, dass sich das

70 *Jackson* (Fn. 51), S. 864. Siehe dazu auch allgemein *Schmidt* (Fn. 34), S. 37 und *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, Schweizerisches Aktienrecht (1996), § 50 N 207. Insoweit wird vom »going concern«-Wert gesprochen (*Scott* (Fn. 69), S. 695 Fn. 17). Es ist darauf hinzuweisen, dass der »going concern«-Wert im Rahmen der rechtsökonomischen Analyse des Konkursrechts teilweise anders verstanden wird (vgl. etwa *Baird/Jackson*, Bargaining After the Fall and the Contours of the Absolute Priority Rule, U. Chi. L. Rev. 1988, S. 738–789, S. 750 Fn. 33).

71 *Jackson* (Fn. 51), S. 864.

72 *Jackson* (Fn. 51), S. 864 sowie Fn. 67.

73 *Jackson* (Fn. 51), S. 864 f. Fn. 34 mwH.

74 *Jackson* (Fn. 51), S. 866.

75 Vgl. Kap. II.2.a) und Kap. III.2.b).aa).

76 Vgl. Kap. III.2.b).aa).

77 Vgl. auch *Seligson* (Fn. 47), S. 115.

78 *Keay* (Fn. 27), S. 68; *Jackson/Kronman*, Voidable Preferences and Protection of the Expectation Interest, Minn. L. Rev. 1975, S. 971–1010, S. 989.

79 Wie nachfolgend (Kap. III.2.c)) gezeigt wird, handelt es sich hierbei um einen zentralen Aspekt der »Creditors' Bargain«-Theorie.

Risiko seiner eigenen Insolvenz verkleinert. Dies dürfte im Interesse aller Gläubiger sein, da die Insolvenz insgesamt Kosten für die Gesamtwirtschaft generiert.[80]

c) Notwendigkeit des Konkursrechts

Es wird argumentiert, dass im Ergebnis aufgrund vorstehender Überlegungen davon auszugehen ist, dass ein Gläubiger der Generalexekution, in welchem der Gleichbehandlungsgrundsatz gilt, zustimmen würde. Dies jedoch einzig unter der Bedingung, dass alle anderen Gläubiger ebenfalls an einem solchen System partizipieren[81]. Realistischerweise werden sich die Gläubiger jedoch nicht ex-ante zusammenfinden und sich auf ein derartiges System einigen; dies schon nur da die Gläubiger häufig wechseln.[82] Des Weiteren sind die Gläubiger regelmässig insgesamt zu unterschiedlich, als dass sich eine derartige Übereinkunft erzielen ließe[83]. Selbst wenn diese Hürde nicht bestünde, wäre von (zu) hohen Transaktionskosten auszugehen, welche eine effektive Willensübereinkunft ausschließen würden[84]. Aus diesen Gründen kann nicht davon ausgegangen werden, dass sich die Gläubiger auf ein Kollektivsystem einigen, auch wenn dieses dem Gesamtinteresse entspräche. Aus diesem Grund muss das Konkursrecht diese Aufgabe übernehmen.[85]

d) Argumente gegen die Annahme eines effizienten Ziels

aa) Vorbemerkungen. Die »Creditors' Bargain«-Theorie ist ein in den USA weit verbreitetes und akzeptiertes theoretisches Fundament um das Konkursverfahren rechtsökonomisch zu deuten[86]. In der Literatur finden sich gleichwohl zahlreiche Gegenmeinungen und Einwände[87]. Auf eine Auswahl ist nachfolgend einzugehen.

80 Es ist darauf hinzuweisen, dass dieses Argument im Zusammenhang mit der »Creditors' Bargain«-Theorie nicht explizit bzw. lediglich in einem anderen Zusammenhang (namentlich dem Gleichbehandlungsgrundsatz bzgl. den allgemeinen Zwecken der Anfechtungsklage, vgl. *Keay* (Fn. 27), S. 68) angeführt wird. Siehe zu weiteren Argumenten aus der deutschen Literatur *Schmidt* (Fn. 34), S. 44 ff.

81 Das System hängt nach dem Vorgesagten gerade davon ab, dass alle Gläubiger am System teilnehmen (*Jackson* (Fn. 51), S. 866; in diese Richtung auch *Keay* (Fn. 27), S. 64; allgemein *Bork* (Fn. 17), S. 596 und auch *Drukarczyk* (Fn. 66), S. 139). Hierzu ist das Institut der Überschuldungsanfechtung notwendig; dieses ermöglicht die Generalexekution erst und erfüllt in diesem Zusammenhang auch eine Abschreckungsfunktion (*Jackson* (Fn. 51), S. 863 Fn. 28 und S. 865 f. Fn. 39). Teilweise wird auf diese Abschreckungsfunktion als eigenständiger Zweck hingewiesen, ohne dass rechtsökonomische Überlegungen angestellt werden (siehe etwa *Countryman* (Fn. 66), S. 747).

82 *Jackson* (Fn. 51), S. 866 f.

83 *Scott* (Fn. 69), S. 695 Fn. 17.

84 *Balz* (Fn. 51), S. 1439.

85 In diesem Sinne *Jackson* (Fn. 51), S. 866 f.

86 Vgl. die Hinweise bei *Adler*, A Re-Examination of Near-Bankruptcy Investment Incentives, U. Chi. L. Rev. 1995, S. 575–606, S. 575. A.M. *Mooney*, A Normative Theory of Bankruptcy Law: Bankruptcy As (Is) Civil Procedure, Wash. & Lee. L. Rev. 2004, S. 931–1061, S. 948 mwH. Differenziert *Mokal* (Fn. 53), S. 401 f.

87 Siehe etwa *Carlson* (Fn. 53), S. 1341 ff. und *Bowers* (Fn. 58), S. 2097 ff. Vgl. ferner die Literaturhinweise bei *Mooney* (Fn. 86), S. 948 f. Fn. 76 ff. und *Korobkin* (Fn. 52), S. 719.

bb) Fehlende Gleichheit der Gläubiger. Die »Creditors' Bargain«-Theorie unterstellt, dass die Gläubiger grundsätzlich über die gleichen Fähigkeiten verfügen, namentlich dass sie gleichermaßen in der Lage sind, die Solvenz eines Schuldners zu prüfen und Schulden einzutreiben bzw. den »Wettlauf der Gläubiger« für sich zu entscheiden[88]. Andernfalls, d.h. wenn einzelne Gläubiger grundsätzlich besser befähigt wären, Schulden einzutreiben, wären sie kaum bereit, sich (entschädigungslos) auf ein System zu einigen, in welchem eine Generalexekution zur Anwendung gelangt, welche – im Gegensatz zur individuellen Schuldeneintreibung – zu keiner vollen Befriedigung führt[89]. Diese Annahme der gleichen Befähigung der Gläubiger lässt sich jedoch empirisch nicht halten. In Tat und Wahrheit sind Gläubiger gerade nicht gleich, sondern sie unterscheiden sich u.a. gerade in Bezug auf die Fähigkeit, Forderungen durchzusetzen[90]. Unter diesen Umständen erscheint es zweifelhaft, dass sich die Gläubiger auf die Generalexekution, in welcher der Gleichbehandlungsgrundsatz gilt, einigen würden. In methodischer Hinsicht erweist sich die Theorie somit als problematisch[91], zumal sie dasjenige Element, welches bewiesen werden soll – die Gleichheit bzw. Gleichbehandlung der Gläubiger – gewissermaßen voraussetzt[92].

cc) Fehlender Zusammenhang zwischen Generalexekution und Gleichbehandlung. Die »Creditors' Bargain«-Theorie kommt zum Schluss, dass sich Gläubiger auf die Generalexekution einigen würden, in welcher der Gleichbehandlungsgrundsatz zur Anwendung gelangt. Dabei wird davon ausgegangen, dass sich die einzelnen Gläubiger hierauf einigen würden, da dieses System (kollektiv) ihren Wohlstand maximiert[93]. Aufgrund dieser Motivation der Gläubiger ist anzunehmen, dass sie grundsätzlich jedem System der Generalexekution zustimmen würden, in welchem sie insgesamt mehr erhalten würden, als wenn es dieses System nicht gäbe; m.a.W. würden die Gläubiger dem System auch dann zustimmen, wenn gewisse Gläubiger bevorzugt und andere benachteiligt würden, solange sie hierdurch noch besser gestellt wären, als wenn die Generalexekution nicht gälte.[94] Die These, dass die Generalexekution insgesamt zu einem Wohlstandsgewinn führt, muss demnach nicht bedeuten, dass die Gläubiger, welche die persönliche Wohlstandsmaximierung anstreben, den (kollektiven) Wohlstandsgewinn gleichmässig aufteilen[95]. Der Gleichbehandlungsgrundsatz und allfällige Vorteile der Generalexekution hängen demnach sachlogisch nicht zusammen[96].

88 *Carlson* (Fn. 53), S. 1348; *Jackson* (Fn. 51), S. 863.
89 In diesem Sinne *Carlson* (Fn. 53), S. 1349.
90 *Carlson* (Fn. 53), S. 1349; *Tabb* (Fn. 30), S. 988. S.a. *Drukarczyk* (Fn. 66), S. 139.
91 Überaus kritisch *Carlson* (Fn. 53), S. 1348 ff. Vgl. zur allgemeinen methodologischen Kritik, auf welche hier nicht eingegangen werden kann, *Carlson* (Fn. 53), S. 1342 ff.
92 *Korobkin* (Fn. 52), S. 737; *Carlson* (Fn. 53), S. 1348.
93 Vgl. Kap. III.2.a) f. Es ist darauf hinzuweisen, dass auch diese These, dass die Gläubiger einzig auf Wohlstandsmaximierung aus sind, umstritten ist (siehe etwa *Korobkin* (Fn. 52), S. 737 ff.).
94 Ausführlich *Carlson* (Fn. 53), S. 1350 ff. mit Beispielen.
95 *Carlson* (Fn. 53), S. 1351 f.
96 *Carlson* (Fn. 53), S. 1350 ff.; *Korobkin* (Fn. 52), S. 737 Fn. 88.

dd) Keine bessere Verwertung in der Generalexekution. Die »Creditors' Bargain«-Theorie unterstellt, dass in der Generalexekution die Verwertung des schuldnerischen Vermögens besser ausfällt, als wenn das Vermögen gewissermassen »Stück für Stück« versilbert wird. M.a.W. wird angenommen, dass der Gesamtwert den Wert der Einzelteile übersteigt.[97] Dieser Vorteil der Generalexekution wird jedoch gemeinhin nicht dem Konkurs-, sondern dem Reorganisations- bzw. Sanierungsverfahren zugeschrieben[98]. Somit könnte gegen die Anwendung der »Creditors' Bargain«-Theorie in Bezug auf das Argument der Verhinderung der (wertvernichtenden) Zerschlagung des schuldnerischen Vermögens angeführt werden, dass dieses Argument – wenn überhaupt – lediglich im Rahmen eines Sanierungsverfahrens gültig ist.

Hiergegen spricht (bezogen auf das us-amerikanische Recht) dass die Veräußerung des schuldnerischen Vermögens als Ganzes (bzw. Teile davon) grundsätzlich auch im Rahmen eines auf die Liquidation ausgerichteten (Konkurs)Verfahrens möglich ist[99]. Der Unterschied zwischen Liquidation und Reorganisation liegt m.a.W. gerade nicht darin, dass ersteres das schuldnerische Vermögen zwingend zerschlägt, während das andere es notwendigerweise zusammenhält[100]. Die »Creditors' Bargain«-Theorie wurde aus diesem Grund explizit auch auf das »Chapter 7«-Verfahren (Liquidationsverfahren), welches dem schweizerischen Konkursrecht ähnelt[101], angewandt[102]. Die vorgenannten Überlegungen lassen sich auch auf das schweizerische Konkursrecht übertragen. Es ist anerkannt, dass im Rahmen des Konkursverfahrens ganze Unternehmen (oder Unternehmensteile) veräußert werden können[103]. Hierbei handelt es sich jedoch um einen seltenen Vorgang[104]. Immerhin ist allgemein festzuhalten, dass die Aktiven im Rahmen des Konkursverfahrens durch das Konkursamt- bzw. die Konkursverwaltung

97 Vgl. Kap. III.2.b).bb).

98 Siehe etwa die Bemerkungen bei *Christ*, Chapter 11 des US Bankruptcy Code, Jusletter vom 12. 5. 2003, N 7; *Baird*, The Uneasy Case for Corporate Reorganizations, J. Legal Stud. 1986, S. 127–147, S. 139; *Bebchuk*, A New Approach to Corporate Reorganizations, Harv. L. Rev. 1988, S. 775–804, S. 776; *Jordan/Warren/Bussel*, Bankruptcy, 5. Aufl. (1999), S. 633 und *Rasmussen*, Claim & Opinion: An Exchange of Views: The Efficiency of Chapter 11, Bank. Dev. J. 1991, S. 319–334, S. 326. In Bezug auf das schweizerische Recht ist hervorzuheben, dass dieses beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung (Art. 317 ff. SchKG) gerade von einer solchen Prämisse ausgeht (*Hunkeler*, Das Nachlassverfahren nach revidiertem SchKG (1996), S. 20).

99 *Bebchuk* (Fn. 98), S. 775; *Baird* (Fn. 98), S. 139; *Scott* (Fn. 69), S. 698. Es ist darauf hinzuweisen, dass i.A. argumentiert wird, dass das »Chapter 11«-Verfahren (Sanierungsverfahren) gleichwohl zu einem höheren Wert führe; auf entsprechende Argumente, welche nicht mit der vorliegenden Theorie in Zusammenhang stehen, kann vorliegend nicht eingegangen werden. Siehe dazu u.a. *Rasmussen* (Fn. 98), S. 326 und *LoPucki/Doherty*, Bankruptcy Fire Sales, Mich. L. Rev. 2007, S. 1–60, S. 1 ff.

100 *Balz* (Fn. 51), S. 1442.

101 *Christ* (Fn. 98), N 4. Siehe allgemein zum »Chapter 7«-Verfahren *Jordan/Warren/Bussel* (Fn. 98), S. 20 f.

102 Siehe die Bemerkungen bei *Jackson* (Fn. 51), S. 864.

103 Siehe zu den Einzelheiten *Baumgartner*, Fortführung eines Unternehmens nach Konkurseröffnung (1987), S. 165 ff. und S. 187 ff. Vgl. ferner etwa Art. 15 KOV. Implizit auch *Meier*, Die Weiterführung des Unternehmens nach Konkurseröffnung, BlSchK 2003, S. 1–29, S. 1 ff. Siehe zu einem Anwendungsfall etwa BGE 129 III 335 (Sachverhalt).

104 *Baumgartner* (Fn. 103), S. 113 Fn. 89.

paketweise zu verwerten sind, soweit hierdurch ein besserer Erlös erzielt werden kann[105]. Daraus lässt sich ableiten, dass die Generalexekution – selbst wenn die Veräußerung des Unternehmens als Ganzes selten ist – zumindest theoretisch geeignet ist, ein besseres Ergebnis als die Spezialexekution zu erzielen, soweit unterstellt wird, dass die Vermögenswerte paketweise einen höheren Wert aufweisen, als wenn diese einzeln verwertet werden[106]. Im Ergebnis ist dieses durch die »Creditors' Bargain«-Theorie vorgebrachte Argument somit auch im Konkursverfahren (zumindest in der Tendenz) anwendbar.

ee) Beachtliche administrative Kosten des Konkursverfahrens. Schließlich ist in Bezug auf das Argument, dass die Generalexekution zu administrativen Effizienzsteigerungen führt[107], festzuhalten, dass dieses nicht in jedem Fall zutreffen dürfte. Es ist allgemein bekannt, dass die Generalexekution zu hohen Kosten führt und einen nicht unbeachtlichen Teil des Verwertungserlöses verschlingt[108].

ff) Exkurs: Besonderheiten der schweizerischen Überschuldungsanfechtung. Die »Creditors' Bargain«-Theorie kann das Bestehen der Generalexekution lediglich dann rechtfertigen, wenn alle Gläubiger zustimmen würden. Hierfür bedarf es der Überschuldungsanfechtung als Institut, welches gewährleistet, dass die Regelung nicht im Vorfeld unterlaufen wird.[109] Ausgehend von diesen Überlegungen wäre zu fordern, dass die Befriedigung einer Forderung durch den Schuldner im Zeitpunkt der Überschuldung grundsätzlich, d.h. in jedem Fall, für anfechtbar erklärt wird, zumal sie dem Prinzip der Gleichbehandlung fundamental widerspricht.

Das deutsche Recht wird dieser Überlegung dadurch gerecht, dass im Zeitpunkt der Überschuldung vorgenommene sogenannte »kongruente« Deckungshandlungen, d.h. Handlungen, die der Schuldner gemäß vertraglicher Vereinbarung zur richtigen Zeit und in der richtigen Art erbringt, anfechtbar sind[110]. Anders verhält es sich im schweizerischen Recht: Kongruente Deckungshandlungen sind (im Rahmen der Überschuldungsanfechtung[111]) nicht anfechtbar, da entsprechende Bestimmung voraussetzt, dass der Begünstigte (noch) keinen Anspruch auf die zu seinen Gunsten erbrachte Leistung oder die Art der erbrachten Leistung hat.[112] Die Befriedigung einer fälligen Geldschuld

105 *Vischer*, Unternehmenserwerb aus dem Konkurs, SZW 2002, S. 151–160, S. 153. S.a. die Bemerkungen bei *Lorandi*, Der Freihandverkauf im schweizerischen Schuldbetreibungs- und Konkursrecht (1994), S. 15.

106 Vgl. auch *Lorandi* (Fn. 105), S. 15.

107 Vgl. Kap. III.2.b).cc).

108 *Baird* (Fn. 98), S. 138.

109 Vgl. Kap. III.2.c) und Fn. 81.

110 Vgl. § 130 InsO und dazu *Bork* (Fn. 29), N 218 f.; *Kohn-Löffelmann* (Fn. 13), S. 122 f.

111 Eine kongruente Deckungshandlung kann jedoch im Rahmen der anderen Anfechtungstatbestände anfechtbar sein (*Kohn-Löffelmann* (Fn. 13), S. 124).

112 *Kohn-Löffelmann* (Fn. 13), S. 124. Vgl. auch *Amonn/Walther* (Fn. 1), § 52 N 16; *Rebsamen* (Fn. 27), N 306 und *Staehelin* (Fn. 15), Art. 287 N 1, wonach Art. 287 SchKG lediglich die sog. »inkongruenten Deckungen« betrifft. Siehe hierzu auch BGE 85 III 193, 199 E. 3; BGE 117 IV 23, 25 f. E. 4 b).

durch Barschaft oder anderweitige Zahlungsmittel im Zeitpunkt der Überschuldung ist daher unter dem Titel der Überschuldungsanfechtung nicht anfechtbar[113]. Es scheint unter diesem Gesichtswinkel zweifelhaft, ob die Überschuldungsanfechtung dem ihr gewidmeten Zweck, die Gleichbehandlung der Gläubiger sicherzustellen, gerecht werden kann. Dies spricht, zumindest in Bezug auf das schweizerische Konkursrecht, gegen die Logik der »Creditors' Bargain«-Theorie, da davon ausgegangen werden muss, dass die Gläubiger kaum einem System zustimmen würden, welches im genannten Bereich Anreize zum Abweichen vom Kollektivverhalten schafft[114].

3. Zwischenfazit

Die »Creditors' Bargain«-Theorie lässt diverse Argumente erkennen, welche für die Effizienz der Generalexekution und des damit einhergehenden Gleichbehandlungsgrundsatzes sprechen. Unter diesem Blickwinkel verfolgt die Überschuldungsanfechtung (mittelbar) ein effizientes bzw. effizienzsteigerndes Ziel. Zugleich ist die Theorie augenscheinlich in vielfältiger Hinsicht angreifbar, weshalb ein definitiver Schluss nicht möglich ist.

IV. Verhaltenssteuernde Wirkung der Überschuldungsanfechtung

1. Vorbemerkungen

Damit die Überschuldungsanfechtung zur Effizienz beitragen kann, muss sie im Vorfeld der Generalexekution zu einer Verhaltenssteuerung der Gläubiger führen[115]. Nachfolgend soll dieser Aspekt beleuchtet werden.

2. Analyse

a) Ausgangslage

Es ist davon auszugehen, dass der Gläubiger eine anfechtbare Handlung umso eher vornehmen wird, je größer die Wahrscheinlichkeit ausfällt, dass er den entsprechenden Vorteil behalten kann, bzw. je geringer die ihn betreffenden finanziellen Konsequenzen einer entsprechenden (erfolgreichen) Anfechtung sind. M.a.W. wird er insbesondere

113 Art. 287 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG e contrario.

114 Es bleibt festzuhalten, dass hinsichtlich der Beschränkung der Überschuldungsanfechtung auf inkongruente Deckungshandlungen auch anders argumentiert werden und vorgebracht werden kann, dass dies zu einer Effizienzerhöhung führt: Wäre bspw. die Befriedigung einer fälligen Geldschuld im Zeitpunkt der Überschuldung anfechtbar, so liesse sich annehmen, dass Gläubiger hierdurch mit Schuldnern, welche sich möglicherwise in einer Krise befinden, nicht mehr oder nur noch zurückhaltend in Kontakt treten. Dies könnte die Situation des Schuldners zusätzlich verschlimmern (siehe allgemein *Bork* (Fn. 17), S. 599 f. zu diesbezüglichen Aspekten des Vertrauensschutzes).

115 Dies lässt sich bereits u.a. damit begründen, dass die Gläubiger andernfalls am »Wettlauf der Gläubiger« partizipieren und hierdurch strategische Kosten generieren würden (vgl. u.a. Kap. III.2.b).aa)). Vgl. allgemein *Bork* (Fn. 17), S. 597 und *McCoid* (Fn. 44), S. 262 f.

diese beiden Aspekte in seine Überlegungen miteinbeziehen und gegeneinander abwägen.[116]

b) Argumente gegen die Annahme einer verhaltenssteuerenden Wirkung[117]
aa) Fehlende Kenntnis entsprechender Bestimmungen. Eine verhaltenssteuerende Wirkung kann naturgemäß nur erfolgen, wenn der Gläubiger sich entsprechender Bestimmung bewusst ist. Es kann davon ausgegangen werden, dass dies gerade in kleineren Verhältnissen nicht der Fall ist.[118] Des Weiteren dürfte sich auch die komplizierte Formulierung der anfechtbaren Handlungen im Gesetz als hinderlich erweisen[119] und gegen eine verhaltenssteuerende Wirkung der Überschuldungsanfechtung sprechen.

bb) *Fehlende Kenntnis der Überschuldung.* Das Anfechtungsrecht kann lediglich dann verhaltenssteuernd wirken, wenn sich der Gläubiger der Überschuldung (oder zumindest der schlechten finanziellen Situation) des Schuldners bewusst ist[120]. Augenscheinlich ist diese Voraussetzung nicht in jedem Fall erfüllt[121].

cc) Begrenztes Risiko der erfolgreichen Durchführung der Überschuldungsanfechtung. In der Literatur wird angenommen, dass die verhaltenssteuerende Wirkung aufgrund von Transaktionskosten dann zu bejahen wäre, wenn sicher wäre, dass es überhaupt zu einer Anfechtung kommt[122]. Es lässt sich jedoch zeigen, dass dies bei weitem nicht sicher ist. Als erste Hürde wird die Verdachtsfrist[123] genannt[124]. Der Gläubiger kann diesbezüglich hoffen, dass die anfechtbare Handlung nicht in diese Frist fällt bzw. die Konkurseröffnung erst nach Ablauf der Frist erfolgt[125]. Zu beachten ist hierbei, dass diese

116 *McCoid* (Fn. 44), S. 264.
117 Auf die Darstellung von Argumenten, welche für die verhaltenssteuerende Wirkung der Überschuldungsanfechtung sprechen, wird, da dies den Umfang dieses Beitrags überschreiten würde, verzichtet.
118 *Keay* (Fn. 27), S. 77.
119 *Staehelin* (Fn. 1), S. 82.
120 *McCoid* (Fn. 44), S. 263; *Keay* (Fn. 27), S. 77.
121 Erwähnenswert erscheint zusätzlich, dass die Überschuldungsanfechtung den (tendenziell unerwünschten, da ineffizienten – siehe Kap. III.2.b).aa)) Nebeneffekt haben könnte, dass sich der Gläubiger vermehrt über die finanzielle Situation des Schuldners informiert (*McCoid* (Fn. 44), S. 263 f.). Andererseits könnte im Hinblick darauf, dass dem Gläubiger der Entlastungsbeweis offen steht, dass er die Überschuldung nicht gekannt hat und auch nicht hätte erkennen können (Art. 287 Abs. 2 SchKG; *Amonn/Walther* (Fn. 1), § 52 N 21) auch argumentiert werden, dass der Gläubiger einen Anreiz hat, sich gerade nicht über die finanzielle Situation des Schuldners zu informieren (*McCoid* (Fn. 44), S. 263 f.; *Keay* (Fn. 27), S. 77).
122 *Tabb* (Fn. 30), S. 991.
123 Frist zwischen der anfechtbaren Handlung und der Konkurseröffnung (Art. 287 Abs. 1 SchKG) (*Staehelin* (Fn. 15), Art. 287 N 16).
124 *Tabb* (Fn. 30), S. 991.
125 *Bork* (Fn. 17), S. 597.

Frist in der Schweiz mit einem Jahr vergleichsweise lang ausfällt[126], weshalb dieses Argument in Bezug auf die hiesige Rechtsordnung von geringfügiger Bedeutung sein dürfte. Daneben ist die Anfechtung durch die Konkursverwaltung nur möglich, soweit der Konkurs nicht mangels Aktiven eingestellt wird[127], was häufig der Fall ist[128]. Überdies muss die anfechtbare Handlung überhaupt bemerkt werden[129]. Schließlich muss sich die Konkursverwaltung[130] auch noch für die Durchführung der Überschuldungsanfechtung entscheiden und den Prozess gewinnen[131]. Dabei ist zu beachten, dass Anfechtungsprozesse als kostspielig und kompliziert gelten. Es darf angenommen werden, dass die geringe Zahl an durchgeführten Anfechtungsprozessen in einem umgekehrten Verhältnis zur Zahl der effektiv verübten anfechtbaren Handlungen steht.[132]

dd) Überschaubares finanzielles Risiko des Gläubigers. Durch die (erfolgreiche) Überschuldungsanfechtung wird das Vollstreckungssubstrat wieder so hergestellt, wie es sich ohne angefochtene Handlung dargeboten hätte[133]. Das Risiko des Gläubigers wird somit im Wesentlichen[134] auf den Umfang der »Bevorzugung« limitiert[135]. Zu berücksichtigen ist dabei auch, dass dem Gläubiger im Gegenzug grundsätzlich noch ein Anspruch

126 In Deutschland beträgt die Verdachtsfrist maximal drei Monate (*Bork* (Fn. 29), N 218 ff.). Gleiches gilt für die USA (*Niehus* (Fn. 21), S. 136; *Jordan/Warren/Bussel* (Fn. 98), S. 373 f.). Die zum ausländischen Recht vertretene These, wonach der Gläubiger ggf. den Schuldner finanziell bis zum Ablauf der Verdachtsperiode unterstütze, um eine Überschuldungsanfechtung zum Vornherein zu verhindern (*McCoid* (Fn. 44), S. 264; *Keay* (Fn. 27), S. 78), erscheint in Anbetracht der hiesigen Dauer der Verdachtsperiode zumindest auf den ersten Blick wenig wahrscheinlich.

127 Vgl. Art. 230 Abs. 1 SchKG. Diesfalls ist die Anfechtung ausgeschlossen. Die Gläubiger können die Durchführung des Konkursverfahrens jedoch bewirken, indem sie einen Kostenvorschuss leisten (Art. 230 Abs. 2 SchKG). Siehe zum Ganzen *Staehelin* (Fn. 15), Art. 285 N 33 ff. mwH.

128 Vgl. *Bundesamt für Statistik*, Konkurse und Nachlassverfahren (1994–2008), <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/06/02/blank/data.Document.20945.xls> (besucht am 1. 6. 2010), wonach z.B. im Jahr 2004 etwa 50 % aller Konkurse mangels Aktiven eingestellt wurden.

129 *Bork* (Fn. 17), S. 597; *Keay* (Fn. 27), S. 78.

130 Bzw. die ansonsten Berechtigten (Art. 285 Abs. 2 SchKG).

131 In diesem Sinne *Keay* (Fn. 27), S. 78. Gerade in kleineren Verhältnissen – oder soweit die anfechtbare Handlung von quantitativ geringfügigem Umfang ist – dürfte eine Anfechtungsklage aufgrund der Kosten der Durchführung nicht in Frage kommen.

132 *Staehelin* (Fn. 1), S. 81 f. Zustimmend *Jucker*, Der internationale Gerichtsstand der schweizerischen paulianischen Anfechtungsklage (2007), S. 3.

133 *Amonn/Walther* (Fn. 1), § 52 N 40; *Bauer*, Kommentar zu Art. 291 SchKG in Staehelin/Bauer/Staehelin (Hg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG III, Art. 221–352, Nebenerlasse (1998), Art. 291 N 1 f.

134 Hinzu kommen allenfalls, d.h. falls es überhaupt zum Prozess kommt, Rechtskosten (Kosten der [versuchten] Abwehr der Anfechtung, Parteikosten des Anfechtenden), welche der Gläubiger im Auge zu behalten hat (*Keay* (Fn. 27), S. 77 f.) sowie Zinsen und/oder Früchte der zurückzuerstattenden Leistung (*Staehelin* (Fn. 1), S. 90; *Umbach–Spahn*, Kommentar zu Art. 285–291 SchKG in Hunkeler (Hg.), Kurzkommentar SchKG (2009), Art. 291 N 7). Die Pflicht zur Zinszahlung gilt jedoch nicht ab dem Zeitpunkt der angefochtenen Handlung (*Rebsamen* (Fn. 27), N 325).

135 Für das deutsche Recht *Bork* (Fn. 17), S. 597.

auf Rückerstattung der Gegenleistung zusteht[136]. Der Gläubiger wird somit so gestellt, wie wenn er die anfechtbare Handlung nicht vorgenommen hätte[137]. Soweit die anfechtbare Handlung in der Tilgung einer Forderung bestand, so lebt diese zudem mit der Rückerstattung wieder auf und nimmt als Konkursforderung am Konkurs teil[138]. Augenscheinlich geht allein hiervon kaum ein verhaltenssteuernder Effekt aus[139].

ee) Keine automatische Entstehung von Schadenersatzansprüchen. Gegen die Präventivwirkung der Überschuldungsanfechtung dürfte auch der Umstand sprechen, dass das Risiko von Schadenersatzansprüchen benachteiligter Gläubiger zumindest limitiert ausfallen dürfte[140], zumal die Erfüllung des Überschuldungsanfechtungstatbestands nicht an und für sich widerrechtlich ist[141].

ff) Keine automatische Strafbarkeit. Die verhaltenssteuerende Wirkung der Überschuldungsanfechtung dürfte auch von der Strafbarkeit des anfechtbaren Verhaltens abhängen[142]. Anfechtbare Handlungen können für den Gläubiger strafbar sein; in Betracht fällt insbesondere der Straftatbestand der Bevorzugung eines Gläubigers (Art. 167 StGB). Art. 167 StGB nennt jedoch lediglich den Schuldner als Täter, weshalb der Gläubiger grundsätzlich straflos bleibt[143]. Die Strafbarkeit des Gläubigers ist, da es sich hierbei um ein Sonderdelikt handelt, nur möglich, wenn er als Anstifter oder Gehilfe des Schuldners agiert[144]. Art. 167 StGB setzt in subjektiver Hinsicht voraus, dass der Schuldner in der Absicht handelt, einzelne Gläubiger zum Nachteil anderer zu bevorzugen, wobei Eventualvorsatz genügt[145]. Diese Absicht muss auch der Gläubiger verfolgen, andernfalls kann er sich nicht als Anstifter bzw. Gehilfe strafbar machen[146]. Die

136 Siehe zu den Einzelheiten u.a. *Staehelin* (Fn. 1), S. 91 und *Bauer* (Fn. 133), Art. 291 N 30 ff.

137 Dies soweit die zusätzlichen vorgenannten Kosten (vgl. Fn. 134) unberücksichtigt bleiben.

138 Art. 291 Abs. 2 SchKG; *Umbach–Spahn* (Fn. 134), Art. 291 N 14 f. Vgl. zur entsprechenden Würdigung im ausländischen Recht *Tabb* (Fn. 30), S. 991.

139 *McCoid* (Fn. 44), S. 264; *Bork* (Fn. 17), S. 597 f.; *Keay* (Fn. 27), S. 77 f.; *Tabb* (Fn. 30), S. 991; *Carlson*, Security Interests in the Crucible of Voidable Preference Law, U. Ill. L. Rev. 1995, S. 211–310, S. 216. Es muss beachtet werden, dass bei großen, allgemein bekannten Gläubigern (oder allgemein Gläubigern gewisser Branchen) ggf. noch zusätzliche Aspekte zu berücksichtigen sind (bspw. die Möglichkeit von Reputationsrisiken und diesbezüglichen Kosten), welche sich positiv auf die verhaltenssteuernde Wirkung der Überschuldungsanfechtung auswirken könnten.

140 In diese Richtung *Bork* (Fn. 17), S. 597 f.

141 Die Anfechtungstatbestände sind keine haftpflichtrechtlichen Schutznormen (BGE 95 III 83, 90 f. E. 6; *Rebsamen* (Fn. 27), N 346 und N 901 ff.; *Jucker* (Fn. 132), S. 78 f.). Siehe ähnlich zum deutschen Recht *Kirchhof*, Vorbemerkungen vor §§ 129 bis 147 InsO, in Kirchhof/Lwowski/Stürner (Hg.), MünchKomm-InsO, Bd. 2, 2. Aufl. (2007), Vorbemerkungen vor §§ 129 bis 147 N 87. Im Einzelfall kann die Widerrechtlichkeit jedoch vorliegen (*Staehelin* (Fn. 15), Art. 285 N 19).

142 *Westbrook*, Two Thoughts About Insider Preferences, Minn. L. Rev. 1991, S. 73–99, S. 85.

143 *Brunner*, Kommentar zu Art. 167 StGB in Niggli/Wiprächtiger (Hg.), Basler Kommentar, Strafrecht II, 2. Aufl. (2007), Art. 167 N 8 mwH.

144 *Jucker* (Fn. 132), S. 82 f.

145 BGE 74 IV 40, 44 ff. E. 2.

146 *Donatsch/Tag*, Strafrecht I, 8. Aufl. (2006), S. 152 f. und S. 163 f.; *Jucker* (Fn. 132), S. 83 f.

Überschuldungsanfechtung setzt eine derartige Absicht nicht voraus[147]. M.a.W. wird die anfechtbare Handlung somit für den Gläubiger nur dann strafbar, wenn weitere subjektive Elemente erfüllt sind[148]. Hieraus ist abzuleiten, dass die verhaltenssteuerende Wirkung limitiert ausfällt. Schließlich wird allgemein die Vermutung geäußert, dass die Strafverfolgungsbehörden derartige Delikte lediglich zurückhaltend verfolgen[149], was ebenfalls gegen eine verhaltenssteuerende Wirkung spricht.

3. Zwischenfazit

Nach dem Vorgesagten gibt es eine Vielzahl an Anreizen – insbesondere die (limitierte) Wahrscheinlichkeit der Anfechtung sowie das begrenzte finanzielle Risiko des Gläubigers – welche Gläubiger im Zweifelsfall dazu ermuntern dürften, anfechtbare Handlungen vorzunehmen. Den Gläubigern dürften derartige Handlungen im Regelfall geradezu anzuraten sein[150]. Im Hinblick darauf wird der Überschuldungsanfechtung im Ergebnis die verhaltenssteuerende Wirkung abgesprochen[151].

V. Fazit

Die »Creditors' Bargain«-Theorie liefert einen interessanten Ansatz für die Effizienzanalyse des Konkursverfahrens und des Gleichbehandlungsgrundsatzes. Die Theorie legt für sich alleine betrachtet den Schluss nahe, dass die Überschuldungsanfechtung im Konkurs im Ergebnis einem effizienten bzw. effizienzsteigernden Ziel dient. Dabei darf nicht übersehen werden, dass das theoretische Fundament bei genauerer Betrachtung in vielfältiger Hinsicht angreifbar ist. Gleichwohl erscheint die Berücksichtigung bzw. die Diskussion dieser Theorie sinnvoll, zumal sie zweifellos relevante Aspekte[152]

147 In subjektiver Hinsicht ist auf Seiten des Gläubigers einzig die Vermögenslage des Schuldners von Relevanz (*Kohn-Löffelmann* (Fn. 13), S. 165 f.). Art. 287 Abs. 2 SchKG sieht einen Exkulpationsbeweis des Begünstigen vor (*Umbach-Spahn* (Fn. 134), Art. 287 N 9).

148 *Jucker* (Fn. 132), S. 83 f.

149 *Staehelin* (Fn. 1), S. 82.

150 Eindrücklich *Anderson/Summers*, Bankruptcy response manual for creditors, 2. Aufl. (1993) zit. in *Lambrecht/Perraudin*, Creditor races and contingent claims, EER 1996, S. 897–907, S. 899 (»*The squeaky wheel usually gets paid. Be that squeaky wheel and always accept a preference.*«).

151 *Bork* (Fn. 17), S. 598; *Keay* (Fn. 27), S. 79; *Tabb* (Fn. 30), S. 991; *McCoid* (Fn. 44), S. 273. Siehe mit weiteren Argumenten auch *Kraus* (Fn. 66), S. 1458 f.; *Countryman* (Fn. 66), S. 748; *Pilgram*, Ökonomische Analyse der bundesdeutschen Insolvenzordnung (1999), S. 151 ff.; *Steffek*, Präventionseffekte im Insolvenzanfechtungsrecht, ZPR 2007, S. 228–230, S. 228 ff.; *Tabb* (Fn. 45), S. 411; *Mooney* (Fn. 86), S. 1031 f.; *Carlson* (Fn. 139), S. 216; *Ponoroff*, Evil Intentions and an Irresolute Endorsement for Scientific Rationalism: Bankruptcy Preferences One More Time, Wis. L. Rev. 1993, S. 1439–1532, S. 1479.

152 Z. B. die wertvernichtende Zerschlagung des schuldnerischen Vermögens bei Geltung des Prioritätsprinzips.

herausgreift[153]. Des Weiteren kann aufgrund vorstehender Überlegungen im Ergebnis festgehalten werden, dass die verhaltenssteuerende Wirkung der Überschuldungsanfechtung zweifelhaft erscheint. In diesem Zusammenhang sind mögliche weitergehende Forschungsthemen erkennbar[154].

Um die angesprochenen Aspekte definitiv würdigen zu können, wäre in beiden Fällen, d.h. sowohl hinsichtlich der Effizienz des Ziels, als auch hinsichtlich der verhaltenssteuerenden Wirkung, empirische Forschung notwendig; andernfalls kann eine verlässliche Gewichtung der einzelnen Argumente kaum erfolgen. Im Hinblick auf den gegenwärtigen Stand der Disziplin der rechtsökonomischen Analyse des Rechts in der Schweiz ist jedoch anzunehmen, dass derartige Forschung in absehbarer Zeit kaum erfolgen wird.

153 Anders *Carlson* (Fn. 53), S. 1341, welcher *Jacksons* Überlegungen kritisiert und festhält, dass diese lediglich denjenigen Personen zusagen, welche davon ausgehen, dass »schlechte« rechtsökonomische Überlegungen einem Zustand, in welchem keine rechtsökonomische Überlegungen angestellt werden, vorzuziehen sind.

154 Bspw. liesse sich prüfen, wie die verhaltenssteuernde Wirkung erhöht werden könnte (vgl. dazu *McCoid* (Fn. 44), S. 268 ff.) oder ob die Überschuldungsanfechtung (aus rechtsökonomischer Perspektive) gänzlich aufgegeben werden sollte (vgl. hierzu *McCoid* (Fn. 44), S. 270 ff.; *Keay* (Fn. 27), S. 82 ff.; *Ponoroff* (Fn. 151), S. 1487 f.).