

Franco Lorandi

# Anspruchsberechtigter bei Staatshaftungsansprüchen im Konkurs (Art. 5 SchKG)

Die Konkursmasse oder jeder Konkursgläubiger?



## INHALTSÜBERSICHT

### I. Problemstellung

### II. Überblick über das Haftungsregime von Art. 5 SchKG

### III. Anspruchsberechtigung bei der Staatshaftungsklage im Konkursverfahren

- A. Schaden und Geschädigter
- B. Kritische Einordnung

## I. Problemstellung

Wenn die Konkursverwaltung bei der Abwicklung eines Konkursverfahrens einen Schaden (von z.B. 100) verursacht, dann haftet dafür der Kanton. Dabei stellt sich die Frage, *wer* geschädigt und damit anspruchsberechtigt ist: Ist es die Konkursmasse im gesamten Umfang (von 100) oder jeder Konkursgläubiger anteilmässig (sodass z.B. bei 50 Konkursgläubigern mit gleich hohen Forderungen jeder im Umfang von 2 geschädigt ist). Ausgehend von einem alten BGE, in welchem das Bundesgericht Aussagen dazu macht, soll dieser Frage nachfolgend nachgegangen werden.

## II. Überblick über das Haftungsregime von Art. 5 SchKG

Der Kanton haftet für den Schaden, den die Beamten oder die ausseramtlichen Konkursverwaltungen bei der Erfüllung ihrer Aufgaben, die ihnen das SchKG zuweist, verursachen (Art. 5 Abs. 1 SchKG). Das SchKG sieht damit eine (primäre) ausschliessliche Staatshaftung im Sinne einer Organisationshaftung vor, wenn Zwangsvollstreckungsorgane (im weitesten Sinn) einen Schaden verursachen.<sup>1</sup> Es

<sup>1</sup> BSK SchKG I-GASSER, Art. 5 N 7 f., in: Daniel Staehelin/Thomas Bauer/Franco Lorandi (Hrsg.), Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I, Basler Kommentar, 3. A., Basel 2021 (zit. BSK SchKG I-BEARBEITER/IN); PIERRE-ROBERT GILLIÉRON, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Bd. I, Basel/Lausanne 1999, Art. 5 N 11 f.; CR LP-DALLÈVES, Art. 5 N 1, in: Louis Dallèves (†)/Bénédict Foëx/Nicolas Jeandin (Hrsg.), Poursuite et faillite, Commentaire Romand, Basel 2005 (zit. CR LP-BEARBEITER/IN); FRÉDÉRIC KRAUSKOPF/MONA ERB, Die Staatshaftung nach Art. 5 SchKG, Eine materiell-rechtliche Bestandesaufnahme und kritische Untersuchung, in: Alexander R. Markus/Stephanie Hrubesch-Millauer/Rodrigo Rodriguez (Hrsg.), Zivilprozess und Vollstreckung national und international – Schnittstellen und Vergleiche, FS für Jolanta Kren Kostkiewicz, Bern 2018, 523 ff., 524; BGer, 5A\_741/2018, E. 3.3; VGer GL, VG.2019.00134, 30.4.2020, E. 3.1.

handelt sich um eine Kausalhaftung, da kein Verschulden des SchKG-Organs erforderlich ist.<sup>2</sup>

Die Verantwortlichkeit nach Art. 5 Abs. 1 SchKG setzt – übereinstimmend mit der Haftung nach Art. 41 OR – ein widerrechtliches Verhalten voraus, durch das ein Schaden verursacht worden ist.<sup>3</sup> Die Begriffe Schaden, Widerrechtlichkeit und Kausalzusammenhang sind im Wesentlichen im gleichen Sinne wie im OR zu verstehen.<sup>4</sup>

Notwendig ist damit das Vorliegen eines Vermögensschadens, d.h. der Eintritt einer unfreiwilligen Vermögensverminderung. Bei der Schädigung im Rahmen eines Konkursverfahrens besteht der Schaden in der Differenz des Verwertungserlöses, wie er mit und ohne das schädigende Ereignis vorliegt.<sup>5</sup>

Widerrechtlichkeit liegt vor, wenn ein absolutes Recht verletzt wird oder wenn (in Bezug auf einen Vermögensschaden) gesetzliche Bestimmungen (namentlich des Voll-

**Weshalb werden die ansonsten nur reflexmässig geschädigten Gläubiger zufolge der Konkurseröffnung plötzlich zu direkt Geschädigten, wenn nach Konkurseröffnung ein Schaden eintritt?**

streckungsrechts) verletzt sind, welche Schäden vermeiden wollen.<sup>6</sup> Dabei darf der Schutzzweck der vollstreckungsrechtlichen Normen nicht zu restriktiv verstanden werden.<sup>7</sup>

Die widerrechtliche schädigende Handlung muss natürlich und adäquat kausal für den Eintritt des Schadens sein.<sup>8</sup> Das schadenstiftende Handeln des Vollstreckungsorgans muss schliesslich in einem funktionellen Zusammenhang mit der Erfüllung deren Vollstreckungsaufgaben stehen.<sup>9</sup>

2 BSK SchKG I-GASSER (FN 1), Art. 5 N 8; GILLIÉRON (FN 1), Art. 5 N 13.

3 KURT AMONN/FRIDLIN WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. Aufl., Bern 2013, § 5 N 7.

4 AMONN/WALTHER (FN 3), § 5 N 8; WALTER A. STOFFEL/ISABELLE CHABLOZ, Voies d'exécution, Poursuite pour dettes, exécution de jugements et faillite en droit suisse, 3. A., Bern 2016, § 2 N 53.

5 MARCO LEVANTE, in: Daniel Hunkeler (Hrsg.), Kurzkommentar zum Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, 2. A., Basel 2014 (zit. KUKO SchKG-BEARBEITER/IN), Art. 5 N 4; BGER, 5A.14/2002, E. 3.1 (Pra 2003, Nr. 125).

6 BSK SchKG I-GASSER (FN 1), Art. 5 N 40; BGER, 5A.14/2002, E. 3.1.

7 BSK SchKG I-GASSER (FN 1), Art. 5 N 40.

8 BSK SchKG I-GASSER (FN 1), Art. 5 N 37 ff.; PATRICK MÜGGLER, in: Jolanta Kren Kostkiewicz/Dominik Vock (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG, 4. A., Zürich 2017 (zit. SK-Komm.-BEARBEITER/IN), Art. 5 SchKG N 7; AMONN/WALTHER (FN 3), § 5 N 16.

9 KUKO SchKG-LEVANTE (FN 5), Art. 5 N 15; SK-Komm.-MÜGGLER (FN 8), Art. 5 SchKG N 16.

Welche Behörden über einen Staatshaftungsanspruch i.S.v. Art. 5 SchKG entscheiden und welche Verfahrensbestimmungen zur Anwendung gelangen, richtet sich nach kantonalem Recht.<sup>10</sup>

### III. Anspruchsberechtigung bei der Staatshaftungsklage im Konkursverfahren

Das Gesetz sagt in Art. 5 Abs. 1 SchKG nicht, wer bei einem Staatshaftungsanspruch aktivlegitimiert bzw. anspruchsberechtigt ist.<sup>11</sup> Aus anderen Bestimmungen (Art. 5 Abs. 2, Art. 6 Abs. 1 SchKG) ergibt sich, dass die Berechtigung dem «Geschädigten» zukommt.<sup>12</sup> In der Literatur werden die am Vollstreckungsverfahren Beteiligten als Geschädigte genannt;<sup>13</sup> dies kann der Schuldner, ein Gläubiger<sup>14</sup> oder ein Dritter (wie der Ersteigerer oder der Dritteigentümer eines Vermögenswertes) sein.<sup>15</sup> Zuweilen wird nur gesagt, aktivlegitimiert sei der Geschädigte<sup>16</sup> bzw. dieser und seine Rechtsnachfolger.<sup>17</sup>

Es ist zwar umstritten, ob die Aufsichtsbehörden (Art. 13 SchKG)<sup>18</sup> oder der Sachrichter<sup>19</sup> darüber entschei-

10 Botschaft vom 8. Mai 1991 über die Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG), BBl 1991 III 1 ff., 27; KUKO SchKG-LEVANTE (FN 5), Art. 5 N 19; BSK SchKG I-GASSER (FN 1), Art. 5 N 51 ff.; BGE 126 III 431 E. 1b.

11 ERNST BLUMENSTEIN, Handbuch des Schweizerischen Schuldbetreibungsrechts, Bern 1911, 58; ALEJANDRO J. MORALES SANCHO, Die Schadenersatzklagen im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht (Diss Bern 2019), Zürich/St. Gallen 2020, N 176; DENISE WEINGART, Arrestabwehr – Die Stellung des Schuldners und des Dritten im Arrestverfahren (Diss. Bern 2015), Bern 2015, N 770.

12 DOMINIK VOCK/DANIÈLE MÜLLER, SchKG-Klagen nach der Schweizerischen ZPO, Zürich/Basel/Genf 2012, 48; WEINGART (FN 11), N 77; BGER, 5P.119/2000, E. 1b; KGer BL, 810 21 7 vom 27.10.2021, E. 5.1.

13 BLUMENSTEIN (FN 11), 58 f.; VOCK/MÜLLER (FN 12), 48.

14 KRAUSKOPF/ERB (FN 1), 538; MORALES SANCHO (FN 11), N 177 Fn. 432 spricht von «Hauptgeschädigten».

15 CARL JAEGER, Das Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs, Bd. I, 3. A., Zürich 1911, Art. 5 N 5; KUKO SchKG-LEVANTE (FN 5), Art. 5 N 3; VOCK/MÜLLER (FN 12), 48; SK-Komm.-MÜGGLER (FN 8), Art. 5 SchKG N 7; CR LP-DALLÈVES (FN 1), Art. 5 N 3; FABIANA THEUS SIMONI, in: Willi Fischer/Thierry Luterbacher (Hrsg.), Haftpflichtkommentar, Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen, Zürich/St. Gallen 2016 (zit. HaftpflichtKomm-BEARBEITER/IN), Art. 5 SchKG N 7; KRAUSKOPF/ERB (FN 1), 538; NICOLAS JEANDIN, Les actions en responsabilités de la LP, JdT 2010 II, 90 ff., 104.

16 HELEN RENGGLI, in: Kurt Boesch et al. (Hrsg.), Klagen und Rechtsbehelfe im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Basel 2018, N 5.9.

17 BLUMENSTEIN (FN 11), 59.

18 BGE 114 III 21 E. 5b; 43 III 281, 286.

19 HANS FRITZSCHE/HANS ULRICH WALDER, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Bd. II, 3. A., Zürich 1993, § 52 N 22; BSK SchKG II-BACHOFNER, Art. 260 N 15, in: Daniel Staehelin/Thomas Bauer/Franco Lorandi (Hrsg.), Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II, Basler Kommentar, 3. A., Basel 2021 (zit. BSK SchKG II-BEARBEITER/IN); OGer OW, 16.5.2013 (AbR 2012/13 Nr. 15), E. 10.2 und 10.3.

den, ob ein Vermögenswert zur Konkursmasse gehört. Im Prozess über den Staatshaftungsanspruch scheint jedoch klar, dass die dafür zuständige Instanz (je nach Verfahrensrecht eine Zivil- oder Verwaltungsbehörde<sup>20</sup>) über die Anspruchsberechtigung (bzw. Aktivlegitimation) entscheidet.

Nachfolgend soll untersucht werden, wer *im Konkursverfahren* anspruchsberechtigt ist, wenn SchKG-Organen während des Konkursverfahrens schadenstiftende Akte setzen.

## A. Schaden und Geschädigter

Wie im zivilen Haftpflichtrecht hängt auch bei der Staatshaftung i.S.v. Art. 5 SchKG die Aktivlegitimation eng mit dem Begriff des Schadens zusammen.

### 1. Rechtsprechung zum Schaden

Für den Begriff des *Schadens*, der Schadensart und die Schadensberechnung ist bei der Staatshaftung gemäss Art. 5 SchKG in analoger Anwendung auf die Rechtsprechung zum privatrechtlichen Haftpflichtrecht zurückzugreifen.<sup>21</sup> Damit gilt auch in Bezug auf Art. 5 SchKG, dass einzig der *direkte Schaden*, nicht aber ein Reflexschaden ersatzfähig ist.<sup>22</sup>

Dies gilt namentlich, wenn der Konkursrichter (welcher ebenfalls zu den Vollstreckungsorganen gehört, für welche der Kanton gemäss Art. 5 Abs. 1 SchKG haftet) trotz Überschuldungsanzeige der schuldnerischen Gesellschaft (Art. 725b Abs. 3 revOR) untätig bleibt, anstatt unverzüglich den Konkurs zu eröffnen (Art. 191 SchKG).<sup>23</sup> Diesfalls ist einzig die schuldnerische Gesellschaft geschädigt und damit in Bezug auf den Staatshaftungsanspruch aktivlegitimiert, nicht aber der einzelne Konkursgläubiger.<sup>24</sup>

Gleich verhielt es sich für einen Gläubiger, welcher sich von der Konkursmasse paulianische Anfechtungsansprüche (gemäss Art. 260 SchKG) abtreten liess, welche im

Zeitpunkt der Abtretung (nach früherem SchKG) allerdings bereits verwirkt waren. Der Abtretungsgläubiger wollte den Kanton in die Haftung nehmen. Das Bundesgericht hielt fest, dem Abtretungsgläubiger sei «kein eigener Schaden erwachsen»; ein Staatshaftungsanspruch habe ein eigenes rechtliches Schicksal und hätte selbständig abgetreten werden müssen.<sup>25</sup>

## 2. Alter Bundesgerichtsentscheid zur Aktivlegitimation (BGE 43 III 281)

Gemäss einem mehr als hundert Jahre alten Entscheid soll es sich beim Staatshaftungsanspruch zufolge schädigenden Handlungen während des Konkursverfahrens um einen Anspruch handeln, welcher aus der Verletzung eines gegenüber den Konkursgläubigern als solchen bestehenden Pflichtverhältnisses hergeleitet wird. Der Schadenersatzanspruch entstehe damit unmittelbar in der Person der Konkursgläubiger und könne demzufolge von *jedem einzelnen Gläubiger*,<sup>26</sup> in dem Umfang, als er tatsächlich geschädigt ist, geltend gemacht werden.<sup>27</sup>

Die Folge dieser Sichtweise<sup>28</sup> ist, dass der Staatshaftungsanspruch nicht in die Konkursmasse fällt, sondern «den unmittelbar Geschädigten» zusteht,<sup>29</sup> weshalb er weder ins Inventar (Art. 221 SchKG) aufzunehmen<sup>30</sup> noch gemäss Art. 260 SchKG an die Konkursgläubiger abgetreten werden kann.<sup>31</sup>

## B. Kritische Einordnung

Der sehr alte Bundesgerichtsentscheid<sup>32</sup> kommt zu einem diametral anderen Ergebnis als es der Regelung im allgemeinen Haftpflichtrecht entspricht, welche auch auf die Staats-

20 Vgl. vor FN 10.

21 AMONN/WALTHER (FN 3), § 5 N 7 f.; VOCK/MÜLLER (FN 12), 46; SK-Komm.-MÜGGLER (FN 8), Art. 5 SchKG N 6; BSK SchKG I-GASSER (FN 1), Art. 5 N 9; KUKO SchKG-LEVANTE (FN 5), Art. 5 N 4; MORALES SANCHO (FN 11), N 127; HaftpflichtKomm-THEUS SIMONI (FN 15), Art. 5 SchKG N 12; KRAUSKOPF/ERB (FN 1) 534 f.; BGE 80 III 41 E. 3; BGer, 5A\_741/2018, E. 3.3; 5A\_54/2008, E. 4.1; 5A.14/2002, E. 3.1; 5P.119/2000, E. 4c/aa; VGer GL, VG.2019.00134, 30.4.2020, E. 3.3.1.

22 BSK SchKG I-GASSER (FN 1), Art. 5 N 9; HaftpflichtKomm-THEUS SIMONI (FN 15), Art. 5 SchKG N 12; SK-Komm.-MÜGGLER (FN 8), Art. 5 SchKG N 6; MORALES SANCHO (FN 11), N 43; KRAUSKOPF/ERB (FN 1), 535; JEANDIN (FN 15), JdT 2010 II, 101 f.; WEINGART (FN 11), N 773; VGer GL, VG.2019.00134, 30.4.2020, E. 3.3.1; vgl. in Bezug auf die Haftung des Konkursgerichts auch KUKO SchKG-LEVANTE (FN 5), Art. 5 N 14.

23 KUKO SchKG-LEVANTE (FN 5), Art. 5 N 14; BGE 127 III 374 E. 3, insbesondere E. 3d; VGer GL, VG.2019.00134, 30.4.2020, E. 3.3.1; vgl. auch DOMINIK GASSER, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht des Jahres 2001, BlSchK 2002, 201 ff., 202.

24 BGE 127 III 374 E. 3d/e.

25 BGer, 5A\_359/2010, E. 3.

26 Auch BGE 120 Ib 248 E. 2 scheint (in Bezug auf das kantonale Haftungsgesetz des Kantons Zug) von einem individuellen Schaden eines Konkursgläubigers auszugehen (ohne dies näher auszuführen), als der Konkursrichter zu lange mit der Konkurseröffnung zugewartet hatte.

27 BGE 43 III 281, 285; Cour de Justice GE, DCSO/195/2010, 15.4.2010, E. 2b; DCSO/274/2007, 14.6.2007, E. 2b/2d; vgl. auch BGE 114 III 21 E. 5b.

28 Zu praktischen Problemen vgl. unten III.B.c.

29 OGer OW, 16.5.2013 (AbR 2012/13 Nr. 15), E. 10.3.

30 BSK SchKG II-BACHOFNER (FN 19), Art. 260 N 15; KUKO SchKG-BÜRGI (FN 5), Art. 260 N 3; OGer OW, 16.5.2013 (AbR 2012/13 Nr. 15), E. 10.2.

31 BSK SchKG II-BACHOFNER (FN 19), Art. 260 N 15; KUKO SchKG-BÜRGI (FN 5), Art. 260 N 3; BGE 43 III 281, 284; OGer OW, 16.5.2013 (AbR 2012/13 Nr. 15), E. 10.2 und 10.3; BGE 114 III 374 E. 5b und diesen Entscheid rezipierend einzelne Autoren (BSK SchKG II-LUSTENBERGER/SCHENKER [FN 19], Art. 221 N 22a; KUKO SchKG-SCHOBER [FN 5], Art. 221 N 21; KUKO SchKG-LEVANTE [FN 5], Art. 5 N 3) sprechen unpräzise von «Ansprüchen gegen die Konkursverwaltung», meinen aber Staatshaftungsansprüche i.S.v. Art. 5 SchKG. Gegen den Fehlbaren selbst (wie die Konkursverwaltung) ist ein Anspruch jedoch schon ex lege ausgeschlossen (Art. 5 Abs. 2 SchKG).

32 BGE 43 III 281, 285.

haftung Anwendung findet,<sup>33</sup> und welche Regelung das Bundesgericht 84 Jahre später auch für die Staatshaftung als relevant erkannt hat.<sup>34</sup> Dies ruft nach einer Einordnung.

Vorausschickend ist darauf hinzuweisen, dass sich die Haftungsvoraussetzungen seit dem Entscheid BGE 43 III 281 und heute nicht massgeblich geändert haben. Der Umstand, dass bis Ende 1996 der Beamte unbeschränkt privat haftete und noch keine Staatshaftung galt, dürfte für das Bundesgericht im Hinterkopf jedoch sicher präsent gewesen sein und könnte beim Entscheid eine Rolle gespielt haben.

### 1. Haftungsrechtlicher Konzeptwechsel zufolge Konkurseröffnung?

Vorab stellt sich die grundlegende Frage, weshalb für Handlungen (oder Unterlassungen) der SchKG-Organen *nach* Konkurseröffnung etwas grundlegend anderes gelten soll als für die Zeit vorher. Ob ein Dritter oder ein Gesellschaftsorgan die aufrechtstehende Gesellschaft bestiehlt oder deren Fahrzeug beschädigt, oder ob dies nach Konkurseröffnung durch ein SchKG-Organ (wie z.B. die Konkursverwaltung) erfolgt, kann nach den allgemeinen Regeln des Haftpflichtrechts<sup>35</sup> wahrlich keinen Unterschied machen.

Es ist auf jeden Fall *nicht naheliegend* und damit *begründungsbedürftig*, weshalb bei der Staatshaftung ausschliesslich die bloss reflexartig geschädigten Gläubiger aktivlegitimiert sein sollen, während diese Kategorie von Geschädigten im gesamten Haftpflichtrecht als aktivlegitimierte Parteien ausgeschlossen ist. Oder anders gefragt: Weshalb werden die ansonsten nur reflexmässig geschädigten Gläubiger zufolge der Konkurseröffnung plötzlich zu direkt Geschädigten, wenn nach Konkurseröffnung ein Schaden eintritt?

### 2. Schutzzweck der SchKG-Normen

In seiner Begründung unterstellt das Bundesgericht (nota bene pauschal, ohne weitere Erläuterung und ohne jede Belegstelle), dass man es bei der Staatshaftung mit Rechten zu tun habe, die dem Schutz der einzelnen Konkursgläubiger dienen würden.<sup>36</sup> Dieser einseitigen Sichtweise ist zu widersprechen. Die Konkursaktiven gehören zivilrechtlich auch nach Konkurseröffnung dem Schuldner.<sup>37</sup> Dies gilt namentlich auch dann, wenn dieser eine juristische Person ist. So-

weit der Konkursbeschlagnahme, gehören die Aktiven zur Konkursmasse.

Die Verhaltenspflichten der SchKG-Organen ergeben sich nicht aus Art. 5 SchKG, sondern aus sonstigen gesetzlichen Bestimmungen. So sagt das Gesetz etwa, wenn in Bezug auf Konkursaktiven Sicherungsmassnahmen zu treffen sind (Art. 221, Art. 223 SchKG), welche zur Erhaltung der Aktiven notwendigen Handlungen vorzunehmen sind

**Geht man von individuellen Ansprüchen der Konkursgläubiger aus, so führt dies zu einer eigentlichen Atomisierung der Haftungsansprüche.**

(Art. 240 SchKG), wie unbestrittene, fällige Guthaben einzuziehen sind (Art. 243 Abs. 1 SchKG), wann und wie Notverkäufe ohne Aufschub vorzunehmen sind (Art. 243 Abs. 2 SchKG), dass bei der Verwertung ein möglichst günstiges Ergebnis erzielt werden soll (Art. 259 i.V.m. Art. 134 Abs. 1 SchKG) oder dass Gelder bei den kantonalen Depositenanstalten zu führen sind (Art. 24, Art. 264 Abs. 3 SchKG).

In allen diesen Fällen wird kein individuelles Pflichtverhältnis der Konkursverwaltung zu jedem Konkursgläubiger begründet, wie dies das Bundesgericht postuliert. Es werden vielmehr Pflichten dem Schuldner sowie der Gläubigersamtheit gegenüber begründet.

Die Fiktion eines ausschliesslichen, *individuellen* Pflichtverhältnisses der SchKG-Organen jedem einzelnen Gläubiger gegenüber ist weder sinnfällig noch naheliegend. Daran ändert m.E. nichts, dass jeder Gläubiger (individuell) gegen solche (schadenstiftende) Handlungen der SchKG-Organen, welche als Verfügung qualifizieren, Beschwerde an die Aufsichtsbehörde führen kann (Art. 17 SchKG).

### 3. Ungelöste Fragen und praktische Folgen bei individuellen Staatshaftungsansprüchen der Gläubiger

Geht man dagegen BGE 43 III 281 folgend von individuellen Ansprüchen der Konkursgläubiger aus, so führt dies zu einem zu einer eigentlichen *Atomisierung der Haftungsansprüche*. Der Gesamtschaden würde zufolge Aufteilung auf die einzelnen Konkursgläubiger in kleinste Teile zerbröckelt; es läge eine Art «Streuschaden» vor. Dies hätte zur Folge, dass die Durchsetzung solcher Klein- und Kleinstansprüche schon rein faktisch sehr erschwert, wenn nicht geradezu verunmöglicht würde.

Die Fiktion der individuellen Schädigung der Konkursgläubiger hat zum andern aber auch gravierende praktische Nachteile. Ob bzw. in welchem Umfang eine Person,

<sup>33</sup> III.A.1.

<sup>34</sup> BGE 114 III 374 E. 5b.

<sup>35</sup> Auf die Pandorabüchse der Schadensdiskussion bei der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit (Art. 757 OR) soll an dieser Stelle nicht eingegangen werden.

<sup>36</sup> BGE 43 III 281, 285.

<sup>37</sup> BSK SchKG II-WOHLFAHRT/HONEGGER (FN 19), Art. 204 N 1; BGE 132 III 432 E. 2.4; BGer, 5C.150/2001, E. 2.2.

welche im Konkurs eine Forderung eingegeben hat, tatsächlich geschädigt<sup>38</sup> bzw. überhaupt (Konkurs-)Gläubigerin ist, steht im Ablauf des Konkursverfahrens *frühestens nach Vorliegen eines rechtskräftigen Kollokationsplans* fest. Zudem hängt der individuelle Gläubigerausfall auch davon ab, ob einem Gläubiger für seine Konkursforderung ein Vorzugsrecht (wie etwa ein Pfandrecht) oder ein Konkursprivileg (Art. 219 Abs. 4 SchKG) zukommt und welche Deckung er im Konkurs ohnehin, d.h. ohne eine Schadenersatzpflicht des Staates erhält. Der Umfang der Gläubigerdeckung setzt ihrerseits eine *rechtskräftige Verteilungsliste* voraus.

Es kommt hinzu, dass bis zum Vorliegen einer rechtskräftigen Verteilungsliste nicht nur (mangels Kenntnis des Schadensumfangs) kein Anspruch eingeklagt werden könnte, der Anspruch könnte auch schon verjährt sein (Art. 6 SchKG). Alle diese Folgen wurden in BGE 43 III 281 weder thematisiert noch scheinen sich solche Fragen gestellt zu haben. Das Bundesgericht hat mit seinem Entscheid (wohl nichtsahnend) eine *Pandorabüchse* kreierte, ohne je den Deckel zu heben.

#### 4. Anspruchsberechtigung der Konkursmasse

Nach der hier vertretenen Sichtweise schützen die Verhaltensnormen des SchKG, deren Verletzung die Staatshaftung auslöst (Art. 5 SchKG), sowohl die Gläubigergesamtheit als auch den Schuldner.<sup>39</sup> Wird durch eine Verletzung dieser Pflichten ein Schaden begründet, so trifft dieser den Schuldner, zumal er trotz Konkurseröffnung bzw. Konkursverfahren Träger seiner Aktiven bleibt. Der Staatshaftungsanspruch steht somit dem Schuldner zu und der Anspruch fällt zufolge des Konkursbeschlags in die Konkursmasse (Art. 197 Abs. 2 SchKG). Die Konkursgläubiger sind dagegen einzig reflexmässig geschädigt, weil ihnen im Konkurs weniger Haftungssubstrat (des Schuldners) zur Verfügung steht.

Insofern verhält es sich m.E. analog zu den paulianischen Anfechtungsansprüchen (Art. 285 ff. SchKG): Auch wenn diese auf Handlungen des Schuldners vor der Insolvenz gründen und die Ansprüche mit Eintritt eines Insolvenzereignisses (ungenügende Pfändung [Art. 285 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG], Konkurs [Art. 285 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG] oder Bestätigung eines Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung [Art. 331 Abs. 1 SchKG]) entstehen, so schützen diese Normen die Gläubigergesamtheit. Die Anfechtungsansprüche stehen deshalb originär der Konkursmasse zu (Art. 285 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG; Art. 27 Abs. 2 KOV).

Um die eingangs erwähnten *Beispiele* wieder aufzugreifen:<sup>40</sup> Wenn ein Dritter (Privater) ein zur Konkursmasse gehörendes Aktivum entwendet oder ein Fahrzeug beschädigt, so tritt eine Schädigung im Vermögen des Schuldners ein. Der *zivilrechtliche* Haftungsanspruch steht dem Schuldner zu, fällt aber zufolge Konkursbeschlags in seine Konkursmasse.

Gleich verhält es sich für einen *Staatshaftungsanspruch* aufgrund einer schädigenden Handlung der Konkursverwaltung während des Konkursverfahrens. Auch dieser steht dem Schuldner zu und gehört zu seiner *Konkursmasse*. In welchem Umfang welche Gläubiger (entsprechend dem rechtskräftigen Kollokationsplan und der rechtskräftigen Verteilungsliste) an Zahlungen des Staates partizipieren, zeigt sich erst bei der Verteilung (d.h. im Innenverhältnis). Im Aussenverhältnis ist dagegen einzig die Konkursmasse berechtigt.

#### 5. Behandlung des Staatshaftungsanspruchs im Konkursverfahren

Als Aktivum im Konkurs ist der Staatshaftungsanspruch im *Inventar* aufzuführen (Art. 221 SchKG). Tut dies die Konkursverwaltung nicht von sich aus, so hat sie auf Aufforderung eines Gläubigers so zu verfahren. Ist der Staatshaftungsanspruch unstrittig, so ist er dem Kanton gegenüber, wenn nötig auf dem Betreibungsweg, einzuziehen (Art. 243 Abs. 1 SchKG). Ist der Anspruch strittig, hat die Konkursverwaltung diesen den Gläubigern gemäss Art. 260 SchKG zur Abtretung zu offerieren. Findet keine Abtretung gemäss Art. 260 SchKG statt, kann der Anspruch versteigert oder freihändig verwertet werden (Art. 260 Abs. 3 SchKG). Kann keine Verwertung erfolgen, so fällt er an den Gemeinschuldner bzw. steht er diesem ohne Konkursbeschlags zu.

Ist das von der Schädigung betroffene *Konkursaktivum pfandbelastet*, so unterliegt m.E. der Staatshaftungsanspruch ex lege (im Sinne eines stellvertretenden commodums<sup>41</sup>) ebenfalls der Pfandhaft. In Bezug auf den Staatshaftungsanspruch kommt in diesem Fall (in Umkehr der Regel von Art. 260 Abs. 3 SchKG) der *Versteigerung* bzw. dem *Freihandverkauf* Vorrang vor der Abtretung gemäss Art. 260 SchKG zu.<sup>42</sup>

Der Staatshaftungsanspruch kann, wenn dieser erst nach Abschluss des Konkursverfahrens entdeckt wird,

<sup>40</sup> Vgl. III.B.1.

<sup>41</sup> Zum Institut des stellvertretenden commodums vgl. BGE 112 II 235 E. 4c; BGer, 4C.199/2004, E. 10.1.

<sup>42</sup> Vgl. generell zum Vorrang der Versteigerung bzw. der freihändigen Verwertung bei pfandbelasteten Forderungen: BGE 93 III 23 E. 3; 58 III 108 E. 3; 50 III 66 E. 4; AB GE, DCSO/59/2014, 6.3.2014, E. 2.1.

<sup>38</sup> BGE 43 III 281, 285.

<sup>39</sup> III.B.2.

Grund und Gegenstand eines *Nachkonkurses* (i.S.v. Art. 269 SchKG) sein. Aufgrund dessen kann ein mangels Aktiven eingestelltes *Konkursverfahren* zufolge eines neu entdeckten Staatshaftungsanspruchs auch *wiedereröffnet* werden.<sup>43</sup> Bis zur Publikation der Einstellung des Konkurses mangels Aktiven kann der Konkursrichter seinen *Einstellungsentscheid* zudem auch *in Wiedererwägung ziehen*, wenn ein zur Masse gehörender Vermögenswert entdeckt wird.<sup>44</sup>

## 6. Ausnahmen und Sonderkonstellationen

Von der Grundregel, dass der Staatshaftungsanspruch zur Konkursmasse gehört, gibt es m.E. folgende<sup>45</sup> Ausnahmen: Wenn der *Schuldner eine natürliche Person* ist und von der Schädigung *konkursfreie Aktiven* (Art. 92 f., Art. 197 Abs. 2 SchKG e contrario) betroffen sind, dann ist (einzig) der Schuldner geschädigt. Mangels Konkursbeschlages steht ihm der Staatshaftungsanspruch uneingeschränkt zu, dieser fällt nicht in die Konkursmasse.

Wenn der *Konkurs widerrufen* (Art. 195 f. SchKG) oder *mangels Aktiven eingestellt* (und nicht wiedereröffnet<sup>46</sup>) wird (Art. 230 SchKG), gibt es keine Konkursmasse und keine Gläubigergesamtheit mehr. Erfolgt in der Zeit zwischen Konkurseröffnung und Widerruf bzw. Einstellung des Konkurses eine Schädigung, welche die Staatshaftung auslöst, so *steht* der Haftungsanspruch, nachdem der Konkursbeschluss entfallen ist, uneingeschränkt *dem Schuldner zu*. Er kann den Staatshaftungsanspruch selbst geltend machen und seine Gläubiger können (z.B. in einer nachfolgenden Pfändung) darin vollstrecken.

Wird das Konkursverfahren über eine *juristische Person* mangels Aktiven eingestellt, so kann der Pfandgläubiger die *Spezialliquidation* i.S.v. Art. 230a Abs. 2 SchKG verlangen. Wenn das von der Schädigung betroffene *Aktivum pfandbelastet* ist, unterliegt der Staatshaftungsanspruch m.E. *ex lege* (im Sinne eines stellvertretenden *commodums*) ebenfalls der Pfandhaft,<sup>47</sup> weshalb Art. 230a Abs. 2

SchKG zur Anwendung kommt. Es finden die Bestimmungen über das summarische Konkursverfahren Anwendung.<sup>48</sup> Aufgrund dessen ist der (pfandbelastete) Staatshaftungsanspruch in dieser Konstellation nicht nach Art. 260

**Das Bundesgericht hat mit seinem Entscheid (wohl nichtsahnend) eine Pandorabüchse kreiert, ohne je den Deckel zu heben.**

SchKG den Gläubigern zur Abtretung anzubieten, sondern dieser ist zu versteigern bzw. freihändig zu verwerten, damit der Pfandgläubiger aus dem Pfanderlös befriedigt werden kann.<sup>49</sup>

Wird der Konkurs über eine *ausgeschlagene Erbschaft* mangels Aktiven eingestellt und ist zwischen Konkurseröffnung und dem Einstellungsentscheid ein Staatshaftungsanspruch entstanden, dann wird dieser Gegenstand der *Spezialliquidation* gemäss Art. 230a Abs. 1, 3 und 4 SchKG.

## 7. Verfahrensmässiger Geltungsbereich

Das vorstehend dargelegte Ergebnis gilt zunächst einmal im (durchgeführten) ordentlichen oder summarischen Konkursverfahren. Gleiches gilt, wenn das Konkursverfahren durch einen Auflösungsentscheid des Zivilgerichts zufolge eines Organisationsmangels ausgelöst wird (Art. 731b Abs. 1<sup>bis</sup> Ziff. 3 OR)<sup>50</sup> sowie bei Abwicklung eines Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung (Art. 317 ff. SchKG). Eine analoge Anwendung greift Platz beim Hilfskonkursverfahren gemäss Art. 166 ff. IPRG nach Anerkennung eines ausländischen Insolvenzscheids.

<sup>43</sup> Vgl. generell zur Wiedereröffnung eines mangels Aktiven eingestellten Konkurses bei Entdeckung neuer Vermögenswerte: BGE 110 II 396 E. 2; BGer, 5A\_857/2020, E. 2.1.1; 4A\_467/2018, E. 5.2; 4A\_407/2018, E. 4 und umfassend Internet: [www.konkurseinstellung-praxis.ch](http://www.konkurseinstellung-praxis.ch) (Abruf 6.2.2023).

<sup>44</sup> Vgl. generell zur Wiedererwägung des Einstellungsentscheids bei Entdeckung neuer Vermögenswerte: BGE 102 III 78 E. 5; BGer, 5A\_306/2014, E. 3.1; 5A\_665/2012, E. 3.4.3; und umfassend Internet: [www.konkurseinstellung-praxis.ch](http://www.konkurseinstellung-praxis.ch) (Abruf 6.2.2023).

<sup>45</sup> Bereits erwähnt (vgl. III.B.5.) wurde die Ausnahme, dass in Bezug auf den Staatshaftungsanspruch keine Abtretung gemäss Art. 260 SchKG verlangt wurde, und eine Versteigerung bzw. ein Freihandverkauf nicht realisiert werden konnte, sodass der Anspruch in dem Sinne an den Schuldner «zurückfällt», dass kein Konkursbeschluss (mehr) besteht.

<sup>46</sup> Vgl. dazu III.B.5.

<sup>47</sup> Vgl. vor FN 41.

<sup>48</sup> BGE 130 III 481 E. 2.3 (Pra 2005, Nr. 42); BGer, 5A\_796/2016, E. 3.3.3.

<sup>49</sup> LORANDI, SchKG-Konkurseinstellung-Praxis.ch, Art. 230a SchKG Kom. 12 (Internet: <https://www.konkurseinstellung-praxis.ch/> [Abruf 6.2.2023]); vgl. auch OGer SH, OGE 93/2015/18, vom 2. Februar 2021, E. 2.2.

<sup>50</sup> Auch wenn formell zunächst (vgl. Art. 731b Abs. 4 OR und zur praktischen Handhabung dieser missglückten Gesetzesnorm: KARL WÜTHRICH, Konkurseröffnung in Anwendung von Art. 731b Abs. 4 OR während schon laufendem Konkursverfahren, ZZZ 2022, 39 ff.) keine Konkurseröffnung vorliegt, so findet gleichsam ein «normales» Konkursverfahren statt (BGE 148 IV 170 E. 3.4.4; 141 III 43 E. 2.3.1).