

Zahlungen an Dienstleister bei Insolvenzgefahr

Pauliana und Konkursdelikte

DISSERTATION

der Universität St. Gallen,
Hochschule für Wirtschafts-,
Rechts- und Sozialwissenschaften
sowie Internationale Beziehungen (HSG)
zur Erlangung der Würde einer
Doktorin der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

Denise Jagmetti

von Zürich und aus Ungarn

Genehmigt auf Antrag der Herren

Prof. Dr. Franco Lorandi

und

Prof. Dr. Vito Roberto

Dissertation Nr. 4836

Dike Verlag AG Zürich/St. Gallen 2019

Die Universität St. Gallen, Hochschule für Wirtschafts-, Rechts- und Sozialwissenschaften sowie Internationale Beziehungen (HSG), gestattet hiermit die Drucklegung der vorliegenden Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

St. Gallen, den 24. Oktober 2018

Der Rektor:

Prof. Dr. Thomas Bieger

Die gleiche Arbeit ist erschienen als Band 346 der Schriftenreihe
«Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht»,
herausgegeben von Prof. Dr. Peter Forstmoser.
ISBN 978-3-03891-093-0

Vorwort

Mein Dank gilt allen, die mich beim Erstellen der vorliegenden Dissertation unterstützt haben.

Ein besonderer Dank gebührt Herrn Prof. Dr. Franco Lorandi und Herrn Prof. Dr. Vito Roberto für die Betreuung dieser Arbeit, die wertvollen Anregungen und das entgegengebrachte Interesse. Herzlich danken möchte ich auch Dr. Luca Jagmetti, Dr. Renato Costantini und Anja Affolter Marino für die kritische Durchsicht des Manuskripts.

Mein herzlichster Dank geht an meine Eltern. Sie haben mich immer in jeglicher Hinsicht unterstützt. Ihnen und meinem lieben Mann ist diese Arbeit gewidmet.

Zürich, im November 2018

Denise Jagmetti

Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis	XI
Zusammenfassung	XXVII
Executive Summary	XXIX
Résumé	XXXI
Abkürzungsverzeichnis	XXXIII
Literaturverzeichnis	XXXIX
Materialienverzeichnis	LXVII
Einleitung	1
1. Kapitel: Grundlagen	3
§ 1 Insolvenzgefährdete Unternehmen	3
§ 2 Dienstleistungsverträge	12
§ 3 Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung	14
2. Kapitel: Pauliana – Allgemeiner Teil	19
§ 1 Einleitung	19
§ 2 Allgemeine Anspruchsvoraussetzungen der Pauliana	31
§ 3 Wirkungen der Anfechtung	47
3. Kapitel: Schenkungspauliana (Art. 286 SchKG)	51
§ 1 Im Allgemeinen	51
§ 2 Bei Dienstleistungen	56
4. Kapitel: Überschuldungspauliana (Art. 287 SchKG)	59
§ 1 Im Allgemeinen	59
§ 2 Bei Dienstleistungen	70
5. Kapitel: Absichtspauliana (Art. 288 SchKG)	73
§ 1 Übersicht	73
§ 2 Rechtshandlung des Schuldners	73
§ 3 Gläubigerschädigung	75

§ 4	Kausalzusammenhang	131
§ 5	Rechtmässiges Alternativverhalten	136
§ 6	Verdachtsfrist	142
§ 7	Schädigungsabsicht	143
§ 8	Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht	246
§ 9	Handlungsoptionen für den Dienstleister	254
6. Kapitel: Konkursdelikte – Allgemeiner Teil		267
§ 1	Einleitung	267
§ 2	Objektive Strafbarkeitsbedingung bei Konkursdelikten	268
§ 3	Täter und Teilnehmer	272
§ 4	Tatobjekt	281
§ 5	Verfolgungsverjährung	281
§ 6	Verhältnis zwischen Pauliana und Konkursdelikten	283
7. Kapitel: Gläubigerschädigung durch Vermögensverminderung (Art. 164 StGB)		291
§ 1	Einleitung	291
§ 2	Objektiver Tatbestand	292
§ 3	Subjektiver Tatbestand	300
§ 4	Rechtfertigungsgründe	301
§ 5	Teilnahmehandlungen	301
§ 6	Vergleich zur Pauliana	302
§ 7	Konkurrenzen im Strafrecht	303
8. Kapitel: Misswirtschaft (Art. 165 StGB)		305
§ 1	Einleitung	305
§ 2	Objektiver Tatbestand	306
§ 3	Subjektiver Tatbestand	311
§ 4	Rechtfertigungsgründe	313
§ 5	Teilnahmehandlungen	313
§ 6	Vergleich zur Pauliana	314
§ 7	Konkurrenz zu Art. 164 StGB	314

9. Kapitel: Bevorzugung eines Gläubigers (Art. 167 StGB)	317
§ 1 Einleitung.....	317
§ 2 Objektiver Tatbestand.....	318
§ 3 Subjektiver Tatbestand.....	335
§ 4 Rechtfertigungsgründe.....	340
§ 5 Teilnahmehandlungen.....	342
§ 6 Vergleich zur Pauliana.....	344
§ 7 Konkurrenz zu Art. 164 StGB.....	346
Sachregister	347

Inhaltsverzeichnis

Zusammenfassung.....	XXVII
Executive Summary	XXIX
Résumé.....	XXXI
Abkürzungsverzeichnis.....	XXXIII
Literaturverzeichnis	XXXIX
Materialienverzeichnis	LXVII

Einleitung.....	1
------------------------	----------

1. Kapitel: Grundlagen	3
-------------------------------------	----------

§ 1 Insolvenzgefährdete Unternehmen.....	3
1. Übersicht.....	3
2. Unternehmensbegriff.....	3
3. Mögliche Tatbestände einer Insolvenzgefährdung	4
3.1 Bilanzsituation	5
3.1.1. Häftiger Kapitalverlust	5
3.1.2. Überschuldung.....	6
3.2 Liquidität	8
3.2.1. Zahlungsunfähigkeit	8
3.2.2. Fehlende Fortführungsperspektive («Going Concern»)	10
3.3 Weitere Tatbestände	11
§ 2 Dienstleistungsverträge.....	12
1. Übersicht.....	12
2. Begriff.....	13
3. Anwendbares Recht bei Dienstleistungsverträgen.....	13
4. Rechtliche Einordnung von Schweizer Recht unterstehenden Dienstleistungsverträgen.....	14
§ 3 Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung	14

2. Kapitel: Pauliana – Allgemeiner Teil.....	19
---	-----------

§ 1 Einleitung.....	19
1. Zweck und Leitgedanke der Pauliana	19

2. Übersicht über die Anfechtungstatbestände	21
3. Geltungsbereich.....	22
3.1 Persönlicher Geltungsbereich.....	22
3.2 Zeitlicher Geltungsbereich	24
3.3 Räumlicher Geltungsbereich	26
4. Rechtsnatur.....	27
4.1 Betreibungsrechtlicher Anspruch mit Reflexwirkung auf das materielle Recht	27
4.2 Obligatio ex lege	29
4.3 Leistungsklage.....	30
§ 2 Allgemeine Anspruchsvoraussetzungen der Pauliana	31
1. Sachlegitimation.....	31
1.1 Aktivlegitimation.....	31
1.2 Passivlegitimation	32
1.2.1. Mitwirkung an der angefochtenen Rechtshandlung	32
1.2.2. Weitere Begünstigte	34
1.2.3. Universal- und Singularsukzessoren	34
2. Tatbestand	35
2.1 Objektiver Tatbestand	35
2.1.1. Rechtshandlung des Schuldners	35
2.1.1.1. Im Allgemeinen.....	35
2.1.1.2. Anfechtbarkeit von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäften	36
2.1.2. Gläubigerschädigung.....	38
2.1.2.1. Im Allgemeinen.....	38
a) Begriff.....	38
b) Genügt eine reine Gläubigerbevorzugung?.....	40
2.1.2.2. Ausschluss der Gläubigerschädigung beim Austausch gleichwertiger Leistungen im anfechtungsrechtlichen Sinne.....	40
2.1.2.3. Ausschluss der Gläubigerschädigung durch die Begleichung privilegierter oder pfandgesicherter Forderungen	42
2.1.2.4. Vermutung der Gläubigerschädigung.....	43
2.1.3. Kausalzusammenhang.....	43

2.1.4. (Kein) Rechtmässiges Alternativverhalten des Schuldners ...	44
2.1.5. Verdachtsfrist.....	45
2.2 Subjektiver Tatbestand	46
3. Verjährungsfrist.....	46
§ 3 Wirkungen der Anfechtung.....	47
1. Im Allgemeinen	47
2. Gegenstand und Umfang der Rückgewähr	48
3. Gegenleistung des Gläubigers	49
3.1 Im Allgemeinen	49
3.2 Wiederaufleben einer getilgten (Honorar-)Forderung	49
3. Kapitel: Schenkungspauliana (Art. 286 SchKG).....	51
§ 1 Im Allgemeinen	51
1. Einleitung	51
2. Anfechtbare Handlung.....	52
2.1 Schenkungen und unentgeltliche Zuwendungen.....	52
2.2 Gleichgestellte Vorgänge (Art. 286 Abs. 2 SchKG).....	53
2.2.1. Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung (Art. 286 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG; gemischte Schenkung)	53
2.2.1.1. Missverhältnis.....	53
2.2.1.2. Beweislastumkehr bei nahestehenden Personen	55
2.2.2. Leibrente, Pfrund, Nutzniessung, Wohnrecht (Art. 286 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG).....	55
3. Verdachtsfrist.....	55
§ 2 Bei Dienstleistungen	56
4. Kapitel: Überschuldungspauliana (Art. 287 SchKG).....	59
§ 1 Im Allgemeinen	59
1. Einleitung	59
2. Überschuldung.....	59
2.1 Begriff.....	59
2.1.1. Im Allgemeinen	59
2.1.2. Im Kontext von Art. 958a OR	60
2.1.3. Überschuldung auch bei Rangrücktritten?.....	61

2.2	Zeitpunkt der Überschuldung	61
2.3	Nachweis der Überschuldung	62
3.	Anfechtbare Handlung	63
3.1	Bestellung von Sicherheiten für bestehende Verbindlichkeiten ohne vorgängige Verpflichtung (Art. 287 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG)	63
3.2	Ungewöhnliche Tilgung einer Geldschuld (Art. 287 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG)	64
3.3	Tilgung einer nicht verfallenen Schuld (Art. 287 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG)	65
4.	Erkennbarkeit der Überschuldung durch den Begünstigten	68
4.1	Im Allgemeinen	68
4.2	Im Kontext von Art. 958a OR	69
5.	Verdachtsfrist	70
§ 2	Bei Dienstleistungen	70
1.	Unübliche Tilgung	70
2.	Begleichung von nicht fälligen Honoraren	71
5. Kapitel:	Absichtspauliana (Art. 288 SchKG)	73
§ 1	Übersicht	73
§ 2	Rechtshandlung des Schuldners	73
§ 3	Gläubigerschädigung	75
1.	Übersicht	75
2.	Ausschluss der Gläubigerschädigung beim Austausch gleichwertiger Leistungen im anfechtungsrechtlichen Sinne	75
2.1	Übersicht	75
2.2	Anwendbarkeit bei der Absichtspauliana	77
2.3	Austauschverhältnis	78
2.3.1.	Im Allgemeinen	78
2.3.2.	Bei Dienstleistungen	80
2.4	Gleichwertigkeit i.e.S. (Wert der Leistungen)	82
2.4.1.	Im Allgemeinen	82
2.4.1.1.	Begriff	82
2.4.1.2.	Massgebender Zeitpunkt	82
2.4.2.	Bei Dienstleistungen (als Gegenleistung)	83

2.5	Verwertbarkeit der Gegenleistung?	84
2.5.1.	Im Allgemeinen	84
2.5.2.	Bei Dienstleistungen	87
2.6	Zeitliche Abfolge der Leistung und Gegenleistung	90
2.6.1.	Im Allgemeinen	90
2.6.1.1.	Übersicht	90
2.6.1.2.	Vorleistungen des Schuldners	91
a)	Keine Gläubigerschädigung	91
b)	Abgrenzungen zu unechten «Vorschüssen»	94
aa)	Im Allgemeinen	94
bb)	Der «Vorschuss» wird mit vorbestehenden Forderungen aus bereits erbrachten Leistungen verrechnet	95
aaa)	Verrechnungserklärung vor Konkurseröffnung	95
bbb)	Verrechnungserklärung nach Konkurseröffnung	96
cc)	Der Gläubiger erbringt nach Erhalt des Vorschusses keine Gegenleistung oder keine Leistung von gleichem Wert	97
aaa)	Der Schuldner erbringt eine als «Vorschuss» getarnte (gemischte) Schenkung	97
bbb)	Die bis zum Konkurs erbrachten Gegen- leistungen des Gläubigers fallen (unerwartet) geringer aus als der schuldnerische Vorschuss	97
2.6.1.3.	Zug-um-Zug-Geschäfte	99
2.6.1.4.	Nachträgliche Leistung des Schuldners	100
a)	Grundsätzlich Gläubigerschädigung	100
b)	Weitere Voraussetzungen für eine Gläubigerschädigung?	101
aa)	Rechtsprechung des Bundesgerichts	102
bb)	Literatur	102
cc)	Stellungnahme	102
aaa)	Finanzielle Lage des Schuldners	102
bbb)	Veräusserter Vermögenswert wäre ohne schädigende Handlung noch im Vollstreckungssubstrat	105
ccc)	Machenschaften	106
dd)	Ergebnis	106

2.6.2. Bei Dienstleistungen	106
2.6.2.1. Vorleistungen des Schuldners (Vorschuss für Honorar).....	106
a) Im Allgemeinen	106
b) Anspruch des Beauftragten auf Vorschuss?.....	108
aa) Honorarvorschuss	108
bb) Vorschuss für Auslagen und Verwendungen	109
c) Verbot von Vorschüssen	110
2.6.2.2. Zug-um-Zug-Geschäfte	111
2.6.2.3. Nachträgliche Leistung des Schuldners (Zahlung nach Erhalt der Dienstleistung)	111
2.7 Anwendungsfall des Austauschs gleichwertiger Leistungen i.w.S.: Aktiventausch.....	112
2.7.1. Im Allgemeinen.....	112
2.7.2. Bei Dienstleistungen	114
2.8 Ausnahme: Mittelbare Gläubigerschädigung (sog. Verfügung über die letzten Aktiven oder gläubigerschädigende Verwendung der gleichwertigen Gegenleistung i.w.S.).....	114
2.8.1. Rechtsprechung des Bundesgerichts	114
2.8.2. Stellungnahme	117
2.9 Zusammenfassung	117
3. Reine Gläubigerbevorzugung.....	119
3.1 Begriff	119
3.2 Gläubigerschädigung durch reine Gläubigerbevorzugung?.....	120
3.2.1. Rechtsprechung des Bundesgerichts	120
3.2.2. Literatur	121
3.2.3. Stellungnahme	122
3.3 Passiventausch.....	125
3.4 Fazit.....	127
4. Keine Gläubigerschädigung bei Begleichung privilegierter oder pfandgesicherter Forderungen.....	127
5. Beweisfragen.....	128
5.1 Vermutungsbasis	128
5.2 Natur der Vermutung.....	129
5.3 Stellungnahme	130
§ 4 Kausalzusammenhang	131
1. Einleitung	131

2. Natürlicher Kausalzusammenhang	132
3. Adäquater Kausalzusammenhang	133
4. Vermutung der Kausalität	134
§ 5 Rechtmässiges Alternativverhalten	136
1. Begriff und dogmatische Einordnung	136
2. Konkrete Anforderungen	139
3. Anwendungsfälle bei der Pauliana: Zahlungen zur Schadensabwendung (Zahlung für den Aktivenerhalt und betriebsnotwendige Zahlung)	141
§ 6 Verdachtsfrist	142
§ 7 Schädigungsabsicht	143
1. Im Allgemeinen	143
1.1 Begriff	143
1.2 Massgebliche Person	144
1.3 Relevanter Zeitpunkt	144
2. Absichtsformen	145
2.1 Zivilrechtliche Verschuldensformen	145
2.2 Bundesgerichtliche Rechtsprechung bei der Pauliana	146
2.3 Literatur	147
2.4 Stellungnahme	148
3. Kriterien für die Schädigungsabsicht gemäss Bundesgericht	151
3.1 Objektivierter Schädigungsabsicht	151
3.2 Finanzielle Lage	151
3.3 Nutzen der Gläubigerleistung	152
3.3.1. Einleitung	152
3.3.2. Dogmatische Analyse der bundesgerichtlichen Rechtsprechung	153
3.4 Verhältnis zwischen finanzieller Lage und Nutzen der Gläubigerleistung?	156
3.5 Einzelfallrechtsprechung (bei kongruenten Deckungen)	156
3.5.1. Betriebsnotwendige Zahlungen	156
3.5.1.1. Rechtsprechung	157
3.5.1.2. Würdigung	158
3.5.2. Zahlungen im ordentlichen Geschäftsverkehr	159
3.5.2.1. Rechtsprechung	160
3.5.2.2. Würdigung	161

3.5.3. Zahlungen an den Sanierungsberater.....	162
3.5.3.1. Einleitung	162
3.5.3.2. Voraussetzungen	163
a) Beratung zum Zweck der Sanierung	163
aa) Rechtsprechung.....	163
bb) Würdigung	164
b) Positive Sanierungsprognose	164
aa) Wahrscheinlichkeit des Sanierungserfolgs	164
aaa) Rechtsprechung	164
bbb) Würdigung	165
bb) Zeitpunkt der Sanierungsprognose.....	166
aaa) Rechtsprechung	166
bbb) Würdigung	167
c) Begleichung im Rahmen des ordentlichen Geschäftsverlaufs.....	168
aa) Rechtsprechung.....	168
bb) Würdigung	169
3.5.3.3. Würdigung des Sanierungsprivilegs.....	169
a) Braucht es die Privilegierung von Saniererhonoraren?	169
b) Ist die Privilegierung von Saniererhonoraren justiziabel?..	171
c) Ist die Privilegierung von Saniererhonoraren legitim?...171	171
3.5.3.4. Zusammenfassung	173
3.5.4. Zahlungen an die Revisionsstelle	173
3.5.4.1. Rechtsprechung	173
3.5.4.2. Würdigung.....	176
a) Grundsatz: Keine Privilegierung des Revisionsstellenhonorars	176
b) Ausnahme, wenn der Rücktritt der Revisionsstelle zu Schadenersatzforderungen führen würde?	177
3.5.5. Zahlungen an Verwaltungsräte (für allgemeine Verwaltungsratsstätigkeiten).....	179
3.5.5.1. Rechtsprechung	179
3.5.5.2. Würdigung.....	180
3.5.6. Zahlung von Sozialversicherungsforderungen	181
3.5.6.1. Rechtsprechung	182
3.5.6.2. Würdigung.....	182
3.5.7. Druckzahlungen	183
3.5.7.1. Rechtsprechung	183
3.5.7.2. Würdigung.....	183

3.5.8. Exkurs: Rückzahlung eines Sanierungsdarlehens	185
3.5.8.1. Rechtsprechung des Bundesgerichts	186
3.5.8.2. Kritik in der Literatur	186
3.5.8.3. Vergleich zur Zahlung von Saniererhonoraren	187
a) Gemeinsamkeiten	187
b) Unterschiede	188
aa) Austauschverhältnis	188
bb) Zeitpunkt der Sanierungsprognose	188
cc) Sanierungskonzept	191
3.5.8.4. Zusammenfassung	191
3.5.9. Ergebnis	192
4. Eigener Lösungsansatz: Das Drei-Phasen-Modell	192
4.1 Überblick	192
4.2 Kriterium 1: Finanzielle Lage	195
4.2.1. Einleitung	195
4.2.2. Phase I: Ernsthafte wirtschaftliche Schwierigkeiten	195
4.2.3. Phase II: Existenzbedrohende Unternehmenskrise	196
4.2.4. Phase III: Terminalphase	197
4.3 Kriterium 2: Art der Schuldnerleistung	198
4.3.1. Einleitung	198
4.3.2. (Gemischte) Schenkung und unentgeltliche Verfügung	198
4.3.3. Inkongruente Deckung	198
4.3.4. Kongruente Deckung	199
4.4 Verhältnis von finanzieller Lage und Art (resp. Ungewöhnlichkeit) der Schuldnerleistung	199
4.5 Dogmatische Grundlage	200
4.6 Rechtsfolgen	202
4.7 Anwendung des Modells	202
4.7.1. Schenkung, unentgeltliche Verfügung und gemischte Schenkungen	202
4.7.2. Inkongruente Deckung	203
4.7.3. Kongruente Deckung	203
4.7.3.1. Einleitung	203
4.7.3.2. Zahlung für Gegenleistungen, die offensichtlich nutzlos sind	204
4.7.3.3. Zahlung zur Schadensabwendung	206
a) Im Allgemeinen	206

b)	Zahlung für den Aktivenerhalt	207
c)	Betriebsnotwendige Zahlung	208
4.7.3.4.	Übrige Zahlungen	209
a)	Im Allgemeinen	209
b)	Phase II im Besonderen	210
aa)	Sanierungschance als Unterscheidungskriterium für Phase IIa und Phase IIb	210
bb)	Der Sanierungsbegriff (die erfolgreiche Sanierung)	211
aaa)	Abgrenzung zu Sanierungsmassnahmen	212
bbb)	Bundesgericht: Theorie der Wiederherstellung existenzerhaltender Gewinne	213
ccc)	Lehre: vollständige Gläubigerbefriedigung oder Abwendung des Konkurses	214
ddd)	Stellungnahme	217
cc)	Massgebende Kriterien für eine Sanierungs- prognose	218
aaa)	Einleitung	218
bbb)	Sanierungsfähigkeit	220
ccc)	Sanierungswürdigkeit	221
ddd)	Sanierungswille	221
eee)	Braucht es einen Sanierungsplan?	222
dd)	Wahrscheinlichkeit des Sanierungserfolgs (Schwellenwert)	223
aaa)	Einleitung	223
bbb)	Mögliche Anknüpfungspunkte: Art. 725 f. OR, Nachlassstundung und Sanierungsdarlehen	224
ccc)	Mögliche Schwellenwerte für die Wahr- scheinlichkeit des Sanierungserfolgs in Rechtsprechung und Literatur zur Pauliana	229
ddd)	Eigene Stellungnahme: 50/50-Wahrscheinlichkeit	232
eee)	Einheitlicher Massstab bei der Pauliana	233
ee)	Relevanter Zeitpunkt der Sanierungsprognose	234
ff)	Massgebende Sicht für die Beurteilung der Sanierungsprognose	235
gg)	Zusammenfassung	236
c)	Anwendungsfälle	237
aa)	Ordentlicher Geschäftsverkehr	237
bb)	Zahlungen an Sanierungsberater	239
cc)	Zahlungen an Revisionsstellen	240
dd)	Zahlungen an Verwaltungsräte (für die allgemeine Verwaltungsratsstätigkeit)	240

ee) Zahlung von Sozialversicherungsforderungen	241
ff) Druckzahlungen	241
4.8 Ergebnis	242
5. Beweisfragen	244
5.1 Im Allgemeinen	244
5.2 Beweislastumkehr gemäss Art. 288 Abs. 2 SchKG betreffend Schädigungsabsicht?	245
§ 8 Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht	246
1. Einleitung	246
2. Person	247
3. Zeitpunkt	247
4. Gegenstand	248
4.1 Bundesgericht	248
4.2 Würdigung	249
4.3 Drei-Phasen-Modell	250
5. Beweisfragen	251
5.1 Im Allgemeinen	251
5.2 Beweislastumkehr bei nahestehenden Personen	252
6. Zusammenfassung	253
§ 9 Handlungsoptionen für den Dienstleister	254
1. Übersicht	254
2. Kündigung des Auftrags resp. Rücktritt des Beauftragten (Art. 404 OR)	255
2.1 Mandatsniederlegung durch den Rechtsanwalt	255
2.2 Rücktritt der Revisionsstelle	256
2.3 Rücktritt des Verwaltungsrats	257
3. Untätigkeit	257
4. Leistungsverweigerungsrechte nach Art. 82 f. OR	259
4.1 Leistungsverweigerung nach Art. 82 OR	259
4.2 Leistungsverweigerung nach Art. 83 OR	260
5. Dingliche und obligatorische Retentionsrechte	263
5.1 Voraussetzung	263
5.2 Bei Dienstleistungen	264
6. Zusammenfassung	265

6. Kapitel: Konkursdelikte – Allgemeiner Teil	267
§ 1 Einleitung	267
§ 2 Objektive Strafbarkeitsbedingung bei Konkursdelikten	268
1. Einleitung	268
2. Arten.....	269
2.1 Pfändungsverlustschein	269
2.2 Konkursöffnung	270
2.3 Gerichtlicher Nachlassvertrag	270
§ 3 Täter und Teilnehmer	272
1. Täter	272
1.1 Sonderdelikt	272
1.2 Organ- bzw. Vertreterhaftung (Art. 29 StGB).....	274
2. Teilnehmer	275
3. Strafbarkeit des Unternehmens nach Art. 102 StGB	277
3.1 Übersicht	277
3.2 Anwendungsbereich bei Konkursdelikten	278
3.3 Voraussetzungen	279
§ 4 Tatobjekt.....	281
§ 5 Verfolgungsverjährung.....	281
§ 6 Verhältnis zwischen Pauliana und Konkursdelikten.....	283
1. Übersicht	283
2. Gemeinsamkeiten	283
2.1 Im Allgemeinen.....	283
2.2 Auswirkungen auf die zivilrechtliche Gültigkeit des Rechtsgeschäfts?	284
2.3 Pauliana und Konkursdelikte als Grundlage für eine zivilrechtliche Haftung?	285
3. Unterschiede.....	287
4. Adhäsionsweise Geltendmachung von Pauliana-Ansprüchen?.....	288
 7. Kapitel: Gläubigerschädigung durch Vermögensverminderung (Art. 164 StGB).....	 291
§ 1 Einleitung	291
§ 2 Objektiver Tatbestand.....	292

1. Täter.....	292
1.1 Sonderdelikt.....	292
1.2 Finanzielle Lage?.....	292
2. Tatobjekt.....	293
3. Tathandlung i.S.v. Art. 164 Ziff. 1 Abs. 3 StGB	293
3.1 Vermögensveräußerung.....	293
3.2 Unentgeltlichkeit der Vermögensveräußerung	294
3.2.1. Im Allgemeinen	294
3.2.2. Bei Dienstleistungen.....	295
3.3 Vermögensveräußerungen gegen eine Leistung mit offensichtlich geringerem Wert.....	296
3.3.1. Im Allgemeinen	296
3.3.2. Bei Dienstleistungen (als Gegenleistung).....	298
4. Tatvollendung.....	298
4.1 Tätigkeits- oder Erfolgsdelikt?	298
4.2 Verletzungs- oder Gefährdungsdelikt?	299
4.3 Abgrenzung zum Versuch	299
§ 3 Subjektiver Tatbestand.....	300
1. Vorsatz.....	300
2. Bewusstsein der finanziellen Lage	300
§ 4 Rechtfertigungsgründe.....	301
§ 5 Teilnahmehandlungen.....	301
§ 6 Vergleich zur Pauliana.....	302
1. Im Allgemeinen	302
2. Schenkung	302
3. Gemischte Schenkung	303
§ 7 Konkurrenzen im Strafrecht.....	303
8. Kapitel: Misswirtschaft (Art. 165 StGB).....	305
§ 1 Einleitung.....	305
§ 2 Objektiver Tatbestand.....	306
1. Täter.....	306
1.1 Sonderdelikt.....	306
1.2 Finanzielle Lage?.....	306
2. Tatobjekt.....	306

3. Tathandlung.....	307
3.1 Im Allgemeinen.....	307
3.2 Bei Dienstleistungen.....	308
4. Tatvollendung	309
4.1 Erfolgsdelikt (Verschlechterung der Vermögenslage)	309
4.2 Verletzungs- oder Gefährdungsdelikt?	310
4.3 Abgrenzung zum Versuch	310
§ 3 Subjektiver Tatbestand	311
1. Vorsatz	311
2. Bewusstsein der finanziellen Lage?	312
§ 4 Rechtfertigungsgründe.....	313
§ 5 Teilnahmehandlungen	313
§ 6 Vergleich zur Pauliana.....	314
§ 7 Konkurrenz zu Art. 164 StGB	314
1. Gesetzestext.....	314
2. Literatur.....	315
3. Eigene Stellungnahme.....	315
9. Kapitel: Bevorzugung eines Gläubigers (Art. 167 StGB)	317
§ 1 Einleitung	317
§ 2 Objektiver Tatbestand.....	318
1. Täter	318
1.1 Sonderdelikt	318
1.2 Zahlungsunfähigkeit.....	318
1.2.1. Übersicht	318
1.2.2. Rechtsprechung und Literatur	319
1.2.3. Stellungnahme.....	320
2. Tatobjekt	322
3. Tathandlung.....	322
3.1 Einleitung	322
3.2 Schenkungen und gemischte Schenkungen?	323
3.3 Inkongruente Deckung	323
3.3.1. Im Allgemeinen.....	323
3.3.1.1. Regelbeispiele	324
a) Bezahlung einer nicht fälligen Schuld	324

b)	Unübliche Zahlungsmittel	324
c)	Sicherstellung ohne entsprechende Verpflichtung	325
3.3.1.2.	Weitere Fälle inkongruenter Deckungen (Generalklausel).....	326
3.3.2.	Bei Dienstleistungen	326
3.4	Kongruente Deckung (Generalklausel).....	326
3.4.1.	Im Allgemeinen	326
3.4.1.1.	Beim Austausch gleichwertiger (Dienst-)Leistungen i.w.S.	327
3.4.1.2.	Tilgung einer verfallenen Schuld durch übliche Zahlungsmittel?	328
a)	Rechtsprechung	328
b)	Literatur.....	330
c)	Stellungnahme.....	332
3.4.2.	Bei Dienstleistungen	333
4.	Tatvollendung	334
4.1	Tätigkeitsdelikt oder kupiertes Erfolgsdelikt?	334
4.2	Verletzungs- oder Gefährdungsdelikt?	334
4.3	Abgrenzung zum Versuch	335
§ 3	Subjektiver Tatbestand	335
1.	(Eventual-)Absicht der Gläubigerbevorzugung	335
1.1	Inkongruente Deckung.....	335
1.1.1.	Im Allgemeinen	335
1.1.2.	Verneinung der Absicht bei gesetzlich geforderten Leistungen?.....	336
1.1.3.	Verneinung der Absicht bei Zahlungen zum Zweck der Sanierung?	337
1.2	Kongruente Deckung (i.S. einer Umgehungshandlung)	338
1.2.1.	Bundesgericht	338
1.2.2.	Stellungnahme	338
1.2.3.	Verneinung der Absicht bei gesetzlich vorgesehenen Leistungen und Leistungen zum Zweck der Sanierung?	339
2.	Bewusstsein der Zahlungsunfähigkeit (resp. der Überschuldung).....	339
§ 4	Rechtfertigungsgründe	340
1.	Einwilligung?.....	340
2.	Notstand?	341
3.	Wahrung berechtigter Interessen?	342

§ 5	Teilnahmehandlungen	342
1.	Übersicht	342
2.	Anstiftung.....	343
3.	Beihilfe zur Gläubigerbevorzugung	344
§ 6	Vergleich zur Pauliana.....	344
1.	Im Allgemeinen.....	344
2.	Inkongruente Deckung	345
2.1	Zeitpunkt der Anfechtbarkeit resp. Strafbarkeit	345
2.2	Subjektiver Tatbestand	345
3.	Kongruente Deckung.....	346
§ 7	Konkurrenz zu Art. 164 StGB	346
Sachregister	347

Zusammenfassung

Die vorliegende Arbeit widmet sich insbesondere den rechtlichen Risiken bei Zahlung fälliger Dienstleistungshonorare durch insolvenzgefährdete Unternehmen.

Im Vordergrund steht die Absichtspauliana (Art. 288 SchKG). Die Begleichung der fälligen Forderung eines Gläubigers führt regelmässig zur (objektiven) Schädigung der übrigen Gläubiger. Daher kommt der für eine Anfechtung ebenfalls erforderlichen (subjektiven) Schädigungsabsicht des Schuldners entscheidende Bedeutung zu.

Die bisherige Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Schädigungsabsicht beruht auf Einzelfallüberlegungen. Es sind keine klaren, dogmatisch konsistenten Kriterien ersichtlich, nach denen das Vorliegen der Schädigungsabsicht beurteilt wird. In einzelnen Fällen wurde die Schädigungsabsicht des Schuldners mit dem Argument verneint, dass die erhaltene *Gläubigerleistung* im Interesse der übrigen Gläubiger lag. In anderen Fällen wiederum war der Nutzen der Gläubigerleistung irrelevant. In einem jüngeren Entscheid (BGE 137 III 268) führte das Bundesgericht aus, dass einzelne der vorangegangenen Pauliana-Entscheide keine Allgemeingültigkeit beanspruchen, auch wenn sie «etwas apodiktisch formuliert sein mögen». Insofern besteht weiterhin erhebliche Rechtsunsicherheit in Bezug auf die Frage, welche Zahlungen in der finanziellen Krise noch vorgenommen werden dürfen.

In dieser Arbeit wird ein konsistentes Modell vorgeschlagen, welches als Grundlage für die Beurteilung der Schädigungsabsicht des Schuldners dienen soll. Nach diesem sog. «Drei-Phasen-Modell» ist zu fragen, ob die angefochtene *Schuldnerleistung* (und nicht die Gläubigerleistung) für die Gläubiger Gesamtheit von Nutzen war. Ist die Frage zu verneinen, liegt eine natürliche Vermutung für eine Schädigungsabsicht vor, die der Anfechtungsgegner mittels Gegenbeweis umstossen kann. Ob die Schuldnerleistung von Nutzen war, hängt von zwei Kriterien ab: der finanziellen Lage des Schuldners (unterteilt in Phase I–III) und der Art der Schuldnerleistung. Das vorgeschlagene Modell schafft Vorhersehbarkeit und somit auch Rechtssicherheit.

Aus strafrechtlicher Sicht geht diese Arbeit insbesondere der Frage nach, ob die Zahlung fälliger Forderungen den Tatbestand der Bevorzugung eines Gläubigers i.S.v. Art. 167 StGB erfüllt. Dies ist grundsätzlich zu verneinen. Vorbehalten bleiben Umgehungshandlungen, welche eine Gläubigerbevorzugung als eigentlichen Zweck haben.

Executive Summary

The present thesis is devoted to the analysis of the legal risks associated with the payment of service fees due by companies on the verge of bankruptcy.

The paper focuses on the fraudulent conveyance pursuant to article 288 of the Swiss Federal Statute on Debt Enforcement and Bankruptcy. The settlement of claims due by the debtor towards one creditor generally causes damage to other creditors. In these cases, the *intent* of the debtor to cause damage – which is a further requirement for a legal challenge – becomes the decisive element.

The existing case-law of the Federal Supreme Court on the question of intent is based on case-by-case considerations. The case law lacks clear and dogmatically consistent criteria to determine whether an intent to cause damage exists. In some cases, the debtor's intent to harm was negated on the grounds that the *services received by the debtor from the creditor* were in the interests of all creditors. In other cases, the benefit of the creditor's services to the debtor was not taken into account. In its recent decision (BGE 137 III 268), the Federal Supreme Court stated that some of its previous decisions regarding fraudulent conveyances should not be regarded as generally valid precedent even if they may have been «somewhat apodictic». As a result, there remains considerable legal uncertainty as to which payments can still be made in financial distress situations.

In this thesis, a consistent model is proposed, which could serve as a basis for assessing the debtor's intent to cause damage. According to this «three-phase model», it should be assessed whether the *debtor's performance* (and not the creditor's performance) was of benefit to the creditors in general. If the answer is negative, there is a natural presumption of the debtor's intent to cause damage; which presumption can be rebutted by counter-evidence. Whether the debtor's performance was of benefit to the other creditors or not depends on two criteria: first, the financial situation of the debtor (categorized according to three phases I–III) and second, the nature of the debtor's performance. The proposed model allows predictability and thus legal certainty.

From a criminal law perspective, this thesis addresses in particular the question whether the settlement of debts due constitutes the offense of favoring a creditor within the meaning of article 167 of the Swiss Penal Code. This is not the case, unless there are circumventing acts that directly aim at favoring a creditor.

Résumé

Le présent travail se consacre notamment aux risques juridiques en cas de paiement d'honoraires exigibles de prestations de services par des entreprises menacées d'insolvabilité.

L'action révocatoire des actes dolosifs (art. 288 LP) est mise au premier plan. Le paiement de la créance exigible par un créancier cause régulièrement un préjudice aux autres créanciers. Par conséquent, l'intention dolosive du débiteur, nécessaire également pour la révocation, revêt une importance cruciale.

La jurisprudence existante du Tribunal fédéral en matière d'intention dolosive repose sur des réflexions au cas par cas. Il n'existe pas de critères clairs, dogmatiquement cohérents, qui permettent d'apprécier l'existence d'une intention dolosive. Dans chaque cas, l'intention dolosive du débiteur est balayée d'un revers de main par l'argument consistant à dire que la prestation du créancier obtenue relevait de l'intérêt des autres créanciers. Dans d'autres cas, l'utilité de la prestation du créancier est, à son tour, non pertinente. Dans une récente décision (ATF 137 III 268), le Tribunal fédéral déclara que les précédentes décisions pauliennes ne pouvaient nullement prétendre à un quelconque caractère général, même si «leur formulation pouvait être quelque peu apodictique». Dans ce contexte, il existe en outre une insécurité juridique considérable concernant la question de savoir quels sont les paiements ne pouvant pas être effectués en période de crise financière.

Il est proposé, dans le présent travail, un modèle cohérent devant servir de base à l'appréciation de l'intention dolosive du débiteur. D'après ce qu'on appelle ce «modèle à trois phases», la question est de savoir si la prestation du débiteur attaquée (et non la prestation du créancier) était utile pour l'ensemble des créanciers. Sinon, il existe alors une présomption naturelle d'intention dolosive, pouvant renverser le défendeur au moyen d'une contre-preuve. Si la prestation du débiteur était utile, cela dépend alors de deux critères: la situation financière du débiteur (divisée en phase I–III) et la nature de la prestation du débiteur. Le modèle proposé apporte prévisibilité et donc aussi sécurité juridique.

D'un point de vue pénal, le présent travail soulève notamment la question de savoir si le paiement des créances exigibles correspond au fait générateur des avantages accordé à un créancier selon l'art. 167 CP. La réponse est en principe négative. Demeurent réservés les agissements de contournement ayant comme véritable objectif, un avantage accordé au créancier.

Abkürzungsverzeichnis

AB	Amtliches Bulletin (Bern)
Abs.	Absatz
a.E.	am Ende
AG	Aktiengesellschaft
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AHVG	Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 20. Dezember 1946 (SR 831.10)
AISUF	Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Freiburg (Freiburg)
AJP	Aktuelle Juristische Praxis (Zürich/St. Gallen)
a.M.	anderer Meinung
AppGer	Appellationsgericht
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts (Bern)
ASR	Abhandlungen zum schweizerischen Recht (Bern)
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
BankG	Bundesgesetz vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen (Bankengesetz, BankG; SR 952.0)
BB1	Bundesblatt
Bd.	Band
BezGer	Bezirksgericht
BGB1.	Bundesgesetzblatt (Deutschlands)
BGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (Lausanne)
BGer	Bundesgericht
BGFA	Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte vom 23. Juni 2000 (SR 935.61)
BGH	Bundesgerichtshof (Deutschlands)
BIV-FINMA	Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über die Insolvenz von Banken und Effekthändlern vom 30. August 2012 (SR 952.05)

BJM	Basler Juristische Mitteilungen (Basel)
BK	Berner Kommentar
BL	Kanton Basel-Landschaft
BISchK	Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs (Wädenswil)
BR	Zeitschrift für Baurecht und Vergabewesen (Zürich)
BS	Kanton Basel-Stadt / Basel-Stadt
BSK	Basler Kommentar
bspw.	beispielsweise
BSR	Basler Studien zur Rechtswissenschaft (Basel)
BT	Besonderer Teil
BTJP	Berner Tage für die juristische Praxis (Bern)
bzw.	beziehungsweise
CHF	Schweizer Franken
CHK	Handkommentar zum Schweizer Privatrecht (Zürich)
CO	Code des obligations suisse; OR
CR	Commentaire Romand (Basel)
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
E	Entwurf
E.	Erwägung
E-OR	Entwurf zur Änderung des Obligationenrechtes (Aktienrecht) vom 23. November 2016 (BBI 2017 683)
EB	Ergänzungsband
EHS	Europäische Hochschulschriften
EIZ	Europa Institut an der Universität Zürich
et al.	et alii
etc.	et cetera
f., ff.	folgend(e), fortfolgende
FN	Fussnote(n)
GesKR	Schweizerische Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht sowie Umstrukturierungen (Zürich)
gl.M.	gleiche(r) Meinung
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung

GR	Kanton Graubünden
Habil.	Habilitation
HGer	Handelsgericht
HK	Handkommentar
h.L.	herrschende Lehre
Hrsg.	Herausgeber
i.c.	in casu
IFRS	International Financial Reporting Standards
inkl.	inklusive(e)
InsO	Insolvenzordnung (Deutschlands) vom 5. Oktober 1994 (BGBl. I S. 2866)
IPRG	Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987 (SR 291)
i.S.	im Sinne
i.S.v.	im Sinne von
IT	Information Technology
ius.focus	ius.focus – Aktuelle Rechtsprechung kompakt (Basel)
i.V.m.	in Verbindung mit
i.w.S.	im weiteren Sinn
Jusletter	Jusletter (< http://www.jusletter.ch >) (Bern)
KAG	Bundesgesetz über die kollektiven Kapitalanlagen (Kollektivanlagengesetz; SR 951.31)
KAKV-FINMA	Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über den Konkurs von kollektiven Kapitalanlagen (SR 951.315.2)
KassGer	Kassationsgericht
KG	Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz; SR 251)
KGer	Kantonsgericht
KUKO	Kurzkommentar
LGVE	Luzerner Gerichts- und Verwaltungsentscheide (Luzern)
lit.	litera

LP	Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (SR 281.1)
LU	Kanton Luzern/Luzern
LugÜ	Übereinkommen vom 30. Oktober 2007 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Lugano-Übereinkommen; SR 0.275.12)
m.a.W.	mit anderen Worten
m.E.	meines Erachtens
m.H.	mit Hinweis
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
N	Note(n); Randnote(n)
NE	Kanton Neuenburg / Neuenburg
NR	Nationalrat
Nr.	Nummer
NZZ	Neue Zürcher Zeitung (Zürich)
OGer	Obergericht
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (SR 220)
PC	Petit commentaire
PKG	Die Praxis des Kantonsgerichtes von Graubünden (Chur)
Pra	Die Praxis (Basel)
PS	Schweizer Prüfungsstandards, in: Treuhand-Kammer, Schweizerische Kammer der Wirtschaftsprüfer, Steuerexperten und Treuhandexperten
publ.	publiziert
resp.	respektive
Rev.	Revue der Gerichtspraxis im Gebiete des Bundeszivilrechts (Basel)
RiU	Recht im privaten und öffentlichen Unternehmen (Zürich/St. Gallen)
RS	Rechtsprechung in Strafsachen (Bern)
S.	Seite(n)
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889 (SR 281.1)

SchlT	Schlusstitel
SG	Kanton St. Gallen / St. Gallen
SIR	Schriftenreihe des Instituts für internationales Recht und internationale Beziehungen (Basel)
SJ	La Semaine Judiciaire (Genf)
SJK	Schweizerische Juristische Kartothek (Genf)
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung (Zürich)
sog.	sogenannt(er)
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (Bern)
SSHW	Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht (Zürich)
SSTRK/STK	Schriftenreihe der Schweizerischen Treuhand- und Revisionskammer (Zürich), seit 1990 Schriftenreihe der Treuhandkammer (Zürich)
ST	Der Schweizer Treuhänder (Zürich)
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)
StPO	Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (SR 312.0.)
StR	Ständerat
SzA	Schriften zum Aktienrecht (Zürich)
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (Zürich)
TC	Tribunal cantonal
Teilbd.	Teilband
TREX	Der Treuhandexperte/L'expert fiduciaire (Zürich)
u.a.	unter anderem
u.U.	unter Umständen
v./vs.	versus
VAG	Bundesgesetz betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen (Versicherungsaufsichtsgesetz; SR 961.01)
VE	Vorentwurf
VegüV	Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (SR 221.331)
vgl.	vergleiche

VKV-FINMA	Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über den Konkurs von Versicherungsunternehmen vom 17. Oktober 2012 (SR 961.015.2)
Vol.	Volume; Band
VS	Kanton Wallis
WKR	Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf vom 11. April 1980 (SR 0.221.211.1)
WuR	Wirtschaftsverwaltungs- und Umweltrecht: Zeitschrift für Praxis und Wissenschaft (Neuwied, D)
z.B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins (Bern)
ZBR	Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft (Zürich; ab Herbst 1977: ZSt)
ZG	Kanton Zug/Zug
ZGer	Zivilgericht
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
Ziff.	Ziffer(n)
ZInsO	Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht (Münster, D)
ZK	Zürcher Kommentar
ZKB	Zürcher Kantonalbank
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (Zivilprozessordnung, ZPO; SR 272)
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung (Zürich)
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (Basel)
ZStrR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht (Bern)
ZStStr	Zürcher Studien zum Strafrecht (Zürich)
ZStP	Zürcher Studien zum Privatrecht (Zürich)
ZStV	Zürcher Studien zum Verfahrensrecht (Zürich)
ZWR	Zeitschrift für Walliser Rechtsprechung (Sitten)
ZZZ	Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht (Zürich)

Literaturverzeichnis

- ABEGGLEN** Sandro Abegglen, Wissenszurechnung bei der juristischen Person und im Konzern, bei Banken und Versicherungen – Interessenkonflikte und Chinese Walls bei Banken und Wertpapierhäusern, Habil. Bern 2004
- ACKERMANN** Jürg-Beat Ackermann, Unternehmenszusammenbruch und Strafrecht – anspruchsvolle Schnittstellen, in: Jürg-Beat Ackermann/Wolfgang Wohlers (Hrsg.), Umfangreiche Wirtschaftsstrafverfahren in Theorie und Praxis, 2. Zürcher Tagung zum Wirtschaftsstrafrecht, Sammelband EIZ Nr. 95, Zürich/Basel/Genf 2008, S. 57–82
- ADDORISIO DE FEO** Raniero Addorisio de Feo, Die Fälligkeit von Vertragsforderungen – Eine Untersuchung zum schweizerischen Schuldvertragsrecht, Diss. Freiburg, Zürich 2001
- AFFENTRANGER** Markus Affentranger, Die Stellung der Banken in der Krisensituation – Rechtliche Aspekte, in: Vito Roberto (Hrsg.), Sanierung der AG, Ausgewählte Rechtsfragen für die Unternehmenspraxis, 2. Aufl., Schriften zum neuen Aktienrecht Nr. 17, Zürich 2003, S. 103–120
- ALBRECHT** Peter Albrecht, Die notwendige Teilnahme bei den Konkurs- und Betreibungsdelikten, in: Jürg-Beat Ackermann/Andreas Donatsch/Jörg Rehberg (Hrsg.), Wirtschaft und Strafrecht, Festschrift für Niklaus Schmid zum 65. Geburtstag, Zürich 2001, S. 349–364
- AMONN** Kurt Amonn, Streiflichter auf die Revision des Schuldbetreibungs-, Konkurs- und Nachlassvertragsrechts (SchKG), in: Peter Locher/Gerhard Walter/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Beiträge zum SchKG, Banken- und Steuerrecht, Festschrift zum 80. Geburtstag von Professor Dr. iur. Kurt Amonn, Bern 1997, S. 309–330
- AMONN/WALTHER** Kurt Amonn/Fridolin Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. Aufl., Bern 2013
- AMSTUTZ** Marc Amstutz, Konzernorganisationsrecht: Ordnungsfunktion, Normstruktur, Rechtssystematik, Diss. Zürich, Bern 1993 (= ASR Bd. 551)

- BAHAR** Rashid Bahar, Entre Charybde et Scylla: le prêt d'assainissement judiciaire, une solution aux problèmes juridiques et économiques des sociétés en difficulté, GesKR 3/2009, S. 331–343
- BÄRTSCHI** Harald Bärtschi, Die Klage aus unmittelbarem Schaden im Verantwortlichkeitsrecht, in: Rolf Weber/Peter Isler (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht V, Sammelband EIZ Nr. 104, Zürich/Basel/Genf 2010, S. 227–277
- BAUDAT** Maurice Baudat, L'action révocatoire du droit suisse, spécialement quant à sa nature et à ses effets, Diss. Lausanne 1911
- BAUER** Thomas Bauer, Sanierungsrecht im Umbruch, Unterschiedliche Gesetze – einheitliche Zielsetzung – gesamtheitliche Betrachtung, ST 1-2/2014, S. 53–58
- BAUM/VON DER CRONE** Olivier Baum/Hans Caspar von der Crone, Durchsetzungsordnung für Verantwortlichkeitsansprüche im Konkurs, SZW 2/2016, S. 232–249
- BERNHARDT** Hans Claas Bernhardt, Die Causa Swissair: Kondensstreifen am juristischen Himmel, Jusletter vom 9. August 2010
- BERNHEIM/GEIGER** Marc Bernheim/Gaudenz Geiger, Paulianische Anfechtung – Auswirkung der Beweislastverteilung aus beratender und forensischer Sicht, in: Thomas Sprecher (Hrsg.), Sanierung und Insolvenz von Unternehmen VI, Sammelband EIZ Nr. 159, Zürich/Basel/Genf 2014, S. 7–33
- BERTOSSA** Carlo Antonio Bertossa, Unternehmensstrafrecht – Strafprozess und Sanktionen, Diss. Basel, Bern 2003 (= ASR Bd. 674)
- BERZ** Hans Peter Berz, Der paulianische Rückerstattungsanspruch, Diss. Zürich 1960
- BESSENICH** Balthasar Bessenich, Entbindung vom Anwaltsgeheimnis: ausschliessliche Regelung durch das Bundesrecht, ius.focus 7/2016, Nr. 192
- BK AG-NOBEL** Peter Nobel, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Das Aktienrecht: Systematische Darstellung, Bern 2017

-
- BK [OR/ZGB]-BEARBEITER** Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bern ab 1910, unterschiedliche Auflagen, die Nachweise beziehen sich – soweit nicht anders vermerkt – auf die laufende Auflage
- BK OR 1934-BECKER** Hermann Becker, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI, Obligationenrecht, 2. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Art. 184–551, Bern 1934
- BK OR 1945-BECKER** Hermann Becker, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI, Das Obligationenrecht, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1–183 OR, 3. Aufl., Bern 1945
- BK OR 1971-GAUTSCHI** Georg Gautschi, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. IV, Das Obligationenrecht, 2. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilbd., Der einfache Auftrag, Art. 394–406 OR, 3. Aufl., Bern 1971
- BK StGB-ALBRECHT** Martin Schubarth/Peter Albrecht, Berner Kommentar zum schweizerischen Strafrecht, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Besonderer Teil, 2. Bd.: Delikte gegen das Vermögen, Art. 137–172, Bern 1990
- BLUMENSTEIN, Anfechtungstatbestände** Ernst Blumenstein, Anfechtungstatbestände der neuen Zivilgesetzgebung in ihrer betriebsrechtlichen und prozessualen Bedeutung, ZBJV 1914, S. 233–246 und S. 289–303
- BLUMENSTEIN, Handbuch** Ernst Blumenstein, Handbuch des Schweizerischen Schuldbetriebsrechts, Bern 1911
- BÖCKLI, Aktienrecht** Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009
- BÖCKLI, Rechnungslegung** Peter Böckli, Neue OR-Rechnungslegung, Zürich 2014
- BOMMER** Florian Bommer, Die Zuständigkeit für Widerspruchs- und Anfechtungsklagen im internationalen Verhältnis, Diss. Zürich 2001 (= ZStV Bd. 123)
- BOMMER/THOMMEN** Felix Bommer/Marc Thommen, Strafrechtliche Verantwortlichkeit Dritter im Konkurs des Schuldners; Gläubiger – Unternehmensberater – Revisoren – Wirtschaftsprüfer – Compliance-Officer, in: Jürg-Beat Ackermann/Wolfgang Wohlers (Hrsg.), Konkurs und Strafrecht: Strafrechtliche Risiken vor, in und nach der

- Generalexekution, Zürich/Basel/Genf 2011, Sammelband EIZ Nr. 120, S. 123–160
- BONIN** Duri Bonin, Umfang des Akteneinsichtsrechts der Privatklägerschaft (Art. 101 StPO), Jusletter vom 2. Juni 2014
- BOPP** Lukas Bopp, Konzerninsolvenz?, in: Stephen Berti/Daniel Girsberger (Hrsg.), «nur aber immerhin», Beiträge zum nationalen und internationalen Wirtschaftsrecht, Festgabe für Anton K. Schyder zum 50. Geburtstag, Zürich/Basel/Genf 2002, S. 19–39
- BRAND,**
Anfechtungsklage Ernst Brand, Die Anfechtungsklage, ZSR 62 (1943), S. 182–240
- BRAND,**
Anfechtungsrecht Ernst Brand, Das Anfechtungsrecht der Gläubiger nach dem Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (vom 11. April 1889), Diss. Bern 1902
- BRÖNNIMANN** Jürgen Brönnimann, Neuerungen bei ausgewählten Klagen des SchKG, ZSR 115 (1996) I, S. 211–329
- BRÜGGER** Erwin Brügger, SchKG Gerichtspraxis 1946–2005, Zürich 2006
- BRUGGER/
VON DER CRONE** Daniel Brugger/Hans Caspar von der Crone, Gerichtliche Beurteilung von Geschäftsentscheiden, SZW 2/2013, S. 178–189
- BRUNNER** Alexander Brunner, Insolvenz und Überschuldung der Aktiengesellschaft, AJP 6/1992, S. 806–820
- BSK IPRG-
BEARBEITER** Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Anton Schnyder/Stephen Berti (Hrsg.), Basler Kommentar zum Internationalen Privatrecht, 3. Aufl., Basel 2013
- BSK OR I-
BEARBEITER** Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar zum Obligationenrecht, OR I (Art. 1–529 OR), 6. Aufl., Basel 2015
- BSK OR II-
BEARBEITER** Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar zum Obligationenrecht, OR II (Art. 530–964 OR u.a.), 5. Aufl., Basel 2016
- BSK SchKG I-
BEARBEITER** Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG I, (Art. 1–Art. 158 SchKG), 2. Aufl., Basel 2010

BSK SchKG II- BEARBEITER	Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG II (Art. 159–Art. 352 SchKG), 2. Aufl., Basel 2010
BSK SchKG EB- BEARBEITER	Daniel Staehelin/Thomas Bauer (Hrsg.), Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Ergänzungsband, Basel 2016
BSK StGB I- BEARBEITER	Marcel Niggli/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar zum Strafrecht I, Art. 1–110 SchKG/Jugendstrafgesetz, 3. Aufl., Basel 2013
BSK StGB I 2007- BEARBEITER	Marcel Niggli/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar zum Strafrecht I, Art. 1–110 StGB/Jugendstrafgesetz, 2. Aufl., Basel 2007
BSK StGB II- BEARBEITER	Marcel Niggli/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar zum Strafrecht II, Art. 111–392 StGB, 3. Aufl., Basel 2013
BSK StGB II 2007- BEARBEITER	Marcel Niggli/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar zum Strafrecht II, Art. 111–392 StGB, 2. Aufl., Basel 2007
BSK StPO- BEARBEITER	Marcel Niggli/Marianne Heer/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung und Jugendstrafprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2014
BSK VegüV- BEARBEITER	Rolf Watter/Hans-Ueli Vogt (Hrsg.), Basler Kommentar zur Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften, Basel 2015
BSK ZGB II- BEARBEITER	Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Kommentar zum Zivilgesetzbuch, ZGB II (Art. 457–977 ZGB, Art. 1–61 SchlT ZGB), 5. Aufl., Basel 2015
BSK ZPO- BEARBEITER	Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), Basler Kommentar zu Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017
BÜHLER, Kausalität	Christoph Bühler, Kausalität und rechtmässiges Alternativverhalten in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, in: Peter Isler/Rolf Sethe (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht, Sammelband EIZ Nr. 171, Zürich/Basel/Genf 2016, S. 61–86

- BÜHLER,**
Sanierung Christoph Bühler, Sanierung nach Aktienrecht de lege lata et ferenda – Lösungsansätze zur Verbesserung der aktienrechtlichen Rahmenbedingungen der aussergerichtlichen Sanierung von Aktiengesellschaften, Zürich 2010 (= SzA Bd. 25)
- BÜHLMANN** Lilian Bühlmann, Gläubiger als Stakeholder im Gesellschaftsrecht, Diss. Zürich, St. Gallen 2015 (= SSHW Bd. 324)
- CAMATHIAS ZIEGLER** Petra Camathias Ziegler, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit bei Mehrheitsentscheidungen von Gremien in Aktiengesellschaften – Insbesondere des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung, Diss. Zürich, 2004
- CAMPONOVO** Rico Camponovo, Rückerstattung des Revisionsstellenhonorars infolge Paulianischer Anfechtung – Sind die Leistungen der Revisionsstelle nichts wert?, ST 2006, S. 533–536
- CASPAR** Lorenz Caspar, Betrügerischer Konkurs, Pfändungsbetrug, Leichtsinniger Konkurs und Vermögensverfall gemäss StGB Art. 163–165, ZStrR 1971, S. 12–46
- CHENAUX** Jean-Luc Chenaux, Un survol de l’action révocatoire en droit international privé suisse, SJZ 92 (1996), S. 232–237
- CHK AG-BEARBEITER** Vito Roberto/Hans Rudolf Trüb (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personengesellschaften und Aktiengesellschaft, Vergütungsverordnung, 3. Aufl., Zürich 2016
- CHK IPRG-BEARBEITER** Andreas Furrer/Daniel Girsberger/Markus Müller-Chen, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Internationales Privatrecht, Art. 1–200 IPRG, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016
- CHK OR-BEARBEITER** Markus Müller-Chen/Claire Huguenin (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 1: Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe (Art. 184–318 OR), 3. Aufl., Zürich 2016
- CORBOZ** Bernard Corboz, Les infractions en droit suisse, Vol. I, 3. Aufl., Bern 2010
- COURVOISIER,**
Entwicklungen Matthias Courvoisier, Teil 10 Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, in Baker & McKenzie, Zürich (Hrsg.),

- 2008/2009 Entwicklungen im schweizerischen Wirtschaftsrecht 2008/2009, Zürich/Basel/Genf 2009, S. 217–228
- COURVOISIER,**
Entwicklungen
2010/2011 Matthias Courvoisier, Teil 9 Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, in Baker & McKenzie, Zürich (Hrsg.), Entwicklungen im schweizerischen Wirtschaftsrecht 2010/2011, Zürich/Basel/Genf 2011, S. 245–252
- CRAMER** Conradin Cramer, Die nahestehende Person im Gesellschaftsrecht, GesKR 2/2016, S. 159–168
- CR CO-
BEARBEITER** Luc Thévenoz/Franz Werro (Hrsg.), Commentaire Romand, Code des obligations I, 2. Aufl., Basel 2012
- CR CP-
BEARBEITER** Alain Macaluso/Laurent Moreillon/Nicolas Queloz (Hrsg.), Commentaire Romand, Code pénal II, Basel 2017
- CR LP-
BEARBEITER** Louis Dallèves/Bénédict Foëx/Nicolas Jeandin (Hrsg.), Commentaire romand Poursuite et faillite, Commentaire de la Loi de la poursuite pour dettes et la faillite ainsi que des articles 166 à 175 de la Loi sur le droit international privé, Basel 2005
- DALLA TORRE** Luca Dalla Torre, Die Sanierungsfusion : eine rechtliche und ökonomische Analyse, Diss. Bern 2007 (= ASR Bd. 741)
- DALLÈVES** Louis Dallèves, Anfechtungsklage, SJK Nr. 742, Genf 1984
- DERENDINGER** Peter Derendinger, Die Nicht- und die nichtrichtige Erfüllung des einfachen Auftrags, Diss. Freiburg 1998, 2. Aufl. 1990 (= AISUF Bd. 87)
- DESSEMONTET** François Dessemondet, Les contrats de service, ZSR 128 (1987) II, S. 94–224
- DIEM** Andreas Diem, Die Voraussetzungen der Gläubigeranfechtung nach schweizerischem und deutschem Recht, Diss. Zürich 1987 (= ZStV Bd. 77)
- DONATSCH,**
Sanierungsmassnahmen Andreas Donatsch, Mögliche strafrechtliche Konsequenzen von (fehlgeschlagenen) Sanierungsmassnahmen, in: Jürg-Beat Ackermann/Wolfgang Wohlers (Hrsg.), Konkurs und Strafrecht: Strafrechtliche Risiken vor, in und nach der Generalexekution, Zürich/Basel/Genf 2011, S. 1–18
- DONATSCH,**
Strafrecht III Andreas Donatsch, Strafrecht III, Delikte gegen den Einzelnen, 10. Aufl., Zürich/Basel 2013

- DONATSCH,** Verantwortlichkeitsklage
Andreas Donatsch, Die Bedeutung des Strafrechts für die aktienrechtliche Verantwortlichkeitsklage, in: Peter Isler/Rolf Sethe, Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VIII, Sammelband EIZ Nr. 171, Zürich 2016, S. 167–184
- DONATSCH/TAG**
Andreas Donatsch/Brigitte Tag, Strafrecht I, Verbrechenslehre, 9. Aufl., Zürich 2013
- DUBACH**
Alexander Dubach, Der Konkursaufschub nach Art. 725a OR: Zweck, Voraussetzungen und Inhalt, SJZ 94 (1998), S. 149–160
- DUSS JACOBI**
Kurt Boesch/Vanessa Duss Jacobi/Daniel Hunkeler/Pierre-Yves Marro/Felix Meier-Dieterle/Helen Renggli/Zeno Schönmann, Klagen und Rechtsbehelfe im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Basel 2018
- EICKER**
Andreas Eicker, Haftung für Dritte: Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Führungspersonen in Unternehmen nach dem revidierten Allgemeinen Teil des SchKG, AJP 6/2010, S. 679–688
- EISENRING/YASARGIL**
Karin Eisenring/Shirin Yasargil, Zahlungen im Vorfeld der Insolvenz – oder: Wie sichert der Dienstleister seinen Honoraranspruch?, in: Newsletter Bratschi Wiederkehr & Buob 01/2009, August 2009
- EMMENEGGER**
Susan Emmenegger, Das Sanierungsdarlehen, in: Susan Emmenegger (Hrsg.), Kreditrecht, Basel 2010, S. 153–189
- ERARD-GILLIOZ**
Pauline Erard-Gillioz, Die Anfechtung, SJK Nr. 742, Genf 1999
- ERNST**
Wolfgang Ernst, Die Zahlung fälliger Schuld als Fall der paulianischen Anfechtung in Geschichte und Gegenwart, SJZ 106 (2010), S. 389–395 und S. 417–425
- FAVRE**
Antoine Favre, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Freiburg 1956
- FELLMANN**
Walter Fellmann, Abgrenzung von Dienstleistungsverträgen zum Arbeitsvertrag und zur Erbringung von Leistungen als Organ einer Gesellschaft, AJP 2/1997, S. 172–180
- FENKART**
Jos Fenkart, Die Betrugspauliana, ZBJV 61 (1925), S. 401–425

-
- FISCHER/DELLI COLLI** Roland Fischer/Flavio Delli Colli, Sanierungsbemühungen bei Überschuldung, GesKR 2/2014, S. 255–263
- FITTING** Frédéric Fitting, Remarques sur l'action révocatoire, SJZ 49 (1953), S. 17–22
- FORSTER** Matthias Forster, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Unternehmens nach Art. 102 SchKG, Diss. St. Gallen, Bern 2006
- FORSTMOSER, Krisenmanager** Peter Forstmoser, Der Richter als Krisenmanager?, in: Peter Forstmoser/Heinrich Honsell/Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis, Festschrift für Hans Peter Walter, Bern 2005, S. 263–291
- FORSTMOSER, Verantwortlichkeit** Peter Forstmoser, Paulianische Anfechtung und aktienrechtliche Verantwortlichkeit, in: Matthias Oertle/Stefan Breitenstein/Matthias Wolf/Hans-Jakob Diem (Hrsg.), M&A, Recht und Wirtschaft in der Praxis, Liber amicorum für Rudolf Tschäni, Zürich/St. Gallen 2010, S. 431–448
- FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL** Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996
- FRITZSCHE** Hans Fritzsche, Die Anfechtungsklage nach schweiz. Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, BLSchK 11 (1947), S. 129–141
- FRITZSCHE/WALDER** Hans Fritzsche/Hans Ulrich Walder, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Bd. II, 3. Aufl., Zürich 1993
- GALLIKER/VON DER CRONE** Andrea Galliker/Hans Caspar von der Crone, Absichtsanfechtung und Sanierung, SZW 6/2008, S. 602–612
- GATTLEN** Thomas Gattlen, Die Verwertung zugunsten der Gläubiger im System des Unternehmenssanierungsrechts der Schweiz, Diss. Zürich 2010
- GAUCH** Peter Gauch, Grundbegriffe des ausservertraglichen Haftpflichtrechts, recht 6/1996, S. 225–239
- GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER** Peter Gauch/Walter Schluep/Jörg Schmid/Susan Emmenegger, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 10. Aufl., Zürich 2014

- GAUGLER** Hans Viktor Gaugler, Die paulianische Anfechtung – unter besonderer Berücksichtigung der Lebensversicherung, Bd. I, Basel 1944
- GAUTHIER** Jean Gauthier, Konkurs- und Betreibungsdelikte II, Misswirtschaft, SJK Nr. 1129, Genf 2007
- GEHRI** Myriam Gehri, Paulianische Anfechtung, ZZZ 2008/09, S. 257–258
- GERICKE/WALLER** Dieter Gericke/Stefan Waller, Business Judgment oder Judge's Business – Die Überprüfung von Geschäftsentscheidungen im Lichte der Praxis des Bundesgerichts, in: Peter Kunz/Florian Jörg/Oliver Arter (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht IX, Bern 2014, S. 288–318
- GERMANN** Oskar Adolf Germann, Das Verbrechen im neuen Strafrecht, Zürich 1942
- GesKR Kommentar VegüV-BEARBEITER** Frank Gerhard/Karim Maizar/Till Spillmann/Matthias Wolf (Hrsg.), Vergütungsrecht der Schweizer Publikumsgesellschaften, GesKR-Kommentar zur VegüV, Zürich/St. Gallen 2014
- GESSLER, Gläubigerbegünstigung** Dieter Gessler, Gläubigerbegünstigung durch die Aktiengesellschaft, in: Gaudenz Zindel/Patrik Peyer/Bertrand Schott (Hrsg.), Wirtschaftsrecht in Bewegung, Festgabe zum 65. Geburtstag von Peter Forstmoser, Zürich/St. Gallen 2008, S. 401–421
- GESSLER, Insolvenzstrafrecht** Dieter Gessler, Insolvenzstrafrecht, in: Jürg-Beat Ackermann/Günter Heine (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht der Schweiz, Bern 2013, S. 457–508
- GESSLER, Klagen** Dieter Gessler, Wie sich Gläubiger vor Klagen schützen können, NZZ vom 10. September 2008, S. 27
- GILLIÉRON, Commentaire** Pierre-Robert Gilliéron, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite; Band IV: Art. 271–352, Basel/Lausanne 2003
- GILLIÉRON, Poursuite** Pierre-Robert Gilliéron, Poursuite pour dettes, faillite et concordat, 5. Aufl., Basel 2012
- GIROUD** Roger Giroud, Die Konkurseröffnung und ihr Aufschub bei der Aktiengesellschaft, 2. Aufl., Zürich 1986 (= SSHW Bd. 50)

- GLANZMANN,**
Haftungsrisiken Lukas Glanzmann, Haftungsrisiken der Leitungsorgane in der finanziellen Krise des Unternehmens, in: Entwicklungen im Gesellschaftsrecht (Hrsg. Peter Kunz/Florian Jörg/Oliver Arter), Bern 2014, S. 247–286
- GLANZMANN,**
Pflichten Lukas Glanzmann, Die Pflichten des Verwaltungsrates und der Geschäftsführung in finanziellen Krisensituationen, in: Vito Roberto (Hrsg.), Sanierung der AG, Ausgewählte Rechtsfragen für die Unternehmenspraxis, 2. Aufl., Schriften zum neuen Aktienrecht Nr. 17, Zürich/Basel/Genf 2003, S. 19–101
- GLANZMANN,**
Sanierungsdarlehen Lukas Glanzmann, Sanierungsdarlehen, ZBJV 146 (2010), S. 261–294
- GLANZMANN/ROBERTO** Lukas Glanzmann/Vito Roberto, Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates in Sanierungssituationen, in: Rolf Weber (Hrsg.), Praxis zum unternehmerischen Verantwortlichkeitsrecht, Sammelband EIZ Nr. 49, Zürich/Basel/Genf 2004, S. 77–101
- GMÜR** Philipp Gmür, Die Vergütung des Beauftragten, Diss. Freiburg 1994
- GUHL/SCHNYDER** Theo Guhl/Anton Schnyder, Der einfache Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag, in: Theo Guhl/Alfred Koller/Anton Schnyder/Jean Nicolas Druey (Hrsg.), Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, 9. Aufl., Zürich 2000, S. 546–562
- GÜNTENSPERGER** Adolf Güntensperger, Die Gläubigerbevorzugung, Diss. Zürich, St. Gallen 1927
- HACHMANN** Christian Hachmann, Kriterium der Zahlungsfähigkeit in der aktienrechtlichen Sanierung, Diss. Zürich 2017 (= SSHW Bd. 336)
- HAFNER** Stefan Hafner, Die Rechenschaftspflicht des Beauftragten – Ein Beitrag zum Informationsrecht im Auftragsvertrag, Diss. St. Gallen, Berlin 2007
- HAFTER,**
AT Ernst Hafter, Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Bern 1946
- HAFTER,**
Betrachtungen III Ernst Hafter, Betrachtungen zum Konkurs- und Betreibungsstrafrecht. Drittes Stück: Leichtsinniger Konkurs und Vermögensverfall, Unterlassung der Buchführung, Gläubigerbevorzugung, ZStrR 1936, S. 129–147

- HAFTER, BT** Ernst Hafter, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil, Erste Hälfte: Delikte gegen Leib und Leben, gegen die Freiheit, gegen das Geschlechtsleben, gegen die Ehre, gegen das Vermögen, Berlin 1937
- HAGENSTEIN** Nadine Hagenstein, Die Schuldbetreibungs- und Konkursdelikte nach schweizerischem Strafgesetzbuch, Diss. Freiburg, Basel 2013 (= Grundlegendes Recht Bd. 20)
- HANDSCHIN** Lukas Handschin, Die Pflichten und die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats im Sanierungsfall, ZBJV 136 (2000), S. 433–447
- HANGARTNER** Walter Hangartner, Die Gläubigeranfechtung im schweizerischen Recht – unter besonderer Berücksichtigung ihrer Entwicklung in den letzten zwei Dezennien, Diss. Zürich, Aarau 1929 (= ZBR Bd. 17)
- HARI** Olivier Hari, Absichtspauliana und Sanierungsdarlehen, GesKR Online-Beitrag 2/2008, abrufbar unter: <http://docplayer.org/7943139-Geskr-online-beitrag-2-2008.html> (letztmals abgerufen am 7.5.2018)
- HAUSER** Robert Hauser, Der Schutz vor Schuldbetreibung und Konkurs durch das Strafrecht, in: Louis Dallèves/Beat Kleiner/Lutz Krauskopf/Rolf Raschein/Henri Schüpbach/Konferenz der Betreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz (Hrsg.), Festschrift 100 Jahre SchKG/Centenaire de la LP, Zürich 1989, S. 31–57
- HEINIGER** Matthias Heiniger, Der Konzern im Unternehmensstrafrecht gemäss Art. 102 SchKG – Die strafrechtliche Erfassung eines wirtschaftlichen Phänomens, Diss. Bern 2011 (= ASR Bd. 781)
- HERREN** Peter Herren, Die Misswirtschaft gemäss Art. 165 SchKG, Diss. Freiburg, Zürich/Basel/Genf 2006 (= AISUF Bd. 248)
- HINDERLING, Anfechtung** Hans Hinderling, Die Anfechtung der kongruenten Erfüllung fälliger Verbindlichkeiten nach Art. 288 SchKG, ZSR 45 (1935), S. 240–250
- HINDERLING, Aspekte** Hans Hinderling, Aspekte der Absichtsanfechtung nach Art. 288 SchKG, in: Hans Hinderling (Hrsg.), Ausgewählte Schriften, Zürich 1982, S. 257–266

-
- HK StGB-BEARBEITER** Günther Stratenwerth/Wolfgang Wohlers (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch – Handkommentar, 3. Aufl., Bern 2013
- HOFSTETTER** Josef Hofstetter, Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag, in: Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII/6, Basel 2000
- HONSELL, BT** Heinrich Honsell, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 10. Aufl., Zürich 2017
- HONSELL, Entwicklungstendenzen** Heinrich Honsell, Entwicklungstendenzen im strafrechtlichen Vermögensschutz, Jusletter vom 10. Dezember 2001
- HONSELL/ISENRING/KESSLER** Heinrich Honsell/Bernhard Isenring/Martin Kessler, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 5. Aufl., Zürich 2013
- HOPF** Michel Hopf, Die Aufgabe der Revisionsstelle in der finanziellen Krise der AG, ST 2008/02, S. 643–654
- HUGUENIN** Claire Huguenin, Obligationenrecht – Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Aufl., Zürich 2014
- HUNKELER, Absichtsanfechtung** Daniel Hunkeler, Die Absichtsanfechtung im Allgemeinen, in: Susan Emmenegger (Hrsg.), Kreditrecht, Basel 2010, S. 137–151
- HUNKELER, Absichtspauliana** Daniel Hunkeler, Absichtspauliana – Anforderungen an die Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht, Jusletter vom 25. August 2008
- HUNKELER, Anfechtbarkeit** Daniel Hunkeler, Anfechtbarkeit von Zahlungen für Beratungsdienstleistungen mit Sanierungskontext, GesKR 4/2011, S. 1–4
- HUNKELER, Konkursöffnung** Daniel Hunkeler, Wirkungen der Konkursöffnung auf zweiseitige Verträge, insbesondere Werkverträge (ausgewählte Einzelfragen), BR 2002, S. 55–62
- HUNKELER, Sanierungsphase** Daniel Hunkeler, Die Sanierungsphase mit Blick auf ein nachfolgendes Insolvenzverfahren, in: Thomas Sprecher (Hrsg.), Sanierung und Insolvenz von Unternehmen II, Sammelband EIZ Nr. 123, Zürich/Basel/Genf 2012, S. 19–30
- HUNKELER/LEONOVA** Daniel Hunkeler/Inga Leonova, Neuere Entwicklungen des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts (Teil I), Anwaltsrevue 9/2013, S. 376–386

- HURTADO POZO, PG** José Hurtado Pozo, Droit pénal, Partie générale, 2. Aufl., Genf/Zürich/Basel 2008
- HURTADO POZO, PS** José Hurtado Pozo, Droit pénal, Partie spéciale, Genf/Zürich/Basel 2009
- Insolvenzrechts-Handbuch-HUBER** Michael Huber, in: Gottwald Peter (Hrsg.), Insolvenzrechts-Handbuch, 5. Aufl., München 2015
- JACQUEMOUD/PASQUIER** Philippe Jacquemoud/Aurélien Pasquier, Responsabilité du conseil d'administration avant et après le surendettement, Réflexions sur la restructuration d'entreprise (assainissement), SJ 2013 II, S. 271–328
- JAEGER** Carl Jaeger, Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs, Bd. II, 3. Aufl., Zürich 1911
- JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN** Carl Jaeger/Hans Ulrich Walder/Thomas Kull/Martin Kottmann, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Bd. II, 4. Aufl., Zürich 1997/99
- JAGMETTI** Luca Jagmetti, Cash Pooling im Konzern, Diss. Zürich 2007 (= SSHW Bd. 267)
- JAKOB** Marjolaine Jakob, Bemerkungen zur Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter vor schweizerischen Gerichten nach dem Vorentwurf für eine Revision des 11. Kapitels des IPRG, Jusletter vom 11. April 2016
- JEANDIN** Nicolas Jeandin, Action révocatoire, ZZZ 2008/2009, S. 255–257
- JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL** Marc Jean-Richard-dit-Bressel, Misswirtschaft durch Konkursverschleppung bei «Wegwerfgesellschaften», Jürg-Beat Ackermann/Wolfgang Wohlers (Hrsg.), Konkurs und Strafrecht: Strafrechtliche Risiken vor, in und nach der Generalexekution, Zürich/Basel/Genf 2011, S. 59–93
- JEKER** Marc Jeker, Die konkurs- und strafrechtliche Aufarbeitung der Kriminalinsolvenz, Diss. St. Gallen, Zürich/St. Gallen 2009
- JERMANN** Andreas Jermann, Pflicht des Treuhänders zur Herausgabe von Akten, insbesondere der Buchhaltung, TREX 5/04, S. 276–282

- JOSITSCH/SCHMID** Daniel Jositsch/Julia Schmid, Neue Tendenzen bei der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Organe, AJP 4/2010, S. 435–440
- JUCKER** Patricia Jucker, Der internationale Gerichtsstand der schweizerischen paulianischen Anfechtungsklage – und rechtsvergleichend schweizerisches, deutsches und französisches Haftpflichtrecht, Diss. Zürich 2006 (= ZStV Bd. 149)
- KÄLIN, Sanierung** Oliver Kälin, Die Sanierung der Aktiengesellschaft – Ein Rechtshandbuch für Verwaltungsräte, Zürich/Basel/Genf 2016
- KÄLIN, Sanierungsplan** Oliver Kälin, Der Sanierungsplan nach OR und SchKG, AJP 4/2016, S. 435–441
- KÄLIN, Zahlungsunfähigkeit** Oliver Kälin, Der Begriff der Zahlungsunfähigkeit, ZZZ 2014/2015, S. 135–140
- KÄNZIG/GEIGER** Philipp Känzig/Gaudenz Geiger, Fristen im Sanierungsrecht – ausgewählte Aspekte, in: Thomas Sprecher (Hrsg.), Sanierung und Insolvenz von Unternehmen IV, Sammelband EIZ Nr. 147, Zürich/Basel/Genf 2014, S. 113–142
- KAYSER** Georg Kayser, Sanierung oder Auflösung: eine Analyse zur Bestimmung der Sanierungsfähigkeit von Unternehmen im Vorfeld der Insolvenz, Diss. Hamburg, Frankfurt a.M. 1983 (= EHS Reihe 5, Bd. 406)
- KESSELBACH** Stephan Kesselbach, Krise und Sanierung bei Aktiengesellschaften – insbesondere aus strafrechtlicher Sicht, Unter besonderer Berücksichtigung des Art. 152 SchKG, Diss. Zürich 2001 (= SSHW Bd. 204)
- KISSLING** Mischa Kissling, Der Mehrfachverwaltungsrat: die Tätigkeit in Verwaltungsräten mehrerer Aktiengesellschaften aus Sicht des Zivil-, Straf-, Wettbewerbs-, Steuer- und Sozialversicherungsrechts, Diss. Zürich 2006 (= SSHW Bd. 250)
- KISTLER** Bruno Kistler, La gestion fautive en tant que délit intentionnel, AJP 12/1997, S. 1492–1500
- KLEIBOLD** Thorsten Kleibold, Liabilität und Liquidität in der Unternehmenskrise – Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit im Kontext des Schweizer Gesellschafts- und Insolvenzrechts, in: Diego Haunreiter/Philipp Juchli/Christoph Knupp/Marcel Würmli, Auswirkun-

- gen von Krisen auf Wirtschaft, Recht und Gesellschaft, Schriften der Assistierenden der Universität St. Gallen (HSG) Bd. 4, Bern 2009, S. 151–172
- KNOBLOCH** Stefan Knobloch, Die zivilrechtlichen Risiken der Banken in der sanierungsbedürftigen Unternehmung, Diss. Zürich, Zürich/St. Gallen 2006
- KOEFERLI** Jürg Koeflerli, Der Sanierer einer Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 1994
- KOLLER** Alfred Koller, Dienstleistungsverträge – Begriff, Arten, rechtliche Grundlagen, AJP 12/2014, S. 1627–1635
- Kommentar BGFA-BEARBEITER** Walter Fellmann/Gaudenz Zindel, Kommentar zum Anwaltsgesetz, Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA), 2. Aufl., Zürich 2011
- Kommentar StGB-BEARBEITER** Andreas Donatsch (Hrsg.)/Stefan Flachsmann/Markus Hug/Ulrich Weder, StGB Kommentar, Schweizerisches Strafgesetzbuch mit V-StGB-MStG und JStG, Zürich 2013
- Kommentar StPO-BEARBEITER** Andreas Donatsch/Thomas Hansjakob/Viktor Lieber, Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2. Aufl., Zürich 2014
- KRAMER,**
Kausalität Ernst Kramer, Die Kausalität im Haftpflichtrecht, ZBJV 1987, S. 289–316
- KRAMER,**
Methodenlehre Ernst Kramer, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl., Bern 2016
- KRAMPF/SCHULER** Michael Krampf/Rolf Schuler, Die aktuelle Praxis des Konkursrichters des Bezirksgerichtes Zürich zu Überschuldungsanzeige, Konkursaufschub und Insolvenz-erklärung juristischer Personen, AJP 9/2002, S. 1060–1076
- KREN KOSTKIEWICZ,**
Anerkennung Jolanta Kren Kostkiewicz, Internationales Konkursrecht: Anerkennung ausländischer Konkursdekrete und Durchführung eines Sekundärkonkurses in der Schweiz, BlSchK 63 (1993), S. 1–22
- KREN KOSTKIEWICZ,**
Schuldbetreibungs- und Konkursrecht Jolanta Kren Kostkiewicz, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, 2. Aufl., Zürich 2014

-
- KRIZAJ** Thomas Krizaj, Yin und Yang. Oder das Verhältnis der Verantwortlichkeitsklage zur paulianischen Anfechtungsklage, AJP 6/2013, S. 819–836
- KRYKA** Milan Kryka, Die Verrechnung im Konkurs, Nachlassverfahren und Konkursaufschub, Diss. St. Gallen, Zürich/St. Gallen 2011 (= SSHW Bd. 302)
- KUHN** Hans Kuhn, Schweizerisches Kreditsicherungsrecht, Bern 2011
- KUKO OR-BEARBEITER** Heinrich Honsell (Hrsg.), Kurzkommentar OR, Basel 2014
- KUKO SchKG-BEARBEITER** Daniel Hunkeler (Hrsg.), Kurzkommentar SchKG, 2. Aufl., Basel 2014
- KUKO ZPO-BEARBEITER** Paul Oberhammer/Tanja Domej/Ulrich Haas (Hrsg.), Kurzkommentar ZPO, 2. Aufl., Basel 2013
- LANG** Simon Lang, Die Aussicht auf Sanierung, Diss. Zürich 2017
- LANZ** Rudolf Lanz, Kapitalverlust, Überschuldung und Sanierungsvereinbarung, Diss. Zürich 1985 (= SSTRK Bd. 68)
- LORANDI, Änderungen** Franco Lorandi, Vorgeschlagene Änderungen zum Sanierungsrecht, BLSchK 75 (2011), S. 95–108
- LORANDI, Art. 731b OR** Franco Lorandi, Konkursverfahren über Handelsgesellschaften ohne Konkurseröffnung – Gedanken zu Art. 731b OR, AJP 2008, S. 1378–1395
- LORANDI, Aspekte** Franco Lorandi, Prozessuale Aspekte der paulianischen Anfechtung (Art. 285 ff. SchKG) – Ausgewählte Fragen, ZZZ 2006, S. 155–183
- LORANDI, Dauerschuldverhältnisse** Franco Lorandi, Dauerschuldverhältnisse im Nachlassverfahren, AJP 10/2004, S. 1209–1224
- LORANDI, Konkursaufschub** Franco Lorandi, Sanierung mittels Konkursaufschub oder Nachlassstundung – Alte und neue Handlungsoptionen, in: Thomas Sprecher/Brigitte Umbach-Spahn/Dominik Vock (Hrsg.), Sanierung und Insolvenz von Unternehmen V – Das neue Schweizer Sanierungsrecht, Sammelband EIZ Nr. 153, Zürich/Basel/Genf 2014, S. 5–51

- LORANDI,**
Nachlassstundung Franco Lorandi, Genehmigungsbedürftige Geschäfte während der Nachlassstundung (Art. 298 Abs. 2 SchKG), ZZZ 2004, S. 73–116
- LORANDI,**
Rechtsprechung Franco Lorandi, Neuere Rechtsprechung zur insolvenzrechtlichen Anfechtung – Ein Spaziergang durch den paulianischen Rosengarten des Bundesgerichts, BISchK 73 (2009), S. 213–236
- LORANDI,**
Sicherungsgeschäfte Franco Lorandi, Sicherungsgeschäfte in der Insolvenz des Sicherungsgebers, AJP 11/2005, S. 1299–1311
- LUTERBACHER** Thierry Luterbacher, Ein wegweisendes Bundesgerichts-Urteil zur Verantwortlichkeit der Revisionsstelle, ST 74 (2000), S. 1267 ff.
- MANN** Gerhard Mann, Grundprobleme der externen Sanierungsprüfung, in: Hanns Linhard/Peter Penzkofer/Peter Scherpf (Hrsg.), Dienstleistungen in Theorie und Praxis, Stuttgart 1970, S. 237–255
- MAUCHLE/
VON DER CRONE** Yves Mauchle/Hans Caspar von der Crone, Wie lange darf der Verwaltungsrat mit der Überschuldungsanzeige zuwarten?, SZW 2/2014, S. 227–239
- MEIER I.,**
Neuerungen Isaak Meier, Konkursrecht, Neuerungen des revidierten Rechts und aktuelle Fragen aus Lehre und Praxis, ZSR 115 (1996), S. 277–311
- MEIER I.,**
Pflicht Isaak Meier, Die Pflicht eines Unternehmens zur Einleitung eines Insolvenzverfahrens nach geltendem Recht, Jusletter vom 25. Oktober 2004
- MEIER I.,**
Zivilprozessrecht Isaak Meier, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich 2010
- MEIER I./HAMBURGER** Isaak Meier/Carlo Hamburger, Vollstreckungsrechtliche Klagen mit Reflexwirkung auf das materielle Recht – ein exportwürdiges Institut der schweizerischen Verfahrensdogmatik?, BISchK 78 (2014), S. 201–224
- MEIER I./SIEGWART** Isaak Meier/David Siegwart, Anfechtungsklage nach revidiertem Recht – Unter besonderer Berücksichtigung von Konzernverhältnissen, in: Thomas Sprecher/Brigitte Umbach-Spahn/Dominik Vock (Hrsg.), Sanierung und Insolvenz von Unternehmen V – Das neue Schweizer Sanierungsrecht, Sammelband EIZ Nr. 153, Zürich/Basel/Genf 2014, S. 53–104

-
- MEIER U.** Urs Meier, Strafrechtliche Risiken in Sanierungssituationen, Konkursverschleppung und Gläubigerbevorzugung, Diss. Zürich 2015 (= ZStStr Bd. 83)
- MEIER-HAYOZ/
FORSTMOSER** Arthur Meier-Hayoz/Peter Forstmoser, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 11. Aufl., Bern 2012
- MEYER** Alain Meyer, Die Beurteilung der Sanierungsfähigkeit von ertragsschwachen oder insolventen Unternehmen, Diss. Freiburg, Bern 2003 (= EHS Reihe 5, Bd. 3020)
- MEYER-HAUSER** Bernhard Meyer-Hauser, Anwaltsgeheimnis und Schiedsgericht, Zürich 2004 (= Das Anwaltsgeheimnis Bd. 6)
- MÜLLER E.** Emil Müller, Anfechtungsklage nach Art. 288 SchKG und Kreditgeschäft, SJZ 47 (1951), S. 233–237 und S. 255–257
- MÜLLER L.** Lukas Müller, Das neue Sanierungsrecht aus empirischer Perspektive: Was sind die kritischen Erfolgsfaktoren einer Sanierung?, AJP 2/2014, S. 187–204
- NEUHAUS/IMARK** Markus Neuhaus/Lukas Imark, Sanierung und Insolvenz – Die Sicht der Revisionsstelle, in: Thomas Sprecher (Hrsg.), Sanierung und Insolvenz von Unternehmen, Sammelband EIZ Nr. 112, Zürich/Basel/Genf 2011, S. 87–97
- NIGGLI/GFELLER** Marcel Niggli/Diego Gfeller, Strafrechtliche Verantwortlichkeit im Konzern, in: Marcel Niggli/Marc Amstutz (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmen, Zivil- und strafrechtliche Perspektiven, Basel 2007, S. 151–184
- NOBEL** Peter Nobel, Aktiengesellschaft, Konzern und Unternehmen, in: Rolf Sethe/Andreas Heinemann/Reto Hilty/Peter Nobel/Roger Zäch (Hrsg.), Festschrift für Rolf H. Weber zum 60. Geburtstag, Bern 2011, S. 153–165
- NOLL** Peter Noll, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I, Delikte gegen den Einzelnen, Zürich 1983
- OFK SchKG-
BEARBEITER** Jolanta Kren Kostkiewicz (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar SchKG, 19. Aufl., Zürich 2016
- OTT** Edward Ott, Bundesgericht 5A_29/2007: schlecht für Kreditnehmer und Banken? (III), verfügbar unter www.edward-ott.ch/report/5A_29_2007_K.pdf (zuletzt abgerufen am 7.5.2018)

- PC CP** Michel Dupuis/Laurent Moreillon/Christophe Piguet/Séverine Berger/Miriam Mazou/Virginie Rodigari (Hrsg.), Petit commentaire Code pénal, 2. Aufl., Basel 2017
- PETER, Gruppen** Henry Peter, L'action révocatoire dans les groupes de sociétés, Diss. Genf, Basel 1990
- PETER, Neudefinierung** Henry Peter, Neudefinierung der Grundvoraussetzungen für die Anfechtung, ZZZ 2005, S. 29–36
- PETER, Restatement** Henry Peter, Restatement des conditions générales de la révocation, Jusletter vom 25. Oktober 2004
- PIFFNER** Daniel Christian Piffner, Revisionsstelle und Corporate Governance Stellung, Aufgaben, Haftung und Qualitätsmerkmale des Abschlussprüfers in der Schweiz, in Deutschland, in der Europäischen Union und in den Vereinigten Staaten, Diss. Zürich/St. Gallen 2008 (= SSHW Bd. 275)
- PHILIPPIN** Edgar Philippin, La mise en œuvre de l'initiative «contre les rémunérations abusives», SJ 2014 II, S. 261–340
- PIETH** Mark Pieth, Wirtschaftsstrafrecht, Basel 2016
- Praxiskommentar Arbeitsvertrag (Update)-BEARBEITER** Adrian von Kaenel/Roger Rudolph, Elektronischer Update-Service zum Praxiskommentar von Ullin Streiff/Adrian von Kaenel/Roger Rudolph, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Aufl., Zürich 2012
- Praxiskommentar StGB-BEARBEITER** Stefan Trechsel/Mark Pieth (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch Praxiskommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2018
- Praxiskommentar VegüV-BEARBEITER** David Oser/Andreas Müller (Hrsg.), Praxiskommentar zur Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften, Zürich 2014
- REBSAMEN, Anfechtbarkeit** Thomas Rebsamen, Anfechtbarkeit von Sanierungsleistungen, Jusletter vom 21. September 2009
- REBSAMEN, Gleichbehandlung** Thomas Rebsamen, Die Gleichbehandlung der Gläubiger durch die Aktiengesellschaft, Diss. Freiburg, Zürich 2004 (= AISUF Bd. 231)
- REINARZ** Peter Reinarz, Die Unternehmens-Sanierung im Lichte des Aktien- und des Steuerrechtes, AJP 4/1997, S. 443–458

- REISER** Hans Reiser, Die paulianische Anfechtung im Spiegel der Rechtsprechung des Bundesgerichtes, SJZ 108 (2012), S. 101–111
- REUTTER** Thomas Reutter, Die Vergütung im Voraus: in absurdo nihil obstat, GesKR 2/2016, S. 1–8
- REY** Heinz Rey, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2018
- RIKLIN, Anmerkung** Franz Riklin, Anmerkung zum Urteil des Kantonsgerichts Wallis vom 3. Dezember 1997 (publ. in ZWR 1998, S. 187 ff. zu Art.167 SchKG), BR 1998, Nr. 382, S. 143–144
- RIKLIN, AT I** Franz Riklin, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Verbrechenslehre, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2007
- ROBERTO, Haftpflichtrecht** Vito Roberto, Haftpflichtrecht, 2. Aufl., Bern 2018
- ROBERTO, Sanierungen** Vito Roberto, Rechtsprobleme bei Sanierungen – ein Überblick, in: Vito Roberto (Hrsg.), Sanierung der AG, Ausgewählte Rechtsfragen für die Unternehmenspraxis, 2. Aufl., Schriften zum neuen Aktienrecht Nr. 17, Zürich Basel/Genf 2003, S. 9–17
- ROBERTO, Schadensrecht** Vito Roberto, Schadensrecht, Habil. Zürich, Basel 1997
- ROBERTO/GRECHENIG** Vito Roberto/Kristoffel Grechenig, Rückschaufehler («Hindsight bias») bei Sorgfaltspflichtverletzungen, ZSR 130 (2011) I, S. 5–26
- ROHDE** Thomas Rohde, Wem darf eine überschuldete Gesellschaft was, wofür und wie zahlen?, in: Thomas Sprecher (Hrsg.), Sanierung und Insolvenz von Unternehmen IV, Sammelband EIZ Nr. 147, Zürich/Basel/Genf 2014, S. 143–179
- ROTH, Krisendarlehen** Jürg Roth, Die Behandlung von Krisendarlehen im Konkurs, in: Thomas Sprecher (Hrsg.), Sanierung und Insolvenz von Unternehmen, Sammelband EIZ Nr. 112, Zürich/Basel/Genf 2011, S. 42–85
- ROTH, Sanierungsdarlehen** Jürg Roth, Sanierungsdarlehen, Nachrang – Gleichrang – Vorrang, Diss. Basel 2009 (= BSR Reihe A Privatrecht, Bd. 93)

-
- SCHMID N.,**
Aspekte
Niklaus Schmid, Einige Aspekte der Strafbarkeit des Unternehmens nach dem neuen Allgemeinen Teil des Schweizerischen Strafgesetzbuchs, in: Hans Caspar von der Crone/Rolf Weber/Roger Zäch/Dieter Zobl, Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht, Festschrift für Peter Forstmoser, Zürich 2003, S. 761–781
- SCHMID N.,**
Gläubigerbevorzugung
Niklaus Schmid, Ist die dingliche Bestellung von früher vereinbarten Pfandrechten im Zustande der Insolvenz eine Gläubigerbevorzugung im Sinne von StGB Art. 167?, BLSchK 50 (1986), S. 201–215
- SCHMIDT**
Holger Schmidt, Die Absichtspauliana nach Schweizer Recht – Zur gerichtlichen Aufarbeitung der Swiss-air Insolvenz, ZInsO 2010, S. 1214–1222
- SCHUBARTH**
Martin Schubarth, Dolus eventualis – positive und negative Indikatoren; Analyse der Rechtsprechung des Bundesgerichtes von 1943 – 2007, AJP 5/2008, S. 519–526
- SCHUMACHER**
Rainer Schumacher, Vertragsgestaltung: Systemtechnik für die Praxis, Zürich 2004
- SCHÜPBACH,**
Action révocatoire
Henri-Robert Schüpbach, Droit et action révocatoires, Commentaire des articles 285 à 292 de la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 avril 1889, modifiée le 16 décembre 1994, Basel/Frankfurt a.M. 1997
- SCHÜPBACH,**
Dimensions temporelles
Henri-Robert Schüpbach, Des trois dimensions temporelles du droit de révocation (art. 285 à 292 LP du 11 avril 1889, révisée le 16 décembre 1994), AJP 11/1996, S. 1446–1463
- SCHWANDER,**
SJK
Vital Schwander, Betreibungs- und Konkursdelikte II: Leichtsinziger Konkurs und Vermögensverfall, Gläubigerbevorzugung, SJK Nr. 1129, Genf 1964
- SCHWANDER,**
StGB
Vital Schwander, Das Schweizerische Strafgesetzbuch – unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Praxis, 2. Aufl., Zürich 1964
- SCHWANINGER**
David Schwaninger, Der Liquidator im Spannungsfeld der Überschuldung – wen darf er noch bezahlen?, Jusletter vom 27. September 2010
- SCHWARZ**
Jörg Schwarz, Kreditvergabe durch Banken – auch ein Fall für den Strafrichter?, in: Jürg-Beat Ackermann/Wolfgang Wohlers, Finanzmarkt ausser Kon-

- trolle? Selbstregulierung – Aufsichtsrecht Strafrecht, 3. Zürcher Tagung zum Wirtschaftsstrafrecht, Sammelband EIZ Nr. 100, S. 197–229
- SENN** Dorothea Senn, Die Haftung des Verwaltungsrates bei der Sanierung der AG, Diss. Zürich 2001 (= SSHW Bd. 209)
- SK SchKG-BEARBEITER** Jolanta Kren Kostkiewicz/Dominik Vock (Hrsg.), Schulthess Kommentar SchKG, 4. Aufl. basierend auf der 1911 erschienenen 3. Aufl. von Carl Jaeger, Zürich 2017
- SOGO** Miguel Sogo, Zahlungsunfähigkeit im Vertragsverhältnis, Habil. Zürich 2015
- SPRECHER/SOMMER** Thomas Sprecher/Christa Sommer, Aktienrechtliche Sanierungsmassnahmen, in: Thomas Sprecher (Hrsg.), Sanierung und Insolvenz von Unternehmen VI, Sammelband Nr. 159, Zürich/Basel/Genf 2014, S. 35–75
- SPÜHLER** Karl Spühler, Das revidierte SchKG und seine Auswirkungen auf die Strafverfolgung, ZStrR 1998, S. 237–251
- SPÜHLER/DOLGE/GEHRI** Karl Spühler/Annette Dolge/Myriam Gehri, Schweizerisches Zivilprozessrecht, und Grundzüge des internationalen Zivilprozessrechts, 9. Aufl., Bern 2010
- STAEHELIN D., Anerkennung** Daniel Staehelin, Die Anerkennung ausländischer Konkurse und Nachlassverträge in der Schweiz (Art. 166 ff. IPRG), Diss. Basel 1989 (= SIR Bd. 45)
- STAEHELIN D., Anfechtungsklagen** Daniel Staehelin, Die Anfechtungsklagen, BLSchK 61 (1997), S. 81–94
- STAEHELIN D., Verwirkungsfrist** Daniel Staehelin, Der Beginn der Verwirkungsfrist gemäss Artikel 292 SchKG für die Anfechtung (Pauliana) beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung, AJP 10/2006, S. 1252–1262
- STAEHELIN E.** Ernst Staehelin, Ausreisser? Ausreisser!, Anwaltsrevue 9/2016, S. 393–396
- STENGEL** Manuel Stengel, Der Vertrauensarzt im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, Diss. St. Gallen, Zürich/St. Gallen 2014 (= RiU Bd. 3)

- St. Galler Komm. BV-BEARBEITER** Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schindler/Rainer Schweizer/Klaus Vallender (Hrsg.), Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., St. Gallen 2014
- STÖCKLI** Hubert Stöckli, Das Synallagma im Vertragsrecht Begründung – Abwicklung – Störung, Diss. Freiburg 2008 (= AISUF Nr. 271)
- STRATENWERTH** Günter Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 4. Aufl., Bern 2011
- STRATENWERTH/JENNY/BOMMER** Günter Stratenwerth/Guido Jenny/Felix Bommer, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I: Straftaten gegen Individualinteressen, 7. Auflage, Bern 2010
- SUTER** Robert Suter, Der entgeltliche Auftrag im schweizerischen Obligationenrecht, Diss. Bern 1904
- THILOW** Hauke Thilow, Die Gläubigerbegünstigung im System des Insolvenzrechts – Zur Beschränkung des § 283c StGB auf inkongruente Deckungen, Diss. Kiel, Baden-Baden 2001
- TRECHSEL/NOLL/PIETH** Stefan Trechsel/Peter Noll/Mark Pieth, Schweizerisches Strafrecht – Allgemeiner Teil I, Allgemeine Voraussetzungen der Strafbarkeit, 7. Aufl., Zürich 2017
- UMBACH-SPAHN** Brigitte Umbach-Spahn, Pauliana und Sanierung, in: Thomas Sprecher (Hrsg.), Sanierung und Insolvenz von Unternehmen, Sammelband EIZ Nr. 112, Zürich/Basel/Genf 2011, S. 157–180
- VOCK/MÜLLER D.** Dominik Vock/Danièle Müller, SchKG-Klagen nach der Schweizerischen ZPO, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2018
- VOGT, Absichtsanfechtung** Hans-Ueli Vogt, Die neue bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Absichtsanfechtung und ihre Bezüge zur aktienrechtlichen Sorgfaltspflicht der Organe, AJP 9/2010, S. 1075–1091
- VOGT, Damoklesschwert** Hans-Ueli Vogt, Krisenmanagement unter dem Damoklesschwert der paulianischen Anfechtung, GesKR 2/2009, S. 163–190
- VOGT/BÄNZIGER** Hans-Ueli Vogt/Michael Bänziger, Das Bundesgericht anerkennt die Business Judgement Rule als Grundsatz des schweizerischen Aktienrechts, GesKR 4/2012, S. 607–627

- VOGT/KÄSER** Hans-Ueli Vogt/Thomas Käser, Paulianische Anfechtung der Rückzahlung eines Kredits und von Zahlungen im Rahmen einer share swap transaction – Besprechung der Urteile 5A_386/2008 und 5A_420/2008 des schweizerischen Bundesgerichts vom 6. April bzw. 28. Mai 2009, GesKR 4/2009, S. 583–590
- VON SALIS** Ulysses von Salis, Kapitalverlust und Sanierungsfusion, in: Thomas Sprecher (Hrsg.), Sanierung und Insolvenz von Unternehmen II, Sammelband EIZ Nr. 123, Zürich/Basel/Genf 2012, S. 150–181
- VON TUHR/ESCHER** Andreas von Tuhr/Arnold Escher, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. II, 3. Aufl., Nachdruck, Zürich 1984
- WALDER** Hans Ulrich Walder, Gläubigerbegünstigung, BLSchK 51 (1987), S. 1–12
- WALTHER** Fridolin Walther, Paulianische Anfechtungsansprüche im internationalen Verhältnis – ausgewählte Probleme, in: Karl Spühler (Hrsg.), Internationales Zivilprozess- und Verfahrensrecht V, Sammelband EIZ Nr. 61, Zürich/Basel/Genf 2005, S. 79–108
- WATTER/HENRY** Rolf Watter/David Henry, Das neue Rechnungslegungsrecht für den M&A-Anwalt – Auswirkungen auf private Aktien- oder Unternehmenskäufe, in: Rudolf Tschäni (Hrsg.), Mergers & Acquisitions XVI, Sammelband EIZ Nr. 148, S. 7–29
- WEBER** Philipp Weber, Paulianische Anfechtung von (Sanierungs-)Darlehensrückzahlungen – Bemerkungen zu BGE 5A_29/2007 vom 29. Mai 2008 = BGE 134 III 452, Jusletter vom 20.10.2008
- WEHRENBURG** Stefan Wehrenburg, Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Wirtschaftsunternehmen, Zürich 2008
- WERMEILLE** Yann Wermeille, La diminution effective de l'actif au préjudice des créanciers et la gestion fautive, ZStrR 1999, S. 363–401
- WEYDMANN** Philipp Weydmann, Zweiseitige Verträge im Konkurs einer Vertragspartei, Diss. Zürich 1958
- WICKI** Jodok Wicki, Sanierung gescheitert – Rückerstattung der Honorare der Revisionsstelle und von Beratern?, TREX 2009, S. 112–114

WIPRÄCHTIGER	Hans Wiprächtiger, Das neue Vermögensstrafrecht und die Änderungen im Bereich der Konkurs- und Betreibungsdelikte, BLSchK 62 (1998), S. 1–21
WIRZ	Stefan Wirz, Die Überschuldungsanzeige als Pflicht und Pflichtverletzung, Diss. Basel 2014 (= BSR Reihe A, Bd. 119)
WITMER	Jörg Witmer, Rechtlich legitimierte Überschuldung und Anfechtungstatbestände, AJP 2/2006, S. 148–160
WOHLERS, Intensivierung	Wolfgang Wohlers, Intensivierung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Unternehmensleitung, in: Jürg-Beat Ackermann/Wolfgang Wohlers (Hrsg.), Umfangreiche Wirtschaftsstrafverfahren in Theorie und Praxis, 2. Zürcher Tagung zum Wirtschaftsstrafrecht, Sammelband EIZ Nr. 95, Zürich/Basel/Genf 2008, S. 83–113
WOHLERS, Strafbarkeitsrisiken	Wolfgang Wohlers, Die Begleichung fälliger Schulden – Strafbarkeitsrisiken für Schuldner und Gläubiger, in: Jürg-Beat Ackermann/Wolfgang Wohlers (Hrsg.), Konkurs und Strafrecht: Strafrechtliche Risiken vor, in und nach der Generalexekution, Zürich/Basel/Genf 2011, S. 195–219
WOLF	Markus Wolf, Stillhalteabkommen kreditgebender Banken, Diss. St. Gallen, Zürich/St. Gallen 2012 (= SSHW Bd. 310)
WÜTHRICH	Karl Wüthrich, Kann eine ausländische Konkursmasse in der Schweiz eine Klage gegen einen ihrer Schuldner mit Sitz oder Wohnsitz in der Schweiz einleiten?, Jusletter vom 25. Oktober 2004
ZK IPRG- BEARBEITER	Daniel Girsberger/Anton Heini/Max Keller/Jolanta Kren Kostkiewicz/Kurt Siehr/Frank Vischer/Paul Volken (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum IPRG, 2. Aufl., Zürich 2004
ZK OR-HOMBURGER	Eric Homburger/Hans Ulrich Hardmeier (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V, Das Obligationenrecht, Teilband 5b, Die Aktiengesellschaft – Der Verwaltungsrat, Art. 707–726 OR, 2. Aufl., Zürich 1997

- ZK OR-SCHRANER** Marius Schraner, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V, Das Obligationenrecht, Teilband 1e, Die Erfüllung der Obligationen, Art. 68–96 OR, 3. Aufl., Zürich 2000
- ZK OR 1929-OSER/
SCHÖNENBERGER** Hugo Oser/Wilhelm Schönenberger, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V, Das Obligationenrecht, 1. Halbband, Art. 1–183 OR, 2. Aufl., Zürich 1929
- ZK OR 1936-OSER/
SCHÖNENBERGER** Hugo Oser/Wilhelm Schönenberger, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V, Das Obligationenrecht, 2. Halbband Art. 184–418 OR, 2. Aufl., Zürich 1936
- ZK ZGB-OFTRINGER/
BÄR** Rolf Bär/Karl Oftringer, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Die beschränkten dinglichen Rechte, Band/Nr. IV/2c, Das Fahrnispfand, Art. 884–918 ZGB, mit ergänzender Darstellung der im Gesetz nicht geordneten Arten dinglicher Sicherung mittels Fahrnis, 3. Aufl., Zürich 1981
- ZOBL** Dieter Zobl, Fragen zur paulianischen Anfechtung, SJZ 96 (2000), S. 25–37

Materialienverzeichnis

Begleitbericht VE Sanierungsrecht 2008

Begleitbericht zum Vorentwurf, Revision des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes (SchKG): Sanierungsverfahren, Bern, im Dezember 2008

abrufbar unter <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/wirtschaft/gesetzgebung/archiv/schkg/vn-ber-d.pdf> (letztmals abgerufen am 7.5.2018)

Bericht Sanierungsrecht 1992

Bericht der Expertengruppe Sanierungsrecht an die Kommission des Nationalrates vom 14. September 1992 (nicht publ.)

Bericht Sanierungsrecht 2005

Bericht der Expertengruppe Nachlassverfahren, Ist das schweizerische Sanierungsrecht revisionsbedürftig? Thesen und Vorschläge aus der Sicht der Unternehmenssanierung, Bern, im April 2005

abrufbar unter <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/wirtschaft/gesetzgebung/archiv/schkg/ber-sanierungsrecht-d.pdf> (letztmals abgerufen am 7.5.2018)

Bericht Sanierungsrecht 2008

Bericht und Vorentwurf der Expertengruppe Nachlassverfahren, Revision des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes (SchKG): Sanierungsverfahren, Bern, im Juni 2008

abrufbar unter <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/wirtschaft/gesetzgebung/archiv/schkg/ber-expertengruppe-d.pdf> (letztmals abgerufen am 7.5.2018)

Bericht Vernehmlassungsergebnis 2009

Bericht über das Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens, Revision des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes (SchKG): Sanierungsverfahren, Bern, im August 2009

abrufbar unter <https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/1652/Ergebnis.pdf> (letztmals abgerufen am 7.5.2018)

Botschaft OR (Transparenz betreffend Vergütungen) 2004

Botschaft des Bundesrates vom 23. Juni 2004 zur Änderung des Obligationenrechts, BBl 2004, 4471–4493

abrufbar unter <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2004/4471.pdf> (letztmals abgerufen am 7.5.2018)

Botschaft OR (Aktien- und Rechnungslegungsrecht) 2007

Botschaft des Bundesrates vom 21. Dezember 2007 zur Änderung des Obligationenrechts, BBl 2008, 1589–1749

abrufbar unter <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2008/1589.pdf> (letztmals abgerufen am 7.5.2018)

Botschaft OR (Verjährungsrecht) 2013

Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Verjährungsrecht) vom 29. November 2013, BBl 2014, 235–286
abrufbar unter <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2014/235.pdf>
(letztmals abgerufen am 7.5.2018)

Botschaft OR (Aktienrecht) 2016

Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 23. November 2016, BBl 2017, 399–682
abrufbar unter <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2017/399.pdf>
(letztmals abgerufen am 7.5.2018)

Botschaft Sanierungsrecht 2010

Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (Sanierungsrecht) vom 8. September 2010, BBl 2010, 6455–6506
abrufbar unter <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2010/6455.pdf>
(letztmals abgerufen am 7.5.2018)

Botschaft SchKG 1949

Botschaft über eine Teilrevision des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes vom 16. März 1948, BBl 1948, 1205–1253
abrufbar unter: <https://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc/10036176.pdf?ID=10036176> (letztmals abgerufen am 7.5.2018)

Botschaft StGB 1991

Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Strafbare Handlungen gegen das Vermögen und Urkundenfälschung) sowie betreffend die Änderung des Bundesgesetzes über die wirtschaftliche Landesversorgung (Strafbestimmungen) vom 24. April 1991, BBl 1991 II, 969–1140
abrufbar unter <https://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc.do?id=10051849> (letztmals abgerufen am 7.5.2018)

Botschaft StPO 2005

Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005, BBl 2006, 1085–1388
abrufbar unter <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2006/1085.pdf>
(letztmals abgerufen am 7.5.2018)

Gläubigerzirkular SAirLines Nr. 5

Liquidator der SAirLines AG in Nachlassliquidation, Zirkular Nr. 5 an die Gläubiger der SAirLines, Küsnacht, im Mai 2005
abrufbar unter <http://www.liquidator-swissair.ch/de/zirkulare-an-glaeubiger.htm>
(letztmals abgerufen am 7.5.2018)

Gläubigerzirkular SAirLines Nr. 8

Liquidator der SAirLines AG in Nachlassliquidation, Zirkular Nr. 8 an die Gläubiger der SAirLines, Küsnacht, im Juli 2006

abrufbar unter <http://www.liquidator-swissair.ch/de/zirkulare-an-glaeubiger.htm>
(letztmals abgerufen am 7.5.2018)

Rechenschaftsbericht OGer ZH 2016

Rechenschaftsbericht des Obergerichtes des Kantons Zürich des Jahres 2016

abrufbar auf http://www.gerichte-zh.ch/fileadmin/user_upload/Dokumente/obergericht/Rechenschafts-berichte/Rechenschaftsbericht_2016.pdf
(letztmals abgerufen am 7.5.2018)

Einleitung

Unternehmen in der finanziellen Krise befinden sich oft in einer Zwickmühle betreffend die Zahlung fälliger Schulden. Einerseits müssen sie diese bezahlen, um zu verhindern, dass Lieferanten und Dienstleister ihre Leistungen einstellen und allenfalls gar Betreibungen einleiten, die zum Konkurs führen können. Andererseits ist das Begleichen fälliger Forderungen in der Krise mit rechtlichen Risiken verbunden. Spiegelbildliche Fragen stellen sich aus Sicht der Gläubiger.

Relevant ist insbesondere die Absichtspauliana gemäss Art. 288 SchKG, mit welcher die Begleichung fälliger Forderungen gegebenenfalls angefochten werden kann. Sodann stellt sich die Frage, ob die Zahlung fälliger Forderungen den Straftatbestand der Gläubigerbevorzugung (Art. 167 StGB) erfüllt. Allenfalls sind sogar Verantwortlichkeitsklagen zu befürchten, auf die in dieser Arbeit jedoch nicht eingegangen wird.

Im Fokus dieser Abhandlung steht die Begleichung von Forderungen aus Dienstleistungsverhältnissen, denen im Wirtschaftsleben eine grosse Bedeutung zukommt. Ziel vorliegender Untersuchung ist es, die paulianischen und strafrechtlichen Risiken, die sich in diesem Zusammenhang für das insolvenzgefährdete Unternehmen sowie dessen Dienstleister stellen, systematisch darzulegen. Des Weiteren sollen im Rahmen der rechtlichen Analyse mögliche (Wertungs-)Widersprüche in Rechtsprechung und Literatur aufgezeigt und Lösungsansätze präsentiert werden.

In einem ersten Kapitel wird auf die Terminologie eingegangen und der Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung erläutert. Das Schwergewicht der Arbeit liegt auf der Pauliana (Kapitel zwei bis fünf) – insbesondere der Absichtspauliana i.S.v. Art. 288 SchKG (Kapitel fünf). In den Kapiteln sechs bis neun werden strafrechtliche Aspekte erörtert, wobei der Fokus auf der Bevorzugung eines Gläubigers i.S.v. Art. 167 StGB liegt (Kapitel neun). In den einzelnen Kapiteln werden zudem die Konkursdelikte mit den paulianischen Anfechtungstatbeständen verglichen.

Literatur, Praxis und weitere Materialien sind bis April 2018 berücksichtigt worden. Wo es sinnvoll erscheint, wird punktuell auf die Anfechtung im deutschen Insolvenzrecht (§ 129–147 InsO) Bezug genommen. Kantonale

Entscheide sind mit dem Vermerk «nicht publ.» versehen, soweit sie von den Gerichten weder elektronisch noch in einer Zeitschrift publiziert wurden.

1. Kapitel: Grundlagen

§ 1 Insolvenzgefährdete Unternehmen

1. Übersicht

In dieser Arbeit wird an mehreren Stellen von insolvenzgefährdeten Unternehmen resp. Unternehmen in der finanziellen Krise gesprochen. Nachfolgend wird zunächst geklärt, was in dieser Arbeit unter dem Begriff «Unternehmen» zu verstehen ist. Anschliessend werden die Tatbestände bzw. Terminologien erläutert, die für eine Insolvenzgefährdung charakteristisch sind.

2. Unternehmensbegriff

Der Unternehmensbegriff wird im Schweizer Recht nicht einheitlich definiert.¹ Einigkeit besteht jedoch darin, dass das Unternehmen kein Rechtssubjekt ist.² Vielmehr ist es ein soziales Gebilde, welches «Sachen, Rechte und natürliche Personen zu einem wirtschaftlich handelnden Verband integriert».³

Das Unternehmen ist vom Unternehmensträger zu unterscheiden.⁴ Unternehmensträger ist die Gesellschaft als juristische Person.⁵ Schuldner i.S. der

¹ BSK StGB I-NIGGLI/GFELLER, Art. 102 N 366; BK AG-NOBEL, § 1 N 192. Als Anknüpfungspunkt dient der Unternehmensbegriff bspw. im Kartell- und Strafrecht. Unternehmen i.S. des Kartellrechts sind sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG). Gemäss Art. 102 Abs. 4 StGB gelten als Unternehmen juristische Personen des Privat- und öffentlichen Rechts sowie Gesellschaften und Einzelfirmen. Zu den Bemühungen adäquater Erfassung des Unternehmensbegriffs siehe NOBEL, S. 162 f.

² FORSTER, S. 96 ff.; BSK StGB I-NIGGLI/GFELLER, Art. 102 N 366.

³ AMSTUTZ, N 361; BSK StGB I-NIGGLI/GFELLER, Art. 102 N 367.

⁴ SENN, S. 53, 78 f.

⁵ BK AG-NOBEL, § 1 N 199.

anfechtungs- und strafrechtlichen Bestimmungen kann daher allein der Unternehmensträger sein.⁶ Gleichwohl wird in dieser Arbeit aus Gründen der Lesbarkeit jeweils vom «Unternehmen in der finanziellen Krise» oder vom «insolvenzgefährdeten Unternehmen» gesprochen und dieses als Schuldner bezeichnet, selbst wenn eigentlich der Unternehmensträger gemeint ist. In aller Regel betrifft die finanzielle Schieflage nämlich sowohl den Unternehmensträger als auch das von ihm betriebene Unternehmen. Grund hierfür ist, dass die Gesellschaft ein renditebringendes Unternehmen und das Unternehmen wiederum eine solide finanzielle und rechtliche Basis benötigt.⁷

Obschon der Unternehmens(träger)begriff im hier verstandenen Sinn sämtliche Gesellschaftsformen erfasst, beziehen sich die Ausführungen in dieser Arbeit in erster Linie auf die Darstellung der Rechtslage für Aktiengesellschaften i.S.v. Art. 620 ff. OR.⁸ Vielfach lassen sich die Erläuterungen *mutatis mutandis* auf andere Gesellschaftsformen, namentlich auf Gesellschaften mit beschränkter Haftung i.S.v. Art. 772 ff. OR aber auch Genossenschaften i.S.v. Art. 828 ff. OR übertragen. Entsprechende Verweise auf die einschlägigen Bestimmungen sind in den Fussnoten vermerkt.

3. Mögliche Tatbestände einer Insolvenzgefährdung

Insolvenzgefährdete Unternehmen sind per Definition in einer finanziell angespannten Situation. Diese kann sich aus der bilanziellen Situation (3.1), ihrer Liquiditätslage (3.2) und/oder aus weiteren Tatbeständen (3.3) ergeben. Nachstehend werden die in diesem Zusammenhang relevanten Begriffe definiert.

⁶ Vgl. FORSTER, S. 98, zum Unternehmensträger als unmittelbarer Normadressat der Konkursdelikte.

⁷ Möglich ist aber auch, dass sich die Krise allein auf das Unternehmen oder den Unternehmensträger erstreckt (SENN, S. 78).

⁸ Ausgeklammert werden etwaige Besonderheiten bei insolvenzgefährdeten Banken und Effektenhändlern (BankG; BIV-FINMA), Versicherungen (VAG; VKV-FINMA) oder kollektiven Kapitalanlagen (KAG; KAKV-FINMA).

3.1 Bilanzsituation

3.1.1. Häftiger Kapitalverlust

Ein häftiger Kapitalverlust liegt gemäss Art. 725 Abs. 1 OR vor, wenn die Hälfte des Aktienkapitals (inkl. eines etwaigen Partizipationskapitals) und der gesetzlichen Reserven nicht mehr durch die Aktiven gedeckt ist.⁹ Zu den gesetzlichen Reserven zählen die allgemeinen Reserven (Art. 671 OR)¹⁰, die Reserven für eigene Aktien (Art. 671a OR) sowie die Aufwertungsreserve (Art. 671b OR). Anders betrachtet liegt dann ein Kapitalverlust vor, wenn der bilanzierte Verlustsaldo (ohne Berücksichtigung von etwaigen stillen Reserven) die Hälfte des Aktienkapitals sowie der gesetzlichen Reserven (nach Verrechnung mit den übrigen Reserven gemäss Art. 672 f. OR) übersteigt.¹¹

Der Gesetzgeber sieht im häftigen Kapitalverlust ein Krisenwarzeichen. Im Falle eines häftigen Kapitalverlusts hat der Verwaltungsrat gemäss Art. 725 Abs. 1 OR unverzüglich eine Generalversammlung einzuberufen und Sanierungsmassnahmen zu beantragen.¹² Die Pflicht, Sanierungsmassnahmen zu beantragen, bezieht sich auf die bilanziellen Sanierungsmassnahmen (bspw. Kapitalschnitt oder -erhöhung), die in der Beschlusskompetenz der Generalversammlung liegen.¹³ Sie bezieht sich dagegen nicht auf Sanierungsmassnahmen, welche zu den Kompetenzen der Exekutivorgane gehören (bspw. Stundungsvereinbarungen mit Gläubigern).¹⁴

⁹ Diese Bestimmung findet auch Anwendung bei der GmbH (Art. 820 Abs. 1 OR) sowie bei der Genossenschaft mit Anteilscheinen (Art. 903 Abs. 3 OR); BÖCKLI, Aktienrecht, § 13 N 744; GLANZMANN, Pflichten, S. 50; LANZ, S. 35; SENN, S. 66; VON SALIS, S. 151.

¹⁰ Diese Bestimmungen zu den Reserven im Aktienrecht finden auch entsprechende Anwendung bei der GmbH; siehe Art. 801 OR.

¹¹ BSK OR II-WÜSTINER, Art. 725 N 18.

¹² Diese Bestimmung findet auch Anwendung bei der GmbH (Art. 820 Abs. 1 OR) sowie bei der Genossenschaft mit Anteilscheinen (Art. 903 Abs. 3 OR).

¹³ HANDSCHIN, S. 444; VON SALIS, S. 156 f.; BSK OR II-WÜSTINER, Art. 725 N 3.

¹⁴ HANDSCHIN, S. 444; VON SALIS, S. 154 und 158; BSK OR II-WÜSTINER, Art. 725 N 3.

Die Aussagekraft des hälftigen Kapitalverlusts und dessen Alarmpwirkung sind jedoch umstritten. Insbesondere wird kritisiert, dass die Alarmpwirkung viel zu spät einsetze.¹⁵ Dies hängt auch damit zusammen, dass das Aktienkapital selbst bei wirtschaftlich bedeutenden Aktiengesellschaften nur CHF 100'000 betragen muss und das Agio nur insoweit für die Berechnung des Kapitalverlusts mitzuzählen ist, als die gesetzlichen Reserven 50 % des Aktienkapitals nicht erreichen.¹⁶

Die aktuelle Revision des Aktienrechts will an die bestehende Regelung anknüpfen. Allerdings soll neu bereits eine Deckung von weniger als zwei Drittel des nominellen Aktienkapitals und der gesetzlichen Reserven eine Handlungspflicht des Verwaltungsrats auslösen. Insofern soll die Warnwirkung des Kapitalverlusts bereits früher einsetzen als unter geltendem Recht.¹⁷ Im Falle eines Kapitalverlusts soll gemäss Art. 725a Abs. 1 E-OR der Verwaltungsrat eine umfassende Beurteilung der wirtschaftlichen Lage vornehmen und Massnahmen zur Beseitigung des Kapitalverlusts treffen. Hat die Gesellschaft keine Revisionsstelle, soll sie gemäss Art. 725a Abs. 2 E-OR zudem die letzte Jahresrechnung durch einen zugelassenen Revisor prüfen lassen, um sicherzustellen, dass die wirtschaftliche Lage nicht schlechter ist, als sie vom Verwaltungsrat dargestellt wird.¹⁸

3.1.2. Überschuldung

Überschuldung liegt vor, sofern das Fremdkapital das Umlauf- und Anlagevermögen sowohl zu Fortführungs- als auch zu Veräusserungswerten übersteigt, d.h. die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger durch die Aktiven nicht mehr gedeckt sind.¹⁹

¹⁵ Vgl. statt vieler: BÖCKLI, Aktienrecht, § 1 N 278.

¹⁶ BGE 140 III 533, 548 E. 6.2.2; Art. 621 OR.

¹⁷ Botschaft OR (Aktienrecht) 2016, S. 576.

¹⁸ Botschaft OR (Aktienrecht) 2016, S. 577.

¹⁹ ZK OR-HOMBURGER, Art. 725 N 1235; SCHAAD M., S. 98; SENN, S. 72; WIRZ, N 41; BSK OR II-WÜSTINER, Art. 725 N 29.

Wird die Überschuldung festgestellt, besteht die Pflicht zur Benachrichtigung des Richters.²⁰ Der Gang zum Richter kann nach Art. 725 Abs. 2 OR durch Rangrücktritte im Umfang der Unterdeckung abgewendet werden. Mit der Bilanzdeponierung darf sodann eine begrenzte Zeit zugewartet werden, sofern die konkret geplanten Sanierungsmassnahmen Aussicht auf Erfolg haben und die Forderungen der Gläubiger nicht durch eine weitere Verschlechterung der finanziellen Lage gefährdet werden.²¹ Gemäss dem Entwurf zur Revision des Aktienrechts soll die zulässige Dauer, innerhalb welcher die Überschuldung beseitigt werden muss, gesetzlich festgelegt werden. Künftig soll die Benachrichtigung des Gerichts unterbleiben können, sofern begründete Aussicht besteht, dass innerhalb von maximal 90 Tagen ab Vorliegen der geprüften Zwischenbilanz(en) die Überschuldung behoben werden kann und sich die Überschuldung während des Zuwartens nicht wesentlich erhöht.²²

Wird dem Richter die Überschuldung angezeigt, muss er den Konkurs eröffnen. Von einer Konkursöffnung bei bestehender Überschuldung darf nach Art. 725a OR einstweilen nur dann abgesehen werden, sofern glaubhaft gemacht werden kann, dass eine den Konkursaufschub rechtfertigende positive Sanierungsprognose besteht. Mit der Aktienrechtsrevision soll der

²⁰ Art. 725 Abs. 2 OR. Diese Bestimmung findet auch Anwendung bei der GmbH (Art. 820 Abs. 1 OR) sowie bei der Genossenschaft mit Anteilscheinen (Art. 903 Abs. 2 OR).

²¹ BGE 132 III 563, 572 E. 5.1; 127 IV 110, 113 E. 5a; 116 II 533, 541 E. 5a; Urteil BGer 4C.366/2000 vom 19. Juni 2001, E. 3cc. Die Ansichten zur zulässigen Dauer, bis zu welcher mit der Bilanzdeponierung zugewartet werden darf, sind allerdings uneinheitlich. Überwiegend wird die Meinung vertreten, dass vier bis sechs Wochen zulässig seien: Urteil BGer 6B_492/2009 vom 18. Januar 2010, E. 2.2 («wenige Wochen»); Botschaft OR (Aktien- und Rechnungslegungsrecht) 2007, S. 1691; BÖCKLI, Aktienrecht, § 13 N 754 und 816; HUNKELER, Sanierungsphase, S. 22; BSK OR II-WÜSTINER, Art. 725 N 24. Urteil BGer 4C.117/1999 vom 16. November 1999, E. 1b/aa (kommentiert von LUTERBACHER, S. 1270) geht dagegen von 60 Tagen aus. Vgl. demgegenüber Urteil HGer ZH HG100052 vom 7. März 2013, E. III.3.3.29., wonach die Sanierungsfrist solange Bestand hat, als ernsthafte und aussichtsreiche Sanierungsbemühungen erfolgen (im konkreten Fall angesichts der Komplexität der Konzernverhältnisse wurde eine einjährige Sanierungsfrist toleriert). Vgl. hierzu auch FISCHER/DELLI COLLI, S. 258.

²² Art. 725b Abs. 4 Ziff. 2 E-OR; Botschaft OR (Aktienrecht) 2016, S. 579.

Konkursaufschub im (angepassten) Nachlassverfahrensrecht aufgehen und im Obligationenrecht gestrichen werden.²³

3.2 Liquidität

3.2.1. Zahlungsunfähigkeit

Eine Legaldefinition des Begriffs Zahlungsunfähigkeit existiert nicht, obschon sowohl in Art. 191 Abs. 1 SchKG (Insolvenzverfahren infolge Zahlungsunfähigkeit) als auch in Art. 165 und Art. 167 StGB darauf Bezug genommen wird.

Nach h.L. und Rechtsprechung ist zahlungsunfähig, wer dauerhaft weder über die liquiden Mittel verfügt, um seinen fälligen (oder in absehbarer Zukunft fällig werdenden) finanziellen Verpflichtungen binnen der Zahlungsfrist nachzukommen, noch über den erforderlichen Kredit, sich diese Mittel zu beschaffen. Die einmalige Unmöglichkeit, fristgerecht zu zahlen, begründet dagegen noch keine Zahlungsunfähigkeit.²⁴

Die Zahlungsunfähigkeit ist von der Überschuldung zu unterscheiden. Ein Unternehmen, das zahlungsunfähig ist, muss nicht zwangsläufig auch überschuldet sein und umgekehrt.²⁵ Sind sämtliche liquiden Mittel in Liegenschaften oder schwer veräusserbare Anlagen investiert, so ist das Unternehmen zwar zahlungsunfähig, aber nicht unbedingt überschuldet. In aller Regel ist ein Schuldner, der zahlungsunfähig ist, auch überschuldet, zumal bei Zahlungsunfähigkeit regelmässig keine Fortführungsprognose nach Art. 958a OR (siehe sogleich in 3.2.2) mehr gestellt werden kann²⁶ und somit nicht

²³ Botschaft OR (Aktienrecht) 2016, S. 465.

²⁴ Zum Ganzen: BGE 127 IV 110, 112 f. E. 2 (publ. in Praxis 2002 Nr. 28, 140); 111 II 206, 206 E. 1; Urteil KassGer ZH vom 27. August 1979 (publ. in SJZ 1981, S. 200); BRUNNER, S. 808; HACHMANN, N 91 ff.; HAGENSTEIN, S. 326; KÄLIN, Zahlungsunfähigkeit, S. 136 f.; KRAMPF/SCHULER, S. 1061; LANZ, S. 38; PC CP, Art. 165 N 24; REBSAMEN, Gleichbehandlung, N 95; SCHAAD M., S. 97. Zur Problematik der «vorübergehenden Unfähigkeit» und zum Legalitätsprinzip im Strafrecht siehe HAGENSTEIN, S. 328.

²⁵ SCHAAD M., S. 101.

²⁶ Botschaft OR (Aktien- und Rechnungslegungsrecht) 2007, S. 1699.

mehr zu Fortführungswerten, sondern nur noch zu Veräusserungswerten bilanziert werden darf. Da die Veräusserungswerte von Aktiven in aller Regel unter den Fortführungswerten liegen, führt die Zahlungsunfähigkeit häufig auch zur Überschuldung.²⁷

De lege lata bestehen für zahlungsunfähige, aber nicht überschuldete Schuldner keine Handlungspflichten.²⁸ Dem zahlungsunfähigen Schuldner steht es jedoch frei, gemäss Art. 191 Abs. 1 SchKG die Konkurseröffnung zu beantragen, indem er beim Gericht eine Insolvenzerklärung einreicht.

Hat ein zahlungsunfähiger Schuldner seine Zahlungen i.S.v. Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG eingestellt, kann jeder Gläubiger ohne vorgängige Betreibung beim Gericht die Konkurseröffnung verlangen. Besteht lediglich Zahlungsunwille, hat der Gläubiger den ordentlichen Betreibungsweg zu beschreiten.²⁹ Eine Zahlungseinstellung liegt vor, «wenn der Schuldner unbestrittene und fällige Forderungen nicht begleicht, Betreibungen gegen sich auflaufen lässt und dabei systematisch Rechtsvorschlag erhebt oder selbst kleine Beträge nicht mehr bezahlt.»³⁰ Hierbei genügt es, wenn die Zahlungsverweigerung einen wesentlichen Teil der geschäftlichen Aktivitäten oder eine bedeutende Schuld betrifft und die Zahlungsverweigerung auf unbestimmte Zeit erfolgt.³¹

De lege ferenda soll bei begründeter Besorgnis einer Zahlungsunfähigkeit ein Liquiditätsplan erstellt und eine umfassende Beurteilung der wirtschaftlichen Lage vorgenommen werden müssen.³² Ergibt sich aus dem Liquiditätsplan eine drohende Zahlungsunfähigkeit, soll der Verwaltungsrat Massnah-

²⁷ HANDSCHIN, S. 437, wonach die Überschuldung insbesondere bei Unternehmen eintreten kann, die über einen hohen Anteil an Aktiven verfügen, welche bei der Umstellung auf Liquidationswerte massiv an Wert einbüssen (bspw. aktivierte Forschungs- und Entwicklungskosten, Goodwill, Warenlager, Produktionsanlagen etc.). KÄLIN, Zahlungsunfähigkeit, S. 137; WATTER/HENRY, S. 11.

²⁸ KÄLIN, Zahlungsunfähigkeit, S. 137.

²⁹ Zum Ganzen: BSK SchKG II-BRUNNER/BOLLER, Art. 190 N 11; SK SchKG-TALBOT, Art. 190 N 12.

³⁰ BGE 137 III 460, 468 E. 3.4.1.

³¹ Zum Ganzen: BGE 137 III 460, 468 E. 3.4.1; 85 III 146, 154 E. 4a; Urteil BGER 5A_707/2015 vom 5. Januar 2016, E. 5.1; 5P.33/2002 vom 07. März 2002, E. 4; BSK EB SchKG-STAEHELIN D., Art. 190 ad N 11a.

³² Art. 725 Abs. 1 E-OR.

men zur Sicherstellung der Zahlungsfähigkeit treffen und falls erforderlich, ein Gesuch um Nachlassstundung beim Gericht einreichen müssen.³³

3.2.2. Fehlende Fortführungsperspektive («Going Concern»)

Die Fortführbarkeit eines Unternehmens muss gemäss der Botschaft zum Aktien- und Rechnungslegungsrecht in Frage gestellt werden, wenn *klare Anzeichen* gegen die Liquiditätssicherung für die kommenden Monate sprechen.³⁴ Das zentrale Element bildet dabei die im Unternehmen voraussichtlich vorhandene Liquidität (resp. die Möglichkeit der Kreditaufnahme), die eine weitere Geschäftstätigkeit erlaubt.³⁵ Mögliche Faktoren für die Einstellung der Tätigkeit oder von Teilen davon können auch ein Zusammenbruch des Marktes, der Entzug von zentralen Bewilligungen oder Konzessionen, der Wegfall von Lizenzrechten oder Liefersperren sein.³⁶ Weitere Kriterien, die einzeln oder in ihrer Gesamtheit erhebliche Zweifel an der Fortführungsfähigkeit aufwerfen können, sind sodann im von der Schweizer Treuhandskammer herausgegebenen Schweizer Prüfungsstandard (PS) enthalten. Genannt werden bspw. die Unfähigkeit, Verbindlichkeiten von Lieferanten bei Fälligkeit zu begleichen, Engpässe bei Ressourcen, ungünstige Finanzkennzahlen oder Verfahren gegen das Unternehmen, die zu Ansprüchen führen könnten, welche das Unternehmen nicht erfüllen kann.³⁷

Als Folge eines fehlenden Going Concerns sind der Rechnungslegung gemäss Art. 958a Abs. 2 OR Veräusserungswerte zugrunde zu legen, sofern die Einstellung der Tätigkeit oder von Teilen davon in den kommenden zwölf Monaten beabsichtigt oder voraussichtlich nicht abwendbar ist.³⁸ Al-

³³ Art. 725 Abs. 3 E-OR.

³⁴ Botschaft OR (Aktien- und Rechnungslegungsrecht) 2007, S. 1700.

³⁵ HANDSCHIN, S. 437; BSK OR II-NEUHAUS/SUTER, Art. 958a N 5; WATTER/HENRY, S. 11.

³⁶ Botschaft OR (Aktien- und Rechnungslegungsrecht) 2007, S. 1699; BSK OR II-WÜSTINER, Art. 725 N 33.

³⁷ PS 570 betreffend Unternehmensfortführung, Ziff. 8.

³⁸ Zur Problematik des «Going Concerns» bei Start-ups siehe JACQUEMOUD/PASQUIER, S. 288 f.

lerdings ist die Regelung in Art. 958a Abs. 2 OR nicht so zu verstehen, dass die Liquidität für die nächsten zwölf Monate effektiv gesichert sein muss (bspw. mittels einer Verpflichtung der Muttergesellschaft oder eines Investors).³⁹ Wenn aber aus objektiver Sicht die geschätzte Liquidität für die Weiterführung des Geschäfts wahrscheinlich nicht ausreicht, muss die Fortführbarkeit in Frage gestellt werden.⁴⁰

Bei der Umstellung der Rechnungslegung auf Veräusserungswerte müssen bei den Passiven Rückstellungen für die Liquidationskosten und weitere Kosten bilanziert werden.⁴¹ Wie soeben gesehen⁴², wird die Bilanzierung zu Veräusserungswerten im Ergebnis regelmässig zur Überschuldung führen, da die Veräusserungswerte von Aktiven in aller Regel unter den Fortführungswerten liegen.⁴³ Eine Überschuldung zu Veräusserungswerten ist bei fehlender Fortführungsfähigkeit bereits hinreichend, um die Handlungspflichten nach Art. 725 Abs. 2 OR resp. *de lege ferenda* nach Art. 725b Abs. 3 E-OR auszulösen.⁴⁴

3.3 Weitere Tatbestände

Eine Insolvenzgefahr i.S. vorliegender Arbeit besteht auch, wenn ein oder mehrere Krisenindikatoren vorliegen, die in ihren Auswirkungen *gesamthaft* gesehen gleich schwer wiegen wie die vorstehend erläuterten Liquiditäts- und Bilanzprobleme.⁴⁵ Isoliert betrachtet sind sie unter Umständen bloss

³⁹ Botschaft OR (Aktien- und Rechnungslegungsrecht) 2007, S. 1700.

⁴⁰ Botschaft OR (Aktien- und Rechnungslegungsrecht) 2007, S. 1700; BSK OR II-NEUHAUS/SUTER, Art. 958a N 5.

⁴¹ HUNKELER/LEONOVA, S. 380.

⁴² Siehe S. 8.

⁴³ Vgl. FN 27.

⁴⁴ Art. 725b Abs. 1 Satz 3 i.V.m. Abs. 3 E-OR; Botschaft OR (Aktienrecht) 2016, S. 578.

⁴⁵ In den Swissair Entscheiden zur Pauliana – namentlich im ZKB-Entscheid (BGE 134 III 452, 465 f. E. 8.4.) – wurden folgende, kumulativ vorliegende Tatbestände als Indikatoren für eine Insolvenzgefahr gewertet: der Verkauf von gewinnbringenden Konzerngesellschaften und Unternehmensteilen, das Fehlen von Liquidität, reine Fremdfinanzierung, massive Verluste und durch Medien publizierte finanzielle Schwierigkeiten (siehe hierzu HARI, S. 6).

Indikatoren für eine Unternehmenskrise. In der Kombination können sie allenfalls die Fortführungsfähigkeit des Unternehmens oder die Zahlungsfähigkeit in Frage stellen resp. Anlass zur begründeten Besorgnis einer Überschuldung geben und entsprechende krisenspezifische Handlungspflichten auslösen.

Anlass zur Besorgnis können zunächst Tatbestände geben, welche die finanzielle Lage, d.h. die Liquidität oder Bilanzsituation, betreffen. Die Liquidität ist u.a. in folgenden Situationen gefährdet: negativer Cashflow über längere Zeit («Cash Drain»), ständige Überschreitung der Kreditlimite oder gar Androhungen der Kündigung von Krediten, vermehrte Stundungsabreden mit Gläubigern oder Aufschub von notwendigen Investitionen.⁴⁶ Die Bilanzsituation ist demgegenüber kritisch, wenn folgende Umstände vorliegen: ausserordentliche Ereignisse während des Geschäftsjahres, die zu einem erhöhten Abschreibungs- oder Rückstellungsbedarf führen, wie Verluste bei Beteiligungsgesellschaften, Prozesse und Bürgschaften, massiv verspätet erstellte Abschlüsse oder Vorbehalte von Revisoren.⁴⁷ Ebenfalls besorgniserregend können Tatbestände sein, die im Zusammenhang mit dem operativen Geschäft (bspw. steigende Lagerbestände, Ertragskrise) oder mit der Organisation (bspw. permanenter Wechsel in der Unternehmensleitung, organisatorische Mängel in der Buchhaltung) stehen.⁴⁸

§ 2 Dienstleistungsverträge

1. Übersicht

Im Folgenden wird zunächst geklärt, was in dieser Arbeit unter Dienstleistungsverhältnissen und Dienstleister zu verstehen ist. Nachdem Dienstleistungen vermehrt auch grenzüberschreitend erbracht werden, wird zunächst

⁴⁶ KÄLIN, Sanierung, N 252 ff.; KOEFERLI, S. 18 f.; ROBERTO, Sanierungen, S. 10; SENN, S. 62 f.; BSK OR II-WÜSTINER, Art. 725 N 33.

⁴⁷ KÄLIN, Sanierung, N 252 ff.; KOEFERLI, S. 18 f.; ROBERTO, Sanierungen, S. 11; SENN, S. 62 f.; BSK OR II-WÜSTINER, Art. 725 N 33.

⁴⁸ KÄLIN, Sanierung, N 252 ff.; KOEFERLI, S. 18 f.; ROBERTO, Sanierungen, S. 11; SENN, S. 62 f.; BSK OR II-WÜSTINER, Art. 725 N 33.

auf die Bestimmung des anwendbaren Rechts nach schweizerischem Kollisionsrecht eingegangen. In einem zweiten Schritt wird untersucht, wie Dienstleistungsverträge nach Schweizer Recht rechtlich einzuordnen sind.

2. Begriff

Zu den Dienstleistungsverträgen zählen sämtliche Verträge, in welchen sich eine Partei ganz oder zu einem wesentlichen Teil zur Erbringung einer Dienstleistung verpflichtet.⁴⁹ In diesem Kontext interessieren namentlich Honorarzahlungen an Dienstleister, die Beratungsleistungen im Zusammenhang mit Sanierungen (Anwälte, Beratungsunternehmen, Revisionsstellen etc.) oder Leistungen für den regulären Geschäftsbetrieb (Treuhänder, Vermögensverwalter, IT-Fachleute, Marketingagenturen etc.) erbringen. Ebenso von Interesse sind Zahlungen an die Revisionsstelle⁵⁰ und an den Verwaltungsrat⁵¹.

3. Anwendbares Recht bei Dienstleistungsverträgen

Ein Auslandsbezug besteht, sofern sich der (Wohn-)Sitz einer Vertragspartei (sprich des insolvenzgefährdeten Unternehmens oder des Dienstleisters) oder der Erfüllungsort der Leistung ausserhalb der Schweiz befindet. In Fällen mit Auslandsberührung ist vorab das auf den Dienstleistungsvertrag anwendbare

⁴⁹ FELLMANN, S. 172; KOLLER, S. 1627.

⁵⁰ Die Rechtsbeziehung zwischen der Revisionsstelle und der geprüften Gesellschaft wird als Vertrag sui generis aufgefasst (BÖCKLI, Aktienrecht, § 15 N 632). Hiervon zu unterscheiden ist ein etwaiges Mandat der Revisionsgesellschaft betreffend Steuer-, Unternehmens- oder Sanierungsberatung.

⁵¹ Das Verhältnis zwischen der Gesellschaft und dem Verwaltungsrat hat eine Doppelnatur. Es handelt sich um einen «auftragsähnlichem Innominatkontrakt» mit körperschaftsrechtlich bestimmtem Inhalt (BÖCKLI, Aktienrecht, § 13 N 88). Zum Teil wird auch vertreten, es seien die arbeitsrechtlichen Bestimmungen beizuziehen, wenn die Tätigkeit hauptberuflich ausgeübt werde. Dies ist abzulehnen, weil es an einem Subordinationsverhältnis fehlt (FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 28 N 8; ROTH PELLANDA, S. 75).

Recht zu ermitteln. Das anwendbare Recht bestimmt sich nach dem internationalen Privatrecht des jeweiligen Landes, dessen Gerichte angerufen werden, um die Ansprüche aus dem Vertrag zu beurteilen.

Das Schweizer Kollisionsrecht sieht bei Fehlen einer Rechtswahl gemäss Art. 117 Abs. 1 IPRG vor, dass der Vertrag dem Recht des Staates untersteht, mit dem er am engsten zusammenhängt. Vermutungsweise besteht dieser engste Zusammenhang mit dem Staat, in dem der Dienstleister seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat oder, im Falle einer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit, mit dem Staat, in dem sich seine Niederlassung befindet.⁵²

4. Rechtliche Einordnung von Schweizer Recht unterstehenden Dienstleistungsverträgen

Ist auf den Dienstleistungsvertrag materiell Schweizer Recht⁵³ anwendbar, sind Dienstleistungsverträge meist Aufträge, auftragsähnliche Verträge⁵⁴ oder Innominatverträge mit Auftrags-elementen. Nach Ansicht von KOLLER sind auch Einzelarbeits-, Werk-, Verlags- und Hinterlegungsverträge als Dienstleistungsverhältnisse zu qualifizieren.⁵⁵

Die vorliegende Arbeit untersucht primär die Begleichung von Honoraren aus Auftragsverhältnissen und auftragsähnlichen Verhältnissen sowie Innominatverträgen mit Auftrags-elementen.

§ 3 Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung

Nachdem die für die vorliegende Arbeit grundlegenden Begriffe geklärt sind, soll nachstehend der Leitgedanke resp. das gesetzgeberische Motiv für die

⁵² Art. 117 Abs. 2 i.V.m. Abs. 3 lit. c IPRG.

⁵³ Ob bei Honorarzah-lungen an Dienstleister die anfechtungsrechtlichen Bestimmungen gemäss Art. 285 ff. SchKG zur Anwendung gelangen, beurteilt sich unabhängig davon, ob das der anfechtbaren Handlung zugrundeliegende Rechtsverhältnis Schweizer oder ausländischem Recht untersteht (vgl. S. 26).

⁵⁴ FELLMANN, S. 173.

⁵⁵ KOLLER, S. 1628.

Pauliana⁵⁶ – der international anerkannte Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung⁵⁷ – erläutert werden.

Der Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung im Konkurs- und Nachlassverfahrensrecht bezweckt die gleichmässige Befriedigung sämtlicher Gläubiger aus dem verwertbaren Vermögen des Schuldners. Dabei ist allein die Forderungshöhe massgebend.⁵⁸

Die Maxime der Gläubigergleichbehandlung ist in diversen Bestimmungen des Konkurs- und Nachlassverfahrensrechts reflektiert.⁵⁹ Für die Gläubigergleichbehandlung zentral sind beispielsweise die Bestimmungen Art. 197 und Art. 204 SchKG. Nach Art. 197 SchKG wird mit der Konkurseröffnung sämtliches pfändbares Vermögen des Schuldners zur Konkursmasse gezogen. Mit dem Konkursbeschluss erlischt gemäss Art. 204 SchKG das Verfügungsrecht des Schuldners über die betreffenden Aktiven, wodurch Rechtshandlungen zur Bevorzugung einzelner Gläubiger unterbunden werden. Mit Blick auf die im Zusammenhang mit der Swissair ergangene Rechtsprechung zur Verrechnung von Vorschüssen durch Dienstleister⁶⁰ ist an dieser Stelle sodann auf Art. 213 f. SchKG hinzuweisen. Um Ungleichheiten unter den Gläubigern zu verhindern, sind Verrechnungen von vor Konkurseröffnung entstandenen Forderungen oder Schulden mit einer Forderung oder Schuld, deren Rechtsgrund nach Konkurseröffnung entstanden ist, nichtig.⁶¹

Im Gegensatz zur Betreuung auf Pfändung werden im Konkurs sämtliche Gläubiger gleichzeitig befriedigt und tragen jeweils verhältnismässig ihren Anteil am Verlust.⁶² Privilegierte Gläubigeransprüche am Verwertungserlös des schuldnerischen Vollstreckungssubstrats sind nur insoweit zulässig, als das Gesetz sie in Art. 219 SchKG ausdrücklich vorsieht. In Anwendung von

⁵⁶ BGE 143 III 395, 398 E. 4.2; SCHMID J., N 34 m.w.H.

⁵⁷ ZOBL, S. 25.

⁵⁸ REBSAMEN, Gleichbehandlung, N 113 und N 152. Vorbehalten bleibt die in Art. 219 SchKG vorgesehene Privilegienordnung.

⁵⁹ Ausführlich: REBSAMEN, Gleichbehandlung, N 117 ff.

⁶⁰ Urteil BezGer Bülach DG060095 vom 4. Juni 2007, E. II.4.3.1 (nicht publ.). Vgl. hierzu FN 430.

⁶¹ Art. 213 SchKG; Urteil BGer 5A_175/2010 vom 25. Mai 2010, E. 3.3.2; KUKO SchKG-PETER, Art. 213 N 11; BSK SchKG II-STÄUBLI, Art. 213 N 39.

⁶² REBSAMEN, Gleichbehandlung, N 113.

Art. 219 SchKG werden die Forderungen pfandbesicherter Gläubiger aus dem Erlös der Verwertung der Pfänder vorab bezahlt und nur im Umfang des Pfandausfalls den ungesicherten Forderungen zugewiesen. Art. 219 SchKG unterteilt die ungesicherten Forderungen in drei Klassen, die der Reihenfolge nach Anspruch auf Befriedigung haben. Innerhalb einer Klasse sind die Gläubiger gemäss Art. 220 Abs. 1 SchKG gleich zu behandeln. Aufgrund der Abschwächung des Grundsatzes der Gläubigergleichbehandlung durch die Privilegienordnung spricht die Literatur auch von der sog. «*relativen Gläubigergleichbehandlung*».⁶³

Auch im Nachlassverfahrensrecht wird an verschiedenen Stellen dem Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung Rechnung getragen.⁶⁴ Mit der rechtskräftigen Bestätigung des Nachlassvertrags erlischt die Verfügungsbefugnis des Schuldners (Art. 319 Abs. 1 SchKG). Sämtliche Versprechen, in welchen der Schuldner einem Gläubiger mehr zusichert als ihm gemäss Nachlassvertrag zustünde, sind gemäss Art. 312 SchKG nichtig.⁶⁵

Wie gesehen, greift das Gleichbehandlungsgebot grundsätzlich erst mit Konkurseröffnung resp. mit der rechtskräftigen Bestätigung des Nachlassvertrags (Art. 204 SchKG; Art. 319 Abs. 1 SchKG). Die Pauliana-Ansprüche entstehen dementsprechend auch erst in diesem Zeitpunkt. Die Pauliana soll indes-

⁶³ REBSAMEN, Gleichbehandlung, N 184; VOGT, Absichtsanfechtung, S. 1079.

⁶⁴ Für diese Arbeit von besonderem Interesse ist das Nachlassverfahren mit Vermögensabtretung, zumal nur bei dieser Art von Nachlassverfahren die paulianische Anfechtung möglich ist (Art. 331 SchKG; SCHÜPBACH, Action révocatoire, Art. 285 N 295). Bei diesem Verfahren handelt es sich um ein Konkursverfahren in abgeschwächter Form, wobei sämtliche oder Teile der Aktiven des Schuldners liquidiert werden (BGE 114 III 120 mit Verweis auf BGE 107 III 106, 109 E. 3a; REBSAMEN, Gleichbehandlung, N 131; KUKO SchKG-ROTHENBÜHLER/WÜTHRICH, Art. 317 N 2).

⁶⁵ KUKO SchKG-HUNKELER, Art. 312 N 1. Zur Übersicht betreffend die weiteren Bestimmungen siehe REBSAMEN, Gleichbehandlung, N 127 ff. Der Nachlassvertrag darf den Anspruch auf gleichmässige Befriedigung der Gläubiger nach der Höhe ihrer eingegebenen Forderungen nicht beeinträchtigen (BGE 105 III 92, Regeste). In begründeten Einzelfällen sind indes Ausnahmen möglich, sofern diese im Nachlassvertrag ausgewiesen werden und im Interesse sämtlicher Gläubiger liegen (Urteil BGer 5P.164/2003 vom 29. Oktober 2003, E. 4.6; KUKO SchKG-HUNKELER, Art. 314 N 4; KUKO SchKG-ROTHENBÜHLER/WÜTHRICH, Art. 318 N 22).

sen verhindern, dass das Gebot der Gläubigergleichbehandlung durch gläubigerschädigende Handlungen des Schuldners *vor dem Eintritt des Verfügungsverbots* i.S.v. Art. 204 und Art. 319 Abs. 1 SchKG unterlaufen wird.⁶⁶ Insofern entfaltet das Prinzip der Gläubigergleichbehandlung eine gewisse Vorwirkung.⁶⁷

Die in Art. 163 ff. StGB geregelten Konkurs- und Betreibungsdelikte ergänzen den zwangsvollstreckungsrechtlichen Gläubigerschutz durch ihre spezial- und generalpräventive Wirkung. Im Vordergrund steht dabei Art. 167 StGB (Bevorzugung eines Gläubigers), der die Ungleichbehandlung der Gläubiger unter Strafe stellt.⁶⁸ Der Umfang des Gläubigerschutzes ergibt sich dabei aus dem Zwangsvollstreckungsrecht.⁶⁹

⁶⁶ Vgl. SCHMID J., N 34.

⁶⁷ In der Literatur bestehen kontroverse Ansichten, wann dieser Zeitpunkt für die Absichtspauliana eintritt (ERNST, S. 418; MEIER I., Pflicht, N 30; REBSAMEN, Gleichbehandlung, N 755 ff.; SCHMID J., N 608 ff.). Im Rahmen der Schädigungsabsicht wird auf diese Thematik eingegangen.

⁶⁸ BGE 117 IV 23, 25 E. 4b. Art. 164 StGB (Gläubigerschädigung durch Vermögensverminderung) trägt durch seine Anlehnung an Art. 286 SchKG (bei der Tatbestandsvariante unentgeltliche Veräußerung von Vermögenswerten und Veräußerung von Vermögenswerten gegen eine Leistung mit offensichtlich geringerem Wert) ebenfalls zur Gläubigergleichbehandlung bei.

⁶⁹ BGE 134 III 52, 57 f. E. 1.3.4.

2. Kapitel: Pauliana – Allgemeiner Teil

§ 1 Einleitung

1. Zweck und Leitgedanke der Pauliana

Die finanzielle Krise kann einen Schuldner dazu verleiten, seine Vermögenswerte dem drohenden (die Verfügungsfähigkeit aufhebenden) Pfändungs- oder Konkursbeschlagnahme zu entziehen⁷⁰ und einzelnen Gläubigern oder Dritten zuzuwenden.⁷¹ Aufgrund der Handlung des Schuldners steht in der Zwangsvollstreckung den Gläubigern, die nicht von der Vermögensentäusserung profitieren, weniger Vollstreckungssubstrat zur Deckung ihrer Forderungen zur Verfügung. Dieser Vermögensnachteil kann mit der Pauliana wieder ausgeglichen werden, indem der Anfechtungsgegner gemäss Art. 291 SchKG dazu verpflichtet wird, die Vermögenswerte in natura zurückzugeben oder Wertersatz zu leisten.⁷² Das schuldnerische Vollstreckungssubstrat, welches durch Entäusserungshandlungen des Schuldners vermindert worden ist, soll wieder denjenigen Stand erreichen, den es im Zeitpunkt der Zwangsvollstreckung ohne die anfechtbare Handlung gehabt hätte.⁷³ Die Pauliana hat jedoch nicht zum Zweck, den Anfechtungsgegner zu bestrafen.⁷⁴

Die paulianische Anfechtung gemäss Art. 285 ff. SchKG dient demnach dem Schutz der Gläubigerinteressen⁷⁵ und verschafft dem Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung Geltung.⁷⁶ In präventiver Hinsicht bezweckt sie, vermögensvermindernden Rechtshandlungen des Schuldners während der sog.

⁷⁰ Resp. einzelnen Gläubigern durch die nachträgliche Bestellung von Sicherheiten eine Vorzugsstellung in der Zwangsvollstreckung einzuräumen.

⁷¹ FRITZSCHE/WALDER, § 65 N 1; JUCKER, S. 3; SCHMID J., N 32.

⁷² LORANDI, Aspekte, S. 155 f.

⁷³ Vgl. Art. 285 Abs. 1 SchKG; BGE 143 III 167, 169 E. 3.2; 134 III 452, 454 E. 2; BERZ, S. 100 f.; KREN KOSTKIEWICZ, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, N 1575; LORANDI, Rechtsprechung, S. 213.

⁷⁴ BGE 99 III 27, 33 E. 3; 85 III 185, 190 E. 2a.

⁷⁵ KREN KOSTKIEWICZ, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, N 1575.

⁷⁶ SCHMID J., N 34.

Verdachtsperiode entgegenzuwirken, mit welcher dieser in einer gläubigerschädigenden Art über sein Vermögen verfügt.⁷⁷

Die erfolgreiche Anfechtung der schuldnerischen Handlung lässt deren zivilrechtliche Gültigkeit unberührt.⁷⁸ Allerdings hat der Anfechtungsgegner die zwangsvollstreckungsrechtliche Verwertung der betreffenden Vermögenswerte zu dulden (was auf das Vermögen des Anfechtungsgegners de facto denselben Effekt hat). In diesem Kontext gilt es zu beachten, dass ein zivilrechtliches Handeln meist auch mit dem Vertrauen in die Insolvenzbeständigkeit einhergeht.⁷⁹ Ob die paulianische Anfechtung einer Rechtshandlung gerechtfertigt ist, muss demnach immer auch vor dem Hintergrund der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes beurteilt werden.⁸⁰ Der Schuldner soll nicht paralysiert werden.⁸¹ Andernfalls würden aufgrund der Zahlungseinstellung des Schuldners vermehrt Konkursbegehren gestützt auf Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG gefördert, was – zumindest bei intakten Sanierungschancen – nur selten im Interesse der Gläubigergesamtheit liegen dürfte.⁸²

Die neuere bundesgerichtliche Rechtsprechung betont ferner, dass es sich bei der Pauliana um einen restriktiv zu behandelnden «Ausnahmetatbestand» handelt.⁸³ Begründet wird dies damit, dass die Maxime der Gläubigergleichbehandlung, welche bis zu einem gewissen Grad in die ein- resp. fünfjährige Verdachtsperiode vorverlagert wird, in diesem Stadium weder absolute Ma-

⁷⁷ SCHMID J., N 33 f.

⁷⁸ BGE 143 III 167, 170 E. 3.3.4; 136 III 247, 249 E. 2; 135 III 265, 268 E. 3; 134 III 52, 57 E. 1.3.3; BGE 115 III 138, 141 E. 2a; AMONN, S. 325; JUCKER, S. 71; LORANDI, Aspekte, S. 155; gemäss BSK SchKG II-STAEHELIN A., Art. 285 N 8, verschafft die erfolgreiche Geltendmachung der Pauliana dem Anfechtenden kein Eigentum oder Besitz an den fraglichen Vermögenswerten. KUKO SchKG-UMBACH-SPAHN/BOSSART, Art. 285 N 1.

⁷⁹ BGE 136 III 247, 249 E. 2; VOGT, Absichtsanfechtung, S. 1077.

⁸⁰ BGE 136 III 247, 249 E. 2; SCHMID J., N 35.

⁸¹ BGE 136 III 247, 249 E. 2; VOGT, Absichtsanfechtung, S. 1077.

⁸² Vgl. auch VOGT, Absichtsanfechtung, S. 1077.

⁸³ BGE 136 III 247, 249 E. 2; Urteil BGer 5A_750/2008 vom 24. Februar 2010, E. 2.

xime noch Selbstzweck sein kann.⁸⁴ Folglich soll die Pauliana nur dort zur Anwendung gelangen, wo es um «unlautere Machenschaften» oder «missbräuchliches Verhalten» geht.⁸⁵

2. Übersicht über die Anfechtungstatbestände

Die anfechtbaren Rechthandlungen werden abschliessend⁸⁶ im Gesetz aufgeführt. Die drei Tatbestandgruppen – die sog. Schenkungs- (Art. 286 SchKG), Überschuldungs- (Art. 287 SchKG) und Absichtspauliana (Art. 288 SchKG) – sind nach ansteigenden Anforderungen an die Anfechtbarkeit einer Handlung angeordnet. Je geringer die Anforderungen, desto höher bewertet das Gesetz den Unrechtsgehalt der anfechtbaren Handlung.⁸⁷ Während für die Schenkungs- und Überschuldungspauliana die im Gesetz umschriebenen Rechtshandlungen ausschlaggebend sind, sind es bei der Absichtspauliana die (vor allem bei Rechtsgeschäften mit nicht nahestehenden Parteien) oftmals schwieriger zu beweisenden subjektiven Elemente.⁸⁸

Die Schenkungspauliana gemäss Art. 286 SchKG erfasst mit Ausnahme der Gelegenheitsgeschenke sämtliche Schenkungen, gemischte Schenkungen und unentgeltliche Verfügungen des Schuldners, die er innert der Verdachtsfrist von einem Jahr vorgenommen hat.⁸⁹ Demgegenüber deckt die Überschuldungspauliana gemäss Art. 287 SchKG ungewöhnliche Rechtsgeschäfte

⁸⁴ BGE 136 III 247, 249 E. 2; Urteil BGer 5A_750/2008 vom 24. Februar 2010, E. 2.

⁸⁵ BGE 137 III 268, 284 E. 4.2.1; 136 III 247, 250 E. 2; Urteil BGer 5A_583/2012 vom 16. Mai 2013, E. 2.1; 5A_604/2012 vom 12. Februar 2013, E. 2.1; 5A_750/2008 vom 24. Februar 2010, E. 2; BSK EB SchKG-BAUER, Art. 285 N 8a; SCHMID J., N 54.

⁸⁶ KREN KOSTKIEWICZ, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, N 1583.

⁸⁷ SOGO, S. 256.

⁸⁸ KUKO SchKG-UMBACH-SPAHN/BOSSART, Art. 288 N 1; ferner SK SchKG-MAIER, Art. 288 N 1.

⁸⁹ Ebenso erfasst sind Rechtsgeschäfte, durch die der Schuldner für sich oder einen Dritten eine Leibrente, eine Pfrund, eine Nutzniessung oder ein Wohnrecht erworben hat (Art. 286 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG). Allerdings spielt diese Konstellation in der vorliegenden Arbeit, die sich auf insolvenzgefährdete Unternehmen konzentriert, keine Rolle.

des Schuldners ab, die dieser während des Zustands der Überschuldung und binnen der Verdachtsfrist von einem Jahr vorgenommen hat. Als ungewöhnliche Rechtsgeschäfte gelten: die Bestellung von Sicherheiten ohne vorgängige Verpflichtung, die ungewöhnliche Tilgung und die Zahlung einer nicht verfallenen Schuld. Die Absichtspauliana (auch Deliktspauliana genannt) gemäss Art. 288 SchKG erfasst schliesslich sämtliche Handlungen, die der Schuldner innert der fünfjährigen Verdachtsfrist in der für den anderen Teil erkennbaren Absicht vorgenommen hat, seine Gläubiger zu schädigen.⁹⁰

Die Absichtspauliana erweitert die Anfechtungsmöglichkeiten gegenüber der Schenkungs- und Überschuldungspauliana.⁹¹ Im Gegensatz zur Schenkungs- und Überschuldungspauliana wird die anfechtbare Rechtshandlung bei der Absichtspauliana nicht explizit definiert. Sodann erfasst die Absichtspauliana *sämtliche* gläubigerschädigenden Rechtshandlungen, die innerhalb der Verdachtsfrist von fünf Jahren – statt nur eines Jahres – vorgenommen wurden.⁹² Der Schuldner muss im Zeitpunkt der Rechtshandlung nicht überschuldet gewesen sein.⁹³ Allerdings wird die Klagemöglichkeit insofern erschwert, als die Absichtspauliana zwei subjektive Tatbestandsvoraussetzungen (Schädigungsabsicht, Erkennbarkeit) vorsieht.⁹⁴

3. Geltungsbereich

3.1 Persönlicher Geltungsbereich

Der persönliche Anwendungsbereich der Pauliana erfasst vermögensmindernde Rechtshandlungen des Schuldners. Hierzu zählen selbstverständlich

⁹⁰ Zum Ganzen: HUNKELER, Absichtsanfechtung, S. 141.

⁹¹ AMONN/WALTHER, § 52 N 22.

⁹² AMONN/WALTHER, § 52 N 22; BSK SchKG II-STAEHELIN A., Art. 288 N 3.

⁹³ BSK SchKG II-STAEHELIN A., Art. 288 N 15; REBSAMEN, Gleichbehandlung, N 499.

⁹⁴ AMONN/WALTHER, § 52 N 22.

auch die Handlungen der Organe einer juristischen Person⁹⁵ sowie deren gesetzlichen oder gewillkürten Vertreters⁹⁶.

Wirken Dritte an der gläubigerschädigenden Rechtshandlung des Schuldners mit, indem sie bspw. die Leistung des Schuldners annehmen, schliesst dies die Anfechtbarkeit noch nicht aus.⁹⁷ Dagegen kann keine Pauliana erhoben werden, wenn der Dritte eine Rechtshandlung allein, d.h. ohne jede Mitwirkung des Schuldners, vornimmt.⁹⁸

Ein Konzern ist weder konkurs- noch nachlassvertragsfähig.⁹⁹ Bestrebungen, ein Konkursverfahren für Konzerne zu schaffen, wurden im Rahmen der Revision des Sanierungsrechts von der Expertenkommission und vom Bundesrat verworfen.¹⁰⁰ Nachdem das Schuldrecht und das SchKG auf die rechtliche Selbständigkeit der einzelnen Konzerngesellschaften abstellen, kann

⁹⁵ Art. 55 ZGB; BGE 134 III 452, 455 E. 4.3 mit Verweis auf BSK SchKG II-STAEHELIN A., Art. 288 N 17 und SCHÜPBACH, Action révocatoire, Art. 288 N 84; BK ZGB-RIEMER, Art. 54/55 N 20; WEBER, N 12, wonach in den bundesgerichtlichen Entscheiden jedoch regelmässig nicht untersucht wird, bei welchem Organ die zurechenbare Handlung oder das subjektive Tatbestandsmerkmal vorlag. So begnügte sich das Bundesgericht im ZKB-Entscheid (BGE 134 III 452, 455 E. 3) mit der Feststellung, dass die Schädigungsabsicht der Organe oder Stellvertreter der juristischen Person anzurechnen ist, ohne die für die SAirGroup handelnden Personen näher zu untersuchen.

⁹⁶ BGE 91 III 98, 102 E. 2; BRAND, Anfechtungsrecht, S. 117; JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN, Art. 288 S. 674; SCHMID J., N 78; bei juristischen Personen siehe MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 2 N 35.

⁹⁷ BSK SchKG II-STAEHELIN A., Art. 285 N 16, bspw. die Mitwirkung des Anfechtungsgegners.

⁹⁸ BGE 95 III 83, 86 E. 4b; Urteil BGer 5A_44/2008 vom 7. Juli 2008, E. 2; Urteil HGer ZH HG100052 vom 7. März 2013, E. III.4.3; AMONN/WALTHER, § 52 N 5; GEHRI, S. 258 zum «Bentley-Fall» (Urteil BGer 5A_44/2008 vom 7. Juli 2008); REBSAMEN, Gleichbehandlung, N 376. Ausnahmsweise sind aber auch Rechtshandlungen Dritter, die mit Wissen und Willen des Schuldners handeln, dem Schuldner zuzurechnen. Siehe dazu BGE 74 III 56, 59 f. E. 7.

⁹⁹ LORANDI, Sicherungsgeschäfte, S. 1302. Vgl. BOPP, S. 36, zur Problematik eines konsolidierten Konkurses.

¹⁰⁰ Bericht Sanierungsrecht 2005, S. 10 f., 46 ff.; Bericht Sanierungsrecht 2008, S. 4, 29 f.; Botschaft Sanierungsrecht 2010, S. 6461 f., 6464. Immerhin wird den Konzernverhältnissen durch Beweiserleichterungen für den Anfechtungsgegner Rechnung getragen.

ein Konzern weder Schuldner im anfechtungsrechtlichen Sinne noch Anfechtungsbeklagter sein.¹⁰¹

3.2 Zeitlicher Geltungsbereich

Gläubigerschädigende Rechtshandlungen des Schuldners sind anfechtbar, sofern sie innerhalb der Verdachtsfrist, mithin *vor* der Pfändung, Konkursöffnung oder Bestätigung des Nachlassvertrags mit Vermögensabtretung vorgenommen wurden.¹⁰² Im Gegensatz dazu werden vermögensmindernde Handlungen nach diesem Zeitpunkt nicht mehr von der Pauliana erfasst, weil dann das Verfügungsrecht des Schuldners über die mit Beschlag belegten Vermögenswerte erloschen ist und die entsprechenden Rechtshandlungen gegenüber den Gläubigern ungültig sind.¹⁰³

Nicht angefochten werden können nach Art. 285 Abs. 3 SchKG Rechtshandlungen des Schuldners, die während der Nachlassstundung vorgenommen wurden und gemäss Art. 298 Abs. 2 SchKG vom Nachlassgericht oder einem Gläubigerausschuss genehmigt worden sind.¹⁰⁴ Diese Neuerung wurde durch die Revision des Sanierungsrechts vom 21. Juni 2013 eingeführt und soll mehr Rechtssicherheit schaffen.¹⁰⁵ Ebenfalls anfechtungsresistent müssen

¹⁰¹ In diese Richtung auch schon PETER, Groupes, S. 5. Zu den praktischen Problemen einer Anfechtungsklage gegen einen Konzern: ROTH, Sanierungsdarlehen, S. 383.

¹⁰² Vgl. Art. 285 Abs. 2 und Art. 331 SchKG. Beim ordentlichen Nachlassvertrag finden die Bestimmungen von Art. 285 ff. SchKG keine Anwendung.

¹⁰³ Art. 96 Abs. 2 SchKG (Vorbehalten sind die Wirkungen des Besitzerwerbs durch gutgläubige Dritte), Art. 204 Abs. 1 SchKG und Art. 319 Abs. 1 SchKG; BSK SchKG II-WOHLFAHRT/MEIER C., Art. 204 N 1; BSK SchKG II-BAUER/HARI/JEANNERET/WÜTHRICH, Art. 331 N 7.

¹⁰⁴ BSK EB SchKG-BAUER, Art. 285 N 2b. Rechtshandlungen zur Veräusserung oder Belastung von Anlagevermögen, die ohne die Ermächtigung vorgenommen wurden, sind nicht rechtsgültig erfolgt und müssen daher nicht angefochten werden (STAEHELIN D., Verwirkungsfrist, S. 1254). Die Veräusserung oder Belastung von Umlaufvermögen kann dagegen nicht von einem Nachlassgericht resp. Gläubigerausschuss genehmigt werden (vgl. noch zum alten Recht (der Wortlaut von Art. 298 Abs. 2 SchKG wurde nicht revidiert): LORANDI, Nachlassstundung, S. 83).

¹⁰⁵ Botschaft Sanierungsrecht 2010, S. 6476.

Zahlungen sein, soweit die zugrundeliegende Verbindlichkeit während der Nachlassstundung vom Sachwalter genehmigt wurde. Solche Verbindlichkeiten sind gemäss Art. 310 Abs. 2 SchKG Masseverbindlichkeiten. Die Begleichung einer Masseverbindlichkeit ist nicht gläubigerschädigend und somit auch nicht anfechtbar, weil Masseverbindlichkeiten ohnehin vor allen anderen Gläubigerforderungen zu befriedigen sind (Art. 262 Abs. 1 SchKG).¹⁰⁶

Die Anfechtungsansprüche können erst ab einem bestimmten Verfahrensstadium geltend gemacht werden: nach Ausstellung des provisorischen oder definitiven Pfändungsverlustscheins, nach Konkurseröffnung oder mit der rechtskräftigen Bestätigung des Nachlassvertrags mit Vermögensabtretung. Zu diesem Zeitpunkt steht – zumindest beim Pfändungsverlustschein und beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung – fest, dass die Gläubiger zu Schaden gekommen sind.¹⁰⁷ Während der Nachlassstundung oder nach Abschluss eines ordentlichen Nachlassvertrags können hingegen keine Anfechtungsansprüche erhoben werden, weil es an einer verselbständigten Liquidationsmasse fehlt, die zur Geltendmachung der Anfechtungsansprüche

¹⁰⁶ A.M. SK SchKG-MABILLARD, Art. 331 N 7 sowie OFK SchKG-KREN KOST-KIEWICZ, Art. 331 N 2, wobei sich beide u.a. auf BGE 134 III 273, 280 E. 4.3.2 resp. 4.4.2 beziehen. Dieser BGE verweist jedoch auf LORANDI, Nachlassstundung, S. 105 f., der sich wiederum nur zur Genehmigung eines Rechtsgeschäfts durch das Nachlassgericht äussert (dessen anfechtungsresistente Wirkung unter früherem Recht höchst umstritten war), nicht aber zur Genehmigung durch den Sachwalter. Gemäss der Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) soll Art. 285 SchKG um Abs. 4 ergänzt werden, wonach Verbindlichkeiten, die mit Zustimmung des Sachwalters während der Stundung eingegangen wurden, nicht anfechtbar sind (Botschaft OR (Aktienrecht) 2016, S. 633). Diese Bestimmung ist in mehrfacher Hinsicht entbehrlich. Einerseits ist das Eingehen einer Verbindlichkeit allein (also ohne deren Begleichung) in der Regel noch nicht gläubigerschädigend und damit nicht paulianisch anfechtbar. Des Weiteren ist nach hier vertretener Ansicht auch die Begleichung einer Verbindlichkeit, die vom Sachwalter genehmigt wurde, nicht paulianisch anfechtbar, da sie eine Masseverbindlichkeit darstellt, die ohnehin vor allen anderen Schulden zu begleichen ist. In der Sommersession 2018 behandelte der Nationalrat als Erstrat die Aktienrechtsrevision. Eine Abänderung des Wortlauts von Art. 285 Abs. 4 SchKG wurde nicht thematisiert (BBl 2017 S. 683 ff., S. 747).

¹⁰⁷ REBSAMEN, Gleichbehandlung, N 339.

legitimiert wäre.¹⁰⁸ Eine solche entsteht erst mit der rechtskräftigen Bestätigung des Nachlassvertrags mit Vermögensabtretung.¹⁰⁹

3.3 Räumlicher Geltungsbereich

Bei internationalen Verhältnissen muss stets geprüft werden, ob die Schweizer Gerichte für die Beurteilung der paulianischen Ansprüche zuständig und ob die Schweizer Bestimmungen nach Art. 285 ff. SchKG überhaupt anwendbar sind. Die Schweizer Gerichte sind gemäss Art. 171 IPRG i.V.m. Art. 289 SchKG zuständig, sofern entweder das Hauptinsolvenzverfahren oder – nach Anerkennung eines ausländischen Konkursdekrets resp. Nachlassvertrags – das Hilfsinsolvenzverfahren (gemäss Art. 166 ff. IPRG bzw. Art. 175 i.V.m. Art. 166–170 IPRG) in der Schweiz durchgeführt wird.¹¹⁰

Bei einem Hauptinsolvenzverfahren in der Schweiz ist Schweizer (Anfechtungs-)Recht als *lex concursus* heranzuziehen.¹¹¹ Die *lex concursus* findet ungeachtet dessen Anwendung, ob die anfechtbare Rechtshandlung in der Schweiz oder im Ausland stattgefunden hat.¹¹² Ferner ist die *lex concursus*

¹⁰⁸ BGE 134 III 273, 283 E. 4.4.2; BSK EB SchKG II-BAUER, Art. 285 ad N 7; LORANDI, Nachlassstundung, S. 105; STAEHELIN D., Verwirkungsfrist, S. 1253. Kritik bei HARI, S. 3 FN 23; CR LP-JUNOD MOSER/GAILLARD, Art. 331 N 5; SCHÜPBACH, Action révocatoire, Art. 285 N 307 ff. Die Expertengruppe Sanierungsrecht prüfte in ihrem Bericht vom 14. September 1992, ob diesbezüglich ein Änderungsbedarf bestand und ob nicht auch Handlungen, die vor einem ordentlichen Nachlassvertrag erfolgten, anfechtbar sein sollen. Sie verwarf diese Idee mit dem Argument, dass damit zu sehr in das Rechtsverhältnis zwischen Schuldner und Dritten eingegriffen würde (Bericht Sanierungsrecht 1992, S. 13 (nicht publ.), zitiert bei STAEHELIN D., Verwirkungsfrist, S. 1253).

¹⁰⁹ KUKO SchKG-ROTHENBÜHLER/WÜTHRICH, Art. 331 N 2.

¹¹⁰ LORANDI, Aspekte, S. 160 f.

¹¹¹ BGE 131 III 227, 232 f. E. 3.3; CHENAUX, S. 235; LORANDI, Aspekte, S. 160 f.; WALTHER, S. 92 f.

¹¹² BGE 59 III 254, 256; DALLÈVES, S. 7; GILLIÉRON, Commentaire, Art. 289 N 14; WALTHER, S. 92 f. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung findet die *lex concursus* selbst dann Anwendung, wenn die veräusserten Vermögenswerte im Ausland belegen sind. Allerdings wird aufgrund des Territorialitätsprinzips zu prüfen sein, inwieweit das Schweizer Urteil am ausländischen Belegenheitsort anerkannt und vollstreckt werden kann. Vgl. hierzu auch CHENAUX, S. 235.

unabhängig davon anwendbar, ob das der anfechtbaren Handlung zugrundeliegende Rechtsverhältnis Schweizer Recht untersteht.¹¹³ Ist dagegen ein ausländisches Gericht für das Hauptinsolvenzverfahren zuständig, so richtet sich das anwendbare Recht nach den Regeln des betreffenden ausländischen Kollisionsrechts.¹¹⁴

Werden die Anfechtungsansprüche im Rahmen eines Hilfsinsolvenzverfahrens beurteilt, so ist vorab zu prüfen, ob diese Ansprüche zur schweizerischen Partikularmasse gehören.¹¹⁵ Anfechtungsansprüche gehören zur schweizerischen Partikularmasse, wenn sie in der Schweiz belegen sind.¹¹⁶ Die Belegenheit in der Schweiz ist zu bejahen, wenn die von der Anfechtung betroffenen Vermögenswerte ohne die anfechtbare Handlung in der Schweiz belegen wären.¹¹⁷ Nur in diesem Fall wenden die Schweizer Gerichte die Bestimmungen über die paulianische Anfechtung als *lex concursus* an. Andernfalls ist ausländisches Recht anwendbar.

4. Rechtsnatur

4.1 Betreibungsrechtlicher Anspruch mit Reflexwirkung auf das materielle Recht

Die Pauliana wird mehrheitlich als Institut des Zwangsvollstreckungsrechts mit Reflexwirkung auf das materielle Recht qualifiziert.¹¹⁸ So verfolgt

¹¹³ GILLIÉRON, Commentaire, Art. 289 N 15; KUKO SchKG-UMBACH-SPAHN/BOSSART, Art. 289 N 4.

¹¹⁴ LORANDI, Aspekte, S. 162.

¹¹⁵ LORANDI, Aspekte, S. 161; zur Frage der Legitimation des ausländischen Konkursverwalters siehe Art. 171 IPRG sowie BGE 137 III 374, 377 E. 3; 135 III 40, 44 E. 2.5.1, wonach dieser höchstens subsidiär Anfechtungsansprüche geltend machen kann, nachdem das inländische Konkursamt und die Abtretungsgläubiger auf eine Geltendmachung verzichtet haben.

¹¹⁶ LORANDI, Aspekte, S. 161.

¹¹⁷ Eingehend: BOMMER, S. 190 ff. Ferner: LORANDI, Aspekte, S. 161; STAEHELIN D., Anerkennung, S. 145 f.; KREN KOSTKIEWICZ, Anerkennung, S. 19. A.M. BSK IPRG-BERTI, Art. 171 N 4; ZK IPRG-VOLKEN, Art. 171 N 10 ff.

¹¹⁸ BGE 143 III 395, 399 E. 5.2; 141 III 527, 530 E. 2.2; 131 III 227, 232 E. 3.3; 130 III 672, 676 E. 3.2 ff.; KUKO SchKG-UMBACH-SPAHN/BOSSART, Art. 285

die Pauliana ein vollstreckungsrechtliches Ziel – die Wiederbeschaffung der in anfechtbarer Weise veräusserten Vermögenswerte (Art. 285 Abs. 1 SchKG) – und beschränkt sich darauf, «eine vorgefundene zivilrechtliche Gestaltung auf ihre vollstreckungsrechtliche Zulässigkeit zu überprüfen.»¹¹⁹

Wie gesehen beschlägt die Pauliana die zivilrechtliche Gültigkeit des Geschäfts nicht.¹²⁰ Die Pauliana ist keine Vindikationsklage, mithilfe derer das Eigentum am Anfechtungsobjekt auf den Anfechtenden übertragen werden könnte.¹²¹ Vielmehr wirkt sie nur in der konkreten Zwangsvollstreckung.¹²² Ein entsprechendes Urteil hat somit – zumindest ausserhalb des Konkurses – keine *Res-iudicata*-Wirkung.¹²³

Dennoch hat die Pauliana Berührungspunkte mit dem materiellen Recht: Sofern der Anfechtende obsiegt, verliert der Anfechtungsgegner faktisch und wertmässig sein zivilrechtlich geschütztes Recht am Anfechtungsgegenstand.¹²⁴

Als betreibungsrechtliche Klage mit Reflexwirkung auf das materielle Recht fällt die Pauliana sodann nicht in die Zuständigkeit der Handelsgerichte gemäss Art. 6 ZPO.¹²⁵ Eine Einlassung des Beklagten vor dem sachlich unzuständigen Handelsgericht ist von Bundesrechts wegen ausgeschlossen.¹²⁶

N 1; REBSAMEN, Gleichbehandlung, N 336 ff. Ausführlich JUCKER, S. 59 ff., wonach eine vollstreckungsrechtliche Klage sui generis vorliege. Nach anderer Ansicht wird die Pauliana als zivilrechtliches Institut eingeordnet: vgl. BERZ, S. 31 ff., wonach der Anfechtungsanspruch zivilrechtlicher Natur sein müsse, sonst gäbe es keinen materiellrechtlichen Grund für den Eingriff in das Vermögen des Anfechtungsgegners.

¹¹⁹ BGE 143 III 167, 170 E. 3.3.4; 141 III 527, 532 E. 2.3.3.

¹²⁰ Vgl. Zitate in FN 78.

¹²¹ BGE 106 III 40, 43 f. E. 3; LORANDI, Aspekte, S. 155.

¹²² BGE 141 III 527, 530 E. 2.2; 129 III 683, 687 E. 4.2.

¹²³ BGE 130 III 672, 676 E. 3.2.

¹²⁴ BGE 141 III 527, 530 E. 2.2; AMONN/WALTHER, § 52 N 41; JUCKER, S. 72. Zu den Wirkungen der vollstreckungsrechtlichen Klage mit Reflexwirkung auf das materielle Recht siehe eingehend: MEIER I./HAMBURGER, S. 204 ff.

¹²⁵ BGE 141 III 527, 529 ff. E. 2.

¹²⁶ BGE 140 III 355, 366 E. 2.4.

4.2 Obligatio ex lege

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung handelt es sich bei der paulianischen Anfechtung um einen Anspruch *ex lege*, mithin einen «besonders gear- teten, durch gesetzliche Ausnahmesatzung geschaffenen Tatbestand». ¹²⁷ Das Bundesgericht lehnt demnach die teilweise in der Lehre ¹²⁸ vertretene delikti- sche Natur der Pauliana ab. ¹²⁹

Der Anfechtungsanspruch ist sodann kein dinglicher Anspruch mit *Erga- omnes*-Wirkung, welche das zivilrechtliche Verhältnis beschlägt, sondern vielmehr ein «obligatorischer Anspruch». ¹³⁰ Mit Blick auf die gleichzeitige Qualifikation als betreibungsrechtliche Streitigkeit mit Reflexwirkung auf das materielle Recht kann indessen nicht eine Obligation im zivilrechtlichen Sinne gemeint sein. Es handelt sich um einen Anfechtungsanspruch relativer Natur, der gegen eine bestimmte Person – den Begünstigten – gerichtet ist. ¹³¹ Im Konkurs des Anfechtungsgegners würde dem Anfechtenden denn auch kein Aussonderungsanspruch zuteil. Vielmehr könnte der Anfechtende ledig- lich eine Konkursforderung eingeben. ¹³²

¹²⁷ BGE 131 III 227, 232 E. 3.3; 44 III 205, 207 E. 1; GILLIÉRON, Commentaire, Art. 285 N 18; JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN, Art. 285 N 3: «Anspruch sui generis».

¹²⁸ BRAND, Anfechtungsrecht, S. 219. Vgl. weitere Nachweise bei BERZ, S. 25 FN 6 und HANGARTNER, S. 89 FN 6.

¹²⁹ BGE 44 III 205, 207 E. 1; JUCKER, S. 71.

¹³⁰ Ansonsten würde statt der Rückgabepflicht nach Art. 291 SchKG vielmehr ein Vindikationsanspruch zum Tragen kommen. BGE 106 III 40, 43 f. E. 3; 45 III 219, 222 E. 4. Siehe auch BERZ, S. 21 ff.; ZOBL, S. 29.

¹³¹ BGE 45 III 219, 222 E. 4; JUCKER, S. 65; SCHMID J., S. 26; KUKO SchKG- UMBACH-SPAHN/BOSSART, Art. 285 N 2.

¹³² BGE 45 III 219, 222 E. 4; BSK SchKG II-BAUER, 291 N 12; LORANDI, Aspekte, S. 156; a.M. BLUMENSTEIN, Handbuch, S. 870 f., wonach grundsätzlich ein Aus- sonderungsanspruch besteht, eine Konkursforderung dagegen nur bei einem An- spruch auf Wertersatz eingegeben werden muss.

4.3 Leistungsklage

Der Anfechtungsanspruch kann je nach Parteirollenverteilung mittels Klage oder einredeweise geltend gemacht werden.¹³³ Wird der Anspruch klageweise erhoben, stellt sich u.a. mit Blick auf das Rechtsbegehren die Frage nach der Klageart.¹³⁴ Das Bundesgericht und ein überwiegender Teil der Lehre qualifizieren die Anfechtungsklage zu Recht als Leistungsklage.¹³⁵ Nach anderer Ansicht handelt es sich um eine Feststellungsklage.¹³⁶ Die Einordnung als Gestaltungsklage wird hingegen mehrheitlich abgelehnt.¹³⁷

Mit der Leistungsklage kann der Kläger eine Leistung, Unterlassung oder Duldung verlangen.¹³⁸ Die Qualifikation als Leistungsklage überzeugt insofern, als die Anfechtungsklage auf die Duldung der zwangsvollstreckungsrechtlichen Verwertung des Streitgegenstandes resp. auf die Leistung von Geld abzielt.¹³⁹

¹³³ LORANDI, Aspekte, S. 163 ff.; BSK SchKG II-STAEHELIN D., Art. 289 N 4: Die Einrede kann gegen eine betreibungsrechtliche Klage (bspw. gegen eine Kollokations-, Widerspruchs- oder Aussonderungsklage) oder ausserprozessual, bspw. durch die Konkursverwaltung mittels Abweisung des Pfandanspruchs in der Kollokationsverfügung, erhoben werden; ZOBL, S. 28; BGE 31 II 350, 351 E. 2.

¹³⁴ Die Schweizerische Zivilprozessordnung unterscheidet folgende Klagearten: die Leistungs- (Art. 84 ZPO), Gestaltungs- (Art. 87 ZPO) und Feststellungsklage (Art. 88 ZPO). Vgl. hierzu SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, § 29.

¹³⁵ BGE 135 III 513, 530 E. 8.2; 57 III 142, 145 E. 2; Urteil OGer LU vom 5. Mai 1982 (publ. in LGVE 1982 I Nr. 54 und BISchK 39 (1985) Nr. 63); LORANDI, Aspekte, S. 156; SCHMID J., N 52.

¹³⁶ Feststellungsklage: BGE 45 II 460, 463 E. 2. Feststellungsklage mit Elementen der Leistungsklage: ZOBL, S. 28.

¹³⁷ JUCKER, S. 62; LORANDI, Aspekte, S. 156; ZOBL, S. 28. A.M. FRITZSCHE/WALDER, § 67 N 1.

¹³⁸ Art. 84 ZPO. Die Feststellungsklage kann hingegen nur dann erhoben werden, sofern weder eine Leistungs- noch Gestaltungsklage möglich ist (BSK ZPO-GEHRI, Art. 59 N 8).

¹³⁹ LORANDI, Aspekte, S. 156; SCHMID J., S. 27.

§ 2 Allgemeine Anspruchsvoraussetzungen der Pauliana

1. Sachlegitimation

1.1 Aktivlegitimation

Aktivlegitimiert zur Erhebung der Pauliana sind gemäss Art. 285 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG zunächst die Gläubiger, die einen provisorischen oder definitiven Pfändungsverlustschein erhalten haben.

Im Konkurs fallen paulianische Anfechtungsansprüche gemäss Art. 200 SchKG in die Konkursmasse, im Nachlassverfahren mit Vermögensabtretung in die Nachlassmasse. Die Anfechtungsansprüche können gemäss Art. 285 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG von der Konkursverwaltung¹⁴⁰ resp. den Liquidatoren¹⁴¹ als gesetzlichen Vertretern der Masse geltend gemacht werden.¹⁴²

Einzelne Gläubiger sind im eigenen Namen zur Anfechtung berechtigt, sofern die Konkursverwaltung sowie die Gläubigergesamtheit¹⁴³ auf ihr Prozessführungsrecht verzichtet haben und die Konkursverwaltung das Prozessführungsrecht gemäss Art. 260 SchKG an einen oder mehrere Gläubiger abgetreten hat. Entsprechendes gilt gemäss Art. 325 SchKG auch beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung. Die Abtretungsgläubiger sind aus zivilprozessualer Sicht sog. Prozessstandschafter.¹⁴⁴ Sie handeln im Prozess in eigenem Namen, auf eigene Rechnung und auf eigenes Risiko.

¹⁴⁰ GILLIÉRON, Commentaire, Art. 285 N 45; MEIER I., Zivilprozessrecht, S. 160 f.

¹⁴¹ Art. 331 Abs. 1 i.V.m. Art. 285 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG (analog); BGE 134 III 273, 283 E. 4.4.2.

¹⁴² BAUM/VON DER CRONE, S. 238.

¹⁴³ Ein Mehrheitsbeschluss der Gläubiger genügt. Es braucht keinen einstimmigen Beschluss (KUKO SchKG-BÜRGI, Art. 260 N 7).

¹⁴⁴ BGE 132 III 564, 570 E. 3.2.2; KUKO ZPO-DOMEJ, Art. 67 N 22. Abtretungsgläubiger können auch solche Gläubiger sein, deren Forderung nach der anfechtbaren Handlung entstanden ist (Urteil BGer 5A_353/2011 vom 31. Oktober 2011, E. 5.4.3; AMONN/WALTHER, § 52 N 31; BSK SchKG II-STAEHELIN A., Art. 285 N 15).

Durch die Abtretung werden sie jedoch nicht Träger des abgetretenen Anspruchs. Abgetreten wird ihnen nur das Prozessführungsrecht der Masse.¹⁴⁵

Auch die ausländische Insolvenzverwaltung kann in einem Partikularkonkursverfahren gemäss Art. 166 ff. IPRG zu einer Anfechtungsklage legitimiert sein.¹⁴⁶ Die Anfechtungsklage muss sich dabei auf Vermögenswerte beziehen, die ohne die anfechtbare Rechtshandlung in der Schweiz belegen wären.¹⁴⁷ Vorausgesetzt wird ferner, dass das ausländische Konkursdekret vorgängig anerkannt wird und sowohl die schweizerische Konkursverwaltung als auch kollozierte Gläubiger auf die Geltendmachung der Ansprüche verzichtet haben.¹⁴⁸

1.2 Passivlegitimation

1.2.1. Mitwirkung an der angefochtenen Rechtshandlung

Die Pauliana richtet sich primär gegen die am anfechtbaren Vorgang beteiligte Person, und zwar unabhängig davon, ob sie noch begünstigt ist (Art. 291 Abs. 1 SchKG).¹⁴⁹ In der Regel ist das der unmittelbare Empfänger der Schuldnerleistung. Die am anfechtbaren Vorgang beteiligte Person ist selbst dann passivlegitimiert, wenn bloss ein Dritter mit der angefochtenen

¹⁴⁵ Zum Ganzen: BGE 121 III 488, 494 E. 2b.

¹⁴⁶ Zum Begriff der ausländischen Konkursverwaltung siehe BGE 137 III 631, 633 f. E. 2.3.2. Gemäss WÜTHRICH, N 6, kann die ausländische Insolvenzverwaltung auch einen (ausländischen) Konkursgläubiger zur Einleitung einer Anfechtungsklage ermächtigen.

¹⁴⁷ Art. 171 IPRG; BGE 137 III 631, 635 E. 2.3.4; CHK IPRG-GASSMANN, Art. 171 N 2. Vgl. auch S. 27.

¹⁴⁸ BGE 139 III 236, 238 f. E. 4.2; BGE 137 III 631, 634 E. 2.3.3 mit Verweis auf BGE 137 III 570, 575 E. 3; 135 III 666, 667 f. E. 3.2.1; JAKOB, N 2; SK SchKG-MAIER, Art. 285 N 12.

¹⁴⁹ BSK SchKG II-STAEHELIN D., Art. 290 N 4; KUKO SchKG-UMBACH-SPAHN/BOSSART, Art. 290 N 2. In diesem Fall ist die Rückgabe nicht in natura, sondern als Wertersatz zu leisten (BGE 135 III 513, 530 E. 9.1; 132 II 489, 494 E. 3.3).

Rechtshandlung begünstigt wurde.¹⁵⁰ Bei der mitwirkenden Person, die nicht direkt begünstigt wurde, ist allerdings ein höherer Massstab an die Intensität der Mitwirkung anzulegen, als bei einer direkt begünstigten Person. Beschränkt sich die Beteiligung am angefochtenen Rechtsgeschäft bspw. lediglich auf die Annahme und Weiterleitung von Geldern, so ist die Passivlegitimation zu verneinen.¹⁵¹

Zwar liesse die neuere Rechtsprechung auf den ersten Blick vermuten, dass der nicht begünstigte Mitwirkende nicht passivlegitimiert sei.¹⁵² Allerdings verweisen die betreffenden Bundesgerichtsurteile auf Autoren, die auch nicht begünstigte Vertragspartner als passivlegitimiert ansehen.¹⁵³ Nachdem auch derjenige zu Wertersatz verpflichtet ist, der die angefochtene Schuldnerleistung nicht mehr in den Händen hält, sollte auch derjenige Wertersatz leisten müssen, der durch den Abschluss der anfechtbaren Handlung einen Dritten begünstigt hat.¹⁵⁴ Der Wille des Gesetzgebers beruht denn auch auf dem Gedanken, den geschädigten Gläubigern eine möglichst günstige Aus-

¹⁵⁰ GILLIÉRON, Commentaire, Art. 290 N 11; SCHMID J., N 63; SCHÜPBACH, Action révocatoire, Art. 290 N 44 ff.; BSK SchKG II-STAEHELIN D., Art. 290 N 4; KUKO SchKG-UMBACH-SPAHN/BOSSART, Art. 290 N 2. Zu denken ist bspw. an den Vertrag zu Gunsten Dritter gemäss Art. 112 OR oder auch daran, wenn der Schuldner die vom Vertragspartner erhaltene Leistung als sein letztes Aktivum gläubigerschädigend verwendet (REBSAMEN, Gleichbehandlung, N 369).

¹⁵¹ Zum Inkassoverhältnis: BGE 135 III 265, 268 f. E. 3; erwähnt in LORANDI, Rechtsprechung, S. 230; KUKO SchKG-UMBACH-SPAHN/BOSSART, Art. 290 N 2.

¹⁵² BGE 135 III 265, Regeste und 268 f. E. 3 hält fest, dass stets die begünstigte Person passivlegitimiert sei. Dieser Entscheid bezieht sich aber genaugenommen auf einen Vertragspartner, der die Zahlung bloss als Inkassostelle erhalten hat; siehe S. 269. Vgl. ferner Urteil BGer 5A_353/2011 vom 31. Oktober 2011, E. 5.5.

¹⁵³ GILLIÉRON, Commentaire, Art. 290 N 11; SCHÜPBACH, Action révocatoire, Art. 290 N 40 und 49; BSK SchKG II-STAEHELIN D., Art. 290 N 5. Eine Ausnahme bildet hier lediglich REBSAMEN, Gleichbehandlung, N 366, wobei dieser wohl eher die Zahlstelle ins Auge fasst (welche nicht passivlegitimiert sein kann). Denn auch REBSAMEN spricht sich in N 369 für die Passivlegitimation des Geschäftspartners aus, der nicht begünstigt wurde.

¹⁵⁴ BSK SchKG II-STAEHELIN D., Art. 290 N 4.

gangslage zu verschaffen, um das Vollstreckungssubstrat im vollen Umfang wiederherzustellen.¹⁵⁵

1.2.2. Weitere Begünstigte

Passivlegitimiert sind neben den an der angefochtenen Rechtshandlung Beteiligten auch alle anderen Personen, die durch diese direkt oder indirekt begünstigt wurden. Der Begünstigte muss der anfechtbaren Handlung weder zugestimmt noch daran mitgewirkt haben. Er muss lediglich die subjektiven Tatbestandsmerkmale (Kenntnis der Überschuldung bei Art. 287 SchKG resp. Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht bei Art. 288 SchKG) erfüllen.¹⁵⁶ So ist der Bürge, der durch die Bezahlung der Hauptschuld von seiner Eventualverbindlichkeit befreit wird¹⁵⁷, ebenso rückleistungspflichtig wie der Leistungsempfänger im Rahmen einer Anweisung gemäss Art. 466 ff. OR.¹⁵⁸

1.2.3. Universal- und Singularsukzessoren

Passivlegitimiert sind schliesslich auch Universalsukzessoren sowie bösgläubige Singularsukzessoren der Passivlegitimierten.¹⁵⁹ Bei der Universalsukzession ergibt sich die Passivlegitimation aus dem materiellen Recht, zumal Gesamtrechtsnachfolger in die Rechtsstellung ihrer Vorgänger eintreten.

Als bösgläubige Dritte i.S.v. Art. 290 SchKG gelten Singularsukzessoren, welche die die Anfechtbarkeit begründenden Umstände kannten resp. bei

¹⁵⁵ GILLIÉRON, Commentaire, Art. 290 N 12.

¹⁵⁶ Zum Ganzen: BSK SchKG II-STAEHELIN D., Art. 290 N 5; KUKO SchKG-UMBACH-SPAHN/BOSSART, Art. 290 N 3.

¹⁵⁷ BGE 52 III 204, 206 f. E. 2.

¹⁵⁸ KUKO SchKG-UMBACH-SPAHN/BOSSART, Art. 290 N 3.

¹⁵⁹ Damit können auch Universalsukzessoren von bösgläubigen Singularsukzessoren passivlegitimiert sein. Insofern ist Art. 290 SchKG unvollständig (BSK SchKG II-STAEHELIN D., Art. 290 N 6).

pflichtgemässer Aufmerksamkeit hätten kennen müssen.¹⁶⁰ Massgebend für die Frage der Bösgläubigkeit ist der Zeitpunkt der Singularsukzession.¹⁶¹

2. Tatbestand

2.1 Objektiver Tatbestand

2.1.1. Rechtshandlung des Schuldners

2.1.1.1. Im Allgemeinen

Die Pauliana setzt eine Rechtshandlung des Schuldners oder dessen Vertreters voraus.¹⁶² Der Begriff der Rechtshandlung ist im weitesten Sinne des Wortes zu verstehen.¹⁶³ Als Rechtshandlung i.w.S. gilt jede Willensbetätigung mit rechtlicher Wirkung.¹⁶⁴ Während die Schenkungs- und Überschuldungspauliana nur bestimmte, im Gesetz definierte Rechtshandlungen erfasst, enthält die Absichtspauliana keine solche Einschränkung.¹⁶⁵

Gegenstand der Pauliana sind in der Regel zivilrechtlich gültige Rechtsgeschäfte des Schuldners.¹⁶⁶ Zivilrechtlich ungültige Geschäfte, deren Ungül-

¹⁶⁰ BGE 135 III 513, 525 E. 7.1; Urteil BGer 5A_397/2013 vom 3. Dezember 2013, E. 4.3.1; LORANDI, Rechtsprechung, S. 230; BSK SchKG II-STAEHELIN D., Art. 290 N 9.

¹⁶¹ Nicht massgebend ist der Zeitpunkt der angefochtenen Handlung (Urteil BGer 5A_397/2013 vom 3. Dezember 2013, E. 4.3.1; BGE 135 III 513, 525 E. 7.1; LORANDI, Rechtsprechung, S. 230).

¹⁶² Vgl. hierzu die Ausführungen zum persönlichen Geltungsbereich auf S. 22.

¹⁶³ BGE 95 III 83, 86 E. 4b; Urteil HGer ZH HG100052 vom 7. März 2013, E. III.4.3.; KUKO SchKG-UMBACH-SPAHN/BOSSART, Art. 285 N 5.

¹⁶⁴ BLUMENSTEIN, Handbuch, S. 888; KUKO SchKG-UMBACH-SPAHN/BOSSART, Art. 285 N 5. Die anfechtbare Handlung kann eine rechtsgeschäftliche oder deliktische Handlung sein, eine Unterlassung der Geltendmachung eines dem Schuldner zustehenden Rechts oder die Vornahme resp. Unterlassung einer prozessualen oder betriebsrechtlichen Vorkehrung (BSK SchKG II-STAEHELIN A., Art. 285 N 11).

¹⁶⁵ SCHMID J., N 70.

¹⁶⁶ Eingehend DIEM, S. 52 ff. Ferner LORANDI, Sicherungsgeschäfte, S. 1300; STAEHELIN D., Anfechtungsklagen, S. 82; ZOBL, S. 31.

tigkeit – mangels materiellen Urteils – noch nicht feststeht, können ebenfalls angefochten werden.¹⁶⁷ Demgegenüber sind zivilrechtlich ungültige Geschäfte, deren Ungültigkeit feststeht, nicht anfechtbar, da eine mögliche Schädigung der Gläubiger im anfechtungsrechtlichen Sinne entfällt.¹⁶⁸ Ebenso wenig können Rechtshandlungen, die konkurs-¹⁶⁹ oder nachlassverfahrensrechtlich¹⁷⁰ ungültig sind, angefochten werden.¹⁷¹ Diese Handlungen sind gegenüber den Gläubigern unbeachtlich und haben insofern keine gläubigerschädigende Wirkung.

2.1.1.2. Anfechtbarkeit von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäften

Bei Rechtsgeschäften ist zwischen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäften zu unterscheiden. Während ein Verpflichtungsgeschäft ein Schuldverhältnis begründet, sich also auf eine künftige Leistung richtet und nur mittelbar das Vermögen der Beteiligten betrifft, ändert das Verfügungsgeschäft unmittelbar den Bestand und Inhalt von Rechten.¹⁷²

Die Anfechtbarkeit des Verfügungsgeschäfts ist unbestritten. Wo das Verpflichtungs- und das Verfügungsgeschäft zeitlich auseinanderfallen, drängt sich aber die Frage auf, ob auch das Verpflichtungsgeschäft angefochten werden resp. ob es überhaupt eine Gläubigerschädigung bewirken kann. In der Lehre bestehen hierzu kontroverse Ansichten.¹⁷³ Die Frage ist deshalb relevant, weil die angefochtene Handlung innerhalb der ein- oder fünfjährigen Verdachtsfrist vorgenommen worden sein muss.

¹⁶⁷ BGE 143 III 167, 170 f., E. 3.3.4; BERZ, S. 45; REBSAMEN, Gleichbehandlung, N 340; BSK SchKG II- STAEHELIN A., Art. 285 N 13.

¹⁶⁸ BGE 143 III 167, 170 f., E. 3.3.4.

¹⁶⁹ Hierzu zählen Handlungen des Schuldners, die nach Konkurseröffnung erfolgen (Art. 204 SchKG).

¹⁷⁰ Darunter fällt bspw. die Veräusserung von Anlagevermögen während der Nachlassstundung ohne die Genehmigung des Nachlassgerichts oder des Gläubigerausschusses gemäss Art. 298 Abs. 2 SchKG.

¹⁷¹ STAEHELIN D., Verwirkungsfrist, S. 1254.

¹⁷² GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 136 f.

¹⁷³ Ablehnend GAUGLER, S. 108 und 189. A.M. KNOBLOCH, S. 79.

Des Weiteren ist strittig, ob die erfolgreiche Anfechtung des Verpflichtungsgeschäfts auch das Verfügungsgeschäft beschlägt¹⁷⁴ oder ob das Verpflichtungsgeschäft als eigenständige, anfechtbare Rechtshandlung gilt¹⁷⁵. Unter den Vertretern letzterer Theorie besteht schliesslich dahingehend Uneinigkeit, ob eine parallele Anfechtung von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft möglich ist¹⁷⁶ oder nur die jeweils für die Gläubigerschädigung ursächliche Rechtshandlung angefochten werden kann (was regelmässig das Verfügungsgeschäft sein wird)¹⁷⁷.

Beizupflichten ist der Ansicht, wonach das Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft unter Umständen getrennt anfechtbare Rechtshandlungen darstellen können.¹⁷⁸ Grundsätzlich ist die Anfechtung des Verpflichtungsgeschäfts der Ausnahmefall. Zu denken ist etwa an die nachträgliche Leistung von Personalsicherheiten wie Bürgschaft und Garantie, zumal deren rechtsgültige Bestellung nur eines Verpflichtungsgeschäfts bedarf.¹⁷⁹ Bei allen anderen Tathandlungsvarianten der Überschuldungspauliana gemäss Art. 287 SchKG handelt es sich jeweils um Vollzugshandlungen.¹⁸⁰ Bei Schenkungen und gemischten Schenkungen i.S.v. Art. 286 SchKG führt regelmässig nur das Verfügungsgeschäft zu einer Gläubigerschädigung im anfechtungsrechtlichen Sinne.¹⁸¹ Das Verpflichtungsgeschäft, sprich das Schenkungsversprechen, fällt (soweit Schweizer Recht anwendbar ist) gemäss Art. 250 Abs. 2

¹⁷⁴ BGE 81 III 98, S. 102 E. 1, wonach die Anfechtung des (Grundstück-)Kaufvertrags dem Anfechtungsgläubiger ein wirksames Beschlagsrecht am Grundstück verschafft habe.

¹⁷⁵ BERZ, S. 43 f.; REBSAMEN, Gleichbehandlung, N 374; SCHMID J., N 74.

¹⁷⁶ Befürwortend REBSAMEN, Gleichbehandlung, N 374; wohl auch SCHMID J., N 346, wobei er dafür plädiert, dass nach Vollzug des Verfügungsgeschäfts die Anfechtung des Verpflichtungsgeschäfts nutzlos sei, zumal das sachenrechtliche Kausalitätsprinzip bei Anfechtungen gemäss Art. 285 ff. SchKG nicht zur Anwendung gelange.

¹⁷⁷ BERZ, S. 43.

¹⁷⁸ CR LP-PETER, Art. 285 N 13; SCHÜPBACH, Action révocatoire, Art. 285 N 80.

¹⁷⁹ KUHN, § 5 N 12; LORANDI, Sicherungsgeschäfte, S. 1301; SCHMID J., N 393. BGE 103 III 97, 111 E. 2c (kommentiert in BRÜGGER, Art. 285 N 17) erwähnt sodann den Fall der Sicherung einer mit Verpflichtungsgeschäft versprochenen Leistung durch die dingliche Vormerkung eines Kaufrechts im Grundbuch.

¹⁸⁰ Siehe auch BGE 91 III 98, 101 E. 2.

¹⁸¹ BGE 91 III 98, 101 E. 2.

OR dagegen mit Konkurseröffnung resp. der Bestätigung des Nachlassvertrags dahin.¹⁸²

2.1.2. Gläubigerschädigung

2.1.2.1. Im Allgemeinen

a) Begriff

Wie oben ausgeführt, hat die Pauliana zum Zweck, den Vermögensnachteil der Gläubiger auszugleichen und das Vollstreckungssubstrat wiederherzustellen.¹⁸³ Aufgrund ihrer Zielsetzung kommt die Pauliana nur zur Anwendung, wenn das Schuldnervermögen mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nicht ausreicht, um alle Gläubiger zu befriedigen.¹⁸⁴ Voraussetzung jeder paulianischen Anfechtung ist demnach – obschon nicht ausdrücklich im Gesetz erwähnt – die Schädigung der Verlustscheins-, Konkurs- resp. Nachlassgläubiger.¹⁸⁵

Eine Gläubigerschädigung liegt vor, sofern die Vollstreckungsrechte der Gläubiger durch die angefochtene Rechtshandlung beeinträchtigt werden.¹⁸⁶ Dabei genügt bereits die Schädigung eines einzelnen Gläubigers.¹⁸⁷ Die Beeinträchtigung kann zunächst in Form einer effektiven Schmälerung des Vollstreckungssubstrats auftreten, welche die Anteile der Gläubiger daran

¹⁸² SCHÜPBACH, Action révocatoire, Art. 286 N 29.

¹⁸³ Vgl. S. 19 f.

¹⁸⁴ BGE 99 III 27, 33 E. 3; AMONN/WALTHER, § 52 N 3; DALLÈVES, S. 2 f.; KREN KOSTKIEWICZ, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, N 1577; SCHMID J., N 53 und 57; BSK SchKG II-STAEHELIN A., Art. 285 N 10. Die Konkurseröffnung resp. rechtskräftige Bestätigung eines Nachlassvertrags mit Vermögensabtretung begründet eine widerlegbare Vermutung, wonach nicht sämtliche Gläubigerforderungen gedeckt werden können (BGE 53 III 214, 215 E. 1; AMONN/WALTHER, § 52 N 31; SCHMID J., N 61).

¹⁸⁵ DIEM, S. 61; BSK SchKG II-STAEHELIN A., Art. 285 N 14; KUKO SchKG-UMBACH-SPAHN/BOSSART, Art. 285 N 4; WOLF, N 143; ZOBL, S. 29.

¹⁸⁶ BGE 137 III 268, 283 E. 4.1; 135 III 276, 280 E. 6.1.2; 135 III 265, 266 f. E. 2; 134 III 615, 618 E. 4.2; 101 III 92, 94 E. 4a; EMMENEGGER, S. 161; VOGT, Damoklesschwert, S. 165.

¹⁸⁷ BGE 101 III 92, 94 E. 4a.

vermindert.¹⁸⁸ Die betreffende Vermögensschmälerung besteht hierbei entweder in einer Verminderung der verwertbaren Aktiven oder in der Vermehrung der Passiven.¹⁸⁹

Eine Gläubigerschädigung ist auch zu bejahen, wenn zwar das Vollstreckungssubstrat gesamthaft nicht vermindert wird, aber der Anteil der restlichen Gläubiger daran – durch Schaffung eines Vorzugsrechts – aufgrund der Vorabbefriedigung des bevorzugten Gläubigers vermindert würde.¹⁹⁰ Schliesslich kann in Einzelfällen die Beeinträchtigung auch darin liegen, dass «die Stellung der Gläubiger sonstwie verschlechtert wird», ohne dass das Vollstreckungssubstrat oder der Anteil der Gläubiger daran vermindert wird.¹⁹¹ So kann bspw. der Zugriff auf die schuldnerischen Vermögenswerte für die Gläubiger erschwert werden, indem der Schuldner Teile seines Vermögens bspw. ins Ausland schafft.¹⁹² Diese verfahrensmässige Schlechterstellung hat jedoch regelmässig ebenso finanzielle Einbussen für die Gläubiger zur Folge.

¹⁸⁸ BSK SchKG II-STAHELIN A., Art. 285 N 14.

¹⁸⁹ BGE 91 III 98, 100 E. 2; BSK SchKG II-STAHELIN A., Art. 285 N 14a; KUKO SchKG-UMBACH-SPAHN/BOSSART, Art. 285 N 4. Eine (zumindest indirekte) Vermehrung der Passiven besteht bspw. bei einer grundlosen Klageanerkennung (ZOBL, S. 30).

¹⁹⁰ Zu denken ist etwa an die nachträgliche Einräumung eines Pfandrechts zu Gunsten eines einzelnen Gläubigers. Das Vorzugsrecht des Gläubigers bewirkt zwar bei Vornahme der anfechtbaren Handlung keine Schmälerung des Vollstreckungssubstrats. Allerdings wird dadurch die Dividende der übrigen Gläubiger im Zwangsvollstreckungsverfahren verringert (SCHMID J., N 146).

¹⁹¹ BGE 99 III 27, 32 f. E. 3; JÄGER, Art. 288 N 3A.

¹⁹² BGE 135 III 276, 280 E. 6.1.2; 99 III 27, 32 E. 3. EMMENEGGER, S. 161; HUNKELER, Absichtsanfechtung, S. 144; ROHDE, S. 146. Der Zugriff auf das Vollstreckungssubstrat wird auch dadurch erschwert, wenn die Gläubiger oder die Masse durch die betreffende Rechtshandlung einen Parteirollentausch hinnehmen müssen und dadurch in die Klägerrolle gedrängt werden (vgl. BGE 41 III 437, 452 E. 3; DIEM, S. 68). Gläubigerschädigend handelt auch ein Schuldner, der leicht verwertbare Aktiven in nur schwer liquidierbare Aktiven umtauscht, wodurch deren Verwertung im Vollstreckungsverfahren verzögert wird. Dies hat zur Folge, dass die Gläubiger (unter Zinsverlust) gegebenenfalls eine verspätete Auszahlung ihrer Dividende hinnehmen müssen (DIEM, S. 68).

b) *Genügt eine reine Gläubigerbevorzugung?*

Eine reine Gläubigerbevorzugung im hier verstandenen Sinn liegt vor, wenn die Rechtshandlung des Schuldners keine Schlechterstellung der übrigen Gläubiger mit Blick auf den ihnen zustehenden Anteil des Vollstreckungsergebnisses hat und ihre verfahrensmässige Stellung auch in anderer Hinsicht nicht tangiert. Beispiele hierfür sind die unentgeltliche Überlassung von nicht verkehrsfähigen Vermögenswerten an einen einzelnen Gläubiger und der Passiventausch.¹⁹³

Ob eine reine Gläubigerbevorzugung genügt, um eine Gläubigerschädigung im anfechtungsrechtlichen Sinne zu begründen, ist umstritten und wird in der Literatur jeweils im Rahmen der Absichtspauliana thematisiert. Daher sei an dieser Stelle auf S. 119 ff. verwiesen.

**2.1.2.2. Ausschluss der Gläubigerschädigung
 beim Austausch gleichwertiger Leistungen
 im anfechtungsrechtlichen Sinne**

Gemäss Lehre und Rechtsprechung ist die Gläubigerschädigung grundsätzlich zu verneinen, wenn das Vollstreckungssubstrat des Schuldners durch dessen Rechtshandlung nicht geschmälert wird, weil gleichwertige Leistungen ausgetauscht werden. Hierzu muss (i) der Wert der Leistung des Schuldners der im Austausch stehenden Gegenleistung des Gläubigers entsprechen, d.h. gleichwertig i.e.S.¹⁹⁴ sein und (ii) der Schuldner entweder vorleisten oder der Austausch Zug um Zug erfolgen.¹⁹⁵ Bei der nachträglichen Leistung des Schuldners liegt kein Austausch gleichwertiger Leistungen im anfechtungsrechtlichen Sinne vor. Vielmehr wird – isoliert betrachtet – lediglich eine

¹⁹³ BSK SchKG II-STAEHELIN A., Art. 288 N 15 und S. 125 f.

¹⁹⁴ Nachfolgend wird der Begriff «gleichwertig i.e.S.» verwendet, wenn der Wert der Leistungen des Schuldners und des Gläubigers gemeint ist. Unter Gleichwertigkeit i.w.S. resp. im anfechtungsrechtlichen Sinne ist der die Gläubigerschädigung ausschliessende Tatbestand gemeint.

¹⁹⁵ Massgebend ist dabei die Transaktion als Ganzes (SCHMID J., N 125). BGE 137 III 268, 283 E. 4.1; 136 III 247, 251 E.3; 135 III 276, 280 E. 6.1.2; 134 III 452, 455 E. 3.1; 101 III 92, 94 E. 4a; 99 III 27, 34 E. 4; REISER, S. 107 f., ROHDE, S. 147 ff., VOGT, Absichtsanfechtung, S. 1081 ff.; ZOBL, S. 30. Zum deutschen Recht vgl. Insolvenzrechts-Handbuch-HUBER, § 46 N 75 ff.

bestehende Schuld getilgt, womit der Schuldner im direkten Austausch zu seiner Leistung keine Gegenleistung vom befriedigten Gläubiger erhält. Ein Teil der Lehre und die neuere Rechtsprechung verlangen zusätzlich, dass die Gegenleistung des Gläubigers verwertbar sein muss. Dies ist nach hier vertretener Ansicht zwar eine hinreichende, aber nicht eine in jeder Konstellation notwendige Bedingung (Näheres dazu auf S. 84 ff.).

Einschränkend ist festzuhalten, dass der Austausch gleichwertiger Leistungen eine Gläubigerschädigung eigentlich nur unter der Prämisse ausschliessen würde, soweit (i) der veräusserte Vermögenswert ohne die angefochtene Rechtshandlung bis zur Bestimmung des Vollstreckungssubstrats, mithin bis zur Zwangsvollstreckung im Vermögen des Schuldners geblieben wäre und (ii) der erhaltene Vermögenswert noch bis zu diesem Zeitpunkt im Schuldnervermögen vorhanden ist.¹⁹⁶ Allerdings lässt sich für Ersteres der Nachweis nicht erbringen. Zudem werden diese beiden Bedingungen von der Praxis nicht vorausgesetzt.¹⁹⁷

Naturgemäss können bei der Schenkungspauliana (Art. 286 SchKG) keine gleichwertigen Leistungen ausgetauscht werden. Die Überschuldungspauliana (Art. 287 SchKG) erfasst Tatbestände, die regelmässig in einer nachträglichen Leistung des Schuldners bestehen (nachträgliche Sicherstellung einer Schuld, (nachträgliche) Tilgung einer Geldschuld durch ungewöhnliche Zahlungsmittel und (nachträgliche) Tilgung einer noch nicht fälligen Schuld, womit der Austausch gleichwertiger Leistungen im anfechtungsrechtlichen Sinne ebenfalls nicht zur Anwendung gelangt.¹⁹⁸

Der Anwendungsbereich des Ausschlussstatbestands fokussiert sich nach dem Gesagten auf die Absichtspauliana gemäss Art. 288 SchKG. Für detailliertere Ausführungen zu diesem Thema sei daher auf S. 75 ff. verwiesen.

¹⁹⁶ SCHMID J., N 126.

¹⁹⁷ BGE 135 III 276, 282 E. 6.3.1; REISER, S. 106; SCHMID J., N 137; STAEHELIN D., Anfechtungsklagen, S. 86; VOGT, Damoklesschwert, S. 165.

¹⁹⁸ Ausgenommen sind diejenigen (wohl praktisch seltenen) Fälle, in denen der Schuldner eine Schuld mit ungewöhnlichen Zahlungsmitteln oder vor Fälligkeit tilgt, die er dem Gläubiger als Vorleistung schuldet. Vgl. auch SCHMID J., FN 456 mit Verweis auf Urteil HGer ZH HG060077 vom 17. Januar 2008, E. III.4.3.3.3 (nicht publ.).

2.1.2.3. Ausschluss der Gläubigerschädigung durch die Begleichung privilegierter oder pfandgesicherter Forderungen

Die Begleichung privilegierter Forderungen ist nicht gläubigerschädigend, sofern keine anderen gleichrangigen oder vorrangigen privilegierten Gläubiger gemäss Art. 219 Abs. 4 SchKG benachteiligt werden.¹⁹⁹ Die nachrangigen Gläubiger werden durch die Befriedigung vorrangiger Gläubiger nicht geschädigt, da Letztere in der Zwangsvollstreckung ohnehin zuerst vollständig befriedigt werden müssen, bevor die nachrangigen überhaupt erst einen Anteil am Vollstreckungssubstrat erhalten.

Die Begleichung privilegierter oder pfandgesicherter Forderungen, welche eine Gläubigerschädigung ausschliessen würde, ist bei den in Art. 286 SchKG (Schenkungs pauliana) aufgeführten Schuldnerhandlungen nicht denkbar. Eine unentgeltliche Schuldnerleistung kann mangels Gläubigerforderung naturgemäss gar keine (privilegierte oder pfandgesicherte) Forderung befriedigen. Wenn dagegen ein offensichtliches Missverhältnis zwischen Leistung des Schuldners und (geringerer) Gegenleistung des Gläubigers besteht, werden die gleichrangigen und/oder nachrangigen Gläubiger selbst dann geschädigt, wenn es sich bei der beglichenen Forderung um eine pfandgesicherte oder privilegierte Forderung handelt. Hätte der Wert der Schuldnerleistung nämlich der zu befriedigenden Forderung des bevorzugten Gläubigers entsprochen, so wäre mehr Vollstreckungssubstrat für die Befriedigung der übrigen Gläubiger zur Verfügung gestanden.

Bei der Überschuldungspauliana ist der Ausschlusstatbestand zwar denkbar, wurde in der Rechtsprechung aber in diesem Kontext noch nie thematisiert. Im Vordergrund steht demnach die Absichtspauliana. Für detailliertere Ausführungen zu diesem Ausschlusstatbestand sei daher auf S. 127 f. verwiesen.

¹⁹⁹ BGE 136 III 247, 251 E. 3 a.E.; 134 III 452, 455 E. 3.1; 78 III 83, 86 E. 1; HUNKELER, Absichtsanfechtung, S. 145; ROHDE, FN 26; BSK SchKG II-STAEHELIN A., Art. 288 N 9.

2.1.2.4. Vermutung der Gläubigerschädigung

Der Anfechtende hat grundsätzlich sämtliche Voraussetzungen der Pauliana zu beweisen, so auch die Gläubigerschädigung.²⁰⁰ Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts wird die Gläubigerschädigung vermutet.²⁰¹

Im Gegensatz zur Schenkungs- und Überschuldungspauliana (Art. 286 f. SchKG) ist die Vermutungsbasis bei der Absichtspauliana (Art. 288 SchKG) unklar. Den in Art. 286 SchKG und Art. 287 SchKG umschriebenen Tathandlungen ist eine Gläubigerschädigung inhärent. Die schädigende Wirkung ergibt sich aus der Tathandlung selbst.²⁰² In Art. 288 SchKG wird indes keine konkrete Tathandlung umschrieben. Vielmehr sind *sämtliche Rechtshandlungen*, die der Schuldner in erkennbarer Schädigungsabsicht vorgenommen hat, anfechtbar. Worauf sich die Vermutung der Gläubigerschädigung bei der Absichtspauliana stützt, ist ebenso unklar wie die Frage, ob es sich um eine gesetzliche oder natürliche Vermutung handelt. Insofern sei hier auf die entsprechenden Ausführungen zur Absichtspauliana auf S. 128 ff. verwiesen.

2.1.3. Kausalzusammenhang

Das Vorliegen eines natürlichen und adäquaten Kausalzusammenhangs zwischen der schädigenden Rechtshandlung und der Schädigung ist im Haftpflichtrecht eine Anspruchsvoraussetzung. Grundsätzlich setzt auch die Pauliana einen Kausalzusammenhang zwischen der anfechtbaren Rechtshandlung und der Gläubigerschädigung voraus. Im Zusammenhang mit der Pauliana wird der Begriff «Kausalzusammenhang» vom Bundesgericht allerdings nur selten verwendet.²⁰³ Wenn überhaupt, wird der Kausalzusammen-

²⁰⁰ BGE 137 III 268, 282 E. 4; 136 III 247, 251 E. 4; 134 III 452, 454 E. 2.

²⁰¹ BGE 137 III 268, 283 E. 4.1; 136 III 247, 250 E. 3; 135 III 265, 267 E. 2; 134 III 615, 617 f. E. 4.1; 85 III 185, 189 E. 2a. Siehe auch GLANZMANN, Sanierungsdarlehen, S. 264; VOGT, Damoklesschwert, S. 165. Zu den Gründen siehe GAUGLER, S. 102 f.

²⁰² DIEM, S. 85.

²⁰³ Als Ausnahme seien BGE 135 III 513, 519 E. 3.6.3 und 53 III 78, 79 erwähnt. Die Regeste von BGE 85 III 185 hält fest, dass die Pauliana eine Schädigung der

hang im Rahmen der Absichtspauliana erwähnt. Dementsprechend kann an dieser Stelle auf die entsprechenden Erläuterungen auf S. 131 ff. verwiesen werden.

2.1.4. (Kein) Rechtmässiges Alternativverhalten des Schuldners

Beim rechtmässigen Alternativverhalten im anfechtungsrechtlichen Sinne bewirkt der Schuldner durch eine grundsätzlich anfechtbare Handlung eine Gläubigerschädigung, welche auch durch entsprechendes rechtmässiges Verhalten in gleicher Weise (oder gar in grösserem Umfang) entstanden wäre.²⁰⁴

Das rechtmässige Alternativverhalten ist auch dem Haftpflichtrecht bekannt. Ausdrücklich kodifiziert ist dieser – wie es das Bundesgericht nennt – «allgemeine Grundsatz»²⁰⁵ bspw. in Art. 56 Abs. 1 OR, wonach sich der Tierhalter gemäss Art. 56 Abs. 1 OR von der Haftung befreien kann, soweit er nachweist, dass der Schaden auch bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt eingetreten wäre.²⁰⁶ In der Literatur gibt es jedoch auch kritische Stimmen, die diesen Einwand aufgrund von Präventionsgedanken grundsätzlich ablehnen.²⁰⁷

Nachdem der Einwand in der Rechtsprechung zur Pauliana bislang ausschliesslich im Rahmen der Absichtspauliana geprüft wurde, erfolgen detailliertere Ausführungen auf S. 136 ff.

Exekutionsrechte des Anfechtenden *als Folge* der angefochtenen Rechtshandlung voraussetzt.

²⁰⁴ BGE 137 III 268, 283 E. 4.1; 135 III 276, 280 E. 6.1.1; 135 III 265, 267 E. 2; 134 III 615, 617 f. E. 4.1; 122 III 229, 232 ff. E. 5a/aa; Urteil BGer 5A_567/2009 vom 11. Juni 2010, E. 3.1. Grundlegend in BGE 85 III 185, 189 f. E. 2a; LORANDI, Rechtsprechung, S. 225 ff.; GLANZMANN, Sanierungsdarlehen, S. 264; ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 06.24; ROHDE, S. 153 f.; SCHMID J., N 182 ff.; UMBACH-SPAHN, S. 178; WALDER, S. 3.

²⁰⁵ BGE 131 III 115, 119 E. 5a/aa.

²⁰⁶ Vgl. zum analogen Befreiungsbeweis des Geschäftsherrn i.S.v. Art. 55 OR BGE 97 II 221, 223 E. 1.

²⁰⁷ Vgl. KRAMER, Kausalität, S. 298 und SCHMID J., N 183 m.w.H.

2.1.5. Verdachtsfrist

Im Interesse der Rechtssicherheit ist nicht jede vermögensmindernde Rechtshandlung vor der Zwangsvollstreckung anfechtbar. Vielmehr muss die anfechtbare Handlung innerhalb eines bestimmten Zeitraums vor der Zwangsvollstreckung vorgenommen werden.²⁰⁸

Ausgehend vom Zeitpunkt der Pfändung, Konkurseröffnung resp. der Bewilligung der Nachlassstundung²⁰⁹ ist die Verdachtsfrist zurückzurechnen. Sie beträgt bei der Schenkungs- und Überschuldungspauliana gemäss Art. 286 f. SchKG ein Jahr, bei der Absichtspauliana gemäss Art. 288 Abs. 1 SchKG fünf Jahre²¹⁰.

Damit der Schuldner nicht die Eröffnung des Insolvenzverfahrens verzögert, um den Beginn der Verdachtsfrist hinauszuschieben, werden gewisse Verfahrensabschnitte nicht mitgerechnet. Nicht mitgezählt werden gemäss Art. 288a SchKG die vorangehende Nachlassstundung²¹¹ oder das zur Konkurseröffnung führende Betreibungsverfahren.

²⁰⁸ AMONN/WALTHER, § 52 N 6; REBSAMEN, Gleichbehandlung, N 408; SCHMID J., N 188.

²⁰⁹ Art. 331 Abs. 2 i.V.m. Art. 288a Ziff. 1 SchKG. GILLIÉRON, Commentaire, Art. 288a N 10; BSK SchKG II-STAEHELIN A., Art. 288a N 4. Voraussetzung ist jedoch, dass zu einem späteren Zeitpunkt ein Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung bestätigt wird.

²¹⁰ Zu den Hintergründen, weshalb in der Revision des SchKGs von 1994 eine Verdachtsfrist von fünf Jahren statuiert wurde siehe BRÖNNIMANN, S. 236.

²¹¹ Die Zeit zwischen der Einreichung des Nachlassstundungsgesuchs und der Bewilligung der provisorischen Nachlassstundung wird hingegen in der Verdachtsfrist mitberücksichtigt (GILLIÉRON, Commentaire, Art. 288a N 10; BSK SchKG II-STAEHELIN A., Art. 288a N 4).

2.2 Subjektiver Tatbestand

Bei der Schenkungspauliana gemäss Art. 286 SchKG sind subjektive Elemente, wie bspw. der Schenkungswille des Schuldners oder die Bösgläubigkeit des Beschenkten, für die Erfüllung des Tatbestands ohne Belang.²¹²

Grundsätzlich gilt dies auch für die Überschuldungspauliana. Der Anfechtungsgegner kann in subjektiver Hinsicht jedoch den Entlastungsbeweis erbringen, wonach er die Überschuldung des Schuldners weder erkannt hat noch bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt erkennen konnte. Der Begünstigte trägt demnach die Beweislast für seine Gutgläubigkeit.²¹³

Im Gegensatz zur Schenkungs- und Überschuldungspauliana sind bei der Absichtspauliana die subjektiven Elemente von massgeblicher Bedeutung. Zum einen muss der Schuldner mit Schädigungsabsicht gehandelt haben, zum anderen muss diese Schädigungsabsicht für den Anfechtungsgegner erkennbar gewesen sein.

3. Verjährungsfrist

Das Anfechtungsrecht verjährt gemäss Art. 292 SchKG nach Ablauf von zwei Jahren seit Zustellung des Pfändungsverlustscheins, der Konkurseröffnung resp. rechtskräftiger Bestätigung des Nachlassvertrags mit Vermögensabtretung.²¹⁴ Mit der Revision des Verjährungsrechts soll die Anfechtungsfrist in Zukunft auf drei Jahre verlängert werden, was auch für die vergleichbaren Art. 60 OR (Schadenersatz) und Art. 67 OR (ungerechtfertigte Bereicherung) vorgesehen ist.²¹⁵

Mit der Revision des Sanierungsrechts per 1.1.2014 ist die Anfechtungsfrist nunmehr als Verjährungsfrist ausgestaltet. Als solche kann sie sowohl

²¹² BGE 95 III 47, 52 E. 2; Urteil BGer 5A_391/2012 vom 19. Dezember 2012, E. 4; BSK EB SchKG II-BAUER, Art. 286 ad N 3; BSK SchKG II-STAEHELIN A., Art. 286 N 3.

²¹³ BSK SchKG II-STAEHELIN A., Art. 287 N 19.

²¹⁴ Vgl. auch Botschaft Sanierungsrecht 2010, S. 6492; BSK EB SchKG II-BAUER, Art. 288 ad N 10.

²¹⁵ Botschaft OR (Verjährungsrecht) 2013, S. 36; BBl 2018 S. 3537, 3540.

gehemmt als auch unterbrochen werden.²¹⁶ Nach Ablauf der Verjährungsfrist kann die Pauliana lediglich einredeweise vorgebracht werden.²¹⁷

§ 3 Wirkungen der Anfechtung

1. Im Allgemeinen

Die Wirkungen einer erfolgreichen paulianischen Anfechtung ergeben sich aus ihrem Zweck, der darin besteht, die Exekutionsrechte der Gläubiger wiederherzustellen (Art. 285 Abs. 1 SchKG).²¹⁸ Das Vollstreckungssubstrat des Schuldners soll wieder denjenigen Stand erreichen, den es im Zeitpunkt der Insolvenz ohne die anfechtbare Handlung gehabt hätte.²¹⁹

Da eine erfolgreiche Pauliana die zivilrechtlichen Wirkungen der angefochtenen Rechtshandlung nicht tangiert,²²⁰ können die vom Schuldner veräußerten Vermögenswerte nicht vindiziert oder kondiziert werden.²²¹ Die angefochtene Rechtshandlung ist lediglich in vollstreckungsrechtlicher Hinsicht mit Bezug auf ein bestimmtes Vollstreckungsverfahren unbeachtlich.²²² Insofern kann der obsiegende Anfechtungskläger ungeachtet der zivilrechtlichen Rechtslage den Vermögenswert mit Beschlag belegen und verwerten lassen,²²³ was der Anfechtungsgegner wiederum zu dulden hat.²²⁴

²¹⁶ Botschaft Sanierungsrecht 2010, S. 6478.

²¹⁷ KUKO SchKG-UMBACH-SPAHN/BOSSART, Art. 292 N 7.

²¹⁸ BSK SchKG II-BAUER, Art. 291 N 9; LORANDI, Rechtsprechung, S. 213; SCHÜPBACH, Action révocatoire, Art. 291 N 8.

²¹⁹ BGE 135 III 265, 267 E. 2; LORANDI, Rechtsprechung, S. 213; KUKO SchKG-UMBACH-SPAHN/BOSSART, Art. 285 N 1. Vgl. hierzu auch S. 19.

²²⁰ Vgl. Zitate in FN 78.

²²¹ BSK SchKG II-BAUER, Art. 291 N 9.

²²² BGE 130 III 672, 676 E. 3.2; 63 III 27, 32 E. 3; BSK SchKG II-BAUER, Art. 291 N 9.

²²³ BSK SchKG II-BAUER, Art. 291 N 10.

²²⁴ KUKO SchKG-UMBACH-SPAHN/BOSSART, Art. 291 N 1; SCHÜPBACH, Action révocatoire, Art. 291 N 8.

2. Gegenstand und Umfang der Rückgewähr

In erster Linie ist der anfechtbar erworbene Vermögensgegenstand der Konkursverwaltung resp. dem Liquidator in natura zurückzugeben.²²⁵ Ist der erworbene Gegenstand nicht mehr vorhanden, ist Wertersatz gemäss den Regeln nach Art. 97 ff. OR zu leisten.²²⁶ Dieser bemisst sich nach dem objektiven Wert der Sache im Zeitpunkt des Untergangs, der Weiterveräusserung oder des Verbrauchs.²²⁷

Besteht die anfechtbare Handlung in der Tilgung einer Forderung durch Geldzahlung, ist der vom Schuldner geleistete Betrag zurückzuerstatten.²²⁸ Fremdwährungsschulden, welche in der Schweiz zu erfüllen sind, können Anfechtungsgegner – sofern ursprünglich keine Effektivklausel vereinbart wurde – wahlweise in Originalwährung oder in Schweizerfranken bezahlen (Art. 84 Abs. 2 OR analog).²²⁹

Mit Blick auf den Zweck der Pauliana, das Vollstreckungssubstrat so zu stellen, wie wenn die anfechtbare Handlung nie vorgenommen worden wäre, sind auch sämtliche Früchte, Erträge und Zinsen herauszugeben, die der Anfechtungsgegner erworben hat. Dies gilt auch für Anfechtungsgegner, die den Vermögenswert gutgläubig genutzt haben.²³⁰ Beim gutgläubigen²³¹ Empfänger einer Schenkung ist der Umfang des Wertersatzes in Art. 291

²²⁵ BSK SchKG II-BAUER, Art. 291 N 17.

²²⁶ BGE 132 III 489, 494 E. 3.3; 98 III 44, 45 E. 3; Urteil OGer ZH LB160064 vom 20. März 2017, E. IV 3c (publ. in ZR 116 (2017) Nr. 25, 99); BSK SchKG II-BAUER, Art. 291 N 20.

²²⁷ BGE 135 III 513, 531 E. 9.3; 132 III 489, 494 f. E. 3.3 und 3.3.2; BSK SchKG II-BAUER, Art. 291 N 20.

²²⁸ KUKO SchKG-UMBACH-SPAHN/BOSSART, Art. 291 N 4.

²²⁹ LORANDI, Aspekte, S. 158. Dem Anfechtenden steht dagegen keine Alternativermächtigung zu. Sein Rechtsbegehren muss auf (Rück-)Zahlung des Fremdwährungsbetrags lauten.

²³⁰ BGE 98 III 44, 45 ff. E. 3.

²³¹ Guter Glaube liegt vor, wenn der Empfänger einer Schenkung weder wusste noch hätte wissen müssen, dass die Zuwendung eine anfechtbare Handlung nach Art. 286 SchKG darstellte (KUKO SchKG-UMBACH-SPAHN/BOSSART, Art. 291 N 8).

Abs. 3 SchKG dagegen speziell geregelt. Zurückzuerstatten ist lediglich die noch vorhandene Bereicherung.²³²

3. Gegenleistung des Gläubigers

3.1 Im Allgemeinen

Hat der Gläubiger eine Gegenleistung erbracht, ist sie ihm zu erstatten, soweit sie sich noch in den Händen des Schuldners befindet oder dieser durch sie bereichert ist (Art. 291 Abs. 2 SchKG). Dieses Quasi-Aussonderungsrecht ist insofern speziell, als die Pauliana das zivilrechtliche Verhältnis nicht berührt, der Gläubiger also gar nicht mehr Eigentümer des von ihm veräusserten Vermögenswerts ist.

Der Anspruch des Gläubigers geht auf Rückerstattung in natura und subsidiär auf Herausgabe der noch bestehenden Bereicherung (als Masseverbindlichkeit), sofern die Leistung nicht mehr effektiv vorhanden ist. Darüber hinaus kann ein Anspruch nur als Konkursforderung gegen den Schuldner geltend gemacht werden.²³³

3.2 Wiederaufleben einer getilgten (Honorar-)Forderung

Bestand die anfechtbare Rechtshandlung in der Tilgung einer (Honorar-) Forderung des Gläubigers, lebt diese gemäss Art. 291 Abs. 2 SchKG mit der Rückerstattung des Empfangenen als Konkurs- resp. Nachlassforderung wieder auf und wird von Amtes wegen²³⁴ kolloziert, d.h. in den Kollokationsplan aufgenommen. Der Anfechtungsgegner wird somit den übrigen

²³² BSK SchKG II-BAUER, Art. 291 N 26; KUKO SchKG-UMBACH-SPAHN/BOSSART, Art. 291 N 8.

²³³ Zum Ganzen: BSK SchKG II-BAUER, Art. 291 N 30 ff.; KUKO SchKG-UMBACH-SPAHN/BOSSART, Art. 291 N 12.

²³⁴ Kreisschreiben des Bundesgerichts Nr. 10 vom 9. Juli 1915, N 39 (BBl. 1915 III 51); BSK SchKG II-BAUER, Art. 291 N 42).

Gläubigern gleichgestellt. Dementsprechend erhält er nur noch einen Bruchteil seiner (Honorar-)Forderung in Form einer Konkursdividende.²³⁵

²³⁵ BSK SchKG II-BAUER, Art. 291 N 37.

3. Kapitel: Schenkungspauliana (Art. 286 SchKG)

§ 1 Im Allgemeinen

1. Einleitung

Gemäss Art. 286 SchKG sind alle Schenkungen und unentgeltlichen Verfügungen sowie gleichgestellte Vorgänge anfechtbar, die der Schuldner innerhalb der einjährigen Verdachtsfrist vorgenommen hat. Die Schenkungspauliana gemäss Art. 286 SchKG soll verhindern, dass der Schuldner im letzten Jahr vor der Zwangsvollstreckung sein Vermögen durch unentgeltliche Zuwendungen – oder gleichgestellte Handlungen – vermindert und dadurch die Gläubiger schädigt.²³⁶ Ausgenommen sind die üblichen Gelegenheitsgeschenke.²³⁷

Auf die subjektiven Beweggründe auf Seiten der Beteiligten kommt es nicht an.²³⁸ Unerheblich ist folglich, ob der Schuldner die unentgeltliche Zuwendung beabsichtigt oder das Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung erkannt hat.²³⁹ Das Gläubigerinteresse am Erhalt des Vollstreckungssubstrats überwiegt denn auch dasjenige des Begünstigten. Es kommt somit für die Erfüllung des Tatbestands nicht darauf an, ob Letzterer gutgläubig ist.²⁴⁰ Die Gutgläubigkeit des Empfängers wird lediglich im Rahmen des

²³⁶ BGE 95 III 47, 51 E. 2; BSK SchKG II-STAEHELIN A., Art. 286 N 1; KUKO SchKG-UMBACH-SPAHN/BOSSART, Art. 286 N 1.

²³⁷ STAEHELIN D., Anfechtungsklagen, S. 83.

²³⁸ BGE 143 III 167, 171 E. 3.4.1; 95 III 47, 52 E. 2; BSK SchKG II-STAEHELIN A., Art. 286 N 3.

²³⁹ BGE 95 III 47, 52 E. 2; AMONN/WALTER, § 52 N 15; LORANDI, Sicherungsgeschäfte, S. 1302; BSK SchKG II-STAEHELIN A., Art. 286 N 15.

²⁴⁰ Somit steht dem Begünstigten auch kein Exkulpationsbeweis aufgrund fehlender Kenntnisse der Anfechtungsvoraussetzungen zu (KUKO SchKG-UMBACH-SPAHN/BOSSART, Art. 286 N 1).

Umfangs der Rückerstattungspflicht gemäss Art. 291 Abs. 3 SchKG berücksichtigt.²⁴¹

2. Anfechtbare Handlung

2.1 Schenkungen und unentgeltliche Zuwendungen

Anfechtbar sind zunächst alle Schenkungen i.S.v. Art. 239 Abs. 1 OR. Als Schenkung i.S.v. Art. 239 Abs. 1 OR gilt jede Zuwendung unter Lebenden, womit der Schuldner aus seinem Vermögen den Begünstigten ohne Gegenleistung bereichert. Die Schenkung muss vollzogen worden sein. Noch nicht vollzogene Schenkungsversprechen fallen gemäss Art. 250 Abs. 2 OR mit der Ausstellung des Verlustscheins resp. der Konkurseröffnung dahin, womit für die Pauliana kein Raum bleibt.²⁴² Ob das Schenkungsversprechen mit Bestätigung des Nachlassvertrags dahinfällt, wird zwar nicht explizit im Gesetz geregelt. Allerdings muss aufgrund des identischen Zwecks des Nachlassvertrags mit Vermögensabtretung dasselbe gelten wie bei der Konkurseröffnung.²⁴³

Von Art. 286 Abs. 1 SchKG werden nicht nur eigentliche Schenkungen erfasst. Auch unentgeltliche Zuwendungen fallen unter Art. 286 Abs. 1 SchKG.²⁴⁴ Damit sind Leistungen des Schuldners gemeint, die *nach dem Vertragswillen unentgeltlich* sein sollen und mit welchen der Schuldner eine Leistung erbringt, zu der er rechtlich oder sittlich nicht verpflichtet²⁴⁵ ist. Beispiel hierfür ist die Tilgung fremder Schulden, wenn keine Rechtspflicht besteht und der Schuldner vom Drittschuldner keinen Ersatz verlangen kann

²⁴¹ LORANDI, Sicherungsgeschäfte, S. 1302.

²⁴² SCHÜPBACH, Action révocatoire, Art. 286 N 28 f.

²⁴³ SCHÜPBACH, Action révocatoire, Art. 286 N 29; offengelassen bei KNOBLOCH, S. 86 FN 372.

²⁴⁴ BGE 143 III 167, 170 E. 3.3.3; 95 III 47, 51 E. 2; Urteil BGer 5A_261/2008 vom 10. Juni 2008, E. 2; BLUMENSTEIN, S. 877; HANGARTNER, S. 56.

²⁴⁵ Im Gegensatz zur unentgeltlichen Zuwendung ist das Verpflichtungsgeschäft einer Schenkung ein einseitiger Vertrag, durch den sich der Schenker verpflichtet, dem Beschenkten aus seinem Vermögen ohne Gegenleistung eine Zuwendung unter Lebenden zu machen (CHK OR-SCHÖNENBERGER, Art. 239 N 1).

oder will.²⁴⁶ Von der Schenkungspauliana nicht erfasst werden demgegenüber rechtsgrundlose (entgeltliche) Leistungen, die nach dem Vertragswillen entgeltlich sein sollen.²⁴⁷

Die Leistung des Schuldners, durch welche er einem anderen einen Vorteil verschafft, kann in der Vergrösserung des Vermögens oder in der Abwendung einer drohenden Vermögensverminderung beim Beschenkten bestehen, was beim Schuldner selbst zu einer Verminderung der Aktiven oder Vermehrung der Passiven führt.²⁴⁸ Anfechtbar sind demnach bspw. das Eingehen einer Bürgschaft²⁴⁹ sowie die Sicherstellung einer fremden Schuld²⁵⁰.

2.2 Gleichgestellte Vorgänge (Art. 286 Abs. 2 SchKG)

2.2.1. Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung (Art. 286 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG; gemischte Schenkung)

2.2.1.1. Missverhältnis

Gemäss dem (deutschsprachigen) Wortlaut von Art. 286 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG sind Rechtsgeschäfte, bei denen der Schuldner eine Gegenleistung angenommen hat, die zu seiner eigenen Leistung in einem Missverhältnis steht, den Schenkungen resp. unentgeltlichen Verfügungen gleichzusetzen. Ein Missverhältnis liegt aber erst dann vor, wenn die Gegenleistung, welche der Schuldner²⁵¹ erhält, im Verhältnis zu seiner eigenen Leistung einen *er-*

²⁴⁶ BSK SchKG II-STAEHELIN A., Art. 286 N 6.

²⁴⁷ BGE 143 III 167, 170 E. 3.3.3 (zum *ex tunc* nichtigen Versicherungsvertrag).

²⁴⁸ BGE 138 III 497, 508 E. 6.3.

²⁴⁹ Grund hierfür ist, dass die Regressforderung wirtschaftlich keine adäquate Gegenleistung darstellt (BGE 31 II 350, 352 f. E. 4).

²⁵⁰ BGE 138 III 497, 508 E. 6.3; 95 III 47, 52 E. 2; 49 III 27, 30 f. E. 4; BSK SchKG II-STAEHELIN A., Art. 286 N 6 m.w.H.

²⁵¹ Mangels einer «konzernweiten Saldobetrachtung» können Gegenleistungen, die einer anderen Konzerngesellschaft zugutekommen, nicht berücksichtigt werden (JAGMETTI, S. 233; LORANDI, Sicherungsgeschäfte, S. 1302; ROTH, Sanierungsdarlehen, S. 382 f.). Das SchKG stellt grundsätzlich auf die rechtliche Selbständigkeit der einzelnen Konzerngesellschaften ab (siehe aber MEIER I/SIEGWART,

heblich geringeren Wert aufweist.²⁵² Dafür spricht auch der französische Wortlaut der Bestimmung («prix notablement inférieur»).

Das Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung bemisst sich nach dem objektiven wirtschaftlichen Wert beim Abschluss des Rechtsgeschäfts.²⁵³ Es stellt sich die Frage, wie gross die Diskrepanz zwischen Leistung und Gegenleistung sein muss, damit ein erhebliches Missverhältnis vorliegt. In einem neueren Entscheid hielt das Bundesgericht fest, dass bei einer Diskrepanz von 75 % ein augenscheinliches Missverhältnis vorliegt.²⁵⁴ Das Bundesgericht geht indes in einem früheren Entscheid bereits bei einem Wertunterschied von 10 % zwischen Leistung und Gegenleistung von einem Missverhältnis aus.²⁵⁵ Nach hier vertretener Ansicht genügt ein Missverhältnis von 10 % nur, wenn ein Börsenpreis oder ein Marktpreis als Vergleichswert einfach erhältlich ist. In allen anderen Fällen ist den Parteien mit Blick auf die Vertragsfreiheit und Rechtssicherheit ein gewisses Ermessen bezüglich der Vertragsgestaltung zuzugestehen.²⁵⁶ Eine Divergenz von 10 % dürfte hier nicht genügen.

S. 55 zu Art. 4a, Art. 286 Abs. 3 und Art. 288 Abs. 2 SchKG). Von einer Einführung eines speziellen Konkurs- und Nachlassverfahrensrechts für Konzerne wurde unlängst im Rahmen der Vorarbeiten zur Revidierung des Sanierungsrechts abgesehen (vgl. Botschaft Sanierungsrecht 2010, S. 6461 f., 6464; Bericht Sanierungsrecht 2008, S. 4, 29 f.; Bericht Sanierungsrecht 2005, S. 10 f., 46 ff).

²⁵² BGE 95 III 47, 52 E. 2.

²⁵³ BGE 95 III 47, 52 E. 2. Der Zeitpunkt der Pfändung, Konkurseröffnung resp. Bestätigung des Nachlassvertrags ist dagegen unerheblich (BSK SchKG II-STAEHELIN A., Art. 286 N 15). Vgl. dagegen SENN, S. 170, wonach bei einem Verkauf von Aktiven durch den insolvenzgefährdeten Schuldner auch dessen dringendes Bedürfnis nach kurzfristiger Liquiditätsbeschaffung zu berücksichtigen sei. Das Entgelt ermögliche gegebenenfalls eine Sanierung des Schuldners, was wichtiger sei als der Erhalt des vollen Gegenwertes für seine Leistung.

²⁵⁴ Urteil BGER 5A_557/2008 vom 28. Januar 2009, E. 3.1 (Wert der verkauften Aktien betrug über CHF 1 Mio.; gekauft wurden sie für CHF 240'000); LORANDI, Sicherungsgeschäfte, S. 1302; UMBACH-SPAHN, S. 172 f.

²⁵⁵ BGE 45 III 151, 169 E. 4 (In diesem Entscheid ging es um die Überlassung eines Grundstücks inkl. Mobiliar gegen die Übernahme der Schulden, eines best. Kapitalbetrags sowie die Einräumung eines lebenslangen Wohnrechts der Eltern, die jährliche lebenslange Verzinsung eines Kapitalbetrags und lebenslange Benützungsrecht am Mobiliar.); LORANDI, Sicherungsgeschäfte, S. 1302.

²⁵⁶ RÜEDI, N 511; SCHMID J., N 205

2.2.1.2. Beweislastumkehr bei nahestehenden Personen

Sofern die anfechtbare Handlung zu Gunsten einer nahestehenden Person des Schuldners vorgenommen wird, trägt sie die Beweislast, dass kein Missverhältnis vorliegt. Als nahestehende Person gelten auch Gesellschaften innerhalb eines Konzerns (Art. 286 Abs. 3 SchKG).

2.2.2. Leibrente, Pfrund, Nutzniessung, Wohnrecht (Art. 286 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG)

Rechtsgeschäfte, mit denen der Schuldner für sich oder einen Dritten eine Leibrente, eine Pfrund, eine Nutzniessung oder ein Wohnrecht (entgeltlich) erworben hat, sind gemäss Art. 286 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG ebenfalls paulianisch anfechtbar.²⁵⁷ Wenn der Schuldner die Leibrente oder ein anderes der genannten Rechtsgeschäfte für sich erworben hat, ist das vom Schuldner geleistete Entgelt zurückzuerstatten, weil die Leibrente etc. mangels Übertragbarkeit nicht resp. nur beschränkt²⁵⁸ gepfändet resp. zur Konkursmasse gezogen werden kann.²⁵⁹ Erwirbt der Schuldner die Leibrente etc. für einen Dritten ohne dafür ein entsprechendes Entgelt zu erhalten, liegt eine unentgeltliche Zuwendung vor.²⁶⁰

3. Verdachtsfrist

Gemäss Art. 286 Abs. 1 SchKG beträgt die Verdachtsfrist für die Schenkungspauliana ein Jahr. Innerhalb dieser Frist muss die anfechtbare Rechtshandlung des Schuldners vorgenommen worden sein.

²⁵⁷ Nicht der Anfechtung untersteht der unentgeltliche Erwerb einer Leibrente etc. (BSK SchKG II-STAEHELIN A., Art. 286 N 17).

²⁵⁸ Die Ausübung der Nutzniessung kann (sofern es sich nicht um ein höchst persönliches Recht handelt) übertragen werden, nicht aber das Nutzniessungsrecht selbst (Art. 758 Abs. 1 ZGB).

²⁵⁹ BSK SchKG II-STAEHELIN A., Art. 286 N 19.

²⁶⁰ Die Erwähnung in Art. 286 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG ist daher überflüssig (BSK SchKG II-STAEHELIN A., Art. 286 N 19).

§ 2 Bei Dienstleistungen

Bei Dienstleistungsverhältnissen stellt sich die Frage der Schenkungspauliana in zwei Fällen: bei der Simulation eines Dienstleistungsverhältnisses und bei offensichtlich überkauerten Dienstleistungshonoraren.

Wird ein Dienstleistungsverhältnis simuliert, d.h. werden gar keine Dienstleistungen erbracht, sondern fiktive Honorarrechnungen beglichen, ist gemäss Art. 18 Abs. 1 OR der wirkliche Wille der Parteien zu beachten und damit von einer Schenkung auszugehen.²⁶¹ Diese Zahlungen können mittels Art. 286 SchKG angefochten werden, wenn sie innert der Verdachtsfrist erfolgen. Das Verpflichtungsgeschäft kann nicht angefochten werden, wenn die Rechnung für die fiktive Beratungsleistung vom Schuldner noch nicht beglichen wurde. Schenkungsversprechen fallen gemäss Art. 250 Abs. 2 OR mit Konkursöffnung resp. Bestätigung des Nachlassvertrags mit Vermögensabtretung²⁶² dahin. Die Anfechtung wird damit gegenstandslos. Wird die Forderung dennoch in den Kollokationsplan aufgenommen, kann ein anderer, benachteiligter Gläubiger die negative Kollokationsklage i.S.v. Art. 250 Abs. 2 SchKG erheben.

Die Begleichung einer *offensichtlich* überkauerten Honorarrechnung eines Dienstleisters resp. Sanierers, bei welcher die Leistung und die Gegenleistung in einem Missverhältnis stehen, ist gemäss Art. 286 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG ebenfalls anfechtbar.²⁶³ Praktisch relevant dürften offensichtlich überkauerte Honorare bei nahestehenden Personen sein. Bei Dritten, die kein Näheverhältnis zum Schuldner aufweisen, sollte ein Missverhältnis zwischen

²⁶¹ Zur Anfechtung einer bloss simulierten Vermögensentäußerung vgl. JAEGER, Art. 285 N 1B.

²⁶² Art. 250 Abs. 2 OR analog; LORANDI, Dauerschuldverhältnisse, S. 1211.

²⁶³ Die Bemerkung von RÜEDI, N 395, dass der das angemessene Honorar übersteigende Teil allenfalls unter Art. 286 Abs. 1 SchKG fallen könnte, überzeugt nicht. Einem Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung gemäss Art. 286 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG ist inhärent, dass der unangemessene Teil eine unentgeltliche Zuwendung darstellt. Sofern die Leistung teilbar ist, untersteht der Schenkungsanfechtung denn auch nur dieser Teil. Dennoch fällt die unentgeltliche Zuwendung nicht unter Art. 286 Abs. 1 SchKG, hat doch der Gesetzgeber für den Fall des Missverhältnisses gerade Art. 286 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG geschaffen.

Leistung und Gegenleistung dagegen äusserst zurückhaltend angenommen werden. Eine 10 %ige Differenz zum marktüblichen Tarif dürfte keinesfalls ausreichen.

Übliche Tarife im *relevanten* Markt bilden ein gewisses Indiz für die Angemessenheit des Honorars, halten sie doch dem Drittmannstest stand.²⁶⁴ Wichtig erscheint, Gleiches mit Gleichem, d.h. eine bestimmte Leistung im relevanten Markt, zu vergleichen. So sollten bspw. Honorare einer Grosskanzlei mit anderen Grosskanzleihonoraren verglichen werden und nicht mit Honoraren einer Ein-Mann-Kanzlei, deren Kostenstruktur völlig anders zusammengesetzt ist. Insofern müssen auch gewisse Richtlinien (bspw. des Anwaltsverbandes, dessen Tarife sich an kleineren Kanzleien orientieren) relativiert werden, um die Angemessenheit eines Anwaltshonorars einer Grosskanzlei zu beurteilen.

Ferner sollten dem Gericht – mit Blick auf die Parteiautonomie und angesichts der Business Judgment Rule²⁶⁵ – enge Grenzen zur Überprüfung der Angemessenheit eines Honorars resp. Werthaltigkeit einer Dienstleistung gesetzt werden. So ist bspw. bei der Honorierung von Sanierungsleistungen zu beachten, dass ein Schuldner nicht verpflichtet sein sollte, einen möglichst günstigen Sanierer aufzusuchen.²⁶⁶

²⁶⁴ BSK OR I-WEBER R., Art. 394 N 38. A.M. BK OR 1971-GAUTSCHI, Art. 394 N 82e; GUHL/SCHNYDER, § 49 N 5; HOFSTETTER, S. 82. Ein üblicher Tarif bedeutet allerdings noch nicht, dass der Tarif auch in jedem Fall angemessen ist, ansonsten wären übliche, aber übersetzte Tarife der richterlichen Überprüfung nicht zugänglich.

²⁶⁵ Zur Business Judgment Rule: BGE 139 III 24, 26 E. 3.2; Urteil BGer 4A_259/2016 vom 13. Dezember 2016, E. 5.1; 4A_97/2013 vom 28. August 2013; 4A_306/2009 vom 8. Februar 2010, E. 7.2.4; CHK AG-BINDER/ROBERTO, Art. 754 N 10; BRUGGER/VON DER CRONE, S. 178 ff.; GERICKE/WALLER, S. 287 ff.; VOGT/BÄNZIGER, S. 610.

²⁶⁶ RÜEDI, N 396 FN 837, mit Verweis auf ein in Deutschland ergangenes Urteil des Bundesgerichtshofs, NJW 1980 (1962 ff.), S. 1963. Das zitierte Urteil führt hierzu aus, dass eine vom Schuldner getroffene Vereinbarung, welche die von der Gebührenordnung vorgesehene Entschädigung übersteige, nicht von vornherein anfechtbar sei (E. 2b). Anfechtbarkeit bestehe jedoch, wenn das vereinbarte Honorar und die Leistung des Anwalts nicht gleichwertig seien. Dies sei bspw. der Fall, wenn das vom Anwalt angestrebte Gerichtsverfahren aussichtslos und damit für den Gemeinschuldner und die Konkursgläubiger wertlos sei (E. 3).

4. Kapitel: Überschuldungspauliana (Art. 287 SchKG)

§ 1 Im Allgemeinen

1. Einleitung

Die Überschuldungspauliana gemäss Art. 287 SchKG erfasst folgende im Gesetz abschliessend²⁶⁷ genannte Handlungen des überschuldeten Schuldners, die er innerhalb der einjährigen Verdachtsfrist vorgenommen hat: die nachträgliche Sicherstellung einer bestehenden Verbindlichkeit, zu deren Sicherstellung der Schuldner nicht schon früher verpflichtet war, die ungewöhnliche Tilgung einer Geldschuld und die Zahlung einer nicht fälligen Schuld. Die anfechtbaren Rechtshandlungen sind als inkongruente Deckungen zu qualifizieren. Inkongruente Deckungen sind Leistungen des Schuldners zur Befriedigung oder Sicherstellung Dritter, auf die Letztere keinen Anspruch haben oder zumindest nicht in dieser Art beanspruchen können.²⁶⁸

2. Überschuldung

2.1 Begriff

2.1.1. Im Allgemeinen

Damit die Überschuldungspauliana greift, muss der Schuldner die anfechtbare Handlung innerhalb der einjährigen Verdachtsfrist vornehmen und zu diesem Zeitpunkt überschuldet sein.²⁶⁹ Überschuldung liegt vor, wenn das

²⁶⁷ JÄGER/WALDER/KULL/KOTTMANN, Art. 287 N 4; SCHMID J., N 212.

²⁶⁸ AMONN/WALTHER, § 52 N 1; BSK SchKG II-STAEHELIN A., Art. 287 N 1 mit Verweis auf BGE 117 IV 23, 25 E. 4b.

²⁶⁹ AMONN/WALTHER, § 52 N 20; KUKO SchKG-UMBACH-SPAHN/BOSSART, Art. 287 N 1; WITMER, S. 153.

Fremdkapital die Aktiven übersteigt.²⁷⁰ Die Überschuldung muss in Anlehnung an Art. 725 Abs. 2 OR²⁷¹ grundsätzlich sowohl zu Fortführungs- als auch zu Liquidationswerten vorliegen.²⁷² Zahlungsunfähigkeit genügt dagegen nicht.²⁷³

2.1.2. Im Kontext von Art. 958a OR

Gemäss Art. 958a Abs. 2 OR sind der Rechnungslegung Veräusserungswerte zugrunde zu legen, sofern ein Unternehmen nicht fortführungsfähig ist (vgl. oben S. 10 f.). Folgerichtig sind bei fehlender Fortführungsfähigkeit resp. im Liquidationsstadium auch für die Feststellung der Überschuldung nach Art. 725 OR nur noch die Veräusserungswerte massgebend.²⁷⁴ Entsprechendes muss auch für die Überschuldung i.S.v. Art. 287 SchKG gelten.

²⁷⁰ GLANZMANN, Sanierungsdarlehen, S. 281; LORANDI, Sicherungsgeschäfte, S. 1306.

²⁷¹ Art. 725 OR verfolgt im Wesentlichen dasselbe Ziel wie die Überschuldungspauliana. Sofern eine Gesellschaft überschuldet ist, ist der Richter zu benachrichtigen (wenn kein Rangrücktritt im Umfang der Unterdeckung erfolgt). Nach Eingang der Überschuldungsanzeige hat der Richter (unverzüglich) den Konkurs zu eröffnen (Art. 725a Abs. 1 OR), damit die Gläubigerrechte gewahrt werden. Mit der Konkurseröffnung gilt das Prinzip der Gläubigergleichbehandlung uneingeschränkt. Anders gesagt: Mit Eintritt der Überschuldung verschiebt sich der Fokus sowohl bei Art. 725 OR als auch bei der Überschuldungspauliana auf die Wahrung der Gläubigerrechte. Bei der Überschuldungspauliana geschieht das durch die Anfechtbarkeit bestimmter Rechtshandlungen, bei Art. 725 OR durch die Pflicht zur Überschuldungsanzeige beim Gericht (vgl. hierzu BGE 121 III 420, 425 E. 3a; GIROUD, § 5 N 76; KOEFERLI, S. 148; SCHMID J., N 273).

²⁷² GLANZMANN, Pflichten, S. 89; KOEFERLI, S. 153; REISER, S. 104; SCHÜPBACH, Action révocatoire, Art. 287 N 110; BSK SchKG II-STAEHELIN A., Art. 287 N 17; KUKO SchKG-UMBACH-SPAHN/BOSSART, Art. 287 N 8; WOLF, N 164. A.M. ROTH, Sanierungsdarlehen, S. 10 (nur zu Fortführungswerten); REBSAMEN, Gleichbehandlung, N 461 (nur zu Liquidationswerten, da die Anfechtung erst nach Konkurseröffnung erfolgt und sich der Gläubigerschaden aus der Überschuldung zu Liquidationswerten ergibt).

²⁷³ BSK SchKG II-STAEHELIN A., Art. 287 N 17.

²⁷⁴ BÖCKLI, Aktienrecht, § 13 N 747 f.; GLANZMANN, Haftungsrisiken, S. 275; KRAMPF/SCHULER, S. 1065; SK SchKG-TALBOT, Art. 192 N 6; BSK OR II-WÜSTINER, Art. 725 N 33.

2.1.3. Überschuldung auch bei Rangrücktritten?

Gemäss Art. 725 Abs. 2 OR kann der Verwaltungsrat von einer Überschuldungsanzeige absehen, sofern Gesellschaftsgläubiger im Umfang der Unterdeckung im Rang hinter alle anderen Gläubiger zurücktreten. Rangrücktrittsvereinbarungen beseitigen die Überschuldung gemäss einhelliger Lehre nicht.²⁷⁵ Es stellt sich daher die Frage, ob eine Überschuldung auch i.S.v. Art. 287 SchKG vorliegt, wenn im Umfang der Unterdeckung Rangrücktritte bestehen. Nach der einen Ansicht setzt der Überschuldungsbegriff nach Art. 287 SchKG voraus, dass der Verwaltungsrat zur Überschuldungsanzeige verpflichtet ist. Erst dann bestehe eine Pflicht zur Gläubigergleichbehandlung. Folglich könne – um Wertungswidersprüche zu vermeiden – die Überschuldungspauliana nicht zur Anwendung gelangen, wenn Rangrücktrittsvereinbarungen im Umfang der Unterdeckung bestünden.²⁷⁶ Andere Autoren folgern aus der Erkenntnis, wonach Rangrücktritte die Überschuldung nicht beseitigen (zumal die betreffenden Gläubiger nicht auf ihre Forderung verzichten), dass das Gleiche auch für die Überschuldung nach Art. 287 SchKG gelten soll.²⁷⁷ Das Bundesgericht hat den Lehrstreit bislang noch nicht entschieden.

Nach hier vertretener Ansicht ist die Lehrmeinung, wonach keine Überschuldung i.S.v. Art. 287 SchKG vorliegt, wenn im Umfang der Unterdeckung Rangrücktritte bestehen, überzeugender.

2.2 Zeitpunkt der Überschuldung

Die Überschuldung muss im Zeitpunkt der anfechtbaren Handlung vorgelegen haben. Tritt die Überschuldung erst nachträglich ein, genügt dies für eine Anfechtung nach Art. 287 SchKG nicht.²⁷⁸

²⁷⁵ SCHMID J., N 277; WITMER, S. 151.

²⁷⁶ GLANZMANN, Pflichten, S. 89; GLANZMANN/ROBERTO, S. 93; SCHMID J., N 277.

²⁷⁷ WITMER, S. 152. Ferner RÜEDI, N 176.

²⁷⁸ SCHÜPBACH, Action révocatoire, Art. 287 N 111.

2.3 Nachweis der Überschuldung

Die Überschuldung ist vom Anfechtenden zu beweisen.²⁷⁹ Wenn die anfechtbare Handlung kurz vor der Konkurseröffnung oder Nachlassstundung vorgenommen wurde, bildet dies ein wichtiges Indiz dafür, dass die Überschuldung bereits im Zeitpunkt der anfechtbaren Handlung vorgelegen hat.²⁸⁰ Auch die Zahlungsunfähigkeit eines Unternehmens kann als Indiz für die Überschuldung relevant sein.²⁸¹ Weitere Indizien können sein: die Einstellung von Zahlungen, Schuldnerflucht, Wechselproteste sowie eine grosse Anzahl fruchtlos gebliebener Betreibungen.²⁸²

Ob der Schuldner im Zeitpunkt der anfechtbaren Handlung um die Überschuldung wusste, ist irrelevant.²⁸³ Sie musste lediglich für den Empfänger erkennbar sein.²⁸⁴

²⁷⁹ BERNHEIM/GEIGER, S. 17; BSK SchKG II-STAEHELIN A., Art. 287 N 18.

²⁸⁰ BERNHEIM/GEIGER, S. 17 f.; BSK SchKG II-STAEHELIN A., Art. 287 N 18.

²⁸¹ Die Zahlungsunfähigkeit allein genügt zur Begründung der Überschuldung jedoch nicht und wird auch nicht vorausgesetzt (FRITZSCHE/WALDER, § 66 N 12).

²⁸² BERNHEIM/GEIGER, S. 17 f.; JÄGER/WALDER/KULL/KOTTMANN, Art. 287 N 7; BSK SchKG II-STAEHELIN A., Art. 287 N 18; KUKO SchKG-UMBACH-SPAHN/BOSSART, Art. 287 N 8.

²⁸³ BGE 74 III 56, 60 E. 8; GILLIÉRON, Commentaire, Art. 287 N 12; WITMER, S. 151.

²⁸⁴ GILLIÉRON, Commentaire, Art. 287 N 15.

3. Anfechtbare Handlung

3.1 Bestellung von Sicherheiten für bestehende Verbindlichkeiten ohne vorgängige Verpflichtung (Art. 287 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG)

Nach Art. 287 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG anfechtbar sind Rechtsgeschäfte zur Besicherung eigener²⁸⁵, bereits bestehender²⁸⁶ Verbindlichkeiten. Wurde der Schuldner bereits bei Vertragsabschluss oder noch vor der Verdachtsfrist²⁸⁷ zur Bestellung der Sicherheit verpflichtet, fällt die nachträgliche Begründung der Sicherheit nach hier vertretener Ansicht nicht unter Art. 287 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG.²⁸⁸ In diesem Sinne ist auch Art. 287 Abs. 3 SchKG zu verstehen, der klarstellt, dass Aufstockungssicherheiten (sog. «Top-up Collateral») und Substitutions- oder Ersatzsicherheiten (sog. «Substitution of Collateral») anfechtungsresistent sind, wenn sich der Schuldner dazu bereits «früher» verpflichtet hat.²⁸⁹

Als Sicherheiten gelten sowohl Realsicherheiten (bspw. Pfandrechte, Sicherungszessionen oder eine andere Sicherungsübereignung) als auch vertraglich begründete Realobligationen (z.B. die Vormerkungen eines persönlichen Rechts). Personalsicherheiten wie Bürgschaften und Garantien sind zwingend Drittsicherheiten²⁹⁰, womit sie mangels Besicherung eigener Verbind-

²⁸⁵ Die Besicherung *fremder* Verpflichtungen fällt unter Art. 286 oder Art. 288 SchKG (AMONN/WALTHER, § 52 N 17; LORANDI, Sicherungsgeschäfte, S. 1304; SCHÜPBACH, Action révocatoire, Art. 287 N 13 f.; BSK SchKG II-STAEHELIN A., Art. 287 N 4).

²⁸⁶ Die Sicherstellung von zukünftigen resp. neuen Forderungen fällt nicht unter Art. 287 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG (LORANDI, Sicherungsgeschäfte, S. 1304; SCHÜPBACH, Action révocatoire, Art. 287 N 19, 22 und 83).

²⁸⁷ Nach hier vertretener Ansicht können ebenso diejenigen Fälle, in denen in der Verdachtsfrist, aber noch vor Eintritt der Überschuldung, die Verpflichtung zur Sicherstellung begründet wurde, nicht nach Art. 287 SchKG angefochten werden. Diese Fälle sind allerdings u.U. nach Art. 288 SchKG anfechtbar.

²⁸⁸ LORANDI, Sicherungsgeschäfte, S. 1305. A.M. RÜEDI, N 197 f.; BSK SchKG II-STAEHELIN A., Art. 287 N 8. Allenfalls ist die nachträgliche Sicherung aber nach Art. 288 SchKG anfechtbar.

²⁸⁹ AMONN/WALTHER, § 52 N 17.

²⁹⁰ KUHN, § 37 N 1.

lichkeiten nicht unter den Anfechtungstatbestand von Art. 287 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG fallen.

3.2 Ungewöhnliche Tilgung einer Geldschuld (Art. 287 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG)

Nach Art. 287 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG anfechtbar ist die Tilgung einer Geldschuld auf andere Weise als durch Barschaft oder anderweitige übliche Zahlungsmittel. Ob die Tilgung einer Geldschuld auf ungewohnte Weise erfolgt, bestimmt sich nach der Art des Rechtsgeschäfts, der Orts- und Branchenüblichkeit resp. nach den vorbestehenden Gepflogenheiten der Parteien.²⁹¹ Als allgemein üblich gelten in der Regel Bargeld in der Landeswährung, Bank- und Postüberweisungen, Kredit- und Debitkarten. Auch Überweisungen mittels neuerer elektronischer Zahlungssysteme, die sich in den letzten Jahren etabliert haben, können üblich sein. Dazu zählt etwa die Bezahlung via PayPal. Die Tilgung durch Verrechnung ist grundsätzlich nicht ungewöhnlich.²⁹² Ungewöhnlich ist dagegen die Tilgung durch Sachleistungen oder durch persönliche Arbeitsleistung.²⁹³ Die Abtretung einer Forderung zahlungshalber oder an Zahlungs statt ist in der Regel – vorbehalten ist eine entsprechende Übung in der betreffenden Branche – ebenfalls unüblich.²⁹⁴ Als unüblich müsste wohl auch die gängige Sanierungsmassnahme des Debt-Equity-Swaps qualifiziert werden.²⁹⁵ Hier dürfte aber in aller Regel keine Gläubigerbenachteiligung vorliegen.

Anfechtbar ist die ungewöhnliche Tilgung der Geldschuld, die während der Verdachtsperiode und nach Eintritt der Überschuldung vorgenommen wurde.²⁹⁶ Hat sich der Schuldner bereits zu Vertragsschluss zu dieser Art von Tilgung verpflichtet, liegt keine zu tilgende *Geldschuld* i.S.v. Art. 287 Abs. 1

²⁹¹ BGE 85 III 193, 200 E. 4; KUKO SchKG-UMBACH-SPAHN/BOSSART, Art. 287 N 5.

²⁹² Vgl. SCHMID J., N 254 m.w.H.

²⁹³ KUKO SchKG-UMBACH-SPAHN/BOSSART, Art. 287 N 5.

²⁹⁴ BGE 85 III 193, 200 E. 4; BSK SchKG II-STAEHELIN A., Art. 287 N 11.

²⁹⁵ AFFENTRANGER, S. 106.

²⁹⁶ BSK SchKG II-STAEHELIN A., Art. 287 N 17. Zur Anfechtbarkeit beim Cash Pooling siehe JAGMETTI, S. 242, S. 249 f. und S. 252.

Ziff. 2 SchKG vor.²⁹⁷ In diesem Zusammenhang stellt sich – wie schon bei Art. 287 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG – die Frage, ob die Tilgungshandlung anfechtbar ist, wenn das Verpflichtungsgeschäft nach Vertragsabschluss, aber noch vor der Verdachtsfrist (resp. in der Verdachtsfrist, aber noch vor Eintritt der Überschuldung) abgeändert wurde.²⁹⁸ Nach hier vertretener Ansicht ist die Anfechtbarkeit ausgeschlossen, erfasst doch die Überschuldungspauliana nur solche Handlungen, die während der Verdachtsfrist, nach Eintritt der Überschuldung vorgenommen werden. Allenfalls könnte die betreffende Tilgungshandlung aber gemäss Art. 288 SchKG anfechtbar sein. Wird der Vertrag dagegen innerhalb der Verdachtsfrist nach Eintritt der Überschuldung abgeändert und läuft diese Änderung auf eine Umgehung von Art. 287 SchKG hinaus, liegt eine inkongruente Deckung i.S.v. Art. 287 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG vor.

Hat der Schuldner eine Forderung nur teilweise mit unüblichen Zahlungsmitteln beglichen, stellt sich die Frage, ob das ganze Geschäft angefochten werden kann. Massgeblich ist, ob die beiden Zahlungen ein «unteilbares Ganzes» bilden. Nur wenn die Zahlungen untrennbar miteinander verbunden sind, unterliegt das ganze Geschäft der Anfechtung.²⁹⁹ Ansonsten kann nur der ungewöhnliche Teil des Geschäfts angefochten werden.

²⁹⁷ RÜEDI, N 384; SCHMID J., N 255.

²⁹⁸ Anfechtbarkeit bejaht bei: RÜEDI, N 384; SCHMID J., N 255. Anfechtbarkeit verneint bei: BGE 41 III 160, 163; DALLÈVES, S. 11; GILLIÉRON, Commentaire, Art. 287 N 30; CR LP-PETER, Art. 287 N 11.

²⁹⁹ BGE 43 III 73, 77 E. 2a; Urteil OGer ZH vom 15. April 1930, E. 2 (publ. in ZR 30 (1931) Nr. 51, 94). A.M. RÜEDI, N 379, der übersieht, dass die Entscheide, auf die er sich stützt, die Anfechtung des gesamten Geschäfts zulassen, weil die beiden Zahlungen untrennbar miteinander verbunden sind.

3.3 Tilgung einer nicht verfallenen Schuld (Art. 287 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG)

Gemäss Art. 287 Abs. 1 Ziff. 3 ist die Begleichung einer (eigenen)³⁰⁰ nicht verfallenen Schuld paulianisch anfechtbar.³⁰¹ Die Fälligkeit bestimmt sich nach dem anwendbaren (privaten oder öffentlichen) Recht.³⁰² Für die Frage der Anfechtbarkeit ist entscheidend, ob die Forderung im Zeitpunkt der Leistung des Schuldners noch nicht fällig war. Unbeachtlich ist dagegen, ob sie noch vor der Konkurseröffnung resp. der Bestätigung des Nachlassvertrags fällig wurde.³⁰³ Ebenfalls nicht fällig sind suspensiv bedingte Forderungen, deren Bedingung noch nicht eingetreten ist.³⁰⁴ Die Tilgung einer nicht fälligen Schuld liegt auch vor, wenn der Schuldner, ohne dazu verpflichtet zu sein und ohne dass eine konkludente Vertragsänderung vorläge, dem Dienstleister (dessen Honorar erst mit Auftragserfüllung fällig wird) einen Vorschuss zahlt.

Für Verträge nach Schweizer Obligationenrecht bestimmt sich die Fälligkeit nach Art. 75 OR, soweit weder eine *lex specialis* noch eine abweichende vertragliche Regelung besteht. Gemäss Art. 75 OR werden unbefristete Verbindlichkeiten sofort fällig.

Die Rechnungsstellung hat keinen Einfluss auf die Fälligkeit einer Forderung.³⁰⁵ In der Lehre ist umstritten, was mit Bezug auf die Fälligkeit gilt, wenn eine Zahlungsfrist eingeräumt wird. Nach der Ansicht von WEBER handelt es sich bei der Einräumung einer Zahlungsfrist um eine Stundung, welche die Fälligkeit der Forderung aufschiebt.³⁰⁶ Anderer Ansicht nach werden die Fälligkeitswirkungen (wie bspw. die Verzugsfolgen) bei Einräumung einer Zahlungsfrist insoweit hinausgeschoben, als der Schuldner

³⁰⁰ Die Begleichung von Drittschulden fällt unter Art. 286 SchKG (JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN, Art. 287 N 29), es sei denn, der Schuldner erhält vom Dritten eine äquivalente Gegenleistung.

³⁰¹ Zur Anfechtbarkeit beim Cash Pooling siehe JAGMETTI, S. 242, 250, 252 ff.

³⁰² SCHÜPBACH, Action révocatoire, Art. 287 N 65.

³⁰³ JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN, Art. 287 N 30.

³⁰⁴ JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN, Art. 287 N 31.

³⁰⁵ Urteil OGer LU vom 4. Dezember 1941 (publ. in ZBJV 78 (1942), 95); BK OR-WEBER R., Art. 75 N 94.

³⁰⁶ BK OR-WEBER R., Art. 75 N 103.

innerhalb dieser Frist die «an sich» fällige Zahlung bis zum Fristablauf einredeweise verweigern kann.³⁰⁷ Mit Blick auf die Überschuldungsanfechtung muss letztere Ansicht gelten, soll doch der Schuldner (zumindest aus zivilrechtlicher Sicht) die Forderung innerhalb dieser Frist und nicht erst am letzten Tag oder danach begleichen. Wird bspw. eine dreissigtägige Frist eingeräumt, kann es für die Anfechtbarkeit nach Art. 287 SchKG keine Rolle spielen, ob der Schuldner nun am 28. oder 30. Tag zahlt.

In der Lehre ist umstritten, ob Art. 287 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG anwendbar ist, wenn die Fälligkeit der Forderung nach Vertragsabschluss durch die Parteien (mittels Vertragsänderung oder aufgrund eines einseitigen Gestaltungsrechts, sprich Kündigungsrechts) herbeigeführt wird. Ebenfalls unklar ist, was gilt, wenn bereits bei Vertragsabschluss vorgesehen wird, dass ein bestimmter Event of Default (bspw. Zahlungsausstände oder Zahlungsunfähigkeit des Schuldners) die Forderung automatisch fällig werden lässt. Die Lehre äussert sich zu den Gründen für oder gegen eine Anfechtbarkeit – wenn überhaupt – nur in einzelnen Konstellationen der vorverlegten Fälligkeit. Die Befürworter einer Anfechtbarkeit bringen vor, dass die Fälligstellung für Art. 287 SchKG unbeachtlich sei, weil ansonsten Art. 287 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG umgangen werden könnte und der Anfechtende auf die schwieriger zu beweisende Absichtspauliana verwiesen würde.³⁰⁸ Die Gegenstimmen stellen sich auf den Standpunkt, dass es – unabhängig vom Zeitpunkt wann die Fälligkeit vorverlegt wurde – auf die subjektiven Gründe der Parteien nicht ankommen könne.³⁰⁹

Nach hier vertretener Ansicht ist die Anfechtbarkeit grundsätzlich ausgeschlossen, wenn die Vertragsänderung (sprich Fälligstellung), das einseitige Recht zur Kündigung oder der zur Fälligkeit führende (vertraglich vorgesehene) Event of Default noch vor der Verdachtsperiode vereinbart wurde. Ausnahmsweise kann auch die Einräumung des einseitigen Kündigungsrechts vor der Verdachtsperiode zur Anfechtbarkeit der Tilgungshandlung

³⁰⁷ SCHUMACHER, S. 307.

³⁰⁸ BSK SchKG II-STAEHELIN A., Art. 287 N 15; KUKO SchKG-UMBACH-SPAHN/BOSSART, Art. 287 N 7. Ohne Begründung: MEIER, Neuerungen, 130; REBSAMEN, Gleichbehandlung, N 490.

³⁰⁹ JÄGER/WALDER/KULL/KOTTMANN, Art. 287 N 30; KNOBLOCH, S. 130 f. Vgl. auch SCHMID J., N 264 und N 287.

führen. Dieser Fall ist jedoch theoretischer Natur und betrifft die Konstellation, dass der Schuldner das Kündigungsrecht in der Verdachtsperiode ausübt. Hier kann u.U. eine Umgehung von Art. 287 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG vorliegen. Übt dagegen der Gläubiger das Kündigungsrecht in der Verdachtsperiode aus, fehlt es an einer Umgehungshandlung des Schuldners, erfasst doch die Pauliana anfechtbare Handlungen des Schuldners und nicht die des Gläubigers.

4. Erkennbarkeit der Überschuldung durch den Begünstigten

4.1 Im Allgemeinen

Anfechtbarkeit besteht, wenn der Begünstigte im Zeitpunkt als die Rechtshandlung vorgenommen wurde, von der Überschuldung des Schuldners wusste oder diese zumindest hätte erkennen können.³¹⁰ Diese Kenntnis des Begünstigten wird aufgrund der Ungewöhnlichkeit der Rechtshandlung von Gesetzes wegen (widerlegbar) vermutet.³¹¹

Dem Anfechtungsgegner steht gemäss Art. 287 Abs. 2 SchKG der Entlastungsbeweis zur Verfügung, wonach der Begünstigte die Überschuldung weder gekannt habe noch hätte kennen müssen. Allerdings wird der Massstab für den Entlastungsbeweis aufgrund der Ungewöhnlichkeit der anfechtbaren Rechtshandlung relativ hoch angesetzt.³¹²

Im Allgemeinen ist die Erkennbarkeit der Überschuldung viel eher zu bejahen, je enger die Geschäfts- oder persönliche Beziehung zwischen den Parteien war.³¹³ Dem Begünstigten obliegt es – nach Massgabe seiner konkreten Möglichkeiten und der Umstände – sich vorab über die finanziellen

³¹⁰ LORANDI, Sicherungsgeschäfte, S. 1306; SCHÜPBACH, Action révocatoire, Art. 287 N 111.

³¹¹ BGE 43 III 228, 233 f. E. 2; SCHMID J., N 286; KUKO SchKG-UMBACH-SPAHN/BOSSART, Art. 287 N 9. In diesem Sinn auch GILLIÉRON, Commentaire, Art. 287 N 15.

³¹² LORANDI, Sicherungsgeschäfte, S. 1306; RÜEDI, N 211; SCHMID J., N 287.

³¹³ BGE 37 II 113, 117 E. 3; LORANDI, Sicherungsgeschäfte, S. 1306; KUKO SchKG-UMBACH-SPAHN/BOSSART, Art. 287 N 10.

Verhältnisse des Schuldners zu erkundigen.³¹⁴ Bei Banken und Revisionsstellen wird die Erkundigungsobliegenheit gerade im Hinblick auf die Einsichtsmöglichkeiten weitreichender sein als bei gewöhnlichen Geschäftspartnern.³¹⁵

4.2 Im Kontext von Art. 958a OR

Fraglich ist, was betreffend die Erkennbarkeit gilt, wenn der Schuldner zu Fortführungswerten nicht überschuldet wäre, er aber mangels Going Concern gemäss Art. 958a OR zu Veräusserungswerten bilanzieren muss und gemäss Veräusserungswerten eine Überschuldung vorliegt. Darf der Anfechtungsgegner dann einwenden, er habe die Überschuldung nicht erkannt, weil er aufgrund der Fortführungswerte von einem nicht überschuldeten Unternehmen ausgehen durfte?

Nach hier vertretener Ansicht ist in diesem Fall ein entsprechend höherer Massstab an die Erkennbarkeit anzulegen. Die Erkennbarkeit darf nur bejaht werden, wenn der Begünstigte zwei Umstände erkennen konnte resp. erkannt hat: den fehlenden Going Concern³¹⁶ und die sich aus den Veräusserungswerten ergebende Überschuldung. Konnte der Begünstigte die fehlende Fortführungsfähigkeit dagegen nicht erkennen,³¹⁷ liegt Erkennbarkeit nur dann vor, wenn der Schuldner im Zeitpunkt der anfechtbaren Handlung sowohl nach Veräusserungswerten als auch nach den Fortführungswerten überschuldet war und der Begünstigte dies erkennen konnte.³¹⁸

³¹⁴ BSK SchKG II-STAEHELIN A., Art. 287 N 21; KUKO SchKG-UMBACH-SPAHN/BOSSART, Art. 287 N 9.

³¹⁵ LORANDI, Sicherungsgeschäfte, S. 1306; SCHMID J., N 287.

³¹⁶ Ob ein Unternehmen sich in Liquidation befindet, lässt sich dem Handelsregister entnehmen.

³¹⁷ Dem Dritten stehen meist weit weniger Informationen zur finanziellen Lage der Gesellschaft zur Verfügung als dem Verwaltungsrat resp. der Revisionsstelle, die aufgrund ihrer Aufgaben und Einsichtsrechte die Fortführungsfähigkeit des Unternehmens zuverlässiger beurteilen können.

³¹⁸ Wenn bspw. der Sanierungsberater aufgrund der ihm zugänglich gemachten Informationen davon ausgehen darf, dass die Fortführungsfähigkeit des Schuldners gegeben ist, lässt sich ein Eingriff in seine Vermögensrechte nur dann rechtfertigen, wenn er erkennen musste, dass der Schuldner auch zu den (in der Regel höheren) Fortführungswerten überschuldet war.

5. Verdachtsfrist

Gemäss Art. 287 Abs. 1 SchKG muss die anfechtbare Rechtshandlung des Schuldners innerhalb der Verdachtsfrist von einem Jahr vorgenommen worden sein.

§ 2 Bei Dienstleistungen

1. Unübliche Tilgung

Ob die Tilgung eines Dienstleistungshonorars unüblich ist oder nicht, bestimmt sich nach der Art des Rechtsgeschäfts, den Verhältnissen am Ort resp. den betreffenden Geschäftskreisen.³¹⁹ Auch die Gepflogenheiten zwischen den Parteien können Üblichkeit begründen.³²⁰ Ein ungewöhnliches Zahlungsmittel ist bspw. die Anrechnung eines Oldtimers an die Honorarforderung eines Beraters.³²¹

In der Regel ist die Abtretung einer Forderung zahlungshalber oder an Zahlungs statt ebenfalls unüblich.³²² In zwei Entscheiden hat das Zivilgericht Basel Stadt festgehalten, dass die Zession von (Lohn-)Forderungen zur Begleichung von Honorarforderungen eines Treuhänders oder Anwalts ein übliches Zahlungsmittel darstelle.³²³ Ob das in dieser Absolutheit zutrifft, ist zu bezweifeln. Ferner ist zu beachten, dass als übliche Zahlungsmittel nur Leistungen gelten können, die üblicherweise Bargeldzahlungen «gleichgeachtet» werden.³²⁴ Abgetretene Forderungen können zuweilen mit Bonitäts-

³¹⁹ BGE 85 III 193, 200 E. 4; KUKO SchKG-UMBACH-SPAHN/BOSSART, Art. 287 N 5.

³²⁰ BGE 85 III 193, 200 E. 4. Üblich kann bspw. die Bezahlung eines Handwerkerhonorars mit WIR-Geld sein (RÜEDI, N 388).

³²¹ Vgl. Urteil BGer 5A_44/2008 vom 7. Juli 2008.

³²² BGE 85 III 193, 200 E. 4.

³²³ Urteil ZGer BS vom 16. Juni 1983 (publ. in BLSchK 51 (1987) Nr. 9 E. 7 = BJM 1983, S. 243); Urteil ZGer BS vom 24. August 1983 (publ. in BLSchK 52 (1988) Nr. 25, S. 115 = BJM 1985, S. 208).

³²⁴ BGE 85 III 193, 200 E. 4.

und Veritätsrisiken behaftet sein, weshalb gerade bei Abtretungen an Zahlungen statt hohe Anforderungen an die Gleichwertigkeit zu stellen sind.

2. Begleichung von nicht fälligen Honoraren

Untersteht ein Dienstleistungsvertrag Schweizer Auftragsrecht, wird der Honoraranspruch – anderslautende vertragliche Abrede vorbehalten – mit Beendigung der letzten unter einen Auftrag fallenden Leistung fällig.³²⁵ Die Fälligkeit tritt nicht erst mit Rechnungsstellung ein, sonst könnte der Beauftragte den Beginn der Verjährungsfrist nach Belieben hinausschieben.³²⁶ Bei entgeltlichen Aufträgen ist die Fälligkeit des Honorars von der Fälligkeit des Ersatzes für Auslagen und Verwendungen des Beauftragten zu unterscheiden. Diese werden bereits im Zeitpunkt der Aufwendung fällig.³²⁷

Das Honorar des Beauftragten wird selbst bei schlecht oder zu spät erfüllten Aufträgen fällig, sofern die Ausführung des Auftrags abgeschlossen wurde.³²⁸ Insofern werden bspw. gewöhnliche Zahlungen an Sanierungsberater, die nach Abschluss der Sanierungsberatung geleistet werden, deren Sanierungskonzept allerdings keinen Erfolg zeitigt, nicht von der Überschuldungspauliana erfasst.

Vertraglich vereinbarte *Vorschusszahlungen* des Schuldners für Dienstleistungshonorare (bei Vertragsabschluss oder vor Beginn der Verdachtsfrist³²⁹) fallen nicht unter den Tatbestand der Überschuldungspauliana i.S.v. Art. 287 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG. Vielmehr sind sie als Begleichung einer fäl-

³²⁵ BGE 53 III 155 (wo das Bundesgericht allerdings unpräzise von der Entstehung der Honorarforderung spricht); Urteil JK Zug vom 18. Januar 1965 (publ. in SJZ 64 (1968) 294 Nr. 161); Urteil OGer Bern vom 31. Oktober 1941 (publ. in ZBJV 78 (1942), 95); BK OR 1934-BECKER, Art. 394 N 21; DERENDINGER, N 417; BK OR-FELLMANN, Art. 394 N 469; BK OR-FELLMANN, Art. 402 N 469; KUKO OR-SCHALLER, N 14; STÖCKLI, N 226; BK OR-WEBER R., Art. 75 N 94; BSK OR I-WEBER R., Art. 394 N 40.

³²⁶ BK OR-WEBER R., Art. 75 N 94.

³²⁷ BK OR-FELLMANN, Art. 402 N 52.

³²⁸ DERENDINGER, N 420.

³²⁹ Sowie nach hier vertretener Ansicht auch solche, die zwar innert der Verdachtsfrist, aber noch vor Eintritt der Überschuldung vereinbart wurden.

lig gewordenen Honorarforderung zu betrachten, weil deren Fälligkeit durch Verabredung vorverschoben wurde.³³⁰

Wird bei Vertragsabschluss dem Gläubiger kein Recht auf Vorschuss eingeräumt, stellt sich die Frage, ob die Anfechtbarkeit auch ausgeschlossen ist, wenn das Vorschussrecht erst nachträglich in der Verdachtsperiode bei bereits bestehender Überschuldung des Schuldners gewährt wird. Ohne eine solche Vertragsänderung wäre nämlich die Zahlung des Dienstleistungshonorars vor Abschluss des Auftrags als inkongruente Deckung (Begleichung einer nicht fälligen Forderung) zu qualifizieren. Nach hier vertretener Ansicht ist die Anfechtbarkeit zu bejahen, wenn die Vertragsänderung auf eine Umgehung von Art. 287 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG hinausläuft.

³³⁰ Urteil ZG BS vom 16. Juni 1983, E. 7 (publ. in BLSchKG 51 (1987) Nr. 9 und BJM 1983, S. 240 ff.); SCHÜPBACH, Action révocatoire, Art. 287 N 71.

5. Kapitel: Absichtspauliana (Art. 288 SchKG)

§ 1 Übersicht

Nach Art. 288 Abs. 1 SchKG sind sämtliche Rechtshandlungen des Schuldners anfechtbar, die er während einer Verdachtsfrist von fünf Jahren in der dem «anderen Teile» erkennbaren Absicht vorgenommen hat, seine Gläubiger zu benachteiligen oder einzelne zum Nachteil anderer zu begünstigen.

Nachstehend werden die einzelnen Tatbestandselemente erörtert. In objektiver Hinsicht wird eine innerhalb der Verdachtsfrist vorgenommene Rechtshandlung des Schuldners vorausgesetzt, die eine Gläubigerschädigung bewirkt hat. In subjektiver Hinsicht muss der Schuldner in Schädigungsabsicht gehandelt haben, die für den Anfechtungsgegner erkennbar war.

§ 2 Rechtshandlung des Schuldners

Die anfechtbaren Rechtshandlungen werden von Art. 288 SchKG nicht definiert. Anfechtbar sind somit sämtliche Rechtshandlungen i.w.S., die zu einer Gläubigerschädigung führen können.

Wie vorne³³¹ gesehen, sind unter Rechtshandlungen im anfechtungsrechtlichen Sinne sämtliche rechtlich wirksamen Willensbetätigungen zu verstehen, die direkt oder indirekt zu einer Minderung des Vollstreckungssubstrats des Schuldners führen. Darunter fallen sowohl rechtsgeschäftliche als auch deliktische Handlungen.³³² Einer Handlung gleichgestellt ist die Unterlassung zur Geltendmachung eines dem Schuldner zustehenden Rechts oder die Vornahme oder Unterlassung einer prozessualen oder betriebsrechtlichen Vorkehrung.³³³

³³¹ S. 35.

³³² JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN, Art. 288 N 2. Ferner BERZ, S. 42.

³³³ BLUMENSTEIN, Handbuch, 888; CR LP-PETER, Art. 285 N 13.

In der Lehre ist wie gesehen umstritten, inwieweit das Verpflichtungsgeschäft anfechtbar ist, wenn das Verpflichtungsgeschäft vor der Zwangsvollstreckung nicht vollzogen wird oder wenn das Verpflichtungs- und das Verfügungsgeschäft zeitlich auseinanderfallen.³³⁴ Bei der Begleichung von Dienstleistungshonoraren durch insolvenzgefährdete Unternehmen bewirkt der Abschluss eines Verpflichtungsgeschäfts – mithin ohne dessen Vollzug – grundsätzlich noch keine konkrete Gläubigerschädigung. Wird das Verpflichtungsgeschäft (d.h. die Forderung des Dienstleisters auf Bezahlung) vor Konkurs des Schuldners nicht vollzogen, fehlt es an einer Gläubigerschädigung, weil der Dienstleister im Konkurs nur eine Konkursdividende erhält; und zwar prozentual dieselbe Dividende wie alle anderen Gläubiger seiner Klasse (Art. 220 Abs. 1 SchKG).³³⁵ Die Gläubiger würden grundsätzlich selbst dann nicht geschädigt, wenn der Schuldner sich verpflichtet hat, ein offensichtlich übertrieben teures Dienstleistungshonorar zu leisten, der Schuldner aber noch nicht gezahlt hat. Soweit der Vertrag Schweizer Recht untersteht, fällt das Schenkungsversprechen nämlich gemäss Art. 250 Abs. 2 OR mit Konkurseröffnung resp. mit Bestätigung des Nachlassvertrags dahin.³³⁶

Ausnahmsweise kann auch bei der Begleichung eines Dienstleistungshonorars bereits das Verpflichtungsgeschäft eine anfechtbare Rechtshandlung sein. Das ist bspw. der Fall, wenn Schuldner und Gläubiger innerhalb der fünfjährigen Verdachtsperiode eine Vertragsänderung beschliessen, wonach das Dienstleistungshonorar statt nachträglich nunmehr auf Vorschussbasis geleistet werden soll, und eine Umgehung von Art. 288 SchKG beabsichtigen. Würde nämlich allein auf das Verfügungsgeschäft als anfechtbare Rechtshandlung abgestellt, wären die Gläubigerschädigung (aufgrund des Austauschs gleichwertiger Leistungen) und somit auch die Anfechtbarkeit zu verneinen.

³³⁴ Vgl. S. 36.

³³⁵ A.M. BERZ, S. 43, insbesondere FN 17.

³³⁶ Vgl. S. 37 f.

§ 3 Gläubigerschädigung

1. Übersicht

Gläubigerschädigend ist – wie im allgemeinen Teil gesehen – jede Rechtshandlung, die das Vollstreckungssubstrat des Schuldners resp. den Anteil der Gläubiger daran vermindert. In Ausnahmefällen kann die Gläubigerschädigung auch in einer verfahrensmässigen Schlechterstellung der Gläubiger bestehen (die sich in aller Regel aber auch negativ auf das Vollstreckungssubstrat auswirkt).³³⁷

Nachfolgend wird zunächst auf den Austausch gleichwertiger Leistungen im anfechtungsrechtlichen Sinne eingegangen, weil er zu den wichtigsten Fallkonstellationen gehört, in denen eine Gläubigerschädigung grundsätzlich ausgeschlossen ist (siehe S. 75 ff.). Ausnahmsweise kann beim Austausch gleichwertiger Leistungen im anfechtungsrechtlichen Sinne eine mittelbare Gläubigerschädigung vorliegen, wenn nämlich die gleichwertige Gegenleistung des Gläubigers gläubigerschädigend verwendet wird (siehe S. 114 ff.). Anschliessend wird dargelegt, weshalb eine (in der Praxis selten vorliegende) reine Gläubigerbevorzugung, die weder eine unmittelbare noch mittelbare Schädigung der übrigen Gläubiger bewirkt, nicht gläubigerschädigend (im anfechtungsrechtlichen Sinne) sein kann (siehe S. 119 ff.). Schliesslich wird die Begleichung einer pfandgesicherten oder privilegierten Forderung erörtert, die eine Gläubigerschädigung ebenfalls ausschliesst (siehe S. 127 f.).

2. Ausschluss der Gläubigerschädigung beim Austausch gleichwertiger Leistungen im anfechtungsrechtlichen Sinne

2.1 Übersicht

Die Rechtsprechung und h.L. anerkennen, dass der Austausch gleichwertiger (Sach-)Leistungen im anfechtungsrechtlichen Sinne keine (objektive) Gläu-

³³⁷ Zum Ganzen: siehe S. 38 ff.

bigerschädigung bewirkt³³⁸, da das Vollstreckungssubstrat des Schuldners nicht tangiert wird.³³⁹ Es handelt sich somit um einen die (objektive) Gläubigerschädigung ausschliessenden Tatbestand.

Ein Austausch gleichwertiger Leistungen im anfechtungsrechtlichen Sinne liegt vor, wenn folgende vier Elemente gegeben sind: Der Schuldner muss im Austausch (siehe 2.3) zu seiner eigenen Leistung vom Gläubiger eine gleichwertige i.e.S. (siehe 2.4) und grundsätzlich auch verwertbare oder zumindest – nach hier vertretener Ansicht – nicht offensichtlich unnütze (siehe 2.5) Gegenleistung erhalten. Nebst dem eigentlichen Wert der Leistungen ist sodann die zeitliche Abfolge von Leistung und Gegenleistung (siehe 2.6) entscheidend.³⁴⁰

Der Begriff «gleichwertige Leistungen» wird in der Rechtsprechung und Literatur sowohl i.e.S., das heisst mit Blick auf den Wert der einzelnen Leistungen, verwendet als auch im weiteren, anfechtungsrechtlichen Sinne, mithin als Gesamtbetrachtung, welche auch die zeitliche Abfolge miteinbezieht. Nachfolgend werden diese Begriffe unterschieden, soweit im betreffenden Zusammenhang sowohl die engere als auch die weitere Bedeutung in Frage kommt.

Zunächst wird dargelegt, dass der Austausch gleichwertiger Leistungen auch im Zusammenhang mit der Absichtspauliana anwendbar ist (siehe 2.2). Sodann werden die einzelnen Voraussetzungen beschrieben und wird jeweils geprüft, ob auch bei Dienstleistungen die allgemeinen Regeln zur Anwendung gelangen (siehe 2.3 ff.). Nachdem sodann der typische Anwendungsfall eines Austauschs gleichwertiger Leistungen erläutert wurde, wird abschliessend auf den (einzigen) Ausnahmefall eingegangen, bei dem trotz Austausch gleichwertiger Leistungen eine (mittelbare) Gläubigerschädigung vorliegt (siehe 2.8).

³³⁸ BGE 137 III 268, 283 E. 4.1; 136 III 247, 251 E.3; 135 III 276, 280 E. 6.1.2 (= Pra 2009 Nr. 112); 134 III 452, 455 E. 3.1; 101 III 92, 94 E. 4a; 99 III 27, 34 E. 4; REISER, S. 107 f.; ROHDE, S. 147 ff.; VOGT, Absichtsanfechtung, S. 1081 ff.; ZOBL, S. 30.

³³⁹ Massgebend ist dabei die Transaktion als Ganzes; SCHMID J., N 125.

³⁴⁰ BGE 135 III 276, 282 E. 6.3.1.

2.2 Anwendbarkeit bei der Absichtspauliana

Wie erwähnt wird eine Gläubigerschädigung grundsätzlich verneint, wenn ein Austausch gleichwertiger Leistungen i.w.S. vorliegt. Aufgrund von drei Bundesgerichtsentscheiden – BGE 134 III 615 (Tempus-Entscheid)³⁴¹ und die darauf im Zusammenhang mit der Gläubigerschädigung verweisenden Entscheide BGE 135 III 276 (Air-Total-Entscheid)³⁴² und BGE 137 III 268 (Saniererhonorar-Entscheid)³⁴³ – sind in der deutschsprachigen Literatur Zweifel entstanden, ob dieser Grundsatz auch bei der Absichtspauliana anwendbar ist.³⁴⁴ Im Tempus- und im Air-Total-Entscheid führte das Bundesgericht Folgendes aus: *«Comme le souligne GILLIÉRON [...], le critère de l'équivalence des prestations n'a pas de portée propre dans le cadre de l'art. 288 LP, dès lors qu'un acte juridique (ou une combinaison d'actes juridiques, simultanés ou successifs) dont les prestations sont équilibrées peut avoir pour conséquence de favoriser certains créanciers au détriment des autres. La ratio legis de l'art. 288 LP est l'égalité de traitement des créanciers.»*³⁴⁵

In der Praxis (2009) wurde die massgebliche Passage dieser Entscheide *«dès lors qu'un acte juridique [...] peut avoir pour conséquence de favoriser certains créanciers au détriment des autres»*³⁴⁶ folgendermassen auf Deutsch übersetzt: *«da ein Rechtsgeschäft [...] die Begünstigung einzelner Gläubiger zum Nachteil der übrigen zur Folge haben kann.»*³⁴⁷ Die in der Praxis publizierte Übersetzung dieser Entscheide ist missverständlich. Sie könnte auch so verstanden werden, dass dem Kriterium der Gleichwertigkeit bei der Absichtspauliana gar keine Bedeutung zukommt.

³⁴¹ BGE 134 III 615, 620 f. E. 4.3.

³⁴² BGE 135 III 276, 281 E. 6.1.2.

³⁴³ BGE 137 III 268, 283 E. 4.1.

³⁴⁴ REISER, S. 106; SCHMID J., N 144 ff.; VOGT/KÄSER, S. 588.

³⁴⁵ BGE 135 III 276, 281 E. 6.1.2; 134 III 615, 620 f. E. 4.3. In den konkreten Fällen hatte das Bundesgericht indessen jeweils die nachträgliche Begleichung einer Forderung zu beurteilen.

³⁴⁶ Hervorhebung hinzugefügt.

³⁴⁷ Pra 2009 Nr. 112, E. 4.3 sowie Pra 2009 Nr. 44, E. 6.1.2.

Präziser wäre es gewesen, statt «da» den Begriff «soweit» zu verwenden. So verwendet denn auch GILLIÉRON (auf den sich das Bundesgericht bezieht) in diesem Zusammenhang den Begriff «si» (übersetzt «wenn» oder «falls»)³⁴⁸, welcher nicht mit «weil» oder «da» übersetzt werden kann.

Die betreffenden Entscheide des Bundesgerichts sind mit Blick auf GILLIÉRON³⁴⁹ und auf die im Tempus-Entscheid zitierten Bundesgerichtsentscheide³⁵⁰ folgendermassen zu verstehen: Das Kriterium der Gleichwertigkeit hat bei der Absichtspauliana keine eigenständige Bedeutung, *soweit* der Austausch gleichwertiger Leistungen zur Bevorzugung einzelner Gläubiger führt. Dies ist nur ausnahmsweise der Fall, wenn der Schuldner die gleichwertige Gegenleistung des Gläubigers in gläubigerschädigender Weise verwendet (sog. mittelbare Gläubigerschädigung; siehe hinten 2.8).

Das Kriterium der Gleichwertigkeit hat demnach bei der Absichtspauliana sehr wohl eine eigenständige Bedeutung. Nur bei einer mittelbaren Gläubigerschädigung (durch die gläubigerschädigende Verwendung der Gegenleistung) kann die Leistung des Schuldners doch noch angefochten werden.

2.3 Austauschverhältnis

2.3.1. Im Allgemeinen

Bevor die Gleichwertigkeit von Leistungen im anfechtungsrechtlichen Sinne bestimmt werden kann, muss zunächst festgelegt werden, welche Leistung des Gläubigers entscheidend ist, d.h. welche Leistung überhaupt als Gegenleistung zur Leistung des Schuldners zu qualifizieren ist.

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist diejenige Leistung des Gläubigers entscheidend, die in einem Austauschverhältnis zur Schuldnerleistung steht.³⁵¹ Unklar ist, ob das Bundesgericht unter diesem Austausch-

³⁴⁸ GILLIÉRON, Commentaire, Art. 288 N 26.

³⁴⁹ GILLIÉRON, Commentaire, Art. 288 N 26.

³⁵⁰ BGE 77 III 79, 84 f. E. 2 und BGE 74 III 48, 55 E. 5.

³⁵¹ BGE 136 III 247, 252 E. 5 («Austauschelement», «Synallagma») sowie BGE 134 III 452, 455 E. 3.1 und BGE 99 III 27, 38 E. 5.

verhältnis ein synallagmatisches Verhältnis im zivilrechtlichen Sinne versteht³⁵² oder ob es von einem weiten Verständnis des Begriffs «Austauschverhältnis» ausgeht.

Dies lässt sich anhand der Rechtsprechung zum Darlehen veranschaulichen. Für eine enge Auslegung sprechen folgende Entscheide: Eine Darlehensrückzahlung steht gemäss Bundesgericht nicht in einem Austauschverhältnis zur Darlehenshingabe. Sie ist bloss eine Erfüllungshandlung der mit Vertragsbeginn begründeten Pflicht zur Darlehensrückzahlung.³⁵³ Im Austauschverhältnis steht dagegen die regelmässige Zinszahlung als Gegenleistung für die fortgesetzte Überlassung eines Darlehens (es sei denn, der Zins wird per Ende der Laufzeit entrichtet).³⁵⁴ Ein weites Verständnis des Austauschverhältnisses hatte das Bundesgericht dagegen in einem nicht publizierten Entscheid zu einer Share-Swap-Transaktion.³⁵⁵ Sodann führte es in

³⁵² Ablehnend: SCHMID J., N 129; WOLF, N 145; VOGT, Absichtsanfechtung, S. 1083, plädiert für einen wirtschaftlich-funktionalen Zusammenhang zwischen den Leistungen.

³⁵³ BGE 134 III 452, 455 E. 3.1.

³⁵⁴ BGE 136 III 247, 253 E. 6; Urteil BGer 5A_116/2009 vom 28. September 2009, E. 5 a.E. Die Zinszahlung wird insofern nicht als nachträgliche Leistung zur vorangegangenen Kreditierung betrachtet, sondern vielmehr als gleichzeitige Leistung für die fortgesetzte Gebrauchsüberlassung (vgl. auch VOGT, Absichtsanfechtung, S. 1079 mit Hinweis auf Urteil BGer 5A_750/2008 vom 24. Februar 2010, E. 4.4).

³⁵⁵ Urteil 5A_420/2008 vom 28. Mai 2009. Hier bejahte es das Austauschverhältnis zwischen den durch den Schuldner zu leistenden Ausgleichszahlungen («Collaterals») im Austausch zur Liquiditätsgewährung der Bank, obschon streng genommen diese Leistungen gar nicht im Austausch standen. Der Entscheid wurde in der Lehre zu Recht kritisiert. Der Begriff des Austauschverhältnisses wurde dort eindeutig überdehnt. Zum Sachverhalt: Im Rahmen einer Share-Swap-Transaktion veräusserte die SAirGroup eigene Aktien an eine Bank. Sie beschaffte sich von der Bank Liquidität und musste im Gegenzug Zinszahlungen leisten. Unterschriften die Aktien während der Laufzeit einen bestimmten Kurswert, musste der ursprüngliche Kaufpreis durch Colletarals der SAirGroup angepasst werden (wurde der Kurs dagegen überschritten, musste die Bank Collaterals leisten). Die Collaterals wurden als vorgezogene periodische Anpassungen an den endgültigen Kaufpreis qualifiziert. Das Bundesgericht verneinte die Gläubigerschädigung mit der Begründung, dass die *Collaterals im Austausch zur Liquiditätsgewährung geleistet* worden seien – eine ähnliche Argumentation wie bei der Zinszahlung für Darlehen. Das Ausbleiben dieser Collaterals hätte zur

einem anderen Entscheid zu Darlehenszinsen aus, dass der schuldrechtlichen Betrachtung lediglich eine hilfsweise Bedeutung zukomme.³⁵⁶

Nach hier vertretener Ansicht muss ein enger funktionaler Zusammenhang zwischen den Leistungen bestehen, damit ein Austauschverhältnis bejaht werden kann. Sofern vertreten wird, dass das Austauschverhältnis in einem engeren Sinn zu verstehen ist, d.h. zwischen Leistung und Gegenleistung ein Synallagma im zivilrechtlichen Sinne vorliegen muss, kann die paulianische Anfechtung der Schuldnerleistung gegebenenfalls noch im Rahmen des rechtmässigen Alternativverhaltens abgewendet werden. Der Einwand könnte erfolgreich erhoben werden, wenn ohne die (nicht im Austauschverhältnis stehende) Schuldnerleistung den Gläubigern ein noch grösserer Schaden entstanden wäre.³⁵⁷

2.3.2. Bei Dienstleistungen

Den Grundtyp eines Dienstleistungsvertrags stellt der Auftrag dar. Somit ist vorab zu eruieren, welche Leistungen bei einem Auftrag in einem Austauschverhältnis stehen. Auf Innominatverträge mit auftragsrechtlichen Elementen werden nachstehende Prinzipien regelmässig analog anwendbar sein,

sofortigen Vertragsbeendigung geführt, woraufhin die SAirGroup sich erneut mit Liquidität hätte eindecken müssen. Tatsächlich bewirkte das Ausbleiben der Collaterals zwar die sofortige Vertragsbeendigung. Diese führte aber nicht etwa zur Rückabwicklung des Vertrags, sondern lediglich zur sofortigen Abrechnung zum aktuellen Kurs der übertragenen Aktien der SAirGroup. Die von der Bank zur Verfügung gestellte Liquidität wäre der SAirGroup erhalten geblieben. Nach hier vertretener Ansicht hätte der Austausch gleichwertiger Leistungen verneint werden müssen. Es bestand kein Austauschverhältnis zwischen der Ausgleichszahlung des Schuldners und irgendeiner anderen Leistung der Bank. Insbesondere kann kein Austauschverhältnis zur Eigentumsverschaffung an den eigenen Aktien der SAirGroup vorgelegen haben (vgl. dagegen VOGT/KÄSER, 588), war doch die Eigentumsverschaffung ebenfalls eine Leistung des Schuldners. Vielmehr ist dieser Fall mit der Kaufpreisminderung bei Schlechterfüllung vergleichbar. Bei einer Minderungszahlung wird das Vorliegen eines Synallagmas ebenfalls verneint (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 2224; BK OR-WEBER R., Art. 82 N 98).

³⁵⁶ Urteil BGer 5A_750/2008 vom 24. Februar 2010, E. 4.3.

³⁵⁷ A.M. VOGT, Absichtsanfechtung, S. 1084 (cc.), wonach dieser Einwand bereits beim Vorhandensein eines Gläubigerschadens zu prüfen wäre.

soweit das Austauschverhältnis auftragsrechtlicher Elemente zu beurteilen ist.

Drei Konstellationen von Leistung- und Gegenleistungsverhältnissen sind zu unterscheiden: (i) zwei Hauptleistungen, (ii) eine Haupt- und eine Nebenleistung sowie (iii) zwei Nebenleistungen.

In der Regel stehen nur Hauptleistungspflichten im Austauschverhältnis.³⁵⁸ Beim entgeltlichen Auftrag handelt es sich um einen vollkommen zweiseitigen (synallagmatischen) Vertrag,³⁵⁹ in welchem das (sorgfältige) Tätigwerden des Beauftragten und die Vergütung als Hauptleistungspflichten in einem Austauschverhältnis stehen.³⁶⁰

In Einzelfällen kann auch eine Leistungspflicht, welche normalerweise als Nebenleistungspflicht qualifiziert würde, als Hauptleistungspflicht ausgestaltet sein. So kann die Herausgabe resp. Übergabe von Dokumenten die eigentliche Hauptleistungspflicht sein und gegebenenfalls in einem Austauschverhältnis zum Honoraranspruch stehen.³⁶¹ Gerade bei Beratungsdienstleistungen steht regelmässig aber nicht die Herausgabe von Unterlagen, sondern die beratende Tätigkeit an sich im Vordergrund. Die Aktenherausgabe (bspw. Verfahrensakten) ist in diesem Fall nur eine nebensächliche Leistung, die nicht in einem Austauschverhältnis zum vereinbarten Honorar steht.³⁶²

In Einzelfällen kann nach hier vertretener Ansicht auch bei zwei Nebenleistungspflichten ein Austauschverhältnis im anfechtungsrechtlichen Sinne bejaht werden, wenn ein enger funktionaler Zusammenhang zwischen den beiden Leistungen besteht. So kann je nach Umständen der Anspruch auf

³⁵⁸ BK OR-FELLMANN, Art. 400 N 179; BK OR-WEBER R., Art. 82 N 91.

³⁵⁹ HONSELL, BT, S. 335; KUKO OR-SCHALLER, Art. 394 N 1; SUTER, S. 15.

³⁶⁰ BGE 124 III 423, 425 E. 3b. Vgl. zum Vermögensverwaltungsvertrag betreffend das Austauschverhältnis zwischen dem Honorar und der Verwaltung des Vermögens durch den Beauftragten Urteil HGer ZH HG120228 vom 10. Juli 2015, E. B.2.6.3; BK OR-FELLMANN, Art. 400 N 178; GMÜR, N 295; BK OR-WEBER R., Art. 82 N 99.

³⁶¹ BK OR-FELLMANN, Art. 400 N 179. So kann in Einzelfällen die Herausgabe eines Gutachtens als Hauptleistungspflicht ausgestaltet sein (vgl. JERMANN, S. 281).

³⁶² Zum Ganzen: JERMANN, S. 281.

Auslagenersatz (Nebenleistungspflicht) in einem engen funktionalen Verhältnis zur Ablieferungspflicht gemäss Art. 400 OR stehen.³⁶³

2.4 Gleichwertigkeit i.e.S. (Wert der Leistungen)

2.4.1. Im Allgemeinen

2.4.1.1. Begriff

Gleichwertig i.e.S. ist eine Gegenleistung, deren Wert dem Marktwert entspricht.³⁶⁴ Relevant ist der Wert, der dem Schuldner im Austausch zu seiner eigenen Leistung unmittelbar zukommt. Nicht zu berücksichtigen ist demgegenüber der Wert möglicher Gegenleistungen, die einem Dritten zugeeignet werden. Als Dritte gelten auch andere Gesellschaften desselben Konzerns.³⁶⁵

2.4.1.2. Massgebender Zeitpunkt

Obschon für die Gläubigerschädigung grundsätzlich der Zeitpunkt der Zwangsvollstreckung massgebend ist, wird in der Lehre ohne nähere Begründung die Meinung vertreten, dass für die Beurteilung der Gleichwertigkeit der Leistungen auf den Wert im Zeitpunkt des Leistungsaustauschs abzustellen ist.³⁶⁶

Beizupflichten ist der Literatur insoweit, als der Zeitpunkt der Zwangsverwertung nicht massgebend sein kann. Die Rechtsprechung nimmt selbst dann eine Gleichwertigkeit i.e.S. an, wenn die Gläubigerleistung im Zeitpunkt der Zwangsvollstreckung bereits verbraucht wurde.³⁶⁷ Die Empfänger der

³⁶³ Vgl. BGE 94 II 263, 267 E. 3a.

³⁶⁴ BGE 136 III 247, 252 E. 5; Urteil 5A_750/2008 vom 24. Februar 2010, E. 4.3; VOGT, Absichtsanfechtung, S. 1082.

³⁶⁵ ROTH, Sanierungsdarlehen, S. 382 f. A.M. RUSCH, S. 199 f.

³⁶⁶ Siehe auch (indes ohne nähere Begründung) RÜEDI, FN 424 a.E.; SCHMID J., N 130. Würde dagegen auf den Zeitpunkt der Zwangsvollstreckung abgestellt und somit die (objektive) Gläubigerschädigung bejaht, müsste immerhin die (subjektive) Gläubigerschädigungsabsicht im Zeitpunkt der Vornahme der Rechtshandlung verneint werden.

³⁶⁷ BGE 135 III 276, 282 E. 6.3.1; VOGT, Damoklesschwert, S. 165.

anfechtbaren Leistung sollen denn auch für ungünstige Wertentwicklungen – wie den Werteinbruch einer Fremdwährung oder die ungünstige Entwicklung eines Aktienkurses – nicht belangt werden können.

Aus Gründen der Rechtssicherheit³⁶⁸ resp. Voraussehbarkeit, ob eine Leistung künftig angefochten werden könnte, ist nach hier vertretener Ansicht auf den Wert der Gläubigerleistung im Zeitpunkt des Verpflichtungsgeschäfts abzustellen.³⁶⁹ Wäre dagegen das Verfügungsgeschäft massgebend, wäre der Eintritt einer Gläubigerschädigung bei Termingeschäften (die oftmals auf mehrere Jahre ausgerichtet sind) aleatorisch und somit nicht voraussehbar.

2.4.2. Bei Dienstleistungen (als Gegenleistung)

Eine Dienstleistung ist gleichwertig, sofern die Entschädigung nach dem «arm's length»-Massstab festgesetzt wurde.³⁷⁰ Der «arm's length»-Massstab ist eingehalten, wenn die Honorarhöhe auch bei anderen vergleichbaren Dienstleistungsgeschäften unter voneinander unabhängigen Dritten auf dem Markt dergestalt vereinbart würde (sog. Drittmanntest). Das heisst, die Höhe des Honorars muss marktkonform erscheinen.³⁷¹ Für die Bestimmung des Werts der Dienstleistung ist – mit Blick auf die Rechtssicherheit – wie bei Sachleistungen auf den Zeitpunkt des Verpflichtungsgeschäfts abzustellen. Eine unterschiedliche Behandlung von Sach- und Dienstleistungen erscheint nicht sachgerecht.

In früheren kantonalen Entscheiden wurde die Frage, ob Dienstleistungen einen Wert hätten, unterschiedlich beantwortet. Das Zivilgericht Basel-Stadt

³⁶⁸ Siehe S. 20.

³⁶⁹ In diese Richtung können auch die Ausführungen von BSK SchKG II-STAEHELIN A., Art. 286 N 15, gedeutet werden, der für das Missverhältnis von Art. 286 SchKG zwar auf den Zeitpunkt des Leistungsaustauschs abstellt, als Beispiel aber den Börsenkurs im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses als massgebend erachtet.

³⁷⁰ WITMER, S. 155.

³⁷¹ BGE 134 III 615, 622 E. 5. Umstritten ist, ob einseitig festgelegte Verbandstarife als angemessen gelten können (grundsätzlich bejaht in: BSK OR I-WEBER R., Art. 394 N 38; verneint in: BK OR 1971-GAUTSCHI, Art. 394 N 82e und GUHL/SCHNYDER, § 49 N 5).

erwog in seinem Entscheid vom Jahr 1999, dass auch Dienstleistungen ein Marktwert zukomme. Der Marktwert sei unter der Annahme, dass das Unternehmen fortgeführt werde, zu beurteilen. Dienstleistungen könnten demnach eine gleichwertige Gegenleistung zum hierfür bezahlten Honorar darstellen.³⁷² Das Handelsgericht Zürich stellte sich dagegen sechs Jahre später auf einen anderen Standpunkt und entschied, dass Dienstleistungen losgelöst vom Schuldner keinen Marktwert hätten und insofern zum geleisteten Honorar keine gleichwertige Gegenleistung darstellten. Entscheidend sei nämlich nicht der Marktwert des erworbenen Vermögenswertes im Hinblick auf die Fortführung des Schuldners, sondern – im Hinblick auf die Liquidation des schuldnerischen Vermögens – die Möglichkeit, den Vermögenswert losgelöst von der Existenz des Schuldners verwerten zu können.³⁷³

Mit BGE 134 III 615 (Tempus-Entscheid) klärte das Bundesgericht die Streitfrage und anerkannte, dass auch Dienstleistungen gleichwertige Gegenleistungen i.e.S. sein können.³⁷⁴ Dienstleistungen haben einen Wert, selbst wenn sie nicht als Aktivum in der Bilanz aufgeführt werden.³⁷⁵

2.5 Verwertbarkeit der Gegenleistung?

2.5.1. Im Allgemeinen

Eine Gegenleistung des Gläubigers gilt gemäss der Lehre als verwertbar, wenn sie dem Schuldner tatsächlich zugekommen ist³⁷⁶, einen Vermögenswert aufweist und verkehrsfähig³⁷⁷ ist. Nicht verkehrsfähig und damit nicht verwertbar sind bspw. Sachen im Gemeingebrauch, Kompetenzgut i.S.v.

³⁷² Urteil ZGer BS P3 1997/00342 vom 12. März 1999 (nicht publ.).

³⁷³ Urteil HGer ZH vom 13. Juni 2005, E. 3.3.3. (publ. in ZR 104 (2005) Nr. 78, S. 302).

³⁷⁴ BGE 134 III 615, 620 E. 4.3: «Die Dienstleistungen sind somit anfechtbar, nicht weil sie keinen Wert hätten, der sich in den der Zwangsvollstreckung unterliegenden Werten wiederfinde [...]».

³⁷⁵ BGE 134 III 615, 620 f. E. 4.3; Urteil ZGer BS P3 1997/00342 vom 12. März 1999 (nicht publ.).

³⁷⁶ SCHMID J., N 136.

³⁷⁷ BSK ZGB II-RAMPINI/SCHULIN/VOGT, Art. 896 N 4.

Art. 92 SchKG³⁷⁸, Versicherungspolice, Aktien etc.³⁷⁹ Mangels Übertragbarkeit nicht verwertbar ist bspw. ein Wohnrecht (Art. 776 Abs. 2 ZGB).

In älteren Bundesgerichtsentscheiden wurde die Verwertbarkeit der Gegenleistung nicht als Voraussetzung für einen Austausch gleichwertiger Leistungen i.w.S. gehandhabt. So hielt das Bundesgericht gar fest, dass das Wertverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung unabhängig davon zu beurteilen sei, ob die Gegenleistung im Zeitpunkt der Zwangsvollstreckung noch vorhanden sei.³⁸⁰ Wenn die Gegenleistung nicht mehr vorhanden sei, müsse aber geprüft werden, ob sie gläubigerschädigend verwendet wurde und die entsprechende Absicht des Schuldners für die Gegenpartei erkennbar war (sog. mittelbare Gläubigerschädigung; vgl. hierzu hinten S. 114 ff.). In Übereinstimmung mit dieser Rechtsprechung hielt das Bundesgericht in BGE 135 III 276 (Air-Total-Entscheid) fest, dass beim Austausch gleichwertiger Leistungen i.w.S. grundsätzlich keine Gläubigerschädigung vorliege, selbst wenn die Gegenleistung noch vor der Zwangsvollstreckung durch den Schuldner verbraucht wurde.³⁸¹

Das Bundesgericht nahm erstmals im Jahre 2009 in einem nicht publizierten Entscheid das Kriterium der Verwertbarkeit ausdrücklich als Voraussetzung für einen «Austausch gleichwertiger Leistungen i.w.S.» auf.³⁸² Alsdann er-

³⁷⁸ Die Frage des Kompetenzguts stellt sich bei Einzelunternehmen und Kollektivgesellschaften im Konkurs, da hier der Einzelunternehmer resp. die Gesellschafter persönlich unbeschränkt haften, nicht aber im Konkurs von Kapitalgesellschaften.

³⁷⁹ BSK ZGB II-RAMPINI/SCHULIN/VOGT, Art. 896 N 4.

³⁸⁰ BGE 63 III 150, 155 E. 3.

³⁸¹ BGE 135 III 276, 282 E. 6.3.1. Das Bundesgericht erläuterte diese Praxisänderung zur älteren Rechtsprechung (BGE 39 III 368, 376 E. 4; siehe auch JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN, Art. 288 N 3) nicht. REISER, S. 108; ROHDE, S. 151; RÜEDI, N 279; STAEHELIN D., Anfechtungsklagen, S. 86.

³⁸² Urteil BGER 5A_386/2008 vom 6. April 2009, E. 2. In BGE 134 III 615 (Tempus-Entscheid) gab es zwar die Ausführungen der Vorinstanz wieder, wonach der Schuldner, der eine Honorarforderung begliche, keinen verwertbaren Vermögenswert erhalte. Das Bundesgericht erwog jedoch nicht, dass die Verwertbarkeit eine Voraussetzung für den Austausch gleichwertiger Leistungen sein soll (BGE 134 III 615, 620 E. 4.2).

wähnte es die Voraussetzung der Verwertbarkeit der Gegenleistung noch in einzelnen späteren Entscheiden (wovon einer publiziert worden ist).³⁸³

In der kantonalen Rechtsprechung wurde das Erfordernis der Verwertbarkeit insbesondere im Zusammenhang mit der *nachträglichen* Begleichung von Dienstleistungshonoraren aufgegriffen und die Gläubigerschädigung – mangels Verwertbarkeit der Gegenleistung – bejaht.³⁸⁴ Die Frage der Verwertbarkeit der Gegenleistung des Gläubigers ist bei nachträglichen Leistungen des Schuldners aber ohnehin irrelevant, da bei dieser zeitlichen Abfolge der Leistungen – wie auf S. 100 ff. noch zu sehen sein wird – die Schuldnerleistung isoliert betrachtet und daher grundsätzlich von einer Gläubigerschädigung ausgegangen wird.

Das Erfordernis der Verwertbarkeit scheint aufgrund der Literatur nachträglich in die bundesgerichtliche Rechtsprechung aufgenommen worden zu sein. In der Literatur wurde die Verwertbarkeit der Gegenleistung erstmals am Rande bei BERZ thematisiert. Er verlangt, dass die Gegenleistung des Gläubigers nicht nur gleichwertig, sondern auch gleich gut verwertet werden können soll wie die Schuldnerleistung.³⁸⁵ Aufgegriffen wurde das Erfordernis der Verwertbarkeit bei ZOBL. Dieser führte in seiner Publikation vom Jahr 2000 aus, dass der Schuldner, der ein Dienstleistungshonorar begleihe, keinen verwertbaren Vermögenswert erwerbe, «der in der Bilanz als Aktivum seinen Niederschlag finden würde».³⁸⁶ In der Literatur scheint das Erfordernis der Verwertbarkeit ohne weitere Auseinandersetzung übernommen worden zu sein.³⁸⁷

³⁸³ BGE 137 III 268, 283 E. 4.1; Urteil BGer 5A_28/2012 vom 13. März 2012, E. 4; 5A_116/2009 vom 28.09.2009, E. 4.

³⁸⁴ Urteil HGer ZH HG050372 vom 19. November 2007, E. III.4.3.1 (nicht publ.); HGer ZH vom 13. Juni 2005, E. III.3.3.3 (publ. in ZR 104 (2005) Nr. 78), wonach der Austausch gleichwertiger, verwertbarer Aktiven bloss zu Umbuchungen innerhalb der Aktiven führe; ZGer BS vom 16. Juni 1983, E. 4 (publ. in BJM 1983, S. 240 ff.).

³⁸⁵ BERZ, S. 60. Gl.M. SCHMID J., N 136.

³⁸⁶ ZOBL, S. 31.

³⁸⁷ CAMPONOVO, S. 534; EISENRING/YASARGIL, S. 3; ROHDE, S. 151; SCHMID J., N 136; SCHWANINGER, N 25; BSK SchKG II-STAEHELIN A., Art. 288 N 11 (in der Voraufgabe blieb das Erfordernis der Verwertbarkeit unerwähnt); VOGT, Damoklesschwert, S. 175. Frühere Literatur verlangte teilweise sogar, dass die

Nach hier vertretener Auffassung ist die Verwertbarkeit der gleichwertigen Gegenleistung zwar ein hinreichendes, nicht aber ein notwendiges Argument, um den Austausch gleichwertiger Leistungen i.w.S. zu bejahen. Es genügt vielmehr bereits, dass die Gegenleistung für die Gläubigerschädigung nicht offensichtlich nutzlos ist. Dabei darf die offensichtliche Nutzlosigkeit der Gegenleistung nur zurückhaltend, sprich in klaren Fällen, angenommen werden. Eine nachträgliche Überprüfung der Nützlichkeit darf demnach nur in ganz engen Grenzen erfolgen.

In Übereinstimmung mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung wird nach vorliegender Ansicht sodann vertreten, dass die vor der Zwangsvollstreckung erbrachte Gegenleistung des Gläubigers im Zeitpunkt der Zwangsvollstreckung nicht mehr physisch vorhanden sein muss. Dies ist insofern stringent, als auch für die Frage der Gleichwertigkeit i.e.S. Wertveränderungen nach Vornahme des in Frage stehenden Rechtsgeschäfts unbeachtlich sind.³⁸⁸ Aus rechtspolitischer Sicht wäre auch nicht einzusehen, weshalb Lieferanten verbrauchbarer Güter gegenüber solchen von Gebrauchs- oder Investitionsgütern anfechtungsrechtlich benachteiligt werden sollen. Andernfalls würden Verkäufer von verbrauchbaren Gütern ihre Lieferungen – selbst bei Vorleistung des Schuldners – einstellen, sobald sich erste Hinweise auf finanzielle Schwierigkeiten beim Schuldner abzeichnen. Der Schuldner soll durch die Pauliana nicht «immobilisiert» werden.³⁸⁹

2.5.2. Bei Dienstleistungen

Das Bundesgericht hat sich im Gegensatz zu den kantonalen Gerichten³⁹⁰ bislang noch nicht explizit zum Erfordernis der Verwertbarkeit bei Dienst-

Gegenleistung selbst im Zeitpunkt der Zwangsvollstreckung noch vorhanden sein müsse (vgl. FENKART, S. 411).

³⁸⁸ Siehe S. 82 f.

³⁸⁹ BGE 136 III 247, 249 E. 2; Urteil BGer 5A_750/2008 vom 24. Februar 2010, E. 2.

³⁹⁰ Ablehnend: Urteil BezGer Bülach DG060095 vom 4. Juni 2007, E. II.3.3 (nicht publ.); Urteil HGer ZH vom 13. Juni 2005, E. 3.3.3 (publ. in ZR 104 (2005) Nr. 78, S. 301). Nicht dazu geäußert hat sich das Urteil ZGer BS vom 16. Juni 1983 (publ. in BJM 1983 S. 240 ff.) m.H. auf BGE 99 III 27, 34 f., welches die nachträgliche Begleichung von Dienstleistungshonoraren zu beurteilen hatte.

leistungen geäussert. In BGE 134 III 615 (Tempus-Entscheid) wurde die Frage der Verwertbarkeit von Dienstleistungen nicht entschieden.³⁹¹ Im später ergangenen BGE 137 III 268 (Saniererhonorar-Entscheid) liess das Bundesgericht offen, ob die im konkreten Fall erbrachten Beratungsleistungen verwertbar gewesen wären und ob das Kriterium der Verwertbarkeit für Dienstleistungen überhaupt einschlägig ist.³⁹² In beiden Fällen wurden die Dienstleistungshonorare erst nachträglich beglichen³⁹³, womit ohnehin kein Austausch gleichwertiger Leistungen vorliegen konnte.

In der kantonalen Rechtsprechung wurde dagegen explizit festgehalten, dass Dienstleistungen nicht verwertbar seien und sich damit die Regel, wonach der Austausch gleichwertiger Leistungen keine Gläubigerschädigung bewirkte, auf Dienstleistungen nicht anwenden lasse.³⁹⁴

Beizupflichten ist der Ansicht, dass Dienstleistungen in der Regel nicht verwertbar sind.³⁹⁵ Eine reale Gegenleistung, wie bei Sachwerten, auf welche Gläubiger greifen können, liegt nicht vor.³⁹⁶ Dennoch muss ein Austausch gleichwertiger Leistungen i.w.S. auch bei Dienstleistungen möglich sein.

Eine unterschiedliche Behandlung von Verbrauchsgütern resp. Gütern, die einem schnellen Wertverlust ausgesetzt sind, und Dienstleistungen erscheint

³⁹¹ BGE 134 III 615, 618 ff. E. 4.2.

³⁹² BGE 137 III 268, 283 E. 4.1.

³⁹³ Vgl. Urteil HGer ZH HG050365 vom 24. September 2008 (= Vorentscheid zu BGE 137 III 268), E. V.3.3 (nicht publ.), wonach die Beklagte der SAirGroup ihre Leistungen kreditiert hat. Sie stellte jeweils nach erbrachter Leistung Rechnung und räumte eine dreissigtägige Zahlungsfrist ein, was nicht mehr als Zugum-Zug-Geschäft qualifiziert werden kann.

³⁹⁴ Urteil HGer ZH HG050365 vom 24. September 2008, E. 4.3.2 (nicht publ.); BezGer Bülach DG060095 vom 4. Juni 2007, E. II.3.3 (nicht publ.); HGer ZH vom 13. Juni 2005, E. 3.3.3 (publ. in ZR 104 (2005) Nr. 78). Nicht zur Verwertbarkeit geäussert hat sich das Urteil ZGer BS vom 16. Juni 1983 (publ. in BJM 1983 S. 240 ff. m.H. auf BGE 99 III 27, 34 f.), welches die nachträgliche Begleichung von Dienstleistungshonoraren zu beurteilen hatte.

³⁹⁵ Gegen die Verwertbarkeit sprechen sich BOMMER/THOMMEN, FN 61 und ZOBL, S. 31 aus.

³⁹⁶ Urteil OGer ZH LB070108 vom 21. August 2009, E. 3; BSK SchKG II-STAEHELIN A., Art. 288 N 12a.

nicht sachgerecht.³⁹⁷ Ähnlich wie Treibstoff werden Dienstleistungen bei ihrem Bezug regelmässig sofort verbraucht. Auch Sachleistungen, insbesondere Verbrauchsgüter, verbleiben regelmässig nicht für immer im Unternehmen. Bei verbrauchbaren Sachleistungen schliesst das Bundesgericht den Austausch gleichwertiger Leistungen nicht aus, nur weil die Gegenleistung noch vor der Zwangsvollstreckung durch den Schuldner verbraucht wird.³⁹⁸

Des Weiteren könnte bei Dienstleistungen argumentiert werden, dass sich ihr Wert regelmässig (zumindest indirekt) in der Konkurs- resp. Nachlassmasse wiederfinde.³⁹⁹ Auch der Wert von Arbeitnehmerleistungen findet sich regelmässig im Vollstreckungssubstrat wieder. Zumindest bei noch übertragungsfähigen Betriebsteilen kann sich der Wert der Dienstleistung allenfalls im Goodwill, d.h. der Differenz zwischen dem bezahlten Übernahmepreis und dem betrieblichen Wert der Nettoaktiven,⁴⁰⁰ manifestieren.

Zielführender scheint es, bei Dienstleistungen ganz auf das Kriterium der Verwertbarkeit zu verzichten. Stattdessen sollte geprüft werden, ob die Dienstleistung aus ex-ante-Sicht unnütz resp. überflüssig war. Wenn die entsprechende Dienstleistung zum Ziel hat, Zufluss an Aktiven zu bewirken oder die Vermehrung anderer Gläubigerforderungen zu verhindern, wird das Vollstreckungssubstrat durch die Bevorschussung dieser Dienstleistung kaum beeinträchtigt.⁴⁰¹ Anders zu behandeln ist der Ausnahmefall, wenn der Schuldner die (offensichtlich unnütze) Dienstleistung nur in Anspruch nimmt, um seine Gläubiger zu schädigen, und dies für den Dienstleister erkennbar war. Hier liegt eine (zumindest mittelbare) Gläubigerschädigung⁴⁰² vor, selbst wenn die Dienstleistung an sich zu marktüblichen Konditionen erbracht wurde.

Ansatzweise lässt sich diese Argumentation auch beim Tempus-Entscheid erkennen, in welchem festgehalten wurde, dass die Anfechtungsklägerin

³⁹⁷ WICKI, S. 113: Einen massiven Wertverlust können bspw. speziell gefertigte Teile einer Maschine aufgrund der Konkurseröffnung resp. Produktionseinstellung erleiden.

³⁹⁸ BGE 135 III 276, 282 E. 6.3.1; ROHDE, S. 151.

³⁹⁹ Siehe bspw. BGE 134 III 615, 620 E. 4.3.

⁴⁰⁰ BÖCKLI, Rechnungslegung, N 370.

⁴⁰¹ BSK SchKG II-STAEHELIN A., Art. 288 N 12a.

⁴⁰² Zur mittelbaren Gläubigerschädigung siehe S. 114 ff.

nicht behauptet habe, die Leistungen der Revisionsstelle seien nutzlos und die durchgeführten Kontrollen übertrieben oder zu detailliert. Das Bundesgericht hat also der Nützlichkeit der Dienstleistung eine Relevanz zuerkannt.⁴⁰³

2.6 Zeitliche Abfolge der Leistung und Gegenleistung

2.6.1. Im Allgemeinen

2.6.1.1. Übersicht

In der Lehre und Rechtsprechung bestehen kontroverse Ansichten zur Frage, inwiefern aufgrund der zeitlichen Abfolge der Leistung und Gegenleistung die übrigen Gläubiger geschädigt sein können, selbst wenn die Gegenleistung des Gläubigers den gleichen Wert aufweist und verwertbar ist. Dabei sind drei Fälle zu unterscheiden: Der Schuldner erbringt seine Leistung vorgängig (siehe 2.6.1.2), Zug um Zug (siehe 2.6.1.3) oder nachträglich (siehe 2.6.1.4) zur Leistung des Gläubigers.

Kritisch ist gemäss der jüngeren Rechtsprechung des Bundesgerichts eine nachträgliche Leistung des Schuldners.⁴⁰⁴ Die Leistung des Schuldners ist demgegenüber nicht gläubigerschädigend, wenn sie vorgängig oder zumindest Zug um Zug zur gleichwertigen Gegenleistung des Gläubigers erfolgt.⁴⁰⁵ Das Abstellen auf die zeitliche Komponente wurde in der Lehre teilweise

⁴⁰³ BGE 134 III 615, 622 E. 5.2. Im Gegensatz zur Vorinstanz hat das Bundesgericht diesen Aspekt allerdings nicht im Zusammenhang mit der (objektiven) Gläubigerschädigung geprüft, sondern im Rahmen der (subjektiven) Schädigungsabsicht.

⁴⁰⁴ Das Bundesgericht geht nicht von einer Praxisänderung aus. Vielmehr präzisiert es die bisherige Rechtsprechung. Vgl. bspw. BGE 135 III 276, 282 E. 6.3.2 mit Hinweis auf BGE 99 III 27, 34 f. E.4, wonach die nachträgliche Zahlung von Geld oder Überlassung von Ware zur Tilgung einer Schuld eine Gläubigerschädigung bewirkt, weil der Schuldner keine Gegenleistung erhält.

⁴⁰⁵ BGE 135 II 276, 282 f. E. 6.3.2; Urteil 5A_750/2008 vom 24. Februar 2010, E. 3 und E. 4.4. Bei der Honorierung von Dienstleistungen stellt sich diese Frage freilich nur dann, wenn man davon ausgeht, dass diese gleichwertig (und soweit dieses Kriterium überhaupt einschlägig sein soll) verwertbar sein können.

kritisiert. Das Bundesgericht hält jedoch trotz Kritik weiterhin an seiner Rechtsprechung fest.⁴⁰⁶

2.6.1.2. Vorleistungen des Schuldners

a) Keine Gläubigerschädigung

Die h.L. vertritt die Ansicht, dass die Vorleistung des Schuldners keine Gläubigerschädigung bewirkt, wenn er im Gegenzug nachträglich eine gleichwertige (i.e.S.) (und verwertbare) Gegenleistung vom Schuldner erhält.⁴⁰⁷ Das Bundesgericht hatte zwar noch nie die Gläubigerschädigung effektiv aus diesem Grund verneint.⁴⁰⁸ Allerdings hat es in zwei Swissair-Entscheiden Ausführungen zu Vorausleistungen gemacht: In BGE 135 III 276 (Air-Total-Entscheid) hielt es fest, dass Vorschusszahlungen grundsätzlich nicht gläubigerschädigend seien.⁴⁰⁹ In BGer 5A_567/2009 vom 11. Juni 2010 (Kerosin-Entscheid) gab es sodann die Ausführungen der Vorinstanz wieder, wonach Vorauszahlungen die Anfechtbarkeit hätten verhindern können.⁴¹⁰

Den Grund für die fehlende Gläubigerschädigung sieht die h.L. darin, dass der Vertragspartner des Schuldners – ob nun Dienstleister oder Warenlieferant – aufgrund dessen Vorleistung nur ein potentieller Konkursgläubiger werde.⁴¹¹ Er sei daher nicht Teil der Gemeinschaft der bereits in einem Kreditverhältnis stehenden Gläubiger, womit auch keine Gläubigerschädi-

⁴⁰⁶ Urteil BGer 5A_750/2008 vom 24. Februar 2010, E. 3.

⁴⁰⁷ EISENRING/YASARGIL, S. 3; GLANZMANN, Sanierungsdarlehen, S. 264; LORANDI, Rechtsprechung, S. 227; SCHWANINGER, N 48; UMBACH-SPAHN, S. 178; a.M. REISER, S. 106.

⁴⁰⁸ SCHWANINGER, N 51.

⁴⁰⁹ BGE 135 III 276, 282 E. 6.3.1.

⁴¹⁰ Urteil BGer 5A_567/2009 vom 11. Juni 2010, E. 3.2. Das Bundesgericht verweist hierbei auf die Ausführungen der Vorinstanz, welche wiederum auf den Air-Total-Entscheid abstellt.

⁴¹¹ EISENRING/YASARGIL, S. 3; SCHWANINGER, N 48; ebenso CAMPONOVO, S. 536, dessen Aufsatz noch vor der Rechtsprechung zur zeitlichen Abfolge beim Ausnahmetatbestand «Austausch gleichwertiger Leistungen» publiziert wurde.

gung vorliegen könne.⁴¹² Sodann behalte der Schuldner bei Leistung des Vorschusses seinen Anspruch, diesen Vorschuss *zurückzuverlangen*.⁴¹³

Im Ergebnis ist der h.L. beizupflichten. Vorschusszahlungen sind nicht gläubigerschädigend. Nach hier vertretener Ansicht ist jedoch eine andere Begründung für die fehlende (objektive) Gläubigerschädigung naheliegender als die fehlende Gläubigerstellung oder der Anspruch des Schuldners auf Rückerstattung des Vorschusses: Der Vertragspartner des vorleistenden Schuldners wird mit Vertragsschluss ein Gläubiger im Hinblick darauf, den Vorschuss zu erhalten, und bleibt dies bis zur Bezahlung des Vorschusses.

Auch das Argument, der Schuldner habe einen Anspruch auf Rückerstattung des geleisteten Vorschusses, scheint nicht geeignet. Die Frage, ob die Vorleistung des Schuldners gläubigerschädigend ist oder nicht, stellt sich im Rahmen des Austauschs gleichwertiger Leistungen i.w.S. insbesondere dann, wenn der Schuldner den geleisteten Vorschuss nicht zurückfordern kann, weil die Vertragspartei bereits eine gleichwertige Gegenleistung (i.e.S.) erbracht hat. Der Schuldner kann sodann seine Vorleistung nicht jederzeit voraussetzungslos zurückfordern. Ein Anspruch des Schuldners auf Rückerstattung seiner Leistung besteht, wenn der Vertrag durch den Konkurs von Gesetzes wegen beendet wird (bspw. beim Auftrag gemäss Art. 405 Abs. 1 OR) und die Gegenpartei im Gegensatz zum Schuldner den Vertrag noch nicht oder nur teilweise erfüllt hat.⁴¹⁴ Nicht von Gesetzes wegen beendet werden Kaufverträge beim Konkurs einer Partei. Verkauft ein Schuldner eine

⁴¹² BSK EB SchKG-BAUER, Art. 285 ad N 14b; CAMPONOVO, S. 536; EISENRING/YASARGIL, S. 3; SCHWANINGER, N 48. Zur gleichen Problematik beim StGB: GESSLER, Insolvenzstrafrecht, N 106; MEIER U., S. 143.

⁴¹³ SCHWANINGER, N 49 mit Verweis auf EISENRING/YASARGIL, S. 3, welche den Anspruch auf Rückerstattung des Vorschusses aber nicht näher begründen.

⁴¹⁴ Fraglich ist, inwieweit dem Schuldner im Konkurs ein Rücktrittsrecht zusteht, wenn er zwar geleistet hat, die Gegenpartei aber noch nicht, weil ihre Leistung noch nicht fällig war. Hat der Gemeinschuldner teilweise erfüllt, kann er seine Anzahlung nur dann zurückfordern, falls ein Rücktrittsrecht vertraglich vereinbart wurde (BGE 101 III 11, 15 E. 3; BSK SchKG II-SCHWOB, Art. 211 N 9; vgl. auch WEYDMANN, S. 65 f.) oder ihm von Gesetzes wegen zusteht (z.B. gemäss Art. 404 OR). Aus dem Konkursrecht selbst ergibt sich kein Rücktrittsrecht. Das Gleiche muss gelten, wenn der Schuldner seine Vertragspflichten vollständig erfüllt hat. Ein Fall von Art. 211 SchKG liegt gemäss HUNKELER, Konkurseröffnung, S. 58, nicht vor.

Sache auf Kredit und fällt er noch vor Bezahlung durch den Käufer in Konkurs, steht ihm resp. der Konkursmasse kein Rückforderungsrecht der verkauften Sache zu, sondern vielmehr nur ein Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises.⁴¹⁵

Der nach hier vertretener Ansicht naheliegendere Grund für die fehlende (objektive) Gläubigerschädigung ist darin zu sehen, dass der künftige Gemeinschuldner mit der Vorleistung die Forderung gegenüber der Vertragspartei im Rahmen eines Forderungskontos buchhalterisch aktivieren kann (bei unterjährigen Forderungen z.B. «Anzahlung an Lieferanten», «kurzfristige Vorschüsse und Darlehen»; bei periodenübergreifenden Forderungen «aktive Rechnungsabgrenzung»).416 Soweit die Gegenpartei solvent, mithin die Forderung ihr gegenüber werthaltig ist, werden mit der Zahlung des Vorschusses lediglich zwei Aktivenpositionen in der Bilanz getauscht. Das Vollstreckungssubstrat wird bei diesem bilanzneutralen Vorgang nicht vermindert, womit eine Gläubigerschädigung ausgeschlossen ist.⁴¹⁷

Eine solche aktivierbare Forderung gegenüber dem Gläubiger ist nach hier vertretener Ansicht eine gleichwertige Gegenleistung i.e.S. Das gilt ungeachtet der Rechtsprechung des Bundesgerichts, wonach der Erwerb einer Forderung (als Gegenleistung für die veräusserten Vermögenswerte des Schuldners) die Gläubigerschädigung nicht von vornherein ausschliesse.⁴¹⁸ Diese Rechtsprechung ist insofern zu präzisieren, als die Gläubigerschädigung nur dann nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann, wenn die Forderung nicht oder nur beschränkt werthaltig ist. Eine Gläubigerschä-

⁴¹⁵ KUKO SchKG-BÜRGI, Art. 211 N 7b; BSK SchKG II-SCHWOB, Art. 211 N 9.

⁴¹⁶ Im Übrigen entfällt mit der Vorleistung des Schuldners die Einredebelastung i.S.v. Art. 82 f. OR. Der Schuldner kann also die Leistung des Gläubigers verlangen, ohne dass dieser seine Leistung mithilfe der Einrede von Art. 82 f. OR verweigern könnte.

⁴¹⁷ Kritisch: REISER, S. 106, wonach bei einer Vorleistung eine Gläubigerbevorzugung vorliegt, weil der Vorschussempfänger volle Deckung erhält, während alle anderen Gläubiger sich mit einer Dividende begnügen müssen. Allerdings bewirkt nach hier vertretener Ansicht eine reine Gläubigerbevorzugung, die keine Verminderung des Vollstreckungssubstrats zur Folge hat, keine Gläubigerschädigung.

⁴¹⁸ BGE 136 III 247, 251 E. 3; 135 III 276, 280 f. E. 6.1.2; 134 III 615, 619 E. 4.2.1; 99 III 27, 34 E. 4.

digung muss dagegen ausgeschlossen sein, wenn die durch den Schuldner erworbene Forderung werthaltig, d.h. einbringlich, ist.⁴¹⁹ Andernfalls wären Vorleistungen des Schuldners generell gläubigerschädigend, weil dem Schuldner im direkten Austausch zu seiner Vorleistung (z.B. nach der Übergabe einer Sache beim Kreditkauf) regelmässig nur eine Forderung auf eine bestimmte Leistung des Vertragspartners (z.B. Forderung gegen den Käufer auf Zahlung des Kaufpreises) zusteht.⁴²⁰

Im Ergebnis kann die Anfechtungsresistenz von Vorschüssen dazu führen, dass paulianaaffine Vertragspartner in der Krise des Schuldners vermehrt solche verlangen und ein insolvenzgefährdetes Unternehmen mehr Liquidität benötigt, obschon diese ohnehin knapp sein dürfte. Ob dies rechtspolitisch gewollt ist, ist eine andere Frage.

b) Abgrenzungen zu unechten «Vorschüssen»

aa) Im Allgemeinen

Vorschüsse sind Leistungen des Schuldners, die vor Erbringung der entsprechenden Gegenleistung des Vertragspartners erbracht werden.⁴²¹ Die oben gemachten Ausführungen gelten selbstverständlich nur für echte Vorschüsse. Demnach schliesst die Vorleistung des Schuldners die Gläubigerschädigung nur dann aus, wenn es sich um einen echten Vorschuss handelt, der auch in diesem Sinne verwendet wird, d.h. mit Forderungen aus *künftigen* Leistungen des Gläubigers verrechnet wird. Davon abzugrenzen sind diejenigen Fälle, in denen der Vorschuss vom Gläubiger zweckwidrig verwendet wird oder nur als Vorschuss getarnt wird, tatsächlich aber dazu dient, den Gläubiger zu bevorzugen.

⁴¹⁹ In diese Richtung auch BGE 99 III 27, 34 E. 4, wonach die Veräusserung von Ware auf Kredit durch den Schuldner zumindest dann gläubigerschädigend sei, wenn die Preisforderung nicht leicht einbringlich ist. So auch PETER, Neudefinierung, S. 31.

⁴²⁰ Erbringt der künftige Gemeinschuldner eine Vorleistung, wie den Verkauf einer Sache auf Kredit, steht ihm im Zeitpunkt der Übergabe nur eine Kaufpreisforderung gegen den Käufer zu.

⁴²¹ Vgl. zur Abgrenzung zu Abschlagszahlungen, die nach Massgabe bereits erbrachter Gegenleistungen anfallen: Urteil HGer ZH HG130045 vom 2. Juni 2015, E. 6.1.

Nachstehend werden folgende Fälle unechter «Vorschüsse» betrachtet: Fälle, in denen der Gläubiger den Vorschuss des Schuldners mit vorbestehenden Forderungen aus bereits erbrachten Leistungen verrechnet (bb), und Fälle, in denen der Gläubiger den Vorschuss im Umfang, in dem keine künftigen Leistungen erbracht wurden, nicht zurückerstattet (cc).

bb) *Der «Vorschuss» wird mit vorbestehenden Forderungen aus bereits erbrachten Leistungen verrechnet*

aaa) Verrechnungserklärung vor Konkurseröffnung

Verrechnet der Gläubiger eine als «Vorschuss» erhaltene Zahlung vor Konkurseröffnung mit vorbestehenden Forderungen (aus bereits erbrachten Leistungen) gegen den Schuldner, liegt kein Austausch gleichwertiger Leistungen im anfechtungsrechtlichen Sinne vor. Die Zahlung des Schuldners kann je nach Konstellation paulianisch angefochten werden.⁴²²

Eine Absichtspauliana ist denkbar, wenn der Schuldner und der Gläubiger die Zahlung nur als «Vorschuss» getarnt haben, tatsächlich aber gar keine künftigen Leistungen seitens des Gläubigers beabsichtigt waren, sondern die Zahlung einzig und allein zur Begleichung offener Forderungen verwendet werden sollte.⁴²³ Anfechtbare Handlung ist in diesem Fall nicht die Verrechnungserklärung des Gläubigers, sondern die Zahlung des unechten Vorschusses und die damit ermöglichte Schaffung einer Verrechnungslage.⁴²⁴ Hat der Schuldner beim Rechtsgeschäft, das die Verrechnungslage erst ermöglicht hat, mitgewirkt, kann die Verrechnungserklärung des Gläubigers vor Konkurseröffnung nicht gestützt auf Art. 214 SchKG angefochten werden. Dies gilt selbst dann, wenn der Gläubiger die Forderung (gegen den Schuldner) in Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners erworben hat, um sich einen unzulässigen Vorteil zu verschaffen. Die Verrechnungserklärung des Gläubigers kann in diesem Fall aber als Konsequenz der

⁴²² Die Absichtspauliana ist ausgeschlossen, wenn der Schuldner gar nicht beabsichtigt hat, dass der Gläubiger den Vorschuss zweckwidrig verwendet.

⁴²³ BGE 103 III 46, 49 E. 2a.

⁴²⁴ Vgl. zur Anfechtung der Schaffung einer Verrechnungslage: BGE 57 III 142, 144 E. 2.

erfolgreichen paulianischen Anfechtung der Schuldnerhandlung vollstreckungsrechtlich unbeachtlich sein.⁴²⁵

bbb) Verrechnungserklärung nach Konkurseröffnung

Erfolgt die Verrechnungserklärung des Gläubigers erst nach Konkurseröffnung und hat der Schuldner die Schaffung einer Verrechnungslage mit vorbestehenden Forderungen gegen ihn selbst nicht beabsichtigt, kann die Absichtspauliana nicht angerufen werden. Anders liegt der Fall, wenn der Schuldner und der Gläubiger die Schuldnerleistung als Vorschuss getarnt haben, um eine Verrechnungslage im Konkurs zu schaffen. In diesem Fall käme die Anfechtung der schuldnerischen Rechtshandlung gestützt auf Art. 288 SchKG in Frage.

Die Verrechnungserklärung des Gläubigers, basierend auf welcher er den Anspruch auf Rückerstattung des Vorschusses mit seinen offenen Honorarforderungen verrechnet, kann abhängig davon, wann die Rückerstattungsforderung entsteht, allenfalls nichtig sein. Nichtigkeit liegt gemäss Art. 213 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG dann vor, wenn ein Gläubiger des Schuldners erst nach Konkurseröffnung dessen Schuldner wird. Nimmt man an, dass die Forderung auf Rückerstattung des Vorschusses erst mit Konkurseröffnung⁴²⁶ entsteht, ist die Verrechnungserklärung gemäss Art. 213 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG nichtig.⁴²⁷ Hat dagegen die Rückerstattungsforderung ihren Ursprung bereits im Zeitpunkt der Leistung des Vorschusses i.S. einer (suspensiv) bedingten Forderung, gelangt Art. 213 SchKG nicht zur Anwendung.⁴²⁸ Zu prüfen ist, ob in diesem Fall die Verrechnungserklärung nach Art. 214 SchKG angefochten werden könnte. Eine Anfechtbarkeit besteht nur, soweit man sich auf den Standpunkt stellt, dass Art. 214 SchKG auch für die Fälle gilt, in denen

⁴²⁵ Vgl. zum Ganzen KUKO SchKG-WÜTHRICH, Art. 214 N 4 mit Verweis auf BGE 103 III 46, 49 E. 2a; ferner KRYKA, S. 122, m.w.H. A.M. BSK SchKG II-STÄUBLI, Art. 214 N 6.

⁴²⁶ Die Bekanntmachung der Nachlassstundung entspricht hier der Konkurseröffnung (BGE 109 III 112, 119 E. 4a).

⁴²⁷ Art. 213 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG, wonach die Verrechnung ausgeschlossen ist, wenn ein Gläubiger des Schuldners erst nach Konkurseröffnung dessen Schuldner wird.

⁴²⁸ BGE 105 III 4, 9 E. 4b; 95 III 47, 57 E. 5.

der Schuldner beim Rechtsgeschäft, welches die Verrechnungslage ermöglicht hat, mitgewirkt hat.⁴²⁹ Andernfalls ist die Anfechtung ausgeschlossen.

cc) *Der Gläubiger erbringt nach Erhalt des Vorschusses keine Gegenleistung oder keine Leistung von gleichem Wert*

aaa) *Der Schuldner erbringt eine als «Vorschuss» getarnte (gemischte) Schenkung*

Wird die Zahlung eines Vorschusses von den Vertragsparteien nur simuliert, wird tatsächlich aber eine Schenkung oder eine gemischte Schenkung beabsichtigt, ist gemäss Art. 18 Abs. 1 OR der wirkliche Wille der Parteien massgebend. Demnach ist der unechte Vorschuss, der bereits bei seiner Leistung offensichtlich höher ausfällt, als die objektiv zu erwartende Gegenleistung des Gläubigers, paulianisch anfechtbar. Je nach Konstellation kommt die Schenkungspauliana gemäss Art. 286 Abs. 1 SchKG resp. Art. 286 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG oder die Absichtspauliana gemäss Art. 288 SchKG als Anspruchsgrundlage in Frage.⁴³⁰

bbb) *Die bis zum Konkurs erbrachten Gegenleistungen des Gläubigers fallen (unerwartet) geringer aus als der schuldnerische Vorschuss*

Insbesondere bei Dauerschuldverhältnissen stellt sich nach Konkurseröffnung die Frage, ob und auf welcher Grundlage die Konkursmasse den Vorschuss zurückfordern darf, wenn der Schuldner einen echten Vorschuss geleistet hat, die Gegenpartei aber bis zum Konkurs noch keine Gegenleistungen oder nur solche von geringerem Wert erbracht hat.

⁴²⁹ Vgl. zum Ganzen Urteil BezGer Bülach DG060095 vom 4. Juni 2007, E. II.4.3.1 (nicht publ.).

⁴³⁰ In Sachen SAirLines in Nachlassliquidation gegen eine Anwaltskanzlei leistete die SAirLines Vorschusszahlungen in Höhe von CHF 200'000 für künftige Beratungsleistungen. Die Kanzlei sollte jedoch gar nicht die SAirLines, sondern deren Muttergesellschaft (SAirGroup) beraten. Die Parteien einigten sich in einem aussergerichtlichen Vergleich auf die Rückerstattung von 70 % des Vorschusses. Vgl. Gläubigerzirkular SAirLines Nr. 5, S. 11 sowie Nr. 8, S. 5. Nicht aus dem Gläubigerzirkular ist jedoch ersichtlich, inwieweit die Zahlung der SAirLines im Rahmen eines etwaigen, an die SAirGroup gewährten Up-stream-Darlehens geleistet wurde. Hätte ein solches Darlehen vorgelegen, hätte zumindest keine unentgeltliche Verfügung i.S.v. Art. 286 Abs. 1 SchKG vorgelegen.

Vorab ist festzuhalten, dass noch nicht oder nicht vollständig erfüllte zweiseitige Verträge mit Konkurseröffnung grundsätzlich nicht automatisch beendet werden, es sei denn, das Gesetz oder der Vertrag sehe die automatische Beendigung im Falle des Konkurses vor.⁴³¹

Wird das Vertragsverhältnis mit Konkurseröffnung beendet und ist der vom Schuldner geleistete Vorschuss in diesem Zeitpunkt noch nicht aufgebraucht worden, liegt kein Fall einer paulianisch anfechtbaren Handlung vor. Die Leistung des Vorschusses geht mit einer gleichwertigen Forderung gegenüber dem Gläubiger einher. Gegebenenfalls⁴³² kann der Überschuss des geleisteten Vorschusses auf Grundlage des Rechtsverhältnisses zwischen dem Schuldner und dem Gläubiger zurückgefordert werden.⁴³³

Ein Auftragsverhältnis erlischt gemäss Art. 405 Abs. 1 OR grundsätzlich mit dem Konkurs des Auftraggebers (oder des Beauftragten), soweit nichts Gegenteiliges vereinbart ist oder sich aus der Natur des Vertrags ergibt. Im Auftragsrecht hat der Beauftragte gestützt auf Art. 400 Abs. 1 OR alles, was ihm vom Auftraggeber zugekommen (wie bspw. ein Vorschuss) und nicht bestimmungsgemäss verbraucht ist, zurückzuerstatten.⁴³⁴

⁴³¹ HUNKELER, Konkurseröffnung, S. 56; LORANDI, Dauerschuldverhältnisse, S. 1211 FN 24.

⁴³² Vgl. S. 92.

⁴³³ Hat der Auftraggeber vertraglich vereinbarte *Akontozahlungen* geleistet, ist der Anspruch auf Rückerstattung des Überschusses ein vertraglicher, kein aussenvertraglicher Anspruch, was insbesondere für die Verjährung relevant ist. Anders verhält es sich nur, wenn Fehlbuchungen nach erfolgter und anerkannter Saldoziehung festgestellt werden oder der Auftraggeber ohne jeglichen Vorbehalt in (vermeintlicher) Erfüllung des Vertrags mehr leistet als das vertraglich Geschuldete. In diesen Fällen muss die Differenz auf der Grundlage des Bereicherungsrechts nach Art. 62 ff. OR zurückgefordert werden (BGE 133 III 356, 359 E. 3.2.2.; 126 III 119, 120 E. 2b; anders noch BGE 107 II 220 ff.; Urteil BGer 4A_89/2012 vom 17. Juli 2012, E. 3.2.2.; GMÜR, N 290).

⁴³⁴ BSK OR I-WEBER, Art. 400 N 12.

2.6.1.3. Zug-um-Zug-Geschäfte

Der Austausch von Leistungen Zug um Zug bewirkt gemäss Lehre und Rechtsprechung keine Vermögensverminderung.⁴³⁵ Bei der Leistung Zug um Zug ist keine Partei vorleistungspflichtig.⁴³⁶ Die Leistungen sind vielmehr gleichzeitig zu erbringen.⁴³⁷ In Abgrenzung zum Kreditgeschäft soll dem Schuldner gerade kein Kredit gewährt werden.⁴³⁸

Umstritten ist, ob die Einräumung einer kurzen Zahlungsfrist eine Zug-um-Zug-Leistung ausschliesst. Das Bundesgericht äussert sich im Zusammenhang mit der Pauliana nicht direkt zu dieser Frage. Allerdings hielt es zu Art. 57 WKR (betreffend Erfüllungsort bei Zug-um-Zug-Geschäften) Folgendes fest: Die Einräumung einer Zahlungsfrist bewirke, dass die leistende Partei nicht sofort festzustellen vermag, ob die Gegenpartei ihre Leistung auch tatsächlich (gleichzeitig) erbringe, womit sie auch nicht von ihrem Recht Gebrauch machen könne, ihre eigene Leistung bis zur Leistung der Gegenseite zurückzuhalten.⁴³⁹ Die Entscheide, die im Zusammenhang mit der Pauliana ergingen, legen dagegen generell eher ein sehr grosszügiges Verständnis der «Gleichzeitigkeit der Leistungen» nahe.⁴⁴⁰

Ein Teil der Lehre kritisierte – zu Recht – die jeweiligen bundesgerichtlichen Entscheide dahingehend, dass sie den Begriff Zug um Zug stark überdehnt hätten, ohne sich jedoch dazu zu äussern, ob die Einräumung von Zahlungsfristen eine Zug-um-Zug-Leistung ausschliesse.⁴⁴¹ Nach einem anderen Teil der Lehre (allen voran nach WEBER) ist der Begriff Zug um Zug «nicht

⁴³⁵ BGE 135 III 276, 282 E. 6.3.1; EISENRING/YASARGIL S. 2; LORANDI, Rechtsprechung, S. 227; RÜEDI, N 278a f.; STAEBELIN D., Anfechtungsklagen, S. 86.

⁴³⁶ BGE 122 III 43, 47 E. 3d; VON TUHR/ESCHER, S. 58.

⁴³⁷ BK OR-WEBER R., Art. 82 N 135.

⁴³⁸ BGE 122 III 43, 46 E. 3.c; BSK OR I-LEU, Art. 82 N 8.

⁴³⁹ BGE 122 III 43, 47 E. 3d.

⁴⁴⁰ BGE 136 III 247; Urteil BGer 5A_420/2008 vom 28. Mai 2009 resp. Urteil HGer ZH HG050386 vom 15. Mai 2008 (nicht publ.).

⁴⁴¹ Zu BGE 136 III 247: ROHDE, FN 17. Zur Share-Swap-Transaktion (Urteil 5A_420/2008 vom 28. Mai 2009; resp. Urteil HGer ZH HG050386 vom 15. Mai 2008 (nicht publ.)) vgl. insb. VOGT/KÄSER, S. 588 und LORANDI, Rechtsprechung, S. 228 f., wonach es sich bei den Collateral-Zahlungen um nachträgliche Zahlungen gehandelt habe. Ferner REISER, S. 106 FN 24.

streng grammatikalisch» auszulegen. Selbst die Einräumung einer kurzen Zahlungsfrist ändere an der Gleichzeitigkeit des Leistungsaustauschs nichts.⁴⁴² Gleichwohl vertritt WEBER aber auch, dass Zug-um-Zug-Leistungen in derselben *juristischen Sekunde* zu erfüllen seien.⁴⁴³

Nach hier vertretener Ansicht bewirkt die Einräumung einer Zahlungsfrist, unabhängig von deren Dauer, dass eine Erfüllung Zug um Zug ausgeschlossen wird.⁴⁴⁴ «Gleichzeitig» ist nach hier vorliegendem Verständnis effektiv als gleichzeitig zu verstehen.

2.6.1.4. Nachträgliche Leistung des Schuldners

Als Letztes soll der Fall behandelt werden, wenn der Schuldner eine Zahlung leistet für eine bereits erhaltene Gegenleistung des Gläubigers, es also nur noch um die Tilgung einer Schuld geht.

a) Grundsätzlich Gläubigerschädigung

Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung und h.L. ist die nachträgliche Leistung durch den Schuldner grundsätzlich gläubigerschädigend.⁴⁴⁵ Nur ausnahmsweise ist sie es nicht, nämlich bei der Tilgung von privilegierten oder pfandgesicherten Forderungen (siehe hierzu S. 127 f.).

Die jeweilige Begründung des Bundesgerichts, weshalb nachträgliche Leistungen grundsätzlich gläubigerschädigend sind, fällt zuweilen unterschiedlich aus. Zum Teil stellt das Bundesgericht darauf ab, dass die nachträgliche Leistung zu einer reinen Gläubigerbevorzugung führe.⁴⁴⁶ In anderen Fällen

⁴⁴² BK OR-WEBER R., Art. 82 N 139. Ebenso GESSLER, Gläubigerbegünstigung, S. 410 und JERMANN, S. 281.

⁴⁴³ BK OR-WEBER R., Art. 82 N 5.

⁴⁴⁴ Anders dagegen das deutsche Recht, wonach die Einräumung einer dreissigtägigen Zahlungsfrist (bspw. zur Bezahlung des Anwaltshonorars) das Vorliegen eines Bargeschäfts, mithin die verlangte «Unmittelbarkeit» nicht ausschliesst (Insolvenzrechts-Handkommentar-HUBER, § 46 N 81 f.).

⁴⁴⁵ BGE 135 III 276, 283 E. 6.3.2; Urteil BGer 5A_750/2008 vom 24. Februar 2010, E. 3; SCHMID J., N 131 ff.; BSK SchKG II-STAEHELIN A., Art. 288 N 11; KUKO SchKG-UMBACH-SPAHN/BOSSART, Art. 288 N 6.

⁴⁴⁶ BGE 135 III 276, 283 E. 6.3.2 f.: «il suffit que le bénéficiaire ait été avantagé par rapport aux autres créanciers, en violation du principe de l'égalité entre les

erachtet es wiederum die fehlende (zukünftige) Gegenleistung des Gläubigers als massgebenden Grund für die (objektive) Gläubigerschädigung.⁴⁴⁷

Das Argument, wonach bei einer nachträglichen Leistung des Schuldners eine reine Gläubigerbevorzugung⁴⁴⁸ vorliege, verfängt nicht. In den Fällen, in denen das Bundesgericht auf diese Begründung abstellte, wurde das Vollstreckungssubstrat (oder der Anteil der Gläubiger daran) durch die nachträgliche Zahlung tatsächlich vermindert und nicht nur ein Gläubiger bevorzugt. Eine reine Gläubigerbevorzugung lag also gar nicht vor.

Überzeugender ist die Begründung, wonach – aus vollstreckungsrechtlicher Sicht – der Schuldner bei der nachträglichen Leistung keine Gegenleistung im direkten Austausch zu seiner Leistung erhält, welche die Vermögensverminderung wieder ausgleichen würde.⁴⁴⁹ Wenn der Schuldner nachträglich leistet, begleicht er vielmehr nur eine Forderung eines Gläubigers (von vielen). In seiner Bilanz wird «als Gegenleistung» nur eine Kreditorenposition reduziert,⁴⁵⁰ was – soweit nicht genügend Vermögen zur Befriedigung sämtlicher Gläubiger vorhanden ist – dazu führt, dass der Deckungsgrad der übrigen Gläubiger abnimmt.

b) Weitere Voraussetzungen für eine Gläubigerschädigung?

Teilweise fordern das Bundesgericht und die Lehre, dass nachträgliche Schuldnerleistungen nur dann gläubigerschädigend sein sollen, wenn bestimmte weitere Voraussetzungen erfüllt sind.⁴⁵¹

créanciers. Tel est le cas lorsqu'il voit sa créance intégralement honorée alors que les autres créanciers devront se satisfaire d'un dividende (cf. ATF 134 III 615 consid. 4.3 p. 620 s.). De ce point de vue, il importe peu que l'acte incriminé ait contribué à limiter la perte des autres créanciers.»; BGE 134 III 615, 620 E. 4.3.

⁴⁴⁷ BGE 135 III 265, 270 f. E. 4; 134 III 452, 455 E. 3.1. Siehe ROHDE, S. 149 und FN 16 m.w.H.

⁴⁴⁸ Zum Begriff siehe S. 40.

⁴⁴⁹ BGE 99 III 27, 34 E. 4. Freilich blendet diese Anschauung aus, dass das Vollstreckungssubstrat zuvor noch durch eine Leistung des bevorzugten Gläubigers erhöht wurde.

⁴⁵⁰ Urteil BGer 5A_567/2009 vom 11. Juni 2010, E. 3.2.

⁴⁵¹ BGE 135 III 276, 281 E. 6.1.2; 134 III 615, 619 E. 4.2.1; 99 III 27, 34 E. 4. Ebenso VOGT, Absichtsanfechtung, S. 1077.

aa) *Rechtsprechung des Bundesgerichts*

Ob eine nachträgliche Begleichung einer Schuld gläubigerschädigend ist, hängt gemäss einzelnen Entscheiden des Bundesgerichts davon ab, ob sich der Schuldner in einer finanziellen Schieflage befunden hat.⁴⁵² Das Bundesgericht verlangt in einzelnen Entscheiden sodann, dass der Anfechtende für die Gläubigerschädigung noch den *Nachweis* erbringen müsse, dass der veräusserte Vermögenswert sich ohne die Tilgungshandlung im Vollstreckungssubstrat befunden hätte.⁴⁵³

bb) *Literatur*

Die Relevanz der Abfolge von Leistung und Gegenleistung ist in der Lehre – allen voran von VOGT – bemängelt worden. Er kritisiert, dass die zeitliche Abfolge der Leistungen vollständig der Parteidisposition unterliege und bei der nachträglichen Befriedigung des Gläubigers die von diesem erbrachte Gegenleistung nicht berücksichtigt werde.⁴⁵⁴ Seiner Ansicht nach sollten – wenn man die Rechtsprechung des Bundesgerichts konsequent weiterentwickelt – nachträgliche Leistungen des Schuldners nur dann anfechtbar sein, soweit sie im Rahmen von *Machenschaften* erfolgten, d.h. wenn sie im Lichte der normalen Geschäftstätigkeit nicht auf sachlich motivierten Entscheidungen beruhten.⁴⁵⁵

⁴⁵² BGE 134 III 615, 619 E. 4.2.1; 99 III 27, 34 f. E. 4.

⁴⁵³ BGE 134 III 615, 619 E. 4.2.1. Diese Voraussetzung geht zurück auf den Entscheid BGE 78 III 83, 85 E. 1.

⁴⁵⁴ Gemäss VOGT, Damoklesschwert, S. 176, gäbe es auch bei der vorgängigen resp. gleichzeitigen Leistung des Schuldners einen Gläubigerschaden (sofern man eine Ungleichbehandlung als Gläubigerschaden anerkennt), weil ein *potentieller* Konkursgläubiger bevorzugt werde.

⁴⁵⁵ VOGT, Absichtsanfechtung, S. 1082 f. Vgl. aber gleichzeitig auch die Kritik an der Verknüpfung zweier voneinander unabhängigen Tatbestandsmerkmale bei VOGT, Absichtsanfechtung, S. 1081.

cc) *Stellungnahme***aaa) *Finanzielle Lage des Schuldners***

Der Ansatz des Bundesgerichts, wonach die finanzielle Situation des Schuldners einen Einfluss auf die gläubigerschädigende Wirkung hat, ist insofern berechtigt, als im Moment der nachträglichen Zahlung keine Verminderung des Deckungsgrads der Gläubiger erfolgt, wenn das Vermögen des Schuldners das Fremdkapital übersteigt. Das lässt sich an folgendem Beispiel veranschaulichen. In allen Fällen steht die nachträgliche Bezahlung einer fälligen Forderung zur Diskussion. Es wird jeweils der Stand des Vermögens im Zeitpunkt der Schuldnerhandlung mit und ohne Zahlung verglichen.

Soweit das Vermögen 150 und das Fremdkapital 250 betragen (Variante A), mithin eine Überschuldung vorliegt, reduziert sich bei einer nachträglichen Zahlung von 50 der Deckungsgrad von 60 % ($= 150/250$) auf 50 % ($= 100/200$).

	Hypothetischer Vermögensstand ohne Zahlung	Vermögensstand mit Zahlung der Forderung (50)	Delta
<i>Variante A: Überschuldung</i>			
Vermögen	150	100	
Fremdkapital	250	200	
Net Assets	-100	-100	
Deckungsgrad	60 %	50 %	-10 %

Wenn das Vermögen allerdings 350 und das Fremdkapital 250 betragen (Variante B), mithin die Aktiven das Fremdkapital übersteigen, so steigt bei einer nachträglichen Zahlung in Höhe von 50 der Deckungsgrad von 140 % ($= 350/250$) auf 150 % ($= 300/200$).

	Hypothetischer Vermögensstand ohne Zahlung	Vermögensstand mit Zahlung der Forderung (50)	Delta
<i>Variante B: Keine Überschuldung</i>			
Vermögen	350	300	
Fremdkapital	250	200	
Net Assets	100	100	
Deckungsgrad	140 %	150 %	+10 %

Die finanzielle Situation des Schuldners im Zeitpunkt der angefochtenen Rechtshandlung kann für die Schädigung der Gläubiger (im Konkurs resp. in der Nachlassliquidation) indes aus nachstehenden Gründen nicht entscheidend sein. Abzustellen ist vielmehr auf den Deckungsgrad der Gläubigerforderungen im Konkurs resp. in der Nachlassliquidation.⁴⁵⁶

Die Pauliana hat zum Ziel, das Vollstreckungssubstrat dergestalt wiederherzustellen, wie es sich ohne das angefochtene Geschäft im Zeitpunkt der Konkurseröffnung – und nicht im Zeitpunkt der vorgenommenen Handlung – befunden hätte.⁴⁵⁷ Sie kann nur dann erhoben werden, wenn die Gläubiger zu Verlust kommen, weil das Schuldnervermögen mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nicht ausreicht um alle Gläubiger zu befriedigen.⁴⁵⁸ Dies steht aber erst im Konkurs resp. in der Nachlassliquidation fest, nicht schon im Zeitpunkt der Schuldnerhandlung.⁴⁵⁹

Des Weiteren liefert die Ansicht des Bundesgerichts, wonach die finanzielle Situation im Zeitpunkt der Schuldnerhandlung entscheidend sei, nur dann

⁴⁵⁶ SCHMID J., N 115 f.

⁴⁵⁷ BGE 137 III 268, 283 E. 4.1 mit Verweis auf: BGE 136 III 247, 250 E. 3; 135 III 265, 267 E. 2; 134 III 615, 617 f. E. 4.1; 134 III 276, 280 E. 6.1.1.

⁴⁵⁸ Vgl. S. 38.

⁴⁵⁹ Genau genommen steht der endgültige Verlust der Gläubiger erst nach Abschluss des Konkurs- resp. Nachlassverfahrens fest. Allerdings begründet bereits die Konkurseröffnung resp. der Abschluss eines Nachlassvertrags die Vermutung, dass die Gläubiger zu Verlust kommen werden (vgl. DIEM, S. 83 f.), was in aller Regel auch der Fall sein dürfte.

brauchbare Ergebnisse, wenn der Schuldner im Zeitpunkt der angefochtenen Handlung überschuldet ist. Wenn der Schuldner dagegen nur zahlungsunfähig ist, wird der Deckungsgrad im Zeitpunkt der Schuldnerhandlung durch eine nachträgliche Zahlung erhöht.⁴⁶⁰

Für die Beurteilung der (objektiven) Gläubigerschädigung ist daher nur die finanzielle Situation des Schuldners im Zeitpunkt der Zwangsvollstreckung relevant. Nur wenn in diesem Zeitpunkt nicht genügend Vermögen zur Verfügung steht, um sämtliche Gläubigerforderungen zu decken, führt die vermögensmindernde Handlung des Schuldners zu einer effektiven Gläubigerschädigung. Die finanzielle Lage des Schuldners bei Vornahme der Zahlung ist dagegen für die Beurteilung der subjektiven Tatbestände der Absichtspauliana relevant.⁴⁶¹

bbb) Veräussert Vermögenswert wäre ohne schädigende Handlung noch im Vollstreckungssubstrat

Das Bundesgericht verlangt in einzelnen Entscheiden für die Bejahung einer Gläubigerschädigung den Nachweis des Anfechtenden, dass der veräusserte Vermögenswert sich ohne die Tilgungshandlung im Vollstreckungssubstrat des konkursiten Schuldners befunden hätte.⁴⁶² Weshalb dieser Nachweis erbracht werden müsste, erschliesst sich nicht. Der Anfechtende muss gemäss Rechtsprechung die Gläubigerschädigung nicht nachweisen, da dessen Vorliegen vermutet wird.⁴⁶³

Ob sich der veräusserte Gegenstand ohne die anfechtbare Handlung noch in der Konkursmasse befunden hätte, zielt auf den hypothetischen Zustand des Vollstreckungssubstrats im Konkurs ab. Dieser Zustand liesse sich ohnehin kaum beweisen, es sei denn, die Zahlung wäre erst kurz vor Konkurseröffnung getätigt worden.⁴⁶⁴

⁴⁶⁰ Vgl. Tabelle auf S. 104.

⁴⁶¹ So auch PETER, Groupes, S. 108. Vgl. auch S. 195 ff.

⁴⁶² BGE 134 III 615, 619 E. 4.2.1. Der Nachweis dieser Voraussetzung geht auf den Entscheid BGE 78 III 83, 85 E. 1 zurück.

⁴⁶³ Siehe S. 43.

⁴⁶⁴ Ähnliche Überlegungen bei SCHMID J., N 142.

ccc) *Machenschaften*

Wie gesehen verlangt ein Teil der Lehre für eine (objektive) Gläubigerschädigung, dass die nachträglichen Leistungen des Schuldners im Rahmen von Machenschaften erfolgt sind. Nach hier vertretener Ansicht lässt sich dieses Ziel auch über den subjektiven Tatbestand (die Schädigungsabsicht) erreichen. Der Einbezug von subjektiven Elementen in den objektiven Tatbestand ist – im Rahmen der nachträglichen Schuldnerleistung – weder nötig noch angezeigt. Zudem ist der Begriff der «Machenschaft» sehr schwammig.

dd) *Ergebnis*

Für die Bejahung einer (objektiven) Gläubigerschädigung genügt, dass der Schuldner eine nachträgliche Leistung vorgenommen hat. Er muss in diesem Zusammenhang weder die schlechte finanzielle Lage des Schuldners im Zeitpunkt der anfechtbaren Handlung darlegen noch den Nachweis erbringen, dass sich der veräusserte Vermögenswert ohne die Handlung noch im Vollstreckungssubstrat befunden hätte. Die Frage von Machenschaften ist nicht im Rahmen der (objektiven) Gläubigerschädigung zu prüfen, sondern vielmehr beim subjektiven Tatbestand zu berücksichtigen.

2.6.2. Bei Dienstleistungen

2.6.2.1. Vorleistungen des Schuldners (Vorschuss für Honorar)

a) *Im Allgemeinen*

Im Auftragsrecht stellt ein Vorschuss gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung eine bedingte Vorauszahlung dar.⁴⁶⁵ Ihr Zweck besteht darin, die Forderungen des Dienstleisters auf Honorar und Auslagenersatz, die im Zeitpunkt ihrer Entstehung fällig werden, durch Verrechnung zu tilgen. Hierzu bedarf es regelmässig keiner ausdrücklichen Verrechnungserklärung.⁴⁶⁶

Der Auftraggeber kann den Vorschuss erst im Zeitpunkt der Beendigung oder des Widerrufs des Auftrags und nur insoweit zurückfordern, als er noch

⁴⁶⁵ BGE 100 IV 227, 229 E. 1.

⁴⁶⁶ BK OR 1971-GAUTSCHI, Art. 402 N 4c.

nicht aufgebraucht ist.⁴⁶⁷ Für Auftragsverhältnisse sieht das Gesetz in Art. 405 Abs. 1 OR sodann vor, dass diese – vorbehaltlich anderslautender vertraglicher Abreden – grundsätzlich mit dem Konkurs des Auftraggebers oder Beauftragten enden.

Wie auch bei Sachleistungen, schliesst die vom Schuldner geleistete Bevorschussung einer Dienstleistung, die gleichwertig (i.e.S.) ist, eine (objektive) Gläubigerschädigung aus, soweit die Dienstleistung nicht offensichtlich unnütz ist. Auch hier kann der künftige Gemeinschuldner mit der Vorleistung die Forderung auf Erbringung dieser Dienstleistung im Rahmen eines Forderungskontos buchhalterisch aktivieren (bei unterjährigen Forderungen z.B. «kurzfristige Vorschüsse»; bei periodenübergreifenden Forderungen «aktive Rechnungsabgrenzung»). Dies gilt unabhängig davon, dass die in Anspruch genommene Dienstleistung selbst in der Bilanz nicht aktiviert werden kann, sondern lediglich in der Erfolgsrechnung als Dienstleistungsaufwand ihren Niederschlag findet.

Die gegenteilige Überlegung, wonach bevorschusste Dienstleistungshonorare nicht vor der Anfechtung schützen⁴⁶⁸, ist überholt. Sie kann weder aus BGE 134 III 615 (Tempus-Entscheid) noch aus der dort zitierten Literatur (GILLIÉRON) abgeleitet werden.⁴⁶⁹ Die Ausführungen des Bundesgerichts sowie von GILLIÉRON beziehen sich auf das Konstrukt der mittelbaren Gläubigerschädigung.⁴⁷⁰ Dies ergibt sich bereits aus den bei GILLIÉRON auf S. 288 zitierten Bundesgerichtsentscheiden (BGE 74 III 48, 55 und

⁴⁶⁷ Zum Ganzen: BGE 100 IV 227, 229 E. 1; BK OR-FELLMANN, Art. 394 N 476.

⁴⁶⁸ Bspw. Urteil HGer ZH vom 13. Juni 2005 (publ. in ZR 104 (2005) Nr. 78, S. 302), welcher sich auf REBSAMEN, Gleichbehandlung, N 584 beruft. REBSAMEN hält jedoch lediglich fest, dass *nachträglich* beglichene Dienstleistungshonorare nicht besser zu behandeln sind, als die nachträgliche Zahlung von Sachleistungen. Er behauptet indes nicht, dass bevorschusste Dienstleistungen anfechtbar wären.

⁴⁶⁹ BGE 134 III 615, 620 E. 4.3; GILLIÉRON, Commentaire, Art. 288 N 26.

⁴⁷⁰ Vgl. zur vom Französischen unpräzise übersetzten Erwägung in BGE 134 III 615, 620 E. 4.3 (Tempus-Entscheid): S. 77 f., wo dargelegt wird, weshalb «dès lors que» mit «soweit» und nicht mit «da» zu übersetzen gewesen wäre. Vgl. zur mittelbaren Schädigung: S. 114 ff.

BGE 77 III 79, 83 ff.).⁴⁷¹ Im Übrigen bezieht sich das Bundesgericht im Tempus-Entscheid auf nachträglich bezahlte Dienstleistungen, während GILLIÉRON Dienstleistungen nicht einmal erwähnt.

b) Anspruch des Beauftragten auf Vorschuss?

aa) Honorarvorschuss

Von Gesetzes wegen hat der Beauftragte keinen Anspruch auf Bevorschussung seines Honorars.⁴⁷² Das Honorar des Beauftragten wird erst mit Abschluss der letzten unter einen bestimmten Auftrag resp. Teilauftrag fallenden Leistung fällig.⁴⁷³ Der Beauftragte ist m.a.W. vorleistungspflichtig; sofern nichts anderes verabredet oder üblich ist⁴⁷⁴, muss er zuerst leisten, bevor er sein Honorar verlangen resp. einklagen kann.⁴⁷⁵ Auch die Abrede einer periodischen Abrechnung ändert an der Vorleistungspflicht nichts.⁴⁷⁶

Der Anspruch auf Vorauszahlungen kann jedoch vertraglich vereinbart werden. Eine solche Vereinbarung wird regelmässig dann aktuell, wenn ein Dienstleister erst in finanzieller Schieflage eines Unternehmens hinzugezogen wird und der Dienstleister von diesem Umstand Kenntnis hat.⁴⁷⁷ Beispiel

⁴⁷¹ GILLIÉRON, Commentaire, Art. 288 N 26. Siehe auch GILLIÉRON, Poursuite, N 2911.

⁴⁷² BK OR-FELLMANN, Art. 394 N 481.

⁴⁷³ BK OR 1934-BECKER, Art. 394 N 21; BK OR-FELLMANN, Art. 394 N 469; KUKO OR-SCHALLER, N 14; STÖCKLI, N 226; BSK OR I-WEBER R., Art. 394 N 40.

⁴⁷⁴ BK OR 1934-BECKER, Art. 402 N 14 a.E.

⁴⁷⁵ Eingehend zu den Gründen im Auftragsverhältnis: GMÜR, N 263 ff. Ferner BGE 126 II 249, 254 E. 4b; DERENDINGER, N 417; BK OR-WEBER R., Art. 82 N 142b; BSK OR I-WEBER R., Art. 394 N 40. In diese Richtung auch BK OR 1971-GAUTSCHI, Art. 395 N 28a und ZK OR 1936-OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 394 N 18; Urteil OGer LU vom 4. Dezember 1941 (publ. in ZBJV 76 (1942), 95). A.M. ADDORISIO DE FEO, N 456, der aus der Tatsache, dass im Gesetz kein Fälligkeitstermin vorgesehen ist, schliesst, dass der Honoraranspruch sogleich mit ihrer Entstehung, mithin mit Vertragsschluss, fällig wird, soweit der Vertrag oder die Natur des Rechtsverhältnisses nichts anderes bestimmen.

⁴⁷⁶ BK OR-WEBER R., Art. 82 N 142c. Der Beauftragte kann jedoch die Einrede von Art. 82 OR erheben, wenn der Auftraggeber mit einer fälligen Zahlung in Verzug gerät.

⁴⁷⁷ Gemäss BGE 125 III 86, 89 E. 3c besteht grundsätzlich keine Pflicht zur spontanen Aufklärung über die eigene Zahlungsfähigkeit oder Kreditwürdigkeit.

hierfür ist der *ad hoc* mandatierte Revisor, der zur Prüfung der Zwischenbilanz gemäss Art. 725 Abs. 2 OR bestellt wird, wenn das Unternehmen in finanzieller Schieflage zuvor ein Opting out beschlossen hat.⁴⁷⁸

bb) *Vorschuss für Auslagen und Verwendungen*

Gemäss Art. 402 Abs. 1 OR hat der Auftraggeber dem Beauftragten die Auslagen und Verwendungen zu ersetzen. Auslagen sind Kosten resp. Geldaufwand, die dem Beauftragten im Rahmen eines konkreten Auftrags entstehen. Dazu gehören Porto, Reisekosten, Prozesskosten und Gebühren.⁴⁷⁹ Nicht darunter fallen Generalunkosten, die den Beauftragten *generell* in die Lage versetzen, eine Arbeit auszuführen (wie Mietzins für die Büroräumlichkeiten, Löhne, Anschaffungskosten für Mobiliar etc.).⁴⁸⁰ Verwendungen entstehen dagegen beim Verbrauch, Erhalt oder Unterhalt von Sachen.⁴⁸¹

Die Pflicht des Auftraggebers, die Auslagen und Verwendungen des Beauftragten zu ersetzen, ist ein Wertersatz und gehört nicht zur Vergütung des Beauftragten.⁴⁸² Der Beauftragte hat von Gesetzes wegen keinen Anspruch auf die Bevorschussung seiner Auslagen und Aufwendungen, da ihm grundsätzlich kein Recht auf Ausführung des Auftrags zusteht.⁴⁸³ Da der Beauftragte aber den Auftraggeber hinsichtlich der Auslagen und Verwendungen nicht kreditieren muss, hat der Auftraggeber dem Beauftragten einen Vor-

⁴⁷⁸ Bei offensichtlicher Überschuldung kann indes auf die Erstellung und Einreichung eines Prüfberichts beim Gericht verzichtet werden (vgl. Urteil BGER 5A_625/2015 vom 18. Januar 2016, E. 3.5; Urteil OGer ZH PS170006 vom 20. Februar 2017, E. 2.2; BSK EB SchKG-STAEHELIN D., Art. 192 N 8b; BSK OR II-WÜSTINER, Art. 725 N 39b. A.M. BÖCKLI, Aktienrecht, § 13 N 774b; KRAMPF/SCHULER, S. 1064 f.). Gemäss Praxis des Konkursgerichts am Bezirksgericht Zürich ist eine Überschuldung nicht offensichtlich, sofern die Feststellung der Überschuldung von heiklen Bewertungsfragen abhängt.

⁴⁷⁹ BK OR-FELLMANN, Art. 402 N 15; HAFNER, S. 252; BSK OR I-WEBER R., Art. 402 N 4.

⁴⁸⁰ BSK OR I-WEBER R., Art. 402 N 5.

⁴⁸¹ BK OR-FELLMANN, Art. 402 N 15; BK OR 1971-GAUTSCHI, Art. 402 N 11b; HAFNER, S. 252; HOFSTETTER, S. 86.

⁴⁸² BK OR-FELLMANN, Art. 402 N 56 f.

⁴⁸³ BK OR-FELLMANN, Art. 402 N 67; HOFSTETTER, 86; BSK OR I-WEBER R., Art. 402 N 10.

schuss zu leisten, wenn er will, dass der Auftrag ausgeführt wird. Das Recht auf Vorschuss kann sodann vertraglich vereinbart werden.

c) *Verbot von Vorschüssen*

Grundsätzlich gilt, dass im Rahmen von Dienstleistungsverhältnissen Vorschüsse vereinbart werden dürfen. Einschränkungen dieses Grundsatzes sind für börsennotierte Gesellschaften und deren Organe (welche in einem auftragsähnlichen Verhältnis zur Gesellschaft stehen) in der Vergütungsverordnung (nachfolgend «VegüV») vorgesehen.

Gemäss Art. 20 Ziff. 2 VegüV sind Vergütungen, die im Voraus ausgezahlt werden, für Mitglieder des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung und des Beirats von börsennotierten Unternehmen unzulässig. Primäres Ziel des Verbots war es, einen weiteren «Swissair/Corti-Fall» zu verhindern.⁴⁸⁴ Mario Corti hatte bei bereits finanziell angespannter Lage der Swissair die Aufgabe als CEO gegen Vorauszahlung von fünf Jahreslöhnen übernommen.

Umstritten ist, ob sich dieses Verbot nur auf Vorauszahlungen der Gesellschaft resp. des Arbeitgebers bezieht, die vor Amtsantritt ausgerichtet werden oder ob sämtliche Vorauszahlungen während der Vertragsdauer erfasst werden.⁴⁸⁵ Die Frage wurde bislang noch nicht höchstrichterlich geklärt. Die Mehrheit der Lehre vertritt die Auffassung, dass dieses Verbot die gesamte Vertragsdauer erfasst.⁴⁸⁶ Eine Minderheit will das Verbot nur auf Vergütungen vor Stellenantritt angewendet wissen.⁴⁸⁷ Ferner wird auch vertreten, dass das Verbot aufgrund der Unzulänglichkeiten und Normwidersprüche gar nicht erst angewendet werden soll.⁴⁸⁸

⁴⁸⁴ Erläuterungen Initiativkomitee, S. 3; Praxiskommentar VegüV-OSER/MÜLLER, Art. 20 N 112; BSK VegüV-PÖSCHL, Art. 20 N 3.

⁴⁸⁵ Eine einlässliche Übersicht bietet REUTTER, S. 3 ff.

⁴⁸⁶ BSK VegüV-PÖSCHL, Art. 20 N 3 und Praxiskommentar Arbeitsvertrag (Update)-VON KAENEL/RUDOLF, Art. 322 N 25 nehmen Antrittsprämien vom Verbot aus; GesKR Kommentar VegüV-TSCHÄNI, Art. 20 N 13 f. und PHILIPPIN, S. 294 beschränken betreffend Antrittsprämien das Verbot auf den sog. «golden Hello», d.h. auf eine Leistung, die keine erlittenen Nachteile ausgleichen, sondern den Kandidaten zum Abschluss des Vertrags bewegen soll.

⁴⁸⁷ Praxiskommentar VegüV-OSER/MÜLLER, Art. 20 N 112.

⁴⁸⁸ REUTTER, S. 2 ff.

2.6.2.2. Zug-um-Zug-Geschäfte

Erfolgt die Honorarzahlung Zug um Zug zur Dienstleistung, liegt wie schon bei Sachleistungen keine Gläubigerschädigung vor. Allerdings sind bei Dienstleistungsverhältnissen Zug-um-Zug-Leistungen selten. Ohne anderslautende vertragliche Vereinbarung ist ein Dienstleister hinsichtlich der Erbringung seiner Leistung⁴⁸⁹ und seiner Rechenschaftspflicht⁴⁹⁰ wie gesehen vorleistungspflichtig.⁴⁹¹

Ausnahmsweise sind Zug-um-Zug-Leistungen aber auch bei Auftragsverhältnissen denkbar. Einerseits ist dies der Fall, wenn eine Heraus- oder Übergabepflicht als Hauptleistungspflicht und der Anspruch auf Honorar gegenüberstehen. Der Beauftragte kann seine Leistung gestützt auf Art. 82 OR solange zurückbehalten, bis der Auftraggeber das Honorar zahlt. Beide Leistungen sind sodann Zug um Zug zu erfüllen.⁴⁹² Andererseits können die Parteien bei Widerruf des Auftrags die Zug-um-Zug-Erfüllung der entstandenen Ansprüche verlangen (Art. 82 und Art. 402 OR).⁴⁹³

2.6.2.3. Nachträgliche Leistung des Schuldners (Zahlung nach Erhalt der Dienstleistung)

In den drei Entscheiden, in denen das Bundesgericht die nachträgliche Zahlung von Dienstleistungshonoraren zu beurteilen hatte, bejahte es die Gläubigerschädigung. In BGE 134 III 615 (Tempus-Entscheid)⁴⁹⁴ bejahte es die Gläubigerschädigung wie folgt: *Dienstleistungen*⁴⁹⁵ seien anfechtbar,

⁴⁸⁹ BK OR-WEBER R., Art. 82 N 146.

⁴⁹⁰ BK OR-FELLMANN, Art. 400 N 60.

⁴⁹¹ GMÜR, N 263 ff.; BK OR-WEBER R., Art. 82 N 137. Die Vorleistungspflicht des Beauftragten ergibt sich aus der Natur des einfachen Auftrags. Für Arbeitnehmer und Unternehmer basiert die Vorleistungspflicht auf Art. 321 Abs. 1 resp. Art. 372 Abs. 1 OR.

⁴⁹² BGE 122 IV 322, 327 E. 3b; VON TUHR/ESCHER, S. 69.

⁴⁹³ BGE 94 II 263, 267 E. 2; BK OR-FELLMANN, Art. 394 N 487.

⁴⁹⁴ Im konkreten Fall wurden die Dienstleistungen im ersten Trimester 2004 erbracht. Am 5. April 2004 und am 13. Mai 2004 wurden die Honorarrechnungen durch die Tempus Concept SA beglichen (BGE 134 III 615).

⁴⁹⁵ Anfechtbar ist im Allgemeinen nicht die Dienstleistung («prestations de service») an sich, sondern die Honorierung dieser Leistung.

nicht weil sie keinen Wert hätten, der sich im Vollstreckungssubstrat wiederfinde, sondern weil der Schuldner durch die Bezahlung der Dienstleistungen deren Erbringer gegenüber anderen Gläubigern bevorzuge.⁴⁹⁶ Auch in seinem jüngsten Entscheid BGE 137 III 268 betreffend Saniererhonorare⁴⁹⁷ und in BGer 5A__64/2008 vom 14. Oktober 2008 (betreffend Verwaltungsratshonorare)⁴⁹⁸ hat es die Gläubigerschädigung mit Verweis auf den Tempus-Entscheid⁴⁹⁹ bejaht.

Im Ergebnis ist dieser Rechtsprechung zuzustimmen. Die Begründung überzeugt dagegen nicht. Eine reine Gläubigerbevorzugung (d.h. eine Bevorzugung eines Gläubigers ohne Schädigung der übrigen Gläubiger) lag in keinem der beurteilten Fälle vor. Die Gläubigerschädigung ist vielmehr darin zu sehen, dass die nachträglich vom Schuldner bezahlten Honorarforderungen das Vollstreckungssubstrat resp. den Anteil der Gläubiger daran vermindert hatten.

2.7 Anwendungsfall des Austauschs gleichwertiger Leistungen i.w.S.: Aktiventausch

2.7.1. Im Allgemeinen

Ein Austausch gleichwertiger Leistungen im weiteren, anfechtungsrechtlichen Sinne ist insbesondere bei einem Aktiventausch gegeben. Beim Aktiventausch steht einem Aktivenabfluss ein unmittelbarer Aktivenzufluss gegenüber. Die Gläubiger werden dadurch nicht geschädigt, da das Vollstreckungssubstrat (resp. die Höhe der Aktiven) durch diesen Vorgang nicht vermindert wird. Der Deckungsgrad bleibt für die Gläubiger gleich.

Ein Aktiventausch liegt bspw. vor, wenn der Schuldner Mobilien *verkauft* oder tauscht.⁵⁰⁰ Dieser bilanzneutrale Vorgang bewirkt keine Reduktion des

⁴⁹⁶ BGE 134 III 615, 620 f. E. 4.3 (= Pra 2009 Nr. 44).

⁴⁹⁷ BGE 137 III 268, 283 E. 4.1.

⁴⁹⁸ Urteil BGer 5A__64/2008 vom 14. Oktober 2008, E. 5.3.

⁴⁹⁹ BGE 134 III 615, 621 E. 4.3.

⁵⁰⁰ BGE 99 III 27, 34 E. 4; REISER, S. 106; SCHMID J., N 130; WITMER, S. 155; siehe für weitere Beispiele eines reinen Aktiventauschs: ZOBL, S. 30.

Vollstreckungssubstrats.⁵⁰¹ Dies ist zumindest beim Barverkauf der Fall, wo lediglich die Positionen Kasse/Mobiliar betroffen sind. Beim Verkauf von Aktiven des Schuldners auf Rechnung liegt zumindest dann eine gleichwertige Gegenleistung i.e.S. vor, wenn der Käufer finanziell solide dasteht, spricht die Forderung gegen den Käufer werthaltig ist.⁵⁰²

Kein Aktiventausch besteht, wenn der Schuldner seinen Betrieb verkauft, der Käufer einen Teil des Kaufpreises aber nicht durch Geld tilgt, sondern in Anrechnung an den Kaufpreis durch Schuldübernahme begleicht.⁵⁰³ Hier erhält der Schuldner kein gleichwertiges Aktivum. Vielmehr reduzieren sich seine Passiven. Vom Bundesgericht wurde dieser Sachverhalt indessen als Austausch gleichwertiger Leistungen gewertet, aber unter dem Titel «gläubigerschädigende Verwendung der Gegenleistung» für anfechtbar erklärt.⁵⁰⁴

Beim *Kauf* von Mobiliar durch den Schuldner handelt es sich nur um einen Aktiventausch, wenn er das Mobiliar Zug um Zug bezahlt oder eine Vorauszahlung leistet, nicht aber beim Kauf auf Kredit. Dies spiegelt sich auch an den Buchungssätzen wider. Bei einem Barkauf lautet der Buchungssatz «Mobiliar/Kasse». Es sind lediglich zwei Aktivpositionen betroffen. Dagegen ist der Kauf von Mobiliar auf Rechnung⁵⁰⁵ und deren spätere Begleichung buchhalterisch wie folgt festzuhalten: «Mobiliar/Kreditoren» sowie – bei der Bezahlung – «Kreditoren/Bank». Bei der Bezahlung der Rechnung durch den Schuldner nimmt lediglich eine Gläubigerforderung (Passivposition) ab, ohne dass der Schuldner zu diesem Zeitpunkt eine gleichwertige Gegenleistung (ein Aktivum) erhalte.

⁵⁰¹ Gemäss Bundesgericht liegt jedoch eine mittelbare Gläubigerschädigung vor, wenn der Schuldner das Aktivum lediglich dazu verkauft hat, um mit dem Verkaufserlös einen bestimmten Gläubiger vor allen anderen Gläubigern zu befriedigen. Siehe hierzu S. 114 ff.

⁵⁰² BGE 99 III 27, 34 E. 4 («wenn die Preisforderung nicht leicht einbringlich ist»). Beim Verkauf auf Rechnung sind bei der Übergabe der Sache ebenfalls nur Aktivpositionen betroffen (Debitoren/Mobiliar).

⁵⁰³ BGE 77 III 79, 80 Sachverhalt.

⁵⁰⁴ BGE 77 III 79, 83 f. E. 2.

⁵⁰⁵ Beim Kauf von Mobiliar mit Vorauszahlung sind zwei Buchungssätze vorzunehmen, wobei es sich jeweils um einen Aktiventausch handelt, da ausschliesslich Aktivenkonti betroffen sind: «Anzahlung an Lieferanten (Forderungskonto)/Kasse» sowie «Mobiliar/Anzahlung an Lieferanten» (Forderungskonto).

2.7.2. Bei Dienstleistungen

Ein Aktiventausch ist auch denkbar, wenn der Gläubiger eine Dienstleistung erbringt. Bevorschusst der Schuldner die Dienstleistung, so kann er die bevorschusste Dienstleistung als Forderung gegenüber dem Dienstleister wie erwähnt bilanziell aktivieren.⁵⁰⁶ Demgegenüber liegt kein Aktiventausch vor, wenn der Schuldner das Dienstleistungshonorar nach Erbringung der Dienstleistung begleicht, da der Schuldner dann im Austausch zu seiner Leistung kein Aktivum erhält, sondern lediglich ein Passivum reduziert.

Erbringt dagegen der Schuldner eine Dienstleistung gegen Entgelt, liegt aus Sicht des Schuldners zwar kein Austausch gleichwertiger Leistungen im anfechtungsrechtlichen Sinne vor. Allerdings ist dieser Sachverhalt aus anfechtungsrechtlicher Sicht kaum problematisch, weil das Vollstreckungssubstrat des Schuldners durch die Erbringung von Dienstleistungen grundsätzlich nicht geschmälert wird.

2.8 Ausnahme: Mittelbare Gläubigerschädigung (sog. Verfügung über die letzten Aktiven oder gläubigerschädigende Verwendung der gleichwertigen Gegenleistung i.w.S.)

2.8.1. Rechtsprechung des Bundesgerichts

Grundsätzlich ist beim Austausch gleichwertiger Leistungen eine Gläubigerschädigung zu verneinen. Ausnahmsweise soll gemäss Rechtsprechung dennoch eine Gläubigerschädigung vorliegen, wenn die Leistung des Schuldners aus dessen letzten Mitteln erfolgt. Dabei muss der Schuldner mit dem Geschäft den Zweck verfolgt haben, zum Schaden der Gläubiger über seine «letzten Aktiven» zu verfügen, und sein Vertragspartner muss dies erkannt haben resp. hätte es bei pflichtgemässer Aufmerksamkeit erkennen müssen.⁵⁰⁷

⁵⁰⁶ Bspw. durch die Buchung «Vorschüsse/Bank». Vgl. auch S. 107.

⁵⁰⁷ BGE 135 III 276, 280 E. 6.1.2; 134 III 452, 455 E. 3.1; 130 III 235, 238 E. 2.1.2; 101 III 92, 94 E. 4a; 99 III 27, 34 E. 4 m.w.H. sowie Urteil BGer 5C_261/2002 vom 15. September 2002, E. 3.1.2; Urteil HGer ZH vom 26. Juni 1984 (publ. in

Die Formulierung des Bundesgerichts ist etwas missverständlich. Mit dieser Formulierung meint es nicht den Abfluss letzter freier Liquidität.⁵⁰⁸ Es wird nicht vorausgesetzt, dass es sich effektiv um das *letzte Aktivum* des Schuldners handelt.⁵⁰⁹ Gemeint sind vielmehr die Fälle, in denen der Schuldner beim Abschluss eines an sich nicht schädigenden Geschäfts bereits die schädigende Verwendung der vom Gläubiger erhaltenen Gegenleistung beabsichtigt und dies für die Gegenpartei erkennbar ist.⁵¹⁰ Die im anfech-

ZR 83 (1984) Nr. 126). Eine einlässliche Übersicht zur älteren Rechtsprechung, welche den Vorbehalt der indirekten Schädigung anders umschrieben hatte, findet sich bei GAUGLER, S. 103 ff. Das Konstrukt der mittelbaren Gläubigerschädigung wurde in der Lehre verschiedentlich kritisiert. Insbesondere wird bemängelt, dass dieser Tatbestand nur schwer fassbar sei. DALLÈVES, S. 13 FN 39 und WITMER, S. 156. Kritik der bundesgerichtlichen Rechtsprechung betreffend deren Begründung in FITTING, S. 20 f.

⁵⁰⁸ Der Abfluss letzter Aktiven an sich ist nicht der Grund für die Gläubigerschädigung, selbst wenn die Formulierung im Urteil BGer 5A_567/2009 vom 11. Juni 2010, E. 3.3 und E. 4.3 (*«mit der Zahlung [...] letzte Liquidität abgeführt»*) etwas anderes vermuten liesse. Dieses Urteil verweist zur Begründung der Gläubigerschädigung in E. 3.3 auf BGE 135 III 276 E. 6.3.2: *«[...] konnte die ganz unmittelbar vor der Nachlassstundung geleistete Zahlung nur noch Abfluss letzter freier Mittel und damit eine Schmälerung ihrer Dividende bedeuten [...] vor diesem Hintergrund sind auch die vom Handelsgericht zitierten Ausführungen in BGE 135 III 276 E. 6.3.1 und 6.3.2 zu lesen»*). Allerdings wurde in BGE 135 III 276, 283 E. 6.3.2 die Anwendung des Tatbestands «Abfluss letzter Aktiven» gerade ausgeschlossen, war doch die Gläubigerschädigung bereits aufgrund der nachträglichen Leistung des Schuldners zu bejahen. Eine nachträgliche Zahlung schliesst den Tatbestand «Austausch gleichwertiger Leistungen» aus, was auch die Anwendung der Gegenausnahme «Abfluss letzter Aktiven» obsolet werden lässt. Genauso verhielt es sich aber auch im Urteil BGer 5A_567/2009 vom 11. Juni 2010. Hier wäre die Gläubigerschädigung ebenfalls aufgrund der nachträglichen Zahlung des Kerosins (und nicht etwa aufgrund des Abflusses letzter Aktiven) zu bejahen gewesen.

⁵⁰⁹ BGE 101 III 92, 95 E. 4b: Das Bundesgericht prüfte nicht, ob hier die zedierten Debitorenguthaben zu den letzten Aktiven des Schuldners gehörten.

⁵¹⁰ ROHDE, S. 152; SCHMID J., N 149. Das in KNOBLOCH, S. 99 FN 441 genannte Beispiel des Verkaufs einer Liegenschaft an den Ehepartner unter gleichzeitiger Einräumung des Wohnrechts zu Gunsten des Schuldners ist nicht einschlägig (BGE 130 III 238). Hier werden keine gleichwertigen, *verwertbaren* (resp. nicht offensichtlich unnütze) Leistungen getauscht, da das Wohnrecht gemäss Art. 776 Abs. 2 ZGB nicht übertragbar und somit auch nicht verwertbar (und auch nicht nützlich) ist.

tungsrechtlichen Sinne gleichwertige Gegenleistung muss vom Schuldner anschliessend gläubigerschädigend verwendet werden.⁵¹¹

Das erste Geschäft vermindert grundsätzlich weder das Vollstreckungssubstrat noch den Anteil der Gläubiger daran, mithin bewirkt es keine unmittelbare Gläubigerschädigung. Dennoch soll das erste Geschäft aufgrund des bereits geplanten zweiten Geschäfts anfechtbar sein. Um die Gläubigerschädigung des ersten Geschäfts zu bejahen, behilft sich das Bundesgericht ausnahmsweise mit einer *Gesamtbetrachtung* beider Geschäfte. In diesem Sinne ist – wie vorne erwähnt⁵¹² – auch die Erwägung des Bundesgerichts in BGE 134 III 615 (Tempus-Entscheid) zu lesen, wonach das Kriterium der Gleichwertigkeit von Leistungen bei der Absichtspauliana keine eigenständige Bedeutung habe, *soweit* ein Rechtsgeschäft dennoch die Begünstigung einzelner Gläubiger zum Nachteil der anderen zur Folge haben könne.⁵¹³

Das Bundesgericht nennt in BGE 101 III 92, 95 E. 4b folgendes Beispiel zur mittelbaren Gläubigerschädigung: Der Schuldner erhält von einer Bank einen Kredit gegen Sicherstellung in Form einer Forderungszession. Der Kreditgeber weiss oder müsste wissen, dass der Konkurs des Schuldners unmittelbar bevorsteht, womit der Kredit nur noch dazu dienen kann, einzelne Gläubiger zu bevorzugen, oder nur noch zum persönlichen Vorteil des Schuldners (namentlich zur sog. Schuldnerflucht) verwendet werden wird.⁵¹⁴

Bejaht wurde eine mittelbare Gläubigerschädigung in BGE 74 III 48, als ein Gläubiger dem Schuldner ein Darlehen (gegen Errichtung eines Schuldbriefes) gewährte, wobei gemäss Darlehensvertrag das Darlehen direkt zur Tilgung einzelner offener Forderungen bestimmt war und vom Darlehensgeber im Auftrag und auf Rechnung des Schuldners sogleich an die einzelnen Gläubiger überwiesen wurde.⁵¹⁵ Das Bundesgericht sah den Darlehensbetrag nicht als gleichwertige Gegenleistung für die Schuldbrieferrichtung an, zu-

⁵¹¹ BGE 101 III 92, 95 E. 4b; KNOBLOCH, S. 99 FN 440; SCHMID J., N 149 und wohl auch VOGT, Damoklesschwert, S. 176 f.

⁵¹² Vgl. S. 77 f.

⁵¹³ BGE 134 III 615, 620 f. E. 4.3.

⁵¹⁴ Vgl. auch REBSAMEN, Gleichbehandlung, N 430 ff., der überdies den Verkauf von Aktiven zur Schaffung einer Verrechnungslage erwähnt.

⁵¹⁵ BGE 74 III 48, 51 E. 2 f.

mal das Darlehen nicht der Gläubigerschädigung zugutekam,⁵¹⁶ und bejahte demnach die gläubigerschädigende Wirkung der Begründung des Grundpfandrechts.

2.8.2. Stellungnahme

Nach hier vertretener Ansicht ist eine Gesamtbetrachtung angezeigt, wenn sich der gläubigerschädigende Charakter bereits im ersten Geschäft manifestiert und die zwei Geschäfte eng miteinander verknüpft sind. Zu fordern ist, dass ein *offensichtlicher* Fall der gläubigerschädigenden Verwendung der Gegenleistung vorliegt. So bspw., wenn der Gläubiger die (im Austausch zur Sicherstellung erfolgte) Gegenleistung direkt einzelnen Gläubigern des Schuldners überweist oder der Schuldner sich dazu verpflichtet.⁵¹⁷

Auf subjektiver Ebene sind ebenfalls strenge Anforderungen zu stellen. Eine Absicht des Schuldners, die Gläubiger mittelbar durch das erste Rechtsgeschäft zu schädigen und ihre Erkennbarkeit für die Gegenpartei darf in Übereinstimmung mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht leichtthin angenommen werden.⁵¹⁸

2.9 Zusammenfassung

Erhält der Schuldner als Gegenleistung für die Entäusserung von Vermögenswerten gleichzeitig oder zukünftig eine gleichwertige und verwertbare (oder zumindest nicht offensichtlich nutzlose) Sachleistung des Gläubigers, liegt keine Gläubigerschädigung vor. Eine effektive Verwertbarkeit der Gegenleistung im Zeitpunkt der Zwangsvollstreckung wird bei bereits verbrauchten oder weiterveräusserten Gütern nicht verlangt. Es genügt, wenn diese grundsätzlich verwertbar oder aus Sicht der Gläubiger zumindest nicht offensichtlich nutzlos waren.

⁵¹⁶ BGE 74 III 48, 51 E. 3.

⁵¹⁷ Im Unterschied zum reinen Passiventausch erhält der Gläubiger in dieser Konstellation aber im Austausch zu seiner Leistung eine Schuldnerleistung (z.B. die Sicherstellung seines Kredits).

⁵¹⁸ So auch BGE 101 III 92, 96 E. 4b.

Für Dienstleistungen gilt grundsätzlich dasselbe wie für Sachleistungen. Nur falls die erhaltene Dienstleistung gleichwertig (i.e.S.) ist, nicht offensichtlich unnütz ist und vom Schuldner bevorschußt wird, ist die Zahlung nicht gläubigerschädigend und somit anfechtungsresistent.⁵¹⁹ Die *nachträgliche* Begleichung eines Dienstleistungshonorars ist hingegen gläubigerschädigend, weil es im Zeitpunkt der Schuldnerleistung aus anfechtungsrechtlicher Sicht an einer Gegenleistung des Gläubigers fehlt.⁵²⁰

Dienstleister werden insofern nicht besser behandelt als Lieferanten.⁵²¹ Die Begleichung von Dienstleistungshonoraren wird somit nicht voraussetzungslos von der Anfechtung ausgenommen, wie teilweise bemängelt wird.⁵²² Insbesondere wird auch keine zusätzliche privilegierte Klasse⁵²³ von Dienstleistern i.S.v. Art. 219 SchKG geschaffen.⁵²⁴ Die Dienstleister werden nach Begleichung ihrer Forderungen gerade nicht zu (privilegierten) Konkursgläubigern, sondern müssen ihr Honorar gegebenenfalls zurückerstatten.

Ausnahmsweise kann beim Austausch gleichwertiger Leistungen (i.w.S.) eine sog. mittelbare Gläubigerschädigung vorliegen. Das ist der Fall, wenn die Gegenleistung letztlich nicht dem Vollstreckungssubstrat zugutekommt, sondern offensichtlich (d.h. für den leistenden Gläubiger erkennbar) gläubigerschädigend verwendet wird.

⁵¹⁹ Vgl. auch REBSAMEN, Gleichbehandlung, N 584.

⁵²⁰ KUKO SchKG-UMBACH-SPAHN/BOSSART, Art. 288 N 6. Allerdings könnte es in diesem Fall an der Schädigungsabsicht des Schuldners fehlen (KUKO SchKG-UMBACH-SPAHN/BOSSART, Art. 288 N 7).

⁵²¹ A.M. REBSAMEN, Gleichbehandlung, N 584.

⁵²² A.M. ZOBL, S. 32, wonach eine gleichwertige Dienstleistung bereits für die Unanfechtbarkeit genügen solle. Anzumerken ist, dass dieser Aufsatz noch vor BGE 134 III 615 (Tempus-Entscheid) publiziert wurde.

⁵²³ CAMPONOVO, S. 536.

⁵²⁴ Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 13. Juni 2005, E. 3.3.4 (publ. in ZR 104 (2005) Nr. 78, S. 304).

3. Reine Gläubigerbevorzugung

3.1 Begriff

Eine reine Gläubigerbevorzugung im hier verstandenen Sinn liegt vor, wenn die Rechtshandlung des Schuldners weder eine Schlechterstellung der übrigen Gläubiger mit Blick auf ihren Anteil am Vollstreckungsergebnis noch deren prozessuale Schlechterstellung zur Folge hat (und auch keine mittelbare Gläubigerschädigung bewirkt). Die Bevorzugungshandlung bewirkt lediglich eine Besserstellung eines Gläubigers gegenüber den anderen Gläubigern, indem der bevorzugte Gläubiger befriedigt wird, während sich die anderen Gläubiger nach wie vor mit einer *gleichbleibenden* Dividende begnügen müssen.

Fälle einer reinen Gläubigerbevorzugung treten in der Praxis selten auf. Ein Beispiel einer reinen Gläubigerbevorzugung wäre der Passiventausch. Ein Passiventausch liegt vor, wenn der Schuldner zur Befriedigung eines bestehenden Gläubigers keine Aktiven verwendet, sondern dafür neue Verbindlichkeiten eingeht (bspw. durch Erhöhung eines ungesicherten Kredits oder Schuldübernahme durch die Bank).⁵²⁵ Die Bilanzsumme resp. die Höhe der Aktiven und Passiven wird durch diesen Vorgang nicht tangiert. Insofern bleibt der Deckungsgrad für die übrigen Gläubiger gleich, während der begünstigte Gläubiger vollständig (oder zumindest teilweise) befriedigt wird.⁵²⁶

Ein weiteres Beispiel wäre die Tilgung einer Gläubigerforderung durch Überlassung eines verkehrsunfähigen und daher nicht verwertbaren Gegenstandes an Zahlungs statt.⁵²⁷ Das Vollstreckungssubstrat des Schuldners wird durch diesen Vorgang ebenfalls nicht tangiert, womit auch hier der Deckungsgrad für die übrigen Gläubiger gleich bleibt.

⁵²⁵ Siehe dazu DIEM, S. 93; GLANZMANN, Sanierungsdarlehen, S. 264; ZOBL, S. 33.

⁵²⁶ ZOBL, S. 30.

⁵²⁷ BSK SchKG II-STAEHELIN A., Art. 288 N 15.

3.2 Gläubigerschädigung durch reine Gläubigerbevorzugung?

In der Lehre bestehen kontroverse Ansichten darüber, ob eine reine Ungleichbehandlung der Gläubiger ohne eine tatsächliche Minderung des Vollstreckungssubstrats resp. ohne eine Minderung des Anteils der übrigen Gläubiger daran genügt, um eine Gläubigerschädigung zu bejahen. Im Folgenden wird die Lehre und Rechtsprechung zur reinen Gläubigerbevorzugung dargestellt und aufgezeigt, weshalb nach hier vertretener Ansicht bei einer reinen Gläubigerbevorzugung keine Gläubigerschädigung im anfechtungsrechtlichen Sinne vorliegen kann.

Nach hier vertretener Auffassung ist ein Hauptanwendungsfall der reinen Gläubigerbevorzugung der Passiventtausch. Bemerkenswert ist, dass sich weder Lehre noch Rechtsprechung unter diesem Titel zum Passiventtausch äussern. Vielmehr geht es in den entsprechenden Fällen um die nachträgliche Begleichung von (Dienstleistungs-)Forderungen, die nach hier vertretener Ansicht ohnehin nicht als «reine Gläubigerbevorzugung» qualifizieren.

3.2.1. Rechtsprechung des Bundesgerichts

Das Bundesgericht hatte bislang noch keinen Fall der reinen Gläubigerschädigung zu beurteilen. Zwei im Jahre 2008 ergangene Entscheide des Bundesgerichts haben indes die Diskussion entfacht, ob auch eine reine Gläubigerbevorzugung im anfechtungsrechtlichen Sinne gläubigerschädigend sei. Konkret ging es um BGE 134 III 615 (Tempus-Entscheid) und BGE 135 III 276 (Air-Total-Entscheid). In den entsprechenden Fällen lag aber gar keine reine Gläubigerbevorzugung vor. Vielmehr handelte es sich um die nachträgliche Zahlung von Honoraren einer Revisionsstelle für Revisions- und Beratungsleistungen⁵²⁸ resp. die Bezahlung einer Kerosinlieferung⁵²⁹. Die nachträgliche Zahlung von Gläubigerleistungen durch den Schuldner vermindert das Vollstreckungssubstrat und ist daher in aller Regel gläubigerschädigend im anfechtungsrechtlichen Sinne.

⁵²⁸ BGE 134 III 615, Sachverhalt.

⁵²⁹ BGE 135 III 276, 281 E. 6.2.

Die Erwägungen des Bundesgerichts in diesen zwei Entscheiden sind etwas missverständlich. So führte es aus, dass es für die Bejahung der Gläubigerschädigung bereits genüge, wenn der Begünstigte im Verhältnis zu anderen Gläubigern unter Verletzung des Grundsatzes der Gläubigergleichbehandlung begünstigt werde.⁵³⁰

Das Bundesgericht beruft sich in den massgeblichen Erwägungen zur Bejahung der Gläubigerschädigung jeweils auf die Ausführungen von GILLIÉRON⁵³¹ und auf den Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung.⁵³² Der Nachteil der Gläubiger bestehe darin, dass die Forderung eines Gläubigers vollständig bezahlt werde, während sich die anderen Gläubiger mit einer Dividende begnügen müssten.⁵³³ Im Air-Total-Entscheid führte es sodann im Zusammenhang mit dem rechtmässigen Alternativverhalten aus, es sei ohne Belang, ob die inkriminierte Handlung zur Begrenzung des Verlusts der übrigen Gläubiger beigetragen habe, wenn mit dieser Handlung ein Gläubiger gegenüber allen bevorzugt worden sei.⁵³⁴

3.2.2. Literatur

Gemäss h.L. soll bei blosssem Vorliegen einer Gläubigerbevorzugung die (objektive) Gläubigerschädigung verneint werden.⁵³⁵ Die Gläubigergleichbe-

⁵³⁰ BGE 135 III 276, 283 E. 6.3.3; 134 III 615, 620 f. E. 4.3. BGE 137 III 268, 283 E. 4.1 verweist auf die Erwägung im letzteren Entscheid, um die Gläubigerschädigung zu bejahen, unterlässt es aber, eine eingehende Begründung für die Gläubigerschädigung zu liefern.

⁵³¹ GILLIÉRON, Commentaire, Art. 288 N 26.

⁵³² BGE 135 III 276, 281 E. 6.1.2; 134 III 615, 620 E. 4.3.

⁵³³ BGE 134 III 615, 621 E. 4.3.

⁵³⁴ BGE 135 III 276, 284 E. 6.3.3 (Pra 2009 Nr. 112).

⁵³⁵ ROHDE, S. 146 FN 6; BSK SchKG II-STAEHELIN A., Art. 288 N 15. Implizit wohl auch BLUMENSTEIN, Handbuch, S. 888; DIEM, S. 93; KUKO SchKG-UMBACH-SPAHN/BOSSART, Art. 285 N 4 sowie ZOBL, S. 30, wonach ein reiner Passiventausch – wie die direkte Bezahlung einer Drittklassforderung mittels Erhöhung einer Kreditschuld bei einem anderen Drittklassgläubiger (mithin ohne Verbuchung in die Aktiven) – keine Gläubigerschädigung bewirkt (obschon hier eine reine Gläubigerbevorzugung vorliegen könnte, weil ein Gläubiger vollständig befriedigt wird, während andere Gläubiger nur eine Dividende erhalten).

handlung könne weder absolute Maxime noch Selbstzweck sein.⁵³⁶ Liesse man die Gläubigerbevorzugung dennoch genügen, würde der vom Bundesgericht in mehreren Entscheiden anerkannte Einwand des rechtmässigen Alternativverhaltens⁵³⁷ völlig sinnentleert⁵³⁸: Der Einwand, wonach die Gläubiger mit der Handlung des Schuldners bessergestellt wären als ohne diese Handlung, bliebe erfolglos, weil damit nicht ausgeschlossen werden könne, dass ein Gläubiger noch bessergestellt wäre als alle anderen Gläubiger.⁵³⁹

VOGT will im Grundsatz eine reine Gläubigerbevorzugung für die Pauliana ebenfalls nicht genügen lassen, zumal der ums Überleben kämpfende Schuldner nicht seiner Handlungsfähigkeit beraubt werden soll. Ausnahmsweise soll aber eine Bevorzugungshandlung im Rahmen der Absichtspauliana anfechtbar sein, wenn beim Schuldner eine eigentliche Begünstigungsabsicht bestehe. An diese Absicht seien jedoch – im Gegensatz zur Rechtsprechung des Bundesgerichts – sehr hohe Anforderungen zu stellen.⁵⁴⁰

3.2.3. Stellungnahme

Nach hier vertretener Ansicht führt eine reine Gläubigerbevorzugung, welche keine negativen Auswirkungen auf die Anteile anderer Gläubiger am Vollstreckungssubstrat (resp. ihre prozessuale Stellung) hat, nicht zu einer anfechtungsrelevanten Gläubigerschädigung. Schon rein begrifflich wäre die gegenteilige Auffassung widersprüchlich. Auch der Gesetzeswortlaut («oder einzelne Gläubiger *zum Nachteil anderer* zu schädigen») spricht dagegen, eine reine Gläubigerbevorzugung genügen zu lassen.

Selbst das Bundesgericht hält in beiden einschlägigen Entscheide fest, dass das Recht, eine paulianische Anfechtungsklage zu erheben «n'est en effet accordé qu'au créancier qui, dans la procédure d'exécution forcée, se trouve plus mal placé qu'il ne le serait si l'acte attaquant ne s'était pas produit».⁵⁴¹ In anderen Entscheiden führt das Bundesgericht (im Einklang mit der Litera-

⁵³⁶ ROHDE, S. 154. In diese Richtung auch LORANDI, Rechtsprechung, S. 226.

⁵³⁷ Vgl. zum rechtmässigen Alternativverhalten S. 136 ff.

⁵³⁸ ROHDE, S. 150.

⁵³⁹ LORANDI, Rechtsprechung, S. 226 f.; ROHDE, S. 154.

⁵⁴⁰ Zum Ganzen: VOGT, Damoklesschwert, S. 177 f.

⁵⁴¹ BGE 135 III 276, 280 E. 6.1.1; 134 III 615, 617 f. E. 4.1.

tur) sodann aus, dass das Prinzip der Gläubigergleichbehandlung weder absolute Maxime noch Selbstzweck sein kann, was ebenfalls gegen die gläubigerschädigende Wirkung einer reinen Gläubigerbevorzugung spricht.⁵⁴²

Auch mit Blick auf das Ziel der Pauliana, das Vollstreckungssubstrat resp. die Zugriffslage wiederherzustellen, rechtfertigt eine reine Gläubigerbevorzugung – bei welcher weder das Vollstreckungssubstrat noch die Anteile der Gläubiger daran tangiert wurden – keinen Eingriff ins Vermögen eines Dritten.

Hinzu kommt, dass das Bundesgericht in besagten Fällen gar keine reine Gläubigerbevorzugung im hier verstandenen Sinne zu beurteilen hatte: Selbst wenn die Erwägungen in den zwei relevanten Entscheiden des Bundesgerichts jeweils vermuten liessen, dass es sich um reine Gläubigerbevorzugung gehandelt habe, führten in diesen Fällen sämtliche vom Bundesgericht zu beurteilenden Rechtshandlungen zu einer tatsächlichen Verminderung des Vollstreckungssubstrats. Sowohl in BGE 135 III 276 (Air-Total-Entscheid)⁵⁴³ als auch in BGE 134 III 615 (Tempus-Entscheid)⁵⁴⁴ handelte es sich um *nachträgliche* Zahlungen von Forderungen. Die nachträgliche Begleichung einer Forderung bewirkt grundsätzlich immer eine Verminderung des Vollstreckungssubstrats.⁵⁴⁵

Des Weiteren ist die Erwägung im Air-Total-Entscheid, wonach der Einwand des rechtmässigen Alternativverhaltens nicht vorgebracht werden könne, wenn eine reine Gläubigerbevorzugung vorliege, nicht stringent.⁵⁴⁶ Mit dem Einwand des rechtmässigen Alternativverhaltens wird gerade nicht geltend gemacht, es habe keine Gläubigerschädigung (oder reine Gläubigerbevorzugung) stattgefunden. Vielmehr wird argumentiert, die übrigen Gläubiger seien als direkte Folge der anfechtbaren Handlung zwar geschädigt (resp. ein einzelner Gläubiger bevorzugt) worden, hätten aber ohne die schädigende

⁵⁴² BGE 136 III 247, 249 E. 2; Urteil BGer 5A_750/2008, E. 2 vom 24. Februar 2010.

⁵⁴³ BGE 135 III 276, 283 E. 6.3.3.

⁵⁴⁴ BGE 134 III 615, 620 f. E. 4.3. BGE 137 III 268, 283 E. 4.1 verweist zur Begründung der Gläubigerschädigung ebenfalls auf die Argumentation in BGE 134 III 615 (Tempus-Entscheid).

⁵⁴⁵ Vgl. S. 100 f.

⁵⁴⁶ BGE 135 III 276, 283 E. 6.3.3.

Handlung einen gleichen oder noch grösseren Schaden erlitten.⁵⁴⁷ Der Einwand des rechtmässigen Alternativverhaltens kann also nur dann vorgebracht werden, wenn überhaupt eine Gläubigerschädigung (oder nach abzu-
lehrender Meinung eine reine Gläubigerbevorzugung) vorliegt.

Schliesslich ist zu bemerken, dass die vom Bundesgericht zitierte Literaturstelle im Zusammenhang mit der reinen Gläubigerbevorzugung vielmehr die mittelbare Gläubigerschädigung⁵⁴⁸ im Blick hatte und auf entsprechende Bundesgerichtsentscheide Bezug nimmt.⁵⁴⁹ Nach hier vertretener Ansicht ist eine mittelbar gläubigerschädigende Handlung, die das Vollstreckungs-
substrat resp. die Betreffnisse der übrigen Gläubiger daran nicht direkt tangiert, sondern als Vorbereitungshandlung die unmittelbare Gläubigerschädigung erst ermöglicht, nur in seltenen Ausnahmefällen anfechtbar.⁵⁵⁰ Sie stellt jedoch keine reine Gläubigerbevorzugung im hier verstandenen Sinn dar.

⁵⁴⁷ A.M. VOGT, *Damoklesschwert*, S. 175, wonach der Schuldner in BGE 135 III 276 (Air-Total-Entscheid) mit schadensmindernden Massnahmen dazu beigetragen hatte, dass das Vollstreckungsergebnis nicht geschmälert wurde.

⁵⁴⁸ Siehe S. 114 ff.

⁵⁴⁹ GILLIÉRON, *Commentaire*, Art. 288 N 26 mit Verweis auf BGE 77 III 79, 84 f. E. 2 und BGE 74 III 48, 55 E. 5. In BGE 77 III 79 sollte der Schuldner nach Verkauf seines Geschäftsinventars nicht den vollen Kaufpreis erhalten, sondern ein Teil davon mittels Schuldübernahme getilgt werden. Eine Schuldübernahme ist allerdings keine gleichwertige Gegenleistung, welche die Aktiven des Schuldners unberührt liesse, sondern führt lediglich zu einer Reduktion der Passiven und damit zu einer Verminderung der Anteile der übrigen Gläubiger am Vollstreckungssubstrat. Eine reine Gläubigerungleichbehandlung lag demnach nicht vor. Der in BGE 74 III 48 umschriebene Sachverhalt – die Ausrichtung eines Darlehens an den Schuldner gegen Pfandsicherung (Schuldbrief) und mit der Auflage, das Darlehen zur Befriedigung gewisser Gläubiger zu verwenden – tangiert das Vollstreckungssubstrat dagegen nicht direkt (sondern erst bei der tatsächlichen Befriedigung der einzelnen Gläubiger). Die Ausrichtung eines Darlehens gegen Sicherstellung führt nicht direkt zur Schädigung der Gläubiger.

⁵⁵⁰ Vgl. S. 117. Ohne eine solche Einschränkung: BGE 101 III 92, 94 E. 4a; 99 III 27, 34 E. 4; 77 III 79, 84 f. E. 2 und 74 III 48, 55 E. 5.

3.3 Passiventtausch

Nachstehend wird auf den (m.E.) Hauptanwendungsfall der reinen Gläubigerbevorzugung eingegangen: den Passiventtausch. Wie gesehen liegt ein Passiventtausch vor, wenn der Schuldner einen bestehenden Gläubiger befriedigt, indem er dafür neue Verbindlichkeiten eingeht.⁵⁵¹

Ein Passiventtausch ist auch bei der Erbringung von Dienstleistungen durch den Gläubiger denkbar. In BGE 135 III 265 (einem *Swissair*-Entscheid betreffend Gebühren für Flughafen- und Flugsicherungsdienstleistungen) brachte die Anfechtungsgegnerin vor, dass die Zahlung der Gebühren direkt zu Lasten des Bundesdarlehens erfolgt und die Nachlassmasse somit gar nicht tangiert worden sei.⁵⁵² Im Umfang der Zahlung an die Anfechtungsgegnerin sei deren Forderung untergegangen, während an deren Stelle die Forderung des Bundes in gleicher Höhe getreten sei.⁵⁵³ Das Bundesgericht hatte dieses Argument zwar mangels expliziter Bestreitung der Gläubigerschädigung nicht näher zu prüfen. Die vom Bundesgericht verwendete Formulierung, wonach in diesem Fall die «Nachlassmasse gar nicht als tangiert anzusehen wäre», lässt allerdings darauf schliessen, dass dieser Einwand gegebenenfalls hätte bejaht werden können.⁵⁵⁴

Kein reiner Passiventtausch liegt demgegenüber vor, wenn der Schuldner einen neuen Kredit zur Tilgung bestehender Schulden nur gegen eine Sicherstellung erhält, die seine Aktiven vermindert (z.B. Forderungszession) oder seine Aktiven mit einem beschränkten dinglichen Recht (z.B. Schuldbrief)

⁵⁵¹ Siehe dazu S. 119 sowie DIEM, S. 93; GLANZMANN, Sanierungsdarlehen, S. 264; ZOBL, S. 33.

⁵⁵² BGE 135 III 265, 270 E. 4. Vgl. ebenso die Ausführungen der Anfechtungsgegnerin im vorinstanzlichen Urteil HGer ZH HG050372 vom 19. November 2007, E. III.4.3.3.1 (nicht publ.), wonach der Bund einverstanden gewesen sei, das Darlehen zu Gunsten von fälligen Forderungen von Dienstleistungserbringern zu verwenden.

⁵⁵³ Urteil HGer ZH HG050372 vom 19. November 2007, E. III.4.3.3.1 (nicht publ.).

⁵⁵⁴ BGE 135 III 265, 271 E. 4: «Erübrigt sich eine Rückweisung an das Handelsgericht [...] für die zentrale Frage, ob die angefochtene Zahlung direkt zu Lasten des Bundesdarlehens erfolgt sei, so dass die Nachlassmasse gar nicht als tangiert anzusehen wäre.»

belastet. In diesem Fall ist zu prüfen, ob allenfalls eine mittelbare Gläubigerschädigung vorliegt (siehe hierzu vorne 2.8).

Nach einem Teil der Lehre ist ein Passiventausch nicht gläubigerschädigend, sofern der kreditgewährende Gläubiger dem bisherigen Gläubiger den Betrag direkt überweist.⁵⁵⁵ Wird der entsprechende Betrag aus rein buchungstechnischen Gründen zunächst dem Schuldner gutgeschrieben und alsdann dem Gläubiger überwiesen, ist umstritten, ob dieser Fall ebenfalls (mangels objektiver Gläubigerschädigung) von der Anfechtung ausgenommen ist. Die Befürworter der Anfechtbarkeit argumentieren, dass dem Schuldner zunächst ein Aktivum zukommt, welches anschliessend aus der verwertbaren Masse abwandert und zur Gläubigerbefriedigung verwendet wird.⁵⁵⁶ Nach anderer Ansicht ist dieser Fall gleich zu behandeln, wie wenn der Betrag direkt überwiesen worden wäre, sofern das Vorgehen aus rein buchungstechnischen Gründen gewählt wird und der kreditgebende Gläubiger nicht bereit gewesen wäre, den Kreditbetrag dem Schuldner zur freien Verfügung zu überlassen.⁵⁵⁷

Da die Pauliana eine Rechtshandlung *des Schuldners* voraussetzt, ist ein Passiventausch nur dann anfechtungsrelevant, wenn der Schuldner an diesem Vorgang mitgewirkt hat.⁵⁵⁸ Der Beitrag des Schuldners kann bspw. in der Anweisung an den kreditgebenden Gläubiger bestehen, einzelne bisherige Gläubiger zu befriedigen.

⁵⁵⁵ DIEM, S. 93; GLANZMANN, Sanierungsdarlehen, S. 264. Bspw. bei einer Anweisung an die kreditgebende Bank, einem Gläubiger einen bestimmten Betrag zu überweisen oder einer Schuldübernahme durch die Bank.

⁵⁵⁶ DIEM, S. 97.

⁵⁵⁷ GLANZMANN, Sanierungsdarlehen, S. 265 f.; ZOBL, S. 33, der grundsätzlich in beiden Fällen (direkte und indirekte Überweisung) von der Anfechtbarkeit ausgeht, indessen diejenigen Fälle von der Pauliana ausnimmt, in denen der kreditgebende Gläubiger den Betrag dem Schuldner nicht zur freien Verfügung überlassen hätte.

⁵⁵⁸ Vgl. ZOBL, S. 30 FN 71.

3.4 **Fazit**

Eine reine Gläubigerbevorzugung stellt keine Gläubigerschädigung im anfechtungsrechtlichen Sinne dar. Die gegenteilige Ansicht liesse sich mit dem Sinn und Zweck der Pauliana nicht vereinbaren.

4. **Keine Gläubigerschädigung bei Begleichung privilegierter oder pfandgesicherter Forderungen**

Die Begleichung privilegierter oder pfandgesicherter Forderungen durch den Schuldner ist per se nicht gläubigerschädigend, und zwar unabhängig davon, in welcher zeitlichen Reihenfolge die Leistung des Schuldners erfolgt (vorab, Zug um Zug oder nachträglich).⁵⁵⁹ Voraussetzung hierfür ist, dass keine anderen privilegierten Gläubiger gemäss Art. 219 Abs. 4 SchKG benachteiligt werden, mithin sämtliche anderen privilegierten Gläubiger der gleichen und etwaigen vorhergehenden Klassen vollständig befriedigt werden können.⁵⁶⁰ Gleiches gilt für die Begleichung von pfandgesicherten Forderungen. Auch sie ist nicht gläubigerschädigend, sofern die nachträgliche Leistung des Schuldners auf den Umfang der Pfandsicherung limitiert ist und sich die Pfandsicherheit im entsprechenden Umfang reduziert.⁵⁶¹

Die nachrangigen Gläubiger werden nicht geschädigt, da in der Zwangsvollstreckung die vorrangigen Gläubiger ohnehin zuerst vollständig befriedigt werden müssen, bevor die nachrangigen einen Anteil am Vollstreckungssubstrat erhalten. Die nachrangigen Gläubiger wären demnach auch ohne die vorgängige Befriedigung des privilegierten oder pfandgesicherten Gläubigers

⁵⁵⁹ BGE 136 III 247, 251 E. 3 a.E.; 134 III 452, 455 E. 3.1; 78 III 83, 86 E. 1; HUNKELER, Absichtsanfechtung, S. 145; ROHDE, FN 26; BSK SchKG II-STAEHELIN A., Art. 288 N 9.

⁵⁶⁰ ROHDE, FN 26.

⁵⁶¹ BGE 99 III 27, 35 E. 4; ROHDE, FN 26.

aus einem im Umfang der pfandgesicherten bzw. privilegierten Forderungen reduzierten Vollstreckungssubstrat befriedigt worden.⁵⁶²

Welche Forderungen von einem Konkursprivileg profitieren, lässt sich Art. 219 Abs. 4 SchKG entnehmen. Dazu gehören u.a. Forderungen von Arbeitnehmern aus dem Arbeitsverhältnis, die nicht früher als sechs Monate vor der Konkurseröffnung entstanden oder fällig geworden sind. Nicht privilegiert sind dagegen Verwaltungsratshonorare, Löhne für leitende Angestellte mit hoher Entscheidungskompetenz oder Honorare für klassische Dienstleistungen.⁵⁶³

5. Beweisfragen

5.1 Vermutungsbasis

Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts wird die Gläubigerschädigung vermutet.⁵⁶⁴ Unklar ist, aus welcher Tatsache die Vermutung der Gläubigerschädigung bei der Absichtspauliana abgeleitet wird, sprich welche Tatsache die Vermutungsbasis bildet und entsprechend vom Anfechtenden zu beweisen ist.⁵⁶⁵ Die bundesgerichtliche Rechtsprechung begnügt sich grösstenteils mit der Formulierung, dass die Gläubigerschädigung vermutet werde, ohne dass die Vermutungsbasis konkretisiert würde.⁵⁶⁶ In der Lehre wird einerseits

⁵⁶² SCHMID J., N 150. Gegebenenfalls liessen sich noch mögliche Zinsverluste der nachrangigen Gläubiger ins Feld führen. Allerdings wäre das Risiko einer solchen Klage in den meisten Fällen wohl vernachlässigbar (HUNKELER, Absichtsanfechtung, S. 145).

⁵⁶³ BSK SchKG II-LORANDI, Art. 219 N 150 ff. mit Ausnahme der in N 162 beschriebenen Fälle.

⁵⁶⁴ BGE 137 III 268, 283 E. 4.1; 136 III 247, 250 E. 3; 135 III 265, 267 E. 2; 134 III 615, 617 f. E. 4.1; 85 III 185, 189 E. 2a; siehe auch GLANZMANN, Sanierungsdarlehen, S. 264; VOGT, Damoklesschwert, S. 165; zu den Gründen siehe GAUGLER, S. 102 f.

⁵⁶⁵ Eingehend zu dieser Frage: SCHMID J., N 152 ff.

⁵⁶⁶ SCHMID J., N 152. Einzig in einem nicht in der amtlichen Sammlung publizierten Entscheid (Urteil BGer 5A_358/2008 resp. 5A_473/2009 vom 3. August 2010, E. 2.1.1) hat das Bundesgericht festgehalten, dass die Vermutung «bei anfecht-

die Meinung vertreten, dass auf die anfechtungsrelevante Handlung als Vermutungsbasis abzustellen ist.⁵⁶⁷ Anderer Ansicht nach hat der Anfechtende lediglich die Vermögensminderung zu beweisen.⁵⁶⁸ Sodann findet sich eine Lehrmeinung, wonach die Gläubigerschädigung bereits aufgrund der Konkursöffnung oder Ausstellung des Verlustscheins vermutet wird.⁵⁶⁹

5.2 Natur der Vermutung

Neben der Unklarheit, was die Vermutungsbasis für die Gläubigerschädigung sein soll, ist auch die Natur der Vermutung (natürliche⁵⁷⁰ oder gesetzliche⁵⁷¹) ungeklärt. Eine natürliche Vermutung dient der Beweiserleichterung, hat aber keine Umkehr der Beweislast zur Folge.⁵⁷² Bei einer natürlichen Vermutung stünde dem Anfechtungsgegner der Gegenbeweis sowohl gegen die Vermutungsbasis als auch gegen die Vermutungsfolge zur Verfügung.⁵⁷³ Sollte es sich dagegen um eine gesetzliche Vermutung handeln, könnte der Anfechtungsgegner die Vermutungsfolge lediglich mit dem Beweis des Gegenteils widerlegen.⁵⁷⁴ Der Beweis des Gegenteils ist ein Hauptbeweis, der strengerer Anforderungen unterliegt als der Gegenbeweis.⁵⁷⁵ Für den Gegenbeweis genügt es, wenn der Anfechtungsgegner den Hauptbeweis lediglich erschüttert.⁵⁷⁶

tungsrelevantem Verhalten» zur Anwendung gelange, dies jedoch nicht näher erläutert.

⁵⁶⁷ FAVRE, S. 341; VOGT, Damoklesschwert, S. 165 f.

⁵⁶⁸ HINDERLING, Aspekte, S. 257 f.; Urteil des KGer GR vom 27. Juni 2001 (publ. in PKG 2001, Nr. 5), E. 3c (*obiter dictum*).

⁵⁶⁹ AMONN/WALTHER, § 52 N 25a (der Anfechtende hat allerdings nach AMONN/WALTHER, § 52 N 25 eine vermögensschädigende Rechtshandlung nachzuweisen); JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN, Art. 285 N 28.

⁵⁷⁰ GILLIÉRON, Commentaire, Art. 288 N 22.

⁵⁷¹ BGE 85 III 185, 189 f. E. 2a; SCHMID J., N 160.

⁵⁷² BGE 117 II 256, 258 E. 2b.

⁵⁷³ BK ZGB-WALTER, Art. 8 N 476.

⁵⁷⁴ BK ZGB-WALTER, Art. 8 N 70.

⁵⁷⁵ BGE 120 II 393, 397 E. 4b; BK ZGB-WALTER, Art. 8 N 70.

⁵⁷⁶ BGE 133 III 81, 89 E. 4.2.2; BK ZGB-WALTER, Art. 8 N 70.

Die Vermutung der Gläubigerschädigung wird im Gesetz nicht explizit erwähnt. Die Vertreter einer gesetzlichen Vermutung leiten diese dogmatisch aus Art. 285 SchKG her.⁵⁷⁷ Richtigerweise lässt sich aus diesem Artikel die Vermutung ableiten, dass die Aktivlegitimierten durch die Eröffnung des Konkurses resp. durch die Ausstellung eines Verlustscheins geschädigt sind (i.S. einer absoluten Schädigung).⁵⁷⁸ Allerdings lässt sich aus diesem Artikel keine Vermutung ableiten, wonach die *fragliche Rechtshandlung* des Schuldners eine Beeinträchtigung der Vollstreckungsrechte der Gläubiger – also eine relative Schädigung – bewirkt haben könnte.⁵⁷⁹ Die schädigende Wirkung der in Art. 286 SchKG und Art. 287 SchKG umschriebenen Tathandlungen ergibt sich aus der Tathandlung selbst.⁵⁸⁰ Demgegenüber wird in Art. 288 SchKG keine konkrete Tathandlung umschrieben. Anfechtbar sind *sämtliche Rechtshandlungen*, die der Schuldner *in erkennbarer Schädigungsabsicht* vorgenommen hat. Allerdings wird die Schädigungsabsicht regelmässig erst *nach* Vorliegen der Gläubigerschädigung geprüft.⁵⁸¹ Es scheint daher dogmatisch fragwürdig, von einer noch nicht geprüften, erkennbaren Schädigungsabsicht (die gegebenenfalls nach erfolgter Prüfung verneint wird) kraft gesetzlicher Vermutung auf eine Gläubigerschädigung zu schliessen.

5.3 Stellungnahme

Nach hier vertretener Ansicht hat der Anfechtende zu beweisen, dass der Schuldner eine nachträgliche Leistung vorgenommen hat. Bei vorgängigen und Zug-um-Zug-Leistungen des Schuldners hat der Anfechtende dagegen zu beweisen, dass die erhaltene Gläubigerleistung entweder nicht gleichwertig oder zwar gleichwertig, aber nicht verwertbar resp. (bei Verbrauchsgütern oder Dienstleistungen) offensichtlich nutzlos war oder zum Schaden der

⁵⁷⁷ BGE 85 III 185, 189 E. 2a; BK ZGB-WALTER, Art. 8 N 403, sieht diese Vermutung in Art. 288 SchKG begründet. A.M. DIEM, S. 84.

⁵⁷⁸ DIEM, S. 83 f.

⁵⁷⁹ SCHMID J., N 157.

⁵⁸⁰ DIEM, S. 85.

⁵⁸¹ BGE 137 III 268, 283 E. 4.1; 135 III 265, 267 E. 2; 134 III 452, 455 E. 3; 85 III 185, 189 E. 2a; SCHMID J., N 154.

Gläubiger verwendet wurde.⁵⁸² Daraus ergibt sich dann eine *natürliche Vermutung*, dass die Gläubiger durch diese Handlung geschädigt wurden. Eine gesetzliche Vermutung ginge dagegen zu weit und lässt sich – wie gesehen – auch nicht von Art. 285 SchKG ableiten.

Dem Anfechtungsgegner stünde dann (theoretisch) immer noch der Gegenbeweis offen, dass die Vermögensminderung keinen Einfluss auf die Konkurs- resp. Nachlassdividende hatte (weil es sich beim veräusserten Vermögenswert um einen nicht verwertbaren Vermögenswert handelte oder weil eine pfandgesicherte Forderung befriedigt wurde) oder dass sämtliche Gläubiger im Konkurs oder in der Nachlassliquidation befriedigt werden konnten. Der Anfechtungsgegner kann zudem den Gegenbeweis erbringen, dass es sich nicht um eine nachträgliche Schuldnerleistung handelte oder dass die Gläubigerleistung gleichwertig und verwertbar (oder zumindest nicht offensichtlich nutzlos) war.

§ 4 Kausalzusammenhang

1. Einleitung

Bei der Prüfung der Anspruchsvoraussetzungen der Pauliana geht das Bundesgericht auf die Kausalität meist nicht weiter ein.⁵⁸³ Wenn überhaupt, wird der Kausalzusammenhang implizit unter dem Titel «Schädigungsabsicht»⁵⁸⁴ oder «Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht»⁵⁸⁵ behandelt.

⁵⁸² Die hier vertretene Auffassung wäre auch mit Urteil BGer 5A_358/2008 resp. 5A_473/2009 vom 3. August 2010, E. 2.1.1, vereinbar, wonach «*die Gläubigerschädigung bzw. die Verminderung der Liquidationsmasse [...] bei anfechtungsrelevantem Verhalten des Schuldners zu vermuten ist*».

⁵⁸³ Explizit erwähnt wurde die Voraussetzung, dass die Gläubigerschädigung Folge der angefochtenen Rechtshandlung sein muss, immerhin in BGE 85 III 185, Regeste und 190 E. 2a sowie im Vorentscheid zu BGE 137 III 268, Urteil HGer ZH HG050365 vom 24. September 2008, E. V.3.3 (nicht publ.).

⁵⁸⁴ BGE 135 III 265, 267 E. 2; 134 III 452, 456 E. 4.1; Urteil BGer 4C.262/2002 vom 19. Mai 2004, E. 5.1.

⁵⁸⁵ BGE 135 III 265, 267 E. 2 und 275 E. 5; 134 III 452, 466 E. 8.4; 99 III 89, 92 E. 4b; 83 III 82, 85 E. 3a.

Nachstehend wird geprüft, was unter einem natürlichen und adäquaten Kausalzusammenhang im anfechtungsrechtlichen Sinne zu verstehen und ob die Kausalität zu vermuten ist. Ferner werden die Vorbehalte, die in der Literatur gegen den adäquaten Kausalzusammenhang bestehen, analysiert.

2. Natürlicher Kausalzusammenhang

Im Haftpflichtrecht und im Strafrecht besteht gemäss ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts ein natürlicher Kausalzusammenhang, wenn die Handlung nicht weggedacht werden kann, ohne dass der eingetretene Erfolg entfele (sog. «*Conditio sine qua non*»-Formel).⁵⁸⁶ Im Zusammenhang mit der Pauliana stellt das Bundesgericht zuweilen fest, dass die Gläubigerbenachteiligung oder Bevorzugung eines Gläubigers als *natürliche Folge*⁵⁸⁷ (oder zum Teil auch als *mögliche Folge*⁵⁸⁸) der angefochtenen Rechtshandlung erscheint. Demnach muss zwischen der anfechtbaren Rechtshandlung und der Gläubigerschädigung⁵⁸⁹ ein Kausalzusammenhang bestehen⁵⁹⁰, nicht aber zwischen der anfechtbaren Handlung und der Insolvenz resp. Überschuldung.⁵⁹¹

Die Problematik der vom Bundesgericht gewählten Formulierung besteht darin, dass die Gläubigerschädigung als eine natürliche resp. mögliche Folge der angefochtenen Rechtshandlung praktisch immer gegeben sein wird. Soweit die Kausalität in der Lehre überhaupt thematisiert wird, vertritt die

⁵⁸⁶ BGE 142 IV 237, 244 E. 1.5.1; 139 V 176, 190 E. 8.4.1; 133 III 462, 470 E. 4.4.2; 132 III 715, 718 E. 2.2; HONSELL/ISENRING/KESSLER, § 3 N 1; ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 06.03.

⁵⁸⁷ BGE 135 III 265, 267 E. 2; 134 III 452, 456 E. 4.1; 99 III 89, 92 E. 4b; 83 III 82, 86 E. 3b.

⁵⁸⁸ BGE 134 III 452, 466 E. 8.4; Urteil BGer 4C.262/2002 vom 19. Mai 2004, E. 5.1.

⁵⁸⁹ A.M. PETER, Restatement, N 12, wonach nicht der Gläubigerschaden, sondern der beim Schuldner eingetretene Schaden (d.h. die Minderung des Schuldnervermögens) massgeblich sein soll.

⁵⁹⁰ Vgl. bspw. FITTING, S. 20; ZOBL, S. 30.

⁵⁹¹ KNOBLOCH, S. 81 mit Verweis auf BRAND, Anfechtungsrecht, S. 125 ff, wobei KNOBLOCH der Voraussetzung des Kausalzusammenhangs skeptisch gegenübersteht.

Mehrheit der Autoren die Ansicht, dass wie im Haftpflichtrecht die adäquate Kausalität massgebend sein solle, die eine vernünftige Einschränkung der Anfechtbarkeit ermögliche.⁵⁹²

3. Adäquater Kausalzusammenhang

Im allgemeinen Haftpflichtrecht wird der adäquate Kausalzusammenhang bejaht, sofern die fragliche Handlung nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet ist, den eingetretenen Schaden herbeizuführen.⁵⁹³ Die Anwendung dieser Voraussetzung auf die Anfechtungstatbestände ist umstritten. Allen voran SCHMID wendet ein, dass die in Art. 285 ff. SchKG genannten Tatbestandsvoraussetzungen (objektive und subjektive Voraussetzungen, Verdachtsfrist etc.) bereits genügend Einschränkungen zur Selektion von relevanten Rechtshandlungen böten.⁵⁹⁴ Das Kriterium der Adäquanz sei hierzu nicht geeignet.⁵⁹⁵ Zudem sei die Pauliana kein zivilrechtliches Institut, auf welches die schadenersatzrechtlichen Voraussetzungen unbesehen übertragen werden könnten. Es fände sich auch – mit Ausnahme eines singulären Entscheides zur Unterbrechung des Kausalzusammenhangs⁵⁹⁶ – kein Entscheid in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, in welchem der adäquate Kausalzusammenhang thematisiert würde.⁵⁹⁷

Wie die Rechtsprechung allerdings gerade in den Swissair-Fällen gezeigt hat, wird die Gläubigerschädigung (wie auch die Schädigungsabsicht) jeweils grosszügig bejaht.⁵⁹⁸ Das Adäquanzkriterium wurde aufgrund von rechts-

⁵⁹² CR LP-PETER, Art. 285 N 18; GLANZMANN, Sanierungsdarlehen, S. 273 f.; SCHÜPBACH, Action révocatoire, Art. 288 N 8. A.M. SCHMID J., N 175.

⁵⁹³ BGE 129 V 177, 181 E. 3.2; 125 V 456, 462 E. 5a; 123 III 110, 112 E. 3a; ROBERTO, Schadensrecht, S. 71 f.

⁵⁹⁴ SCHMID J., N 175.

⁵⁹⁵ SCHMID J., N 178. Kritisch zur objektiv-nachträglichen Methode der adäquaten Kausalität: HONSELL/ISENRING/KESSLER, § 3 N 11.

⁵⁹⁶ BGE 135 III 513, 519 E. 3.6.3.

⁵⁹⁷ SCHMID J., N 179 f.

⁵⁹⁸ GLANZMANN, Sanierungsdarlehen, S. 275; LORANDI, Rechtsprechung, S. 221.

politischen Überlegungen im Schadenersatzrecht eingeführt⁵⁹⁹ und soll die Haftung begrenzen. Zwar handelt es sich bei der Pauliana nicht um ein Schadenersatzrecht im zivilrechtlichen, aber immerhin um ein Schadenersatzrecht im vollstreckungsrechtlichen Sinn.⁶⁰⁰

Das Bundesgericht greift den Begriff der Adäquanz in der Tat nicht explizit auf. Immerhin wird die Adäquanz indirekt thematisiert, wenn das Bundesgericht darauf hinweist, dass die Fälle, in denen die Gläubigerschädigung nur eine eventuelle und entfernte Folge des fraglichen Geschäfts sein könnte, nicht anfechtbar sind.⁶⁰¹ Ist bspw. der Konkurs resp. der Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung noch in weiter Ferne und muss der Schuldner im Zeitpunkt der angefochtenen Rechtshandlung unter den gegebenen Umständen nicht damit rechnen, dass die übrigen Gläubiger im (noch weit entfernten) Konkurs schlechtergestellt wären, so ist auch der adäquate Kausalzusammenhang zu verneinen.⁶⁰² Alles andere wäre eine unzulässige Vorwirkung der Gläubigergleichbehandlungspflicht.

Im Ergebnis ist demnach festzuhalten, dass sich die angefochtene Rechtshandlung adäquat kausal zur erfolgten Gläubigerschädigung verhalten muss.⁶⁰³

4. Vermutung der Kausalität

Im Gegensatz zum allgemeinen Haftpflichtrecht muss der Kausalzusammenhang vom Anfechtenden nicht nachgewiesen werden, da jener – meist ohne weitere Begründung – vermutet wird.⁶⁰⁴ Es wird demnach in Rechtsprechung

⁵⁹⁹ BGE 123 III 110, 112 E. 3a; Urteil BGer 4A_540/2010 vom 8. Februar 2011, E. 1.2.

⁶⁰⁰ LORANDI, Rechtsprechung, S. 227.

⁶⁰¹ BGE 135 III 276, 284 E. 7.1.

⁶⁰² Vgl. auch GLANZMANN, Sanierungsdarlehen, S. 273 f. sowie tendenziell auch SCHÜPBACH, Action révocatoire, Art. 288 N 9.

⁶⁰³ GLANZMANN, Sanierungsdarlehen, S. 272; BSK SchKG II-STAEHELIN A., Art. 285 N 14a.

⁶⁰⁴ BGE 99 III 27, 32 f. E. 3; 85 III 185, 189 E. 2a; CR LP-PETER, Art. 285 N 19; GILLIÉRON, Commentaire, Art. 285–292 N 19; ZOBL, S. 30; DIEM, S. 85 und

und Literatur nicht nur vermutet, dass ein Gläubigerschaden vorliegt⁶⁰⁵, sondern auch, dass dieser durch die anfechtbare Rechtshandlung bewirkt worden ist.⁶⁰⁶

Wenn aber die Vermutung, dass die Gläubigerschädigung durch die anfechtbare Handlung (kausal) bewirkt worden ist, eine gesetzliche wäre, könnte der Vermutungsschluss (Kausalität) nicht umgestossen werden – weder durch einen Gegenbeweis noch durch den Beweis des Gegenteils.⁶⁰⁷ Dies hiesse nichts anderes, als dass die Kausalität unwiderlegbar wäre.

Das Bundesgericht selbst bestätigt, dass in gewissen Fällen die Gläubigerschädigung nur eine eventuelle und entfernte Folge des fraglichen Geschäfts sein könnte und diese Fälle von der Pauliana nicht erfasst sein sollten.⁶⁰⁸ Wenn überhaupt, dürfte daher lediglich die natürliche Kausalität unumstösslich sein, nicht aber ihre Adäquanz. Das Problem liesse sich dadurch lösen, dass die Gläubigerschädigung (als Vermutungsbasis) eine Vermutung der Adäquanz (als Vermutungsfolge) auslöst. Die Vermutungsfolge der Adäquanz könnte mittels (i) Gegenbeweis resp. (ii) Beweis des Gegenteils umgestossen werden.⁶⁰⁹

HANGARTNER, S. 9, wollen die Vermutung auf die Schenkungs- und Überschuldungspauliana beschränken.

⁶⁰⁵ S. 43.

⁶⁰⁶ Vgl. dazu auch die Ausführungen des HGer ZH im Urteil vom 22. April 2008 (HG050367; nicht publ.), erwähnt im Zirkulationsbeschluss des KassGer ZH AA080111 vom 5. Juni 2009, E. 1b.

⁶⁰⁷ MEIER I., Zivilprozessrecht, S. 279. Lediglich die Vermutungsbasis und Vermutungsfolge können durch Gegenbeweis resp. Beweis des Gegenteils entkräftet werden.

⁶⁰⁸ BGE 137 III 268, 283 E. 4; 135 III 276, 284 E. 7.1.

⁶⁰⁹ Je nachdem, ob hier von einer (i) natürlichen oder (ii) gesetzlichen Vermutung auszugehen ist.

§ 5 **Rechtmässiges Alternativverhalten**

1. **Begriff und dogmatische Einordnung**

Wie gesehen wird die Gläubigerschädigung vermutet.⁶¹⁰ Gemäss ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts kann der Anfechtungsgegner dagegen den Einwand des rechtmässigen Alternativverhaltens vorbringen. Der Anfechtungsgegner hat dabei zu beweisen, dass die anderen Gläubiger auch bei richtigem Verhalten des Schuldners zu gleichem (oder gar grösserem) Verlust gekommen wären.⁶¹¹

Die Zulässigkeit des Einwands des rechtmässigen Alternativverhaltens wird mit dem Zweck der Pauliana begründet.⁶¹² Die Pauliana bezweckt nicht die Bestrafung des Anfechtungsgegners. Vielmehr dient sie der *Wiederherstellung* des Zustands, in welchem sich das Vollstreckungssubstrat im Zeitpunkt der Konkurseröffnung ohne die anfechtbare Handlung befunden hätte.⁶¹³ Wenn jedoch das Vollstreckungssubstrat ohnehin im Umfang des durch den Schuldner verursachten Schadens vermindert worden wäre (allenfalls gar in grösserem Umfang als mit der anfechtbaren Handlung des Schuldners), scheint eine Anfechtung nicht gerechtfertigt.

Wo das Vollstreckungssubstrat mit der anfechtbaren Handlung gleich oder gar höher ausfällt als ohne die entsprechende Handlung, gibt es auch nichts wiederherzustellen. Der Anfechtungsgegner soll nicht dafür belangt werden, dass aufgrund der schuldnerischen Handlung weitere Vermögensabflüsse im

⁶¹⁰ Vgl. S. 128, wobei die Vermutungsbasis wie gesehen unklar ist.

⁶¹¹ BGE 137 III 268, 283 E. 4.1; 135 III 276, 280 E. 6.1.1 (= Praxis 2009 Nr. 112); 135 III 265, 267 E. 2; 134 III 615, 617 f. E. 4.1; 122 III 229, 232 ff. E. 5a/aa; Urteil BGer 5A_567/2009, E. 3.1; grundlegend in BGE 85 III 185, 189 f. E. 2a; GLANZMANN, Sanierungsdarlehen, S. 264; LORANDI, Rechtsprechung, S. 225 ff.; REY, N 765; ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 06.24; ROHDE, S. 153 f.; SCHMID J., N 182 ff.; UMBACH-SPAHN, S. 178; WALDER, S. 3.

⁶¹² BÜHLER, Kausalität, S. 75 m.w.H.

⁶¹³ BGE 137 III 268, 283 E. 4.1; 136 III 247, 250 E. 3; 135 III 265, 267 E. 2; 134 III 615, 617 f. E. 4.1; 134 III 276, 280 E. 6.1.1; 99 III 27, 33 E. 3; GLANZMANN, Sanierungsdarlehen, S. 264; UMBACH-SPAHN, S. 178.

Umfang der Gläubigerschädigung (oder darüber hinaus) verhindert oder gar Vermögenszuflüsse ermöglicht wurden.

Im Zusammenhang mit dem Einwand des rechtmässigen Alternativverhaltens spricht das Bundesgericht jeweils von einem «Gegenbeweis», welcher gegen die Vermutung der Gläubigerschädigung vorgebracht werden könne. Dies ist unzutreffend. Angesichts dessen, dass die Rechtsprechung davon ausgeht, es bestehe eine *gesetzliche* Vermutung der Gläubigerschädigung, könnte diese Vermutung nur durch einen Beweis des Gegenteils (nicht aber durch einen Gegenbeweis) entkräftet werden.⁶¹⁴ Sodann wird mit der Gutheissung des Einwandes gerade nicht gesagt, dass keine Gläubigerschädigung durch die anfechtbare Rechtshandlung eingetreten ist.⁶¹⁵ Der Einwand des rechtmässigen Alternativverhaltens kann daher weder ein Gegenbeweis noch ein Beweis des Gegenteils der Gläubigerschädigung sein. Es wird lediglich behauptet, dass auch ohne die anfechtbare Handlung ein gleich grosser oder gar noch höherer Schaden entstanden wäre und demnach die anfechtbare Handlung für die Entstehung des Schadens nicht relevant sei. Demnach rechtfertigt sich die Einordnung als Beweis des Gegenteils eines Gläubigerschadens nicht. Ein Schaden liegt doch gerade vor.

Auch ist das rechtmässige Alternativverhalten von der hypothetischen Kausalität zu unterscheiden. Bei der hypothetischen Kausalität hätte ein anderes, tatsächlich eingetretenes Ereignis⁶¹⁶ (wie der Zufall oder Handlung eines Dritten) ebenfalls zum Schaden geführt, wäre die pflichtwidrige Handlung nicht *vorher* eingetreten.⁶¹⁷ Im Gegensatz dazu wird beim rechtmässigen Alternativverhalten die Gläubigerschädigung durch die pflichtwidrige Handlung bewirkt, wäre aber auch bei einer *zeitgleich* vorgenommenen (hypothetischen) *pflichtgemässen* Handlung *des Schuldners* in gleichem oder gar grösserem Umfang eingetreten.⁶¹⁸

Richtigerweise ist das rechtmässige Alternativverhalten beim Schutzzweck der Norm resp. Rechtswidrigkeitszusammenhang einzuordnen.⁶¹⁹ Die Lehre

⁶¹⁴ Vgl. S. 128 ff.

⁶¹⁵ BÜHLER, Kausalität, S. 67; A.M. VOGT, Damoklesschwert, S. 165 f.

⁶¹⁶ Sog. Reserveursache.

⁶¹⁷ KRAMER, Kausalität, S. 292 ff.; ferner auch GAUCH, S. 229.

⁶¹⁸ BÜHLER, Kausalität, S. 67.

⁶¹⁹ REY, N 769; ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 06.27; SCHMID J., N 184.

des Schutzzwecks der Norm besagt, dass jene Schäden, die auch bei erlaubtem Handeln herbeigeführt worden wären, vernünftigerweise nicht vom Schutzzweck der Norm erfasst werden.⁶²⁰ Es fehlt an einem Rechtswidrigkeitszusammenhang zwischen dem normwidrigen Verhalten und dem eingetretenen Erfolg resp. Schaden, weil auch ein rechtmässiges Verhalten den Erfolg nicht verhindert hätte.⁶²¹

Als Konsequenz ist das rechtmässige Alternativverhalten weder im Rahmen der Gläubigerschädigung⁶²² noch im Rahmen der Kausalität⁶²³ zu prüfen. Vielmehr ist es ein eigenständiger, die Pauliana ausschliessender Einwand, welcher vorgebracht werden kann, falls die Gläubigerschädigung und die Kausalität bejaht werden.

Die Erwägungen in BGE 135 III 276 (Air-Total-Entscheid) hatten zwischenzeitlich Zweifel aufkommen lassen, ob der Einwand des rechtmässigen Alternativverhaltens noch zulässig ist.⁶²⁴ In diesem Entscheid führte das Bundesgericht aus, dass für die Gläubigerschädigung bereits eine reine Gläubigerbevorzugung genüge. Daher sei es nicht von Belang, ob die angefochtene Handlung zur Schadensminimierung beigetragen habe.⁶²⁵ Folgte man dieser Erwägung des Bundesgerichts, führte dies letztlich zur Unzulässigkeit des Einwands des rechtmässigen Alternativverhaltens, weil sie die tatsächliche Schädigung der Gläubiger für irrelevant erklärt.⁶²⁶ Die Befürchtungen sind jedoch unbegründet. Zum einen wurde im selben Entscheid explizit festgehalten, dass der Anfechtungsgegner zum Einwand des rechtmässigen Alternativverhaltens zugelassen ist.⁶²⁷ Zum anderen sind die angefochtenen

⁶²⁰ KRAMER, Kausalität, S. 298 f.; REY, N 769; ROBERTO, Schadensrecht, S. 83 ff.

⁶²¹ BGE 117 Ib 197, 207 f. E. 5c; KRAMER, Kausalität, S. 299.

⁶²² So aber das Bundesgericht in BGE 137 III 268, 283 E. 4.1; 136 III 247, 250 E. 3; 135 III 265, 267 E. 2; 134 III 615, 617 f. E. 4.1; DALLÈVES, S. 12 f.

⁶²³ So aber JUCKER, S. 9; CR LP-PETER, Art. 285 N 19; WITMER, S. 154 FN 50; wohl auch SCHMID J., N 184 FN 739, der den Einwand zwar dogmatisch am ehesten im Rahmen des Rechtswidrigkeitszusammenhangs resp. der Frage des Schutzzwecks der Norm eingeordnet sieht, den Einwand systematisch aber selbst unter dem Titel «Kausalzusammenhang» prüft.

⁶²⁴ ROHDE, S. 154.

⁶²⁵ BGE 135 III 276, 283 E. 6.3.3.

⁶²⁶ LORANDI, Rechtsprechung, S. 226 f.; ROHDE, S. 154.

⁶²⁷ BGE 135 III 276, 280 E. 6.1.1.

Zahlungen nachträglich vorgenommen worden, sodass gar keine reine Gläubigerbevorzugung, sondern vielmehr eine Gläubigerbenachteiligung i.S. einer Verminderung des Vollstreckungssubstrats vorlag.

2. Konkrete Anforderungen

Um zu beweisen, dass die Gläubiger auch bei richtigem Verhalten des Schuldners den gleichen (oder gar grösseren) Schaden erlitten hätten, sind zwei Vermögensstände jeweils im Zeitpunkt der Konkurseröffnung zu vergleichen: der tatsächlich bestehende Vermögensstand und der hypothetische Stand des Vollstreckungssubstrats, den es ohne die angefochtene Rechts-handlung hätte.⁶²⁸

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist hierzu eine Gesamtbetrachtung vorzunehmen. Dabei sind die anfechtbaren Zahlungen (= konkreter Schaden) dem Schaden, in der Höhe der durch die (hypothetisch) unterlassene Schuldnerhandlung bewirkten Vermögensabflüsse resp. entgangenen Vermögenszuflüsse, gegenüberzustellen.⁶²⁹ Verlangt wird demnach der Beweis, dass sich der Vermögensstand bei Nichtzahlung im gleichen Umfang oder noch mehr verschlechtert hätte.⁶³⁰

In BGE 135 III 276 (Air-Total-Entscheid) wurde die Kausalität zwischen den Zahlungen für die Kerosinlieferung und der Fortführung des Flugbetriebs verneint, da nicht ohne Weiteres angenommen werden durfte, dass *allein* diese Zahlungen die Fortsetzung des Flugbetriebs ermöglicht hätten, und die Anfechtungsgegnerin diesen Beweis auch nicht erbracht hatte. Vielmehr seien dazu auch noch andere Zahlungen nötig gewesen (bspw. Flughafenge-

⁶²⁸ BGE 136 III 247, 250 E. 3; 135 III 265, 271 E. 4; 134 III 615, 617 E. 4.1; VOGT, Absichtsanfechtung, S. 1078.

⁶²⁹ BGE 135 III 276, 283 f. E. 6.3.3; 135 III 265, 271 E. 4, wonach nicht die Zahlung der Flughafengebühren mit dem Volumen ausstehender Flugtickets zu vergleichen war, sondern sämtliche anfechtbaren Zahlungen (insgesamt 22) mit dem durch die fortgesetzte Immobilisierung der Flotte entstandenen Schaden. A.M. UMBACH-SPAHN, S. 178, wonach die Zahlungen für die Weiterführung des Betriebs mit dem Schaden, der durch die Weiterführung des Betriebs für die Gläubiger entsteht, zu vergleichen sind.

⁶³⁰ REBSAMEN, Anfechtbarkeit, N 43.

bühren), die ebenfalls anfechtbar sein konnten.⁶³¹ Das Bundesgericht hat sodann in BGE 135 III 265 (Entscheid betreffend Flugsicherungsdienstleistungen) erwogen, dass die Kausalität der angefochtenen Zahlung für die Schadensminderung nicht liquide sei und u.a. aus diesem Grund den Einwand des rechtmässigen Alternativverhaltens abgelehnt.⁶³² Die Literatur hat aus diesen Einzelfällen abgeleitet, dass zwischen der angefochtenen Rechtshandlung und der Verhinderung des Eintritts eines (gleichen oder noch höheren) Schadens eine *exklusive Kausalität* bestehen müsse. Mit anderen Worten werde vorausgesetzt, dass die angefochtene Rechtshandlung *isoliert betrachtet* zur Schadensminderung (resp. zur Verhinderung eines gleich grossen Schadens) beigetragen habe.⁶³³ Ob das Bundesgericht tatsächlich festhalten wollte, dass die Anfechtungsgegner eine exklusive Kausalität im soeben beschriebenen Sinn hätten nachweisen müssen, bleibt ungeklärt. Die Erwägungen könnten auch dahingehend ausgelegt werden, dass ein Anfechtungsgegner bei mehreren für die Aufrechterhaltung eines Betriebs notwendigen Zahlungen nachweisen müsste, dass sämtliche dieser notwendigen Zahlungen vorgenommen wurden und dass das Ausbleiben der einzelnen im konkreten Fall angefochtenen Zahlung zur Betriebseinstellung und dadurch zu einem noch höheren oder gleich grossen Schaden geführt hätte.

In diesem Zusammenhang gilt es immerhin festzuhalten, dass das Bundesgericht in einem späteren Entscheid diese strengen Voraussetzungen relativiert hat. Die Erwägungen seien – so das Bundesgericht – *«im spezifischen Kontext zu sehen, auch wenn sie teilweise etwas apodiktisch formuliert sein mögen»*.⁶³⁴

Da die konkreten Anforderungen an den Einwand des rechtmässigen Alternativverhaltens nicht abschliessend geklärt sind, muss man damit rechnen, dass die Erfolgchancen dieses Einwands angesichts der (auf den ersten Blick) restriktiv erscheinenden Rechtsprechung im Air-Total- und im Flugsicherungsgebührenentscheid beschränkt sind. Gerade bei Sanierungsmassnahmen, die selten einzeln umgesetzt werden, wird es schwierig werden nachzuweisen, dass eine einzelne Massnahme exklusiv zur Schadensminde-

⁶³¹ BGE 135 III 276, 283 f. E. 6.3.3.

⁶³² BGE 135 III 265, 271 E. 4.

⁶³³ BERNHEIM/GEIGER, S. 21; ROHDE, S. 155.

⁶³⁴ BGE 137 III 268, 288 E. 4.2.4.

zung beigetragen hat. Das entscheidende Element wird daher die Prüfung der Schädigungsabsicht sein.⁶³⁵

3. Anwendungsfälle bei der Pauliana: Zahlungen zur Schadensabwendung (Zahlung für den Aktivenerhalt und betriebsnotwendige Zahlung)

Beim rechtmässigen Alternativverhalten im Zusammenhang mit anfechtungsrelevanten Transaktionen des Schuldners ist insbesondere an zwei Arten von Zahlungen zu denken, die an sich zwar gläubigerschädigend sind, bei deren Nichtvornahme für die Gläubiger indes ein gleich hoher oder noch grösserer Schaden entstünde. Es sind dies die Zahlungen zum Aktivenerhalt und betriebsnotwendige Zahlungen.

Nachträgliche Zahlungen mit dem Zweck, die vorhandenen Aktiven zu erhalten und somit Schaden abzuwenden, führen unmittelbar zwar zur Verminderung des Vollstreckungssubstrats. Soweit die entsprechende Zahlung isoliert betrachtet wird, werden die übrigen Gläubiger durch ihre Vornahme geschädigt. Allerdings würden sie gesamthaft gesehen noch mehr geschädigt, wenn die Zahlungen nicht vorgenommen werden, da dann ein anderer (noch grösserer) Schaden nicht abgewendet werden könnte resp. Vermögenswerte vernichtet oder massiv an Wert verlieren würden.

Der Schadensabwendung dienen unter Umständen auch betriebsnotwendige Zahlungen. Das ist bspw. dann der Fall, wenn ohne die Zahlung ein massgeblicher Teil einer Geschäftstätigkeit eingestellt werden müsste, der entweder an sich profitabel wäre oder dessen Einstellung für die Gläubiger noch höhere Kosten verursachen würde als deren Fortführung (z.B. Standkosten für Flugzeuge).

Damit die Zahlung einer Leistung der Schadensabwendung dient, müssen nach hier vertretener Ansicht folgende Voraussetzungen gegeben sein: (i) Der Schuldner benötigt für den Aktivenerhalt resp. zur Aufrechterhaltung seines Geschäftsbetriebs (weitere) Leistungen des begünstigten Gläubigers.

⁶³⁵ ROHDE, S. 155.

(ii) Gegen Vorauszahlungen allein wird der Gläubiger keine (weiteren) Leistungen erbringen. Vielmehr macht der betreffende Gläubiger deren Erbringung von der Bezahlung offener Rechnungen abhängig. (iii) Zudem ist es für den Schuldner (insbesondere in dieser finanziellen Schieflage) nicht praktikabel, auf einen anderen Leistungserbringer auszuweichen. Typischerweise ist dies bei Gläubigern mit Monopolstellung der Fall; aber auch in Fällen, in denen innerhalb vernünftiger Frist kein anderer Lieferant resp. Dienstleister gefunden werden kann, der die benötigten Leistungen zu annähernd vergleichbaren Konditionen erbringen würde. Letzterer Fall wird gerade bei finanzieller Schieflage wohl häufig vorkommen.

Dogmatisch korrekt wäre es, Zahlungen für den Aktivenerhalt und betriebsnotwendige Zahlungen (und ganz generell schadensabwendende Zahlungen) unter dem Einwand des rechtmässigen Alternativverhaltens zu prüfen.⁶³⁶ Soweit allerdings tatsächlich ein exklusiver Kausalzusammenhang in dem Sinne verlangt wird, dass die angefochtene Zahlung isoliert betrachtet zur Schadensminderung beigetragen hat, muss eine dem Aktivenerhalt dienende oder betriebsnotwendige Zahlung immerhin im Rahmen der Schädigungsabsicht des Schuldners berücksichtigt werden können (siehe S. 206 ff.).

§ 6 Verdachtsfrist

Die gemäss Art. 288 SchKG anfechtbare Handlung muss innerhalb einer Verdachtsfrist von fünf Jahren vor der Zwangsvollstreckung, d.h. Pfändung, Konkurseröffnung resp. der Bewilligung der provisorischen Nachlassstundung⁶³⁷, vorgenommen werden.⁶³⁸

⁶³⁶ Dies wurde im Air-Total-Entscheid denn auch gemacht (BGE 135 III 276, 283 E. 6.3.3). Allerdings wurde der Einwand rechtmässigen Alternativverhaltens mangels exklusiver Kausalität verneint.

⁶³⁷ Art. 331 Abs. 2 i.V.m. Art. 288a Ziff. 1 SchKG. GILLIÉRON, Commentaire, Art. 288a N 10; BSK SchKG II-STAEHELIN A., Art. 288a N 4. Voraussetzung ist jedoch, dass zu einem späteren Zeitpunkt ein Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung bestätigt wird.

⁶³⁸ AMONN/WALTHER, § 52 N 6; REBSAMEN, Gleichbehandlung, N 408; SCHMID J., N 188.

Bei der Begleichung von Dienstleistungshonoraren ergeht die vermögensmindernde Rechtshandlung im Zeitpunkt des Verfügungsgeschäfts.⁶³⁹ Die Zahlung muss demnach innerhalb der Verdachtsfrist durch den Schuldner vorgenommen worden sein. Nicht massgebend ist dagegen der Zeitpunkt, in welchem der Dienstleistungsvertrag abgeschlossen wurde.

§ 7 Schädigungsabsicht

1. Im Allgemeinen

1.1 Begriff

Die Absichtsanfechtung setzt voraus, dass der Schuldner die anfechtbare Rechtshandlung in der Absicht der Gläubigerschädigung vorgenommen hat.⁶⁴⁰ Wie es der Name bereits impliziert, bezieht sich die Absicht auf die Schädigung einzelner oder mehrerer Gläubiger.⁶⁴¹ Die alleinige Gläubigerbevorzugungsabsicht ohne gleichzeitige Absicht, die übrigen Gläubiger zu schädigen, reicht nicht;⁶⁴² der Schuldner muss zumindest eine mittelbare Schädigung der übrigen Gläubiger in Kauf nehmen.⁶⁴³ Dagegen ist es nicht erforderlich, dass der Schuldner mit der anfechtbaren Rechtshandlung auf die Herbeiführung einer Überschuldung oder die Einleitung des Zwangsvollstreckungsverfahrens abzielt.⁶⁴⁴

⁶³⁹ Vgl. S. 36 f.

⁶⁴⁰ Art. 288 Abs. 1 SchKG; BSK SchKG II- STAEHELIN A., Art. 288 N 14.

⁶⁴¹ KNOBLOCH, S. 96; BSK SchKG II- STAEHELIN A., Art. 288 N 14.

⁶⁴² Da bereits für die Gläubigerschädigung eine reine Gläubigerbevorzugung nicht genügt (vgl. S. 120 ff.), genügt auch eine Absicht, die sich lediglich auf eine reine Gläubigerbevorzugung bezieht, nicht für eine Schädigungsabsicht i.S.v. Art. 288 SchKG (SCHMID J., N 300).

⁶⁴³ Vgl. hierzu S. 114 ff. (gläubigerschädigende Verwendung der gleichwertigen Gegenleistung).

⁶⁴⁴ BRAND, Anfechtungsrecht, S. 146; SCHMID J., N 298.

1.2 Massgebliche Person

Die Schädigungsabsicht muss beim Schuldner vorliegen.⁶⁴⁵ Dem Schuldner wird die Schädigungsabsicht seiner Organe oder seines direkten Stellvertreters als eigene Absicht nach den allgemeinen Regeln⁶⁴⁶ zugerechnet.⁶⁴⁷ Wie es sich mit der Schädigungsabsicht der juristischen Person verhält, ist demnach vom Wissen und Wollen der Organe resp. Vertreter des Schuldners abhängig.⁶⁴⁸ In der Rechtsprechung wird allerdings oftmals gar nicht erst thematisiert, bei welcher natürlichen Person die Schädigungsabsicht vorgelegen hat.⁶⁴⁹

Wird die anfechtbare Handlung durch einen Mitarbeiter ohne Organfunktion ausgeführt, kommt es nicht auf dessen Schädigungsabsicht an.⁶⁵⁰ Vielmehr ist entscheidend, ob ein Organ von der anfechtbaren Handlung wusste oder sie als solche hätte erkennen müssen.⁶⁵¹

1.3 Relevanter Zeitpunkt

Massgebender Zeitpunkt, zu welchem die Schädigungsabsicht vorliegen muss, ist die Vornahme der Rechtshandlung.⁶⁵²

⁶⁴⁵ Art. 288 Abs. 1 SchKG.

⁶⁴⁶ Vgl. bspw. BSK OR II-WATTER, Art. 718 N 35.

⁶⁴⁷ BGE 134 III 452, 457 E. 4.3; SCHÜPBACH, Action révocatoire, Art. 288 N 83; BSK SchKG II-STAEHELIN A., Art. 288 N 17.

⁶⁴⁸ Urteil OGer ZH LB070108 vom 21. August 2009, E. II.4.a; BAUDAT, S. 109.

⁶⁴⁹ LORANDI, Rechtsprechung, S. 218; WEBER, S. 4. Zur Zurechnung von Teilwissen in der arbeitsteiligen Organisation siehe ABEGGLEN, S. 133 f.

⁶⁵⁰ KUKO SchKG-UMBACH-SPAHN/BOSSART, Art. 288 N 14.

⁶⁵¹ KUKO SchKG-UMBACH-SPAHN/BOSSART, Art. 288 N 14 mit Verweis auf BGE 134 III 452, 457 E. 3.

⁶⁵² BGE 134 III 452, 457 E. 4.2; BLUMENSTEIN, S. 890; BRAND, Anfechtungsrecht, S. 149; JÄGER, Art. 288 N 5; KNOBLOCH, S. 101; LORANDI, Sicherungsgeschäfte, S. 1309; SCHMID J., N 316; SCHÜPBACH, Action révocatoire, Art. 288 N 99.

2. Absichtsformen

2.1 Zivilrechtliche Verschuldensformen

Das Zivilrecht unterscheidet in Bezug auf das Verschulden zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit. Vorsätzlich handelt, wer einen Erfolg mit Wissen und Willen herbeiführt.⁶⁵³ Zu unterscheiden sind drei Formen des Vorsatzes: Absicht (im engeren, technischen Sinn), (direkter) Vorsatz und Eventualvorsatz.⁶⁵⁴ Im Gegensatz zum Strafrecht werden «Absicht» und «Vorsatz» oftmals synonym verwendet.⁶⁵⁵

Bei der Absicht im technischen Sinne ist die Herbeiführung des Erfolgs der eigentliche Zweck des Verhaltens.⁶⁵⁶ Der Erfolg besteht bei der Pauliana im Eintritt der Gläubigerschädigung.⁶⁵⁷ Dagegen handelt mit direktem Vorsatz, wer den Eintritt der Gläubigerschädigung als *sichere* Folge des Handelns voraussieht.⁶⁵⁸ Dabei ist die Herbeiführung des Erfolgs nicht Selbstzweck resp. Beweggrund des Handelns, sondern lediglich Mittel zum Zweck.⁶⁵⁹

Absicht im technischen Sinne und Vorsatz sind abzugrenzen vom Eventualvorsatz. Handelt der Schuldner eventualvorsätzlich, nimmt er die Schädigung als *mögliche* Folge in Kauf, obschon er den Eintritt des Erfolgs nicht anstrebt.⁶⁶⁰

⁶⁵³ ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 07.22.

⁶⁵⁴ BK OR-BREHM, Art. 41 N 192 ff.; OTT, S. 2.

⁶⁵⁵ BSK OR I-KESSLER, Art. 41 N 45; KUKO OR-SCHÖNENBERGER, Art. 41 N 32. Die Unterscheidung zwischen Absicht und Vorsatz dürfte sich auf Art. 41 Abs. 2 OR beschränken (Haftung für sittenwidrige Schädigung; ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 07.22).

⁶⁵⁶ BK OR-BREHM, Art. 41 N 193.

⁶⁵⁷ OTT, S. 2.

⁶⁵⁸ OTT, S. 2.

⁶⁵⁹ BK OR-BREHM, Art. 41 N 193.

⁶⁶⁰ BK OR-BREHM, Art. 41 N 193.

In Bezug auf die Fahrlässigkeit wird regelmässig zwischen grober und leichter unterschieden.⁶⁶¹ Grobe Fahrlässigkeit liegt vor, wenn der Schädigende unter Verletzung elementarster Vorsichtsgebote handelt, die jeder verständige Mensch in der gleichen Lage und unter den gleichen Umständen befolgt hätte.⁶⁶² Sie kann entweder eine bewusste oder unbewusste sein. Ist sich der Handelnde des Risikos des Erfolgeintritts bewusst, vertraut er jedoch auf dessen Nichteintritt, spricht man von bewusster Fahrlässigkeit, falls nicht – hätte er das Risiko aber erkennen müssen – von unbewusster Fahrlässigkeit.⁶⁶³

Bei der leichten Fahrlässigkeit verletzt der Schädiger zwar nicht die elementarsten Vorsichtsgebote. Er lässt jedoch das Mass an Sorgfalt ausser Acht, welches die Verkehrssitte von einer in gleichen Verhältnissen wie der Handelnde stehenden Person unter den konkreten Umständen gebietet.⁶⁶⁴

2.2 Bundesgerichtliche Rechtsprechung bei der Pauliana

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist eine Schädigungsabsicht bei der Pauliana gegeben, wenn der Schuldner *voraussehen konnte und musste*, dass die angefochtene Handlung die übrigen Gläubiger benachteiligt oder einzelne Gläubiger gegenüber anderen bevorzugt.⁶⁶⁵ Die Gläubigerschädigung muss mit der anfechtbaren Handlung des Schuldners nicht bezweckt worden sein. Vielmehr genügt es, wenn der Schuldner die Schädigung als *natürliche*⁶⁶⁶ *resp. mögliche*⁶⁶⁷ Folge seiner Handlung ansieht und sie

⁶⁶¹ Der Vollständigkeit halber sei auch noch die mittlere Fahrlässigkeit erwähnt, die gelegentlich als Zwischenstufe zu den anderen Fahrlässigkeitsformen abgegrenzt wird (BK OR-BREHM, Art. 41 N 198; ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 07.23).

⁶⁶² BGE 121 V 40, 45 E. 3.b; 119 II 443, 448 E. 2a; BSK OR I-KESSLER, Art. 41 N 49.

⁶⁶³ Zum Ganzen: BK OR-BREHM, Art. 41 N 197a mit Verweis auf Urteil BGer 6B_616/2010 vom 19. Oktober 2010, E. 3.1.

⁶⁶⁴ BGE 96 II 172, 177 E. 3a. Zum Ganzen: BSK OR I-KESSLER, Art. 41 N 50.

⁶⁶⁵ BGE 137 III 268, 283 f. E. 4.2; 135 III 276, 284 E. 7.1; 134 III 452, 456 E. 4.1; 83 III 82, 85 E. 3a; KUKO SchKG-UMBACH-SPAHN/BOSSART, Art. 288 N 9.

⁶⁶⁶ BGE 137 III 268, 283 f. E. 4.2; 135 III 276, 284 E. 7.1; 134 III 452, 456 E. 4.1; 83 III 82, 85 E. 3a.

⁶⁶⁷ BGE 134 III 615, 621 E. 5.1.1.

i.S. eines *Eventualvorsatzes* in Kauf nimmt.⁶⁶⁸ Das ist nicht der Fall, wenn die Gläubigerschädigung nur eine eventuelle und entfernte Folge des fraglichen Geschäfts sein könnte.⁶⁶⁹

In einem nicht in der amtlichen Sammlung publizierten Entscheid hat das Bundesgericht explizit festgehalten, dass fahrlässiges Verhalten des Schuldners für eine Schädigungsabsicht i.S.v. Art. 288 SchKG nicht genüge, sondern mindestens Eventualabsicht betreffend die Gläubigerschädigung vorliegen müsse.⁶⁷⁰

2.3 Literatur

In der Lehre bestehen kontroverse Ansichten zur Frage, ob und inwieweit Eventualabsicht für die Schädigungsabsicht genügt.

Einige Autoren stimmen ohne nähere Begründung mit der Rechtsprechung des Bundesgerichts überein.⁶⁷¹ Andere Lehrmeinungen kritisieren, dass bereits die Eventualabsicht als Schädigungsabsicht genügen soll.⁶⁷² Insbesondere wird moniert, dass sich die vom Bundesgericht verwendete Formulierung der indirekten Schädigungsabsicht der bewussten Fahrlässigkeit annähere (bspw. durch Formulierungen wie «Schädigung voraussehen konnte und musste»)⁶⁷³ und sie schwierige Abgrenzungsfragen hervorrufe.⁶⁷⁴

⁶⁶⁸ BGE 135 III 276, 284 E. 7.1. Im Urteil BGer 4C.262/2002, E. 5.1 vom 19. Mai 2004 bezeichnet das Bundesgericht diese Vorsatzform als «indirekte Absicht».

⁶⁶⁹ BGE 135 III 276, 284 E. 7.1.

⁶⁷⁰ Urteil BGer 4C.262/2002 vom 19. Mai 2004, E. 5.1. Ebenso Urteil HGer ZH HG110132 vom 22. August 2012, E. 4.7.1; Urteil HGer ZH HG060007 vom 2. März 2009, E. III.3.3.1 (nicht publ.). Zustimmend: BSK SchKG II-STAEHELIN A., Art. 288 N 16; KUKO SchKG-UMBACH-SPAHN/BOSSART, Art. 288 N 9; LORANDI, Sicherungsgeschäfte, S. 1307 f.; RÜEDI, N 295; SCHMID J., N 303. A.M. betreffend Fahrlässigkeit: FRITZSCHE/WALDER, § 66 N 25; REBSAMEN, Gleichbehandlung, N 519.

⁶⁷¹ AMONN/WALTHER, § 52 N 23; GESSLER, Gläubigerbegünstigung, S. 415; GILLIÉRON, Poursuite, N 2912; WOLF, N 171.

⁶⁷² BÜHLMANN, S. 172; OTT, S. 2 ff.; SCHMID J., N 305 ff.; WITMER, S. 156.

⁶⁷³ OTT, S. 2 ff.; SCHMID J., N 305 ff.

⁶⁷⁴ LORANDI, Rechtsprechung, S. 221.

Sodann begründe das Bundesgericht in den publizierten Entscheiden seine Umschreibung der Schädigungsabsicht nicht.⁶⁷⁵ Ferner wird gegen die Eventualabsicht vorgebracht, dass die Absichtspauliana grundsätzlich nur dann zur Anwendung gelangen soll, wenn eine «fraudulöse Konspiration» vorliege.⁶⁷⁶ Die Pauliana soll ein restriktiv zu handhabender Ausnahmetatbestand bleiben.⁶⁷⁷

VOGT begründet die restriktive Anwendung der Absichtspauliana aus rechtssystematischer Sicht. Im Gegensatz zur Schenkungs- und Überschuldungspauliana erfasse die Absichtspauliana *sämtliche* Rechtshandlungen der letzten fünf Jahre vor dem Konkurs, die sich potentiell vermögensmindernd auswirken. Diese Asymmetrie hinsichtlich der Rechtshandlungen und der Verdachtsfrist werde durch die subjektiven Tatbestandsmerkmale der Absichtspauliana ausgeglichen. Diese subjektiven Tatbestandsmerkmale seien daher restriktiv auszulegen, andernfalls würde die Verdachtsfrist für die Tatbestände, die bereits von der Schenkungs- und Überschuldungspauliana erfasst werden und zugleich auch unter die Absichtspauliana fallen könnten, automatisch auf fünf Jahre verlängert werden.⁶⁷⁸

2.4 **Stellungnahme**

Grundsätzlich ist die Qualifikation von eventualabsichtlichem Handeln als Absicht i.S.v. Art. 288 Abs. 1 SchKG mit dem Wortlaut dieser Bestimmung vereinbar, zumal im Zivilrecht «Absicht» oftmals sämtliche Vorsatzformen erfasst.⁶⁷⁹

Den Kritikern der Eventualabsicht ist indes insoweit beizupflichten, als die einschlägigen Entscheide des Bundesgerichts keine genügende Begründung zu liefern vermögen, weshalb eventualabsichtliches Handeln genügen solle.

⁶⁷⁵ SCHMID J., N 306.

⁶⁷⁶ WITMER, S. 156, mit Verweis auf AMONN/WALTHER, § 52 N 6. Zur Einordnung der unlauteren Machenschaften zum Tatbestandsmerkmal der Gläubigerschädigung durch das Bundesgericht: VOGT, Absichtsanfechtung, S. 1081.

⁶⁷⁷ SCHMID J., N 312; VOCK/MÜLLER, S. 356.

⁶⁷⁸ Zum Ganzen: VOGT, Damoklesschwert, S. 183.

⁶⁷⁹ Vgl. bspw. Art. 41 Abs. 1 OR; OTT, S. 2; SCHMID J., N 305.

Sie verweisen lediglich auf ältere Entscheide, die sich mit der Thematik der Eventualabsicht ebenso wenig auseinandersetzen.⁶⁸⁰

Ferner trifft es zu, dass die Abgrenzung von eventualvorsätzlichem zu (bewusst) fahrlässigem Handeln in der Praxis schwierig vorzunehmen ist.⁶⁸¹ Grund hierfür ist, dass ein rein voluntatives Element – welches sich oftmals nur über äussere Umstände nachweisen lässt – über die Qualifizierung als Eventualvorsatz oder bewusste Fahrlässigkeit entscheidet. Der eventualvorsätzlich handelnde Schuldner nimmt den Erfolgseintritt billigend in Kauf, wohingegen der bewusst fahrlässig handelnde Schuldner auf den Nichteintritt des Erfolgs vertraut. So handelt der Schuldner eventualvorsätzlich, wenn er weiss, dass er nicht alle Gläubiger wird befriedigen können, und dennoch an einen einzelnen Gläubiger leistet. Dagegen handelt er bloss fahrlässig und nicht in Schädigungsabsicht, wenn er darauf vertraut, seine finanzielle Lage wieder verbessern zu können, sodass er durch die betreffende Handlung keine Gläubiger schädigen werde.⁶⁸² Allerdings kann dieser Einwand bei allen anderen Konstellationen vorgebracht werden, bei denen eventualvorsätzliches resp. eventualabsichtliches Handeln genügt. Abgrenzungsschwierigkeiten dürfen nicht dazu führen, dass auf die Vorsatzform der Eventualabsicht gänzlich verzichtet wird.

Schliesslich wird als Argument gegen die Eventualabsicht vortragen, dass es sich bei der Anfechtungsklage um einen Ausnahmetatbestand handle, der seiner Natur nach zurückhaltend zu handhaben sei.⁶⁸³ Nach hier vertretener

⁶⁸⁰ So bspw. BGE 134 III 452, 456 E. 4.1 mit Verweis auf BGE 83 III 82, 85 E. 3a und 21 I 660, 669 E. 4 (weitere Urteile ebenfalls ohne Begründung, aber mit weiteren Verweisen). BGE 21 I 660 verweist seinerseits auf ein nicht publiziertes Urteil vom 9. November 1894 in Sachen Brack gegen Leibank Rapperswyl (auszugsweise publ. in Rev. 1895, Nr. 60). Siehe zur Problematik der Begründungspflicht als Kontrollfunktion SCHMID J., 306 f. Siehe daneben OTT, S. 3.

⁶⁸¹ LORANDI, Rechtsprechung, S. 221.

⁶⁸² Zum Ganzen: SCHUBARTH, S. 520. Zur Abgrenzung von Eventualvorsatz und Fahrlässigkeit siehe auch die zweite Frank'sche Formel, wonach der eventualvorsätzlich handelnde Täter sich denkt: «Mag es so oder anders kommen, auf jeden Fall handle ich» und der bewusst fahrlässig handelnde davon ausgeht, dass «schon nichts passieren» werde (DONATSCH/TAG, S. 122; BSK StGB I-NIGGLI/MAEDER, Art. 12 N 52).

⁶⁸³ SCHMID J., N 312; VOCK/MÜLLER, S. 356.

Ansicht ist es zwar richtig, dass die Pauliana und insbesondere die Absichtspauliana nur ein zurückhaltend anzuwendender Ausnahmetatbestand sein darf. In der Tat ist die Schädigungsabsicht – als prägendes Element der Absichtspauliana, das die anfechtbaren Handlungen eingrenzt⁶⁸⁴ – restriktiv auszulegen.⁶⁸⁵ Grund hierfür sind die Rechtssicherheit sowie die Voraussehbarkeit von anfechtbaren Handlungen.⁶⁸⁶ Die Begrenzungsfunktion der Schädigungsabsicht kann durch die anderen Tatbestandsmerkmale der Absichtspauliana nicht erreicht werden.

Allerdings ist die restriktive Anwendung von Art. 288 SchKG kein zwingendes Argument dafür, dass die Schädigungsabsicht eventualabsichtliches Handeln nicht mitumfassen soll. Vielmehr kann – und soll – die restriktive Handhabung erreicht werden, indem die Schwelle der Eventualabsicht hoch anzusetzen ist. Das heisst, dass betreffend die Tatsachen, die eine Schädigungseventualabsicht des Schuldners belegen sollen, strenge Anforderungen an die Beweisführung und -würdigung zu stellen sind. So darf allein aus dem Umstand, dass sich der Schuldner der Tatbestandsverwirklichung bewusst war und dennoch handelte, nicht auf die Inkaufnahme der Gläubigerschädigung geschlossen werden. Sofern das Wissen um die Möglichkeit des Erfolgseintritts das einzige Indiz für die Eventualabsicht ist, darf nur dann vom Wissen auf das Wollen des Schuldners geschlossen werden, wenn sich dem Schuldner die Verwirklichung der Gläubigerschädigung als *so wahrscheinlich* aufdrängte, dass sein Handeln vernünftigerweise nicht anders als die Inkaufnahme des Erfolgs ausgelegt werden kann.⁶⁸⁷ Je wahrscheinlicher der Erfolgseintritt, umso eher ist auf Eventualabsicht zu schliessen⁶⁸⁸ und umso weniger kann argumentiert werden, der Schuldner habe fahrlässig auf den Nichteintritt der Gläubigerschädigung vertraut.

⁶⁸⁴ Zur Begrenzungsfunktion SCHMID J., N 293.

⁶⁸⁵ Die Schädigungsabsicht beinhaltet – wie das Bundesgericht in diversen Entscheiden ausführt – begriffsnotwendig ein «wie auch immer geartetes *doloses* Element». BGE 137 II 268, 286 E. 4.2.2. BGE 137 III 268, 284 E. 4.2.1; 136 III 247, 249 E. 2; Urteil BGer 5A_750/2008 vom 24. Februar 2010, E. 2. Vgl. ferner Urteil BGer 5A_892/2010 vom 22. August 2011, E. 3.4.

⁶⁸⁶ Vgl. LORANDI, Rechtsprechung, S. 221.

⁶⁸⁷ BGE 131 IV 1, 4 E. 2.2; 74 IV 40, 47 E. 2.

⁶⁸⁸ BGE 125 IV 242, 252 E. 3c.

3. Kriterien für die Schädigungsabsicht gemäss Bundesgericht

3.1 Objektivierter Schädigungsabsicht

Die Schädigungsabsicht betrifft eine innere Tatsache.⁶⁸⁹ Sofern kein eindeutiges Zugeständnis des Schuldners vorliegt, lässt sie sich nur aus dem Verhalten des Schuldners und den äusseren Gegebenheiten, die auf ihn eingewirkt haben, folgern.⁶⁹⁰

Das Bundesgericht legt einen objektivierten Massstab an, d.h., es schliesst aus gewissen tatsächlichen Umständen, ob eine Schädigungsabsicht vorgelegen hat. Hierzu hält es fest: «Drängt sich bei objektiver Beurteilung für den Schuldner der Gedanke an eine Benachteiligung der Gläubiger als mögliche Folge des Handelns auf, ist dies ein gewichtiges Indiz für seinen Eventualvorsatz.»⁶⁹¹ Insbesondere stellt das Bundesgericht auf zwei Kriterien ab, nämlich auf die finanzielle Lage des Schuldners (siehe 3.2) sowie auf den Nutzen der Gläubigerleistung (siehe 3.3).

3.2 Finanzielle Lage

Die Schädigungsabsicht des Schuldners leitet das Bundesgericht oftmals aus der prekären finanziellen Lage des Schuldners ab. Bei schlechter finanzieller Lage besteht gemäss Rechtsprechung gar eine natürliche Vermutung für die Schädigungsabsicht, die der Anfechtungsgegner zu widerlegen habe.⁶⁹²

In BGE 135 III 276 (Air-Total-Entscheid) war massgebend, dass die Zahlung der Kerosinlieferung am Tag des Groundings der Swissair resp. am Tag danach erfolgte.⁶⁹³ In anderen SAir-Entscheiden waren für das Bundesgericht die Konzernnettoverschuldung von CHF 6.3 Mia., der Konzernvorjahresver-

⁶⁸⁹ BGE 134 III 452, 456 E. 4.1; BSK SchKG II-STAEHELIN A., Art. 288 N 16.

⁶⁹⁰ BGE 134 III 452, 456 E. 4.1; FRITZSCHE, S. 135.

⁶⁹¹ BGE 130 IV 62; 109 IV 140.

⁶⁹² BGE 135 III 276, 285 E. 7.2; 134 III 452. Siehe hierzu: OTT, S. 7; ROTH, Sanierungsdarlehen, S. 393; BSK SchKG II-STAEHELIN A., Art. 288 N 16.

⁶⁹³ BGE 135 III 276, 285 E. 7.2.

lust von CHF 2.8 Mia. sowie die Kündigung eines Milliardenkredits sowie personelle Änderungen (Entlassung des CEO, Rücktritt der Mehrheit des Verwaltungsrats) für die Bejahung einer Schädigungsabsicht entscheidend.⁶⁹⁴

3.3 Nutzen der Gläubigerleistung

3.3.1. Einleitung

In den Fällen, in denen das Bundesgericht die Schädigungsabsicht des Schuldners verneint, orientiert es sich (insbesondere bei Dienstleistungsverhältnissen) oftmals am Nutzen der Gläubigerleistung. So habe der Schuldner gemäss Bundesgericht keine Schädigungsabsicht, wenn er sich «bei seiner Stabilisierung und in Aussicht genommenen Gesundung beraten»⁶⁹⁵ oder eine gesetzlich vorgeschriebene Aufgabe ausführen lasse⁶⁹⁶, zumal diese Leistungen im Interesse sämtlicher Gläubiger lägen. An anderer Stelle erfolgte der Hinweis, dass der Anfechtungskläger nicht bewiesen habe, die Gläubigerleistungen seien nutzlos gewesen⁶⁹⁷, was denselben Schluss nahelegt.

Dass das Bundesgericht primär den Nutzen der Gläubigerleistung im Blick hat, lässt sich bei BGE 134 III 615 (Tempus-Entscheid) auch anhand des Zeitpunkts veranschaulichen, in welchem die anfechtbare Handlung im konkreten Fall vorgenommen wurde. So wurden selbst Zahlungen für Beratungsleistungen geschützt, die noch kurz vor Einreichung der Überschuldungsanzeige getätigt wurden. In diesem Zeitpunkt sind diese vom *Schuldner* getätigten Zahlungen für die Gläubigergesamtheit nutzlos, weil sie lediglich das Vollstreckungssubstrat vermindern.⁶⁹⁸ Für die Verneinung der Schädigungseventualabsicht stellte das Bundesgericht somit einzig auf den Nutzen der früheren Gläubigerleistung ab.

⁶⁹⁴ BGE 134 III 452, 462 ff. E. 7.2 ff. und E. 8.4 (ZKB-Entscheid); Urteil BGer 5A_116/2009 vom 28. September 2009, E. 6.2; Urteil HGer ZH HG060007 vom 2. März 2009, E. III.3.3.3.2 (nicht publ.).

⁶⁹⁵ BGE 137 III 268, 287 E. 4.2.3.

⁶⁹⁶ BGE 134 III 615, 622 E. 5.2.

⁶⁹⁷ BGE 134 III 615, 622 E. 5.2.

⁶⁹⁸ Vgl. z.B. BGE 134 III 615 ff.

3.3.2. Dogmatische Analyse der bundesgerichtlichen Rechtsprechung

Unklar ist, auf welche dogmatische Begründung sich das Bundesgericht stützt, wenn es für die Verneinung der Schädigungsabsicht auf den Nutzen der Gläubigerleistung abstellt. Soweit ersichtlich, hat es sich dazu noch nicht geäußert.

Das Bundesgericht verneint die Schädigungsabsicht aufgrund des Nutzens der Gläubigerleistung – wie nachstehend noch dargelegt wird – insbesondere in Fällen, in denen der Gläubiger entweder eine Dienstleistung erbringt oder ein Sanierungsdarlehen gewährt. Das Bedürfnis, auf den Nutzen der Gläubigerleistung abzustellen und somit das Ergebnis einer (objektiven) Gläubigerschädigung auf subjektiver Ebene zu korrigieren, hat sich aus einer Kombination von zwei Umständen ergeben: Erstens soll die Pauliana die Rettung eines notleidenden Unternehmens (durch Sanierungsberatungsleistungen und -darlehen) nicht gefährden⁶⁹⁹ resp. die Vornahme von gesetzlich vorgesehenen Massnahmen nicht verhindern⁷⁰⁰. Zweitens ist mit Blick auf die Rechtsprechung unklar, ob eine Vorauszahlung des Schuldners an einen Dienstleister die Gläubigerschädigung (und folglich auch deren Anfechtbarkeit) ausschliesst und sich Gläubiger so gegen die Pauliana schützen können. Das Bundesgericht hat sich bis heute noch nicht explizit dazu geäußert.⁷⁰¹

In den einschlägigen Entscheiden nahm der jeweilige Schuldner die gläubigerschädigende Handlung in einem Zeitpunkt vor, in welchem die finanzielle Lage bereits äusserst kritisch war. Damit nahm er jeweils die Schädigung der übrigen Gläubiger zumindest in Kauf. Das Ziel, die Schädigungsabsicht des Schuldners in diesen Fällen dennoch zu verneinen, liesse sich (theoretisch) auf drei Arten erreichen: (i) Entweder wird der Anwendungsbereich der Pauliana i.S.v. Art. 1 ZGB teleologisch reduziert⁷⁰², damit er seiner Zielsetzung

⁶⁹⁹ BGE 137 III 268, 286 E. 4.2.3; 134 III 615, 619 E. 4.2.2; Urteil BGER 5A_64/2008 vom 14. Oktober 2008, E. 6.2.2.

⁷⁰⁰ BGE 134 III 615, 622 E. 5.2.

⁷⁰¹ Die kantonale Rechtsprechung geht dagegen mehrheitlich von einer Gläubigerschädigung aus. Vgl. S. 83 f., wonach eine Dienstleistung keine (die Gläubigerschädigung ausschliessende) gleichwertige Gegenleistung sein könne.

⁷⁰² BSK EB SchKG-BAUER, Art. 288 N 17b. Vgl. zur teleologischen Reduktion bei der Privilegierung von Sanierungsdarlehen: EMMENEGGER, S. 175. Vgl. zur

entspricht. Mithin werden gewisse Fälle, bei denen tatsächlich eine Schädigungs(eventual-)absicht vorläge, vom Anwendungsbereich der Pauliana ausgenommen. (ii) Alternativ können höhere Anforderungen an die Schädigungsabsicht gestellt werden, sodass eine Eventualabsicht nicht mehr genügt. (iii) Schliesslich kann die Schädigungsabsicht verneint werden, indem auf den primären Zweck der Handlung (z.B. Rettung des Unternehmens) abgestellt wird und mögliche Begleiterscheinungen der vorgenommenen Handlung ignoriert werden.

Gewiss ist es das Ziel der Pauliana, gläubigerschädigende Handlungen zu unterbinden, nicht aber, die Rettung des Unternehmens oder die Vornahme gesetzlich vorgeschriebener Massnahmen zu verhindern. Die Anfechtbarkeit von (Honorar-)Zahlungen des Schuldners verhindert indes nicht, dass Sanierungsleistungen erbracht oder gesetzlich vorgeschriebene Massnahmen vorgenommen werden, da sich Dienstleister nach hier vertretener Ansicht mittels Vorschüssen gegen die Pauliana absichern können.

Zumindest bei Dienstleistungsverhältnissen ist daher die teleologische Reduktion weder nötig noch angezeigt. Ferner ist es aus diesem Grund nicht gerechtfertigt, bei Zahlungen an Gläubiger, die Sanierungsleistungen oder gesetzlich vorgesehene Massnahmen erbringen, den Massstab an die Schädigungsabsicht zu erhöhen (resp. aus Sicht des Anfechtungsgegners zu mildern) und somit eine Eventualabsicht nicht genügen zu lassen. Ein solch differenzierter Massstab wurde vermutlich in BGE 134 III 615 (Tempus-Entscheidung) angewendet⁷⁰³, selbst wenn das Bundesgericht in einem jüngeren Entscheid festhielt, dass bei Honorarzahlungen an Dienstleister kein «milderer Massstab» gelte.⁷⁰⁴

teleologischen Reduktion im Allgemeinen: KRAMER, Methodenlehre, S. 236 ff. Vgl. zum Einwand des Sanierungsdarlehens: WOLF, N 203.

⁷⁰³ In BGE 134 III 615 (Tempus-Entscheidung) erfolgte die letzte angefochtene Zahlung zwei Wochen vor Bilanzdeponierung (BGE 134 III 615, 616). Für die Verneinung der Schädigungsabsicht war entscheidend, dass das Bundesgericht keine Indizien für eine betrügerische Absicht erkennen konnte (BGE 134 III 615, 623 E. 5.3; VOGT, Damoklesschwert, S. 181). Ein eventualabsichtliches Handeln des Schuldners untersuchte es gar nicht erst.

⁷⁰⁴ In BGE 137 III 268, 286 f. E. 4.2.3 führte das Bundesgericht aus, dass für die Schädigungsabsicht bei Sanierungsleistungen (aus Sicht des Anfechtungsgegners

Schliesslich liefert auch der Ansatz, wonach auf den primären Zweck der Handlung⁷⁰⁵ abzustellen ist⁷⁰⁶, keine befriedigende Begründung für den Ausschluss der Schädigungsabsicht. Nicht nur, weil dieser Ansatz dem Schweizer Recht unbekannt ist⁷⁰⁷, sondern auch, weil das Bundesgericht diesen Ansatz in einzelnen Pauliana-Entscheiden verwirft.⁷⁰⁸

resp. mit Blick auf das für den Schuldner erlaubte Verhalten) «*kein milderer Massstab*» gelte, d.h. eventualvorsätzliches Verhalten genügen würde.

Ebenso ging das Bundesgericht bei einer Honorarzahlung an einen Sanierungsleistungen erbringenden Verwaltungsrat davon aus, dass Eventualabsicht genüge. So ist dem Urteil BGer 5A_64/2008 vom 14. Oktober 2008, E. 6.2.2 a.E. zu entnehmen, dass die Vorinstanz in Bezug auf den Beurteilungsmassstab betreffend die Schädigungsabsicht kein Bundesrecht verletzt habe. Gemäss dem vorinstanzlichen Entscheid (OGer ZG 2006/44 E. 4.b.aa, nicht publ.) genügte bereits Eventualabsicht. Gl.M. KUKO SchKG-UMBACH-SPAHN/BOSSART, Art. 288 N 13.

⁷⁰⁵ Diese Begründung entspricht letztlich der in den USA vertretenen sog. «dominant purpose»-Theorie, mit welcher bspw. bestehender anwaltlicher Korrespondenz das Litigation Privilege zuerkannt wird. Das Litigation Privilege beinhaltet ein Aussage- und Editionsverweigerungsrecht betreffend vertrauliche Kommunikation zwischen dem Klienten (oder seinem Anwalt) und dem Dritten, soweit der *vorherrschende Zweck* dieser Kommunikation darin bestand, den Anwalt mit Informationen für die Vorbereitung eines erwarteten oder bereits hängigen Rechtsverfahrens seines Klienten zu versorgen (MEYER-HAUSER, N 60).

⁷⁰⁶ BGE 137 III 268, 287 E. 4.2.4, wonach es dem schuldnerischen Verwaltungsrat um die Rettung des Unternehmens und nicht um den Abfluss letzter Mittel ging. Derselben Ansicht ist wohl VOGT, Damoklesschwert, S. 187, wonach der Zweck der Bezahlung eines Verwaltungsratshonorars die Honorierung eines vom Gesetz vorgeschriebenen Organs und nicht die Gläubigerschädigung ist.

⁷⁰⁷ Vgl. zur Theorie des «dominant purpose» im Schweizer Recht: ERNST, S. 394.

⁷⁰⁸ So führte das Bundesgericht im Air-Total-Entscheid aus, dass der Schuldner, der in einer prekären finanziellen Schieflage unter dem Druck der Betreibung, der Androhung des Konkurses oder der Verweigerung der Dienstleistung bezahle, zwar nicht direkt mit dem Ziel der Gläubigerschädigung handle. Dennoch sei anzunehmen, er könne und müsse voraussehen, dass seine Zahlung natürlicherweise zu einer solchen Konsequenz führe (BGE 135 III 276, 285 E. 7.2). Vgl. ebenso Urteil BGer 5A_386/2009 vom 6. April 2009, E. 4.3, wonach es sich von selbst verstehe, dass die Gläubigerschädigung nicht der eigentliche Zweck gewesen sei. Vielmehr habe der Eintritt der Fälligkeit die Rückzahlung ausgelöst. Dennoch habe die SAirGroup angesichts der dramatischen finanziellen Situation voraussehen können, dass als notwendige Nebenfolge des Mittelabflusses die anderen Gläubiger geschädigt würden.

3.4 Verhältnis zwischen finanzieller Lage und Nutzen der Gläubigerleistung?

In der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bleibt offen, wie das Verhältnis zwischen den zwei die Schädigungsabsicht beeinflussenden Kriterien (finanzielle Lage und Nutzen der Gläubigerleistung) ist.

Wie gesehen, scheint das Bundesgericht insbesondere bei Sanierungsleistungen und gesetzlich vorgesehenen Massnahmen darauf abzustellen, was der Schuldner bezweckte, *als er die Gläubigerleistung in Anspruch* nahm. Entsprechend stellt es auf den Nutzen der Gläubigerleistung ab, um die Schädigungsabsicht auszuschliessen, selbst wenn sich der Schuldner bei der Bezahlung dieser Gläubigerleistung in einer finanziell aussichtslosen Situation befindet. Erbringt der Gläubiger dagegen eine andere Leistung, ist der Nutzen der Gläubigerleistung für das Bundesgericht kein Argument, um die Schädigungsabsicht auszuschliessen, soweit die finanzielle Lage des Schuldners hoffnungslos erscheint.⁷⁰⁹

Dass das Verhältnis zwischen den zwei Kriterien (finanzielle Lage und Nutzen der Gläubigerleistung) unklar ist, spiegelt sich an der einzelfallorientierten Rechtsprechung der letzten zehn Jahre wider, welche nachstehend eingehend dargelegt wird.

3.5 Einzelfallrechtsprechung (bei kongruenten Deckungen)

Im Nachfolgenden soll insbesondere auf Entscheide eingegangen werden, die einen Zusammenhang mit der Begleichung von Dienstleistungshonoraren aufweisen. Dabei wird versucht, die entsprechenden Fälle anhand der vom Bundesgericht verwendeten Kriterien zu gruppieren.

3.5.1. Betriebsnotwendige Zahlungen

Unter betriebsnotwendigen Zahlungen werden in dieser Arbeit Zahlungen verstanden, die notwendig sind, um den Betrieb zu erhalten und einen

⁷⁰⁹ BGE 135 III 276, 285 E. 7.2; 134 III 452, 463 E. 7.4.

grösseren Schaden für die übrigen Gläubiger zu verhindern. Das Bundesgericht hat sich noch nie klar geäussert, was es unter betriebsnotwendigen Zahlungen versteht, obschon es den Begriff in mehreren Entscheiden verwendet hat. Zudem prüft es die Betriebsnotwendigkeit mal unter dem Titel (objektive) Gläubigerschädigung⁷¹⁰ und in anderen Entscheiden im Zusammenhang mit der (subjektiven) Schädigungsabsicht⁷¹¹.

3.5.1.1. Rechtsprechung

In BGE 135 III 265 (Entscheid zu Gebühren für Flughafen- und Flugsicherungsdienstleistungen) war strittig, ob die nachträgliche Bezahlung von fälligen Flughafen- und Flugsicherungsgebühren durch die Swissair an die Flughafen Zürich AG am Tag der Nachlassstundung in Schädigungsabsicht erfolgte. Die Swissair hat, um die Wiederaufnahme des Flugbetriebs nach dem Grounding zu ermöglichen, nebst den (angefochtenen) Flughafengebühren noch 21 weitere Zahlungen vorgenommen, die für eine Wiederaufnahme des Flugbetriebs unabdingbar waren (bspw. die Zahlung von Treibstofflieferungen, Leasingzinsen etc.). Nicht bezahlt wurden die Aufwendungen, die für den Flugbetrieb nicht notwendig waren (wie z.B. IT-Entwicklungskosten). Das Handelsgericht Zürich (als Vorinstanz des Bundesgerichts) schloss die Schädigungsabsicht der Swissair aus. Die Handlungen der Swissair seien darauf ausgerichtet gewesen, weiteren Schaden zu verhindern. Es sei angesichts der Umstände nachvollziehbar, dass die Swissair-Verantwortlichen die Zahlung an die Anfechtungsgegnerin als betriebsnotwendig eingestuft hätten. Die Anfechtungsgegnerin sei ein Monopolbetrieb, was ein Ausweichen auf andere Flughafenbetreiber unmöglich mache. Bei Nichtzahlung hätte die Schuldnerin riskiert, dass die Anfechtungsgegnerin sie nicht hätte starten und landen lassen (wenn allenfalls auch ohne rechtliche Grundlage), was für die Gläubiger einen noch viel grösseren Schaden verursacht hätte. Umfassende Abklärungen zur Betriebsnotwendigkeit seien sodann aufgrund des Zeitdrucks nicht möglich gewesen.⁷¹² Das Bundesgericht verwarf diese Argu-

⁷¹⁰ Urteil BGer 5A_567/2009 vom 11. Juni 2010, E. 3.2 und 3.3.

⁷¹¹ BGE 135 III 276, 285 E. 7.2; 135 III 265, 272 E. 5.

⁷¹² Urteil HGer ZH HG050372 vom 19. November 2007, E. III.4.4.3. (nicht publ.). Ferner BGE 135 III 265, 272 E. 5.

mentation und bejahte die Schädigungsabsicht u.a. mit der Begründung, dass die Anfechtungsgegnerin die Swissair-Flotte auch unabhängig von der angefochtenen Zahlung hätte starten und landen lassen. Folglich habe kein Anlass bestanden, die angefochtene Zahlung auszuführen, um einer fortgesetzten Immobilisierung der Flotte zu begegnen.⁷¹³

In BGE 135 III 276 (Air-Total-Entscheid), bei dem es um die nachträgliche Bezahlung von Kerosinlieferungen ging, stellte die Vorinstanz fest, dass die Swissair die angefochtenen Zahlungen ausgeführt habe, um ihre Tätigkeit fortzusetzen und die Stilllegung der Flugzeuge zu verhindern. Die Anfechtungsgegner hätten auf die Bezahlung offener Kerosinlieferungen bestanden und selbst gegen Vorauszahlungen keine künftigen Kerosinlieferungen erbracht (mithin ging es implizit von einer betriebsnotwendigen Zahlung aus). Das Bundesgericht sah dagegen in dieser, von den Parteien nicht kritisierten Feststellung keinen Grund, um die Schädigungsabsicht der Swissair auszuschliessen. Vielmehr stellte es darauf ab, dass im Zeitpunkt der Zahlungen mangels Sanierungsaussichten bereits beschlossen gewesen sei, die Nachlassstundung mit dem Ziel einer Nachlassliquidation zu beantragen, weshalb sie die durch die Zahlung bewirkte Gläubigerschädigung hätte voraussehen müssen.⁷¹⁴ Das Argument der Anfechtungsgegner, dass die Stilllegung der Flugzeuge höhere Kosten verursacht hätte als die Bezahlung der Kerosinlieferungen, war nach Meinung des Bundesgerichts nicht stichhaltig, da die Fortführung des Flugbetriebs nicht *allein* von diesen Zahlungen abhing, sondern auch von weiteren Zahlungen (wie Flughafengebühren).⁷¹⁵

3.5.1.2. Würdigung

Bislang gab es keine Entscheidung, in welchem das Bundesgericht die Schädigungsabsicht aufgrund von betriebsnotwendigen Zahlungen verneint hat. Sodann hat das Bundesgericht im Ergebnis offengelassen, inwieweit betriebsnotwendige Zahlungen anfechtungsresistent vorgenommen werden

⁷¹³ BGE 135 III 265, 274 E. 5; VOGT, Damoklesschwert, S. 181. Vgl. zur Kritik dieses Entscheids: LORANDI, Rechtsprechung, S. 219 f.; SCHMIDT, S. 1219.

⁷¹⁴ Zum Ganzen: BGE 135 III 276, 285 E. 7.2.

⁷¹⁵ BGE 135 III 276, 284 E. 6.3.3.

können.⁷¹⁶ Für die Empfänger von (nachträglichen) betriebsnotwendigen Zahlungen besteht daher ein erhebliches Risiko, den erhaltenen Betrag zurückerstatten zu müssen.

Das Bundesgericht begründet sodann nicht, weshalb bei betriebsnotwendigen Zahlungen eine Schädigungsabsicht bestehen soll. In BGE 135 III 276 (Air-Total-Entscheid) war zwar im Zeitpunkt der Zahlungen die Nachlassliquidation bereits beschlossene Sache. Allerdings sollte der Betrieb (i.c. das Fluggeschäft) auf eine Auffanggesellschaft übertragen, mithin weitergeführt werden.⁷¹⁷ Die Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs und die damit verbundenen notwendigen Zahlungen hätten in diesem Fall auch bei einer Nachlassliquidation den Gläubigern gedient, da der Verkauf eines operativ funktionierenden Geschäfts regelmässig mehr Erlös bringt als die Liquidation der einzelnen Vermögenswerte. Soweit die angefochtene Zahlung also dazu dient, Aktiven zu erhalten resp. (einen noch grösseren) Schaden abzuwenden, können die Sanierungsaussichten des Schuldners entgegen den bundesgerichtlichen Erwägungen nicht massgebend sein.

Wie vorne gesehen,⁷¹⁸ wäre es dogmatisch richtig, die betriebsnotwendigen Zahlungen im Rahmen des rechtmässigen Alternativverhaltens zu prüfen. Aufgrund der unklaren Voraussetzungen des Bundesgerichts, die auf den ersten Blick sehr restriktiv zu sein scheinen (siehe bspw. das Erfordernis der exklusiven Kausalität⁷¹⁹), sind die Erfolgchancen des Einwands aber sehr unsicher. Wenn das Argument der betriebsnotwendigen Zahlung nicht beim rechtmässigen Alternativverhalten berücksichtigt werden kann, dann soll es zumindest im Rahmen der Schädigungsabsicht vorgebracht werden können.

3.5.2. Zahlungen im ordentlichen Geschäftsverkehr

Unter Zahlungen im ordentlichen Geschäftsverkehr werden in vorliegender Arbeit die Zahlungen verstanden, die ein Unternehmen für gewöhnlich tätigt. Im Gegensatz zu den betriebsnotwendigen Zahlungen wird nicht voraus-

⁷¹⁶ LORANDI, Rechtsprechung, S. 220.

⁷¹⁷ BGE 135 III 276, Sachverhalt (Projekt Phoenix).

⁷¹⁸ Vgl. S. 142.

⁷¹⁹ Vgl. S. 140 und BGE 135 III 276, 283 f. E. 6.3.3.

gesetzt, dass ohne die Zahlung der Betrieb eingestellt werden müsste oder ein noch grösserer Schaden entstanden wäre.

3.5.2.1. Rechtsprechung

Operativ tätige Unternehmen nehmen regelmässig Dienstleister und Lieferanten in Anspruch, um ihre Geschäftstätigkeit ausüben zu können. Zu den Zahlungen im Rahmen der ordentlichen Geschäftstätigkeit resp. des regulären Geschäftsgangs gehören demnach sämtliche Zahlungen, mit welchen das Unternehmen einen operativen Zweck verfolgt.⁷²⁰ Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung soll dem schuldnerischen Unternehmen «auch in schwierigen Zeiten resp. finanziell angespannter Lage eine normale Geschäftstätigkeit möglich sein.»⁷²¹

Das Bundesgericht hat das Argument der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit in mehreren *Swissair*-Entscheiden zur Zahlung an Lieferanten oder Darlehensgeber vorgebracht. Allerdings hatte es bisher noch keine Fälle zu beurteilen, in denen Zahlungen an Dienstleister (z.B. an Anwälte, Steuerberater etc.) für gewöhnliche Leistungen angefochten wurden, die nicht zum Zwecke der Sanierung erbracht wurden und auch nicht gesetzlich vorgeschrieben waren.

Bei der Zahlung von Darlehenszinsen hat das Bundesgericht (im Zusammenhang mit der Gläubigerschädigung) erwogen, dass solche auch in Krisenzeiten bezahlt werden dürften – jedenfalls solange sie routinemässig resp. automatisch beglichen werden.⁷²² Diese Ratio greife indes nicht, wenn die Zinszahlung erst mit Rückzahlung des Darlehens erfolge.⁷²³ Nicht zur operativen Geschäftstätigkeit gehöre die Rückzahlung eines Darlehens, wenn dadurch die letzte vorhandene Liquidität abgeführt werde.⁷²⁴

⁷²⁰ Urteil BGer 5A_116/2009 vom 28. September 2009, E. 6.3.

⁷²¹ BGE 136 III 247, 249 E. 2; Urteil BGer 5A_750/2008 vom 24.02.2010, E. 2; 5A_386/2008, E. 4.3.

⁷²² BGE 136 III 247, 253 f. E. 6.

⁷²³ Urteil BGer 5A_116/2009 vom 28. September 2009, E. 5; HUNKELER, Absichtsanfechtung, S. 146.

⁷²⁴ Urteil BGer 5A_116/2009 vom 28. September 2009, E. 6.3; 5A_386/2008 vom 6. April 2009, E. 4.3.

In einem anderen Entscheid hielt es fest, dass die Zahlung einer Kerosinlieferung am Tag des Nachlassstundungsgesuchs nicht mehr zur normalen Geschäftstätigkeit gehöre.⁷²⁵ Vielmehr hätten die verantwortlichen Organe an diesem Tag in Kauf genommen, dass damit nur noch die letzte Liquidität abgeführt werde.⁷²⁶

3.5.2.2. Würdigung

Aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung geht nicht klar hervor, ob der «normalen Geschäftstätigkeit» überhaupt eine eigenständige Bedeutung im Rahmen der Schädigungsabsicht zukommen soll.⁷²⁷ Die Schädigungsabsicht wurde noch nie allein unter Berufung auf dieses Kriterium verneint. In den Fällen, in denen das Bundesgericht dieses Kriterium prüfte, war die finanzielle Situation des Schuldners jeweils so schlecht, dass das Bundesgericht das Vorliegen einer Zahlung im ordentlichen Geschäftsverkehr verneinte und folglich davon ausging, dass der Schuldner in Schädigungsabsicht gehandelt habe.⁷²⁸

Das Bundesgericht prüft das Kriterium des gewöhnlichen Geschäftsverkehrs nicht nur im Zusammenhang mit der (subjektiven) Schädigungsabsicht⁷²⁹, sondern behandelt es zum Teil auch unter dem Titel der (objektiven) Gläubigerschädigung.⁷³⁰ Ob bei kongruenter Deckung eine (objektive) Schädigung der Gläubiger vorliegt, hängt nach hier vertretener Ansicht jedoch nicht davon ab, ob der Schuldner die Forderung im Rahmen der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit beglichen hat (resp. dass diese Forderungen routinemässig beglichen wurden) oder ob irgendwelche Machenschaften vorlagen. Eine (objektive) Gläubigerschädigung hängt vielmehr davon ab, ob gleichwertige Leistungen i.e.S. ausgetauscht wurden, ob die Gegenleistung des Gläubigers

⁷²⁵ Urteil BGer 5A_567/2009 vom 11. Juni 2010, E. 3.3 (zur Gläubigerschädigung).

⁷²⁶ Urteil BGer 5A_567/2009 vom 11. Juni 2010, E. 4.3 (zur Schädigungsabsicht).

⁷²⁷ ROHDE, S. 163 f.; VOGT/KÄSER, S. 589 f.

⁷²⁸ So im Urteil BGer 5A_567/2009 vom 11. Juni 2010, E. 4.3 und 5A_386/2008 vom 6. April 2009, E. 4.3.

⁷²⁹ Wie bspw. im Urteil BGer 5A_386/2008 vom 6. April 2009, E. 4.3.

⁷³⁰ BGE 136 III 247, 254 E. 6 a.E.; Urteil BGer 5A_750/2008 vom 24. Februar 2010, E. 4.4; ROHDE, FN 54; VOGT, Absichtsanfechtung, S. 1084.

verwertbar oder zumindest nicht offensichtlich nutzlos war und ob die Schuldnerleistung nach Erhalt der Gläubigerleistung erfolgte oder nicht.⁷³¹

3.5.3. Zahlungen an den Sanierungsberater

3.5.3.1. Einleitung

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Absichtsanfechtung von Saniererhonoraren beruht im Wesentlichen auf der Überlegung, dass die Anfechtungsklage nicht zum Zweck habe, alle Versuche zur Rettung des Schuldners unmöglich zu machen. So liege es im Interesse der übrigen Gläubiger, wenn Dritte versuchten, dem Schuldner zu Hilfe zu kommen. Der Schuldner, der ernsthaft um seine Rettung kämpfe, handle nicht in Schädigungsabsicht, sofern jene erfolgsversprechend erscheint.⁷³² Ziel dieser Rechtsprechung ist es demnach, ernsthafte und erfolgsversprechende Sanierungshandlungen zu begünstigen, deren (nachträgliche) Honorierung ohne diese Vorzugsbehandlung womöglich anfechtbar wäre.

Die Schädigungsabsicht des Schuldners, der (nachträglich) eine Sanierungsberatungsleistung bezahlt, kann gemäss Bundesgericht verneint werden, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind: (i) Die Beratungsleistung wurde zum Zweck der Sanierung erbracht, (ii) die Sanierungsbemühungen waren erfolgsversprechend und (iii) die Zahlung erfolgte im Rahmen des ordentlichen Geschäftsverkehrs. Das Bundesgericht stellt dabei jeweils auf den Sanierungsbegriff ab, ohne ihn genau zu definieren. Für den Sanierungsbegriff, wie er nach eigener Auffassung verstanden wird, sei daher auf die Ausführungen auf S. 211 ff. verwiesen.

⁷³¹ A.M. wohl COURVOISIER, Entwicklungen 2010/2011, S. 249.

⁷³² Zum Ganzen: BGE 137 III 268, 286 E. 4.2.2; 134 III 615, 621 5.1; 134 III 452, 458 f. E. 5.2 (zum Sanierungsdarlehen); Urteil BGer 5A_64/2008 vom 14. Oktober 2008, E. 6.2.2. Vgl. auch HINDERLING, Anfechtung, S. 247 mit Verweis auf Urteil AppGer BS vom 22. März 1935, wonach der Schuldner nicht in Schädigungsabsicht handle, wenn er ein Saniererhonorar bezahle. Wenn der Schuldner bei Abgabe des Zahlungsversprechens an eine Benachteiligung der Gläubiger nicht denken könne, so könne er auch bei der Tilgung der Schuld keine Schädigungsabsicht hegen, da sein Wille nach Treu und Glauben im Verkehr nur auf die Erfüllung der ganzen Vereinbarung gehen könne.

Das Bundesgericht hat sich in zwei Leitentscheiden zur Absichtsanfechtung betreffend sog. Saniererhonorare geäußert: erstmals in BGE 134 III 615 (Tempus-Entscheid) im Jahre 2008 (in welchem es sich mit Honorarzah-lungen an die Revisionsstelle für Sanierungsleistungen und Revisionslei-stungen befasste) und in BGE 137 III 268 (Saniererhonorar-Entscheid) im Jahr 2011. In beiden Fällen wurde die Schädigungsabsicht des Schuldners, der die anfechtbare Handlung vorgenommen hatte, verneint. In einem nicht in der amtlichen Sammlung des Bundesgerichts publizierten Entscheid zur Anfechtbarkeit von Honorarzah-lungen eines mit der Sanierung betrauten Verwaltungsrats wurde die Schädigungsabsicht hingegen mangels Sanie-rungsaussichten bejaht.⁷³³

3.5.3.2. Voraussetzungen

a) Beratung zum Zweck der Sanierung

aa) Rechtsprechung

Für die Privilegierung von Beratungshonoraren setzt das Bundesgericht zunächst einen «*direkten Sanierungskontext*» der Beratungsleistung voraus. Ein solcher liegt vor, soweit die Beratungstätigkeit im direkten Zusammen-hang mit der Sanierung des Unternehmens steht, d.h. *zum eigentlichen Zweck der Sanierung* erfolgt ist.⁷³⁴ Allgemeine strategische Beratungsleistungen stehen nicht in einem «*direkten Sanierungskontext*».⁷³⁵ Massgebend dafür, ob ein «*direkter Sanierungskontext*» vorliegt, ist eine objektivierte Sichtwei-se.⁷³⁶

Das Vorliegen eines eigentlichen Sanierungsplans ist gemäss Bundesgericht nicht Voraussetzung für das Anfechtungsprivileg, wenn die Beratungslei-stung gerade die Erarbeitung eines solchen Konzepts bezweckt. So genügt bspw. die Erarbeitung eines Konzepts, das durch eine strategische Neuaus-richtung den Turnaround und die Wiederherstellung der Profitabilität be-

⁷³³ Urteil BGER 5A_64/2008 vom 14. Oktober 2008, E. 6.

⁷³⁴ BGE 137 III 268, 281 E. 2.3.

⁷³⁵ BGE 137 III 268, 284 E. 4.2.2.

⁷³⁶ BGE 137 III 268, 284 E. 4.2.2.

zweckt.⁷³⁷ Die Beratung muss demnach nicht eine umfassende sein, die sämtliche Schritte des Sanierungsprozesses begleitet.

bb) Würdigung

Der Begriff «direkter Sanierungskontext»⁷³⁸ ist ebenso wie die Umschreibung «Beratertätigkeit im Zusammenhang mit der Sanierung»⁷³⁹ ungenau und könnte sehr weit verstanden werden. Besser wäre es gewesen, auf diese Terminologie gänzlich zu verzichten und ausschliesslich von der Beratung «zum Zweck der Sanierung» zu sprechen.

b) Positive Sanierungsprognose

aa) Wahrscheinlichkeit des Sanierungserfolgs

aaa) Rechtsprechung

Das Bundesgericht verlangt nebst dem «direkten Sanierungskontext», dass die Sanierungsbemühungen ernsthaft und erfolversprechend⁷⁴⁰ sein müssen.

In BGE 134 III 615 (Tempus-Entscheid) hält es fest, dass Sanierungsbemühungen nur dann erfolversprechend sein können, wenn aus objektiver Sicht «*berechtigte Hoffnungen auf eine Sanierung*» bestehen.⁷⁴¹ Die Beratungstätigkeit darf nicht «*von vornherein und vollständig zum Scheitern verurteilt gewesen sein, so dass jede vernünftige und vorsichtige Fachperson sich geweigert hätte, sie zu beginnen*». ⁷⁴² Dabei verweist es auf die Erwägungen

⁷³⁷ Zum Ganzen: BGE 137 III 268, 287 E. 4.2.4.

⁷³⁸ BGE 137 III 268, 284 E. 4.2.2.

⁷³⁹ BGE 137 III 268, 281 E. 2.3.

⁷⁴⁰ BGE 137 III 268, 287 E. 4.2.3.

⁷⁴¹ BGE 134 III 615, 621 f. E. 5.1 (= Pra 2009 Nr. 44; Hervorhebung hinzugefügt).

⁷⁴² BGE 134 III 615, 622 E. 5.3 (= Pra 2009 Nr. 44; Hervorhebung hinzugefügt) resp. Urteil TC NE vom 28. August 2008, E. 3 (publ. in SJZ 105 (2009), S. 96 ff.). Vgl. sodann BGE 134 III 615, 623 E. 5.3: «die Beschwerdeführerin [hat] weder behauptet noch bewiesen, dass die Schuldnerin wusste, dass die getroffenen Massnahmen in diesem Stadium nutzlos waren und dass sie im Interesse der Gläubiger sie nach Treu und Glauben nicht hätte durchführen dürfen [...]». Im konkreten Fall wurde die Schädigungsabsicht wohl verneint, weil die Beschwerdeführerin trotz der ihr obliegenden Beweislast nicht darlegen konnte, inwiefern sie vor der Vorinstanz die Schädigungsabsicht behauptet und mit wel-

der Vorinstanz. Derweil prüfte die Vorinstanz den Sanierungseinwand gar nicht im Rahmen der Schädigungsabsicht, sondern im Zusammenhang mit dem Austausch gleichwertiger Leistungen (objektiver Tatbestand).⁷⁴³

In BGE 137 III 268 (Saniererhonorar-Entscheid) war massgebend, dass der Schuldner «noch nicht in dem Sinn unrettbar verloren schien, dass ein *Fal-lieren so gut wie sicher bzw. als unabwendbar anzusehen war*». ⁷⁴⁴ Auch hier verwies das Bundesgericht auf die Erwägungen der Vorinstanz. Diese prüfte jedoch die Sanierungsprognose nur im Zusammenhang mit der Erkennbarkeit der Absicht, d.h. aus Sicht eines Dritten, der nicht über dieselben Informationen verfügte, um die Sanierungschancen einschätzen zu können, wie der Schuldner selbst.

bbb) Würdigung

Ob und wann eine günstige Sanierungsprognose gestellt werden kann, hängt massgeblich davon ab, wann das Ziel – die gelungene Sanierung – als erreicht gilt. Der Rechtssicherheit wäre es daher dienlich gewesen, wenn das Bundesgericht dargelegt hätte, was es unter einer gelungenen Sanierung versteht. Im einzigen, sich mit der Thematik der Sanierung im anfechtungsrechtlichen Kontext befassenden Entscheid, hat es lediglich den Begriff der Sanierungsmassnahmen erläutert.⁷⁴⁵

Unklar ist ferner, welche Anforderungen das Bundesgericht an die konkreten Sanierungschancen stellt, damit von einer positiven Sanierungsprognose gesprochen werden kann. Mit den bundesgerichtlichen Umschreibungen ist für die Sanierungsprognose noch nicht viel gewonnen. Dies zeigt sich auch in der Literatur, in welcher diverse Interpretationen der vom Bundesgericht

chen Mitteln sie den Beweis für die Indizien einer Schädigungsabsicht angeboten hatte (BGE 134 III 615, 623 E. 5.3).

⁷⁴³ Obschon die Zahlung des Schuldners nachträglich erfolgte, ging die Vorinstanz von einem Austausch gleichwertiger Leistungen aus und schloss folglich eine für die Anfechtbarkeit erforderliche Gläubigerschädigung aus (Urteil TC NE vom 28. August 2007, E. 3; publ. in SJZ 105 (2009), S. 96 ff.). Das Bundesgericht ist auf diese Ungereimtheit nicht weiter eingegangen.

⁷⁴⁴ BGE 137 III 268, 287 E. 4.2.4 (Hervorhebung hinzugefügt). Vgl. auch WEBER, S. 4.

⁷⁴⁵ BGE 137 III 268, 284 E. 4.2.2 i.V.m. 281 E. 2.3.

verwendeten Begriffe «berechtigten Hoffnungen» resp. der «erfolgversprechenden Sanierungsbemühungen» zu finden sind.⁷⁴⁶

Ebenfalls offen sind die einzelnen für die Sanierungsprognose massgebenden Kriterien, da das Bundesgericht diese nicht eingehend geprüft hat. Aus den Feststellungen in BGE 134 III 615 (Tempus-Entscheidung), wonach die Sanierungsmassnahmen nicht von vornherein zum Scheitern verurteilt waren und der Verwaltungsrat an das Überleben geglaubt hat, können keine konkreten Kriterien für die Sanierungsprognose abgeleitet werden.⁷⁴⁷ Auch die Feststellungen der Vorinstanz vermögen keine Klärung zu bringen. Gleiches gilt für BGE 137 III 268 (Saniererhonorar-Entscheidung).⁷⁴⁸

Zu bemerken bleibt, dass die Ernsthaftigkeit der Sanierungsbemühungen keine zusätzliche Voraussetzung nebst der «erfolgversprechenden Sanierungsprognose» sein kann. Sind die Sanierungsbemühungen nicht ernsthaft, fehlt es also am Sanierungswillen des Schuldners, bestehen auch keine Aussichten auf dessen Sanierung.

bb) *Zeitpunkt der Sanierungsprognose*

aaa) Rechtsprechung

Auf den ersten Blick scheint das Bundesgericht in seinen Erwägungen darauf abzustellen, dass *im Zeitpunkt der angefochtenen Handlung* des Schuldners eine positive Sanierungsprognose vorliegen muss.⁷⁴⁹

In BGE 134 III 615 (Tempus-Entscheidung) wird ausdrücklich verlangt, dass eine positive Sanierungsprognose im «Zeitpunkt der anfechtbaren Rechts-handlung» vorlag.⁷⁵⁰ Die letzte der angefochtenen Zahlungen erging nur zwei Wochen vor Bilanzdeponierung.⁷⁵¹ Dennoch ging das Bundesgericht nicht davon aus, dass der Schuldner bei Zahlung dieser Honorarforderung in Schädigungsabsicht handelte.

⁷⁴⁶ Vgl. SCHMID J., N 930 m.w.H.

⁷⁴⁷ BGE 134 III 615, 623 E. 5.3.

⁷⁴⁸ BGE 137 III 268, 287 E. 4.2.4.

⁷⁴⁹ BGE 137 III 268, 287 E. 4.2.4; 134 III 615, 621 f. E. 5.1.

⁷⁵⁰ BGE 137 III 268, 287 E. 4.2.4; 134 III 615, 621 f. E. 5.1. So auch bereits Urteil OGer ZH LB070108 vom 21. August 2009, E. II.4d.

⁷⁵¹ BGE 134 III 615, 621 f. E. 5.1.

In BGE 137 III 268 (Saniererhonorar-Entscheid) verwies das Bundesgericht bezüglich der Sanierungsprognose auf die Ausführungen der Vorinstanz.⁷⁵² Das Bundesgericht schloss eine Schädigungsabsicht des Schuldners aufgrund dieser «positiven Sanierungsprognose» aus.⁷⁵³

bbb) Würdigung

Die Erwägungen des Bundesgerichts zur Frage, ob für die Sanierungsprognose auf den Zeitpunkt der Sanierungsleistung oder der Honorierung abzustellen ist, sind widersprüchlich.

Es ist davon auszugehen, dass das Bundesgericht im Tempus-Entscheid zwar angab, auf den Zeitpunkt der schädigenden Schuldnerhandlung abzustellen, in Wahrheit aber die Sanierungschancen im Zeitpunkt der Beratungsleistung für ausschlaggebend erachtete. Da sowohl der Entscheid zur Bilanzdeponierung als auch die Erstellung einer Überschuldungsanzeige einige Tage (in komplexen Verhältnissen gar noch länger) Vorlaufzeit benötigen, konnte im Zeitpunkt der letzten Zahlung, sprich zwei Wochen vor Bilanzdeponierung, keine positive Sanierungsprognose mehr vorliegen.⁷⁵⁴ Die bundesgerichtliche Subsumption des konkreten Falles fokussiert sich denn auch vor allem darauf, den Nutzen der Sanierungsleistungen im Zeitpunkt ihrer Erbringung darzulegen.⁷⁵⁵

Auch in BGE 137 III 268 (Saniererhonorar-Entscheid) dürfte der Zeitpunkt der Sanierungsbemühungen und nicht derjenige der Zahlung für die Sanierungsprognose massgebend gewesen sein. So erachtete die Vorinstanz, auf deren Ausführungen das Bundesgericht verwies⁷⁵⁶, den *Zeitpunkt der Sanie-*

⁷⁵² BGE 137 III 268, 287 E. 4.2.4; vgl. auch HUNKELER, Anfechtbarkeit, S. 4.

⁷⁵³ Urteil HGer ZH HG050365 vom 24. September 2008, E. IV Ziff. 31 (nicht publ.).

⁷⁵⁴ VOGT, Damoklesschwert, S. 181.

⁷⁵⁵ BGE 134 III 615, 623 E. 5.3 «la demanderesse n'a ni allégué ni prouvé que ladite activité aurait été d'emblée et entièrement vouée à l'échec, en sorte que tout professionnel raisonnable et diligent aurait refusé de l'entreprendre; elle a aussi retenu que l'intéressée n'a pas établi que la recherche d'un repreneur aurait été une opération vaine, au regard de la situation financière et commerciale de la débitrice, ni qu'élaborer un business plan dans ce but aurait été une opération dépourvue de sens».

⁷⁵⁶ BGE 137 III 268, 287 E. 4.2.4; vgl. auch HUNKELER, Anfechtbarkeit, S. 4.

rungsbemühungen des Sanierers für massgebend.⁷⁵⁷ Im Rahmen der Erkennbarkeit – die Schädigungsabsicht hatte die Vorinstanz gar nicht geprüft – stellte die Vorinstanz fest, dass die Anfechtungsgegnerin *während ihrer Beratertätigkeit* bis Mitte Mai 2001 von der Sanierungsfähigkeit der SAirGroup ausgehen durfte.⁷⁵⁸ Die letzte Zahlung erfolgte aber erst am 27. Juli 2001, mithin nach Abschluss der Beratertätigkeit. Eine positive Sanierungsprognose im Zeitpunkt der angefochtenen Zahlung hat die Vorinstanz nicht geprüft. Das Bundesgericht hätte also nicht auf die Sanierungsprognose der Vorinstanz abstellen dürfen, wenn es diejenige im Zeitpunkt der angefochtenen Zahlung für massgebend erachtet hätte. Es ist überdies fraglich, ob eine solche zu bejahen gewesen wäre, nachdem an der Verwaltungsratssitzung der SAirGroup vom 11. Juni 2001, deren finanzielle Lage als «besorgniserregend» beschrieben wurde.⁷⁵⁹

Nach hier vertretener Ansicht wäre es richtig gewesen, auf den Zeitpunkt der Schuldnerhandlung abzustellen, da sich die Schädigungsabsicht auf den objektiven Tatbestand (die gläubigerschädigende Handlung) bezieht. Hätte man auf diesen Zeitpunkt abgestellt, wären allenfalls andere Resultate zu erwarten gewesen.

c) *Begleichung im Rahmen des ordentlichen Geschäftsverlaufs*

aa) *Rechtsprechung*

Für eine anfechtungsrechtliche Privilegierung stellt das Bundesgericht gelegentlich darauf ab, dass die Zahlung der Sanierungsleistung im Rahmen des «ordentlichen Geschäftsverlaufs vorgenommen»⁷⁶⁰ wurde resp. die Zahlungsabwicklung ganz gewöhnlich abgelaufen sei, ohne dass Druck seitens des Gläubigers aufgebaut worden sei, um (in unlauterer Weise) eine Vorzugsbehandlung zu erwirken⁷⁶¹.

⁷⁵⁷ Urteil HGer ZH HG050365 vom 24. September 2008, E. V.4.3.6 (nicht publ.).

⁷⁵⁸ Urteil HGer ZH HG050365 vom 24. September 2008, E. V.4.3.7 (nicht publ.).

⁷⁵⁹ Urteil HGer ZH HG050365 vom 24. September 2008, E. IV Ziff. 25 (nicht publ.).

⁷⁶⁰ BGE 137 III 268, 285 E. 4.2.2.

⁷⁶¹ BGE 134 III 615, 623 E. 5.3.

bb) Würdigung

Wie gesehen führt das Bundesgericht im Zusammenhang mit Saniererhonoraren zuweilen aus, dass die Zahlung der Sanierungsleistung im Rahmen des «ordentlichen Geschäftsverlaufs vorgenommen»⁷⁶² wurde resp. die Zahlungsabwicklung ganz gewöhnlich, d.h. ohne Druck seitens des Gläubigers, abgelaufen sei⁷⁶³. Honorarzahungen an Sanierungsberater erfolgen indes nicht im Rahmen des ordentlichen Geschäftsverlaufs. Eine Sanierung ist nie ein Teil des ordentlichen Geschäftsverlaufs.⁷⁶⁴ Folglich darf die Begleichung im Rahmen des ordentlichen Geschäftsverlaufs auch nicht verlangt werden.

Ob seitens des Gläubigers Druck zur Zahlung aufgebaut worden ist, hat keinen Einfluss auf die Schädigungsabsicht des Schuldners. Die Schädigungsabsicht steht und fällt mit der Wahrscheinlichkeit des Sanierungserfolgs gemäss den dem Schuldner verfügbaren Informationen. Wenn überhaupt, wäre das Verhalten des Gläubigers lediglich als Indiz dafür zu werten, dass der Gläubiger nicht an die Fortführungsfähigkeit des schuldnerischen Unternehmens glaubt, spricht für die «Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht».

3.5.3.3. Würdigung des Sanierungsprivilegs**a) Braucht es die Privilegierung von Saniererhonoraren?**

Die Befürworter des Anfechtungsprivilegs bringen vor, eine Sanierung liege im Interesse aller Beteiligten und sei ohne die Anfechtungsresistenz von Saniererhonoraren gar nicht möglich.⁷⁶⁵ Kein Sanierer sei je bereit, Sanie-

⁷⁶² BGE 137 III 268, 285 E. 4.2.2.

⁷⁶³ BGE 134 III 615, 623 E. 5.3.

⁷⁶⁴ Wenn man Zahlungen an den Sanierungsberater dennoch unter den gewöhnlichen Geschäftsverlauf subsumiert haben möchte, wird das Konstrukt des Anfechtungsprivilegs für Sanierungsberatungsleistungen entbehrlich. Bundesgerichtlichen Entscheiden in anderem Zusammenhang ist zu entnehmen, dass Zahlungen, welche im ordentlichen Geschäftsverlauf beglichen werden, anfechtungsresistent sein können (bspw. BGE 136 III 247, 250 E. 2).

⁷⁶⁵ Urteil HGer ZH HG050365 vom 24. September 2008, E. V.4.3.2 (nicht publ.); HGer ZH HG050363 vom 24. September 2008, E. IV.6.2 (nicht publ.); ZOBL, S. 34.

rungsbeiträge zu leisten, wenn er Gefahr laufen würde, dass seine Honorarzahlungen letztlich zurückerstattet werden müssten.⁷⁶⁶ Die Interessen der Gläubiger, des Schuldners und des Sanierers liefen parallel, da sämtlichen involvierten Personen mit einer Sanierung am besten gedient sei.⁷⁶⁷

Die Überlegungen gehen zurück auf ZOBL⁷⁶⁸ sowie auf die Erwägungen des Handelsgerichts Zürich in Sachen *Swissair* betreffend Sanierungsberatung⁷⁶⁹ und BGE 134 III 615 (Tempus-Entscheid)⁷⁷⁰. Sie hatten insofern ihre Berechtigung, als davon ausgegangen wurde, dass die Beratungsleistung des Gläubigers nie eine gleichwertige, verwertbare Gegenleistung im anfechtungsrechtlichen Sinne sein könne und damit die Honorierung dieser Leistung in jedem Fall aus objektiver Sicht gläubigerschädigend sei.⁷⁷¹ Entsprechend hat nach dieser Ansicht die Korrektur über den subjektiven Tatbestand zu erfolgen.

Nach hier vertretener Ansicht ist die Bevorschussung von Dienstleistungen jedoch nicht gläubigerschädigend, soweit die Dienstleistung gleichwertig und zumindest nicht offensichtlich unnütz ist. Das Argument, wonach aufgrund des Anfechtungsrisikos kein Sanierer bereit wäre, Sanierungsleistungen zu erbringen, ist demnach nicht stichhaltig. Selbstverständlich können Sanierungsberater ihre Leistungen auch auf Vorschussbasis erbringen, was die Anfechtbarkeit mangels Gläubigerschädigung entfallen liesse. Nachträgliche Zahlungen sind dagegen grundsätzlich gläubigerschädigend, da lediglich eine Kreditorenposition erlischt.⁷⁷² Folglich wäre die Privilegierung von Zahlungen an Sanierungsberater – wenn überhaupt – nur dann erforderlich, soweit die Zahlung nach erbrachter Leistung erfolgt.

⁷⁶⁶ ZOBL, S. 34. In diesem Sinne wohl auch HUNKELER, Anfechtbarkeit, S. 3 f.

⁷⁶⁷ ZOBL, S. 34.

⁷⁶⁸ ZOBL, S. 34.

⁷⁶⁹ Urteil HGer ZH HG050365 vom 24. September 2008, E. V.4.3.2 (nicht publ.). Ebenso bereits Beschluss und Urteil HGer ZH vom 13. Juni 2005, E. 3.3.3. (publ. in ZR 104 (2005) Nr. 78, S. 301) betreffend Honorarzahlungen an die Revisionsstelle.

⁷⁷⁰ BGE 134 III 615, 620 f. E. 4.3.

⁷⁷¹ Ebenso COURVOISIER, Entwicklungen 2008/2009, S. 225.

⁷⁷² Vgl. S. 100 ff.

b) *Ist die Privilegierung von Saniererhonoraren justiziabel?*

Die Justiziabilität eines Anfechtungsprivilegs für die Honorierung von Sanierungsberatungsleistungen würde bedingen, dass die Voraussetzungen für ein solches Privileg konkret und klar formuliert werden. Aus den relevanten Entscheiden ist jedoch weder ersichtlich, welche Voraussetzungen effektiv erfüllt sein müssen, noch unter welchen Umständen diese Voraussetzungen erfüllt wären. So ist bspw. unklar, zu welchem Zeitpunkt eine positive Sanierungsprognose vorliegen muss und was unter einer positiven Sanierungsprognose resp. unter einer Sanierung überhaupt zu verstehen ist. Die Entscheide sind nicht ergiebig und teilweise gar in sich widersprüchlich. Leitlinien für die einzelnen Voraussetzungen des Anfechtungsprivilegs lassen sich dementsprechend nur beschränkt entnehmen.

Aus den wenigen Entscheiden lässt sich kein allgemeines Konzept für die Beurteilung der Schädigungsabsicht bei Saniererhonoraren ableiten. Die Erwägungen sind vielmehr – wie es das Bundesgericht in BGE 137 III 268 (Saniererhonorar-Entscheid) mit Blick auf die anderen Swissair-Entscheide formuliert hat – «im spezifischen Kontext zu sehen, selbst wenn sie teilweise etwas apodiktisch formuliert sein mögen.»⁷⁷³

c) *Ist die Privilegierung von Saniererhonoraren legitim?*

Ein Anfechtungsprivileg für Saniererhonorare ist aus mehreren Gründen fragwürdig. Zwar wird kein weiteres Konkursprivileg geschaffen, wie gelegentlich eingewendet wird.⁷⁷⁴ Die anfechtungsrechtliche Privilegierung schafft gerade keine privilegierten Konkursgläubiger i.S.v. Art. 219 Abs. 4 SchKG,⁷⁷⁵ zumal bezahlte Honorarforderungen von Sanierungsberatern gar nicht erst in den Kollokationsplan aufgenommen werden.⁷⁷⁶

⁷⁷³ BGE 137 III 268, 288 E. 4.2.4.

⁷⁷⁴ Urteil HGer ZH vom 13. Juni 2005, E. 3.3.4 (publ. in ZR 104 (2005) Nr. 78, S. 302 ff.).

⁷⁷⁵ CAMPONOVO, S. 536.

⁷⁷⁶ Vgl. auch CAMPONOVO, S. 536. Es ist jedoch in der Tat ein gewisser Wertungswiderspruch zu Art. 219 Abs. 4 SchKG erkennbar, zumal diese Bestimmung diejenigen Gläubiger, die bezüglich der Deckung ihrer Forderungen privilegiert behandelt werden sollen, abschliessend aufzählt.

Zunächst ist der Sanierungsberater, der gerade wegen der finanziellen Schieflage beigezogen wird, über die Gefahr des Scheiterns des Unternehmens besser im Bilde als die meisten anderen Gläubiger. Er kann entsprechende Vorkehrungen treffen und Vorschüsse⁷⁷⁷ oder zumindest periodische Zahlungen verlangen, um seinen Schaden zu begrenzen. Die Sicherstellung des Honorars (bei Abschluss des Beratungsvertrags) wäre theoretisch ebenfalls denkbar.⁷⁷⁸ In der praktischen Umsetzung bestünden indes einige Hürden.⁷⁷⁹

Sodann ist nicht ersichtlich, weshalb nachträgliche Zahlungen an Sanierungsberater privilegiert resp. anders behandelt werden sollen als solche an gewöhnliche Gläubiger, die auf Kredit leisten und gleichsam zur Unternehmensfortführung beitragen.⁷⁸⁰ Selbstverständlich versuchen Sanierungsberater dem Schuldner aus der Klemme zu helfen. Hierfür stellen sie denn auch ein Honorar in Rechnung. Der Sanierungsberater soll aber selbst dann noch anfechtungsrechtlich bevorzugt behandelt werden, wenn der Auftrag des

⁷⁷⁷ Eine andere Frage ist, ob man bei Unternehmen in der Krise die Liquiditätsproblematik noch verschärfen will.

⁷⁷⁸ GESSLER, Klagen, S. 27; RÜEDI, N 336.

⁷⁷⁹ Der Aufwand für die Bestellung eines Grundpfandrechts wäre wohl unverhältnismässig hoch. Für die Parteien wäre diese Art der Sicherstellung des Honorars daher nicht praktikabel.

Die Bestellung eines Faustpfandes würde voraussetzen, dass das Unternehmen auf einen Teil seiner Aktiven verzichten könnte, setzt doch eine gültige Pfandbestellung voraus, dass der Pfandnehmer die ausschliessliche Gewalt über die Sache behält (Art. 884 Abs. 3 ZGB).

Eine Drittpfandbestellung oder Personalsicherheit hat dagegen den Nachteil, dass ein Dritter involviert und folglich über die desolate Finanzlage orientiert werden müsste. Bei einer Bürgschaft und Pfandbestellung besteht zudem das Problem, dass diese den Bestand der Hauptschuld voraussetzen (Art. 492 Abs. 2 OR). Wird nun die Hauptschuld durch den Schuldner (als Hauptschuldner) beglichen, geht sie durch Erfüllung unter. Die Bürgschaftsverpflichtung resp. die Pfandbestellung des Dritten fallen mit dem Untergang der Hauptforderung ebenfalls dahin und zwar selbst dann, wenn die Begleichung der Hauptschuld durch den Schuldner erfolgreich paulianisch angefochten wird. Der Anfechtungsgegner (Dienstleister) kann also mangels Hauptschuld nicht mehr auf den Bürgen greifen oder das Drittpfand verwerten, weil die Pauliana die zivilrechtlichen Verhältnisse unberührt lässt.

⁷⁸⁰ BSK EB SchKG-BAUER, Art. 288 N 17b; REBSAMEN, Gleichbehandlung, N 536.

Sanierungsberaters beendet ist resp. das Unternehmen keine weiteren Beratungsleistungen mehr in Anspruch nehmen will. Diese letzte Zahlung dient der Sanierung des Schuldners nicht mehr als andere Zahlungen an Dienstleister. Es geht hier nicht mehr um die Rettung des Unternehmens: Dem Unternehmen drohen keine schwerwiegenderen Sanktionen, wenn er den Berater nicht bezahlt, als bei anderen Gläubigern, deren Forderungen nicht beglichen werden.

3.5.3.4. Zusammenfassung

Honorarzahlungen an Sanierungsberater sind nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts anfechtungsresistent, wenn die Leistung des Sanierungsberaters in einem Sanierungskontext ergeht und eine positive Sanierungsprognose gestellt werden kann. Unklar ist jedoch, in welchem Zeitpunkt diese Prognose vorliegen muss und unter welchen Bedingungen von einer positiven Prognose ausgegangen werden darf.

Nach hier vertretener Ansicht sind Honorarzahlungen an Sanierungsberater mit Blick auf ihre Anfechtbarkeit gleich zu behandeln wie Zahlungen an Lieferanten oder an übrige Dienstleister. Eine Privilegierung der Saniererhonorare wäre nicht gerechtfertigt, zumal gerade Sanierungsberater aufgrund ihres Wissens über die finanzielle Situation des Schuldners entsprechende Vorkehrungen gegen die Anfechtbarkeit der Honorarzahlungen treffen könnten.

3.5.4. Zahlungen an die Revisionsstelle

3.5.4.1. Rechtsprechung

Wie erwähnt, befasste sich das Bundesgericht in BGE 134 III 615 (Tempus-Entscheid) mit der Anfechtbarkeit von Honorarzahlungen an eine Revisionsstelle für deren Sanierungs- und Revisionsleistungen. Im Folgenden geht es um die gesetzlich vorgesehenen Leistungen der Revisionsstelle.

Kurz zusammengefasst präsentiert sich der Sachverhalt wie folgt: In ihrem Revisionsbericht vom 6. Februar 2004 wies die Anfechtungsgegnerin darauf hin, dass begründete Besorgnis einer Überschuldung bestand. Am 5. April und 13. Mai 2004 beglich die Schuldnerin die Honorare für Revisionsleis-

tungen des ersten Trimesters 2004. Kurz darauf, am 1. Juni 2004, erfolgte die Überschuldungsanzeige beim Gericht.

Das Bundesgericht kam zum Schluss, dass die angefochtene Zahlung zwar eine Gläubigerschädigung bewirkt hatte⁷⁸¹, die (damals bereits überschuldete) Schuldnerin jedoch nicht in Schädigungsabsicht handelte.⁷⁸² Zur Begründung führte es an, dass ein Schuldner, der gesetzliche Massnahmen vornehmen lasse, die Zahlung der entsprechenden Honorare garantiere bzw. die Leistungen nach deren Erbringung bezahle, die Gläubigerschädigung weder beabsichtige noch in Kauf nehme, sondern vielmehr eine gesetzlich vorgesehene Aufgabe im Interesse der Gläubiger ausführen lasse.⁷⁸³ Ferner habe die Anfechtungsklägerin weder die Höhe des in Rechnung gestellten und bezahlten Honorars beanstandet noch habe sie geltend gemacht, die Leistungen seien unnütz oder gar überflüssig gewesen.⁷⁸⁴

Das Argument der gesetzlichen Leistungspflicht hat es in diesem Entscheid erstmals vorgebracht. Die Sanierungschancen hat es im Zusammenhang mit den Revisionshonoraren nicht einmal geprüft.⁷⁸⁵ In einem anderen Zusammenhang hat das Bundesgericht jedoch unlängst entschieden, dass aus dem Tempus-Entscheid nicht gefolgert werden dürfe, die Sanierungschancen seien bei Rechtshandlungen, die kraft gesetzlicher Pflicht erfolgten, irrelevant.⁷⁸⁶

Das Bedürfnis, die Revisionsstelle in anfechtungsrechtlicher Hinsicht zu privilegieren, wurde bereits in einem Entscheid des Handelsgerichts Zürich

⁷⁸¹ BGE 134 III 615, 620 f. E. 4.3. Die Vorinstanz kam dagegen zum Schluss, dass keine Gläubigerschädigung vorlag, zumal der anfechtbaren Zahlung eine gleichwertige Dienstleistung gegenüberstand (Urteil TC NE vom 28. August 2007, publ. in SJZ 2009 (105), S. 97).

⁷⁸² BGE 134 III 615, 622 E. 5.2.

⁷⁸³ BGE 134 III 615, 622 E. 5.2.

⁷⁸⁴ BGE 134 III 615, 622 E. 5.2.

⁷⁸⁵ Im Zusammenhang mit der Anfechtung der Sanierungsberatungsleistungen der Revisionsstelle hat das Gericht lediglich festgehalten, der Verwaltungsratspräsident habe an das Überleben der Gesellschaft geglaubt und der Anfechtungsgegner habe nichts Gegenteiliges belegen können (BGE 134 III 615, 622 E. 5.3).

⁷⁸⁶ Urteil BGer 5A_316/2016 vom 14. März 2017, E. 4.4.

thematisiert.⁷⁸⁷ Die Revisionsstelle müsse selbst bei finanziell angespannter Lage des geprüften Unternehmens eine gesetzlich vorgesehene Aufgabe erfüllen, riskiere aber gleichzeitig, die Honorarzahlungen zurückerstatten zu müssen. Ein Rücktritt könne insofern zwar Abhilfe schaffen, jedoch könne dies (bei einem Rücktritt zur Unzeit) Schadenersatzforderungen nach sich ziehen und läge ferner nicht im Interesse der Gläubiger.⁷⁸⁸ Das Handelsgericht hat die Schädigungsabsicht der Schuldnerin dennoch bejaht. Begründet hat es diesen Entscheid damit, dass einer Revisionsstelle ebenso wenig wie einem Verwaltungsrat ein Konkursprivileg gemäss Art. 219 Abs. 4 SchKG⁷⁸⁹ eingeräumt werden dürfe; erst recht nicht auf dem Wege der Rechtsprechung ohne eine entsprechende gesetzliche Grundlage.⁷⁹⁰

Nebst dem Tempus-Entscheid sind bis dato keine Entscheide ergangen, in denen das Bundesgericht die Schädigungsabsicht bei der Bezahlung von gesetzlichen Leistungspflichten ausgeschlossen hätte. In einem späteren Entscheid betreffend Verwaltungsratshonorare wurde die Frage, ob eine gesetzlich geschuldete Leistung vorgelegen habe, offengelassen und die Schädigungsabsicht aus anderen Gründen bejaht.⁷⁹¹

⁷⁸⁷ Urteil HGer ZH vom 13. Juni 2005, E. 3.3.4 (publ. in ZR 104 (2005) Nr. 78, S. 299 ff.).

⁷⁸⁸ Urteil HGer ZH vom 13. Juni 2005, E. 3.3.4. (publ. in ZR 104 (2005) Nr. 78, S. 302 ff.).

⁷⁸⁹ Hier verweist das Handelsgericht auf BGE 118 III 46, 51 und 52. Es führt aus, dass die Rechtsnatur des Rechtsverhältnisses zwischen dem Verwaltungsrat resp. Revisor und der Aktiengesellschaft sowie die gesetzlich vorgesehene Organstellung vergleichbar wären und damit gleich zu behandeln sind. BGE 118 III 46 äussert sich allerdings nicht zur Pauliana, sondern lediglich zum Konkursprivileg eines Arbeitnehmers – nicht zuletzt auch weil das Anfechtungsprivileg den Anfechtungsgegner gar nicht erst zu einem Konkursgläubiger des Schuldners werden lässt.

⁷⁹⁰ Urteil HGer ZH vom 13. Juni 2005, E. 3.3.4. (publ. in ZR 104 (2005) Nr. 78, S. 302 ff.).

⁷⁹¹ Urteil BGer 5A_64/2008 vom 14. Oktober 2008, E. 6.

3.5.4.2. Würdigung

a) ***Grundsatz: Keine Privilegierung des Revisionsstellenhonorars***

Die nachträgliche Zahlung des Revisionsstellenhonorars vermindert unweigerlich das Vollstreckungssubstrat der Gläubiger.⁷⁹² Bei Zahlung einer Leistung, die der Schuldner aufgrund einer gesetzlichen Pflicht hat vornehmen lassen müssen, mag dem Schuldner der Eintritt der Gläubigerschädigung vielleicht unerwünscht oder nicht Zweck seiner Handlung sein. Dass der Schuldner eine gesetzlich vorgeschriebene Aufgabe vornehmen lässt, ändert aber nichts an seiner Schädigungseventualabsicht. Der Schuldner nimmt die Schädigung der übrigen Gläubiger zumindest in Kauf, wenn er ausstehende Honorare einer Revisionsstelle zahlt, obschon die Sanierung aussichtslos erscheint.⁷⁹³ Massgebend ist nicht der Nutzen der Gläubigerleistung, sondern der Nutzen bzw. eben der Schaden, den die Zahlung für die Gläubiger-gesamtheit hat. Insofern ist das Kriterium der gesetzlichen Leistungspflicht weder sinnvoll noch dogmatisch korrekt, um die Schädigungsabsicht auszuschliessen. Dafür spricht ebenfalls das neueste Urteil des Bundesgerichts betreffend die Anfechtung der Zahlung von Sozialversicherungsabgaben, das nachstehend (3.5.6) behandelt werden soll.⁷⁹⁴

Das Argument der gesetzlich geschuldeten Leistung vermag aus dogmatischer Sicht auch keine differenzierte Behandlung im Vergleich zu übrigen Dienstleistern zu rechtfertigen. Revisionsstellen können sich nach richtiger Ansicht – wie andere Dienstleister auch – durch Vorschüsse absichern.⁷⁹⁵

⁷⁹² VOGT, Damoklesschwert, S. 181, der sich jedoch auf die Ungleichbehandlung fokussiert.

⁷⁹³ Vgl. REBSAMEN, Anfechtbarkeit, S. 9. Zwei Wochen vor der Bilanzdeponierung, welche ebenfalls eine gewisse Vorbereitungszeit benötigt, kann kaum noch argumentiert werden, man habe von intakten Sanierungschancen ausgehen können.

⁷⁹⁴ Urteil BGer 5A_316/2016 vom 14. März 2017, E. 4.4.

⁷⁹⁵ Das Recht, jederzeit Vorschuss zu verlangen, ist bspw. in den AGB von Ernst & Young AG sowie der KPMG AG enthalten.

b) *Ausnahme, wenn der Rücktritt der Revisionsstelle zu Schadenersatzforderungen führen würde?*

In der Literatur⁷⁹⁶, in einem Entscheid des Handelsgerichts Zürich⁷⁹⁷ sowie im vorinstanzlichen Tempus-Entscheid⁷⁹⁸ wird moniert, dass die Revisionsstelle die Prüfungsaufgabe von Gesetzes wegen wahrnehmen müsse und sich bei einer finanziellen Schieflage des zu prüfenden Unternehmens gleichzeitig dem Risiko aussetze, auf die Konkursforderung verwiesen zu werden resp. das erhaltene Honorar zurückerstatten zu müssen. Gerade bei Unternehmen in finanzieller Schieflage könne sie vom Mandat nicht zurücktreten, da sie Gefahr laufe, mit Schadenersatzansprüchen wegen Rücktritt zur Unzeit konfrontiert zu werden.⁷⁹⁹

Sofern es sich um Leistungen der Revisionsstelle handelt, die noch in Unkenntnis der finanziellen Schieflage des Schuldners geleistet wurden, geht der Einwand, dass Revisionsstellen zur Leistung verpflichtet sind, weil sie bei einem Rücktritt zur Unzeit Schadenersatzforderungen befürchten müssten, fehl. Bei einem noch aufrechtstehenden Schuldner gibt es keinen Anlass, vor Erbringung der Leistung zurückzutreten. Vom Risiko, dass die erst in der finanziellen Schieflage des Schuldners erfolgte Bezahlung dieser Revisionsleistung angefochten wird, sollte eine Revisionsstelle gleichermassen betroffen sein wie andere Dienstleister, die im selben Zeitpunkt bezahlt werden. Gleiches gilt, soweit die finanzielle Schieflage der Revisionsstelle zwar bekannt war, ein Rücktritt jedoch keine Schadenersatzforderung wegen Beendigung zur Unzeit zur Folge hätte. Hier ist nicht einzusehen, weshalb Revisionsstellen im Gegensatz zu anderen Dienstleistern bessergestellt werden sollten, steht ihnen doch der Weg zu anfechtungsresistenten Vorschusszah-

⁷⁹⁶ CAMPONOV, S. 533; RÜEDI, N 552 f., wobei RÜEDI den Fall der Ersatzvornahme der Überschuldungsanzeige durch die Revisionsstelle anspricht. Gerade in diesem Fall scheint es jedoch utopisch, dass der Verwaltungsrat – der von einer Überschuldungsanzeige abgesehen hat – oder die Geschäftsleitung überhaupt je veranlassen würden, die Ersatzvornahme der Revisionsstelle noch kurz vor der Konkursöffnung zu honorieren.

⁷⁹⁷ Urteil HGer ZH vom 13. Juni 2005, E. 3.3.4 (publ. in ZR 104 (2005) Nr. 78, S. 302 ff.).

⁷⁹⁸ Urteil TC NE vom 28. August 2007, C. (publ. in SJZ 105 (2009), S. 97).

⁷⁹⁹ CAMPONOV, S. 533. Im Allgemeinen: BÖCKLI, Aktienrecht, § 15 N 643; HOPF, S. 650; PFIFFNER, N 576.

lungen offen. Der von der Literatur und kantonalen Rechtsprechung erhobene Einwand basiert derweil auf der Annahme, dass (gleichwertige) Vorschusszahlungen an Dienstleister gläubigerschädigend sind, was nach hier vertretener Ansicht abzulehnen ist.⁸⁰⁰

Berechtigt wäre die privilegierte Behandlung von Honorarzahlen an Revisionsstellen nur, soweit die Revisionsstelle das Mandat einzig unter der Gefahr von Schadenersatzforderungen niederlegen könnte, und faktisch gezwungen wäre zu leisten, obschon ihr Honorar aufgrund der Pauliana-Problematik womöglich nicht beglichen wird. Entsprechende Honorarzahlen sind zwar nicht im Interesse der Gläubiger, könnten aber allenfalls aus Billigkeitsüberlegungen anfechtungsrechtlich privilegiert behandelt werden. Indessen stellt sich hier die Frage, ob selbst Zahlungen kurz vor Konkurs der Gesellschaft anfechtungsrechtlich zu privilegieren sind, wo doch diverse Wirtschaftsprüfungsgesellschaften in ihren AGB entsprechende Vorschussklauseln enthalten, wonach jene jederzeit berechtigt sind, Vorschüsse – die nach richtiger Auffassung anfechtungsresistent sind – zu verlangen.⁸⁰¹ Ferner kann gegen die Privilegierung eingewendet werden, dass die Dienstleister, die von der finanziellen Lage des Schuldners nach Erbringung ihrer Leistung überrascht werden und gegebenenfalls gar keine Verhandlungsmacht hatten, um Vorauszahlungen zu vereinbaren, nicht schlechterzustellen sind, als Revisionsstellen, denen die Möglichkeit der Vorschusszahlungen offengestanden hätte.

⁸⁰⁰ Vgl. S. 107 f.

⁸⁰¹ Vgl. bspw. die AGBs von KPMG AG und Ernst & Young AG. Gegebenenfalls lässt sich das Risiko von nicht honorierten Aufwendungen auch bereits im Honoraransatz kalkulieren. Vgl. Urteil HGer ZH vom 13. Juni 2005, E. 3.3.4 (publ. in ZR 104 (2005) Nr. 78, S. 302 ff.).

3.5.5. Zahlungen an Verwaltungsräte⁸⁰² (für allgemeine Verwaltungsratsstätigkeiten)

3.5.5.1. Rechtsprechung

Noch im gleichen Jahr wie BGE 134 III 615 (Tempus-Entscheid; 2008) hatte das Bundesgericht die Anfechtbarkeit von Honorarzahungen an einen Verwaltungsrat zu beurteilen. Der Verwaltungsrat war massgebend an den letztlich erfolglosen Sanierungsversuchen des Unternehmens beteiligt und stand dem Unternehmen gemäss eigenen Angaben in erster Linie als Anwalt zur Verfügung.⁸⁰³ Aus den Erwägungen kann herausgelesen werden, dass die angefochtenen Honorarzahungen auch für allgemeine Verwaltungsratsaufgaben geleistet wurden.⁸⁰⁴ In welchem Ausmass die Honorare die Tätigkeit als Verwaltungsrat (und nicht als beigezogener Sanierungsanwalt/-berater) betrafen, ergibt sich indes weder aus dem Urteil des Bundesgerichts⁸⁰⁵ noch aus den vorinstanzlichen Urteilen⁸⁰⁶.

Wie schon die Vorinstanzen bejahte das Bundesgericht im konkreten Fall die Schädigungsabsicht (in Form einer Eventualabsicht) des Schuldners.⁸⁰⁷ Massgebend war, dass im Zeitpunkt der angefochtenen Zahlung die Sanierungsbemühungen nicht erfolgversprechend erschienen.⁸⁰⁸

⁸⁰² Die nachfolgenden Überlegungen können analog auch auf die Honorierung von Leistungen eines Geschäftsführers einer GmbH gemäss Art. 810 OR, von Liquidatoren gemäss Art. 742 ff. OR (i.V.m. Art. 821a OR) oder der Verwaltung einer Genossenschaft gemäss Art. 902 OR übertragen werden.

⁸⁰³ Urteil BGer 5A_64/2008 vom 14. Oktober 2008, E. 6.7.

⁸⁰⁴ Dies ergibt sich aus den Ausführungen zu den «gesetzlichen Handlungspflichten» in E. 6.8. Diese Erwägungen wären überflüssig, wenn der Verwaltungsrat lediglich für seine Sanierungsberatungsleistungen honoriert worden wäre.

⁸⁰⁵ Urteil BGer 5A_64/2008 vom 14. Oktober 2008.

⁸⁰⁶ Urteil OGer ZG, Zivilkammer, 2006/44 vom 11. Dezember 2007 (nicht publ.); KGer ZG A2 2003 49 vom 4. September 2006 (nicht publ.).

⁸⁰⁷ Urteil BGer 5A_64/2008 vom 14. Oktober 2008, E. 6.8.

⁸⁰⁸ Urteil BGer 5A_64/2008 vom 14. Oktober 2008, E. 6.3 ff.; OGer ZG OG 2006/44 vom 11. Dezember 2007, E. 4.b.dd (nicht publ.); KG ZG A2 2003 49 vom 4. September 2006, E. 3 (nicht publ.).

3.5.5.2. Würdigung

Soweit davon ausgegangen wird, dass der oben erwähnte Bundesgerichtsentscheid auch die Honorierung von allgemeinen Verwaltungsratsarbeiten – sprich von gesetzlich vorgesehenen Leistungen – betrifft, erscheint dieser Entscheid etwas widersprüchlich zu BGE 134 III 615 (Tempus-Entscheid) zu sein. Im Tempus-Entscheid erwog das Bundesgericht, dass Zahlungen an die Revisionsstelle nicht in Schädigungsabsicht erfolgten (und zwar unabhängig von einer positiven Sanierungsprognose), weil damit eine gesetzlich vorgesehene Massnahme honoriert werde, die im *Interesse aller Gläubiger liege*.⁸⁰⁹ Da der Verwaltungsrat ebenfalls Leistungen erbringt, die gesetzlich vorgeschrieben sind⁸¹⁰, müsste auf den ersten Blick konsequenterweise bei Honorarzahungen an den Verwaltungsrat ebenfalls die Schädigungsabsicht verneint werden.⁸¹¹ Das Bundesgericht liess im oben erwähnten Entscheid indes offen, ob sich die Erwägungen des Tempus-Entscheids ebenfalls auf Verwaltungsrats honorare übertragen lassen, weil die Schädigungsabsicht bereits aufgrund der fehlenden Sanierungsprognose erstellt war.⁸¹²

Der primäre Grund, warum das Bundesgericht die Schädigungsabsicht bei Verwaltungsratsleistungen nicht verneint hat, könnte darin bestehen, dass sich der Verwaltungsrat und die Revisionsstelle nicht in derselben Position

⁸⁰⁹ BGE 134 III 615, 622 E. 5.2.

⁸¹⁰ Art. 629 Abs. 1 i.V.m. Art. 707 ff. OR; VOGT, Damoklesschwert, S. 180 FN 151.

⁸¹¹ Für eine Gleichbehandlung der Revisionsstellen- und Verwaltungsrats honorarzahungen vgl. ROHDE, S. 163. A.M. CAMPONOVO, S. 532: Mit Blick auf das Urteil HGer ZH vom 13. Juni 2005 (publ. in ZR 104 (2005) Nr. 78) vertritt er die Ansicht, dass Verwaltungsräte und Revisionsstellen sich nicht in derselben Position befänden, zumal Verwaltungsräte die Gesellschaft lenken könnten, die Revisionsstelle hingegen unabhängig sein müsse und aus Haftungsgründen nicht von ihrem Mandat zurücktreten könne.

⁸¹² Urteil BGer 5A_64/2008 vom 14. Oktober 2008, E. 6.8. Nach VOGT, Damoklesschwert, S. 187, steht bei der Begleichung von Verwaltungsrats honoraren in der Regel die Honorierung einer gesetzlich vorgesehenen Dienstleistung im Vordergrund und nicht die Gläubigerschädigung. Das mag zwar stimmen. (Ähnliche Überlegung zur Schädigungsabsicht bei der Erfüllung fälliger Verbindlichkeiten bereits bei HINDERLING, Anfechtung, S. 243 f.) Es ändert jedoch nichts daran, dass der Schuldner bei der nachträglichen Zahlung von Verwaltungsrats honoraren die Gläubigerschädigung in Kauf nimmt, wenn keine positive Sanierungsprognose gestellt werden kann.

befinden. Die Revisionsstelle handelt zum Schutz der Aktionäre und der Gläubiger, indem sie die Handlungen der Gesellschaft und damit auch des Verwaltungsrats überprüft.⁸¹³ Demgegenüber ist der Verwaltungsrat gemäss Art. 717 OR in erster Linie der Gesellschaft verpflichtet und nicht dem Gläubigerschutz.⁸¹⁴

Nicht ganz schlüssig ist dagegen, warum das Bundesgericht – wenn es schon auf die Sanierungsprognose abstellen will – nicht den für Dienstleistungshonorare einschlägigen BGE 134 III 615 (Tempus-Entscheid) referenzierte, sondern auf BGE 134 III 452 (ZKB-Entscheid) verwies, der sich mit der Anfechtbarkeit von Darlehensrückzahlungen befasste.⁸¹⁵ Dies gilt umso mehr, als das Bundesgericht in BGE 137 III 268 (Saniererhonorar-Entscheid) festhielt, dass die Erwägungen im ZKB-Entscheid nicht unbesehen auf Dienstleistungsverhältnisse übertragen werden könnten.⁸¹⁶

3.5.6. Zahlung von Sozialversicherungsforderungen

Nachstehend wird auf einen jüngeren Bundesgerichtsentscheid betreffend die Zahlung von Sozialversicherungsforderungen eingegangen, weil im betreffenden Entscheid mit Bezug auf die Tempus-Rechtsprechung klärende Erwägungen zur Sanierungsprognose bei gesetzlich geschuldeten Leistungen zu finden sind.

Bei Sozialversicherungsforderungen handelt es sich um privilegierte Forderungen der zweiten Klasse.⁸¹⁷ Oftmals genügt das Vollstreckungssubstrat des Schuldners nicht einmal für die vollständige Deckung der ersten Klasse,

⁸¹³ FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, S. 440.

⁸¹⁴ Die Gläubigerinteressen können zwar mit den Interessen der Gesellschaft gleichlaufen, müssen aber nicht (vgl. FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, S. 440). Handlungen des Verwaltungsrats, die auch im Interesse der Gläubiger liegen, betreffen bspw. die Erstellung der Zwischenbilanz bei begründeter Besorgnis um Überschuldung oder die Überschuldungsanzeige.

⁸¹⁵ Urteil BGer 5A_64/2008 vom 14. Oktober 2008, E. 6.2 mit Verweis auf BGE 134 III 452, 460 E. 5.5.

⁸¹⁶ BGE 137 III 268, 285 ff. E. 4.2.3.

⁸¹⁷ Art. 219 Abs. 4 zweite Klasse lit. a–d SchKG.

womit sich die Frage der Schädigungsabsicht auch bei der Zahlung von Ausgleichsbeiträgen stellt.

3.5.6.1. Rechtsprechung

In BGer 5A_316/2016 vom 14. März 2017 (zur Anfechtung von geleisteten AHV-Arbeitgeberbeiträgen) hat das Bundesgericht die Schädigungsabsicht des Schuldners bejaht. Im konkreten Fall wurden die Zahlungen erst nach der Bilanzdeponierung (aber noch kurz vor der Konkurseröffnung) vorgenommen, mithin zu einem Zeitpunkt, als der Konkurs bereits unabwendbar war.⁸¹⁸

Das Bundesgericht begründete seinen Entscheid u.a. damit, dass allein die Tatsache, wonach die Zahlung auf einer gesetzlich entstandenen Obligation beruhe, die Schädigungsabsicht nicht ausschliesse. BGE 134 III 615 (Tempus-Entscheid) gebe keinerlei Anlass zu denken, dass die Sanierungschancen (im Zeitpunkt der Zahlung) irrelevant seien.⁸¹⁹

3.5.6.2. Würdigung

Dieser klarstellende Entscheid des Bundesgerichts ist begrüßenswert. Massgebend für die Schädigungsabsicht ist nicht der Nutzen der Gläubigerleistung oder die gesetzliche Grundlage der Zahlungsverpflichtung des Schuldners, sondern der Nutzen der angefochtenen schuldnerischen Zahlung für die Gläubigergesamtheit.⁸²⁰ Eine Zahlung von AHV-Beiträgen kurz vor Konkurseröffnung ist für die Gläubiger nutzlos, da sie weder zur Sanierung des Schuldners noch zum Aktivenerhalt beiträgt.⁸²¹

⁸¹⁸ Urteil BGer 5A_316/2016 vom 14. März 2017, E. 4.1.

⁸¹⁹ Urteil BGer 5A_316/2016 vom 14. März 2017, E. 4.4.

⁸²⁰ Vgl. dazu hinten S. 192, 200 f.

⁸²¹ Dies heisst aber noch nicht, dass bei guter Sanierungsprognose die Begleichung fälliger AHV-Beiträge in der existenzbedrohenden Unternehmenskrise vorgenommen werden muss oder dass deren Begleichung als dringend einzustufen wäre. In Bezug auf die Nichtzahlung von AHV-Beiträgen zu Gunsten der prioritären Befriedigung von Forderungen, die das Überleben des Unternehmens sichern, hält das Bundesgericht fest, dass diese unter bestimmten Umständen keine subsidiäre Haftung der Organe gemäss Art. 52 AHVG nach sich zieht, weil die

3.5.7. Druckzahlungen

3.5.7.1. Rechtsprechung

Unter einer Druckzahlung sind (nachträgliche) Zahlungen des Schuldners zu verstehen, die getätigt werden, weil ein Gläubiger mit Zwangsmitteln (bspw. Betreibung oder Konkurs) droht. Das Bundesgericht scheint gelegentlich bei Druckzahlungen auf eine Schädigungsabsicht des Schuldners zu schliessen.

In BGE 135 III 276 (Air-Total-Entscheid) hielt das Bundesgericht fest, dass ein Schuldner, der in einer schwierigen finanziellen Lage unter Druck bezahlt, die gläubigerschädigenden Wirkungen seiner Zahlung voraussehen kann und muss.⁸²² In BGE 134 III 615 (Tempus-Entscheid) erwog es, dass die Abwicklung der angefochtenen Zahlung ganz gewöhnlich abgelaufen sei und nichts darauf hinweise, dass sich der Anfechtungsgegner aktiv eingeschaltet habe, um eine Vorzugsbehandlung zu erlangen.⁸²³

3.5.7.2. Würdigung

Der Begriff der «Druckzahlung» stammt aus dem deutschen Insolvenzrecht. Sofern Druckzahlungen zur Abwendung einer angedrohten Zwangsvollstreckung oder eines angedrohten Insolvenzantrags vorgenommen werden, unterliegen sie gemäss Rechtsprechung des BGH – je nachdem, zu welchem Zeitpunkt sie erfolgen – der inkongruenten Deckungsanfechtung gemäss

Nichtzahlung als «verantwortlich getroffener und insofern gerechtfertigter Unternehmensentscheid» anzusehen ist (Urteil BGer H 63/05 vom 25. April 2007, E. 6.4; BGE 108 V 183, 188 f. E. 2; VOGT, Damoklesschwert, S. 185). AHV-Zahlungen dürfen gemäss Rechtsprechung zu Gunsten von Zahlungen an Gläubiger, die für das Überleben des Unternehmens wesentlich sind, ausgesetzt werden, sofern (i) aus objektiver Ex-ante-Sicht die geschuldeten Beiträge innerhalb nützlicher Frist nachgezahlt werden können und (ii) «angesichts der Höhe der bestehenden Verbindlichkeiten und der eingegangenen Risiken von einer vorübergehenden Zurückbehaltung der Sozialversicherungsbeiträge objektiv eine für die Rettung des Unternehmens ausschlaggebende Wirkung zu erwarten ist» (Urteil BGer H 163/06 vom 11. Juni 2007, E. 4.2; VOGT, Damoklesschwert, S. 185).

⁸²² BGE 135 III 276, 285 E. 7.2.

⁸²³ BGE 134 III 615, 623 E. 6.3.

§ 131 Abs. 1 InsO (vergleichbar mit der Überschuldungspauliana) resp. der Vorsatzanfechtung gemäss § 133 Abs. 1 InsO (vergleichbar mit der Absichtsanfechtung).⁸²⁴ Die Rechtsprechung des BGH zu Druckzahlungen kann nicht unesehen auf das Schweizer Recht übertragen werden, zumal die einzelnen Anfechtungsinstitute des deutschen Rechts nicht en détail mit denjenigen des Schweizer Rechts übereinstimmen.

Die Schweizer Literatur ist – soweit sie sich überhaupt dazu äussert – der Meinung, dass Druckzahlungen (objektiv) gläubigerschädigend sind. Zur (subjektiven) Schädigungsabsicht äussert sie sich nicht, zumindest nicht explizit. Indem STAEHELIN Druckzahlungen für anfechtbar hält, scheint er indirekt auch die Schädigungsabsicht des Schuldners zu bejahen. Ein Schuldner, der einen drohenden Konkurs vermeiden will, muss gemäss STAEHELIN ein Nachlassverfahren anstreben statt sich dem Zahlungsdruck zu beugen.⁸²⁵ Allerdings gilt es zu berücksichtigen, dass ein Nachlassverfahren gegebenenfalls negative Wirkungen auf andere Verträge haben könnte – man denke etwa an Default- oder Cross-Default-Klauseln –, der Liquiditätsbedarf erheblich ansteigen dürfte⁸²⁶ und ein Scheitern des Nachlassverfahrens zwangsläufig zum Konkurs führt (Art. 293a Abs. 3, Art. 294 Abs. 2, Art. 296b SchKG). Ein Schuldner mit guten aussergerichtlichen Sanierungschancen sollte daher nicht aufgrund der Gefahr einer Pauliana in ein gerichtliches Nachlassverfahren gedrängt werden.

Nach hier vertretener Ansicht ist eine Druckzahlung objektiv gläubigerschädigend, soweit sie nachträglich erfolgt. Ob die (nachträgliche) Zahlung mit oder ohne Druck des Gläubigers hin erfolgt ist, hat indes keine Auswirkung auf die (subjektive) Schädigungsabsicht des Schuldners. Für die Beurteilung der Schädigungsabsicht bei Druckzahlungen kommt es vielmehr darauf an, ob der Schuldner im Zeitpunkt der Zahlung noch über Sanierungschancen

⁸²⁴ Insolvenzrechts-Handbuch-HUBER, § 47 N 46 f.

⁸²⁵ Gemäss BSK SchKG II-STAEHELIN A., Art. 288 N 10 (mit Verweis auf SCHÜPBACH, Action révocatoire, Art. 288 N 17), ist die Befriedigung von auf Konkurs drängenden Schuldnern grundsätzlich anfechtbar. STAEHELIN und SCHÜPBACH prüfen diesen Aspekt derweil unter der Gläubigerschädigung resp. dem Abfluss letzter Mittel, nicht jedoch unter dem Titel Schädigungsabsicht.

⁸²⁶ ROBERTO, Sanierungen, S. 14. Der Liquiditätsbedarf steigt erheblich, zumal viele Lieferanten und Dienstleister nur noch auf Vorschussbasis leisten werden.

verfügte oder nicht.⁸²⁷ Eine Druckzahlung kann indessen indizieren, dass der Gläubiger die mögliche schädigende Wirkung der Zahlung erkannt hat resp. hätte erkennen müssen.⁸²⁸

3.5.8. Exkurs: Rückzahlung eines Sanierungsdarlehens

Das Bundesgericht verweist an verschiedenen Stellen zur paulianischen Anfechtung von Dienstleistungshonoraren auf BGE 134 III 452 (ZKB-Entscheid), u.a. auch im Zusammenhang mit den Anforderungen an die Sanierungsprognose. Im ZKB-Entscheid hat sich das Bundesgericht erstmals⁸²⁹ zum sog. Sanierungsdarlehen geäußert, welches anfechtungsrechtlich privilegiert wird. Ein sog. Sanierungsdarlehen liegt vor, wenn die zur Verfügung gestellten Geldmittel zum Zweck der Sanierung gewährt werden.⁸³⁰

⁸²⁷ Vgl. dazu hinten S. 168 ff., insbesondere S. 200.

⁸²⁸ Zur Erkennbarkeit siehe S. 246 ff.

⁸²⁹ BGE 134 III 452 (ZKB-Entscheid) stützt sich für eine mögliche Sonderbehandlung von Sanierungsdarlehen auf diverse frühere Entscheide (BGE 99 III 27, 37 E. 5; 79 III 78, 83 ff. E. 4; 78 III 83, 87 f. E. 2; 74 III 48, 52 ff. E. 4; 53 III 78, 80). Allerdings betreffen nur deren zwei die hier interessierende Rückzahlung eines ungesicherten Darlehens: der Junod-Entscheid (BGE 78 III 83) und BGE 99 III 27 (ausführlich in SCHMID J., N 967 ff.). Im Junod-Entscheid wurde argumentiert, dass die Zweckbestimmung des Darlehens in die Gesamtbetrachtung miteinbezogen werden müsse. Die Gesamtbetrachtung wurde dort indes ausschliesslich im Rahmen der (objektiven) Gläubigerschädigung und nicht im Rahmen der (subjektiven) Schädigungsabsicht thematisiert (BGE 78 III 83, 86 ff. E. 2).

Auf die im Junod-Entscheid offengelassene Frage, ob die Zweckbestimmung des Darlehens und die Tatsache der kurzen Rückzahlungspflicht genügen würden, um die Absichtspauliana gänzlich auszuschliessen (BGE 78 III 83, 87 E. 2), wurde auch in BGE 99 III 27 nicht eingegangen. Es lag kein Fall vor, welcher zu Erwägungen betreffend die besondere Zweckbestimmung des Darlehens Anlass gegeben hätte (BGE 99 III 27, 37 E. 5). Vgl. zum Ganzen auch SCHMID J., N 966 ff.

⁸³⁰ BGE 134 III 452, 460 E. 5.5.

3.5.8.1. Rechtsprechung des Bundesgerichts

Nach BGE 134 III 452 (ZKB-Entscheid) soll die Rückzahlung eines Darlehens, welches zum Zweck der Sanierung gewährt wurde, aus anfechtungsrechtlicher Sicht privilegiert behandelt werden. Das Bundesgericht verneint die Schädigungsabsicht des Schuldners im Zeitpunkt der Rückzahlung des Darlehens, selbst wenn zu diesem Zeitpunkt der Konkurs unabwendbar erscheint. Die Privilegierung setzt voraus, dass die Sanierungsbemühungen im Zeitpunkt der Gewährung des Darlehens erfolversprechend erscheinen.⁸³¹ Erfolversprechend sind Sanierungsbemühungen gemäss Bundesgericht, wenn «berechtigte, die Wahrscheinlichkeit einer günstigen Prognose hinsichtlich der Vermögensentwicklung des Schuldners eindeutig rechtfertigende Hoffnungen» gegeben sind.⁸³²

Ob die Gerichte eine Pauliana gestützt auf die «Praxis» zum Sanierungsdarlehen je abweisen, darf mit Fug bezweifelt werden. Das Vorliegen eines Sanierungsdarlehens wurde noch nie bejaht, weder im ZKB-Entscheid⁸³³ noch in den Folgeentscheiden betreffend Money Market Line⁸³⁴, Credit Facility⁸³⁵ und Betriebsmittelrahmenkredit⁸³⁶.

3.5.8.2. Kritik in der Literatur

Die Rechtsprechung zum Sanierungsdarlehen wurde verschiedentlich kritisiert. Moniert wurden sowohl die vagen Kriterien des Sanierungsdarlehens⁸³⁷ als auch seine Legitimierung⁸³⁸, die unklare dogmatische Verankerung⁸³⁹ und

⁸³¹ BGE 134 III 452, 460 E. 5.5.

⁸³² BGE 134 III 452, 459 E. 5.3.

⁸³³ BGE 134 III 452, 460 f. E. 6.

⁸³⁴ Urteil BGer 5A_116/2009 vom 28. September 2009, E. 6.1.

⁸³⁵ Urteil BGer 5A_358/2008 vom 3. August 2010, E. 2.2.1.

⁸³⁶ Urteil BGer 5A_386/2008 vom 6. April 2009, E. 4.1.

⁸³⁷ GLANZMANN, Sanierungsdarlehen, S. 292; LORANDI, Rechtsprechung, S. 215; UMBACH-SPAHN, S. 171.

⁸³⁸ WOLF, N 194; GLANZMANN, Sanierungsdarlehen, S. 92.

⁸³⁹ WOLF, N 194.

die fehlende Praxistauglichkeit⁸⁴⁰. Des Weiteren wird kritisiert, dass unklar sei, ob Sanierungsdarlehen von vornherein von der Absichtspauliana ausgenommen sind oder ob für die subjektiven Tatbestandselemente bloss geringere Anforderungen gelten.⁸⁴¹

3.5.8.3. Vergleich zur Zahlung von Saniererhonoraren

a) *Gemeinsamkeiten*

Gemäss Bundesgericht erschöpfen sich die Gemeinsamkeiten der Rechtsprechung zu Sanierungsdarlehen und -beratung darin, dass beide Leistungen zur Überwindung der Schieflage des Schuldners erbracht resp. nachgefragt werden. Die Pauliana habe nicht zum Zweck, sämtliche Rettungsversuche des Schuldners zu torpedieren.⁸⁴² Bei der Beurteilung der Schädigungsabsicht müsse berücksichtigt werden, in welcher Situation und wozu die Leistungen in Anspruch genommen bzw. die angefochtenen Zahlungen erfolgt seien. Ein Schuldner, der bei erfolgversprechenden Sanierungsaussichten ernsthaft um seine Rettung kämpfe, handle nicht in Schädigungsabsicht, da in dieser Situation das für eine Schädigungsabsicht erforderliche dolose Element fehle.⁸⁴³ Insofern gelte – so das Bundesgericht – für die Schädigungsabsicht bei der Begleichung von sanierungsorientierten Beratungsleistungen «kein milderer Massstab» (als beim Sanierungsdarlehen).⁸⁴⁴ Sofern eine positive Sanierungsprognose vorlag, kann nach Ansicht des Bundesgerichts bei Handlungen zur Rettung des Schuldners gar keine Form von Absicht (also auch keine Eventualabsicht) bestanden haben.

Mit anderen Worten soll für die Schädigungsabsicht des Schuldners in beiden Fällen bereits Eventualabsicht genügen. Ob der Schuldner in Schädigungs(eventual-)absicht gehandelt hat, hängt davon ab, ob eine positive Sanierungsprognose gestellt werden konnte oder nicht. Die Anforderungen an eine positive Sanierungsprognose müssen bei der Honorierung von

⁸⁴⁰ BAHAR, S. 336; BERNHARDT, S. 3; EMMENEGGER, S. 180 f.; SCHMID J., N 1023; UMBACH-SPAHN, S. 171 f.

⁸⁴¹ WOLF, S. 203.

⁸⁴² BGE 137 III 268, 286 E. 4.2.3.

⁸⁴³ BGE 137 III 268, 286 E. 4.2.3; 134 III 452, 458 f. E. 5.2 f.

⁸⁴⁴ BGE 137 III 268, 286 f. E. 4.2.3.

Sanierungsberatern und der Rückzahlung von Sanierungsdarlehen übereinstimmen.

b) Unterschiede

Das Bundesgericht stellte klar, dass es mit den oben ausgeführten Gemeinsamkeiten sein Bewenden habe. Dienstleistungen könnten nicht uneingeschränkt mit Darlehen verglichen werden.⁸⁴⁵ Das Bundesgericht betont sodann, dass der ZKB-Entscheid (nebst anderen Pauliana-Entscheiden) im spezifischen Kontext des Einzelfalles zu lesen sei.⁸⁴⁶

aa) Austauschverhältnis

Bei Darlehen und Dienstleistungen handelt es sich um ganz anders gelagerte Fälle. Ein Darlehensverhältnis ist ein typisches Risikogeschäft, wobei der Darlehensgeber im Darlehenszins das Bonitätsrisiko einkalkuliert. Die Darlehenshingabe steht nicht im Austauschverhältnis zur Darlehensrückzahlung (wohl aber zum Darlehenszins)⁸⁴⁷. Eine Vorleistung des Darlehensnehmers ist mit Bezug auf die Rückzahlung undenkbar.

Demgegenüber bemisst sich das Honorar des Dienstleisters trotz dem Inkassorisiko nach dem Wert der Dienstleistung und nicht nach der Einbringlichkeit der Honorarforderung.⁸⁴⁸ Die Dienstleistung und das entsprechende Honorar stehen in einem Austauschverhältnis, wobei Vorauszahlungen an den Dienstleister möglich sind.

bb) Zeitpunkt der Sanierungsprognose

Gemäss der Rechtsprechung zum Sanierungsdarlehen ist für die Sanierungsprognose der Zeitpunkt der Darlehenshingabe massgebend und nicht der Zeitpunkt der schuldnerischen Handlung (die Darlehensrückzahlung), weil ansonsten das Anfechtungsprivileg ins Leere laufen würde.⁸⁴⁹ Diese Recht-

⁸⁴⁵ BGE 137 III 268, 285 E. 4.2.3.

⁸⁴⁶ BGE 137 III 268, 288 E. 4.2.4. Vgl. zu BGE 134 III 452 (ZKB-Entscheid) auch JEANDIN, S. 257.

⁸⁴⁷ BGE 134 III 452, 455 E. 3.1.

⁸⁴⁸ Zum Ganzen: BGE 137 III 268, 285 f. E. 4.2.4.

⁸⁴⁹ BGE 137 III 268, 385 E. 4.2.3; 136 III 247, 252 E. 5. EMMENEGGER, S. 178. Ablehnend REBSAMEN, Anfechtbarkeit, N 36, 45.

sprechung stützt sich auf die sog. Einheitsthese, welche die Hingabe und Rückzahlung – zwei nicht im Austauschverhältnis stehende Leistungen – einheitlich betrachtet.⁸⁵⁰

Die Einheitsthese beruht auf dem Gedanken, dass Darlehen zum Zweck der Sanierung des Darlehensnehmers regelmässig dann ausgerichtet werden, wenn sich Letzterer bereits in einer angespannten finanziellen Situation befindet und ein im Vergleich zu gewöhnlichen Darlehen erhöhtes Risiko besteht, dass der Schuldner das Darlehen nicht zurückzahlen kann. Wird in dieser Situation dennoch ein Darlehen gewährt, um dem Schuldner aus der Klemme zu helfen und bestehen in diesem Zeitpunkt berechnete Hoffnungen auf eine erfolgreiche Sanierung, soll das Darlehen anfechtungsfrei zurückgezahlt werden können, selbst wenn sich das dem Sanierungsdarlehen immanente Risiko des Scheiterns der Sanierungsbemühungen bereits abzeichnet. Dies wird damit begründet, dass die Ausrichtung eines Darlehens nicht nur im Interesse des Darlehensgebers, sondern ebenso im Interesse der übrigen Gläubiger liege.⁸⁵¹

Die Einheitsthese mag zwar erklären, warum trotz fehlendem Austauschverhältnis auf den Sanierungszweck des Darlehens bei dessen Hingabe (oder dessen Verlängerung⁸⁵²) abgestellt wird. Genau genommen handelt es sich aber um eine rein ergebnisorientierte Begründung, die sich auf Billigkeitsüberlegungen stützt.⁸⁵³ Die einheitliche Betrachtung führt dazu, dass die Sanierungschancen im Zeitpunkt der angefochtenen Darlehensrückzahlung bei der Beurteilung der Schädigungsabsicht schlicht ignoriert werden, weil eine Darlehensrückzahlung bei Aussichtslosigkeit der Sanierung nicht im

⁸⁵⁰ BGE 137 III 268, 385 E. 4.2.3; 136 III 247, 252 E. 5. Die Einheitsthese durchbricht den Grundsatz, wonach die anfechtbare Handlung (Rückzahlung des Darlehens) isoliert beurteilt werden soll, d.h. unabhängig von der Leistung des Gläubigers, die nicht im Austauschverhältnis zur Leistung des Schuldners steht. Vielmehr werden hier die Hingabe und die Rückzahlung des Darlehens einheitlich betrachtet, obschon die Darlehenshingabe eigentlich im Austauschverhältnis zur Zinszahlung steht (vgl. S. 79 f.).

⁸⁵¹ BGE 134 III 452, 459 E. 5.3.

⁸⁵² BGE 134 III 452, 460 E. 6.1: Die Verlängerung des Darlehens kann zur Sanierung beitragen, soweit der Darlehensgeber berechnete war, das Darlehen jederzeit nach freiem Ermessen sofort zur Rückzahlung fällig zu stellen.

⁸⁵³ REBSAMEN, Anfechtbarkeit, N 34.

Interesse der Gläubiger liegt und auch nichts zur Rettung des Unternehmens beiträgt.

Würde man auf die Rechtsprechung zum Sanierungsdarlehen abstellen und die Einheitsthese auf Sanierungsberatungsleistungen übertragen, wäre für die Sanierungsprognose der Zeitpunkt der Gläubigerleistung massgebend. Gemäss Bundesgericht besteht bei der Honorierung von Sanierungsberatungsleistungen indes keine Notwendigkeit der Einheitsthese, da die schuldenrische Honorarzählung und die Leistung des Sanierungsberaters ohnehin in einem Austauschverhältnis stehen.⁸⁵⁴ Aus dieser bundesgerichtlichen Erwägung könnte man schliessen, dass ein Austauschverhältnis dazu berechtige, die Sanierungsprognose im Zeitpunkt der Gläubigerleistung vorzunehmen. Wo ein Austauschverhältnis wie beim Sanierungsdarlehen fehlt, könnte die Gesamtbetrachtung der Gläubiger- und Schuldnerleistung (welche den Zeitpunkt der Sanierungsprognose auf die Gläubigerleistung vorverlagert) dagegen nur künstlich mithilfe der Einheitsthese begründet werden. Nach hier vertretener Ansicht liefert das Bestehen eines Austauschverhältnisses zwischen Gläubiger- und Schuldnerleistung kein stichhaltiges Argument, weshalb gerade bei Honorarzählungen an Sanierer vom Grundsatz, wonach die Sanierungsprognose zum Zeitpunkt der anfechtbaren Handlung vorgenommen werden muss⁸⁵⁵, abgewichen werden könnte. Auch andere Dienstleister oder Lieferanten erbringen Leistungen, die im Austauschverhältnis zur potentiell anfechtbaren Zahlung des Schuldners stehen. Dort wird jedoch keine Gesamtbetrachtung vorgenommen.

Im Ergebnis kann die Erwägung des Bundesgerichts, wonach die Einheitsbetrachtung keine Anwendung auf Honorare des Sanierungsberaters findet, nur bedeuten, dass bei Honorarzählungen an Sanierungsberater die Sanierungsprognose im Zeitpunkt der anfechtbaren Handlung vorgenommen werden muss.

⁸⁵⁴ BGE 137 III 268, 285 E. 4.2.3.

⁸⁵⁵ BLUMENSTEIN, Handbuch, S. 890; BRAND, Anfechtungsrecht, S. 149; LORANDI, Sicherungsgeschäfte, S. 1309; SCHÜPBACH, Action révocatoire, Art. 288 N 99. Vgl. ebenso S. 234.

cc) Sanierungskonzept

Aus BGE 134 III 452 (ZKB-Entscheid) geht nicht klar hervor, ob das Bundesgericht für die privilegierte Behandlung von Sanierungsdarlehensrückzahlungen ein Sanierungskonzept verlangt.⁸⁵⁶ Das Bundesgericht ist weder auf den Stellenwert noch auf die konkreten Anforderungen an ein solches Konzept eingegangen.

Im Sanierungsberaterentscheid hat das Bundesgericht dagegen klargestellt, dass das Bestehen eines Konzepts keine Voraussetzung für ein Anfechtungsprivileg bildet. Die Ausarbeitung eines solchen Konzepts sei in vielen Fällen gerade die Hauptleistung des Beraters.⁸⁵⁷

3.5.8.4. Zusammenfassung

Das Bundesgericht verweist bei der paulianischen Anfechtung von Saniererhonoraren an verschiedenen Stellen auf BGE 134 III 452 (ZKB-Entscheid). Es handelt sich jedoch um zwei völlig verschiedene Sachverhalte. Sanierungsdarlehen könnten ohne Einheitsthese grundsätzlich nie anfechtungsresistent zurückgezahlt werden. Aus Billigkeitsgründen und um Sanierungsdarlehen zu ermöglichen, wäre es vertretbar, bei Rückzahlung eines Sanierungsdarlehens ausnahmsweise auf den Nutzen der Gläubigerleistung (Gewähren eines Darlehens zum Zwecke der Sanierung) abzustellen, um die Schädigungsabsicht des Schuldners zu verneinen. Demgegenüber können sich Sanierungsberater gegen Anfechtungsrisiken mittels Vorschüssen absichern. Es ist nicht nötig und darum auch nicht gerechtfertigt, auf den ZKB-Entscheid zu verweisen, um Saniererhonorare gleichermassen zu privilegieren wie die Rückzahlung von Sanierungsdarlehen.

⁸⁵⁶ BGE 134 III 452, 461 E. 6.2: Das Bundesgericht hat im konkreten Fall das Vorliegen eines Sanierungsdarlehens mangels Sanierungskontext verneint und dabei bemerkt, dass dann dahingestellt bleiben könne, ob ein taugliches Sanierungskonzept vorgelegen habe. VOCK/MÜLLER D., S. 364, setzen ein taugliches Sanierungskonzept voraus.

⁸⁵⁷ BGE 137 III 268, 287 E. 4.2.4.

3.5.9. Ergebnis

Das Bundesgericht stellt zur Beurteilung der Schädigungsabsicht bei kongruenten Deckungen insbesondere auf zwei Kriterien ab: die finanzielle Lage des Schuldners und den Nutzen der Gläubigerleistung. Indes ist das Verhältnis zwischen den zwei Kriterien unklar, was sich auch anhand der erratisch anmutenden Einzelfallrechtsprechung des Bundesgerichts zeigt. Die Gläubigerleistung ist insbesondere bei der Zahlung von Saniererhonoraren, Honoraren an die Revisionsstelle und bei der Rückzahlung von Sanierungsdarlehen relevant. In anderen Fällen scheinen dagegen nicht die Gläubigerleistung, sondern die finanzielle Lage im Zeitpunkt der Schuldnerhandlung und der sich daraus ergebende fehlende Nutzen der Schuldnerleistung massgebend zu sein (vgl. insbesondere die Urteile betreffend Zahlungen im Zusammenhang mit dem ordentlichen Geschäftsverkehr, Honorarzahlungen an den Verwaltungsrat und Zahlung der Sozialversicherungsforderungen).

Ob sich aus den obigen Urteilen ein allgemeines Konzept für die Beurteilung der Schädigungsabsicht ableiten lässt, ist fraglich. Die Erwägungen sind vielmehr – wie es das Bundesgericht in BGE 137 III 268 (Saniererhonorar-Entscheid) festgehalten hat – im spezifischen Kontext des Einzelfalls zu lesen, «auch wenn sie teilweise etwas apodiktisch formuliert sein mögen».⁸⁵⁸

4. Eigener Lösungsansatz: Das Drei-Phasen-Modell

4.1 Überblick

Wie gesehen, reicht für eine Schädigungsabsicht i.S.v. Art. 288 SchKG bereits eine Eventualabsicht. Nach dem hier vorgeschlagenen Drei-Phasen-Modell hängt die Schädigungsabsicht eines Schuldners davon ab, wie nützlich die Schuldnerhandlung für seine Gläubiger ist. Dies hängt von zwei Kriterien ab, die gleichermassen zu berücksichtigen sind: (i) der finanziellen Lage des Schuldners im Zeitpunkt der schädigenden Handlung sowie (ii) der

⁸⁵⁸ BGE 137 III 268, 288 E. 4.2.4.

Art der angefochtenen Handlung des Schuldners (und nicht der des Gläubigers).⁸⁵⁹

Zweck des Drei-Phasen-Modells ist es, ein Hilfsmittel zu schaffen, anhand dessen je nach Konstellation eine *natürliche Vermutung* für eine Schädigungseventualabsicht des Schuldners abgeleitet werden kann. Im Einzelfall kann diese Vermutung mittels Gegenbeweis durch den Anfechtungsgegner umgestossen werden. Dem Schuldner in finanzieller Schieflage und seinem Vertragspartner soll ein einheitliches Modell ermöglichen, die Risiken einer nachträglichen Anfechtung des Rechtsgeschäfts besser einzuschätzen, was der Rechtssicherheit dient.

Zur Veranschaulichung werden die Kriterien des Drei-Phasen-Modells in der nachstehenden Matrix dargestellt.

⁸⁵⁹ Die drei Phasen orientieren sich ansatzweise am Modell von MEIER I./SIEGWART, insbesondere S. 95 f. Allerdings hängt die Anfechtbarkeit nach dem Modell von MEIER I./SIEGWART massgeblich vom Nutzen der Gläubigerleistung ab, nicht jedoch – wie nach vorliegendem Modell – vom Nutzen der Rechtshandlung des Schuldners.

	Phase I Ernsthafte wirtschaftliche Schwierigkeiten	Phase II Existenz- bedrohende Krise		Phase III Terminalphase
Sanierungschancen (im Zeitpunkt der angefochtenen Handlung) Angefochtene Rechtshandlung	Keine unmittelbare Insolvenzgefahr	II/a ≥ 50 %	II/b < 50 %	Keine Sanierung möglich
Schenkung (u.Ä.)				
Inkongruente Deckung				
Kongruente Deckung (i.d.R. nachträgliche Zahlung)				
– Zahlung zur Schadensabwendung				
– Zahlung von offensichtlich nutzlosen Leistungen				
– Übrige Zahlungen (Zahlung an Organe, Sanierungsberater und andere Dienstleister, Lieferanten etc.)				

Die beiden Kriterien der Matrix werden im Folgenden erläutert (siehe 4.2 sowie 4.3), deren Verhältnis zueinander geklärt (siehe 4.4) und die dogmatische Grundlage sowie die Auswirkungen auf die Schädigungsabsicht erörtert (siehe 4.5 und 4.6). Sodann wird das Modell auf die verschiedenen vorne besprochenen Konstellationen angewandt und ergründet, in welchen Fällen von einer Schädigungsabsicht des Schuldners ausgegangen werden kann (siehe 4.7). Abschliessend folgt eine Zusammenfassung (inkl. einer vervollständigten Matrix; siehe 4.8).

4.2 Kriterium 1: Finanzielle Lage

4.2.1. Einleitung

Das Abstellen auf die finanzielle Lage des Schuldners ist – soweit es in Kombination mit dem zweiten Kriterium (vgl. 4.3) betrachtet wird – ein sinnvolles Kriterium, um die Schädigungsabsicht zu beurteilen.

Generell lässt sich sagen, dass es für das Kriterium der finanziellen Lage darauf ankommt, mit welcher Wahrscheinlichkeit mit einem Konkurs oder Nachlassverfahren gerechnet werden musste. Hierzu werden im Drei-Phasen-Modell drei kritische Phasen der Unternehmenskrise unterschieden: die ernsthaften wirtschaftlichen Schwierigkeiten (Phase I), die existenzbedrohende Unternehmenskrise (Phase II) und die Terminalphase (Phase III).⁸⁶⁰

Vorübergehende finanzielle Schwierigkeiten können nach hier vertretener Ansicht nie ein Indiz für eine Schädigungsabsicht begründen, mag die angefochtene Handlung noch so ungewöhnlich sein.⁸⁶¹ Wenn dagegen der Schuldner eine gläubigerschädigende Handlung vornimmt, obschon der Zusammenbruch des Unternehmens unausweichlich erscheint, wird regelmässig auch eine Schädigungsabsicht vorliegen. Der Anfechtungsgegner wird in dieser Situation kaum je mit der Behauptung durchdringen, der Schuldner habe an das Überleben des Unternehmens geglaubt und daher die Schädigung der übrigen Gläubiger nicht beabsichtigt.⁸⁶² Schwierig zu erfassen und daher von besonderem Interesse sind diejenigen Rechtshandlungen, die vorgenommen werden, soweit nicht nur vorübergehende finanzielle Schwierigkeiten bestehen, der Konkurs aber noch nicht unausweichlich erscheint.

4.2.2. Phase I: Ernsthafte wirtschaftliche Schwierigkeiten

Eine ernsthafte Unternehmenskrise im hier verstandenen Sinne liegt vor, wenn der Schuldner mit gravierenden wirtschaftlichen Problemen zu kämpfen hat, die nicht nur vorübergehender Natur, aber noch nicht existenz-

⁸⁶⁰ Vgl. Tabelle S. 194.

⁸⁶¹ RÜEDI, N 304.

⁸⁶² Vgl. hierzu LORANDI, Sicherungsgeschäfte, S. 1308 f.; MEIER I./SIEGWART, S. 88 ff.; RÜEDI, N 304 ff.

bedrohend sind. Die gravierenden wirtschaftlichen Probleme lösen in der Regel noch keine zwingenden Handlungspflichten aus, wie bspw. die Pflicht zur Ergreifung von Sanierungsmassnahmen oder die Pflicht zur Bilanzdeponierung. Dennoch können sie mittelfristig zum Konkurs des Unternehmens führen, falls gegen die Ursachen der Krise nichts unternommen wird.

In der Regel treten Indikatoren für ernsthafte wirtschaftliche Probleme gehäuft auf. Beispiele hierfür sind finanzielle Indikatoren wie ein Cash Drain, ein hoher Verschuldungsgrad, eine verhältnismässig hohe Zahl an Betreibungsregistereinträgen, fallende Börsenkurse sowie operative Indikatoren wie ein massiver Absatzrückgang eines Kernprodukts, Kurzarbeit, Massenentlassungen und das Aufschieben von notwendigen Investitionen.⁸⁶³ Ein einzelnes Symptom kann, muss aber noch nicht bedeuten, dass ernsthafte wirtschaftliche Probleme vorliegen.

4.2.3. Phase II: Existenzbedrohende Unternehmenskrise

Eine existenzbedrohende Unternehmenskrise besteht, wenn der Schuldner zahlungsunfähig oder überschuldet⁸⁶⁴ ist. Ein gleichwertiger Tatbestand kann ebenfalls existenzgefährdend sein; wenn bspw. die Regulierungsbehörde das Kerngeschäft verbietet oder eine Bewilligung entzieht, aber auch wenn ein Lizenzrecht für das Kerngeschäft wegfällt. In aller Regel ist in diesen Fällen die Fortführungsfähigkeit des Unternehmens in Frage gestellt, womit gemäss Art. 958a OR zu Veräusserungswerten bilanziert werden muss, was wiederum oftmals dazu führt, dass zugleich eine Überschuldung vorliegt.

Den Schuldner retten können in dieser Phase – wenn überhaupt – nur noch einschneidende Sanierungsmassnahmen. Es besteht dringender Handlungsbedarf, da ansonsten der Schuldner dem Untergang geweiht ist.

⁸⁶³ Vgl. bspw. KOEFERLI, S. 18 f.; ROBERTO, Sanierungen, S. 11; SENN, S. 62 f.

⁸⁶⁴ Bei Rangrücktritten im Umfang der Unterdeckung liegt nach hier vertretener Ansicht keine Überschuldung im anfechtungsrechtlichen Sinne vor. Vgl. auch S. 61.

4.2.4. Phase III: Terminalphase

In der dritten und letzten Phase ist der Konkurs oder die Nachlassliquidation nicht mehr abzuwenden resp. die Fortführung des Unternehmens nicht mehr möglich, weil die Sanierung des Unternehmens aussichtslos ist und/oder der Fortführungswille der Leitungsorgane nicht (mehr) besteht. Es geht nur noch um die Vorbereitung der Überschuldungsanzeige, der Insolvenzerklärung oder des Nachlassstundungsgesuchs mit dem Zweck, eine Nachlassliquidation zu erwirken. Ebenfalls in diese Phase gehören diejenigen Fälle, in denen die Konkursandrohung zugestellt wurde, aber keine Mittel vorhanden sind, um die Konkursöffnung noch abzuwenden, und auch kein Wille des Konkursgläubigers besteht, sein Konkursbegehren zurückzuziehen. Schliesslich gehören auch diejenigen Unternehmen in Phase III, die sich in der Nachlassstundung befinden und ursprünglich einen ordentlichen Nachlassvertrag angestrebt haben, bei denen nunmehr aber keine Aussicht auf Abschluss eines Nachlassvertrags besteht. Kommt kein Nachlassvertrag zustande, ist gemäss Art. 309 SchKG von Amtes wegen der Konkurs zu eröffnen.

Die Unausweichlichkeit eines Unternehmenszusammenbruchs zeichnet sich in aller Regel bereits einige Tage – bei komplexen Verhältnissen teilweise auch länger – vor der Konkursöffnung oder Einreichung des Gesuchs um Nachlassstundung ab. Ein Begehren um Nachlassstundung wird meist nicht über Nacht vorbereitet. Auch der Konkursöffnung geht in der Regel entweder eine Konkursandrohung i.S.v. Art. 159 SchKG voraus⁸⁶⁵ oder eine Insolvenzerklärung⁸⁶⁶ resp. Überschuldungsanzeige⁸⁶⁷, die ebenfalls einige Vorbereitungsaktionen benötigen.

⁸⁶⁵ Bei Konkursen ohne vorgängige Betreuung handelt es sich meist um den Fall der dauernden Zahlungseinstellung i.S.v. Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG. Auch hier kommt ein Konkurs für den Schuldner, der seine Zahlungen nicht nur vorübergehend ausgesetzt hat, sondern über längere Zeit illiquid ist, nicht überraschend.

⁸⁶⁶ Die Insolvenzerklärung des Schuldners gemäss Art. 191 SchKG verlangt einen öffentlich beurkundeten Beschluss der General- (Art. 736 Ziff. 2 OR) resp. Gesellschafterversammlung (Art. 821 Abs. 1 Ziff. 2 und Abs. 2 OR), in welchem die Zahlungsunfähigkeit festgestellt und die Abgabe der Insolvenzerklärung beschlossen wird.

⁸⁶⁷ Damit die Bilanz beim Konkursgericht deponiert werden kann, ist eine Zwischenbilanz zu erstellen (soweit die revidierte Jahresrechnung nicht mehr aktuell

4.3 Kriterium 2: Art der Schuldnerleistung

4.3.1. Einleitung

Neben der finanziellen Lage des Schuldners ist für die Schädigungsabsicht als zweites Kriterium entscheidend, welche Art von *Schuldnerleistung* vorliegt. Im Gegensatz zur Rechtsprechung des Bundesgerichts ist nach hier vertretener Ansicht dagegen nicht entscheidend, inwiefern die Leistung des *Gläubigers* für den Schuldner oder die Gläubigergemeinschaft von Nutzen war. Zur Begründung sei auf 4.5 verwiesen.

Nachstehend werden die verschiedenen Arten von Schuldnerleistungen dargestellt. Angefangen mit der ungewöhnlichsten Schuldnerhandlung (der Schenkung und unentgeltlichen Verfügung) über die inkongruente Deckung wird schliesslich eine an sich gewöhnliche Rechtshandlung – die kongruente Deckung – erläutert.

4.3.2. (Gemischte) Schenkung und unentgeltliche Verfügung

Für den Begriff der (gemischten) Schenkung und unentgeltlichen Verfügung kann auf die Ausführungen zur Schenkungspauliana verwiesen werden.⁸⁶⁸ (Gemischte) Schenkungen und unentgeltliche Verfügungen liegen nicht im Interesse der Gläubiger. Sie würden von einem nach Treu und Glauben handelnden Organ eines sich in wirtschaftlichen Schwierigkeiten befindenden Unternehmens denn auch grundsätzlich nicht vorgenommen werden.

4.3.3. Inkongruente Deckung

Inkongruente Deckungen sind Leistungen des Schuldners, auf die der Gläubiger aufgrund der materiellen Rechtslage im Zeitpunkt ihrer Vornahme

ist), welche – Ausnahmen vorbehalten – durch einen zugelassenen Revisor zu prüfen ist. Ferner hat der Gesamtverwaltungsrat einen Mehrheitsbeschluss betreffend die Überschuldungsanzeige zu fällen.

⁸⁶⁸ Vgl. S. 52 ff.

keinen Anspruch hat oder zumindest nicht in dieser Art.⁸⁶⁹ Darunter fällt bspw. die Zahlung einer nicht verfallenen Schuld oder die Sicherstellung einer bestehenden Schuld, zu welcher der Schuldner nicht schon früher verpflichtet war (vgl. auch Art. 287 SchKG).

Inkongruente Deckungen sind ungewöhnlich und liegen – zumindest in der finanziellen Schieflage des Schuldners – nicht im Interesse der Gläubiger.

4.3.4. Kongruente Deckung

Bei einer kongruenten Deckung hat der Gläubiger aus materiellrechtlicher Sicht im Zeitpunkt der Rechtshandlung des Schuldners Anspruch auf die empfangene Leistung. Typischerweise versteht man unter einer kongruenten Deckung die Begleichung einer fälligen Forderung mit üblichen Zahlungsmitteln.⁸⁷⁰

Kongruente Deckungen können auch in der finanziellen Schieflage des Schuldners im Interesse der Gläubiger liegen, soweit sie direkt oder indirekt (z.B. durch Schaffung von Vertrauen bei potentiellen Kunden und Lieferanten) zur Sanierung des Unternehmens beitragen.⁸⁷¹

4.4 Verhältnis von finanzieller Lage und Art (resp. Ungewöhnlichkeit) der Schuldnerleistung

Für die Beurteilung der Schädigungsabsicht muss eine Gesamtbetrachtung von zwei kumulativ zu berücksichtigenden Kriterien vorgenommen werden: der finanziellen Lage des Schuldners sowie der Art resp. der Ungewöhnlichkeit der Schuldnerhandlung. Die finanzielle Lage allein lässt ebenso wenig Rückschlüsse auf die Schädigungsabsicht des Schuldners zu wie die Art resp. die Ungewöhnlichkeit der schuldnerischen Rechtshandlung.⁸⁷² Genügte

⁸⁶⁹ BSK SchKG II-STAEHELIN A., Art. 287 N 1; BGE 117 IV 23, 25 E. 4b.

⁸⁷⁰ Vgl. zum deutschen Recht (§§ 130 InsO) THILOW, S. 32.

⁸⁷¹ Zur Einrede des Konzerninteresses siehe JAGMETTI, S. 237 f.

⁸⁷² A.M. ROTH, Sanierungsdarlehen, S. 393 m.H. auf BSK SchKG II-STAEHELIN A., Art. 288 N 23. Gemäss ROTH bildet die Ungewöhnlichkeit eines Geschäfts resp. (*alternativ*) die finanzielle Situation des Schuldners eine natürliche Vermutung für die Schädigungsabsicht und deren Erkennbarkeit für die Gegenpartei.

dagegen für eine Schädigungsabsicht bereits, dass der Schuldner bspw. eine Schenkung oder inkongruente Deckung vorgenommen hat, ohne die finanzielle Lage des Schuldners zu berücksichtigen, würde im Ergebnis die Verdachtsfrist der von der Schenkungs- und Überschuldungspauliana erfassten Rechtshandlungen (insbesondere in Konzernverhältnissen oder bei nahestehenden Personen, bei denen die Erkennbarkeit vermutet wird) auf fünf Jahre ausgeweitet.

Generell lässt sich sagen, je schlechter die finanzielle Lage des Schuldners (im Zeitpunkt der anfechtbaren Handlung) und je ungewöhnlicher die angefochtene Schuldnerhandlung ist, desto eher besteht eine natürliche Vermutung für eine Schädigungsabsicht des Schuldners.

4.5 Dogmatische Grundlage

Die hier vertretene These, wonach an den Nutzen der Schuldnerleistung angeknüpft werden soll, ist stringent mit folgender Überlegung: Die Schädigungsabsicht muss sich auf den objektiven Tatbestand beziehen, sprich auf die gläubigerschädigende Handlung des Schuldners und nicht auf die Leistung des Gläubigers.

Demgegenüber ist der bundesgerichtliche Ansatz, für die Beurteilung der Schädigungsabsicht an den (positiven) Nutzen der Gläubigerleistung statt an die objektiv tatbestandsmäßige Schuldnerhandlung anzuknüpfen, aus dogmatischer Sicht weder geeignet noch lässt er sich – im Gegensatz zur hier vertretenen These – mit der Rechtsprechung zum Austausch gleichwertiger Leistungen i.w.S. vereinbaren.

Beim objektiven Tatbestand ist nach dieser Rechtsprechung⁸⁷³ für die Frage, ob eine Schuldnerhandlung gläubigerschädigend ist, der Wert der Gläubigerleistung nur relevant, sofern der Schuldner eine Vorleistung erbringt oder Zug um Zug leistet. Eine nachträgliche Leistung des Schuldners ist dagegen selbst dann gläubigerschädigend, wenn die vorgängig erfolgte Gläubigerleistung im Wert der Schuldnerleistung entspricht. Grund hierfür ist, dass eine nachträgliche Leistung des Schuldners isoliert betrachtet wird; die vorgängig erfolgte Gläubigerleistung bleibt in diesem Fall unberücksichtigt.

⁸⁷³ Zum Austausch gleichwertiger Leistungen i.w.S.

Leistet der Schuldner vorgängig oder Zug um Zug, stellt sich die Frage der Schädigungsabsicht nur dann, wenn der Gläubiger keine gleichwertige Leistung i.e.S. oder eine offensichtlich nutzlose Leistung erbringt. In diesen Fällen kann der Wert resp. Nutzen der Gläubigerleistung aber kein Argument dafür sein, die Schädigungsabsicht zu verneinen. Ist die Gläubigerleistung dagegen gleichwertig i.e.S. und auch nicht offensichtlich nutzlos, so stellt sich die Frage der (subjektiven) Schädigungsabsicht nicht, weil die Pauliana bereits an der fehlenden (objektiven) Gläubigerschädigung scheitert.

Leistet der Schuldner demgegenüber nachträglich, wird also die Schuldnerleistung beim objektiven Tatbestand isoliert betrachtet und daher die Gläubigerschädigung bejaht, stellt sich immer auch die Frage, ob der Schuldner mit Schädigungsabsicht gehandelt hat. In diesem Fall wäre es inkonsequent, für den subjektiven Tatbestand jetzt doch wieder auf den Nutzen der (im Rahmen des objektiven Tatbestands unberücksichtigt gelassenen) Gläubigerleistung abzustellen. Vielmehr ist darauf abzustellen, ob die angefochtene Rechtshandlung des Schuldners von Nutzen ist.

Im Übrigen steht die These auch mit dem Zweck der Pauliana im Einklang. Zweck der Pauliana ist es, gläubigerschädigende Handlungen des Schuldners zu unterbinden und falls erforderlich rückgängig zu machen, um das Interesse der Gläubiger am Erhalt des Vollstreckungssubstrats zu wahren. Dass eine Leistung des Gläubigers für den Schuldner und dessen übrige Gläubiger nützlich ist, heisst noch nicht, dass auch die (eventuell viel spätere) Bezahlung dieser Leistung durch den Schuldner im Interesse der Gläubiger liegt. Gerade bei Zahlungen, die kurz vor Konkurs erfolgen, ist das Interesse der Gläubiger daran, dass diese noch ausgeführt und der betreffende Gläubiger befriedigt werden, regelmässig nicht ersichtlich – mag die Gläubigerleistung im Zeitpunkt ihrer Erbringung für den Schuldner noch so nützlich oder gesetzlich vorgeschrieben gewesen sein. Aus der Tatsache, dass die Bezahlung von überteuerten oder offensichtlich überflüssigen Gläubigerleistungen gegen die Interessen der übrigen Gläubiger verstösst, darf somit nicht der Umkehrschluss gezogen werden, dass die Zahlung von nützlichen Gläubigerleistungen automatisch im Interesse der Gläubiger liegt.

Das hier vorgeschlagene Modell kommt ohne dogmatische Kunstgriffe aus. Es braucht weder eine teleologische Reduktion des Anwendungsbereichs der Pauliana, noch einen höheren Massstab für den Nachweis der Schädigungs-

absicht⁸⁷⁴ ebenso wenig wie die Theorie des «dominant purpose»⁸⁷⁵ oder die Privilegierung von besonderen Gläubigergruppen. Das Vorliegen resp. das Fehlen einer Schädigungs(eventual-)absicht lässt sich anhand der oben erwähnten zwei Kriterien adäquat beurteilen.

4.6 **Rechtsfolgen**

Je nach Konstellation ergibt die Kombination der beiden Kriterien (finanzielle Lage und Art der Schuldnerhandlung), dass die Handlung des Schuldners für die Gläubigersamtheit nützlich war oder eben nicht. War die Schuldnerhandlung nutzlos, besteht eine natürliche Vermutung, dass der Schuldner in Schädigungsabsicht gehandelt hat. Wenn die Schuldnerhandlung dagegen nützlich war, lag vermutungsweise keine Schädigungsabsicht des Schuldners vor.

4.7 **Anwendung des Modells**

4.7.1. **Schenkung, unentgeltliche Verfügung und gemischte Schenkung**

Nach hier vertretener Ansicht erfolgen Schenkungen und unentgeltliche Verfügungen, die von einem in einer ernsthaften wirtschaftlichen Krise stehenden Schuldner vorgenommen werden (Phase I), in aller Regel in Schädigungsabsicht.⁸⁷⁶

Für das Vorliegen einer (anfechtbaren) gemischten Schenkung ist zu fordern, dass die Transaktion *offensichtlich nicht at arm's length* erfolgt ist. Eine 10 %-Divergenz zwischen dem Wert der Leistung und der Gegenleistung mag vielleicht gemäss Rechtsprechung für die Schenkungspauliana nach Art. 286 Abs. 2 SchKG genügen.⁸⁷⁷ Zumindest für die Absichtspauliana ist

⁸⁷⁴ Vgl. bspw. OTT, S. 2 ff. und SCHMID J., N 305 ff.

⁸⁷⁵ Vgl. FN 705.

⁸⁷⁶ So auch MEIER I./SIEGWART, S. 96.

⁸⁷⁷ BGE 45 III 151, 169 E. 4. Vgl. vorne S. 53 f.

mit Blick auf die Rechtssicherheit jedoch eine deutlich höhere Abweichung (nach hier vertretener Ansicht mindestens 30 %) zu fordern.

4.7.2. Inkongruente Deckung

Nach hier vertretener Ansicht erfolgen inkongruente Deckungen, die in der existenzbedrohenden Unternehmenskrise (Phase II) vorgenommen werden, mit Blick auf ihren aussergewöhnlichen Charakter in aller Regel in Schädigungsabsicht.⁸⁷⁸ Für eine Schädigungsabsicht wird demnach vorausgesetzt, dass der Schuldner überschuldet oder zahlungsunfähig ist resp., dass ein gleichwertiger Tatbestand vorliegt.

Dass bei inkongruenten Deckungen eine Schädigungsabsicht erst ab Phase II – im Gegensatz zu Schenkungen ab Phase I – vermutet wird, ist auch mit der gesetzgeberischen Wertung in Art. 287 SchKG vereinbar; denn dort verlangt das Gesetz, dass der Schuldner im Zeitpunkt der Rechtshandlung überschuldet sein müsse. Im Rahmen von Art. 288 SchKG ist es gerechtfertigt, die Schädigungsabsicht bei inkongruenten Deckungen auch bei gleich schwer wiegenden Umständen (wie bspw. der Zahlungsunfähigkeit) zu vermuten. Bei Art. 288 SchKG muss der Anfechtende im Gegensatz zu Art. 287 SchKG nämlich zusätzlich nachweisen, dass die Schädigungsabsicht für den Begünstigten erkennbar war.

4.7.3. Kongruente Deckung

4.7.3.1. Einleitung

Kongruente Deckungen sind verglichen mit inkongruenten Deckungen oder (gemischten oder reinen) Schenkungen als gewöhnliche Handlungen zu qualifizieren.⁸⁷⁹ Sie sind in der finanziellen Krise grundsätzlich von Nutzen, solange mit einer Gesundung der Gesellschaft gerechnet werden darf, da sie bei den Stakeholdern Vertrauen schaffen.

⁸⁷⁸ So auch MEIER I./SIEGWART, S. 96.

⁸⁷⁹ SCHMID J., N 264.

Nach hier vertretener Ansicht genügen bei kongruenten Deckungen daher ernsthafte wirtschaftliche Probleme (Phase I) nicht, um dem Schuldner eine Schädigungsabsicht zu unterstellen. Eine Schädigungsabsicht kann nur bejaht werden, wenn der Schuldner eine kongruente Deckung vornimmt, obschon er mit einer existenzbedrohenden Unternehmenskrise (Phase II) zu kämpfen hat und – abhängig von der Art der Schuldnerleistung – keine positive Sanierungsprognose mehr gestellt werden kann.

Im Folgenden soll auf verschiedene Konstellationen von kongruenten Deckungen eingegangen und geprüft werden, inwiefern diese anfechtungsresistent vorgenommen werden können und ab welchem Zeitpunkt eine Schädigungsabsicht des Schuldners vermutet wird. Dabei werden drei Hauptgruppen unterschieden: (i) Zahlung für Gegenleistungen (des Gläubigers), die offensichtlich nutzlos sind (siehe 4.7.3.2), (ii) Zahlungen zur Schadensabwendung (siehe 4.7.3.3) sowie (iii) die übrigen Zahlungen (siehe 4.7.3.4).

4.7.3.2. Zahlung für Gegenleistungen, die offensichtlich nutzlos sind

Bislang hat das Bundesgericht noch keinen Entscheid gefällt, in welchem die Schädigungsabsicht mit der Nutzlosigkeit der *Gläubigerleistung* begründet wurde. Allerdings hat das Bundesgericht in BGE 134 III 615 (Tempus-Entscheid) angedeutet, dass die Schädigungsabsicht zu bejahen gewesen wäre, wenn der Anfechtende hätte nachweisen können, dass die bezahlten Revisionsleistungen nutzlos oder überflüssig gewesen wären.⁸⁸⁰

Grundsätzlich ist gemäss hier vertretener These ausschliesslich darauf abzustellen, inwiefern die Schuldnerhandlung für die übrigen Gläubiger von Nutzen ist. In aller Regel wird die Gläubigerleistung nicht von vornherein offensichtlich nutzlos sein, weshalb der Nutzen der Gläubigerleistung für die Beurteilung der Schädigungsabsicht unberücksichtigt bleiben kann. Wenn aber bereits die Leistung des Gläubigers von vornherein *offensichtlich* nutzlos ist, wird auch ihre Bezahlung durch den Schuldner den übrigen Gläubigern keinen Mehrwert bringen. Die Zahlung durch den Schuldner ist unabhängig davon, ob sie nachträglich oder vorgängig zur Gläubigerleistung erfolgt,

⁸⁸⁰ BGE 134 III 615, 622 E. 5.2. Gleiche Argumentation im Urteil HGer ZH HG060018 vom 5. Dezember 2008, E. IV.B.2.1.3 (nicht publ.).

gläubigerschädigend, da es sich um eine offensichtlich nutzlose Gläubigerleistung handelt.⁸⁸¹ In diesem Fall – und nur dann – ist die (offensichtlich nutzlose) Gläubigerleistung auch im Rahmen der Schädigungsabsicht des Schuldners zu berücksichtigen. Offensichtlich nutzlos sind bereits erbrachte Leistungen des Gläubigers, wenn sie augenscheinlich mit den Interessen der Gläubigergesamtheit nicht vereinbar sind. In der Praxis werden sich diese Fälle vorwiegend auf Geschäfte mit nahestehenden Personen beschränken.

Werden die aus nutzlosen Gläubigerleistungen resultierenden Forderungen vom Schuldner beglichen, handelt es sich regelmässig um eine kongruente Deckung. In aller Regel liegt keine Schenkung, gemischte Schenkung oder inkongruente Deckung vor.⁸⁸²

Will man eine Schädigungsabsicht aufgrund der Zahlung nutzloser Leistungen vermuten, setzt dies voraus, dass das Gericht eine nachträgliche Inhaltsprüfung des ungewöhnlichen Geschäfts vornimmt. Im Folgenden soll daher geprüft werden, ob einem Gericht überhaupt eine solche Aufgabe zuteilwerden soll und gegebenenfalls, ab welchem Stadium der Unternehmenskrise.⁸⁸³

Nach hier vertretener Ansicht soll die Frage, ob eine Gläubigerleistung für die übrigen Gläubiger offensichtlich nutzlos ist, zwar überprüft, aber nicht

⁸⁸¹ Vgl. S. 75 ff., wonach die Gläubigerschädigung nur ausgeschlossen sein kann, wenn die Leistung des Gläubigers gleichwertig und verwertbar oder zumindest nicht offensichtlich nutzlos ist, und die dazu im Austausch stehende Schuldnerleistung vorgängig oder Zug um Zug erfolgt.

⁸⁸² Vorbehalten sind die seltenen Fälle, in denen das fragliche Rechtsgeschäft ausserhalb des Gesellschaftszwecks liegt (in der Praxis ist die Zweckgrenze jedoch von sehr geringer Bedeutung; BSK OR II-WATTER, Art. 718a N 4). Eine unentgeltliche Verfügung liegt bei zweckwidrigen Geschäften vor, wenn (i) der Erwerb der Leistung ausserhalb der Vertretungsmacht des Vertreters liegt, (ii) der Vertretene die Genehmigung nach Art. 38 Abs. 1 OR verweigert, (iii) anschliessend die Schuld aber dennoch begleicht und (iv) darin aber noch keine konkludente Genehmigung erblickt werden kann. In diesem Fall würde die Gesellschaft durch die Erwerbshandlung des betreffenden Organs resp. Vertreters nicht verpflichtet (Urteil BGer 4A_147/2014 vom 19. November 2014, E. 3.1.1; BÖCKLI, Aktienrecht, § 13 N 497), womit das schuldnerische Unternehmen ohne Rechtspflicht eine Schuld eines Dritten begleichen würde.

⁸⁸³ Ablehnend im Zusammenhang mit der Verantwortlichkeitsklage resp. der Business Judgment Rule: GERICKE/WALLER, S. 298.

leichtthin angenommen werden können.⁸⁸⁴ Es muss auch hier die in der jüngeren Rechtsprechung im Zusammenhang mit Verantwortlichkeitsklagen anerkannte Business Judgment Rule gelten. Demnach sind Geschäftsentscheide von den Gerichten besonders zurückhaltend zu prüfen, soweit sie «in einem einwandfreien, auf einer angemessenen Informationsbasis beruhenden und von Interessenkonflikten freien Entscheidprozess zustande gekommen sind».⁸⁸⁵

Könnten Geschäftsentscheide im Rahmen der Pauliana bereits durch ein Gericht überprüft werden, wenn sie zu Beginn einer Unternehmenskrise vorgenommen werden, würden die Rechtssicherheit und das Vertrauen im Geschäftsverkehr leiden. Ob die erhaltene Gläubigerleistung offensichtlich nutzlos war, sollte daher erst in einem Stadium geprüft werden können, in welchem die Unternehmenskrise augenscheinlich ist, d.h. in der existenzbedrohenden Unternehmenskrise (Phase II). Im Unterschied zu gewöhnlichen kongruenten Deckungen besteht eine Schädigungsabsicht des Schuldners in vorliegender Konstellation aber selbst dann, wenn dem Schuldner eine günstige Sanierungsprognose gestellt werden kann (Phase IIa). Die Sanierungschancen sind für die Schädigungsabsicht des Schuldners nicht relevant, weil die Zahlung offensichtlich nutzloser Leistungen in aller Regel nicht zur Sanierung des Unternehmens beiträgt.

4.7.3.3. Zahlung zur Schadensabwendung

a) Im Allgemeinen

Zahlungen dienen nach hier vertretener Ansicht der Schadensabwendung, sofern – wie oben ausgeführt⁸⁸⁶ – folgende Umstände kumulativ vorliegen:

- (i) Der Schuldner benötigt für den Aktivenerhalt resp. zur Aufrechterhaltung seines Geschäftsbetriebs (oder eines massgeblichen Teils daran) weitere Leistungen des begünstigten Gläubigers.

⁸⁸⁴ VOGT, Absichtsanfechtung, S. 1081, befürwortet eine «anfechtungsrechtliche Business Judgment Rule».

⁸⁸⁵ Zur Business Judgment Rule vgl. FN 265.

⁸⁸⁶ S. 141 f.

- (ii) Der betreffende Gläubiger macht ihre Erbringung von der Bezahlung offener Rechnungen abhängig. Eine Vorauszahlung allein genügt für den Gläubiger nicht oder ist nicht praktikabel⁸⁸⁷.
- (iii) Der Schuldner kann innerhalb vernünftiger Frist nicht auf einen anderen Leistungserbringer ausweichen. Typischerweise ist dies bei Gläubigern mit Monopol(ähnlicher)stellung der Fall oder wenn eine (allenfalls gar mit Konventionalstrafe abgesicherte) Exklusivitätsklausel vereinbart wurde; aber auch in Fällen, in denen innerhalb vernünftiger Frist kein anderer Lieferant resp. Dienstleister gefunden werden kann, der die benötigten Leistungen zu vergleichbaren Konditionen erbringen würde.⁸⁸⁸

Zahlungen, die dem Erhalt resp. der Schadensabwendung betreffend das Vollstreckungssubstrat dienen, liegen stets im Interesse der Gläubiger. Dies gilt selbst dann, wenn sie noch kurz vor Konkurseröffnung oder vor Einreichung des Nachlassstundungsgesuchs resp. vor Abschluss eines Nachlassvertrags mit Vermögensabtretung erfolgen. Der Schuldner handelt demnach selbst dann nicht mit Schädigungsabsicht, wenn er eine solche Zahlung kurz vor dem Konkurs des Unternehmens tätigt. Die Zahlungen zur Schadensabwendung dürfen dementsprechend in sämtlichen drei Phasen vorgenommen werden.

Zahlungen zur Schadensabwendung müssten rein dogmatisch bereits unter dem Titel «*rechtmässiges Alternativverhalten*» anfechtungsresistent sein. Wenn dies jedoch aus den dort dargelegten Gründen⁸⁸⁹ nicht der Fall ist, muss bei Zahlungen zur Schadensabwendung zumindest die Schädigungsabsicht verneint werden können.

b) *Zahlung für den Aktivenerhalt*

Unter einer Zahlung für den Aktivenerhalt sind nachträgliche Zahlungen des Schuldners zu verstehen, die dazu dienen, die zum Vollstreckungssubstrat gehörenden Vermögenswerte (Aktiven) des Schuldners vor Schaden zu bewahren resp. zu erhalten. Beispiel für eine dem Aktivenerhalt dienende Zah-

⁸⁸⁷ Z.B. beim Sanierungsdarlehen.

⁸⁸⁸ In diese Richtung auch REISER, S. 110.

⁸⁸⁹ S. 139 f. Siehe dort das Erfordernis der exklusiven Kausalität.

lung wäre bei einem Tiefkühlproduktehersteller die Zahlung der Stromrechnung, soweit der Strom bei Nichtzahlung offener Rechnungen sofort abgestellt würde.

c) *Betriebsnotwendige Zahlung*

Betriebsnotwendige Zahlungen können ebenfalls der Schadensabwendung dienen. Für die Gläubiger sind betriebsnotwendige Zahlungen von wirtschaftlichem Wert, wenn sie für die Fortführung des Betriebs resp. eines Betriebsteils benötigt werden, die Betriebsfortführung nicht gänzlich ausgeschlossen erscheint und die Fortführung des Betriebs rentabel ist oder zumindest einen geringeren Schaden verursacht als bei der Einstellung des Betriebs (z.B. Standkosten für Flugzeuge).⁸⁹⁰

Mit solchen Zahlungen kann verhindert werden, dass ein rentabler Betriebsteil eingestellt werden müsste, der mit grosser Wahrscheinlichkeit Gewinne erzielt hätte (z.B. im Rahmen des bevorstehenden Weihnachtsgeschäfts) oder der in einem anschliessenden Konkurs- oder Nachlassverfahren mit Vermögensabtretung besser hätte verkauft werden können. In aller Regel kann beim Verkauf eines noch weitergeführten Betriebs nämlich ein höherer Erlös erzielt werden als bei der Liquidation der einzelnen Aktiven.

Als Beispiel für betriebsnotwendige Zahlungen zu nennen sind etwa Mietzinszahlungen für Geschäftsräume, insbesondere wenn eine Ausweisung droht und der Vermieter ein Retentionsrecht nach Art. 268 ff. OR ausüben könnte.⁸⁹¹ Wird der Vermieter nicht bezahlt, können weder reguläre Verkäufe ab Lager noch ein Betriebsverkauf inkl. Lagerbestände erfolgen.⁸⁹² Ebenfalls betriebsnotwendig sind (Teil-)Zahlungen für Arbeiten, die zur Beendigung eines gewinnträchtigen Geschäfts benötigt werden und ohne deren

⁸⁹⁰ Das Argument der betriebsnotwendigen Zahlung gibt es auch im deutschen Recht. Vgl. hierzu REBSAMEN, Gleichbehandlung, N 745 m.w.H.

⁸⁹¹ Gleiches gilt gemäss Art. 299c OR auch für die Pacht. Die Aufhebung des Retentionsrechts wurde im Rahmen der Revision des Sanierungsrechts vorgeschlagen (vgl. Botschaft Sanierungsrecht 2010, S. 6476 Ziff. 2.5), vom Parlament letztlich aber abgelehnt (AB 2013 NR, S. 605 und AB 2013 StR, S. 444).

⁸⁹² LORANDI, Änderungen, S. 98.

Ausführung das Gesamtprojekt nicht fertiggestellt werden könnte oder aufgrund von Verzögerungen Konventionalstrafen drohten.⁸⁹³

4.7.3.4. Übrige Zahlungen

a) Im Allgemeinen

Unter «übrige Zahlungen» sind sämtliche vom Schuldner nachträglich vorgenommenen kongruenten Zahlungen zu verstehen, die weder der Schadensabwendung dienen noch offensichtlich nutzlose Leistungen honorieren. Sie umfassen sowohl Zahlungen an Dienstleister und Lieferanten aus gewöhnlichem Geschäftsverkehr als auch Honorare an Gesellschaftsorgane und Sanierungsberater. Nicht behandelt werden hier vorgängige und Zug-um-Zug-Zahlungen des Schuldners, da diese regelmässig nicht gläubigerschädigend sind.

Die übrigen Zahlungen sind für die Gläubigergesamtheit nützlich, sofern sie direkt oder indirekt der Sanierung dienen. Ihre Nützlichkeit setzt demnach voraus, dass im Zeitpunkt, in welchem die Zahlungen ausgeführt werden, eine positive Sanierungsprognose gestellt werden kann. Im Stadium von ernsthaften wirtschaftlichen Schwierigkeiten (Phase I) besteht keine unmittelbare Insolvenzgefahr, weshalb diese Zahlungen in dieser Phase anfechtungsresistent vorgenommen werden können. In der existenzbedrohenden Unternehmenskrise (Phase II) hängt die Zulässigkeit der Zahlungen von der Wahrscheinlichkeit des Sanierungserfolgs ab. In der Terminalphase (Phase III) dürfen die übrigen Zahlungen dagegen nicht mehr vorgenommen werden, da begriffsnotwendig keine Sanierungsaussichten mehr bestehen.

Nachstehend wird daher auf die Schädigungsabsicht des Schuldners betreffend jene Zahlungen eingegangen, die er in Phase II vorgenommen hat und geklärt, unter welchen Voraussetzungen von einer positiven Sanierungsprognose ausgegangen werden kann (siehe b). Anschliessend werden die vom

⁸⁹³ Bspw. Zahlungen des Schuldners als Bauherr an einen Totalunternehmer im Rahmen eines Zahlungsplans, wenn das Geschäft für den Schuldner an sich vorteilhaft ist und die fertigzustellenden Wohneinheiten bereits weiterverkauft wurden.

Bundesgericht behandelten Einzelfälle⁸⁹⁴ wieder aufgegriffen und wird die Schädigungsabsicht des Schuldners nach dem Drei-Phasen-Modell geprüft (siehe c).

b) Phase II im Besonderen

aa) Sanierungschance als Unterscheidungskriterium für Phase IIa und Phase IIb

Die Zahlung von gewöhnlichen Gläubigern kann auch in der existenzbedrohenden Krise (Phase II) ökonomisch sinnvoll sein und damit nicht in Schädigungsabsicht erfolgen (selbst wenn sie nicht der Schadensabwendung dient). Solange eine positive Sanierungsprognose besteht und vom Leitungsorgan erwartet werden darf, dass es Sanierungsmassnahmen ergreift⁸⁹⁵, sind Zahlungen sowohl von Sach- als auch von Dienstleistungen im Hinblick auf die Sanierung (zumindest indirekt) nützlich.⁸⁹⁶ Die Sanierung soll nicht dadurch gefährdet werden, dass gewöhnliche Gläubiger nicht mehr bezahlt werden dürfen.⁸⁹⁷ Denn falls der Schuldner während längerer Zeit einen erheblichen Anteil der laufenden und unbestrittenen Forderungen nicht bezahlt, besteht die Gefahr, dass die Gläubiger künftige Leistungen einstellen und die Konkursöffnung ohne vorgängige Betreibung wegen Zahlungseinstellung bean-

⁸⁹⁴ Siehe vorne S. 131 ff.

⁸⁹⁵ BGE 116 II 320, 323 E. 3a spricht nur vom Recht und von einer «moralischen Pflicht» zur Rettung des Unternehmens bei dessen Überschuldung. Für eine Sanierungspflicht: HANDSCHIN, S. 439 und SENN, S. 89. Ferner FORSTMOSER, Krisenmanager, S. 287 f. und BÜHLER, Sanierung, S. 33, die eine solche Pflicht aus Art. 717 Abs. 1 OR herleiten. In diese Richtung auch KÄLIN, Sanierung, N 643. Für eine (beschränkte) Sanierungspflicht: BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 754 N 28. Differenzierter: GLANZMANN/ROBERTO, S. 86, wonach der Verwaltungsrat eine heikle Pflichtenabwägung (Pflicht zur Sanierung einerseits und Pflicht zur Bilanzdeponierung andererseits) vornehmen muss. Zweifelnd: ZK OR-HARDMEIER, Art. 725 N 1255 ff. Gegen eine Sanierungspflicht: GIROUD, S. 78 f.

⁸⁹⁶ Eine unterschiedliche Behandlung von Sach- und Dienstleistungen ist nicht gerechtfertigt, da beide bei Vorliegen einer positiven Sanierungsprognose der Sanierung dienen (Urteil HGer ZH HG050363 vom 24. September 2008, E. IV.6.2.; nicht publ.).

⁸⁹⁷ ROTH, Krisendarlehen, S. 62.

tragen.⁸⁹⁸ Ein umfassendes Zahlungsverbot von offenen Forderungen in der existenzbedrohenden Krise wäre der Aufrechterhaltung eines sanierungsfähigen Geschäftsbetriebs abträglich.⁸⁹⁹

Ob die «übrigen Zahlungen» anfechtungsresistent vorgenommen werden dürfen (da keine Schädigungsabsicht vorliegt), hängt demnach davon ab, wie gut oder schlecht die Sanierungschancen sind. Um zu klären, ob eine günstige Sanierungsprognose gestellt werden kann, muss zunächst definiert werden, wann ein Unternehmen als saniert gilt (siehe bb). Sodann ist im Hinblick auf die Realisierbarkeit der Sanierung zu bestimmen, welche Kriterien für eine Sanierungsprognose entscheidend sind (siehe cc) und mit welcher Wahrscheinlichkeit ein Sanierungserfolg erwartet werden können muss, um eine «positive Sanierungsprognose» bejahen zu können (siehe dd). Schliesslich wird geprüft, in welchem Zeitpunkt die Sanierungsprognose vorgenommen werden muss (siehe ee) und wessen Sicht hierfür massgebend ist (siehe ff).

bb) *Der Sanierungsbegriff (die erfolgreiche Sanierung)*

Für den Begriff der «Sanierung» existiert weder im SchKG noch im OR eine Legaldefinition. Literatur und Rechtsprechung äussern sich nur rudimentär zur Frage, wann eine Sanierung aus anfechtungsrechtlicher Sicht als gelungen gilt resp. wann der Zustand der (erfolgreichen) Sanierung erreicht ist.

Häufig wird der Sanierungsbegriff undifferenziert verwendet, sodass unklar bleibt, ob der Endzustand der erfolgreichen Sanierung oder der Sanierungsprozess, mithin die Sanierungsmassnahmen gemeint sind.⁹⁰⁰ Im Folgenden wird der Sanierungsbegriff (i.S. des Endzustands der erfolgreichen Sanierung), wie er aus anfechtungsrechtlicher Sicht zu verstehen ist, untersucht und von den Sanierungsmassnahmen abgegrenzt.

⁸⁹⁸ Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG; Urteil BGer 5P.312/2002 vom 13. Februar 2003, E. 3.3; BSK SchKG II-BRUNNER/BOLLER, Art. 190 N 11.

⁸⁹⁹ REBSAMEN, Gleichbehandlung, N 755.

⁹⁰⁰ Vgl. auch BAUER, S. 53 f.

aaa) Abgrenzung zu Sanierungsmassnahmen

Unter Sanierungsmassnahmen sind sämtliche Massnahmen zu verstehen, die dem Sanierungserfolg dienen.⁹⁰¹ Gemäss Rechtsprechung vereint der «Sanierungsbegriff» (gemeint sind die *Sanierungsmassnahmen*) alle betriebswirtschaftlichen, steuerlichen und rechtlichen Massnahmen zur Problembewältigung. Hierbei kann zwischen strategischen⁹⁰², organisatorischen⁹⁰³, finanziellen⁹⁰⁴ und behavioristischen⁹⁰⁵ Sanierungsmassnahmen unterschieden werden.⁹⁰⁶ Die Sanierungsmassnahmen sind darauf ausgerichtet, kurzfristig die Liquidität zu sichern und mittelfristig die Rentabilität des Unternehmens wiederherzustellen.⁹⁰⁷

Das Bundesgericht hat in BGE 137 III 268 (Saniererhonorar-Entscheid) festgehalten, dass der anfechtungsrelevante Sanierungsbegriff nicht mit der aktien- bzw. *bilanzrechtlichen* Sanierungsdefinition i.S.v. Art. 725 OR gleichgesetzt werden kann.⁹⁰⁸ Sofern das Bundesgericht damit die Sanierungsmassnahmen gemeint hat, über welche die Generalversammlung bei einem hälftigen Kapitalverlust gemäss Art. 725 Abs. 1 OR beschliessen muss, ist dieser Auffassung beizupflichten. Die Sanierungsgeneralversammlung i.S.v. Art. 725 Abs. 1 OR kann nur Beschlüsse fällen, für die sie zuständig ist. Mithin kann die Generalversammlung über bilanztechnische Massnahmen, wie bspw. den Kapitalschnitt, die Kapitalerhöhung oder die Liquidation beschliessen. Dagegen werden Massnahmen, die zu den unentziehbaren und unübertragbaren (operationellen) Aufgaben des Verwaltungsrats gehören (z.B. strukturelle oder operative Massnahmen), nicht in dem Sinne

⁹⁰¹ BGE 138 III 204, 209 E. 3.3.1; 137 III 268, 280 f. E. 2.3; BK AG-NOBEL, § 9 N 128.

⁹⁰² Bspw. Verbesserung der Geschäftsfelder, einschliesslich Desinvestitionen.

⁹⁰³ Bspw. Verbesserung der Aufbau- und Ablauforganisation, einschliesslich Stellenabbau.

⁹⁰⁴ Bspw. Optimierung der vorhandenen und Erschliessung neuer Finanzierungs- und Kapitalquellen oder Änderungen hinsichtlich der Kapitalstruktur (z.B. Kapitalschnitt mittels Harmonika).

⁹⁰⁵ Bspw. Verbesserung der Führungskultur und des Unternehmensauftritts.

⁹⁰⁶ Zum Ganzen: BGE 137 III 268, 280 f. E. 2.3; Urteil HGer ZH HG050363 vom 24. September 2008, E. IV.6.2 (nicht publ.). Ausführlich zu den Sanierungsmassnahmen z.B. SENN, S. 138 ff.

⁹⁰⁷ BAUER, S. 54; SPRECHER/SOMMER, S. 552.

⁹⁰⁸ BGE 137 III 268, 284 E. 4.2.2.

von Art. 725 Abs. 1 OR erfasst, dass die Generalversammlung diese beschliessen könnte.⁹⁰⁹

Die Sanierungsmassnahmen im anfechtungsrelevanten Sinne gehen demnach in aller Regel weiter als diejenigen i.S.v. Art. 725 Abs. 1 OR. Sie entsprechen vielmehr denjenigen, die ergriffen werden, um von einer Überschuldungsanzeige i.S.v. Art. 725 Abs. 2 OR abzusehen resp. um einen Konkursaufschub i.S.v. Art. 725a Abs. 1 OR zu erwirken. In diesen Fällen stimmen die möglichen Sanierungsmassnahmen mit dem weiten anfechtungsrechtlich relevanten Begriff überein.⁹¹⁰ Im Übrigen entsprechen die Sanierungsmassnahmen im anfechtungsrechtlichen Sinne auch den Massnahmen, die während der Nachlassstundung ergriffen werden, sofern eine eigentliche Sanierung i.S.v. Art. 296a Abs. 1 SchKG angestrebt wird.

bbb) Bundesgericht: Theorie der Wiederherstellung existenz-erhaltender Gewinne

Das Bundesgericht hat sich bislang nur dazu geäussert, was es unter Sanierungsmassnahmen versteht. In BGE 137 III 268 (betreffend Saniererhonorare) gab es die Ausführungen der Vorinstanz wieder.⁹¹¹ Demnach sei in der Wirtschaft die «Unternehmenssanierung» ein Sammelbegriff für alle Massnahmen zur Wiederherstellung existenz-erhaltender Gewinne.⁹¹² Diese Definition des «Sanierungsbegriffs» lässt schliessen, dass die Rechtsprechung in der *Wiederherstellung existenz-erhaltender Gewinne* eine erfolgreiche Sanierung sieht.

Das Bundesgericht hielt zwar in diesem Entscheid wie gesehen auch fest, dass der anfechtungsrelevante Begriff der Sanierung nicht mit der aktien- bzw. bilanzrechtlichen Sanierungsdefinition i.S.v. Art. 725 OR gleichgesetzt

⁹⁰⁹ HANDSCHIN, S. 443; BSK OR II-WÜSTINER, Art. 725 N 3, 28.

⁹¹⁰ Vgl. hierzu auch MEIER U., S. 44, 48 f. MEIER unterscheidet allerdings nicht zwischen den Sanierungsmassnahmen i.S.v. Art. 725 Abs. 1 OR und den Sanierungsmassnahmen, die eine Überschuldungsanzeige i.S.v. Art. 725 Abs. 2 OR verhindern können.

⁹¹¹ BGE 137 III 268, 284 E. 4.2.2, wo es auf die Sanierungsdefinition der Vorinstanz verweist (Urteil HGer ZH HG050365 vom 24. September 2008, E. V.4.3.2, nicht publ.), die es in E. 2.3 wiedergibt.

⁹¹² BGE 137 III 268, 280 E. 2.3.

werden könne.⁹¹³ Dem ist insofern zuzustimmen, als eine lediglich bilanzielle Sanierung des Unternehmens – welche die Generalversammlung gemäss Art. 725 Abs. 1 OR beschliessen könnte⁹¹⁴ – regelmässig nicht zur dauerhaften Gesundung des Unternehmens führt, wenngleich die Beschaffung von genügend Liquidität und die Wiederherstellung einer tragfähigen Kapitalstruktur für die erfolgreiche Sanierung unerlässlich sind.⁹¹⁵ Vielmehr bedingt die Wiederherstellung existenzerhaltender Gewinne oftmals auch strategische und organisatorische Massnahmen, die in die Kompetenz des Verwaltungsrats fallen.

ccc) Lehre: vollständige Gläubigerbefriedigung oder Abwendung des Konkurses

Theorie der vollständigen Gläubigerbefriedigung

Im Zusammenhang mit der anfechtungsrechtlichen Privilegierung von Honorarzahlungen an Sanierungsberater sind einige Autoren der Ansicht, dass die Privilegierung nur dann gerechtfertigt sei, wenn die vom Berater vorgeschlagene Sanierung die Befriedigung sämtlicher Gläubiger zum Ziel habe.⁹¹⁶

Die Theorie der vollständigen Gläubigerbefriedigung ist insoweit berechtigt, als keine Gläubigerbenachteiligung vorliegen kann, wenn sämtliche Gläubigerforderungen bedient werden können. Der Anspruch an die vollständige Gläubigerbefriedigung würde aber letztlich dazu führen, dass Zahlungen an Dienstleister oder Lieferanten in der existenzbedrohenden Krise anfechtbar wären, wenn die Sanierungspläne des Leitungsorgans resp. des Sanierungsberaters freiwillige Forderungsverzichte von Gläubigern beinhalten. Forderungsverzichte (insbesondere von nahestehenden Personen) sind indes sehr weit verbreitete Sanierungsmassnahmen. Auch ein ordentlicher Nachlassvertrag – namentlich der Dividendenvergleich – beinhaltet in der Regel Forde-

⁹¹³ BGE 137 III 268, 286 E. 4.2.2. Siehe auch KRIZAJ, S. 824.

⁹¹⁴ HANDSCHIN, S. 444; BSK OR II-WÜSTINER, Art. 725 N 3.

⁹¹⁵ BRUNNER, S. 819; LORANDI, Konkursaufschub, S. 33. Zu denken ist etwa an Fälle, in denen die Insolvenzgefahr auf strukturelle Probleme zurückzuführen ist. Gemäss SENN, S. 77 f., müssen nicht nur die Symptome, sondern auch die Ursachen der Krise bekämpft werden.

⁹¹⁶ GALLIKER/VON DER CRONE, S. 611; REBSAMEN, Anfechtbarkeit, N 28; RÜEDI, N 328a. Wohl auch dieser Ansicht: WITMER, S. 156.

rungsverzichte. Reine Stundungsvergleiche sind in der Praxis dagegen sehr selten anzutreffen. Es wäre systemwidrig, wenn die Gerichte den Abschluss eines ordentlichen Nachlassvertrags als gesetzlich vorgesehene Sanierungsmassnahme (i.w.S.) betrachten⁹¹⁷, aber im Rahmen der Pauliana dies zur Rettung des Unternehmens nicht als eine mögliche Form der erfolgreichen Sanierung ansähen.⁹¹⁸ Die Pauliana gelangt denn auch gar nicht zur Anwendung, wenn ein ordentlicher Nachlassvertrag zustande kommt.⁹¹⁹ Sanieren kann daher nicht bedeuten, dass sämtliche Gläubigerforderungen zu begleichen sind.⁹²⁰

Ferner ist die Quantifizierung der zu befriedigenden Gläubigerforderungen (vorbestehende und laufende Forderungen) komplex und gerade bei Forderungen mit spätem Fälligkeitstermin unpraktikabel. Für Gläubigerforderungen eines nicht-konkursiten Unternehmens bestehen im Gegensatz zu einem konkursiten Unternehmen diverse Fälligkeitstermine.⁹²¹ Sodann variiert die Höhe der ausstehenden Forderungen von Tag zu Tag. In der Sanierungsphase

⁹¹⁷ Art. 314 ff. SchKG.

⁹¹⁸ RÜEDI, N 328a, ist der Meinung, dass eine Sanierung mit dem Ziel des ordentlichen Nachlassvertrags eine Gläubigerbevorzugung nicht rechtfertige. Allerdings ist dieses Verhalten, wie auch RÜEDI selbst schreibt, nicht widerrechtlich. Hätte der Gesetzgeber verhindern wollen, dass einzelne Gläubiger vollständig befriedigt werden, während andere sich mit der im Nachlassvertrag festgesetzten Dividende begnügen müssen, hätte er das Anfechtungsrecht auch beim Stundungs- und Dividendenvergleich (mangels Liquidationsmasse) einem Gläubiger als Individuallagerecht einräumen müssen. Die Expertengruppe Sanierungsrecht hat sich dieser Frage angenommen und in ihrem Bericht vom 14. September 1992 festgehalten, dass die Anfechtbarkeit bei ordentlichen Nachlassverträgen zu sehr in die Rechtsverhältnisse des Schuldners mit Dritten eingreifen würde (Bericht Expertengruppe Sanierungsrecht 1992, S. 13; STAEHELIN D., Verwirkungsfrist, S. 1253). Es ist nicht Aufgabe eines Gerichts, über Umwege diese Ungleichbehandlung zwischen Gläubiger eines ordentlichen Nachlassvertrags und eines Vertrags mit Vermögensabtretung auszuräumen.

⁹¹⁹ BGE 134 III 273, 283 E. 4.4.2.

⁹²⁰ Vgl. dazu im Zusammenhang mit der aktienrechtlichen Sanierung: GIROUD, S. 118. Siehe immerhin UMBACH-SPAHN, S. 169, wonach nur dann alle Gläubiger zu befriedigen sind, soweit keine Forderungsverzichte vorliegen.

⁹²¹ Erst die Konkurseröffnung bewirkt die Fälligkeit sämtlicher Forderungen, womit sich die Höhe der zu befriedigenden Forderungen per Konkurseröffnung grundsätzlich exakt berechnen lässt (gemäss Art. 208 Abs. 1 SchKG).

entstehen weitere Forderungen, die zu begleichen sind. Soll die Sanierung die Begleichung sämtlicher Forderungen zum Ziel haben, wären nicht nur die in den kommenden zwölf Monaten⁹²² fällig werdenden Forderungen, sondern auch die Forderungen mit Fälligkeit in mehreren Jahren zu berücksichtigen (bspw. Hypotheken mit zehnjähriger Laufzeit). Während eine Liquiditätsplanung für die nächsten zwölf Monate in aller Regel noch umsetzbar ist, ist ein Liquiditätsplan für die nächsten zehn Jahre kaum sinnvoll.

Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass der anfechtungsrelevante Sanierungsbegriff – wie auch der Sanierungsbegriff gemäss Art. 725a OR – nicht ausschliesst, dass die Gesundung des Unternehmens durch freiwillige Forderungsverzichte der Gläubiger erzielt wird.⁹²³ Man könnte die Theorie immerhin insoweit einschränken, als lediglich die Forderungen sämtlicher nicht freiwillig verzichtenden Gläubiger gedeckt sein sollen. Allerdings wäre die konkrete Quantifizierung der Gläubigerforderungen nach wie vor mit etlichen Unsicherheiten behaftet. Sie ist daher abzulehnen.

Theorie der (vorübergehenden) Abwendung des Konkurses

Eine erfolgreiche Sanierung im anfechtungsrechtlichen Sinne ist nach einem anderen Teil der Lehre dann anzunehmen, wenn ein drohender Konkurs oder ein Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung (sog. «Konkurs light») mit den ergriffenen Sanierungsmassnahmen abgewendet werden kann.⁹²⁴

Ihre Berechtigung hat die Theorie insoweit, als sich die Frage der Pauliana nicht stellt, wenn über den Schuldner weder der Konkurs eröffnet noch ein Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung abgeschlossen wird.

Allerdings greift die Theorie der Abwendung des Konkurses zu kurz, wenn es lediglich um die (vorübergehende) Beseitigung der konkreten Ursache für die Konkursgefährdung geht.⁹²⁵ Beruht die Konkursgefährdung bspw. auf der Nichtbegleichung einer Forderung des Gläubigers, der ein Konkursbegehren gestellt hat, wird der Konkurs durch die Begleichung dieser Forde-

⁹²² Vgl. Art. 958a OR zur Annahme der Fortführung des Unternehmens (sog. Going Concern).

⁹²³ Zum Konkursaufschub: DUBACH, S. 155 FN 50; GIROUD, S. 118 f.

⁹²⁴ EMMENEGGER, S. 177, im Zusammenhang mit dem Sanierungsdarlehen mit Verweis auf BGE 74 III 48, 54 E. 4. Siehe dazu auch BAUER, S. 54.

⁹²⁵ So auch BAUER, S. 54.

rung zwar (vorübergehend) abgewendet. Liegt der mögliche Konkursgrund in der Überschuldung, kann von einer Bilanzdeponierung gemäss Art. 725 Abs. 2 OR abgesehen und gleichsam der Konkurs abgewendet werden, wenn Rangrücktritte im entsprechenden Umfang erfolgen. In beiden Fällen kann aber nicht von einer dauerhaften Gesundung des Unternehmens gesprochen werden, wenn die eigentlichen Probleme resp. Ursachen der Krise nach wie vor bestehen oder das Unternehmen aufgrund struktureller Probleme keine oder nur ungenügende Erträge abwirft.⁹²⁶ Eine nur vorübergehende Abwendung des Konkurses (oder des Nachlassvertrags mit Vermögensabtretung) vermag die Anfechtungsresistenz von kongruenten Deckungen nicht zu rechtfertigen.

ddd) *Stellungnahme*

Unter Sanierung ist nach hier vertretener Ansicht die *dauerhafte finanzielle Gesundung und die Wiederherstellung der Ertragskraft des Schuldners* zu verstehen. Wenn der Schuldner, der im Zeitpunkt der relevanten Rechtshandlung die objektiv nachvollziehbare Überzeugung hat, die nachhaltige Sanierung des Unternehmens werde gelingen, hat er keine Absicht, seine Gläubiger durch die Verminderung des Vollstreckungssubstrats zu schädigen. Der Schuldner geht nämlich davon aus, dass in absehbarer Zeit weder der Konkurs eröffnet noch ein Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung abgeschlossen wird, durch den die Gläubiger zu Schaden kommen könnten. Die in der Lehre vertretenen Theorien betreffend vollständige Gläubigerbefriedigung resp. Abwendung des Konkurses sind dagegen abzulehnen. Ersteres geht zu weit, Letzteres greift zu kurz.

Der hier vertretene Ansatz steht in Einklang mit der Rechtsprechung zum Aufschub der Bilanzdeponierung i.S.v. Art. 725 Abs. 2 OR⁹²⁷ und zum Konkursaufschub i.S.v. Art. 725a Abs. 1 OR (und wohl auch mit dem Sanie-

⁹²⁶ Vgl. zur erfolgreichen Sanierung im Zusammenhang mit der Aufhebung der Nachlassstundung (Art. 296a SchKG) BAUER, S. 54.

⁹²⁷ Mit Ausnahme der kurzfristigen Realisierbarkeit der Sanierung. Im Gegensatz zum Konkursaufschub fehlt es beim Aufschub der Bilanzdeponierung (ohne das Vorliegen von Rangrücktritten) an einer expliziten gesetzlichen Grundlage (KÄLIN, Sanierung, S. 641). Das Recht zum Aufschub wird indes aus der ständigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 725 Abs. 2 OR hergeleitet (siehe hierzu BGE 116 II 533, 541 E. 5a; 116 II 320, 323 E. 3a).

rungsbegriff i.S.v. Art. 296a SchKG). Demnach kann der Verwaltungsrat mit der Bilanzdeponierung resp. der Richter mit der Konkursöffnung zuwarten, sofern eine begründete Aussicht auf Sanierung besteht. Gemäss Rechtsprechung und Lehre zu Art. 725 OR und Art. 725a OR liegt eine erfolgreiche Sanierung vor, wenn eine nachhaltige finanzielle Gesundung und die Wiederherstellung der Ertragskraft des Unternehmens erreicht werden (sog. aktienrechtlicher Sanierungsbegriff).⁹²⁸ Eine rein bilanzielle Sanierung (bspw. in Form von Rangrücktritten oder Verrechnungsliberierungen) genügt demnach ebenso wenig⁹²⁹, wie wenn der Zusammenbruch des Unternehmens auf Kosten der Gläubiger lediglich hinausgezögert wird.⁹³⁰

cc) *Massgebende Kriterien für eine Sanierungsprognose*

aaa) Einleitung

Die für eine Sanierungsprognose massgebenden Kriterien werden in der Lehre und Rechtsprechung – wenn überhaupt – nur am Rande thematisiert. Einheitliche Kriterien sind nicht erkennbar.

Das Bundesgericht hat sich in den Entscheiden, in denen es die Sanierungsfähigkeit des Schuldners bejaht hat, jeweils nicht genauer mit den einzelnen Kriterien auseinandergesetzt. In BGE 134 III 615 (Tempus-Entscheid) führte es lediglich aus, der Verwaltungsratspräsident habe an das Überleben der Gesellschaft geglaubt.⁹³¹ In BGE 137 III 268 (Saniererhonorar-Entscheid)

⁹²⁸ Der aktienrechtliche Sanierungsbegriff geht über den betriebswirtschaftlichen Sanierungsbegriff, der lediglich die Sanierung des Unternehmens bezweckt, hinaus. Zwar zielt der aktienrechtliche Sanierungsbegriff in erster Linie auf die Sanierung des Unternehmensträgers – der Gesellschaft – ab. Der Fortbestand des Unternehmensträgers kann indes nur dann gesichert werden, wenn auch das von ihm betriebene Unternehmen saniert wird. Insofern greift die alleinige Existenzsicherung der Gesellschaft zu kurz (DALLA TORRE, S. 333 f.; GIROUD, S. 118; SENN, S. 79 f.). Zum aktienrechtlichen Sanierungsbegriff vgl. Urteil BGER 4C.366/2000 vom 19. Juni 2001, E. 4b; DALLA TORRE, S. 333 f.; GIROUD, S. 120; GLANZMANN/ROBERTO, S. 86; KOEFERLI, S. 164; REINARZ, S. 445; SCHENKER, S. 488; SENN, S. 79 f.; BSK OR II-WÜSTINER, Art. 725 N 9a. In diese Richtung auch BAUER, S. 54.

⁹²⁹ BRUNNER, S. 819; LORANDI, Konkursaufschub, S. 33; BSK OR II-WÜSTINER, Art. 725a N 7.

⁹³⁰ Urteil BGER 4C.366/2000 vom 19. Juni 2001, E. 4b.

⁹³¹ BGE 134 III 615, 623 E. 5.3.

hielt es dagegen fest, dass – aufgrund der Feststellungen der Vorinstanz – die Schuldnerin (SAirGroup) im Zeitpunkt der Zahlung von erfolgsversprechenden Sanierungsmassnahmen (wie organisatorischer Optimierung, Aufbringen neuen Kapitals etc.) ausgehen durfte.⁹³² Die Vorinstanz hatte jedoch lediglich die Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht geprüft. Ferner erachtete sie nicht den Zeitpunkt der Honorierung der Dienstleistung, sondern den Zeitpunkt ihrer Erbringung als massgebend für die Sanierungsprognose.⁹³³ Demnach hatte die Vorinstanz gar keine Feststellungen betreffend Sanierungsaussichten im Zeitpunkt der letzten Zahlung getroffen, auf welche sich das Bundesgericht hätte abstützen können.

Die Schädigungsabsicht eines Schuldners in finanzieller Schieflage kann nicht allein deswegen ausgeschlossen werden, weil er sich um die Sanierung bemüht.⁹³⁴ Insbesondere bewirken Sanierungsbemühungen nicht, dass jegliche Anfechtungsklage faktisch ausgeschlossen wäre.⁹³⁵ Blosser Hoffnungen auf einen Sanierungserfolg genügen ebenso wenig. Vielmehr braucht es objektiv nachprüfbare Umstände, welche die Sanierungsbemühungen erfolgsversprechend erscheinen lassen.⁹³⁶

Zu prüfen ist, welche Kriterien die Sanierungsprognose beeinflussen. Dabei bietet es sich wiederum an, Rechtsprechung und Literatur zum Aufschub der Bilanzdeponierung und dem Konkursaufschub zu konsultieren, zumal sich nach hier vertretener Ansicht der anfechtungsrechtliche Sanierungsbegriff (wie beim Aufschub der Bilanzdeponierung und Konkursaufschub) am aktienrechtlichen Sanierungsbegriff orientiert. Ob eine positive Sanierungsprognose gestellt werden kann, hängt demnach davon ab, inwieweit das Unternehmen sanierungsfähig (bbb) und sanierungswürdig (ccc) ist und ob ein Wille zur Sanierung (ddd) besteht. Diese Begriffe sollen nachstehend geklärt werden.

⁹³² BGE 137 III 268, 287 E. 4.2.4.

⁹³³ Urteil HGer ZH HG050365 vom 24. September 2008, E. V.4.3.6 f. (nicht publ.).

⁹³⁴ BGE 134 III 452, 460 E. 5.5; Urteil BGer 5A_64/2008 vom 14. Oktober 2008, E. 6.2.2; GALLIKER/VON DER CRONE, S. 610.

⁹³⁵ BGE 134 III 452, 460 E. 5.4.

⁹³⁶ BGE 134 III 615, 620 f. E. 5.1; Urteil BGer 5A_64/2008 vom 14. Oktober 2008, E. 6.2.2 (mit Verweis auf den ZKB-Entscheid BGE 134 III 452, 460 E. 5.5).

bbb) Sanierungsfähigkeit

Sanierungsfähig ist ein Unternehmen, wenn Sanierungsmassnahmen es erlauben, in absehbarer Zeit die finanzielle Stabilität und Ertragskraft wiederherzustellen, sodass das Unternehmen in Zukunft ohne Hilfe von aussen fortbestehen kann.⁹³⁷

Welche Kriterien für die Beurteilung der Sanierungsfähigkeit relevant sind, ist von Fall zu Fall unterschiedlich. Entscheidend sind die spezifischen Gegebenheiten im Einzelfall. Typische Kriterien für die Sanierungsfähigkeit sind: die Liquidität, der Cashflow, die Bilanzsituation (insbesondere Eigenkapitalstruktur, Kapitalverlust, Überschuldung), die Ertragskraft des Unternehmens, das regulatorische Umfeld, die Wettbewerbsfähigkeit der Produkte oder Dienstleistungen, das Marktumfeld, die Innovationskraft und Technologie, um innerhalb nützlicher Frist wettbewerbsfähige Produkte zu erzeugen, die Zukunftsaussichten im Absatzmarkt, die Fähigkeit des Managements sowie das Engagement und Know-how der verbleibenden Mitarbeiter.⁹³⁸ Es gilt, die Gesamtheit der Umstände zu würdigen.⁹³⁹

Auch die geplante Dauer der Sanierungsphase ist zu berücksichtigen, zumal die Sanierungsmassnahmen in absehbarer Zeit greifen sollten. Je länger eine Sanierung dauert, desto grösser ist das Risiko, dass die Massnahmen nicht realisiert werden können oder durch ungünstige Faktoren vereitelt werden.⁹⁴⁰

Der Sanierungserfolg hängt sodann vielfach davon ab, ob innerhalb vernünftiger Frist neue Investoren oder Aktionäre gefunden werden können, die bereit sind, neues Geld zu investieren resp. Darlehen oder A-fonds-perdu-Beiträge zu leisten.⁹⁴¹ Sanierungsunfähig ist bspw. ein Unternehmen bei unzureichender Liquidität verbunden mit der Unmöglichkeit, in absehbarer

⁹³⁷ KAYSER, S. 18; MEYER, S. 35 f.; RUBLI, S. 110.

⁹³⁸ Vgl. z.B. KOEFERLI, S. 19 f.; MÜLLER L., S. 194.

⁹³⁹ BSK SchKG II- STAEHELIN A., Art. 288 N 22, wonach die Anfechtbarkeit auch gegeben sein kann, wenn die Aktiven des Schuldners die Verbindlichkeiten noch übersteigen.

⁹⁴⁰ BGE 130 V 196, 209 E. 5.5; Urteil BGer 5p.466/1999 vom 11. April 2000, E. 4c; BSK OR II-WÜSTINER, Art. 725a N 7.

⁹⁴¹ BÖCKLI, Aktienrecht, § 13 N 764; KOEFERLI, S. 20.

Zeit die notwendigen liquiden Mittel zu beschaffen um betriebsnotwendige Lieferanten zu bezahlen.⁹⁴²

ccc) Sanierungswürdigkeit

In der Literatur bestehen verschiedene Definitionen der Sanierungswürdigkeit. Teilweise wird der Begriff synonym zur Sanierungsfähigkeit verwendet⁹⁴³, teilweise als eigenständige Voraussetzung für eine positive Erfolgsprognose.⁹⁴⁴

Nach vorliegendem Verständnis ist ein Unternehmen sanierungswürdig, wenn sich der finanzielle Aufwand für die Sanierung lohnt. Hierfür sind diverse Faktoren entscheidend. Der Kapitalbedarf für die Sanierungsmassnahmen muss in einem vernünftigen Verhältnis zu den Sanierungschancen stehen.⁹⁴⁵ Des Weiteren sollte der geschätzte Fortführungswert des Unternehmens grösser sein als die Summe des Liquidationswerts und der Sanierungskosten.⁹⁴⁶ Zu berücksichtigen ist sodann der zu erwartende Deckungsgrad der Gläubiger bei einer Sanierung und im Konkurs sowie die Eintrittswahrscheinlichkeit der beiden Szenarien.

ddd) Sanierungswille

Damit die Sanierung gelingt, müssen die involvierten Sanierungsträger – mitunter der Verwaltungsrat, die Eigenkapitalgeber, Banken und Gläubiger – die Fortführung resp. Sanierung des Unternehmens effektiv beabsichtigen.⁹⁴⁷ Wessen Sanierungswille relevant ist, hängt davon ab, welche Sanierungsmassnahmen beabsichtigt werden. Beispielsweise verlangt ein Kapitalschnitt

⁹⁴² Urteil OGer ZH LB070108 vom 21. August 2009, E. II.5, stellte für die Bejahung der Schädigungsabsicht darauf ab, dass der Betriebsstillstand drohte, zumal die für die Produktion nötigen Lieferanten aufgrund von Liquiditätsproblemen nicht mehr bezahlt werden konnten und auch keine verbindlichen Zusagen für zusätzliche Investitionen vorlagen. Nebst der Liquidität kann auch das regulatorische Umfeld ein K.o.-Kriterium bilden, wenn es das bisherige Geschäftsmodell verbietet und dessen Anpassung in absehbarer Zeit nicht möglich ist.

⁹⁴³ MÜLLER L., S. 194; BSK OR II-WÜSTINER, Art. 725 N 11.

⁹⁴⁴ KÄLIN, Sanierungsplan, S. 439; MANN, S. 55 ff.

⁹⁴⁵ BSK OR II-WÜSTINER, Art. 725 N 11.

⁹⁴⁶ KÄLIN, S. 439; MÜLLER L., 189; SCHENKER, S. 487; BSK OR II-WÜSTINER, Art. 725 N 11.

⁹⁴⁷ MEYER, S. 37 ff.

i.S.v. Art. 732a OR grundsätzlich die Zustimmung und insofern den Sanierungswillen der Mehrheit der Eigenkapitalgeber, nicht aber der Gläubiger. Dagegen erfordert ein teilweiser Forderungsverzicht zwar den Sanierungswillen der Gläubiger (häufig bspw. der kreditgebenden Bank), nicht aber den der Eigenkapitalgeber.

Für den Sanierungswillen sind im Wesentlichen zwei Faktoren entscheidend: die Erfolgs- und die Opfersymmetrie. Die Sanierungschancen erhöhen sich, wenn die Beteiligten überzeugt sind, dass das Unternehmen saniert werden kann und sie finanziell bessergestellt wären als in einem Konkurs- oder Nachlassverfahren (sog. Erfolgssymmetrie).⁹⁴⁸ Des Weiteren ist förderlich, wenn die sog. Opfersymmetrie gegeben ist. Opfersymmetrie besteht, wenn die vorgesehenen Sanierungsmassnahmen von allen Eigenkapital- und Fremdkapitalgebern eine angemessene Sanierungsleistung verlangen⁹⁴⁹ und innerhalb einer Stakeholder-Gruppe diejenigen Personen, die sich in der gleichen rechtlichen Stellung und mit gleichem Verlustrisiko ausgesetzt sehen, gleich behandelt werden.⁹⁵⁰

eee) Braucht es einen Sanierungsplan?

In BGE 135 III 276 (Air-Total-Entscheid) hat das Bundesgericht – im Zusammenhang mit der Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht – erstmals die Frage aufgeworfen, ob ein Sanierungsplan für den Sanierungserfolg notwendig ist. Das Bundesgericht führte aus, dass die Zahlungen der Treibstofflieferungen durch die Swissair im Rahmen eines konkreten Sanierungsplans hätten vorgenommen werden müssen, wenn die Beklagten an eine Sanierung der Gesellschaft geglaubt hätten (was jedoch nicht behauptet worden war).⁹⁵¹

In der (nach diesem Entscheid publizierten) Literatur wird gelegentlich vertreten, dass nur anhand eines Sanierungsplans die Erfolgchancen beurteilt

⁹⁴⁸ SCHENKER, S. 496, wonach die Gläubiger bei Sanierungserfolg Aussicht auf eine höhere Befriedigungsquote als im Konkurs haben müssen und die (neuen) Kapitalgeber eine realistische Aussicht auf eine Wertsteigerung haben.

⁹⁴⁹ Eine angemessene Sanierungsleistung von den Eigenkapitalgebern wird denn auch im ordentlichen Nachlassvertrag (dem gesetzlich vorgesehenen, ordentlichen Sanierungsverfahren) verlangt (Art. 306 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG).

⁹⁵⁰ SCHENKER, S. 496; SENN, S. 166.

⁹⁵¹ BGE 135 III 276, 287 E. 8.2.

werden könnten. Das Fehlen eines Sanierungsplans berge die ernsthafte Gefahr eines Scheiterns in sich. Entsprechend könne keine positive Sanierungsprognose gestellt werden.⁹⁵²

Nach hier vertretener Ansicht ist das Erfordernis eines Sanierungsplans differenziert zu betrachten. In einer ersten Sanierungsphase kann noch kein (eigentlicher) Sanierungsplan verlangt werden. Ein nützlicher Sanierungsplan, der die sanierungsrelevanten Faktoren berücksichtigt, kann nicht über Nacht erarbeitet werden. In der Zwischenzeit muss ein grober Sanierungsplan genügen, der die augenscheinlichsten K.o.-Kriterien für eine Sanierung ausschliessen resp. deren Eintrittswahrscheinlichkeit adressieren kann. In einem fortgeschrittenen Stadium der Sanierung ist dagegen zu verlangen, dass ein detaillierteres Sanierungskonzept erstellt wird, das die vernünftigerweise verfügbaren sanierungsrelevanten Kriterien berücksichtigt.

dd) *Wahrscheinlichkeit des Sanierungserfolgs (Schwellenwert)*

aaa) Einleitung

Bei den übrigen Zahlungen (als kongruente Deckungen), die in Phase II vorgenommen werden, hängt die Schädigungsabsicht wie gesehen von der Wahrscheinlichkeit des Sanierungserfolgs ab. Der bundesgerichtlichen Rechtsprechung lässt sich nicht entnehmen, wie hoch die konkrete Wahrscheinlichkeit für eine erfolgreiche Sanierung sein muss, damit von einer positiven Erfolgsprognose resp. von «erfolgversprechenden Sanierungsbemühungen»⁹⁵³ gesprochen werden kann. Das Bundesgericht hält lediglich fest, dass Sanierungsbemühungen nur dann erfolgversprechend sein können, wenn das Unternehmen basierend auf einer objektiven Prüfung, berechtigte Hoffnungen auf eine Sanierung haben konnte⁹⁵⁴ und die Leistungen des Sanierungsberaters für die Gesundung des Unternehmens nützlich sind.

⁹⁵² UMBACH-SPAHN, S. 168. Ferner auch KRIZAJ, S. 824 und ROHDE, S. 159. Offen gelassen bei LANG, S. 172 f.

⁹⁵³ BGE 137 III 268, 287 E. 4.2.4; Urteil BGer 5A_64/2008 vom 14. Oktober 2008, E. 6.2. In letzterem Entscheid wird auf BGE 134 III 452 (ZKB-Entscheid) betreffend Sanierungsdarlehen verwiesen, obschon es in diesem konkreten Fall um die Honorierung von Sanierungsberatungsleistungen eines Verwaltungsrats ging.

⁹⁵⁴ BGE 134 III 615, 721 f. E. 5.1.

Unstrittig ist, dass keine günstige Sanierungsprognose vorliegt, wenn die Sanierung aussichtslos⁹⁵⁵ oder der Schuldner unrettbar verloren scheint, so dass «das Fallieren so gut wie sicher bzw. unabwendbar» ist⁹⁵⁶. Die Schädigungsabsicht ist demnach zu vermuten, wenn die Tätigkeit des Sanierungsberaters «von vornherein und vollständig zum Scheitern verurteilt» gewesen wäre, «sodass jede vernünftige und vorsichtige Fachperson sich geweigert hätte, sie zu beginnen».⁹⁵⁷

Die Frage, wie hoch die Wahrscheinlichkeit eines Sanierungserfolgs sein muss, damit von guten Sanierungschancen gesprochen werden kann, stellt sich auch bei folgenden Instituten: beim Aufschub der Bilanzdeponierung, dem Konkursaufschub, bei der Bewilligung der Nachlassstundung sowie bei der anfechtungsresistenten Rückzahlung eines Sanierungsdarlehens. Nachfolgend wird in bbb) untersucht, ob daraus etwas für die Sanierungsprognose bei kongruenten Deckungen abgeleitet werden kann.

Anschliessend werden die in der Lehre und Rechtsprechung konkret vorgeschlagenen Schwellenwerte für die Wahrscheinlichkeit der Sanierungsprognose unter ccc) dargelegt und es wird in ddd) der eigene Ansatz erörtert.

bbb) *Mögliche Anknüpfungspunkte: Art. 725 f. OR, Nachlassstundung und Sanierungsdarlehen*

Aufschub der Bilanzdeponierung

Gemäss konstanter Rechtsprechung des Bundesgerichts und h.L. darf der Verwaltungsrat für eine kurze Frist (ca. vier bis sechs Wochen) von einer Bilanzdeponierung nach Art. 725 Abs. 2 OR absehen, falls konkrete Ausichten auf eine Sanierung bestehen.⁹⁵⁸ Nach einem Teil der Lehre hat der Verwaltungsrat gar eine Pflicht, das Unternehmen zu sanieren, solange gute Sanierungschancen bestehen.⁹⁵⁹ Wenn der Verwaltungsrat aber mit der

⁹⁵⁵ BGE 137 III 268, 285 E. 4.2.2.

⁹⁵⁶ BGE 137 III 268, 287 E. 4.2.4; vgl. auch WEBER, S. 4.

⁹⁵⁷ BGE 134 III 615, 622 E. 5.3.

⁹⁵⁸ BGE 132 III 564, 572 ff. E. 5.1; 116 II 553, 541 E. 5a; BÖCKLI, Aktienrecht, § 13 N 777 und 816; KÄNZIG/GEIGER, S. 121; MEIER I., Pflicht, N 16. Die konkrete Dauer der zulässigen Toleranzfrist, innerhalb derer mit der Bilanzdeponierung zugewartet werden darf, ist jedoch umstritten (siehe FN 21).

⁹⁵⁹ Vgl. FN 895.

Bilanzdeponierung zuwarten darf (oder gar zuwarten muss), darf er umso mehr auch fällige Forderungen zahlen. Eine Sanierung wird ihm nur dann gelingen, wenn er die wichtigsten Gläubiger befriedigen darf und gleichsam das Vertrauen der Gläubiger herstellt. Dies würde verunmöglicht, wenn die Bezahlung solcher Forderungen trotz guten Sanierungschancen unter dem Damoklesschwert der Pauliana stünde.

Unklar ist, wie hoch die Wahrscheinlichkeit eines Sanierungserfolgs beim Aufschub der Bilanzdeponierung sein muss, damit von einer positiven Prognose ausgegangen werden kann. Dies spiegelt sich auch in den vielfältigen Interpretationen einer positiven Sanierungsprognose der Lehre und Rechtsprechung wider.⁹⁶⁰ So müsse der Sanierungserfolg nicht mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit feststehen,⁹⁶¹ jedoch ernsthaft in Aussicht stehen⁹⁶². Die Bilanz sei zu deponieren, soweit erhebliche Zweifel an den Erfolgsaussichten angebracht seien oder die Sanierung für die Gläubiger mit einem erhöhten Risiko verbunden sei.⁹⁶³ Zu prüfen sei sodann, ob das mit dem Sanierungsversuch verbundene Risiko durch den ökonomischen Wert der Sanierungschance aufgewogen wird, mithin nach den Gewinn- und

⁹⁶⁰ BGE 99 III 282, 289 E. II.3 («si l'assainissement de la société paraît probable»); 127 IV 110, 113 E. 5a sowie Urteil BGer 4C.436/2006 vom 18. April 2007, E. 4.1 («kurzfristig realisierbare Sanierung», soweit nicht «bloss übersteigerte Erwartungen oder vage Hoffnungen»); Urteil BGer 4C.366/2000 vom 19. Juni 2001, E. 4b ff.; BÖCKLI, Aktienrecht, § 13 N 816 («vernünftige Aussicht auf kurzfristige Lösung des Problems»), § 13 N 816a («kurzfristig realisierbare Aussicht»); BSK OR II-WÜSTINER, Art. 725 N 40a («konkrete Aussichten auf Sanierung»; «Sanierungsbemühungen müssen realistisch sein»). RÜEDI prüft die Anforderungen an die Sanierungsprognose ebenfalls im Zusammenhang mit Art. 725 Abs. 2 OR. Allerdings ist unklar, bei welcher Wahrscheinlichkeit des Sanierungserfolgs er die Schädigungsabsicht verneint. In N 321 plädiert er noch dafür, dass die Zahlung fälliger Schuldner auch noch möglich sein muss, wenn die Gefahr einer Insolvenz die Sanierungschancen überwiegt (sofern die Sanierung noch als eine reale Möglichkeit erscheint). Dagegen argumentiert er in N 322c, dass Zahlungen anfechtbar sind, wenn die Chancen des Misserfolgs und diejenige der Sanierung ausgeglichen sind resp. in N 322d, wenn die Gefahr des Konkurses die Sanierungschancen überwiegen.

⁹⁶¹ DUBACH, S. 156.

⁹⁶² KÄNZIG/GEIGER, S. 121.

⁹⁶³ Urteil BGer 4C.366/2000 vom 19. Juni 2001, E. 4b.

Verlustchancen der Gläubiger.⁹⁶⁴ Daraus wird zum Teil abgeleitet, dass Sanierungsversuche zulässig seien, solange die Chancen einer erfolgreichen Sanierung die Risiken eines Fehlschlags zumindest aufwiegen.⁹⁶⁵

Da die konkrete Schwelle für die Wahrscheinlichkeit des Sanierungserfolgs beim Aufschub der Bilanzdeponierung unklar ist, erscheint es nicht zielführend, darauf abzustellen.

Konkursaufschub

Nach Art. 725a Abs. 1 OR darf der Richter den Konkurs aufschieben, falls konkrete Aussichten auf eine Sanierung bestehen. Beim Konkursaufschub lässt sich jedoch ebenso wenig eine klare Schwelle für die Wahrscheinlichkeit eines Sanierungserfolgs ausmachen wie beim Aufschub der Bilanzdeponierung.⁹⁶⁶ Dies zeigt sich auch anhand der kantonalen Rechtsprechung, wo erhebliche Unterschiede hinsichtlich der Hürde für den Konkursaufschub bestehen.⁹⁶⁷

Eine Anknüpfung an die Wahrscheinlichkeit des Sanierungserfolgs für den Konkursaufschub erscheint demnach ebenfalls nicht hilfreich.

⁹⁶⁴ Urteil BGer 4C.366/2000 vom 19. Juni 2001, E. 5.b.aa mit Verweis auf DUBACH, S. 157.

⁹⁶⁵ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 16 N 85. KOEFERLI, S. 164, verlangt eine *hohe* Wahrscheinlichkeit und stützt sich hierbei auf den französischen und italienischen Gesetzestext. Allerdings steht dort lediglich, dass die Sanierung *wahrscheinlich* (probable/probable) erscheint.

⁹⁶⁶ BGE 130 V 196, 209 E. 5.5; 99 II 282, 289 E. II.3 («si l'assainissement de la société paraît probable»); Urteil BGer 5P.466/1999 vom 11. April 2000, E. 3b («selon toute vraisemblance»); BÖCKLI, Aktienrecht, § 13 N 833 («eine sachlich begründete Prognose, dass die Sanierung [...] eher gelingen als misslingen wird»); GIROUD, S. 120 («Chancen müssen echt sein»); KRAMPF/SCHULER, S. 1068 («mit grosser Gewissheit»); LORANDI, Konkursaufschub, S. 33 («berechtigte Aussicht»); BSK OR II-WÜSTINER, Art. 725a N 6 («berechtigte Aussicht»). Vgl. auch Übersicht bei LANG, S. 104 ff.

⁹⁶⁷ Vgl. CR CO II-PETER, Art. 725a N 26, wonach die Genfer Gerichte («n'est pas exclu») die Hürde tiefer anzusetzen scheinen als die Deutschschweizer Gerichte («mit grosser Wahrscheinlichkeit»).

Genehmigung der Nachlassstundung

Besteht Aussicht auf Sanierung oder Bestätigung eines Nachlassvertrags, ist gemäss Art. 294 Abs. 1 SchKG die definitive Nachlassstundung zu bewilligen. Die Hürde für die Bewilligung der definitiven Nachlassstundung ist höher als für die Bewilligung der provisorischen Nachlassstundung, da diese nur dann abgelehnt wird, wenn *offensichtlich* keine Aussicht auf Sanierung besteht.⁹⁶⁸

Höchststrichterliche Entscheide, die sich konkret mit den Sanierungschancen für eine definitive Nachlassstundung auseinandersetzen, sind bislang keine ergangen.⁹⁶⁹ Auch die Botschaft zum Sanierungsrecht begnügt sich mit der Formulierung «Aussicht auf Sanierung», ohne diese zu spezifizieren.⁹⁷⁰ In der Literatur wird zuweilen verlangt, dass die Sanierungschancen realistisch erscheinen.⁹⁷¹

Eine Anknüpfung an die Anforderungen der Sanierungsprognose bei der Genehmigung der definitiven Nachlassstundung erscheint mangels einer konkreten Schwelle ebenfalls nicht zielführend.

Rückzahlung von (ungesicherten) Sanierungsdarlehen

Lehre und Rechtsprechung thematisierten die Erfolgswahrscheinlichkeit der Sanierung bei der Pauliana bisher einzig im Zusammenhang mit der Rückzahlung von Sanierungsdarlehen.

Die Lehre geht davon aus, dass die Anforderungen für die Schwelle der Prognose bei Saniererhonoraren geringer sind als beim Sanierungsdarlehen, legt die Schwelle der Wahrscheinlichkeit aber nicht fest.⁹⁷²

⁹⁶⁸ Vgl. Art. 293a Abs. 3 SchKG; LANG, S. 109.

⁹⁶⁹ Im Urteil BGer 5A_243/2015 vom 12. August 2015, E. 2, werden lediglich die Ausführungen der Vorinstanz, welche eine «positive Prognose» fordert, knapp zusammengefasst wiedergegeben und für rechtskonform befunden. Damit ist für die Umschreibung der Anforderungen an die Sanierungsaussichten noch nicht viel gewonnen.

⁹⁷⁰ Botschaft Sanierungsrecht 2010, S. 6483.

⁹⁷¹ KUKO SchKG-HUNKELER, Art. 294 N 16.

⁹⁷² EMMENEGGER, S. 176 f.; SCHMID, N 933; VOGT, Damoklesschwert, S. 180. Die Ausführungen zur Sanierungsprognose von LANG, S. 16, beschränken sich auf

Das Bundesgericht hat in Bezug auf die Sanierungsprognose den Konnex zwischen Sanierungsdarlehen und Saniererhonoraren erstmals im Entscheid betreffend Honorarzahungen an einen Verwaltungsrat – der Sanierungsberatungsleistungen für sein Unternehmen erbrachte – hergestellt. In diesem Entscheid verwies es für die Sanierungsprognose auf BGE 134 III 452 (ZKB-Entscheid), der sich mit der Rückzahlung eines Sanierungsdarlehens befasst, was wie gesehen nur beschränkt sinnvoll erscheint.⁹⁷³ In BGE 137 III 268 (Saniererhonorar-Entscheid) stellt das Bundesgericht sodann klar, dass zwar Sach- und Dienstleistungen nicht uneingeschränkt mit dem Darlehen verglichen werden können.⁹⁷⁴ Im Hinblick auf die Sanierungsprognose müssten aber dieselben Überlegungen gelten, d.h. dass die Anforderungen an die Sanierungsprognose sowohl bei der Rückzahlung des Sanierungsdarlehens als auch bei Zahlungen an den Sanierungsberater gleich hoch seien.⁹⁷⁵

Die konkreten Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit der Sanierungsprognose für eine anfechtungsresistente Rückzahlung von Sanierungsdarlehen sind nicht geklärt. Zum einen liegt das daran, dass die im ZKB-Entscheid verwendete Formulierung betreffend die Sanierungsprognose wenig aussagekräftig ist. Das Bundesgericht übernahm in seinen Erwägungen eine Passage von HINDERLING⁹⁷⁶, wonach die Sonderbehandlung des Sanierungsdarlehens nur dann legitim sei, wenn *«berechtigte, die Wahr-*

die Wiedergabe der bundesgerichtlichen Erwägungen zum Sanierungsdarlehen in BGE 134 III 452 (ZKB-Entscheid).

⁹⁷³ Urteil BGer 5A_64/2008 vom 14. Oktober 2008, E. 6.2 mit Verweis auf BGE 134 III 452, 460 E. 5.5. Vgl. hierzu S. 191.

⁹⁷⁴ BGE 137 III 268, 285 E. 4.2.3.

⁹⁷⁵ BGE 137 III 268, 286 f. E. 4.2.3: Vergleichbar seien die Sanierungsleistungen [Sanierungsdarlehen und Sanierungsberatung] darin, dass beide zur Überwindung einer finanziellen Schieflage erbracht werden können. Eine solche im Gläubigerinteresse stehende Hilfeleistung könne weder beim Sanierungsdarlehen noch bei der Sanierungsberatung vorliegen, wenn jeder Rettungsversuch als hoffnungslos angesehen werden müsse, weil keine Aussicht auf Erfolg bestehe. Dagegen fehle die Schädigungsabsicht, wenn der Schuldner ernsthaft um die Rettung kämpfe und diese Bemühungen erfolversprechend erschienen. Bei der Schädigungsabsicht (betreffend Sanierungsberatungsleistungen) bestehe insofern kein milderer Massstab, als der Schuldner nicht einmal mit Schädigungseventualabsicht handle, wenn er sich bezüglich seiner Gesundheit beraten lasse.

⁹⁷⁶ HINDERLING, Aspekte, S. 264.

*scheinlichkeit einer günstigen Prognose hinsichtlich der Vermögensentwicklung des Schuldners eindeutig rechtfertigende Hoffnungen» vorlägen.*⁹⁷⁷ Im selben Entscheid führte das Bundesgericht aus, die Sanierungsbemühungen müssten «erfolgversprechend» sein.⁹⁷⁸ Die verklausulierte Formulierung im ZKB-Entscheid bietet viel Interpretationsspielraum.⁹⁷⁹ Die Auslegungen in der Literatur reichen entsprechend von «eindeutige Sanierungschancen»⁹⁸⁰, über «gute Aussichten auf einen Erfolg»⁹⁸¹ bis zu «günstige Prognose»⁹⁸² oder «realistische Chancen».⁹⁸³ Zum anderen sind die konkreten Anforderungen auch nicht geklärt, weil im ZKB-Entscheid die eingehende Prüfung der Sanierungsprognose unterbleiben konnte. Das Bundesgericht ging nämlich im konkreten Fall davon aus, dass nur ein gewöhnliches Darlehen (und kein Sanierungsdarlehen) vorgelegen habe, welches ohnehin kurz vor Konkurs nicht anfechtungsresistent zurückgezahlt werden könne. Schliesslich bleibt offen, ob und inwieweit die (unklaren) Erwägungen zur Sanierungsprognose im ZKB-Entscheid Allgemeingültigkeit beanspruchen. So hielt das Bundesgericht in einem späteren Entscheid fest, dass die Erwägungen im ZKB-Entscheid im Einzelfallkontext zu verstehen seien, selbst wenn sie apodiktisch formuliert sein mögen.⁹⁸⁴

Eine Anknüpfung an die Sanierungsprognose beim Sanierungsdarlehen ist nach dem Gesagten nicht zielführend.

ccc) Mögliche Schwellenwerte für die Wahrscheinlichkeit des Sanierungserfolgs in Rechtsprechung und Literatur zur Pauliana

Die konkreten Anforderungen an die prozentuale Wahrscheinlichkeit für die Sanierungsprognose bei der Pauliana sind mangels klarer Rechtsprechung und Literatur zur Sanierungsprognose bei anderen Instituten des OR oder SchKG eigenständig festzulegen.

⁹⁷⁷ BGE 134 III 452, 459 E. 5.3.

⁹⁷⁸ BGE 134 III 452, 460 E. 5.5.

⁹⁷⁹ GLANZMANN, Sanierungsdarlehen, S. 292; LORANDI, Rechtsprechung, S. 215.

⁹⁸⁰ EMMENEGGER, S. 176.

⁹⁸¹ GALLIKER/VON DER CRONE, S. 612.

⁹⁸² LORANDI, Rechtsprechung, S. 215.

⁹⁸³ BSK EB SchKG-BAUER, Art. 288 ad N 13; KUKO SchKG-UMBACH-SPAHN, Art. 288 N 13. Vgl. zum Ganzen auch SCHMID J., N 930.

⁹⁸⁴ BGE 137 III 268, 288 E. 4.2.4.

Im Folgenden werden die einzelnen Theorien der Lehre und Rechtsprechung zur Sanierungsprognose bei der Pauliana dargestellt. Es werden drei Theorien möglicher Schwellenwerte vertreten: (i) die More-likely-than-not-Prognose, (ii) die going-concern-Theorie und (iii) die Theorie, wonach die Sanierungsprognose nicht aussichtslos erscheinen darf.

More-likely-than-not-Prognose

Im Zusammenhang mit der Anfechtbarkeit von Honorarzahlungen für Verwaltungsratsleistungen hat das Obergericht des Kantons Zug in einem Entscheid festgehalten, dass die Schuldnerin die Gläubigerschädigung in Kauf nehme, wenn die Chancen der Sanierung und das Risiko des Scheiterns als gleich wahrscheinlich einzustufen seien. Bei dieser Ausgangslage habe die Schuldnerin im Zeitpunkt der Zahlungen den Konkurs ernsthaft in Betracht ziehen müssen.⁹⁸⁵ Das Bundesgericht hat sich im unpublizierten Beschwerdeentscheid (wohl aufgrund mangelnder Substantiierung des Beschwerdeführers) nicht zu diesem Aspekt geäußert. Es hielt jedoch fest, dass das Obergericht in Bezug auf den Beurteilungsmassstab betreffend die Schädigungsabsicht das Bundesrecht nicht verletzt habe.⁹⁸⁶

Nach den oben erwähnten Entscheiden müsste der Schuldner seine Sanierungsbemühungen abbrechen, sobald die Sanierungschancen und die Gefahr eines Zusammenbruchs ausgeglichen sind. Nur wenn die Sanierungschancen die Konkursgefahr überwiegen – sprich «more likely than not» sind –, dürfte von einer günstigen Prognose ausgegangen werden. Die Theorie der überwiegenden Wahrscheinlichkeit wird auch von Teilen der Literatur vertreten.⁹⁸⁷

In der Praxis scheitert die «More-likely-than-not»-Hürde daran, dass sie zu hoch angesetzt ist, weil sich kaum jemand auf solch einer hohen Prognose behaften lassen will. Ferner dürfte es den Gerichten bei der nachträglichen

⁹⁸⁵ Urteil OGer ZG 2006/44 vom 11. Dezember 2007, E. 4.b.aa (nicht publ.).

⁹⁸⁶ Urteil BGer 5A_64/2008 vom 14. Oktober 2008, E. 6.2.2 a.E.

⁹⁸⁷ KUKO SchKG-UMBACH-SPAHN/BOSSART, Art. 288 N 13 (allerdings wird auf REBSAMEN, Gleichbehandlung, N 555 verwiesen, der in N 556 nur von einer «ernsthaften Hoffnung auf Sanierung» spricht, und auf BGE 74 III 40, 48 E. 4, welcher sich zur strafrechtlichen Schädigungsabsicht bei der Gläubigerbevorzugung, nicht aber zur Schädigungsabsicht bei der Pauliana äussert).

Beurteilung der Sanierungsprognose nicht leichtfallen, solch hohe Wahrscheinlichkeit einer erfolgreichen Sanierung anzunehmen, wenn die Sanierung letztlich gescheitert ist.⁹⁸⁸ Mit Blick auf die restriktiv anzuwendende Pauliana würde der Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung, der grundsätzlich erst ab Konkurseröffnung gilt⁹⁸⁹, zu weit vorverlegt.

Going Concern

In der Literatur wird zum Teil vertreten, dass der Verlust des sog. Going Concerns (Fortführungsprognose) dazu führe, dass keine gute Sanierungsprognose mehr gestellt werden könne.⁹⁹⁰ Die These wird damit begründet, dass das Unternehmen nicht an die gleichmässige Gläubigerbefriedigung gebunden sein könne, solange ein Going Concern bestehe und von der Unternehmensleitung erwartet werden könne, dass sie das Unternehmen saniere.⁹⁹¹

In Anbetracht der vielfältigen Einflussfaktoren und der Unsicherheit von Annahmen und Schätzungen ist die genaue Bestimmung des Zeitpunkts, in welchem von einem Verlust der Going-Concern-Prämisse auszugehen ist, mit Schwierigkeiten verbunden.⁹⁹² Nach WITMER liegt der relevante Zeitpunkt dann vor, wenn aus objektiver Sicht der Konkurs ernstlich drohe oder gar unabwendbar scheine, mithin die Sanierung unrealistisch erscheine und eine Umstellung auf Liquidationswerte erfolgen müsse.⁹⁹³

Damit würde die Theorie des Going Concerns zu einem Zirkelschluss: Der Going Concern ist zu verneinen, sobald die Sanierung unrealistisch erscheint. Eine gute Sanierungsprognose ist wiederum zu verneinen, wenn ein Verlust des Going Concerns vorliegt.

⁹⁸⁸ Vgl. zum Problem des «Hindsight Bias» in BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 754 N 31c; ROBERTO/GRECHENIG, S. 5 ff.

⁹⁸⁹ Urteil BGer 5A_386/2008 vom 6. April 2009, E. 4.3.

⁹⁹⁰ ERNST, S. 418; WITMER, S. 155. Zum Going Concern nach IFRS: KLEIBOLD, S. 160. Zum Going Concern im Zusammenhang mit dem Aufschieben der Überschuldungsanzeige: NEUHAUS/IMARK, S. 91 f.

⁹⁹¹ ERNST, S. 418.

⁹⁹² KLEIBOLD, S. 161 FN 30.

⁹⁹³ WITMER, S. 155.

Konkurs abwendbar/Sanierung nicht aussichtslos

Teilweise wird in Literatur und Rechtsprechung vertreten, eine günstige Sanierungsprognose bestehe solange, als die Sanierung nicht gerade ausgeschlossen sei. Eine günstige Sanierungsprognose wird erst verneint, wenn kein Weg mehr am Konkurs vorbeiführe.⁹⁹⁴ Gewisse Anzeichen für diese Auslegung gibt auch die Formulierung in BGE 134 III 615 (Tempus-Entscheid), wonach keine Schädigungsabsicht vorliege, wenn «les conditions données au moment où l'acte a été passé permettaient, sur la base d'un examen objectif, d'espérer un redressement».

Umstände, die auf eine Sanierung zu *hoffen* erlauben, sind in sehr vielen Sanierungssituationen anzutreffen. Eine solch tiefe Hürde für die Wahrscheinlichkeit des Sanierungserfolgs ist problematisch. Es kann wohl kaum behauptet werden, dass der Schuldner, der die Gefahr der Konkurseröffnung mit überwiegender Wahrscheinlichkeit einschätzt, die Schädigung der Gläubiger bei der nachträglichen Begleichung einer gewöhnlichen Forderung nicht in Kauf nimmt. Blosser Hoffnungen auf eine Sanierung genügen nicht, um eine Schädigungsabsicht auszuschliessen.⁹⁹⁵

ddd) Eigene Stellungnahme: 50/50-Wahrscheinlichkeit

Bezahlt ein sich in der existenzgefährdenden Krise befindlicher Schuldner eine gewöhnliche Forderung, kann nach hier vertretener Ansicht das Fehlen einer Schädigungsabsicht vermutet werden, sofern die Chance einer erfolgreichen Sanierung und das Risiko eines Konkurses resp. einer Nachlassliquidation ausgewogen sind.⁹⁹⁶

Zwar besteht zwischen der More-likely-than-not-Prognose und der 50/50-Prognose theoretisch nur ein sehr kleiner Unterschied. In der Praxis macht es jedoch einen Unterschied, weil eine 50/50-Prognose faktisch eher bejaht werden kann.

⁹⁹⁴ Urteil ZGer BS vom 16. Juni 1983, E. 9a (publ. in BJM 83 240 ff., S. 245); RÜEDI, N 299.

⁹⁹⁵ BGE 134 III 452, 460 E. 5.4; 74 III 48, 54 E. 4.

⁹⁹⁶ So auch MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 16 N 85 im Zusammenhang mit dem Aufschub der Bilanzdeponierung.

Es ist auch weder nötig noch zielführend, die Hürde für die Sanierungsprognose tiefer anzusetzen (resp. höhere Anforderungen an den Nachweis der Schädigungsabsicht zu stellen), um zu verhindern, dass Lieferanten oder Dienstleister auf Vorschüsse umstellen. Diese stellen bei Anzeichen einer finanziellen Krise ohnehin auf Vorkasse um; und zwar unabhängig davon, ob eine nachträgliche Zahlung paulianisch anfechtbar wäre oder nicht. Die Anfechtungsresistenz vermag die Gefahr des möglichen Totalverlusts im Konkurs nicht zu beseitigen. Die Hürde der Sanierungsprognose tiefer anzusetzen, hätte somit keine verhaltenssteuernde Wirkung auf die Gläubiger.

Des Weiteren ist die Phase der existenzbedrohenden Krise nach vorliegendem Modell auf wenige, sehr einschneidende Tatbestände begrenzt (Überschuldung, Zahlungsunfähigkeit und wertungsgleiche Umstände).⁹⁹⁷ Die Pflicht zur Gläubigergleichbehandlung setzt damit nicht zu früh ein. Erst wenn die Konkursgefahr überwiegt, sind die Zahlungen des Schuldners bei dessen Überschuldung, Zahlungsunfähigkeit oder gleichwertigen Tatbeständen einzustellen.

Als Fazit lässt sich daher Folgendes festhalten: Wollen Dienstleister und Schuldner sicherstellen, dass die Zahlung des Schuldners (trotz dessen Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit) in einem etwaigen späteren Konkurs- oder Nachlassliquidationsverfahren nicht anfechtbar ist, müssen die Sanierungschancen mindestens 50 % betragen. Sind die Sanierungschancen unter 50 % (wenn auch nicht völlig aussichtslos), ist dagegen die Schädigungsabsicht des zahlenden Schuldners zu vermuten.

Liegen die Chancen auf eine erfolgreiche Sanierung bei mindestens 50 %, wird im Folgenden von einer «günstigen Sanierungsprognose» gesprochen. Wird dagegen auf die Schwelle der Sanierungsprognose Bezug genommen, die in der Lehre oder Rechtsprechung vertreten wird, wird nachstehend der Begriff «positive» resp. «gute» Sanierungsprognose verwendet.

eee) Einheitlicher Massstab bei der Pauliana

Entgegen der Rechtsprechung des Bundesgerichts kann es für die Sanierungsprognose bei der Pauliana nicht darauf ankommen, ob diese Prognose im Zusammenhang mit Zahlungen des ordentlichen Geschäftsverkehrs, Zah-

⁹⁹⁷ Vgl. S. 196.

lungen an die Revisionsstelle für die Prüfung der ordentlichen Jahresrechnung, Honorarzahlen an den Verwaltungsrat oder an einen Sanierungsberater erfolgt. Zwar mag der Nutzen der erwähnten Gläubigerleistungen divergieren. Massgebendes Kriterium zur Beurteilung der Schädigungsabsicht ist wie oben gesehen⁹⁹⁸ aber nicht der Nutzen der Gläubigerleistung, sondern der Nutzen der nachträglichen Zahlung für die Gläubigergesamtheit. Dieser Nutzen hängt davon ab, ob eine günstige Sanierungsprognose gestellt werden kann (d.h. wie oben gesehen, dass der Sanierungserfolg mit einer Wahrscheinlichkeit von mindestens 50 % zu erwarten ist). Soweit eine günstige Sanierungsprognose gestellt werden kann, dienen sämtliche Zahlungen von gewöhnlichen Forderungen direkt oder indirekt der Sanierung, indem sie Vertrauen bei den Gläubigern und Geschäftspartnern schaffen.⁹⁹⁹ Insofern muss bei nachträglichen Zahlungen von gewöhnlichen Forderungen auch ein einheitlicher Massstab betreffend die Sanierungsprognose gelten, ob dies nun Zahlungen an Lieferanten, Dienstleister, Revisionsstellen betrifft und unabhängig davon ob die Gläubigerforderung vertraglich oder von Gesetzes wegen entstanden ist.¹⁰⁰⁰

ee) Relevanter Zeitpunkt der Sanierungsprognose

Massgebender Zeitpunkt, in welchem die Schädigungsabsicht vorliegen muss, ist die Vornahme der Rechtshandlung.¹⁰⁰¹ Demnach ist auch der Zeitpunkt der Rechtshandlung entscheidend, um zu beurteilen, mit welcher Wahrscheinlichkeit eine erfolgreiche Sanierung erwartet werden darf. Nicht entscheidend sind dagegen die Sanierungschancen im Zeitpunkt der Gegenleistung des Gläubigers.

Zu berücksichtigen ist, dass naturgemäss erst nach Scheitern der Sanierungsbemühungen geprüft wird, ob aus damaliger Sicht eine günstige Sanierungs-

⁹⁹⁸ S. 200 ff.

⁹⁹⁹ Urteil HGer ZH vom 10. Januar 2007, E. VI.4 (publ. in ZR 106 (2007) Nr. 22, S. 105).

¹⁰⁰⁰ In diese Richtung auch Urteil BGer 5A_316/2016 vom 14. März 2017, E. 4.4.

¹⁰⁰¹ BGE 134 III 452, 457 E. 4.2; BLUMENSTEIN, S. 890; BRAND, Anfechtungsrecht, S. 149; JÄGER, Art. 288 N 5; KNOBLOCH, S. 101; LORANDI, Sicherungsgeschäfte, S. 1309; SCHMID J., N 316; SCHÜPBACH, Action révocatoire, Art. 288 N 99. Vgl. vorne S. 144.

prognose gestellt werden konnte.¹⁰⁰² Dies birgt die Gefahr des sog. «*Hindsight Bias*», wonach bei Fehlresultaten auf ein Fehlverhalten geschlossen wird¹⁰⁰³ resp. aufgrund kognitiver Täuschung die Eintrittswahrscheinlichkeit eines (tatsächlich eingetretenen) Ereignisses nach dessen Eintritt viel höher eingestuft wird, als dies aus damaliger Sicht hätte vorausgesehen werden können.¹⁰⁰⁴ Zu beachten ist bei der nachträglichen Beurteilung der Sanierungsprognosen auch, dass Prognosen notwendigerweise mit etlichen Unsicherheitsfaktoren und subjektiven Gewichtungen verbunden sind.

ff) *Massgebende Sicht für die Beurteilung der Sanierungsprognose*

Der Schuldner handelt nicht in Schädigungsabsicht, wenn er im Zeitpunkt der Zahlung unter Berücksichtigung der (vernünftigerweise verfügbaren) anfechtungsrelevanten Informationen davon ausgehen darf, dass eine günstige Sanierungsprognose besteht. Zunächst ist zu prüfen, wessen Sicht betreffend Sanierungschancen massgebend ist – die des Schuldners oder die eines objektivierten Dritten. Ferner ist zu klären, was unter sanierungsrelevanten Informationen, die vernünftigerweise verfügbar sind, zu verstehen ist.

Für die Sanierungsprognose ist die objektivierte Ex-ante-Sicht des Schuldners entscheidend.¹⁰⁰⁵ Die Einschätzung der Sanierungschancen muss auf objektiven Kriterien beruhen, die auch durch unabhängige Dritte nachvollzogen werden können.¹⁰⁰⁶ Blosser Hoffnungen des Schuldners, die Sanierungschancen seien mindestens 50 %, genügen dagegen nicht. Abzulehnen ist daher die in BGE 134 III 615 (Tempus-Entscheid) enthaltene Erwägung betreffend Sanierungschancen, in der darauf abgestellt wurde, dass der Verwaltungsratspräsident an das Überleben des Unternehmens geglaubt habe.¹⁰⁰⁷

¹⁰⁰² Im Kontext des Sanierungsdarlehens siehe auch SCHMID J., N 321; WOLF, N 201.

¹⁰⁰³ BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 754 N 31c. Im Zusammenhang mit der Anfechtung eines Sanierungsdarlehens vgl. BAHAR, S. 336.

¹⁰⁰⁴ ROBERTO/GRECHENIG, S. 5 ff.; SCHMID J., N 321; WOLF, N 201.

¹⁰⁰⁵ In diese Richtung wohl auch MEIER U., S. 121, im Zusammenhang mit der Beurteilung der Sanierungsaussicht für den Aufschub der Bilanzdeponierung.

¹⁰⁰⁶ EMMENEGGER, S. 179.

¹⁰⁰⁷ Vgl. aber BGE 134 III 615, 622 f. E. 5.3.

Die Prognose muss sich danach beurteilen, über welche Informationen der Schuldner im Zeitpunkt der anfechtbaren Rechtshandlung verfügte oder vernünftigerweise verfügen konnte, um die Sanierungschancen einzuschätzen.¹⁰⁰⁸ Dabei ist einerseits zu berücksichtigen, dass Geschäftsentscheide gerade in der Unternehmenskrise oft unter grossem Zeitdruck erfolgen.¹⁰⁰⁹ Andererseits ist zu beachten, dass mit Fortschreiten der Analyse der Sanierungschancen tendenziell mehr sanierungsrelevante Informationen verfügbar sind als zu Beginn. Tatsachen, welche die Sanierungschancen erheblich beeinträchtigen, die sich aber erst bei vertiefter Analyse herauskristallisieren, können demnach in der Anfangsphase keine Vermutung für eine Schädigungsabsicht des Schuldners begründen. Umgekehrt wird es in einer späteren Phase schwieriger sein abzustreiten, dass der Schuldner von gewissen sanierungs(be-)hindernden Tatsachen Kenntnis hatte und somit in Schädigungsabsicht handelte.

Der Schuldner darf durchaus auf eine aktuelle Sanierungsprognose eines externen Sanierungsberaters abstellen, wenn er diesen sorgfältig ausgewählt und instruiert hat.¹⁰¹⁰ Erforderlich ist, dass die Prognose die entscheidenden Faktoren, die (abhängig vom Stand der Sanierung) vernünftigerweise verfügbar sind, berücksichtigt und auch aus Sicht eines abstrakt vorgestellten, unabhängigen Dritten in einer vergleichbaren Situation nachvollziehbar ist. Werden dem Sanierungsberater sanierungshindernde Tatsachen verschwiegen – was einer unsorgfältigen Instruktion gleichkommt –, kann auf seine Prognose nicht abgestellt werden.

gg) ***Zusammenfassung***

Unter Sanierung ist nach hier vertretener Ansicht die *dauerhafte finanzielle Gesundheit und die Wiederherstellung der Ertragskraft des Schuldners* zu verstehen. Die Eintrittswahrscheinlichkeit des Sanierungserfolgs (die sog.

¹⁰⁰⁸ Vgl. diese Überlegungen im Zusammenhang mit der Verantwortlichkeitsklage nach Art. 754 OR in Urteil BGer 4A_120/2013 vom 27. August 2013, E. 3; BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 754 N 31c. Der Informationsstand hat gemäss BRUGGER/VON DER CRONE, S. 186, angemessen zu sein.

¹⁰⁰⁹ SENN, S. 83.

¹⁰¹⁰ BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 403b; BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 754 N 32 in Bezug auf die aktienrechtliche Verantwortlichkeit.

Sanierungsprognose) hängt davon ab, ob der Schuldner sanierungsfähig und -würdig ist und bei den Sanierungsträgern ein entsprechender Sanierungswille vorliegt.

Zur Beurteilung der Schädigungsabsicht bei kongruenten Deckungen, die weder der Schadensabwendung dienen noch offensichtlich unnütz sind, ist eine Sanierungsprognose im Zeitpunkt der gläubigerschädigenden Handlung des *Schuldners* vorzunehmen. Lag die Eintrittswahrscheinlichkeit des Sanierungserfolgs aufgrund der objektiven Umstände, die der Schuldner im Zeitpunkt seiner Handlung vernünftigerweise berücksichtigen konnte, bei mindestens 50 %, wird vorliegend von einer «günstigen Sanierungsprognose» gesprochen. Bei einer günstigen Sanierungsprognose ist zu vermuten, dass der Schuldner nicht in Schädigungsabsicht gehandelt hat.

c) *Anwendungsfälle*

Nachfolgend werden die oben (S. 159 ff.) vom Bundesgericht entschiedenen Einzelfälle kongruenter Deckungen wieder aufgegriffen und unter dem Drei-Phasen-Modell beurteilt. Hierbei soll auch aufgezeigt werden, wo es im Resultat von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung abweicht und wo es übereinstimmt.

aa) *Ordentlicher Geschäftsverkehr*

Durch Zahlungen im Rahmen der normalen Geschäftstätigkeit entsteht für die Gläubiger nur dann kein Schaden, wenn eine günstige Sanierungsprognose gestellt werden kann. Zahlungen tragen in diesem Fall zum Vertrauen der Lieferanten, Dienstleister sowie der Kunden und insofern auch zur Aufrechterhaltung der Geschäftstätigkeit bei, was letztlich der Sanierung dient.¹⁰¹¹ Ist dagegen die Wahrscheinlichkeit des Scheiterns grösser als die Chance auf Sanierung, bewirkt die nachträgliche Zahlung von Forderungen aus dem gewöhnlichen Geschäftsverkehr regelmässig bloss einen Abfluss von Vollstreckungssubstrat.

Wie gesehen, hat das Bundesgericht die Schädigungsabsicht noch nie allein unter Berufung auf die normale resp. ordentliche Geschäftstätigkeit verneint (siehe S. 159 ff.). Das mag daran liegen, dass in den konkreten Fällen die

¹⁰¹¹ VOGT, Absichtsanfechtung, S. 1080.

Aussichten auf eine Sanierung schlecht waren. Wird daraus *e contrario* gefolgert, dass das Bundesgericht bei günstiger Sanierungsprognose die Schädigungsabsicht verneint hätte, stimmte das hier vertretene Modell mit der Rechtsprechung des Bundesgerichts im Resultat überein.

Im Rahmen des ordentlichen Geschäftsverkehrs werden auch Dienstleistungen in Anspruch genommen (wie bspw. Steuerberater, Anwälte etc.) und honoriert. Das Bundesgericht hat sich bislang noch nicht eingehend mit der Schädigungsabsicht bei solchen Zahlungen beschäftigt.¹⁰¹²

Wie andere Leistungserbringer auch, können Berater ihre Leistungen grundsätzlich auf Vorschussbasis erbringen und somit einer Anfechtung entgegenwirken.¹⁰¹³ Wurden keine Vorschüsse vereinbart und erlangt der Dienstleister Kenntnis von den finanziellen Schwierigkeiten des Schuldners, steht es ihm grundsätzlich frei, das Mandat aufgrund Gefährdung seines Honorars niederzulegen (Art. 404 Abs. 1 OR). Sind die Leistungen des Dienstleisters für den Schuldner nicht dringlich¹⁰¹⁴, braucht er grundsätzlich auch keine Schadenersatzansprüche wegen Beendigung zur Unzeit i.S.v. Art. 404 Abs. 2 OR zu befürchten. Ein Grund für eine anfechtungsrechtliche Privilegierung gegenüber anderen Gläubigern, die Leistungen im Rahmen des ordentlichen Geschäftsverkehrs erbringen, besteht daher nicht. Demnach erfolgt die Zahlung ausstehender Dienstleistungshonorare vermutungsweise nicht in Schädigungsabsicht.

¹⁰¹² Der *Swissair-Entscheid* in Sachen Flugsicherungsdienstleistungen (BGE 135 III 265) beschäftigte sich primär mit der Frage, ob eine betriebsnotwendige Zahlung vorlag. Dies wurde verneint und die Schädigungsabsicht der *Swissair* bejaht, weil sie die Zahlung einen Tag vor Gewährung der provisorischen Nachlassstundung vornahm.

¹⁰¹³ Stellte man auf die neueste Rechtsprechung des Bundesgerichts ab, wären *Rechtsanwälte* gar gezwungen, (fast) immer Vorschüsse zu verlangen, sofern sie ihr Recht auf Eintreibung der ausstehenden Honorare nicht gefährden wollten. Grund hierfür ist, dass ein Anwalt, der zwecks Eintreibung einer Honorarforderung um die Entbindung vom Anwaltsgeheimnis ersucht, gemäss Bundesgericht zunächst darlegen muss, weshalb ihm die Sicherstellung des Honorars mittels Erhebung von Vorschüssen nicht möglich war (BGE 142 II 307, 311 f. E. 4.3.3. Als *obiter dictum* zitiert in Urteil BGer 2C_215/2015 vom 16. Juni 2016, E. 5.2 (nicht publ. in BGE 142 II 256). Bestätigt in Urteil BGer 2C_704/2016 vom 6. Januar 2017, E. 3.2 m.H. auf Kritik in der Literatur: BESSENICH, Nr. 192; SCHILLER, S. 502 f.; STAEHELIN E., S. 393 ff.).

¹⁰¹⁴ Dringlich sind bspw. Anwaltsleistungen kurz vor einer Gerichtsverhandlung.

digungsabsicht, solange eine günstige Sanierungsprognose gestellt werden kann.

Bei dringlichen Angelegenheiten, in denen der Berater seine Leistung trotz Kenntnis der finanziellen Schieflage erbringen muss, weil er ansonsten Schadenersatzansprüche zu befürchten hätte, könnte man sich überlegen, ob anschliessende Honorarzahlungen aus Billigkeitsgründen anfechtungsrechtlich zu privilegieren wären. Derweil ist dieses Billigkeitsargument der Rechtssicherheit abträglich, weil nicht konkret bestimmbar ist, bis zu welchem Zeitpunkt die Privilegierung dieser Zahlungen noch als gerechtfertigt erscheint.

bb) *Zahlungen an Sanierungsberater*

Nachträgliche Zahlungen an Sanierungsberater sind gleich zu behandeln wie Honorarzahlungen an andere Dienstleister und Zahlungen an Lieferanten. Sie sind erst ab Phase II, d.h. in der existenzbedrohenden Unternehmenskrise, kritisch; und zwar dann, wenn im Zeitpunkt der Zahlung keine günstige Sanierungsprognose gestellt werden kann, d.h. wenn das Risiko des Scheiterns grösser ist als die Wahrscheinlichkeit eines Sanierungserfolgs.

Sofern im Zeitpunkt der Zahlung die Sanierung gescheitert ist resp. nicht mehr erfolversprechend erscheint, ist mit Blick auf die Anfechtbarkeit unbeachtlich, ob im Zeitpunkt der Sanierungsleistung noch von einer günstigen Sanierungsprognose ausgegangen werden durfte. Der Sanierer hat sich über die Sanierungschancen sowie die Entwicklung der Sanierung auf dem Laufenden zu halten. Er kann sein Honorar nur so lange einfordern, als dies die finanzielle Situation des Schuldners erlaubt.¹⁰¹⁵

Bei Zahlungen an Sanierungsberater weicht die hier vertretene These sowohl in der Begründung als auch im Resultat von der bundesgerichtlichen Einzelfallrechtsprechung¹⁰¹⁶ ab. Nach hier vertretener These erfolgen Zahlungen an Sanierungsberater, die kurz vor Konkurseröffnung getätigt werden, vermuthungsweise in Schädigungsabsicht. Dieses Resultat scheint jedoch gerechtfertigt.

¹⁰¹⁵ Zum Ganzen: Urteil OGer ZH LB070108 vom 21. August 2009, E. II.4c; RÜEDI, N 335.

¹⁰¹⁶ Siehe S. 162 ff.

tigt, weil der Sanierungsberater mehr als alle anderen um die finanzielle Situation des Schuldners weiss und sich entsprechend absichern kann.¹⁰¹⁷

cc) *Zahlungen an Revisionsstellen*

Wie alle anderen Zahlungen an Dienstleister wird auch bei Honorarzahlungen an Revisionsstellen nach hier vertretener Ansicht nur dann eine Schädigungsabsicht vermutet, wenn keine günstige Sanierungsprognose (d.h. weniger als 50 %) besteht. Dem Einwand, es handle sich bei der Leistung der Revisionsstelle um eine gesetzlich vorgesehene Massnahme, kann aus den auf S. 176 f. dargelegten Gründen nicht gefolgt werden. Entscheidend ist der Nutzen der Schuldnerleistung (d.h. der Honorarzahlung), der sich aus der finanziellen Lage des Schuldners und der Art der Schuldnerleistung ergibt. Ein solcher Nutzen besteht nur, soweit im Zeitpunkt der Zahlung eine günstige Sanierungsprognose gestellt werden kann. Nicht massgebend ist demgegenüber der Nutzen der Gläubigerleistung (Revisionsleistungen).

Auch hier weicht die hier vertretene These, würde sie auf BGE 134 III 615 (Tempus-Entscheid) übertragen, sowohl in der Begründung als auch im Resultat von der bundesgerichtlichen Einzelfallrechtsprechung¹⁰¹⁸ ab.

dd) *Zahlungen an Verwaltungsräte (für die allgemeine Verwaltungsratsstätigkeit)*

Ob es sich bei Leistungen des Verwaltungsrats um gesetzlich vorgesehene Leistungen im Interesse der Gläubiger handelt, ist für die Schädigungsabsicht irrelevant. Honorarzahlungen an Verwaltungsräte können nur dann anfechtungsresistent vorgenommen werden, wenn sie bei günstiger Sanierungsprognose erfolgen.

Zahlungen von Verwaltungsrats honoraren, die noch kurz vor Konkurs erfolgen, zu privilegieren, käme dagegen einem Wertungswiderspruch zur Rechtsprechung betreffend die privilegierten Forderungen i.S.v. Art. 219 Abs. 4 SchKG gleich und ist daher abzulehnen. Honorarforderungen von leitenden

¹⁰¹⁷ Vgl. oben S. 172.

¹⁰¹⁸ Siehe S. 173 ff.

Angestellten werden gerade nicht privilegiert behandelt¹⁰¹⁹; umso mehr muss dies für Verwaltungsrats honorare gelten.

Im Resultat stimmt das hier vertretene Modell mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung¹⁰²⁰ überein.

ee) *Zahlung von Sozialversicherungsforderungen*

Wie das Bundesgericht in einem neueren Entscheid richtig ausgeführt hat, hängt die Schädigungsabsicht bei der Zahlung von Forderungen der Sozialversicherungen von den Sanierungschancen ab. Ob die Verpflichtung, Sozialversicherungsbeiträge zu bezahlen, auf einer gesetzlich entstandenen Obligation beruht, ist demgegenüber irrelevant.¹⁰²¹

Das hier vertretene Modell stimmt mit der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichts¹⁰²² sowohl in der Begründung als auch im Ergebnis überein.

ff) *Druckzahlungen*

Auch bei Druckzahlungen lässt sich das hier vertretene Modell anwenden. Druckzahlungen erfolgen wie gesehen¹⁰²³, weil ein Gläubiger mit Zwangsmitteln (bspw. Betreibung oder Konkurs) droht. Die Bezahlung solcher Gläubiger ist aus ökonomischer Sicht geboten und dient den übrigen Gläubigern, sofern eine günstige Sanierungsprognose gestellt werden kann. Die Sanierung des Schuldners soll nicht dadurch verhindert werden, dass Schulden nicht bezahlt (und somit zufolge Zahlungseinstellung der Konkurs eröffnet würde) und dadurch wichtige Geschäftsbeziehungen gefährdet werden.¹⁰²⁴

Eine Schädigungsabsicht des Schuldners bei Druckzahlungen wird demnach vermutet, wenn der Schuldner diese Zahlungen ausführt, obschon – wie in

¹⁰¹⁹ BGE 118 III 46, 48 E. 2a.

¹⁰²⁰ Siehe S. 179.

¹⁰²¹ Zum Ganzen: Urteil BGer 5A_316/2016 vom 14. März 2017, E. 4.4.

¹⁰²² Siehe S. 182.

¹⁰²³ Vgl. S. 183.

¹⁰²⁴ VOGT, Absichtsanfechtung, S. 1080. ROTH, Krisendarlehen, S. 62, wonach es ökonomisch sinnvoll resp. gar geboten sei, wenn ein überschuldetes, aber sanierungsfähiges Unternehmen die wichtigsten Gläubiger bezahlt und somit bevorzugt behandelt, soweit dadurch der Konkurs verhindert werden könne.

BGE 135 III 276 (Air-Total-Entscheid) – keine günstige Sanierungsprognose mehr gestellt werden kann.¹⁰²⁵ Im Ergebnis stimmt daher die hier vertretene These mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung¹⁰²⁶ überein.

4.8 Ergebnis

Zur Beurteilung der Schädigungsabsicht wird vorliegend ein einheitliches Modell vorgeschlagen. Das Modell beruht auf einer Kombination von zwei Elementen, die gleichermassen zu berücksichtigen sind: der finanziellen Lage des Schuldners und der Art der Schuldnerleistung. Je nach Konstellation ergibt das Modell, ob die angefochtene Schuldnerhandlung für die Gläubigergesamtheit von Nutzen war oder nicht. Ist die Schuldnerhandlung nützlich, handelt der Schuldner vermutungsweise nicht in Schädigungsabsicht, im umgekehrten Fall wird die Schädigungsabsicht vermutet.

Die nachstehende Tabelle enthält eine graphische Veranschaulichung des Drei-Phasen-Modells. In der Übersicht werden diejenigen Fälle, in denen eine Schädigungsabsicht vermutet wird, mit einem «x» gekennzeichnet und grau hinterlegt.

¹⁰²⁵ Vgl. BGE 135 III 276, 285 E. 7.2 (Air-Total-Entscheid).

¹⁰²⁶ Siehe S. 183.

	Phase I Ernsthafte wirtschaftliche Schwierigkeiten	Phase II Existenz- bedrohende Krise		Phase III Terminalphase
Sanierungschancen (im Zeitpunkt der angefochtenen Handlung) Angefochtene Rechtshandlung	Keine unmittelbare Insolvenzgefahr	Ila ≥ 50 %	IIb < 50 %	Keine Sanierung möglich
Schenkung	x	x		x
Inkongruente Deckung	–	x		x
Kongruente Deckung (i.d.R. nachträgliche Zahlung)				
– Zahlung zur Schadensabwendung	–	–		–
– Zahlung von offensichtlich nutzlosen Leistungen	–	x		x
– Übrige Zahlungen (Zahlung an Lieferanten, Organe, Sanierungsberater und andere Dienstleister etc.)	–	–	x	x

5. **Beweisfragen**

5.1 **Im Allgemeinen**

Die Schädigungsabsicht hat zu beweisen, wer aus der Erfüllung des Tatbestands Rechte ableitet.¹⁰²⁷ Das wird in aller Regel der Anfechtende sein. Die Feststellung der äusseren Gegebenheiten ist eine Tatfrage. Eine durch das Bundesgericht frei überprüfbare Rechtsfrage ist hingegen die Beurteilung, ob gestützt auf die Feststellungen dieser äusseren Gegebenheiten eine Schädigungsabsicht i.S.v. Art. 288 SchKG vorliegt.¹⁰²⁸

Gemäss dem Drei-Phasen-Modell kann der Anfechtende für den Beweis der Schädigungsabsicht das kumulative Vorliegen folgender zwei Tatsachen nachweisen: die finanzielle Lage, d.h. in welcher Phase (I–III) sich der Schuldner im Zeitpunkt der anfechtbaren Handlung befunden hat und die Art der Schuldnerleistung (Schenkung, inkongruente Deckung, nachträgliche Zahlung etc.). Ergibt die Kombination beider Tatsachen, dass die Schuldnerleistung für die Gläubigergesamtheit nutzlos ist, besteht eine natürliche Vermutung für die Schädigungsabsicht des Schuldners.

Der Anfechtungsgegner kann die sich aus dem Drei-Phasen-Modell ergebende Vermutung durch ausreichenden Gegenbeweis widerlegen.¹⁰²⁹ Dabei kann er zum einen die Vermutungsbasis umstossen. Bei der Anfechtung der Zahlung einer fälligen Forderung kann er bspw. den Gegenbeweis erbringen, dass er im Zeitpunkt der Zahlung aufgrund bestimmter Umstände von einer 50 %-igen Sanierungschance ausgehen durfte. Zum anderen steht ihm die Möglichkeit offen, den Gegenbeweis gegen die Vermutungsfolge zu erbringen. Er kann also darlegen, dass trotz der Phase und der Art der Schuldnerleistung keine Schädigungsabsicht vorlag. Gelingt dem Anfechtungsgegner der Gegenbeweis nicht, ist die Schädigungsabsicht aufgrund der Vermutung erstellt.

¹⁰²⁷ Art. 8 ZGB; BGE 137 III 268, 282 E. 4; AMONN/WALTHER, § 52 N 25.

¹⁰²⁸ BGE 135 III 276, 284 f. E. 7.1; 134 III 452, 456 E. 4.1; VOGT, Damoklesschwert, S. 169.

¹⁰²⁹ Urteil HGer ZH HG050372 vom 19. November 2007, E. III.4.4.1 (nicht publ.).

Anzumerken bleibt, dass der Anfechtende in gewissen Fällen den Nachweis einer Schädigungsabsicht auch direkt, d.h. ohne Zuhilfenahme der Vermutungen des Drei-Phasen-Modells, erbringen kann. Dies ist bspw. beim wohl äusserst seltenen Fall gegeben, in welchem der Schuldner schriftlich resp. in einer E-Mail seine Schädigungsabsicht eingesteht.

5.2 Beweislastumkehr gemäss Art. 288 Abs. 2 SchKG betreffend Schädigungsabsicht?

Wird eine nahestehende Person begünstigt, trägt diese gemäss Art. 288 Abs. 2 SchKG die Beweislast dafür, dass sie die Schädigungsabsicht nicht erkennen konnte. Der Wortlaut von Art. 288 Abs. 2 SchKG bezieht sich allein auf die Erkennbarkeit und nicht auf die Schädigungsabsicht. In der Literatur wird dagegen vermutlich aufgrund der Entstehungsgeschichte zum Teil vertreten, dass die in Art. 288 Abs. 2 SchKG vorgesehene Beweislastumkehr auch für die Schädigungsabsicht gilt.¹⁰³⁰ Nachfolgend wird daher zunächst auf die Entstehungsgeschichte eingegangen.

Art. 288 Abs. 2 SchKG wurde im Zuge der Revision des Sanierungsrechts per 1.1.2014 eingeführt. Der erste Bericht der Expertengruppe Nachlassverfahren sah lediglich eine Beweislastumkehr hinsichtlich der Erkennbarkeit vor.¹⁰³¹ Dagegen umfasste die Beweislastumkehr im zweiten Bericht der Expertengruppe¹⁰³², im Begleitbericht zum Vorentwurf¹⁰³³ und in der Botschaft¹⁰³⁴ nicht nur die Erkennbarkeit, sondern auch die Schädigungsabsicht. Trotzdem beschränkte sich die Formulierung von Art. 288 Abs. 2 SchKG im Vorentwurf der Expertengruppe und im Entwurf des Bundesrates (sowie schliesslich im Gesetz) auf die Vermutung der Erkennbarkeit. In den parlamentarischen Beratungen war teilweise von der Vermutung beider subjektivi-

¹⁰³⁰ MEIER/SIEGWART, S. 100; SK SchKG-MAIER, Art. 288 N 19.

¹⁰³¹ Bericht Sanierungsrecht 2005, S. 57.

¹⁰³² Bericht Sanierungsrecht 2008, S. 30.

¹⁰³³ Begleitbericht VE Sanierungsrecht 2008, S. 28.

¹⁰³⁴ Botschaft Sanierungsrecht 2010, S. 6478.

ven Tatbestände (Schädigungsabsicht und Erkennbarkeit)¹⁰³⁵ und teilweise nur von deren Erkennbarkeit die Rede¹⁰³⁶.

Aufschluss hinsichtlich der Bestimmung vermag nebst dem klaren Wortlaut die *ratio legis* geben. Die Grundidee der Beweiserleichterung war es, die bisherige Praxis zu kodifizieren, wonach das Näheverhältnis eine natürliche Vermutung für die Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht begründete.¹⁰³⁷ Eine solche Praxis bestand jedoch nur betreffend die Erkennbarkeit, nicht aber betreffend die Schädigungsabsicht.¹⁰³⁸

Im Ergebnis ist auf den klaren Wortlaut sowie auf den Sinn und Zweck der Bestimmung abzustellen. Die Beweislastumkehr gilt daher lediglich für die Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht, nicht aber für die Schädigungsabsicht selbst.

§ 8 Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht

1. Einleitung

Gemäss dem Wortlaut von Art. 288 Abs. 1 SchKG ist für die Anfechtbarkeit erforderlich, dass die Schädigungsabsicht des Schuldners für den Dritten

¹⁰³⁵ Votum Bischof, AB 2013 StR, S. 443; Votum Huber, AB 2013 NR, S. 606.

¹⁰³⁶ Votum Sommaruga, AB 2013 StR, S. 444.

¹⁰³⁷ Bericht Sanierungsrecht 2005, S. 57. Im Bericht Sanierungsrecht 2008, S. 30, wird dies zwar nicht explizit aufgegriffen. Immerhin wird aber wiederholt, dass die Erkennbarkeit – die Schädigungsabsicht bleibt unerwähnt – bei nahestehenden Beteiligten faktisch vermutet werde, die beweisrechtliche Lage aber Anfechtungsansprüche behindere.

¹⁰³⁸ BGE 43 III 247, 251 E. 4; 40 III 293, 298 E. 2. Die Rechtsprechung (BGE 43 III 247, 251 E. 3) erwähnte den Fall des Näheverhältnisses im Zusammenhang mit der Absicht einzig bei einem Entscheid betreffend unentgeltlichen Verfügungen trotz drohender Überschuldung. In diesem Entscheid führte es aus, dass beim Nachweis der Absicht kein strenger Massstab angelegt werden dürfe, sprach jedoch nicht von einer natürlichen Vermutung der Schädigungsabsicht. Siehe hierzu auch HANGARTNER, S. 35; FENKART, S. 421.

erkennbar war. *A fortiori* ist die Tatbestandsvoraussetzung auch erfüllt, wenn der Dritte um die Schädigungsabsicht weiss.¹⁰³⁹

2. Person

Unter «dem anderen Teile», bei dem gemäss Gesetz die Erkennbarkeit vorgelegen haben muss, ist nicht nur der Begünstigte zu verstehen. Es genügt bereits, wenn die Erkennbarkeit beim (nicht begünstigten) Empfänger vorhanden war, wenn dadurch ein anderer begünstigt wurde.¹⁰⁴⁰ Handelt der «andere Teil» durch ein Organ oder einen Vertreter, dessen Handlungen ihn verpflichten, genügt es, wenn das Organ, der Vertreter oder der Vertretene allein die Schädigungsabsicht kannte oder hätte erkennen müssen.¹⁰⁴¹ Der Einfachheit halber wird nachfolgend allein vom «Begünstigten» gesprochen.

3. Zeitpunkt

Massgebend ist die Erkennbarkeit im Zeitpunkt der anfechtbaren Rechtshandlung¹⁰⁴², was in der Regel das Verfügungsgeschäft ist.¹⁰⁴³ Die spätere Erkenntnis oder Erkennbarkeit schadet dem Begünstigten nicht.¹⁰⁴⁴

¹⁰³⁹ BGE 135 III 276, 286 E. 8.1.

¹⁰⁴⁰ JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN, Art. 288 N 16; MÜLLER E., S. 234; BGE 138 III 497, 510 E. 7.3; 135 III 265, 267 E. 2 nennen ausschliesslich den Begünstigten als massgebliche Person.

¹⁰⁴¹ BGE 134 III 452, 457 E. 4.3; 21 I 279, 286 E. 6; JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN, Art. 288 N 13. Der Vertretene muss sich demnach die Erkennbarkeit durch die Organe oder durch direkte Stellvertreter anrechnen lassen.

¹⁰⁴² BGE 138 III 497, 510 E. 7.3; 134 III 452, S. 457 E. 4.2; BSK EB SchKG-BAUER, Art. 288 ad N 18; HUNKELER, Absichtsanfechtung, S. 147; LORANDI, Rechtsprechung, S. 222.

¹⁰⁴³ A.M. BSK SchKG II-STAEHELIN A., Art. 288 N 22, wonach der Abschluss des Rechtsgeschäfts massgebend sei.

¹⁰⁴⁴ BSK SchKG II-STAEHELIN A., Art. 288 N 22; VOCK/MÜLLER D., S. 362.

4. Gegenstand

4.1 Bundesgericht

Das Bundesgericht setzt entgegen dem Wortlaut von Art. 288 Abs. 1 SchKG nicht voraus, dass die Schädigungs*absicht* – als subjektive, innere Haltung des Schuldners – für den Dritten erkennbar war oder tatsächlich erkannt wurde. Gemäss Rechtsprechung genügt bereits, dass der Anfechtungsgegner die (objektive) *Schädigung der Gläubiger* als mögliche Folge der angefochtenen Rechtshandlung bei Anwendung der nach den Umständen gebotenen Sorgfalt und Aufmerksamkeit hätte erkennen können und müssen.¹⁰⁴⁵ Fahrlässiges Nichterkennen des Begünstigten genügt.¹⁰⁴⁶

Hiermit werde – so das Bundesgericht – keine unbeschränkte Erkundigungspflicht aufgestellt. Im Allgemeinen brauche sich niemand darum zu kümmern, ob durch ein Rechtsgeschäft die Gläubiger des Vertragspartners geschädigt werden oder nicht. Nur wenn *deutliche Anzeichen*¹⁰⁴⁷ für eine Gläubigerschädigungsabsicht (wie oben gesehen, ist damit die objektive, gläubigerschädigende Wirkung gemeint) bestünden, dürfe vom Begünstigten eine *sorgfältige Prüfung* verlangt werden, ob jene Absicht wirklich bestehe oder nicht.¹⁰⁴⁸ Diese Prüfungs- resp. Erkundigungsobliegenheit bestehe darin, den Schuldner zu befragen und die notwendigen Erkundigungen einzuziehen.¹⁰⁴⁹ Die Obliegenheit des Begünstigten, sich zu erkundigen, dürfe den ordentlichen Geschäftsverkehr indes nicht beeinträchtigen. Man

¹⁰⁴⁵ BGE 138 III 497, 510 E. 7.3; 135 III 265, 267 E. 2; 134 III 452, 456 E. 4.2; SCHMID J., N 324 f.; VOGT, Damoklesschwert, S. 187; WEBER, S. 5.

¹⁰⁴⁶ BGE 134 III 452, 456 E. 4.2; JAGMETTI, S. 237; RÜEDI, N 346.

¹⁰⁴⁷ Beispiele deutlicher Anzeichen: BGE 134 III 452, 465 f. E. 8.4 («wirtschaftliche Gesamtlage»: massiver Vorjahresverlust und erste einschneidende Massnahmen, wie die Auswechslung der Führungsspitze); 99 III 89, 92 E. 4 («wenn die schlechte finanzielle Lage des Schuldners offensichtlich ist»); Urteil BGer 5C_3/2007 vom 9. August 2008, E. 3.4.

¹⁰⁴⁸ *E contrario* kann weder eine sorgfältige Prüfung durch den Begünstigten verlangt noch auf die Erkennbarkeit geschlossen werden, wenn keine deutlichen Anzeichen bestehen (SCHMID J., N 329).

¹⁰⁴⁹ BGE 135 III 265, 267 E. 2; 134 III 452, 456 f. E. 4.2; 99 III 89, 91 f. E. 4b; 37 II 303, 310 E. 6.

müsse dem Begünstigten vorwerfen können, dass er die offenkundig schlechte finanzielle Lage des Schuldners verkannt hat.¹⁰⁵⁰

Soweit durch den Begünstigten bei Vorliegen deutlicher Anzeichen keine Erkundigungen eingeholt worden sind, wird in der Praxis regelmässig nicht geprüft, ob die Erkundigungen weitere relevante Anzeichen hervorgebracht hätten. Stattdessen geht die Rechtsprechung in diesen Fällen implizit davon aus, dass entsprechende Nachforschungen die Erkennbarkeit offenkundig gemacht hätten.¹⁰⁵¹

4.2 Würdigung

Das Bundesgericht vertritt wie dargelegt die Meinung, dass es für die Erkennbarkeit genüge, wenn die schädigende Wirkung der Schuldnerhandlung erkennbar sei. Diese Ansicht ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass das Bundesgericht die finanzielle Lage des Schuldners teilweise auch im Kontext der Gläubigerschädigung (Teil des objektiven Tatbestands) berücksichtigt.¹⁰⁵² Nach hier vertretener Auffassung spielt die finanzielle Lage des Schuldners beim objektiven Tatbestand indes keine Rolle, sondern nur beim subjektiven.¹⁰⁵³ Die gläubigerschädigende Wirkung darf für die Erkennbarkeit daher nicht das einzige Kriterium sein. Ansonsten würde die Erkennbarkeit praktisch immer bejaht werden müssen. Der Begünstigte weiss resp. müsste in der Regel erkennen, dass es sich um eine (grundsätzlich immer gläubigerschädigende) inkongruente Deckung, Schenkung oder nachträgliche Schuldnerleistung handelt.

Beizupflichten ist dem Bundesgericht allerdings darin, dass sich die Erkennbarkeit nicht auf den schwer nachweisbaren inneren Willen beziehen muss. Bereits für den Nachweis der Schädigungsabsicht wird regelmässig nur auf die äusseren Umstände abgestellt.

¹⁰⁵⁰ Zum Ganzen: BGE 135 III 276, 286 E. 8.1.

¹⁰⁵¹ LORANDI, Rechtsprechung, S. 225.

¹⁰⁵² Vgl. S. 102.

¹⁰⁵³ Vgl. S. 102 ff.

4.3 Drei-Phasen-Modell

Wie vorne gesehen, kann die Schädigungsabsicht (im Sinne einer *natürlichen* Vermutung) vermutet werden, wenn die Kombination zweier Elemente ergibt, dass die Schuldnerhandlung für die Gläubigergesamtheit nutzlos war. Massgebend ist, in (i) welcher finanziellen Lage, d.h. ob sich der Schuldner bei der Vornahme der angefochtenen Handlung in einer der kritischen Phasen I–III (und gegebenenfalls in welcher) befunden hat und (ii) welche Art der Schuldnerhandlung (Schenkung, inkongruente oder kongruente Deckung) vorlag. Dementsprechend muss sich auch die Erkennbarkeit auf diese zwei – äusserlich wahrnehmbaren – Elemente beziehen.

Das heisst, bei der Schenkung muss der Begünstigte erkannt haben können, dass der Schuldner sich zumindest in einer ernsthaften Unternehmenskrise (Phase I) befand und es sich um eine Schenkung gehandelt hat. Bei einer inkongruenten Deckung muss der Begünstigte erkannt haben können, dass eine inkongruente Deckung vorlag und sich der Schuldner bereits in einer existenzbedrohenden Unternehmenskrise (Phase II) befand. Schliesslich muss der Begünstigte bei (gewöhnlichen) kongruenten Deckungen erkannt haben können, dass sich der Schuldner in der Phase IIb befand (d.h. dass der Schuldner überschuldet resp. zahlungsunfähig war (oder dass ein gleichwertiger Tatbestand vorlag) und die Sanierungschancen unter 50 % lagen) und dass die Zahlung des Schuldners nach der Gegenleistung des Gläubigers erfolgte.

In aller Regel wird sich die Frage der Erkennbarkeit auf die finanzielle Situation des Schuldners fokussieren. Welche *Art* der Schuldnerhandlung (als zweites Kriterium¹⁰⁵⁴ für die Beurteilung der Schädigungsabsicht) vorlag, dürfte dem Begünstigten in der Regel bekannt gewesen sein.

Der Vollständigkeit halber sei angemerkt, dass in Fällen, wo die Schädigungsabsicht ohne Zuhilfenahme des Drei-Phasen-Modells nachgewiesen werden kann (z.B. Geständnis-E-Mail), wohl auch ein direkter Beweis für die Erkennbarkeit vorliegt.

¹⁰⁵⁴ Vgl. S. 198 f.

5. Beweisfragen

5.1 Im Allgemeinen

Der Anfechtende hat die Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht zu beweisen.¹⁰⁵⁵ Hierzu muss er nachweisen, dass für den Begünstigten *deutliche* Anzeichen für die zwei äusseren Umstände der Schädigungsabsicht (d.h. die entsprechende Phase und die Art der Schuldnerhandlung) vorlagen. Gelingt ihm dies, steht dem Anfechtungsgegner der Gegenbeweis offen, dass er Erkundigungen eingeholt hat und gestützt auf plausible Informationen davon ausgehen durfte, dass (i) entweder trotz deutlichen Anzeichen die finanzielle Situation besser war als sie erschien oder dass, (ii) obschon sich die Anzeichen bestätigt haben, er aufgrund der konkreten Umstände von einem Fehlen der Schädigungsabsicht ausgehen durfte. In der Variante (i) kann er bspw. gegen die deutlichen Anzeichen für die Phase II vorbringen, dass es sich nur um einen vorübergehenden Zahlungsengpass gehandelt habe oder dass Rangrücktritte im Umfang der Unterdeckung bestanden¹⁰⁵⁶. Bei gewöhnlichen nachträglichen Zahlungen kann er bspw. vorbringen, dass er davon ausgehen durfte, im Zeitpunkt der angefochtenen Handlung hätten Sanierungschancen von mindestens 50 % bestanden, weil sich ein Investor zur Leistung eines A-fonds-perdu-Beitrags im Umfang der Unterdeckung bereiterklärt habe.¹⁰⁵⁷

Wenn der Anfechtende deutliche Anzeichen für eine Schädigungsabsicht nachweisen und der Anfechtungsgegner nicht darlegen kann, dass er trotz der deutlicher Anzeichen (i) überhaupt Erkundigungen eingeholt oder (ii) dass er aufgrund seiner Erkundigungen plausible Antworten erhalten hat, ist die Erkennbarkeit erstellt.

¹⁰⁵⁵ AMONN/WALTHER, § 52 N 25.

¹⁰⁵⁶ Bei Rangrücktritten im Umfang der Unterdeckung liegt nach hier vertretener Ansicht keine Überschuldung im anfechtungsrechtlichen Sinne vor. Vgl. auch S. 60.

¹⁰⁵⁷ Für den Sanierungseinwand muss er nicht vorbringen – wie im Air-Total-Entscheid *obiter dictum* ausgeführt – dass die Zahlungen im Rahmen eines Sanierungsplans erfolgt seien (BGE 135 III 276, E. 287 E. 8.2; VOGT, Damoklesschwert, S. 189).

Wie das Bundesgericht zu Recht festhält, darf die Erkennbarkeit – gerade mit Blick auf den Vertrauens- und Verkehrsschutz – nicht leichthin angenommen werden.¹⁰⁵⁸ Die Anforderungen an die (deutlichen) Anzeichen müssen dementsprechend hoch sein.

Die Obliegenheit des Begünstigten sich zu erkundigen darf den ordentlichen Geschäftsverkehr nicht beeinträchtigen. Hier ist zu berücksichtigen, dass die notwendigen Erkundigungen sich in erster Linie auf die finanzielle Lage des Schuldners beziehen werden.¹⁰⁵⁹ Der Schuldner ist gegenüber seinen Gläubigern in der Regel¹⁰⁶⁰ aber nicht verpflichtet, über seine finanzielle Lage Auskunft zu erteilen.¹⁰⁶¹ Oftmals wird der Schuldner auch nicht das tatsächliche Ausmass seiner finanziellen Misere offenlegen.

5.2 Beweislastumkehr bei nahestehenden Personen

Bei Rechtshandlungen zugunsten nahestehender Personen wird die Erkennbarkeit gemäss Art. 288 Abs. 2 SchKG gesetzlich vermutet. Art. 288 Abs. 2 SchKG bewirkt eine Umkehr der Beweislast. Der Anfechtungsgegner hat den Beweis des Gegenteils¹⁰⁶² zu erbringen; mithin muss er beweisen, dass die Schädigungsabsicht für ihn nicht erkennbar war.¹⁰⁶³

Art. 288 Abs. 2 SchKG definiert den Begriff der «nahestehenden Person» nicht. Als Beispiel werden einzig Konzerngesellschaften genannt. Gemäss der Botschaft zum neuen Sanierungsrecht kommen nebst Konzerngesell-

¹⁰⁵⁸ BGE 135 III 276, 286 E. 8.1.

¹⁰⁵⁹ BGE 99 III 89, 94 E. 4b/bb; LORANDI, Rechtsprechung, S. 224.

¹⁰⁶⁰ Ausgenommen sind bspw. Darlehensverträge, die regelmässig Informationspflichten vorsehen, damit der Darlehensgeber die Einhaltung sogenannter Covenants prüfen kann (KUHN, § 3 N 42).

¹⁰⁶¹ BGE 125 III 86, 89 E. 3c. Vorbehalten sind vertragliche Informationspflichten, wie sie in Darlehensverträgen oft vorgefunden werden.

¹⁰⁶² A.M. BSK EB SchKG-BAUER, Art. 288 ad N 23a. Gemäss BAUER hat der Anfechtungsgegner lediglich einen Gegenbeweis zu erbringen, was nach hier vertretener Ansicht nur zuträfe, wenn es sich um eine natürliche Vermutung handelte.

¹⁰⁶³ Zur Kritik an der Beweislastumkehr siehe Bericht Vernehmlassungsergebnis 2009, S. 22, wonach dem Prinzip «negativa non sunt probanda» widersprochen werde, was zur faktischen Kausalhaftung führe.

schaften auch Gross- und Mehrheitsaktionäre, Verwandte und Freunde der Organe in Betracht.¹⁰⁶⁴

Der Begriff der nahestehenden Person wird u.a. auch im Aktienrecht (in Art. 628 Abs. 2 OR, in Art. 663b^{bis} Abs. 1 Ziff. 5 und Abs. 5 OR, Art. 663c Abs. 3 OR sowie in Art. 678 Abs. 1 OR), im GmbH-Recht (Art. 800 OR) und in der VegüV (Art. 16 Abs. 1 und 2 VegüV) verwendet. Allerdings existiert auch dort keine Legaldefinition. Mit Blick auf die entsprechende Literatur werden als nahestehende Person sowohl Unternehmen, die von einem Verwaltungsrat des Schuldners beherrscht werden, in Einzelfällen aber auch der Berater und andere Vertrauensperson genannt.¹⁰⁶⁵

Nach hier vertretener Ansicht bietet es sich an, an die in der Botschaft zur Änderung des Aktienrechts (Transparenz betreffend Vergütungen) genannte Definition anzuknüpfen. Als nahestehende Person gelten dort alle Personen, die in enger Beziehung zur Gesellschaft resp. zu einem Organ dieser Gesellschaft stehen, unabhängig davon, ob diese Beziehung persönlicher, wirtschaftlicher, rechtlicher oder tatsächlicher Natur ist.¹⁰⁶⁶

6. Zusammenfassung

Die Erkennbarkeit bezieht sich auf die Schädigungsabsicht des Schuldners bzw. die Schädigung. Entsprechend muss sich die Erkennbarkeit – wenn sie nicht direkt bewiesen werden kann – auf die im Drei-Phasen-Modell aufgeführten zwei äusserlich wahrnehmbaren Kriterien beziehen: die finanzielle Lage des Schuldners (d.h. die konkrete Phase) sowie die Art der Schuldnerleistung.

Die Erkennbarkeit ist vom Anfechtenden zu beweisen, soweit es sich beim Begünstigten nicht um eine nahestehende Person i.S.v. Art. 288 Abs. 2 SchKG handelt. Für den Nachweis der Erkennbarkeit muss der Anfechtende

¹⁰⁶⁴ Botschaft Sanierungsrecht 2010, S. 6478; KUKO SchKG-UMBACH-SPAHN/BOSS-ART, Art. 288 N 15a.

¹⁰⁶⁵ CRAMER, S. 159 ff.; BSK OR II-SCHENKER F., Art. 628 N 10; BSK VegüV-WATTER/MAIZAR, Art. 16 N 5.

¹⁰⁶⁶ Botschaft OR (Transparenz betreffend Vergütungen) 2004, S. 4489; BSK VegüV-WATTER/MAIZAR, Art. 16 N 4.

darlegen können, dass deutliche Anzeichen für die obgenannten zwei Kriterien bestanden und der Begünstigte diese erkennen konnte resp. hätte erkennen müssen. Der Begünstigte kann dagegen vorbringen, dass er trotz diesen deutlichen Anzeichen gestützt auf Erkundigungen von einer anderen Ausgangslage (z.B. von einer besseren finanziellen Situation des Schuldners oder erfolgversprechenden Sanierungsbemühungen) ausgehen durfte, die keine Schädigungsabsicht indiziert hätte.

§ 9 Handlungsoptionen für den Dienstleister

1. Übersicht

Soweit keine anderslautende vertragliche Vereinbarung besteht, ist der Beauftragte vorleistungspflichtig.¹⁰⁶⁷ Zwar steht es ihm grundsätzlich frei, nachträglich um einen Vorschuss zu bitten.¹⁰⁶⁸ Wenn sich der Auftraggeber zur Leistung eines solchen jedoch weigert, entbindet dies den Beauftragten grundsätzlich nicht von der nach Art. 394 Abs. 1 OR bestehenden Pflicht, den Auftrag vertragsgemäss auszuführen – selbst wenn der Auftraggeber zwischenzeitlich in eine finanzielle Schieflage geraten ist.

Im Folgenden wird geprüft, welche Handlungsoptionen dem Beauftragten in der Krise des Auftraggebers zur Verfügung stehen, wenn kein Vorschuss vereinbart wurde. Geprüft werden folgende Optionen: (i) den Auftrag kündigen resp. zurücktreten, (ii) sich dazu entschliessen, untätig zu bleiben, (iii) die Geltendmachung von Leistungsverweigerungsrechten nach Art. 82 f. OR und (iv) die Geltendmachung von dinglichen und obligatorischen Retentionsrechten.

¹⁰⁶⁷ Siehe FN 475.

¹⁰⁶⁸ Zur Anfechtbarkeit von nachträglich vereinbarten Vorschüssen siehe S. 72.

2. Kündigung des Auftrags resp. Rücktritt des Beauftragten (Art. 404 OR)

Der Beauftragte kann jederzeit den Auftrag kündigen.¹⁰⁶⁹ Erfolgt die Kündigung zur Unzeit, wird der Beauftragte jedoch schadenersatzpflichtig.¹⁰⁷⁰ Er haftet im Umfang des negativen Vertragsinteresses.¹⁰⁷¹

Ob die Kündigung zur Unzeit erfolgt, hängt vom Einzelfall ab. Eine Kündigung, die kurz vor Ablauf eines innerhalb bestimmter Frist zu erfüllenden Auftrags ergeht, erfolgt meist zur Unzeit, soweit es dem Auftraggeber nicht möglich oder nicht zuzumuten ist, eine Ersatzlösung zu suchen.¹⁰⁷²

Nachstehend wird anhand von drei beispielhaften Auftragsverhältnissen resp. Innominatkontrakten mit auftragsrechtlichen Elementen¹⁰⁷³ untersucht, wann eine Kündigung resp. ein Rücktritt zur Unzeit erfolgt.

2.1 Mandatsniederlegung durch den Rechtsanwalt

In der Regel kann ein Rechtsanwalt sein Mandat gemäss Art. 404 OR jederzeit niederlegen. Erfolgt die Mandatsniederlegung ausnahmsweise zur Unzeit, kann dies nebst zivilrechtlichen Konsequenzen auch disziplinarrechtliche Sanktionen nach sich ziehen.¹⁰⁷⁴

Soweit die Ausführung des Mandats zeitlich objektiv dringlich ist, weil bspw. nicht erstreckbare Fristen einzuhalten sind, kann ein Fall von einer Beendigung zur Unzeit vorliegen.¹⁰⁷⁵ Eine solche Beendigung zur Unzeit liegt dagegen nicht vor, wenn der Klient die Leistung eines Honorarvor-

¹⁰⁶⁹ Art. 404 Abs. 1 OR.

¹⁰⁷⁰ Art. 404 Abs. 2 OR. Zum Umfang der Schadenersatzpflicht vgl. DERENDINGER, N 73 ff.; DESSEMONTET, S. 188 ff.; BK OR-FELLMANN, Art. 404 N 52; BK OR-GAUTSCHI, Art. 404 N 19a.

¹⁰⁷¹ BSK OR I-WEBER R., Art. 404 N 17.

¹⁰⁷² BK OR-FELLMANN, Art. 404 N 60.

¹⁰⁷³ Zur rechtlichen Einordnung des Verhältnisses zwischen der Revisionsstelle resp. dem Verwaltungsrat und der Aktiengesellschaft siehe FN 50 und FN 51.

¹⁰⁷⁴ Kommentar BGFA-FELLMANN, Art. 12 lit. a N 32b.

¹⁰⁷⁵ BK OR-FELLMANN, Art. 404 N 100.

schusses verweigert und es ihm nach Mandatsniederlegung durch den Anwalt in zeitlicher Hinsicht noch möglich ist, seine Interessen selbst zu wahren oder einen anderen Anwalt beizuziehen.¹⁰⁷⁶

2.2 Rücktritt der Revisionsstelle

Sofern eine Revisionsstelle in der finanziellen Schieflage des zu prüfenden Unternehmens zurücktritt, besteht für sie die Gefahr, dass ihr Rücktritt als zur Unzeit erfolgt betrachtet wird und sie folglich schadenersatzpflichtig wird.¹⁰⁷⁷

Nach BÖCKLI ist es grundsätzlich wenig problematisch, wenn sich die Revisionsstelle bei der nächsten Generalversammlung resp. Gesellschafterversammlung nicht mehr zur Wiederwahl stellt.¹⁰⁷⁸ Kritisch ist dagegen insbesondere ein Rücktritt, wenn sich eine Überschuldung anbahnt oder bereits festgestellt wurde. Tritt die Revisionsstelle bei drohender Überschuldung noch vor deren Feststellung zurück, erfolgt der Rücktritt regelmässig zur Unzeit. Grund hierfür ist, dass die Gesellschaft in einem zeitaufwendigen Verfahren eine neue Revisionsstelle auswählen, die Konditionen aushandeln, die Wahlvoraussetzungen abklären und eine ausserordentliche Generalversammlung einberufen muss; und zwar in einer Zeit, in welcher dringender Handlungsbedarf besteht. Gemäss Art. 725 Abs. 2 OR ist der Verwaltungsrat bei drohender Überschuldung nämlich verpflichtet, eine Zwischenbilanz zu erstellen und einem zugelassenen Revisor zur Prüfung vorzulegen.¹⁰⁷⁹

Stellt die Revisionsstelle bei der Prüfung der ihr vorgelegten (Zwischen-) Bilanz die Überschuldung des Unternehmens fest und tritt daraufhin zurück, so erfolgt ihr Rücktritt wegen ihrer subsidiären Pflicht zur Überschuldungsanzeige zur Unzeit.¹⁰⁸⁰

¹⁰⁷⁶ BK OR 1971-GAUTSCHI, Art. 404 N 18a.

¹⁰⁷⁷ CAMPONOVO, S. 533. Im Allgemeinen: BÖCKLI, Aktienrecht, § 15 N 643; HOPF, S. 650; PFIFFNER, N 576.

¹⁰⁷⁸ BÖCKLI, Aktienrecht, § 15 N 644; BSK OR II-REUTTER, Art. 730a N 16.

¹⁰⁷⁹ Zum Ganzen: BÖCKLI, Aktienrecht, § 15 N 643.

¹⁰⁸⁰ BÖCKLI, Aktienrecht, § 15 N 643.

2.3 Rücktritt des Verwaltungsrats

Obschon der Verwaltungsrat für eine bestimmte Amtsdauer gewählt wird, steht es ihm grundsätzlich frei, jederzeit zurückzutreten.

Gemäss BÖCKLI erfolgt ein Rücktritt des Verwaltungsrats aber zur Unzeit, wenn der Verwaltungsrat eine Überschuldung feststellt und noch vor Benachrichtigung des Richters zurücktritt.¹⁰⁸¹ Dies ist zu relativieren. Besteht eine Pflicht zur Bilanzdeponierung, aber verhindern bspw. die übrigen Verwaltungsräte den zur Bilanzdeponierung notwendigen Mehrheitsbeschluss, erfolgt der Rücktritt eines einzelnen Verwaltungsrats nicht zur Unzeit.¹⁰⁸²

3. Untätigkeit

Gemäss Art. 394 Abs. 1 OR *verpflichtet* sich der Beauftragte mit Annahme des Auftrags, die ihm übertragenen Geschäfte oder Dienste vertragsgemäss zu besorgen, d.h. zur Ausführung des Auftrags. Er haftet gemäss Art. 398 Abs. 2 und Abs. 3 OR für das Erfüllungsinteresse (positives Interesse).¹⁰⁸³

Bleibt der Beauftragte nach Annahme des Auftrages trotz Fälligkeit¹⁰⁸⁴ seiner Leistung untätig, ohne das Auftragsverhältnis zu kündigen, liegt eine Leistungsstörung vor.¹⁰⁸⁵ Für den dadurch entstandenen Schaden hat der Beauftragte einzustehen.¹⁰⁸⁶ Ist die Erfüllung noch möglich, kann der Auftraggeber nach Art. 107 ff. OR vorgehen.¹⁰⁸⁷ Demgegenüber wird der Beauftragte bei nachträglicher objektiver Unmöglichkeit der Ausführung des Auf-

¹⁰⁸¹ Zum Ganzen: BÖCKLI, Aktienrecht, § 13 N 56.

¹⁰⁸² HANDSCHIN, S. 442.

¹⁰⁸³ HOFSTETTER, S. 91.

¹⁰⁸⁴ Zur Fälligkeit siehe BK OR-FELLMANN, Art. 398 N 255 ff.

¹⁰⁸⁵ BK OR-FELLMANN, Art. 398 N 189. Vorbehalten ist die Einrede nach Art. 83 OR.

¹⁰⁸⁶ BGE 124 III 423, E. 3b; HONSELL, BT, S. 348.

¹⁰⁸⁷ BK OR-FELLMANN, Art. 398 N 194; HOFSTETTER, S. 93.

trags gemäss Art. 97 OR schadenersatzpflichtig, soweit er deren Eintritt verschuldet hat.¹⁰⁸⁸

Anders sieht gemäss h.L. die Rechtslage aus, wenn der Beauftragte untätig bleibt, weil der Auftraggeber nicht bereit ist, einen Vorschuss für die künftigen *Auslagen* zu gewähren. Ohne Vereinbarung eines Vorschusses wird der Anspruch auf Ersatz der Auslagen mit der Vermögenseinbusse des Beauftragten fällig (nicht erst mit Erfüllung des Auftrags).¹⁰⁸⁹ Ein eigentlicher Anspruch auf Bevorschussung besteht nicht, soweit nichts anderes vereinbart oder üblich ist.¹⁰⁹⁰ Wenn aber der Auftraggeber sich mangels Vereinbarung weigert, einen Vorschuss zu leisten, muss der Beauftragte den Auftrag grundsätzlich nicht ausführen.¹⁰⁹¹ Eine Ausführungspflicht trotz fehlendem Vorschuss für die Auslagen besteht ausnahmsweise dann, wenn einer der folgenden Fälle gegeben ist: (i) wenn der Beauftragte den Vorschuss für die Auslagen nicht rechtzeitig verlangt, (ii) bereits hinreichende Deckung zur Auftragsausführung vom Auftraggeber oder vom Dritten erhalten hat oder (iii) durch die Auftragsausführung eine solche mit Sicherheit erlangen wird.¹⁰⁹²

¹⁰⁸⁸ BK OR-FELLMANN, Art. 398 N 194. Zur nachträglichen subjektiven Unmöglichkeit: BK OR-FELLMANN, Art. 398 N 229 ff.

¹⁰⁸⁹ BK OR 1934-BECKER, Art. 402 N 14; BK OR-FELLMANN, Art. 402 N 52; HOFSTETTER, 87; ZK OR 1936-OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 402 N 9; KUKO OR-SCHALLER, Art. 402 N 4; BSK OR I-WEBER R., Art. 402 N 7.

¹⁰⁹⁰ BK OR-FELLMANN, Art. 402 N 67; HOFSTETTER, S. 86; BSK OR I-WEBER R., Art. 402 N 10. In diese Richtung auch BK OR 1934-BECKER, Art. 402 N 14;

¹⁰⁹¹ BK OR 1934-BECKER, Art. 402 N 14; BK OR I-FELLMANN, Art. 402 N 68; HOFSTETTER, S. 86; BSK OR I-WEBER R., Art. 402 N 10. In diese Richtung auch BK OR 1971-GAUTSCHI, Art. 402 N 3a.

¹⁰⁹² BK OR 1971-GAUTSCHI, Art. 402 N 3b.

4. **Leistungsverweigerungsrechte nach Art. 82 f. OR**

4.1 **Leistungsverweigerung nach Art. 82 OR**

Bei synallagmatischen Verträgen, deren Leistungen *Zug um Zug* zu erbringen sind, kann Art. 82 OR angerufen werden.¹⁰⁹³ Gemäss Art. 82 OR kann eine Partei eine an sich fällige Leistung verweigern, wenn die andere Partei ihre Leistung nicht gehörig erfüllt oder anbietet (sog. Einrede des nicht oder nicht gehörig erfüllten Vertrags).¹⁰⁹⁴

Der *vorleistungspflichtige* Beauftragte kann demgegenüber seine Leistung – trotz eines Austauschverhältnisses zwischen der Dienstleistung des Beauftragten und der Vergütungspflicht des Auftraggebers¹⁰⁹⁵ – nicht gestützt auf Art. 82 OR verweigern. Die Vorleistungspflicht des Beauftragten schliesst eine Anrufung von Art. 82 OR aus, da Art. 82 OR nur bei Zug um Zug zu erbringenden Leistungen zur Anwendung gelangt.¹⁰⁹⁶

Dennoch muss der Beauftragte den Auftraggeber nicht auf unbestimmte Zeit kreditieren. Soweit eine Abrede besteht, wonach der Beauftragte dem Auftraggeber periodisch Rechnung stellen darf, kann jener analog zum Arbeitsrecht die Fortführung des Auftrags gemäss Art. 82 OR von der Begleichung

¹⁰⁹³ BK OR-FELLMANN, Art. 394 N 484; CR CO-HOHL, Art. 82 N 1.

¹⁰⁹⁴ BGE 94 II 263, 267 E. 3a; BSK OR-LEU, Art. 82 N 1.

¹⁰⁹⁵ KUKO OR-SCHALLER, Art. 394 N 1; SUTER, S. 15. Das Austauschverhältnis hat dagegen zur Folge, dass der Auftraggeber die Honorarzahlung verweigern kann, wenn der Beauftragte nicht geleistet hat.

¹⁰⁹⁶ BGE 105 II 28, 30 f. E. 2a; BK OR-FELLMANN, Art. 394 N 484; BK OR-WEBER R., Art. 82 N 146. A.M. KUKO OR-SCHALLER, Art. 394 N 1: Bei Leistungsstörungen im Zusammenhang mit der Dienstleistungserbringung oder Honorarzahlung sei Art. 82 OR anwendbar. Hierbei verweist er auf BK OR-WEBER R., Art. 82 N 99. WEBER hält aber lediglich fest, dass zwischen der Dienstleistungserbringung und der Honorarzahlung ein Austauschverhältnis bestehe. Die Berufung auf Art. 82 OR bei einem vorleistungspflichtigen Beauftragten lehnt WEBER ab. Der Beauftragte kann bei vereinbarter periodischer Rechnungsstellung aber (wie im Arbeitsrecht) die Einrede von Art. 82 OR erheben, wenn der Auftraggeber mit einer fälligen Zahlung in Verzug ist. BK OR-WEBER R., Art. 82 N 142c.

der fälligen Honorarrechnungen für vergangene Perioden abhängig machen.¹⁰⁹⁷ Die Vorleistungspflicht bezieht sich nur auf eine bestimmte Rechnungsperiode, nicht jedoch auf mehrere (sog. unbeständige Vorleistungspflicht).¹⁰⁹⁸

Art. 82 OR kann sodann nur bei zwei in Austausch stehenden (Haupt-) Leistungspflichten angerufen werden, nicht aber, wenn sich eine Haupt- und eine Nebenleistungspflicht gegenüberstehen. In Einzelfällen kann eine Leistungspflicht, welche normalerweise als Nebenleistungspflicht qualifiziert würde, als Hauptleistungspflicht ausgestaltet sein. So kann bspw. die Lieferung von Dokumenten eine eigentliche Hauptleistungspflicht darstellen, statt eine blosser Nebenleistungspflicht i.S.v. Art. 400 OR zu sein und entsprechend i.S.v. Art. 82 OR in einem Austauschverhältnis zum Honoraranspruch stehen.¹⁰⁹⁹ Das dürfte aber gerade bei Dienstleistungsverhältnissen nur in seltenen Ausnahmefällen zutreffen.

4.2 Leistungsverweigerung nach Art. 83 OR

Art. 83 OR gewährt bei synallagmatischen Verträgen der einen Partei ein Leistungsverweigerungsrecht, wenn ihr Anspruch auf die Gegenleistung wegen Zahlungsunfähigkeit der anderen Partei gefährdet ist.¹¹⁰⁰ Im Gegensatz zu Art. 82 OR kann Art. 83 OR auch angerufen werden, wenn die zah-

¹⁰⁹⁷ BK OR-WEBER R., Art. 82 N 142c stützt das Weigerungsrecht auf Art. 82 OR. A.M. SOGO, S. 167, wonach dem Beauftragten bei Dauerschuldverhältnissen ein obligatorisches Retentionsrecht bezüglich Leistungen aus verschiedenen Leistungsperioden zusteht.

¹⁰⁹⁸ Gleiche Begründung beim Arbeitsverhältnis betreffend Lohnzahlung und Arbeitspflicht: BK OR-WEBER R., Art. 82 N 90a. BSK OR I-LEU, Art. 82 N 8.

¹⁰⁹⁹ BGE 122 IV 322, 327 E. 3b. Nach Ansicht von JERMANN, S. 281, ist bspw. die Herausgabe des Revisionsberichts einer gewählten Revisionsstelle an die zu prüfende Gesellschaft eine Hauptpflicht. Die Revisionsstelle ist demnach – soweit sie nicht vorleistungspflichtig ist – berechtigt, die Herausgabe des Revisionsberichts zurückhalten, bis der Auftraggeber die Zahlung ausgeführt hat oder wenigstens Erfüllung anbietet (sog. Realoblation). Zu den Grenzen des Leistungsverweigerungsrechts siehe BK OR-WEBER R., Art. 82 N 192 ff.

¹¹⁰⁰ BSK OR I-LEU, Art. 83 N 1.

lungsfähige Partei vorleistungspflichtig ist.¹¹⁰¹ Ist eine Vertragspartei eines synallagmatischen Vertrags – zu dem auch der entgeltliche Auftrag gehört¹¹⁰² – nach Abschluss des Vertrags zahlungsunfähig geworden und wird dadurch der Anspruch der Gegenpartei gefährdet, kann diese gestützt auf Art. 83 Abs. 1 OR ihre Leistung so lange zurückhalten, bis ihr die Gegenleistung sichergestellt wird.

Zahlungsunfähig i.S.v. Art. 83 Abs. 1 OR ist derjenige, der auf unbestimmte Zeit nicht über ausreichend liquide Mittel verfügt, um seine fälligen Verbindlichkeiten zu erfüllen.¹¹⁰³ Nicht vorausgesetzt wird, dass über den Schuldner Konkurs eröffnet oder er fruchtlos gepfändet wurde. Die Zahlungsunfähigkeit kann sich bspw. beim Stundungsgesuch über eine längere Dauer, bei der Eröffnung des Nachlassverfahrens oder bei der Einstellung von Zahlungen offenbaren.¹¹⁰⁴ Überschuldete Schuldner müssen nicht zwangsläufig auch zahlungsunfähig sein.¹¹⁰⁵ Fraglich ist daher, ob Art. 83 OR auch zur Anwendung gelangt, wenn die Gegenpartei zwar nicht zahlungsunfähig, aber überschuldet ist.

Soweit in der Lehre überhaupt auf die Problematik eingegangen wird, wird die Anwendbarkeit von Art. 83 OR verneint, wenn der Schuldner bloss überschuldet, nicht aber zahlungsunfähig ist.¹¹⁰⁶ Die Rechtsprechung hat sich bislang nicht explizit zur Leistungsverweigerung gegenüber überschuldeten Vertragspartnern geäußert. Man kann sich durchaus fragen, ob die Nichtanwendung von Art. 83 OR beim bloss überschuldeten, aber nicht zahlungsunfähigen Vertragspartner berechtigt ist. Immerhin ist die Forderung des auf-

¹¹⁰¹ BK OR 1945-BECKER, Art. 83 N 6; BK OR-WEBER R., Art. 83 N 22. Vorausgesetzt wird indes, dass die vorleistungspflichtige und zahlungsfähige Partei ihre Leistung noch nicht erbracht hat.

¹¹⁰² BGE 104 II 108, 112 E. 2; BK OR-WEBER R., Art. 82 N 60.

¹¹⁰³ Urteil HGer ZH vom 14. Juni 1946, E. 4 (publ. in ZR 46 (1947) Nr. 2, S. 10).

¹¹⁰⁴ Zum Ganzen: BGE 105 II 28, 30 E. 1; 68 II 177, 180; BK OR 1945-BECKER, Art. 83 N 1 ff.; BSK OR I-LEU, Art. 83 N 2; BK OR-WEBER R., Art. 83 N 30. Vgl. auch die Literatur zu Art. 897 ZGB (ZK ZGB-OFTRINGER/BÄR, Art. 897 N 5 ff.).

¹¹⁰⁵ Vgl. dazu S. 8.

¹¹⁰⁶ ZK OR 1929-OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 83 N 5; REBSAMEN, Gleichbehandlung, N 277; ZK OR-SCHRANER, Art. 83 N 14. A.M. BK OR-WEBER R., Art. 83 N 37.

rechtstehenden Vertragspartners auch bei der Überschuldung der Gegenpartei gefährdet. Auch sie kann zu einer Konkursöffnung führen, welche gemäss Art. 208 Abs. 1 SchKG sämtliche Forderungen fällig werden lässt und daher den Anspruch des Beauftragten auf vollständige Bezahlung bedroht. Ein weiteres Argument für die Anwendbarkeit von Art. 83 OR beim bloss überschuldeten Vertragspartner findet sich bei einem Vergleich mit dem Darlehensrecht. Dieses kennt eine ähnliche Bestimmung wie Art. 83 OR: Gemäss Art. 316 Abs. 1 OR kann der Darleiher die Aushändigung des Darlehens verweigern, wenn der Borger seit dem Vertragsabschluss zahlungsunfähig geworden ist. Die Literatur zu Art. 316 Abs. 1 OR ist sich – anders als bei Art. 83 OR – dahingehend einig, dass dies auch beim überschuldeten Borger gelten muss.¹¹⁰⁷

Art. 83 Abs. 1 OR gewährt wie gesehen einen Anspruch auf Sicherstellung. Wird die Leistung der zahlungsunfähigen Partei nicht innerhalb angemessener Frist sichergestellt, kann die Gegenpartei gemäss Art. 83 Abs. 2 OR vom Vertrag zurücktreten. Der Anspruch auf Sicherstellung ist kein klagbarer Anspruch. Es stellt sich daher die Frage, ob die Sicherstellung nach Art. 287 SchKG anfechtbar ist, wenn der Schuldner im Zeitpunkt der Gewährung nicht nur zahlungsunfähig, sondern auch überschuldet ist. Nach hier vertretener Ansicht ist dies zu verneinen.¹¹⁰⁸ Grund hierfür ist, dass Art. 287 Ziff. 1 SchKG nur diejenigen Rechtshandlungen erfasst, bei welchen der Schuldner den Gläubiger ohne frühere Verpflichtung sicherstellt, weil er die Leistung schon erhalten hat oder diese *auch ohne Sicherstellung* durchsetzen könnte. In den Fällen von Art. 83 Abs. 1 OR kann der zahlungsunfähige Auftraggeber die Leistung des Beauftragten aber gerade nicht durchsetzen, ohne sie vorgängig sicherzustellen. Im Übrigen entspricht es dem Billigkeitsgebot und der Einheit der Rechtsordnung, wenn das Recht auf Sicherstellung, wel-

¹¹⁰⁷ CR CO-BOVET/RICHA, Art. 316 N 5; HUGUENIN, N 3071; CHK OR-SCHÖNENBERGER, Art. 316 N 3.

¹¹⁰⁸ Vgl. bspw. SOGO, S. 252. Denkbar ist allerdings eine Anfechtung nach Art. 288 SchKG, wenn die durch die Sicherstellung erhaltene Gegenleistung in gläubigerschädigender Weise verwendet wird und dies für die Gegenpartei erkennbar war (sog. *mittelbare Gläubigerschädigung*). BGE 63 III 150, 155 E. 3. A.M. scheint BK OR-WEBER R., Art. 83 N 64, der Art. 288 SchKG ohne Einschränkungen anzuwenden scheint. Diese Ansicht ist m.E. abzulehnen.

ches Art. 83 OR einräumt, nicht durch Art. 287 Ziff. 1 SchKG torpediert würde.¹¹⁰⁹

5. Dingliche und obligatorische Retentionsrechte

5.1 Voraussetzung

Nach Art. 895 f. ZGB kann der Gläubiger (fremde) verwertbare bewegliche Sachen und Wertpapiere, die sich mit Willen des Schuldners in seinem Besitze befinden, bis zur Befriedigung seiner Forderung zurückbehalten, wenn die Forderung ihrer Natur nach mit dem Gegenstand der Retention in Zusammenhang steht. Die Forderung des Gläubigers muss grundsätzlich auch fällig sein. Keine Fälligkeit wird verlangt, wenn der Schuldner zahlungsunfähig ist (Art. 897 Abs. 1 ZGB).

Ausgehend vom Gedanken, dass es rechtsmissbräuchlich und unbillig wäre, wenn eine Partei ihre vertraglichen Ansprüche durchsetzen könnte, ohne ihre eigenen Pflichten erfüllen zu müssen, bejahen die h.L. und Rechtsprechung zudem ein sog. obligatorisches Zurückbehaltungsrecht für Fälle, in denen weder das dingliche Retentionsrecht nach Art. 895 ZGB noch das Leistungsverweigerungsrecht gemäss Art. 82 OR greift.¹¹¹⁰ Das obligatorische Retentionsrecht erlaubt dem Betreffenden, seine Leistung zu verweigern, bis ihm die aus dem gleichen Verhältnis geschuldete Leistung gewährt wird. Vorausgesetzt wird, dass die zurückbehaltene Sache resp. das Wertpapier beweglich und verwertbar ist.¹¹¹¹ Im Übrigen kann es im Vergleich zum dinglichen Retentionsrecht unter erleichterten Voraussetzungen geltend gemacht werden: Es ist auch bei unvollkommen (unwesentlich) zweiseitigen Verträgen (z.B. beim unentgeltlichen Auftrag) sowie bei nicht im Austausch stehenden

¹¹⁰⁹ Zum Ganzen: BGE 63 III 150, 154 f. E. 2. Zum Ausschluss der Gläubigerschädigung bei der Leistung des Schuldners aufgrund von Art. 83 OR siehe auch REBSAMEN, Gleichbehandlung, N 491, 573.

¹¹¹⁰ BGE 122 IV 322, 328 E. 3c/bb mit Verweis auf BGE 94 II 263, 267 E. 3a; BK OR-FELLMANN, Art. 400 N 186; VON TUHR/ESCHER, S. 68.

¹¹¹¹ BGE 122 IV 322, 328 f. E. 3c/bb f. m.w.H.; 78 II 376, 378 f. E. 2; BK OR-FELLMANN, Art. 400 N 186; BSK ZGB II-RAMPINI/SCHULIN/VOGT, Art. 895 N 11.

Leistungen anwendbar und kann auch an eigenen Sachen des Retentionsgläubigers geltend gemacht werden (weil das Eigentum an der Sache bspw. durch Vermischung auf ihn übergegangen ist).

5.2 Bei Dienstleistungen

Will der Beauftragte die Herausgabe des in Ausführung des Mandats Erlangten resp. des selbst Geschaffenen zurückbehalten, bis der Auftraggeber das geschuldete Honorar beglichen hat, stehen ihm hierzu grundsätzlich das dingliche (Art. 895 ZGB) und das obligatorische Retentionsrecht zu.¹¹¹²

Im Ergebnis bringt das Retentionsrecht für den Dienstleister aber keinen Mehrwert gegenüber dem Zurückbehaltungsrecht i.S.v. Art. 83 OR. Der Begriff der Zahlungsunfähigkeit orientiert sich an demjenigen von Art. 83 OR.¹¹¹³ Es besteht daher die Gefahr, dass die Gerichte im Einklang mit der h.L. (und entgegen vorliegend vertretener Ansicht) der Auffassung sind, dass die Voraussetzung der Fälligkeit der Retentionsforderung nur entfällt, wenn der Auftraggeber zahlungsunfähig ist, nicht aber bei dessen blosser Überschuldung. Des Weiteren fehlt es bei Dienstleistungsverhältnissen zumeist an einem verwertbaren Retentionsgegenstand.¹¹¹⁴ Schliesslich kann das Retentionsrecht gegebenenfalls nach Art. 287 Abs. 1 SchKG resp. nach Art. 288 SchKG angefochten werden, wenn der Schuldner den retinierten Gegenstand dem Dienstleister nach Vertragsabschluss übergeben hat.¹¹¹⁵

¹¹¹² BGE 122 IV 322, 326 E. 3; VON TUHR/ESCHER, S. 68.

¹¹¹³ ZK ZGB-OFTRINGER/BÄR, Art. 897 N 5; BSK ZGB II-RAMPINI/SCHULIN/VOGT, Art. 897 N 2.

¹¹¹⁴ Geschäftsunterlagen, Jahresabschlüsse, Revisionsberichte und Gutachten sind nicht verwertbar (JERMANN, S. 280); vgl. dagegen BGE 105 II 188, 192 ff. E. 3 f. zum Retentionsrecht einer Treuhandgesellschaft an Aktien, die ihr die insolvenzgefährdete Gesellschaft vor Konkurseröffnung zur Aufbewahrung übergeben hat.

¹¹¹⁵ Vgl. KUKO SchKG-UMBACH-SPAHN/BOSSART, Art. 287 N 2.

6. Zusammenfassung

Dem Dienstleister steht ein Anspruch auf Honorarvorschuss nur dann zu, wenn dies vertraglich vereinbart wurde. Wurde kein Vorschuss vereinbart, ist der Beauftragte grundsätzlich verpflichtet, den Auftrag auszuführen, selbst wenn der Auftraggeber in finanzielle Schieflage gerät.

Bei Untätigkeit riskiert der Dienstleister Schadenersatzansprüche (z.B. wegen Verzugs oder nachträglich eingetretener Unmöglichkeit), soweit er den Auftrag nicht kündigt resp. vom Mandat zurücktritt. Im Normalfall kann er den Auftrag gemäss Art. 404 OR jederzeit kündigen oder zurücktreten, es sei denn, die Beendigung erfolge zur Unzeit. In diesem Fall wird der Dienstleister schadenersatzpflichtig.

Unter gewissen Voraussetzungen stehen dem Dienstleister zwar Leistungsverweigerungsrechte nach Art. 82 f. OR und Retentionsrechte zu. Allerdings nützen sie (soweit man der h.L. folgt) dem vorleistungspflichtigen Dienstleister eines überschuldeten, nicht aber zahlungsunfähigen Schuldners nichts, weil sie nicht anwendbar sind. Bei Dienstleistungsverhältnissen fehlt es zudem regelmässig an einem retinierbaren Gegenstand.

Um zu vermeiden, dass ein Dienstleister eines überschuldeten, nicht aber zahlungsunfähigen Auftraggebers ohne Vorschuss seine Leistung zu erbringen hat und eine spätere Honorarzahlung – soweit sie überhaupt noch vor der Zwangsvollstreckung erfolgt – paulianisch angefochten wird, ist ihm daher zu raten, bereits bei Vertragsabschluss eine Vorschussklausel auszubedingen.

6. Kapitel: Konkursdelikte – Allgemeiner Teil

§ 1 Einleitung

Die Bestimmungen des StGB über die Betreibungs- und Konkursdelikte dienen in erster Linie dem Schutz der Zugriffsrechte der Gläubiger auf das Vollstreckungssubstrat des insolvenzgefährdeten Schuldners. Insofern ergänzen sie durch ihre (negative) generalpräventive Wirkung den zwangsvollstreckungsrechtlichen Gläubigerschutz.¹¹¹⁶

Gemäss nicht unumstritten gebliebener bundesgerichtlicher Rechtsprechung bezwecken die Betreibungs- und Konkursdelikte daneben den Schutz des Zwangsvollstreckungsverfahrens als Teil der Rechtspflege.¹¹¹⁷ Damit soll das Vertrauen der Gesellschaft in die Rechtsordnung gestärkt werden (positive Generalprävention). Ob die Betreibungs- und Konkursdelikte auch als Rechtspflegedelikte qualifizieren, ist – wie noch darzulegen sein wird – für den Rechtfertigungsgrund der Einwilligung relevant.

Nach Ansicht des Bundesgerichts wollte der Gesetzgeber mit dem Erlass des Schweizerischen Strafgesetzbuchs 45 Jahre nach dem SchKG nicht vom zwangsvollstreckungsrechtlichen System des Gläubigerschutzes abweichen. Der Umfang des Gläubigerschutzes ergibt sich daher aus dem Zwangsvollstreckungsrecht.¹¹¹⁸ Damit erscheinen die Konkursdelikte als strafrechtliche Ergänzung zum SchKG.¹¹¹⁹

Innerhalb der Betreibungs- und Konkursdelikte sind für vorliegende Arbeit folgende Straftatbestände relevant: (i) Die Gläubigerschädigung durch Vermögensminderung gemäss Art. 164 StGB, (ii) die Misswirtschaft gemäss Art. 165 StGB sowie (iii) die Bevorzugung eines Gläubigers gemäss Art. 167

¹¹¹⁶ BGE 134 III 52, 57 f. E. 1.3.4. Vgl. auch HERREN, S. 38 ff.

¹¹¹⁷ BGE 141 III 527, 537 E. 3.5; 134 III 52, 56 E. 1.3.1; Urteil BGer 6B_79/2011 vom 5. August 2011, E. 4.2; 1P.720/2000 vom 28. Februar 2001, E. 2g; HERREN, S. 39; WIPRÄCHTIGER, S. 6. A.M. WERMEILLE, S. 366 ff.

¹¹¹⁸ BGE 134 III 52, 58 E. 1.3.4; Urteil BGer 4A_415/2007 vom 14. Januar 2008, E. 3.2.2.

¹¹¹⁹ BGE 134 III 52, 55 E. 1.3.1.

StGB. Art. 164 und Art. 165 StGB sind betroffen, soweit der Schuldner sein Vermögen unentgeltlich oder weit unter Wert veräussert. Art. 167 StGB ist dagegen anwendbar, wenn sich die Tat in einem Verstoß gegen den Gläubigergleichbehandlungsgrundsatz erschöpft. Die Schmälerung des Vollstreckungssubstrats tritt nur in der Masse ein, als der Schuldner einen (oder mehrere) Gläubiger in rechtswidriger Weise zum Nachteil anderer Gläubiger begünstigt.¹¹²⁰

Im Folgenden wird auf diejenigen Voraussetzungen eingegangen, die für sämtliche soeben erwähnten Straftatbestände gelten.

§ 2 Objektive Strafbarkeitsbedingung bei Konkursdelikten

1. Einleitung

Macht das Gesetz die Bestrafung für ein bestimmtes Verhalten davon abhängig, dass ein ausserhalb des objektiven Tatbestands liegender äusserer Umstand eintritt, spricht man von einer objektiven Strafbarkeitsbedingung.¹¹²¹ Objektive Strafbarkeitsbedingungen schränken die Strafbarkeit eines tatbestandsmässigen, rechtswidrigen und schuldhaften Verhaltens ein. Diese äusseren Umstände müssen weder vom Vorsatz des Täters erfasst noch im Moment der Tatbestandsverwirklichung erfüllt sein.¹¹²² Zwischen der tatbestandsmässigen Handlung und der objektiven Strafbarkeitsbedingung ist sodann kein Kausalzusammenhang erforderlich, da die objektive Strafbarkeitsbedingung nicht den tatbestandsmässigen Erfolg darstellt.¹¹²³

¹¹²⁰ BGE 93 IV 16, 18 E. 1b.

¹¹²¹ DONATSCH/TAG, S. 106.

¹¹²² BGE 126 IV 30, 36 E. 2c; DONATSCH, Strafrecht III, S. 339; STRATENWERTH, § 8 N 27.

¹¹²³ BGE 102 IV 21, 23 E. 4; DONATSCH, Strafrecht III, S. 340; HAGENSTEIN, S. 89 f.; NOLL, S. 173; SCHAAD P., S. 62. Anders wohl BGE 104 IV 77, 82 E. 3c: «zwischen der Handlungsweise des Beschwerdeführers und der Konkurseröffnung besteht mindestens dann ein rechtlich genügender Zusammenhang, wenn [...]».

2. Arten

Im Folgenden werden die drei Arten der objektiven Strafbarkeitsbedingung für die Betreibungs- und Konkursdelikte dargelegt. Es sind dies: das Vorliegen eines Pfändungsverlustscheins, die Konkurseröffnung oder die Annahme und gerichtliche Bestätigung eines Nachlassvertrags. Als objektive Strafbarkeitsbedingungen sind sie nur dann beachtlich, wenn sie rechtskräftig sind (d.h. nicht nichtig oder erfolgreich angefochten worden sind).¹¹²⁴

2.1 Pfändungsverlustschein

Ein Pfändungsverlustschein wird im Rahmen einer (teilweise) fruchtlosen Betreibung auf Pfändung ausgestellt (Art. 115, Art. 149 SchKG). Als objektive Strafbarkeitsbedingung genügt, wenn ein provisorischer Verlustschein (Art. 115 SchKG) ausgestellt wurde.¹¹²⁵ Gegen einen der Konkursbetreibung unterliegenden Schuldner¹¹²⁶, wozu auch Aktiengesellschaften, GmbHs, Genossenschaften und Einzelunternehmen zählen, kann eine Betreibung auf Pfändung eingeleitet werden, soweit eine Forderung gemäss Art. 43 SchKG in Betreibung gesetzt wird. Dies betrifft in erster Linie öffentlich-rechtliche Forderungen wie Steuern, Abgaben, Gebühren und Bussen sowie Prämien der obligatorischen Unfallversicherung und Ansprüche auf Sicherheitsleistung.¹¹²⁷ Sodann ist gestützt auf Art. 230 Abs. 3 SchKG eine Betreibung auf Pfändung gegen einen solchen Schuldner (theoretisch) möglich, wenn das Konkursverfahren mangels Aktiven eingestellt wurde.¹¹²⁸

¹¹²⁴ BGE 89 IV 77, 79 E. I.1; DONATSCH, Strafrecht III, S. 340; HAGENSTEIN, S. 87; HURTADO POZO, PS, N 1705; PC CP, Vorbemerkungen zu Art. 163 – 171^{bis}, N 8; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, § 23 N 13.

¹¹²⁵ CASPAR, S. 22; DONATSCH, Strafrecht III, S. 341; HERREN, S. 134; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, § 23 N 12.

¹¹²⁶ Vgl. Art. 39 SchKG.

¹¹²⁷ Art. 43 Ziff. 1, Ziff. 1^{bis} und Ziff. 3 SchKG.

¹¹²⁸ Vgl. BSK SchKG II-LUSTENBERGER, Art. 230 N 20 zur Betreibung auf Pfändung gegen eine Gesellschaft in der Liquidationsphase.

2.2 Konkureröffnung

Wird über den Schuldner der Konkurs nach Art. 171 ff. SchKG rechtskräftig eröffnet, ist die objektive Strafbarkeitsbedingung erfüllt. Die objektive Strafbarkeitsbedingung erfasst sowohl die Konkureröffnung mit vorgängiger Betreibung als auch solche, die gemäss Art. 190 SchKG resp. Art. 191 SchKG ohne Einleitungsverfahren eröffnet werden.¹¹²⁹ Ebenfalls erfasst sind Konkureröffnungen, die von Amtes wegen vom Nachlassgericht eröffnet werden (Art. 293a Abs. 3, Art. 294 Abs. 3 und Art. 296b SchKG). Nicht erfasst ist indessen die Liquidation nach Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR bei Organisationsmängeln.¹¹³⁰

Der spätere Widerruf des Konkurses i.S.v. Art. 195 SchKG lässt die Strafbarkeit grundsätzlich unberührt.¹¹³¹ Immerhin kann in solchen Fällen gemäss dem in Art. 171^{bis} StGB statuierten fakultativen Strafbefreiungsgrund von der Strafverfolgung, der Überweisung ans Gericht oder der Bestrafung abgesehen werden.¹¹³²

2.3 Gerichtlicher Nachlassvertrag

Gemäss Art. 171 Abs. 1 StGB sind die in Art. 164 Ziff. 1, Art. 165 Ziff. 1 und Art. 167 StGB umschriebenen Handlungen auch dann strafbar, wenn ein gerichtlicher Nachlassvertrag angenommen und bestätigt worden ist. Nicht erfasst sind dagegen aussergerichtliche Nachlassverträge.¹¹³³ Im Gegensatz zu den paulianischen Anfechtungstatbeständen des SchKG erfasst das StGB mit dieser Formulierung nicht nur den Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung, sondern auch die ordentlichen Nachlassverträge (Dividenden- und Stundungsvergleich).¹¹³⁴ Der Bundesrat hatte in seiner Botschaft vom

¹¹²⁹ CORBOZ, Art. 163 N 34; BSK StGB II-HAGENSTEIN, Vor Art. 163–171^{bis} N 20; Praxiskommentar StGB-TRECHSEL/OGG, Art. 163 N 11.

¹¹³⁰ DONATSCH, Strafrecht III, S. 340; LORANDI, Art. 731b OR, S. 1394.

¹¹³¹ SCHAAD P., S. 63.

¹¹³² STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, § 23 N 12.

¹¹³³ BSK StGB II-HAGENSTEIN, Vor Art. 163–171^{bis} N 23.

¹¹³⁴ DONATSCH, Strafrecht III, S. 341 und HAGENSTEIN, S. 93 jeweils mit Verweis auf Praxiskommentar StGB-TRECHSEL/OGG, Art. 171 N 2 (die sich auf die Bot-

24. April 1991 noch vorgesehen, dass sich die objektive Strafbarkeitsbedingung auf Liquidationsvergleiche beschränken soll¹¹³⁵, da die ordentlichen Nachlassverträge als Sanierungsinstrumente gölten (bei welchem strafrechtliche Konsequenzen nicht angezeigt seien).¹¹³⁶ Im Parlament stimmten jedoch der Ständerat¹¹³⁷ und der Nationalrat¹¹³⁸ für die Ausweitung auf «gerichtliche Nachlassverträge». ¹¹³⁹

Ob diese Abweichung des Strafrechts vom SchKG dem Gesetzgeber bewusst war, ist unklar. Der Berichterstattung zur Kommissionssitzung des Ständerats ist nicht zu entnehmen, dass die Kommission die Abweichung vom Anwendungsbereich der Pauliana diskutiert hätte.¹¹⁴⁰ Vielmehr ging es darum, die Strafbarkeit auch auf (unredliche) Schuldner auszuweiten, die einen ordentlichen Nachlassvertrag erwirkt hatten.¹¹⁴¹ Angesichts dieses bewussten Entscheids des Gesetzgebers, vom Vorschlag des Bundesrats abzuweichen, liesse sich aber eine teleologische Reduktion des Wortlauts

schaft 1991 StGB stützen; gemäss Botschaft genügte der ordentliche Nachlassvertrag jedoch nicht als objektive Strafbarkeitsbedingung). Unentschlossen: HERREN, S. 136. A.M. SPÜHLER, S. 251, begründet mit dem Wortlaut der Botschaft StGB 1991 (S. 1070), wonach der ordentliche Nachlassvertrag ein Sanierungsinstrument darstelle und daher keine objektive Strafbarkeitsbedingung sein könne.

¹¹³⁵ Der Bundesrat wollte mit der StGB-Revision von 1994 ursprünglich eine Anpassung an das SchKG erreichen, welches 1949 u.a. die Möglichkeit des Nachlassvertrags mit Vermögensabtretung eingeführt hatte (Botschaft StGB 1991, S. 981; Botschaft SchKG 1949, S. 1237).

¹¹³⁶ Botschaft StGB 1991, S. 1070.

¹¹³⁷ AB 1993 V StR, S. 965, während der Nationalrat vorher noch zustimmte, AB 1993 NR, S. 947.

¹¹³⁸ AB 1994 I NR, S. 331.

¹¹³⁹ Vgl. namentlich die Begründung von Berichterstatterin Beerli in AB 1993 StR, S. 965.

¹¹⁴⁰ Das mag allenfalls auch daran gelegen haben, dass sich Art. 171 Abs. 1 StGB auch auf Straftatbestände bezieht, die nicht im Zusammenhang mit der Pauliana stehen (z.B. Art. 163 und Art. 166 StGB).

¹¹⁴¹ AB 1993 V StR, S. 965.

von Art. 171 Abs. 1 StGB auf Nachlassverträge mit Vermögensabtretung kaum rechtfertigen.¹¹⁴²

Zu prüfen ist schliesslich, wann die Strafverfolgungsbehörde von einer Bestrafung des Täters absehen darf. Ein sog. fakultativer Strafbefreiungsgrund liegt vor, wenn der Schuldner oder Dritte i.S.v. Art. 163 Ziff. 2 und Art. 164 Ziff. 2 StGB besondere wirtschaftliche Anstrengungen unternommen und dadurch das Zustandekommen des gerichtlichen Nachlassvertrags erleichtert haben (Art. 171 Abs. 2 StGB resp. Art. 171^{bis} Abs. 2 StGB, wenn die Annahme des Nachlassvertrags zum Widerruf des Konkurses führt). Dagegen besteht kein mit Art. 171^{bis} Abs. 1 StGB vergleichbarer Strafbefreiungsgrund¹¹⁴³, für den Fall, dass der Nachlassvertrag widerrufen wird. Der Widerruf eines Nachlassvertrags führt gemäss revidiertem Sanierungsrecht von Amtes wegen zur Konkurseröffnung (Art. 313 Abs. 2 i.V.m. Art. 309 SchKG).

§ 3 Täter und Teilnehmer

1. Täter

1.1 Sonderdelikt

Als Sonderdelikt wird ein Straftatbestand bezeichnet, bei dem die Tätoreigenschaft oder eine Sonderpflicht strafbegründend (= echtes Sonderdelikt) resp. strafschärfend (= unechtes Sonderdelikt) wirkt.

¹¹⁴² Damit ist die vom Bundesgericht gebetsmühlenartig wiederholte Grundidee, wonach den Konkursdelikten nur eine generalpräventive Wirkung zukommen solle und der Gesetzgeber beim Erlass des StGBs im Jahre 1937 nicht vom System des Gläubigerschutzes des SchKGs habe abweichen wollen, mit Blick auf die 1994 eingeführte Abweichung zu präzisieren (BGE 141 III 527, 537 f. E. 3.5; 134 III 52, 58 E. 1.3.4; Urteil BGer 4A_415/2007 vom 14. Januar 2008, E. 3.2.2).

¹¹⁴³ BSK StGB II-HAGENSTEIN, Vor Art. 163–171^{bis} N 24.

Echte Sonderdelikte können nur durch einen bestimmten Täterkreis erfüllt werden.¹¹⁴⁴ Die Misswirtschaft nach Art. 165 StGB und die Gläubigerbevorzugung nach Art. 167 StGB sind als echte Sonderdelikte ausgestaltet. Täter kann nur derjenige sein, der die Schuldner-eigenschaft aufweist (sog. Intra-neus).¹¹⁴⁵ Die Schuldner-eigenschaft kommt derjenigen Person zu, gegen die ein Zwangsvollstreckungsverfahren durchgeführt wird. Im Tatzeitpunkt muss allerdings noch kein Verfahren eingeleitet worden sein.¹¹⁴⁶ Dritte (sog. Extranei), d.h. Nichtschuldner und Gläubiger, können sich nur als Anstifter oder Gehilfen strafbar machen.¹¹⁴⁷

Wenn auf Veranlassung des Schuldners (Intra-neus) hin ein Dritter einzelne Gläubiger (des Schuldners) bevorzugt, ist der Dritte mangels Schuldner-eigenschaft nicht Täter, obschon er die Tatherrschaft besitzt.¹¹⁴⁸ Der Intra-neus kann dagegen mangels strafbarer Haupttat nicht Anstifter sein.¹¹⁴⁹ Die Literatur hat versucht, Abhilfe zu schaffen, indem sie argumentiert, hier läge ein spezieller Fall der mittelbaren Täterschaft vor.¹¹⁵⁰ Die These ist nicht unumstritten geblieben. Gerade wenn der Vordermann im Wissen um die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens – sprich vorsätzlich – gehandelt hat, ist

¹¹⁴⁴ DONATSCH/TAG, S. 100.

¹¹⁴⁵ BSK StGB II-HAGENSTEIN, Art. 165 N 81; BSK StGB II-HAGENSTEIN, Art. 167 N 2; MEIER U., S. 87, 94.

¹¹⁴⁶ DONATSCH, Strafrecht III, S. 339; BSK StGB II-HAGENSTEIN, Art. 163 N 5; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, § 23 N 4. Der Schuldner macht sich jedoch nur dann strafbar, wenn in einem späteren Stadium über ihn der Konkurs eröffnet, ein Nachlassvertrag angenommen oder gegen ihn ein Verlustschein ausgestellt wurde.

¹¹⁴⁷ DONATSCH/TAG, S. 100; BSK StGB II-HAGENSTEIN, Art. 165 N 6; BSK StGB II-HAGENSTEIN, Art. 167 N 4; JEKER, S. 185, 199 f.; SCHMID N., Gläubigerbevorzugung, S. 204.

¹¹⁴⁸ BK StGB-ALBRECHT, Art. 167 N 9. Praktisch relevant wurde diese Frage u.a. im Swissair-Prozess gegen einen die SAirGroup beratenden Anwalt, dessen Kanzlei einen Vorschuss durch die SAirLines erhielt. Selbst wenn die SAirLines von der SAirGroup veranlasst worden wäre, deren Gläubigerin zu bevorzugen (was nicht der Fall war), wäre dieses Verhalten gemäss Art. 167 StGB nicht strafbar gewesen. Urteil BezGer Bülach DG060095 vom 4. Juni 2007, E. II.4.1.3 lit. C (nicht publ.).

¹¹⁴⁹ STRATENWERTH, § 13 N 25.

¹¹⁵⁰ GERMANN, S. 196; HAFTER, AT, S. 221; SCHWANDER, StGB, N 276.

fraglich, ob die mittelbare Täterschaft das passende Institut ist.¹¹⁵¹ Mittelbarer Täter ist nämlich grundsätzlich nur, «wer einen anderen als sein *willenloses oder wenigstens nicht vorsätzlich handelndes Werkzeug benützt*, um durch ihn die beabsichtigte strafbare Handlung ausführen zu lassen».¹¹⁵²

Mittäterschaft bei echten Sonderdelikten ist möglich, soweit mehrere Organe oder Vertreter des Schuldners, denen die Schuldner-eigenschaft in Anwendung von Art. 29 StGB zugerechnet wird, zusammenwirken.¹¹⁵³ Die Frage der Mittäterschaft stellt sich insbesondere bei Mehrheitsentscheidungen in Gremien.¹¹⁵⁴

Straftatbestände, die als unechte Sonderdelikte ausgestaltet sind, können von jedermann oder zumindest von einem grösseren Kreis an Personen erfüllt werden. Erfüllt der Täter eine Sondereigenschaft, bewirkt dies eine qualifizierte Strafbarkeit.¹¹⁵⁵ Die Gläubigerschädigung durch Vermögensverminderung nach Art. 164 Ziff. 1 StGB ist ein unechtes Sonderdelikt. Die Schuldner-eigenschaft wirkt strafscharfend. Dritte sind nach Art. 164 Ziff. 2 StGB (milder¹¹⁵⁶) zu bestrafen.

1.2 Organ- bzw. Vertreterhaftung (Art. 29 StGB)

Ist der Schuldner ein Unternehmen (d.h. juristische Person, Gesellschaft oder Einzelunternehmen), kann dessen Schuldner-eigenschaft (d.h. Täter-eigenschaft i.S. des Sonderdelikts) in Anwendung von Art. 29 StGB allen natürlichen Personen zugerechnet werden, die als Organ, Gesellschafter¹¹⁵⁷, Mitar-

¹¹⁵¹ Siehe Kritik bei STRATENWERTH, § 13 N 25.

¹¹⁵² BGE 120 IV 17, 22 f. E. 2d; DONATSCH/TAG, S. 188.

¹¹⁵³ HAGENSTEIN, S. 282.

¹¹⁵⁴ CAMATHIAS ZIEGLER, S. 76 ff.; EICKER, S. 683 ff.; WOHLERS, Intensivierung, S. 104 ff.

¹¹⁵⁵ DONATSCH/TAG, S. 101.

¹¹⁵⁶ Die Gläubigerschädigung durch Vermögensverminderung wird als Verbrechen qualifiziert, wenn sie vom Schuldner begangen wird. Dagegen begeht der Dritte, der eine Handlung nach Art. 164 Ziff. 1 StGB vornimmt, gemäss Art. 164 Ziff. 2 i.V.m. Art. 10 Abs. 3 StGB «nur» ein Vergehen.

¹¹⁵⁷ Aktionäre von Aktiengesellschaften und nicht geschäftsführende Gesellschafter einer GmbH gelten nicht als Gesellschafter i.S.v. Art. 29 lit. b StGB (BSK StGB I-WEISSENBERGER, Art. 29 N 14).

beiter mit selbständigen Entscheidungsbefugnissen¹¹⁵⁸ oder als tatsächlicher Leiter für das Unternehmen gehandelt haben. Voraussetzung ist, dass die betreffende Person in Ausübung der ihr gesetzlich oder vom Unternehmen übertragenen resp. der von ihr faktisch wahrgenommenen Stellung und Aufgabe handelt.¹¹⁵⁹

Mitarbeiter mit selbständigen Entscheidungsbefugnissen sind sämtliche Personen, die in Bezug auf das tatbestandsmässige Verhalten eine selbständige Entscheidungsbefugnis haben. Nicht vorausgesetzt wird, dass sie im Allgemeinen Entscheide von erheblicher Tragweite fällen können.¹¹⁶⁰ Auch können sie höheren Organen unterstellt sein.¹¹⁶¹

2. Teilnehmer

Teilnehmer können Anstifter oder Gehilfen sein. *Anstifter* ist, wer jemanden vorsätzlich zu einer Straftat bestimmt. Tathandlung ist die Hervorrufung des Vorsatzes zu einer bestimmten rechtswidrigen Tat.¹¹⁶² Hervorrufen kann der Anstifter den Tatentschluss auch bei blosser Bereitschaft oder Neigung des Täters zur Straftat, wohingegen dies nicht möglich ist, wenn sich der Täter zur Begehung des *konkreten* Delikts bereits entschlossen hat.¹¹⁶³ Der Tatentschluss muss auf das motivierende Verhalten des Anstifters zurückzuführen sein. Es bedarf demnach eines Kausalzusammenhangs.¹¹⁶⁴ In subjektiver

¹¹⁵⁸ Der strafrechtliche Organbegriff ist weiter als der zivil- oder handelsrechtliche. Er umfasst auch Personen, die im Rahmen ihrer Tätigkeit der Gesellschaft eine selbständige Entscheidungsbefugnis haben, wie bspw. Prokuristen oder Handlungsbevollmächtigte (BGE 116 IV 26, 28 E. 4b; BGE 106 IV 20, 23 E. 2b).

¹¹⁵⁹ BSK StGB I-WEISSENBERGER, Art. 29 N 12.

¹¹⁶⁰ Praxiskommentar StGB-TRECHSEL/JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, Art. 29 N 4.

¹¹⁶¹ BGE 106 IV 20, 23 E. 2b.

¹¹⁶² Art. 24 Abs. 1 StGB.

¹¹⁶³ BGE 128 IV 11, 14 f. E. 2a; 124 IV 34, 37 f. E. 2c; HK StGB-STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 24 N 4. Ausführlich zum *omnimodo facturus* siehe BSK StGB I-FORSTER, Art. 24 N 35 ff.

¹¹⁶⁴ BGE 128 IV 11, 14 E. 2a; 124 IV 34, 37 E. 2c; BSK StGB I-FORSTER, Art. 24 N 17.

Hinsicht muss der Anstifter vorsätzliches tatbestandsmässiges und rechtswidriges Verhalten des Täters zumindest in Kauf nehmen.¹¹⁶⁵

Gehilfe ist, wer durch einen kausalen Beitrag eine ihm in groben Zügen bekannte Straftat fördert, sodass sich diese ohne seine Mitwirkung anders abgespielt hätte.¹¹⁶⁶ Vorausgesetzt wird indes nicht, dass die Straftat ohne diesen Beitrag unterblieben wäre. Die Beihilfe kann in einem physischen oder psychischen Beitrag bestehen.¹¹⁶⁷

Bei einem echten Sonderdelikt können Dritte (sog. Extranei) nicht Täter bzw. Mittäter, sondern allenfalls Teilnehmer (Anstifter oder Gehilfe) sein.¹¹⁶⁸ Für den Teilnehmer eines echten Sonderdelikts ist der Strafraum des Sonderdelikts entscheidend. Die Strafe ist für den Extraneus gemäss Art. 26 i.V.m. Art. 48a StGB obligatorisch zu mildern.¹¹⁶⁹

Der Dritte, der den Schuldner zu einem unechten Sonderdelikt anstiftet oder die Tat vorsätzlich durch Handlungen fördert, die über die blosser Annahme der Leistung hinausgehen, hat sich als Anstifter oder Gehilfe zu verantworten.¹¹⁷⁰ Umstritten ist, ob sich die Strafe des Anstifters oder Gehilfen, der die strafscharfenden Sondereigenschaften nicht aufweist (d.h. nicht Schuldner ist), nach der qualifizierten Straftat des (unechten) Sonderdelikts richtet und nach Art. 26 i.V.m. Art. 48a StGB obligatorisch zu mildern ist¹¹⁷¹ oder nach der geringeren Strafandrohung des Gemeindelikts richtet.¹¹⁷² Nach hier vertretener Ansicht sollte sich die Strafe nach dem qualifizierten Straftatbe-

¹¹⁶⁵ BGE 127 IV 122, 125 E. 1; BSK StGB I-FORSTER, Art. 24 N 5.

¹¹⁶⁶ BGE 120 IV 265, 272 E. 2c; BSK StGB I-FORSTER, Art. 25 N 3.

¹¹⁶⁷ Kommentar StGB-DONATSCH, Art. 25 N 1 f.

¹¹⁶⁸ DONATSCH/TAG, S. 100; BSK StGB II-HAGENSTEIN, Art. 165 N 6; BSK StGB II-HAGENSTEIN, Art. 167 N 4; JEKER, S. 185, 199 f.; SCHMID N., Gläubigerbevorzugung, S. 204.

¹¹⁶⁹ DONATSCH/TAG, S. 194.

¹¹⁷⁰ BGE 134 III 52, 55 E. 1.2.

¹¹⁷¹ Die geringere Strafandrohung des Gemeindelikts gilt dagegen nur für Dritte, die das Delikt eigenhändig begehen (HAGENSTEIN, S. 121).

¹¹⁷² Urteil BGer 6S.268/2002 vom 6. Februar 2003, E. 4.2.

stand richten, da Art. 26 StGB nicht auf echte Sonderdelikte beschränkt ist.¹¹⁷³

3. Strafbarkeit des Unternehmens nach Art. 102 StGB

3.1 Übersicht

Art. 102 Abs. 1 StGB statuiert eine subsidiäre Strafbarkeit des Unternehmens¹¹⁷⁴, soweit ein Verbrechen oder Vergehen in Ausübung geschäftlicher Verrichtung im Rahmen des Unternehmenszwecks in einem Unternehmen begangen worden ist und diese Tat wegen mangelhafter Organisation des Unternehmens keiner bestimmten natürlichen Person zugerechnet werden kann. Das Unternehmen hat für die mangelhafte Organisation, nicht aber für die Anlasstat (Verbrechen oder Vergehen) einzustehen.¹¹⁷⁵ Der Straftatbestand¹¹⁷⁶ ist als Übertretung (Busse bis zu CHF 5 Mio.) ausgestaltet.¹¹⁷⁷

¹¹⁷³ So ist der Dritte, der den Schuldner zur Gläubigerschädigung durch Vermögensminderung anstiftet, nach Art. 164 Ziff. 1 StGB zu bestrafen, wobei seine Strafe obligatorisch zu mildern ist. Allerdings ist im Rahmen der Strafmilderung zu berücksichtigen, dass der Dritte, der das Delikt eigenhändig begeht (Art. 164 Ziff. 2 StGB), nur mit einer Freiheitsstrafe von maximal drei Jahren bestraft wird (vgl. auch HAGENSTEIN, S. 121).

¹¹⁷⁴ Zum Unternehmensbegriff und seiner Abgrenzung zum Unternehmensträger siehe FORSTER, S. 92 ff.

¹¹⁷⁵ BGE 142 IV 333, 336 E. 4.1; FORSTER, S. 221; HURTADO POZO, PG, N 1249; WEHRENBURG, S. 8.

¹¹⁷⁶ Nach überzeugender Ansicht von BSK StGB I-HAGENSTEIN, Art. 102 N 18 ff. (m.w.H.) handelt es sich bei Art. 102 StGB um einen Straftatbestand und nicht um eine Zurechnungsnorm. Ebenso Praxiskommentar StGB-TRECHSEL/JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, Art. 102 N 7; a.M. FORSTER, S. 73, «Mischcharakter»; HEINIGER, N 290 ff.

¹¹⁷⁷ Art. 102 Abs. 1 i.V.m. Art. 103 StGB; BSK StGB I-HAGENSTEIN, Art. 102 N 35; Praxiskommentar StGB-TRECHSEL/JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, Art. 102 N 7; a.M. FORSTER, S. 262 ff.

3.2 Anwendungsbereich bei Konkursdelikten

Die Bestrafung des Schuldners für ein Konkursdelikt hängt davon ab, dass die objektive Strafbarkeitsbedingung erfüllt wird, d.h. über den Schuldner ein Verlustschein ausgestellt, der Konkurs eröffnet oder ein gerichtlicher Nachlassvertrag angenommen wurde.¹¹⁷⁸ Handelt es sich beim Schuldner um ein Unternehmen und wird über dieses der Konkurs eröffnet oder ein Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung angenommen, ist das Unternehmen nach den Bestimmungen des Konkurs- resp. Nachlassverfahrensrecht zu liquidieren.¹¹⁷⁹ Nach erfolgter Liquidation wird es im Handelsregister gelöscht.¹¹⁸⁰

Die Löschung des Unternehmens ist ein Prozesshindernis, welches die Einstellung eines etwaigen Strafverfahrens bewirkt.¹¹⁸¹ Bei einer bevorstehenden Löschung des Unternehmens ist daher fraglich, inwieweit die subsidiäre Strafbarkeit des schuldnerischen Unternehmens nach Art. 102 Abs. 1 StGB bei Konkursdelikten relevant ist und ob die Busse nach Abschluss des Strafverfahrens überhaupt noch einbringlich ist.¹¹⁸² Es darf sodann bezweifelt werden, ob die Bestrafung des Unternehmens für einen Organisationsmangel sinnvoll ist resp. ein Sanktionsbedürfnis besteht, wenn das Unternehmen ohnehin gelöscht wird. Die Busse würde nur dazu führen, dass die übrigen Gläubiger noch weniger vom Vollstreckungssubstrat erhielten, obschon die Konkursdelikte das Vollstreckungssubstrat für den Zugriff der Gläubiger gerade erhalten wollen.¹¹⁸³

¹¹⁷⁸ Zur objektiven Strafbarkeitsbedingung siehe S. 268 ff.

¹¹⁷⁹ Siehe zum Konkurs als Auflösungsgrund: Art. 736 Ziff. 3 OR (für Aktiengesellschaften), Art. 821 Abs. 1 Ziff. 3 OR (für GmbHs); Art. 911 Ziff. 3 OR (für Genossenschaften).

¹¹⁸⁰ Für Aktiengesellschaften siehe Art. 746 OR. Für GmbHs Verweis in Art. 826 Abs. 2 OR. Für Genossenschaften siehe Art. 912 OR *e contrario*.

¹¹⁸¹ Art. 319 lit. d StPO; BSK StPO-GRÄDEL/HEINIGER, Art. 319 N 15; Kommentar StPO-LANDSHUT/BOSSHARD, Art. 319 N 25.

¹¹⁸² Siehe auch BSK StGB II-HAGENSTEIN, Vor Art. 163–171^{bis} N 42 f.

¹¹⁸³ BSK StGB II-HAGENSTEIN, Vor Art. 163–171^{bis} N 44; SCHMID N., Aspekte, S. 777. Bei bereits liquidierten Unternehmen ist gemäss BERTOSSA, S. 155 ff. zwar eine Wiedereintragung möglich, aber wenig sinnvoll, da auf das Unternehmen nicht verbessernd eingewirkt werden kann. Im Zusammenhang mit zu

Die Unternehmensstrafbarkeit kann dagegen eine Rolle spielen, wenn ein Teilnehmer des Konkursdelikts die Anstiftung oder Beihilfe in Ausübung einer geschäftlichen Verrichtung i.S.v. Art. 102 Abs. 1 StGB begangen hat.

3.3 Voraussetzungen

Art. 102 Abs. 1 StGB knüpft an das Vorliegen einer Anlasstat in Form eines Verbrechens oder Vergehens an.¹¹⁸⁴ Die Anlasstat kann auch in Form einer Teilnahme (Anstiftung oder Gehilfenschaft) verübt worden sein.¹¹⁸⁵ Die Strafbarkeit des Unternehmens ist keine Kausalhaftung. Daher setzt die Strafbarkeit nach Art. 102 Abs. 1 StGB voraus, dass nicht nur sämtliche objektiven, sondern ebenfalls die subjektiven Elemente der Anlasstat erfüllt sind.¹¹⁸⁶ Sodann muss die Anlasstat rechtswidrig sein.¹¹⁸⁷

Die Anlasstat muss in einem Unternehmen begangen worden sein.¹¹⁸⁸ Erforderlich ist, dass der Anlasstatler im Unternehmen organisatorisch und hierarchisch eingebunden war. In einem Auftragsverhältnis stehende Dienstleister wie Rechtsanwälte oder Unternehmensberater sind in der Regel nicht in das schuldnnerische Unternehmen eingegliedert, da sie nicht in einem Sub-

liquidierenden Unternehmen halten BSK StPO-GRÄDEL/HEINIGER, Art. 319 N 15 fest, dass einer zu verhängenden Strafe nur noch die Funktion einer reinen Vermögensabschöpfung zukäme. A.M. wohl BSK StPO-ENGELER, Art. 112 N 32 mit Verweis auf BSK StGB I-NIGGLI/GFELLER, Art. 102a N 40.

¹¹⁸⁴ BGE 142 IV 333, 337 E. 4.1.

¹¹⁸⁵ RYSER, N 178.

¹¹⁸⁶ BGE 142 IV 333, 337 E. 4.1; DONATSCH/TAG, S. 383; PC CP, Art. 102 N 11; Praxiskommentar StGB-TRECHSEL/JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, Art. 102 N 8. Zur Problematik des Nachweises der subjektiven Tatbestandsmerkmale siehe etwa BSK StGB I-NIGGLI/GFELLER, Art. 102 N 57 ff.; FORSTER, S. 160 ff.; WEHRENBURG, S. 9 ff.

¹¹⁸⁷ DONATSCH/TAG, S. 397; FORSTER, S. 187. Der Nachweis der Individualschuld ist dagegen entbehrlich, da dieser durch den Nachweis des kollektiven Organisationsverschuldens substituiert wird (FORSTER, S. 188 f.).

¹¹⁸⁸ Vgl. FORSTER, S. 104 ff. zum Kreis der Unternehmen nach Art. 102 Abs. 2 StGB. Zur Anwendbarkeit von Art. 102 StGB auf den Konzern siehe NIGGLI/GFELLER, S. 168 ff.

ordinationsverhältnis stehen.¹¹⁸⁹ Ausgenommen sind diejenigen Fälle, in denen die Beauftragten angesichts ihrer dominierenden Stellung als faktische Organe des Unternehmens gelten.¹¹⁹⁰

Ferner muss der Anlasstäter «in Ausübung geschäftlicher Verrichtung im Rahmen des Unternehmenszwecks gehandelt» haben. Erforderlich ist zum einen ein funktionaler Zusammenhang zwischen der Anlasstat und dem geschäftlichen Tätigkeitsbereich des Unternehmens, welcher auch die betrieblichen Nebentätigkeiten wie bspw. die Buchhaltung mitumfasst.¹¹⁹¹ Zum anderen muss sich in der Anlasstat ein unternehmenstypisches Risiko realisieren.¹¹⁹²

Die subsidiäre Strafbarkeit des Unternehmens gelangt wie gesehen nur zur Anwendung, wenn die für die Straftat verantwortliche natürliche Person nicht ermittelt werden kann. Diese gescheiterte Zurechenbarkeit an eine natürliche Person muss in einem Organisationsmangel begründet sein.¹¹⁹³

¹¹⁸⁹ BSK StGB I-NIGGLI/GFELLER, Art. 102 N 69 ff.

¹¹⁹⁰ DONATSCH/TAG, S. 396.

¹¹⁹¹ DONATSCH/TAG, S. 398 f.; FORSTER, S. 191 f.; NIGGLI/GFELLER, S. 162 f.; BSK StGB I-NIGGLI/GFELLER, Art. 102 N 78 ff.; RYSER, S. 189 ff.; WEHRENBURG, S. 12.

¹¹⁹² DONATSCH/TAG, S. 398 f.; FORSTER, S. 192 ff.; BSK StGB I-NIGGLI/GFELLER, N 91 ff.; RYSER, S. 193 ff.; Praxiskommentar StGB-TRECHSEL/JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, Art. 102 N 12; WEHRENBURG, S. 12 f.

¹¹⁹³ DONATSCH/TAG, S. 400; SCHMID N., Aspekte, S. 779; Praxiskommentar StGB-TRECHSEL/JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, Art. 102 N 15. Worauf die Pflicht des Unternehmens, sich derart zu organisieren, dass der Täter eines Anlassdelikts ermittelt werden kann, beruht, ist umstritten (vgl. SCHMID N., Aspekte, S. 780). Denkbar sind u.a. Buchhaltungs-, Dokumentations- resp. Protokollierungspflichten wie Art. 713 Abs. 3 OR (Protokollierungspflicht für Beschlüsse des Verwaltungsrats), Art. 957a OR (Buchführungspflicht), Art. 958f OR (Dokumentationspflicht), Art. 7 GwG (Dokumentationspflicht).

§ 4 Tatobjekt

Das Tatobjekt bei Konkursdelikten umfasst das schuldnerische Vermögen, soweit es der Zwangsvollstreckung unterliegt.¹¹⁹⁴ Tatobjekte sind demnach nur solche Vermögenswerte, die zur Konkursmasse gehören können.¹¹⁹⁵ Nicht zum Vollstreckungssubstrat zählen bspw. im Dritteigentum stehende Vermögenswerte.¹¹⁹⁶

Das im Ausland belegene Vermögen des Schuldners wird aufgrund des Territorialitätsprinzips nur so weit vom Konkursbeschlagnahme erfasst, als zwischen der Schweiz und dem betreffenden Staat eine staatsvertragliche Vereinbarung besteht resp. das Landesrecht eine solche Wirkung (bspw. mittels Anerkennung) vorsieht.¹¹⁹⁷ Mit anderen Worten ist das im Ausland belegene Vermögen nur dann taugliches Tatobjekt, soweit es mittels eines Hilfskonkursverfahrens im Ausland dem schweizerischen Zwangsvollstreckungsverfahren zugeführt werden kann.¹¹⁹⁸ Entsprechend hängt die Strafbarkeit bei Handlungen gegen das im Ausland belegene Vermögen davon ab, ob das ausländische Recht ein hilfskonkursähnliches Verfahren vorsieht, d.h. Gegenrecht gewährt.

§ 5 Verfolgungsverjährung

Die Verfolgungsverjährung richtet sich nach Art. 97 f. StGB und beginnt mit dem Tag, an dem die Straftat ausgeführt wird, und nicht erst mit Eintritt der

¹¹⁹⁴ BGE 131 IV 49, 52 E. 1.2; BSK StGB II-HAGENSTEIN, Art. 164 N 8.

¹¹⁹⁵ DONATSCH, Strafrecht III, S. 346.

¹¹⁹⁶ Hätte der begünstigte Gläubiger die Zuwendung auch noch im Konkurs erfolgreich durchsetzen können, z.B. durch ein Aussonderungsverfahren nach Art. 242 Abs. 1 SchKG (was bei Geldbeträgen eine gesonderte, d.h. individualisierte Aufbewahrung erfordert), liegt keine Gläubigerbevorzugung vor, wenn der Schuldner dem Gläubiger den Vermögenswert bereits vor Konkurs überträgt (BSK StGB II-HAGENSTEIN, Art. 167 N 12; Praxiskommentar StGB-TRECHSEL/OGG, Art. 167 N 6).

¹¹⁹⁷ AMONN/WALTHER, § 40 N 7 f.; BSK SchKG II-HANDSCHIN/HUNKELER, Art. 197 N 98.

¹¹⁹⁸ Vgl. auch HERREN, S. 44.

objektiven Strafbarkeitsbedingung.¹¹⁹⁹ Die Frist ist gewahrt, wenn vor Ablauf der Verjährung ein erstinstanzliches Urteil ergeht (Art. 97 Abs. 3 StGB). Als erstinstanzliches Urteil gelten sowohl verurteilende als auch freisprechende Urteile sowie rechtskräftige Strafbefehle.¹²⁰⁰ Die mit der Tathandlung zu laufen beginnende Verjährungsfrist wird bei Konkursdelikten insofern faktisch verkürzt, als erst die objektive Strafbarkeitsbedingung, die regelmässig nach der Tathandlung eintritt, eine Strafverfolgung zu veranlassen vermag.¹²⁰¹

Für Verbrechen mit einer angedrohten Höchststrafe von mehr als drei Jahren (aber weniger als lebenslänglich) beträgt die Verfolgungsverjährung fünfzehn Jahre¹²⁰². Darunter fallen bspw. die Straftat der Misswirtschaft gemäss Art. 165 Abs. 1 StGB sowie die durch den Schuldner begangene Gläubigerschädigung durch Vermögensverminderung i.S.v. Art. 164 Ziff. 1 StGB. Für Vergehen, die mit einer Höchststrafe von drei Jahren bedroht sind – wie die durch den Dritten begangene Gläubigerschädigung durch Vermögensverminderung i.S.v. Art. 164 Ziff. 2 StGB sowie die Gläubigerbevorzugung gemäss Art. 167 StGB –, beträgt die Verfolgungsverjährung sieben Jahre.¹²⁰³ Übertretungen verjähren gar nach drei Jahren,¹²⁰⁴ was für die subsidiäre Unternehmensstrafbarkeit gemäss Art. 102 Abs. 1 StGB relevant ist.

¹¹⁹⁹ Art. 98 lit. a StGB.

¹²⁰⁰ BSK StGB I- ZURBRÜGG, Art. 97 N 54 und N 58.

¹²⁰¹ BGE 101 IV 20, Regeste; BK StGB-ALBRECHT, Art. 163 N 52; BSK StGB II-HAGENSTEIN, Vor Art. 163–171^{bis} N 28; JOSITSCH/SCHMID, S. 436; A.M. STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, § 23 N 10.

¹²⁰² Art. 97 Abs. 1 lit. b StGB.

¹²⁰³ Art. 97 Abs. 1 lit. d StGB.

¹²⁰⁴ Art. 109 StGB.

§ 6 Verhältnis zwischen Pauliana und Konkursdelikten

1. Übersicht

Nicht alles, was paulianisch anfechtbar ist, ist auch strafbar und umgekehrt.¹²⁰⁵ Nachstehend werden die Gemeinsamkeiten und Unterschiede zwischen der Pauliana und den Konkursdelikten im Allgemeinen geklärt. Auf spezifische Unterschiede zwischen den entsprechenden Tatbeständen wird jeweils beim entsprechenden Straftatbestand (S. 302 f., 314, 345 f.) eingegangen.

2. Gemeinsamkeiten

2.1 Im Allgemeinen

Die Pauliana und die Konkursdelikte dienen beide dem Gläubigerschutz. Der Gesetzgeber wollte – so das Bundesgericht – mit Erlass des StGBs das System des Gläubigerschutzes gemäss Art. 285 ff. SchKG nicht abändern, sondern es lediglich durch die generalpräventive Wirkung der Strafandrohung ergänzen.¹²⁰⁶

Im Fokus stehen gläubigerschädigende Handlungen, d.h. Vorgänge, die das schuldnerische Vollstreckungssubstrat mindern. Handlungen, die nach Art. 164 Ziff. 1 Abs. 3 StGB oder nach Art. 165 Ziff. 1 Abs. 1 StGB (Tatbe-

¹²⁰⁵ BGE 141 III 527, 537 E. 3.5; 134 III 52, 57 f. E. 1.3.4; 131 IV 49, 54 E. 1.3.3: «Art. 164 Ziff. 1 Abs. 3 StGB ist nicht automatisch erfüllt, wenn eine Absichtsanfechtung gerichtlich erfolgreich erhoben und durchgesetzt wurde.» BGE 117 IV 23, 25 E. 4a mit Verweis auf GERMANN, S. 300: «Bei der Anwendung von Art. 167 StGB ist insoweit aus rechtsstaatlichen Gründen Zurückhaltung geboten. Nicht alles, was paulianisch anfechtbar ist, braucht strafbar zu sein.» Ferner BOMMER/THOMMEN, 140; DONATSCH, Strafrecht III, S. 360; MEIER U., S. 143; REBSAMEN, Gleichbehandlung, N 650; Praxiskommentar StGB-TRECHSEL/OGG, Art. 167 N 5.

¹²⁰⁶ Vgl. S. 267.

standsvariante «Verschleudern von Vermögenswerten») strafbar sind, können zuweilen auch eine Schenkungs- oder Absichtspauliana begründen. Die in Art. 167 StGB genannten Regelbeispiele und die Generalklausel lehnen sich dagegen an die Überschuldungs- und Absichtspauliana an.¹²⁰⁷

2.2 Auswirkungen auf die zivilrechtliche Gültigkeit des Rechtsgeschäfts?

Die erfolgreiche paulianische Anfechtung führt wie bereits mehrfach erwähnt nicht zur Nichtigkeit des der anfechtbaren Handlung zugrundeliegenden zivilrechtlichen Verhältnisses.¹²⁰⁸ Nachstehend wird dargelegt, dass dies auch für die Konkursdelikte gilt.

Nach Art. 20 Abs. 1 OR ist ein widerrechtlicher Vertrag nichtig. Widerrechtlich ist ein Vertrag, wenn sein Gegenstand, der Abschluss mit dem vereinbarten Inhalt oder sein mittelbarer Zweck gegen objektives Recht verstösst. Hierzu gehören auch die Normen des Strafrechts. Voraussetzung der Nichtigkeit ist indes, dass sie im betreffenden Gesetz selbst ausdrücklich vorgesehen ist oder sich zumindest aus dem Sinn und Zweck der verletzten Strafnorm ergibt.¹²⁰⁹ Die Strafbarkeit eines bestimmten Verhaltens allein hat folglich nicht automatisch die zivilrechtliche Nichtigkeit des verpönten Rechtsgeschäfts zur Folge. Da sich die Konkursdelikte nicht dazu äussern, ob ihre Begehung die Nichtigkeit des (dem strafbaren Verhalten zugrundeliegenden) Rechtsgeschäfts bewirkt, muss sich die Rechtsfolge der Nichtigkeit aus dem Sinn und Zweck der verletzten Strafrechtsnorm ergeben.¹²¹⁰

Wie vorne gesehen, ergänzen die strafrechtlichen Bestimmungen über die Konkursdelikte den zwangsvollstreckungsrechtlichen Gläubigerschutz durch die generalpräventive Wirkung der Strafandrohung. Der Umfang dieses Gläubigerschutzes ergibt sich aus dem Zwangsvollstreckungsrecht. Ein dar-

¹²⁰⁷ Zum Ganzen: BGE 141 III 527, 538 E. 3.5; 134 III 52, 57 f. E. 1.3.4; LORANDI, Rechtsprechung, S. 235; GESSLER, Gläubigerbegünstigung, S. 411.

¹²⁰⁸ Vgl. Zitate in FN 78.

¹²⁰⁹ Zum Ganzen: BGE 134 III 52, 54 E. 1.1; Urteil BGer 4A_415/2007 vom 14. Januar 2008, E. 3.2.1.

¹²¹⁰ BGE 134 III 52, 55 E. 1.3; Urteil BGer 4A_415/2007 vom 14. Januar 2008, E. 3.2.2.

über hinausgehender resp. abweichender Schutz – wie eine Nichtigkeit des zugrundeliegenden Rechtsgeschäfts – war nicht Ziel des Gesetzgebers beim Erlass des StGB.¹²¹¹ Wenn nicht einmal die Pauliana die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts bewirkt, kann das Strafrecht, das vom zwangsvollstreckungsrechtlichen Schutz nicht abweichen soll, erst recht keine Nichtigkeit zur Folge haben.

Gegen die Nichtigkeit spricht ferner, dass sie sehr weitreichende Folgen hat. Sie ist grundsätzlich unheilbar, wirkt erga omnes, kann jederzeit geltend gemacht werden und ist von Amtes wegen zu berücksichtigen.¹²¹² Das kann nicht Sinn und Zweck der Konkursdelikte sein. Diese dienen dem Schutz des Zwangsvollstreckungsrechts und dem Schutz der Gläubiger des Schuldners¹²¹³, nicht primär dem Schutz von Drittpersonen.¹²¹⁴

2.3 Pauliana und Konkursdelikte als Grundlage für eine zivilrechtliche Haftung?

Im Folgenden wird geprüft, ob die Pauliana und die Konkursdelikte dem Gläubiger eine Grundlage für einen Schadenersatzanspruch nach Art. 41 OR verschaffen. Eine zivilrechtliche Haftung nach Art. 41 Abs. 1 OR bedingt u.a., dass ein rechtswidriges Verhalten vorliegt. Bei reinen Vermögensschäden muss sich die Rechtswidrigkeit aus dem Verstoss gegen eine einschlägige Schutznorm ergeben.¹²¹⁵

Schutznormen lassen sich grundsätzlich auch im Strafrecht finden.¹²¹⁶ In zwei älteren Entscheiden¹²¹⁷ erachtete das Bundesgericht die Tatbestände aus

¹²¹¹ BGE 134 III 52, 58 E. 1.3.4; Urteil BGer 4A_415/2007 vom 14. Januar 2008, E. 3.2.2.

¹²¹² GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 681.

¹²¹³ BGE 134 III 52, 56 ff. E. 1.3.1 und E. 1.3.4; in diese Richtung auch Urteil BGer 4A_415/2007 vom 14. Januar 2008, E. 3.2.2.

¹²¹⁴ BGE 134 III 52, 58 E. 1.3.4; Urteil BGer 4A_415/2007 vom 14. Januar 2008, E. 3.2.2.

¹²¹⁵ BGE 141 III 527, 534 E. 3.2; 133 III 323, 330 E. 5.1; 132 III 122, 130 E. 4.1.

¹²¹⁶ BGE 141 III 527, 534 E. 3.2.

¹²¹⁷ BGE 95 III 83, 91 f. E. 6d; 44 III 205, 207 f. E. 1.

Art. 163 ff. StGB als Schutznormen i.S.v. Art. 41 OR.¹²¹⁸ In der Literatur war bis dahin weitgehend unbestritten, dass den Konkurs- und Betreibungsdelikten Schutznormqualität i.S. des Haftpflichtrechts zukommt.¹²¹⁹

Unlängst hat das Bundesgericht jedoch seine Rechtsprechung geändert und entschieden, dass den Konkursdelikten keine Schutznormqualität zukommen solle.¹²²⁰ Im konkreten Fall ging es namentlich um die Schutznormqualität von Art. 167 StGB. Die Argumentation lässt sich aber ebenso auf Art. 164 und Art. 165 StGB übertragen, da sie sich ebenfalls an Art. 285 ff. SchKG anlehnen. Gemäss Bundesgericht besteht kein Bedarf für einen selbständigen Anspruch der Gläubiger gestützt auf Art. 41 OR i.V.m. Art. 167 StGB, weil die Anfechtungsklagen bereits genügenden Gläubigerschutz böten. Ferner könne nicht damit argumentiert werden, dass bei der Einstellung des Konkurses mangels Aktiven – was in rund der Hälfte aller Konkursverfahren der Fall ist¹²²¹ – die Anfechtungsklage gar nicht erhoben werden könnte. Der betreffende Gläubiger könnte sich in diesem Fall damit behelfen, dass er die Durchführung des Konkurses gegen Sicherheitsleistung i.S.v. Art. 230 Abs. 2 SchKG verlange. Ferner diene Art. 163 ff. StGB dem Gläubigerschutz durch ihre generalpräventive Wirkung. Das Zwangsvollstreckungsrecht kenne dagegen mit den Anfechtungsklagen ein genügendes Konzept des Gläubigerschutzes. Folglich hätten die Konkursdelikte nicht die Funktion, den zwangsvollstreckungsrechtlichen Gläubigerschutz auszuweiten und zusätzliche Anspruchsgrundlagen für die Gläubiger zu schaffen.¹²²²

Nach dem Bundesgericht besteht also nebst der Pauliana kein Bedarf für einen selbständigen Anspruch nach Art. 41 OR. Die Konkursdelikte sollen den durch die Pauliana gewährten Gläubigerschutz nicht ausweiten. Folglich

¹²¹⁸ BGE 141 III 527, 535 E. 3.4.

¹²¹⁹ ACKERMANN, 81; BK OR-BREHM, Art. 41 N 39 (zu Art. 167 StGB); GATTLEN, S. 64 und 71 ff.; GESSLER, Gläubigerbegünstigung, S. 418; GESSLER, Insolvenzstrafrecht, N 145; HAGENSTEIN, S. 99 ff.; JUCKER, S. 79 f.; REBSAMEN, Gleichbehandlung, N 924 und 997 ff.

¹²²⁰ BGE 141 III 527, 537 f. E. 3.5.

¹²²¹ Zur Statistik im Kanton Zürich (Rechenschaftsbericht OGer ZH 2016): Im Jahre 2016 wurden im Kanton Zürich 2'111 Konkurse eröffnet (-0.4 % gegenüber dem Vorjahr) und 1'138 Konkurse mangels Aktiven eingestellt (+2.1 % gegenüber dem Vorjahr).

¹²²² Zum Ganzen: BGE 141 III 527, 537 f. E. 3.5.

können weder Konkursdelikte noch die Pauliana eine Schutznorm für eine Haftung nach Art. 41 OR bilden.

3. Unterschiede

Die Tatbestände der Pauliana und der Konkurs- und Betreibungsdelikte sind nicht deckungsgleich.¹²²³ Die Unterschiede erklären sich in erster Linie aus dem Zweck der Pauliana resp. aus dem geschützten Rechtsgut der Konkursdelikte. Die Pauliana bezweckt die Wiederherstellung des Vollstreckungssubstrats. Es geht nicht darum, jemanden zu bestrafen.¹²²⁴ Dementsprechend richtet sich die Pauliana gegen den Begünstigten und nicht gegen den Schuldner. Eine «versuchte» Verminderung des Vollstreckungssubstrats (z.B. beim nicht vollzogenen Schenkungsversprechen) ist nicht anfechtbar, da nichts wiederhergestellt werden kann und muss. Bei den Konkursdelikten geht es dagegen um ihre generalpräventive Wirkung. Sie richten sich (in erster Linie) gegen den Schuldner, mit dem Ziel, ihn von schädigenden Handlungen abzuhalten. Da es bei den Konkursdelikten nicht darum geht, den Erfolg zu korrigieren, sondern ein bestimmtes Verhalten zu bestrafen, ist im Gegensatz zur Pauliana auch die versuchte Tatbegehung strafbar.

Ein weiterer Unterschied, welcher aber – soweit ersichtlich – nicht bewusst beabsichtigt worden sein kann (vgl. vorne S. 270 ff.), besteht mit Blick auf den Geltungsbereich resp. die objektive Strafbarkeitsbedingung bei Nachlassverträgen: Die Pauliana kommt gemäss Art. 331 Abs. 1 SchKG nur dann zur Anwendung, wenn ein Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung abgeschlossen wurde.¹²²⁵ Dagegen ist der Anwendungsbereich der Konkursdelikte weiter. Eine gemäss den Konkursdelikten umschriebene Tathandlung ist auch strafbar, wenn ein ordentlicher Nachlassvertrag zustande kommt.¹²²⁶

Systembedingt ist schliesslich ein Unterschied mit Blick auf die Phase der Anfechtbarkeit resp. Strafbarkeit auszumachen. Während die Pauliana eine Verdachts- und Verjährungsfrist vorsieht, um die anfechtbaren Handlungen

¹²²³ BGE 141 III 527, 537 E. 3.5; 134 III 52, 57 f. E. 1.3.4.

¹²²⁴ Vgl. S. 19.

¹²²⁵ Vgl. S. 25 f.

¹²²⁶ Vgl. S. 270.

einzugrenzen, sieht das Strafrecht eine (zeitlich ausgedehntere) Verfolgungsverjährung vor. Im Ergebnis wird dies dadurch korrigiert, dass im Unterschied zur Verjährungsfrist im SchKG die Verfolgungsverjährung nicht erst mit der Zwangsvollstreckung, sondern bereits mit der Tathandlung zu laufen beginnt.

4. Adhäsionsweise Geltendmachung von Pauliana-Ansprüchen?

Gemäss Art. 122 Abs. 1 StPO kann die geschädigte Person zivilrechtliche Ansprüche aus einer Straftat als Privatklägerschaft adhäsionsweise im Strafverfahren geltend machen.¹²²⁷ Die adhäsionsweise Geltendmachung von Zivilansprüchen im Strafverfahren bietet der Privatklägerschaft einige Vorteile gegenüber dem Zivilverfahren. Namentlich entfällt die Pflicht zur Leistung einer Kautions, und die Ermittlung des Sachverhalts erfolgt vorerst auf Kosten des Staates, dem im Gegensatz zu den Privaten Zwangsmittel (bspw. Hausdurchsuchung) zur Aufklärung des Sachverhalts zur Verfügung stehen.¹²²⁸

¹²²⁷ Privatkläger kann sein, wer durch die Straftat mutmasslich geschädigt wurde (BSK StPO-DOLGE, Art. 122 N 52). Geschädigt ist gemäss Art. 115 Abs. 1 StPO derjenige, der unmittelbar in seinen Rechten verletzt ist. Es kann nur derjenige in seinen Rechten unmittelbar verletzt sein, der Träger des durch die verletzte Strafnorm geschützten oder zumindest mitgeschützten Rechtsguts ist. Das geschützte Rechtsgut der Betreibungs- und Konkursdelikte i.S.v. Art. 163 ff. StGB ist u.a. der Anspruch der Gläubiger, aus dem Vollstreckungssubstrat befriedigt zu werden. (BGE 140 IV 155, 157 E. 3.2). Als geschädigte Personen i.S.v. Art. 115 Abs. 1 StPO gelten daher die einzelnen Gläubiger (BGE 140 IV 155, 158 E. 3.3.2; BSK StPO-MAZZUCHELLI/POSTIZZI, Art. 115 N 60).

¹²²⁸ Botschaft StPO 2005, S. 1173. Siehe aber Art. 125 StPO betreffend Sicherheit für die Ansprüche gegen die Privatklägerschaft, Art. 184 Ziff. 7 StPO zum Kostenvorschuss für von der Privatklägerschaft beantragten Gutachten und Art. 313 Abs. 2 StPO zum Kostenvorschuss für Beweiserhebungen im Zusammenhang mit der Zivilklage. Zum Akteneinsichtsrecht der Privatklägerschaft siehe BONIN, S. 2 ff.; DONATSCH, Verantwortlichkeitsklage, S. 178 und Art. 107 Abs. 1 lit. a StPO.

Gegenstand einer Adhäsionsklage sind nur Zivilklagen. Bei der Pauliana handelt es sich um eine betreibungsrechtliche Klage mit Reflexwirkung auf das materielle Recht.¹²²⁹ Zu klären ist primär eine Frage des Betreibungs- oder Konkursverfahrens. Vorfrageweise wird auf materielles Recht zurückgegriffen.¹²³⁰ Es fragt sich daher, ob die Pauliana eine Zivilklage ist, die adhäsionsweise im Strafprozess geltend gemacht werden kann und, ob dies auch dann gilt, wenn das zugrundeliegende Rechtsverhältnis, aufgrund dessen der Schuldner dem Begünstigten geleistet hat, öffentlichem Recht untersteht.

Die Zwangsvollstreckung und die gerichtlichen Streitsachen des SchKG werden als Zivilsache verstanden, «weil es letztlich um die Haftung des Schuldners mit seinem Vermögen geht, welche im materiellen Privatrecht gründet».¹²³¹ Auch die paulianische Anfechtung zählt daher gemäss Bundesgericht zu den Zivilstreitigkeiten.¹²³² Dies gilt ungeachtet des Rechtsverhältnisses, aufgrund dessen der Schuldner geleistet hat. Die materielle Gültigkeit dieses Rechtsverhältnisses ist nicht zu beurteilen.¹²³³ Aus den dargelegten Gründen handelt es sich nach hier vertretener Ansicht bei der Pauliana um eine Zivilklage i.S.v. Art. 115 Abs. 1 StPO. Damit kann sie adhäsionsweise geltend gemacht werden.

¹²²⁹ Siehe S. 27 f.; BGE 141 III 527, 530 E. 2.2; 131 III 227, 232 E. 3.3; 130 III 672, 676 E. 3.2 ff.

¹²³⁰ BGE 140 III 355, 363 E. 2.3.3.

¹²³¹ BGE 143 III 395, 399 E. 5.2; St. Galler Komm. BV-LEUENBERGER, Art. 122 N 22.

¹²³² BGE 143 III 395, 399 E. 5.2. Vgl. dagegen BGE 129 III 683, 687 f. E. 5.2, welcher die Anerkennbarkeit eines österreichischen Pauliana-Gerichtsentscheids nach Art. 25 ff. IPRG aufgrund seiner vollstreckungsrechtlicher Natur verneinte und festhielt, dass es sich bei Anfechtungsklagen nicht um Zivilsachen i.S.v. Art. 25 ff. IPRG handle. Ebenso STAEHELIN D., Anfechtungsklagen, S. 150 FN 44.

¹²³³ BGE 143 III 395, 399 f. E. 5.2 f.; SCHÜPBACH, Action révocatoire, Art. 285 N 12 f.

7. Kapitel: Gläubigerschädigung durch Vermögensverminderung (Art. 164 StGB)

§ 1 Einleitung

Gemäss Art. 164 StGB macht sich der Schuldner strafbar, wenn er zum Schaden der Gläubiger sein Vermögen (tatsächlich¹²³⁴) vermindert, indem er eine der folgenden, abschliessend¹²³⁵ genannten Tathandlungsvarianten ausführt: (i) Vermögenswerte beschädigt, zerstört, entwertet oder unbrauchbar macht (Ziff. 1 Abs. 2), (ii) Vermögenswerte unentgeltlich oder gegen Leistung mit geringerem Wert veräussert (Ziff. 1 Abs. 3) oder (iii) ohne sachlichen Grund anfallende Rechte ausschlägt oder auf die Rechte unentgeltlich verzichtet (Ziff. 1 Abs. 4). Pro memoria sei darauf hingewiesen, dass für eine Strafbarkeit des Schuldners des Weiteren die objektive Strafbarkeitsbedingung erfüllt sein muss.

Im Folgenden sind lediglich die in Art. 164 Ziff. 1 Abs. 3 StGB genannten Tathandlungsvarianten von Interesse. Die dort genannten Tathandlungen «unentgeltliche Veräusserung von Vermögenswerten» und «Veräusserung von Vermögenswerten gegen eine Leistung mit offensichtlich geringerem Wert» lehnen sich an die Sachverhalte der Schenkungspauliana i.S.v. Art. 286 SchKG an.¹²³⁶ Dies bedeutet wie vorne gesehen jedoch nicht, dass ein nach Art. 286 SchKG anfechtbarer Sachverhalt auch zwangsläufig strafbar sein muss.¹²³⁷

Art. 164 StGB dient dem Schutz der Gläubiger, in der Zwangsvollstreckung auf das Vermögen des Schuldners greifen zu können und sich daraus zu be-

¹²³⁴ Vermindert der Schuldner sein Vermögen nur zum Schein, kann dagegen Art. 163 StGB erfüllt sein (STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, § 23 N 19).

¹²³⁵ BGE 131 IV 49, 52 E. 1.2; DONATSCH, Strafrecht III, S. 350 f.; BSK StGB II-HAGENSTEIN, Art. 164 N 9.

¹²³⁶ BGE 134 III 52, 56 E. 1.3.2; 131 IV 49, 54 E. 1.3.3; BSK StGB II-HAGENSTEIN, Art. 164 N 18; Praxiskommentar StGB-TRECHSEL/OGG, Art. 164 N 2.

¹²³⁷ BGE 141 III 527, 537 E. 3.5.

friedigen.¹²³⁸ Ob Art. 164 StGB auch den Schutz des Zwangsvollstreckungsrechts als Teil der Rechtspflege bezweckt, ist umstritten.¹²³⁹ Nach hier vertretener Ansicht ist Art. 164 StGB kein Rechtspflegedelikt. Der Schutz des Zwangsvollstreckungsverfahrens ist mehr eine Begleiterscheinung des Gläubigerschutzes als ein Argument für das Vorliegen eines Rechtspflegedikts.¹²⁴⁰

§ 2 Objektiver Tatbestand

1. Täter

1.1 Sonderdelikt

Bei der Gläubigerschädigung durch Vermögensverminderung handelt es sich um ein unechtes Sonderdelikt.¹²⁴¹ Täter kann sowohl der Schuldner als auch ein Dritter sein, wobei die Schuldneigenschaft strafschärfend wirkt.¹²⁴²

1.2 Finanzielle Lage?

In der Literatur und Rechtsprechung wird der Anwendungsbereich des objektiven Tatbestands dahingehend eingeschränkt, dass nur die Veräusserungen, die im Zeitpunkt einer finanziellen Notlage des Schuldners vorgenommen wurden, erfasst sein sollen.¹²⁴³ Dem ist insofern beizupflichten, als im Ge-

¹²³⁸ Vgl. vorne S. 267. sowie BGE 107 IV 175, 176 E. 1a (analog).

¹²³⁹ Bejahend: BGE 106 IV 31, 34 E. 4a; DONATSCH, Strafrecht III, S. 339. Gegen einen solchen Schutzbereich sprechen sich BK StGB-SCHUBARTH, Art. 163 N 1 ff., WERMEILLE, S. 366 ff. und WOHLERS, Strafbarkeitsrisiken, S. 205 ff. aus.

¹²⁴⁰ Vgl. BK StGB-SCHUBARTH, Art. 163 N 12.

¹²⁴¹ Vgl. S. 274.

¹²⁴² HAGENSTEIN, S. 234.

¹²⁴³ Urteil BGer 6S.41/2003 vom 1. Juli 2003, E. 3; BK StGB-ALBRECHT, Art. 163 N 36; STAEHELIN D., Anfechtungsklagen, S. 94.

gensatz zur Schenkungspauliana die verpönten Handlungen in zeitlicher Hinsicht nicht durch eine Verdachtsfrist begrenzt werden.¹²⁴⁴

2. Tatobjekt

Tatobjekt ist das schuldnerische Vermögen, soweit es der Zwangsvollstreckung unterliegt.¹²⁴⁵

3. Tathandlung i.S.v. Art. 164 Ziff. 1 Abs. 3 StGB

3.1 Vermögensveräußerung

Eine Vermögensveräußerung i.S.v. Art. 164 Abs. 1 Ziff. 3 StGB liegt vor, wenn ein Vermögenswert (welcher der Zwangsvollstreckung unterliegen würde) aus dem Eigentum des Schuldners ausscheidet und in das Eigentum eines Dritten übergeht.¹²⁴⁶

Keine Vermögensveräußerung besteht, wenn lediglich die Passiven des Schuldners erhöht werden, ohne dass dem Schuldner ein äquivalenter Gegenwert zukäme.¹²⁴⁷ Daher werden Schenkungsversprechen von Art. 164 StGB nicht erfasst. Unter Umständen fallen sie aber unter den Auffangtatbestand der Misswirtschaft i.S.v. Art. 165 StGB, der im nächsten Kapitel behandelt wird.

Zuweilen wird auch vertreten, dass das Vollstreckungssubstrat nicht zu Lasten der Gläubiger vermindert wird, wenn Handlungen vorgenommen werden, die aus objektiver Sicht der Sanierung des Unternehmens dienen, und im Zeitpunkt ihrer Vornahme eine positive Sanierungsprognose gestellt

¹²⁴⁴ STAEHELIN D., Anfechtungsklagen, S. 94.

¹²⁴⁵ Vgl. hierzu den Allgemeinen Teil, S. 281. BGE 131 IV 49, 52 E. 1.2; BSK StGB II-HAGENSTEIN, Art. 164 N 8.

¹²⁴⁶ HAGENSTEIN, S. 239.

¹²⁴⁷ STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, § 23 N 21.

werden konnte.¹²⁴⁸ Nach hier vertretener Ansicht ist dieser Einwand keine Frage des objektiven Tatbestands, sondern hat – wenn überhaupt – seine Berechtigung im Rahmen des subjektiven Tatbestands. ALBRECHT und WOHLERS wenden gegen die Berücksichtigung im subjektiven Tatbestand ein, dass praktikable und überprüfbare Abgrenzungskriterien fehlen, wann die Verminderung des Schuldnervermögens vernünftig ist, mithin der Sanierung dient.¹²⁴⁹ Ihnen ist insofern beizupflichten, als nur in absoluten Ausnahmefällen eine (teilweise) unentgeltliche Vermögensentäußerung der Sanierung des Unternehmens dienen kann.¹²⁵⁰

3.2 Unentgeltlichkeit der Vermögensveräußerung

3.2.1. Im Allgemeinen

Eine Vermögensveräußerung ist *unentgeltlich*, wenn dem Schuldner für seine Vermögensveräußerung keine Gegenleistung zukommt oder zugekommen ist.¹²⁵¹ Die Entgeltlichkeit setzt nicht notwendigerweise voraus, dass zwischen der Schuldnerleistung und der Gegenleistung ein eigentliches (synallagmatisches) Austauschverhältnis besteht. So steht bspw. die Rückzahlung eines Darlehens nicht in einem Austauschverhältnis zur Darlehensgewährung. Dennoch nimmt die Rechtsprechung – zu Recht – an, dass der Schuldner keine unentgeltliche Vermögensveräußerung vornimmt, wenn er ein fälliges und einklagbares Darlehen zurückzahlt. Der Rückzahlung steht

¹²⁴⁸ DONATSCH, Strafrecht III, 351. A.M. BK StGB-ALBRECHT, Art. 163 N 31; WOHLERS, Strafbarkeitsrisiken, S. 210.

¹²⁴⁹ Vgl. hierzu BK StGB-ALBRECHT, Art. 163 N 31; WOHLERS, Strafbarkeitsrisiken, S. 210.

¹²⁵⁰ Im Urteil BGer 6B_306/2012 vom 29. Oktober 2012, E. 2.3 wurde das Argument der Sanierung verworfen, zumal die Gemeinschuldnerin gar nie saniert werden sollte. Vielmehr war bereits entschieden, das Unternehmen zu liquidieren. Vor dem Hintergrund, dass bei einem marktgerechten Verkaufspreis ein noch grösserer Sanierungserfolg erzielt worden wäre, hielt das Bundesgericht in E. 3.4.3 sodann fest, dass ein gewisser Sanierungserfolg die Schädigung übriger Gläubiger nicht ausschliesse.

¹²⁵¹ Für den Begriff der Unentgeltlichkeit kann im Übrigen auf die Schenkungspauliana verwiesen werden (vgl. S. 52 f.).

die frühere Leistung des Darlehensgebers gegenüber. Sodann werden mit deren Tilgung in gleichem Umfang Passiven reduziert.¹²⁵²

Es stellt sich die Frage, inwieweit Vermögensveräusserungen, die nicht unmittelbar mit einer messbaren Gegenleistung entschädigt werden, unentgeltlich i.S.v. Art. 164 Ziff. 1 Abs. 3 StGB sind. Hierzu zählen bspw. Spenden an gemeinnützige Organisationen, kulturelle Veranstaltungen oder Vereine, Geschenke an wichtige Kunden oder Lieferanten.¹²⁵³ Eine einschlägige Rechtsprechung zu diesem Thema besteht nicht. Für die Abgrenzung zum strafbaren Verhalten muss massgebend sein, ob das Unternehmen aus objektiver Sicht längerfristig von diesen Ausgaben zumindest indirekt profitieren kann und die getätigten Ausgaben mit Blick auf die Zielerreichung verhältnismässig sind.¹²⁵⁴ Ein zumindest mittelbarer Gegenwert kann bspw. bei einer marketingwirksamen Unterstützung von gemeinnützigen Organisationen vorliegen: Das Image des Unternehmens in der Öffentlichkeit kann positiv beeinflusst werden und längerfristig gegebenenfalls Absatzsteigerungen in einem bestimmten Kundensegment bewirken. Dagegen bringen bspw. unentgeltliche Leistungen an eine nahestehende Person dem Unternehmen selten einen Mehrwert.

3.2.2. Bei Dienstleistungen

Eine unentgeltliche Vermögensveräusserung bei Dienstleistungsverhältnissen liegt u.a. vor, wenn Vermögenswerte eines insolvenzgefährdeten Unternehmens zweckwidrig verwendet werden. Bspw. kann eine Zahlung von Privataufwänden eines Verwaltungsrats, die zu Lasten des Unternehmensvermögens vorgenommen wird, eine verpönte unentgeltliche Zuwendung i.S.v. Art. 164 Ziff. 1 Abs. 3 StGB darstellen.¹²⁵⁵ Den objektiven Tatbestand erfüllt ebenso die Honorierung einer Dienstleistung, die gar nie erfolgt ist,

¹²⁵² BGE 131 IV 49, 54 f. E. 1.3.3.

¹²⁵³ Vgl. GESSLER, Insolvenzstrafrecht, N 62. Ausgenommen sind die üblichen Gelegenheitsgeschenke, die bereits gemäss Art. 286 SchKG nicht anfechtbar sind (Urteil BGer 6B_617/2010 vom 24. November 2010, E. 2.1; BSK StGB II-HAGENSTEIN, Art. 164 N 19; HURTADO POZO, PS, N 1772).

¹²⁵⁴ Zum Ganzen: GESSLER, Insolvenzstrafrecht, N 62.

¹²⁵⁵ BSK StGB II 2007-BRUNNER, Art. 164 N 13.

sondern deren Erbringung vielmehr nur vorgetäuscht wurde, um eine Schenkung zu verschleiern.¹²⁵⁶

Fasst man Dienstleistungsverhältnisse weit auf, zählen auch Arbeitsverhältnisse dazu. Bei Arbeitsverhältnissen kann im Einzelfall die Zahlung von freiwilligen Abgangsentschädigungen, die nicht bei Vertragsabschluss, sondern erst in der finanziellen Krise vereinbart wurden, als unentgeltliche Vermögensveräusserung qualifizieren.¹²⁵⁷ Bonuszahlungen erfolgen dagegen in aller Regel als Belohnung für eine Leistung des betreffenden Arbeitnehmers und sind daher regelmässig nicht als unentgeltliche Vermögensveräusserungen zu qualifizieren.¹²⁵⁸

3.3 Vermögensveräusserungen gegen eine Leistung mit offensichtlich geringerem Wert

3.3.1. Im Allgemeinen

Bei Veräusserung von Vermögenswerten im Austausch gegen eine Leistung, die einen offensichtlich geringeren Wert aufweist, wendet der Veräusserer einen Teil seiner Leistung dem Empfänger unentgeltlich zu. Ob ein offensichtliches Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung besteht, bestimmt sich gemäss Bundesgericht selbständig nach Art. 164 StGB. Der

¹²⁵⁶ Die Zahlung dieser vorgetäuschten Forderung fällt nicht etwa unter Art. 163 Ziff. 1 Abs. 3 oder Abs. 4 StGB, sondern unter Art. 164 Ziff. 1 Abs. 3 StGB, zumal das Vermögen des Schuldners tatsächlich und nicht nur scheinbar vermindert wird. Diese Handlung könnte allenfalls auch andere Straftatbestände erfüllen (z.B. ungetreue Geschäftsbesorgung i.S.v. Art. 158 StGB), auf die in dieser Arbeit jedoch nicht eingegangen wird.

¹²⁵⁷ Wenn der Konkurs unabwendbar erscheint, kann in aller Regel nicht mehr argumentiert werden, die Abgangsentschädigung diene der Abgeltung eines Konkurrenzverbots und habe somit zumindest einen Gegenwert. Zur Frage der Qualifikation der freiwilligen Abgangsentschädigung als Schenkung siehe BSK OR I-VOGT N./VOGT A., Art. 239 N 28 mit Verweis auf Urteil BGer 4C.6/2006 vom 27. März 2006, E. 1.2 f.

¹²⁵⁸ BSK OR I-VOGT N./VOGT A., Art. 239 N 28. A.M. wohl GESSLER, Insolvenzstrafrecht, N 62. Betreffend Bonuszahlungen «jenseits des Leistungsprinzips» siehe BSK StGB II 2007-BRUNNER, Art. 164 N 13.

Begriff des offensichtlichen Missverhältnisses bei Art. 164 StGB ist nicht gleichbedeutend mit demjenigen von Art. 21 OR.¹²⁵⁹ In den Fällen, in denen die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Art. 164 StGB ein solches Missverhältnis bejaht hat, lag die Differenz zwischen dem objektiven (Verkehrs-)Wert der Leistung und dem der Gegenleistung jeweils *deutlich über 10 %*.¹²⁶⁰ Mit anderen Worten muss ein «*krasses*» Missverhältnis vorliegen, bevor ein Verhalten als strafrechtlich relevant qualifiziert.¹²⁶¹ Mit Blick auf die strafrechtlichen Konsequenzen (Freiheitsstrafe von bis zu fünf resp. drei Jahren oder Geldstrafe) liegt ein solches krasses Missverhältnis nach hier vertretener Ansicht erst ab einer Differenz von ca. 40 % vor.

Für das Vorliegen des Missverhältnisses muss – wie schon bei der Pauliana¹²⁶² – der Zeitpunkt des Verpflichtungsgeschäfts massgebend sein. Zuweilen wird die Meinung vertreten, die Zahlung übermässig hoher Vorschüsse sei auch tatbestandsmässig.¹²⁶³ Nach hier vertretener Ansicht ist zu differenzieren. Es muss dasselbe gelten wie bei der Pauliana¹²⁶⁴: Abzustellen ist auf den Willen der Parteien im Zeitpunkt des Verpflichtungsgeschäfts. War eine getarnte gemischte Schenkung beabsichtigt, liegt eine Tathandlung i.S.v. Art. 164 Ziff. 1 Abs. 3 StGB vor. Wenn dagegen bei Vertragsschluss eine Vorauszahlung im Hinblick auf effektiv zu erbringende Gegenleistungen vereinbart wurde, liegt keine gemischte Schenkung vor, selbst wenn der

¹²⁵⁹ Urteil BGer 6S.349/2006 vom 3. November 2006, E. 6.; BSK StGB II 2007-BRUNNER, Art. 164 N 17; HAGENSTEIN, FN 1426. A.M. GESSLER, Insolvenzstrafrecht, N 63.

¹²⁶⁰ Urteil BGer 6B_306/2012 vom 29. Oktober 2012, E. 2.2 (Verkauf einer Liegenschaft für CHF 1.1 Millionen statt zum Verkehrswert von mindestens CHF 1.45 Millionen); 6B_434/2011 vom 27. Januar 2012, E. 2 (Verkauf eines Maschinenparks für CHF 156'789 statt zum Wert von CHF 511'000); 6S.349/2006 vom 3. November 2006, E. 6.2 (Verkauf einer Liegenschaft für CHF 4.8 Millionen statt zum Verkehrswert von CHF 6.5 Millionen); 6S.142/2003 vom 3. Juli 2003, E. 2 (Veräusserung eines Warenlagers im Wert von CHF 73'700 für einen Anteil an einer Gesellschaft von CHF 20'000).

¹²⁶¹ GESSLER, Insolvenzstrafrecht, N 63, m.w.H. betreffend Schulden, die in der finanziellen Schieflage des Schuldners mittels Novation erhöht werden, um der verschlechterten Bonität des Schuldners Rechnung zu tragen.

¹²⁶² Vgl. S. 54.

¹²⁶³ DONATSCH, Sanierungsmassnahmen, S. 13.

¹²⁶⁴ Vgl. S. 97 f.

Vorschuss bei Beendigung des Vertragsverhältnisses bei oder nach Konkursöffnung noch nicht aufgebraucht ist.

3.3.2. Bei Dienstleistungen (als Gegenleistung)

Eine Vermögensveräußerung gegen eine Leistung von offensichtlich geringerem Wert liegt bspw. bei der Zahlung offensichtlich übersetzter Honorare an Dienstleister vor. Betreffend Dienstleistungsverhältnisse i.w.S. kann unter Umständen die Zahlung offensichtlich überhöhter Löhne, Abgangsentschädigungen resp. Boni an Verwaltungsräte und Angestellte des insolvenzgefährdeten Unternehmens tatbestandsmässig sein.¹²⁶⁵

4. Tatvollendung

4.1 Tätigkeits- oder Erfolgsdelikt?

Tätigkeitsdelikte verlangen im Gegensatz zu Erfolgsdelikten keinen über das tatbestandsmässige Verhalten hinausgehenden Erfolg dieses Verhaltens.¹²⁶⁶ Das in Art. 164 StGB umschriebene Delikt ist gemäss Rechtsprechung und einem Teil der Lehre bereits mit der vermögensmindernden Tathandlung vollendet.¹²⁶⁷ Gemäss Gesetzeswortlaut muss die Tathandlung zwar «zum Schaden der Gläubiger» erfolgen. Ein Erfolg i.S. einer Gläubigerschädigung muss indes nicht eintreten. Das Verhalten des Täters muss (bloss) *objektiv geeignet sein*, um zu Verlust von Haftungssubstrat zu führen. Es genügt demnach, dass die Zugriffsrechte der Gläubiger auf das schuldnerische Vollstreckungssubstrat erschwert werden.

Bei Art. 164 StGB handelt es sich auch nach hier vertretener Ansicht um ein Tätigkeitsdelikt. Mit der Argumentation, es müsse keine «Gläubigerschädi-

¹²⁶⁵ GESSLER, Insolvenzstrafrecht, N 63 mit Verweis auf Pra 89 (2000) Nr. 50.

¹²⁶⁶ DONATSCH/TAG, S. 101 f.

¹²⁶⁷ Vgl. BGE 74 IV 95, 96 f. ; BSK StGB II-HAGENSTEIN, Art. 164 N 38 i.V.m. Art. 163 N 80. A.M. vgl. die Ausführungen in der neueren Rechtsprechung zu Art. 163 StGB: Urteil BGer 6B_79/2011 vom 5. August 2011, E. 4.3 sowie DONATSCH, Strafrecht III, S. 340 und 348; HAGENSTEIN, S. 217; HERREN, S. 39 f.

gung» eintreten, ist gemeint, dass keine definitive Schädigung der Gläubiger bewirkt werden muss. Der Verlust der Gläubiger muss kein endgültiger sein.¹²⁶⁸ Es genügt bereits, wenn vorübergehend davon auszugehen ist, dass die Gläubiger geschädigt werden, die Gläubigerschädigung dann aber bspw. wegen einer erfolgreichen Erhebung der Pauliana oder aufgrund eines Konkurswiderrufs i.S.v. Art. 195 SchKG nicht eintritt. Immerhin bietet Letzteres gemäss Art. 171^{bis} Abs. 1 StGB eine Grundlage für eine fakultative Strafbefreiung.

4.2 Verletzungs- oder Gefährdungsdelikt?

Beim Tatbestand der Gläubigerschädigung durch Vermögensverminderung handelt es sich gemäss Rechtsprechung und h.L. um ein konkretes Gefährdungsdelikt und nicht um ein Verletzungsdelikt.¹²⁶⁹

4.3 Abgrenzung zum Versuch

Der Versuch ist auch bei einer Gläubigerschädigung durch Vermögensverminderung möglich. Hierbei gelten die allgemeinen Regeln des Versuchs.¹²⁷⁰ Vom vollendeten Delikt unterscheidet sich der Versuch dadurch, dass der objektive Tatbestand nur teilweise verwirklicht worden ist.¹²⁷¹ Zu denken ist etwa an den Fall, in welchem der Dritte die Annahme des Vermögenswerts ablehnt.

¹²⁶⁸ Eine endgültige Schädigung besteht erst dann, wenn die Verjährungsfrist zur Anhebung einer Pauliana i.S.v. Art. 292 SchKG unbenutzt abgelaufen ist.

¹²⁶⁹ Zum Ganzen: BGE 102 IV 172, 175 E. 3; Urteil BGer 6S.438/2005 vom 28. Februar 2006, E. 3; BSK StGB II-HAGENSTEIN, Art. 164 N 27 i.V.m. BSK StGB II-HAGENSTEIN, Art. 163 N 57 f. A.M. HERREN, S. 39 f.

¹²⁷⁰ HAFTER, BT I, S. 344.

¹²⁷¹ BSK StGB I-NIGGLI/MAEDER, Art. 22 N 1. Pro memoria sei hier darauf hingewiesen, dass die objektive Strafbarkeitsbedingung indes eingetreten sein muss.

§ 3 Subjektiver Tatbestand

1. Vorsatz

In subjektiver Hinsicht wird bei Art. 164 StGB Vorsatz verlangt, wobei Eventualvorsatz genügt. Der Vorsatz muss bezüglich sämtlicher objektiver Tatbestandsmerkmale vorliegen. Demzufolge muss der Täter auch wissen (oder es für möglich halten) und zumindest in Kauf nehmen, dass durch seine Tathandlung die Zugriffsrechte der Gläubiger auf das Vollstreckungssubstrat gefährdet werden.¹²⁷²

2. Bewusstsein der finanziellen Lage

Der Schuldner muss gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts im Bewusstsein des drohenden Vermögenszusammenbruchs handeln, sich also bereits in einer finanziellen Schieflage befinden «und daher die konkrete Möglichkeit der Zwangsvollstreckung voraussehen [...] und mit ihrem Eintritt rechnen».¹²⁷³ Dieser Rechtsprechung ist beizupflichten, weil der Tatbestand der Gläubigerschädigung durch Vermögensverminderung im Gegensatz zur paulianischen Anfechtung nach SchKG keine Verdachtsfrist kennt. Die strafrechtlich relevanten Handlungen können so zumindest in zeitlicher Hinsicht eingeschränkt werden. Das wird insbesondere dann relevant, wenn der Wert der Leistung und Gegenleistung aus Ex-ante-Sicht und damit die Frage, ob eine teilweise unentgeltliche Leistung vorliegt, schwierig abschätzbar ist (wie z.B. bei Spenden).

¹²⁷² Urteil BGer 6B_778/2011 vom 3. April 2012, E. 4.2; 6B_617/2010 vom 24. November 2010, E. 2.1; 6S.293/2005 vom 24. Februar 2006, E. 6.2; CORBOZ, Art. 164 N 23 f.; DONATSCH, Strafrecht III, S. 352; HAGENSTEIN, S. 245.

¹²⁷³ BGE 74 IV 33, 38 E. 1; Urteil BGer 6B_778/2011 vom 3. April 2012, E. 4.2.

§ 4 Rechtfertigungsgründe

Ein Rechtfertigungsgrund, der das Unrecht der Tat ausschliesst, ist bei unentgeltlichen Vermögensveräusserungen schwer vorstellbar.

§ 5 Teilnahmehandlungen

Zur Umschreibung der Teilnahmehandlungen im Generellen sei hier auf den allgemeinen Teil verwiesen.¹²⁷⁴ Nachfolgend wird auf die Besonderheiten bei Art. 164 StGB eingegangen.

Der Gläubiger, dessen Handlung sich im Fall von Art. 164 Ziff. 1 Abs. 3 StGB darauf beschränkt, einen Vermögenswert zu erwerben, ist notwendiger Teilnehmer. Die notwendige Teilnahme ist nicht strafbar.¹²⁷⁵

Eine Anstiftung bei Art. 164 StGB kann vorliegen, wenn der Anstifter beim Täter aktiv den Tatentschluss hervorruft, dem Anstiftenden oder einem anderen einen Vermögenswert des Schuldners unentgeltlich oder zu einem offensichtlich geringeren Preis zu veräussern.¹²⁷⁶ Der Anstifter muss gemäss Bundesgericht zumindest in Kauf nehmen, dass infolge seines Verhaltens der Angestiftete eine Handlung begeht, welche die objektiven und subjektiven Merkmale des Straftatbestands erfüllt.¹²⁷⁷ Bei Art. 164 StGB muss der Anstifter daher mindestens in Kauf nehmen, dass der Täter mit einer dem Schuldner bevorstehenden Zwangsvollstreckung rechnet. Eine versuchte Anstiftung zu Art. 164 StGB ist nur dann strafbar, wenn der Anstifter den Schuldner zur Tat zu bestimmen versucht, nicht aber, wenn er versucht, einen Dritten anzustiften.¹²⁷⁸

¹²⁷⁴ Vgl. S. 275 ff.

¹²⁷⁵ Zum Ganzen: BGE 134 III 52, 55 E. 1.2; 126 IV 5, 10 ff. E. 2d; GESSLER, Insolvenzstrafrecht, N 67; Praxiskommentar StGB-TRECHSEL/OGG, Art. 164 N 4.

¹²⁷⁶ STRATENWERTH, AT, N 98; Praxiskommentar StGB-TRECHSEL/JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, Art. 24 N 1 i.V.m. Art. 164 StGB.

¹²⁷⁷ BGE 127 IV 122, 130 E. 4a.

¹²⁷⁸ Das liegt daran, dass gemäss Art. 24 Abs. 2 StGB die versuchte Anstiftung nur bei einem Verbrechen strafbar ist. Die versuchte Anstiftung zu einem Vergehen

Gehilfenschaft zu Art. 164 StGB ist denkbar, wenn jemand bei der Abwicklung des vermögensmindernden Geschäfts in untergeordneter Stellung mithilft oder den Täter darin bestärkt, die vermögensmindernde Handlung vorzunehmen. Bei der Gehilfenschaft zu Art. 164 StGB ist insbesondere die Abgrenzung zur straflosen notwendigen Teilnahme zu beachten, da die blossе Annahme des teilweise unentgeltlichen Vermögenswerts nicht strafbar ist.¹²⁷⁹

§ 6 Vergleich zur Pauliana

1. Im Allgemeinen

Zu den Gemeinsamkeiten und Unterschieden zwischen den Konkursdelikten und der Pauliana im Allgemeinen sei auf die Ausführungen im allgemeinen Teil verwiesen.¹²⁸⁰ Die folgenden Ausführungen beschränken sich auf die Unterschiede zur Schenkungspauliana.

2. Schenkung

Eine unentgeltliche Vermögensveräußerung i.S.v. Art. 164 Ziff. 1 Abs. 3 StGB entspricht der Schenkung i.S.v. Art. 286 Abs. 1 SchKG. Diesbezüglich ergeben sich keine Unterschiede.

Im Unterschied zu Art. 164 Ziff. 1 Abs. 3 StGB erfasst die Schenkungspauliana aber nebst Schenkungen auch «unentgeltliche Verfügungen». Darunter fallen Leistungen des Schuldners, durch welche er einem anderen einen Vorteil verschafft, was beim Schuldner selbst zu einer Verminderung der Aktiven oder Vermehrung der Passiven (bspw. das Eingehen einer Bürgschaft

bleibt dagegen straflos. Gemäss der Strafandrohung von Art. 164 StGB handelt es sich nur dann um ein Verbrechen, wenn der Täter zugleich auch Schuldner ist.

¹²⁷⁹ BGE 126 IV 5, 11 E. 2.

¹²⁸⁰ S. 283 ff.

oder die Sicherstellung einer fremden Schuld) führt.¹²⁸¹ Die Vermehrung von Passiven des Schuldners ist dagegen gemäss Art. 164 StGB nicht strafbar.

3. Gemischte Schenkung

Art. 164 Ziff. 1 Abs. 3 StGB erfasst nur Tathandlungen, mit denen Vermögenswerte des Schuldners zu einem offensichtlich geringeren Wert veräussert werden. Nach dem deutschen Gesetzeswortlaut von Art. 286 SchKG, der das Wort «offensichtlich» nicht erwähnt, könnte man meinen, dass bereits ein geringfügiges Missverhältnis reicht. Der französische Wortlaut und der Sinn und Zweck der Schenkungspauliana stellen jedoch klar, dass auch bei der Schenkungspauliana nur offensichtliche Missverhältnisse anfechtbar sind.¹²⁸² Nach hier vertretener Meinung sollte ein Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung bei Art. 164 Ziff. 1 Abs. 3 StGB tendenziell noch zurückhaltender angenommen werden als bei der Schenkungspauliana.

§ 7 Konkurrenzen im Strafrecht

Zu den Konkurrenzen zur Misswirtschaft i.S.v. Art. 165 StGB und zur Gläubigerbevorzugung gemäss Art. 167 StGB sei auf die dortigen Ausführungen verwiesen.¹²⁸³

¹²⁸¹ BGE 138 III 497, 508 E. 6.3.

¹²⁸² Vgl. S. 53 f.

¹²⁸³ Vgl. S. 314 ff. und 346.

8. Kapitel: Misswirtschaft (Art. 165 StGB)

§ 1 Einleitung

Gemäss Art. 165 StGB macht sich der Schuldner strafbar, wenn er in anderer Weise als nach Art. 164 StGB, durch Misswirtschaft seine Überschuldung herbeiführt oder verschlimmert, seine Zahlungsunfähigkeit herbeiführt oder – bei bereits eingetretener Zahlungsunfähigkeit – seine Vermögenslage verschlimmert. Der Gesetzgeber hat die Misswirtschaft durch folgende Regelbeispiele konkretisiert: ungenügende Kapitalausstattung, unverhältnismässiger Aufwand, gewagte Spekulationen, leichtsinniges Gewähren oder Benützen von Kredit, Verschleudern von Vermögenswerten oder arge Nachlässigkeit in der Berufsausübung oder Vermögensverwaltung. Die erwähnten Regelbeispiele sind nicht abschliessend aufgezählt, was durch den Begriff «namentlich» zum Ausdruck gebracht wird.

Im Folgenden sind lediglich der unverhältnismässige Aufwand und das Verschleudern von Vermögenswerten von Interesse. Letzteres lehnt sich an die Gläubigerschädigung durch Vermögensverminderung i.S.v. Art. 164 Ziff. 1 Abs. 3 StGB und an die Schenkungspauliana i.S.v. Art. 286 SchKG an.¹²⁸⁴

Geschütztes Rechtsgut des Art. 165 StGB sind die Zugriffsrechte der Gläubiger auf das Vermögen des Schuldners.¹²⁸⁵ Inwieweit auch das Zwangsvollstreckungsverfahren als Teil der Rechtspflege geschützt sein soll, ist in der Lehre umstritten.¹²⁸⁶ Nach hier vertretener Ansicht ist Art. 165 StGB kein Rechtspflegedelikt.¹²⁸⁷

¹²⁸⁴ BSK StGB II-HAGENSTEIN, Art. 165 N 29.

¹²⁸⁵ Da Art. 165 StGB «eine Art Auffangtatbestand» zu Art. 164 StGB bildet (vgl. Botschaft 1991, S. 1063), muss auch das geschützte Rechtsgut übereinstimmen.

¹²⁸⁶ Vgl. FN 1117. Mit Bezug auf Art. 165 StGB zustimmend: HERREN, S. 39. Ablehnend: BSK StGB II-HAGENSTEIN, Art. 165 N 1 mit Verweis auf WERMEILLE, S. 366 ff.

¹²⁸⁷ Vgl. vorne S. 291 f.

§ 2 Objektiver Tatbestand

1. Täter

1.1 Sonderdelikt

Bei der Misswirtschaft i.S.v. Art. 165 StGB handelt es sich um ein echtes Sonderdelikt.¹²⁸⁸ Täter kann demnach einzig der Schuldner sein. Dritte können höchstens als Teilnehmer bestraft werden.¹²⁸⁹

1.2 Finanzielle Lage?

Der Schuldner muss entweder vor der Tathandlung zahlungsunfähig resp. überschuldet sein (wenn er durch die Tathandlung seine Vermögenslage «bloss» verschlimmert¹²⁹⁰) oder seine Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung durch die Tathandlung herbeiführen.

2. Tatobjekt

Tatobjekt ist das schuldnerische Vermögen, soweit es der Zwangsvollstreckung unterliegt.¹²⁹¹

¹²⁸⁸ Vgl. vorne S. 273.

¹²⁸⁹ Zum Ganzen: HAGENSTEIN, S. 253; PIETH, S. 155. Zur Strafbarkeit von Revisoren vgl. HAGENSTEIN, S. 254 f. und JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, S. 76 f.

¹²⁹⁰ BSK StGB II-HAGENSTEIN, Art. 165 N 58.

¹²⁹¹ Vgl. hierzu den allgemeinen Teil, S. 281. BGE 131 IV 49, 52 E. 1.2; BSK StGB II-HAGENSTEIN, Art. 165 N 7; HERREN, S. 43 ff.

3. Tathandlung

3.1 Im Allgemeinen

Ein tatbestandsmässiges Verhalten liegt vor, wenn der Schuldner durch Misswirtschaft seine Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit herbeiführt resp. diese verschlimmert. Die Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit des Schuldners können – und werden meist – jedoch auch durch den normalen Geschäftsgang herbeigeführt oder verschlimmert werden. Die Schwierigkeit liegt darin, zu beurteilen, wann der Unrechtsgehalt einer Tat schwer genug wiegt, um als «Misswirtschaft» i.S.v. Art. 165 StGB zu gelten.¹²⁹² Es darf nicht sein, dass vertretbare unternehmerische Entscheide, die aufgrund von angemessenen Informationen sowie frei von Interessenkonflikten getroffen wurden (vgl. hierzu die Business Judgment Rule¹²⁹³), nachträglich i.S.v. Art. 165 StGB unter Strafe gestellt werden.¹²⁹⁴ Dem Schuldner muss eine *krasse Verletzung elementarer (Sorgfalts-)Pflichten* bei der Führung seiner Geschäfte vorzuwerfen sein.¹²⁹⁵ Die Pflichten, gegen die der Täter in krasser Weise verstossen muss, ergeben sich dabei aus dem Zivilrecht (u.a. aus Art. 717 OR und Art. 725 OR).¹²⁹⁶

Art. 165 StGB zählt beispielhaft Handlungen auf, welche nach Ansicht des Gesetzgebers eine solch krasse Pflichtwidrigkeit darstellen können. Ein unverhältnismässiger Aufwand besteht, wenn der Aufwand des Schuldners in einem offensichtlichen Missverhältnis zu seinen finanziellen Ressourcen bzw. Einkünften steht. Als übermässiger Aufwand gelten Ausgaben, die aus vernünftiger kaufmännischer Sicht nicht (mehr) vertretbar sind.¹²⁹⁷ Dazu zählen bspw. im Verhältnis zur finanziellen Lage des Schuldners oder zu den

¹²⁹² STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, § 23 N 25.

¹²⁹³ Zur Business Judgment Rule vgl. FN 265.

¹²⁹⁴ BSK StGB II-HAGENSTEIN, Art. 165 N 10.

¹²⁹⁵ Urteil BGer 6B_492/2009 vom 18. Januar 2009, E. 2.3.4.2; DONATSCH, Strafrecht III, 355; Praxiskommentar StGB-TRECHSEL/OGG, Art. 165 N 1.

¹²⁹⁶ Urteil BGer 6B_54/2008 vom 9. Mai 2008, E. 7.3.3; DONATSCH, Strafrecht III, S. 355; BSK StGB II-HAGENSTEIN, Art. 165 N 12.

¹²⁹⁷ HAGENSTEIN, S. 262.

Ertragsaussichten völlig exzessive Repräsentations- oder Reisespesen¹²⁹⁸ oder die Bezahlung völlig nutzloser Leistungen.

Ein Verschleudern von Vermögenswerten liegt vor, wenn der Schuldner seine Vermögenswerte unentgeltlich oder zu einem offensichtlich geringeren Wert veräussert. Die Abgrenzung zur Gläubigerschädigung durch Vermögensveräusserung i.S.v. Art. 164 Ziff. 1 Abs. 3 StGB erscheint nicht offensichtlich. Mögliche Lösungsansätze zur Abgrenzung werden nachstehend in § 7 analysiert.

Oftmals ist nicht eine einzelne sorgfaltswidrige Handlung des Schuldners Ursache dafür, dass die Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung herbeigeführt resp. verschlimmert wird. Bei mehreren, im Zusammenhang stehenden, verpönten Handlungen macht sich der Schuldner gemäss Rechtsprechung dennoch nur einer einfachen (und nicht mehrfacher) Tatbegehung strafbar. Es erfolgt eine Gesamtwürdigung der einzelnen Verhaltensweisen, da sich nach Konkurseröffnung in der Regel kaum noch ermitteln lässt, welche Rechtshandlung im Einzelnen kausal für den Erfolg (Überschuldung, Zahlungsunfähigkeit oder deren Verschlimmerung) war.¹²⁹⁹

3.2 Bei Dienstleistungen

Die Begleichung fälliger Saniererhonorare kann gegebenenfalls als «unverhältnismässiger Aufwand» qualifiziert werden, soweit das Honorar des Sanierungsberaters (oder eines anderen Dienstleisters) angesichts des Nutzens für den Schuldner und im Verhältnis zu den finanziellen Ressourcen des Schuldners unvertretbar erscheint.¹³⁰⁰ Je (offensichtlich) nutzloser die Leistung, desto eher ist die Verhältnismässigkeit zu verneinen. Bei der Beurteilung der Verhältnismässigkeit ist zu beachten, dass ein insolvenzgefährde-

¹²⁹⁸ Urteil BGer 6B_765/2011 vom 24. Mai 2012, E. 2.1.1.; CORBOZ, Art. 165 N 24; BSK StGB II-HAGENSTEIN, Art. 165 N 15 ff.; CR CP-JEANNERET/HARI, Art. 165 N 25; KESSELBACH, S. 131.

¹²⁹⁹ Zum Ganzen: BGE 123 IV 193, 195 E. 2.

¹³⁰⁰ BOMMER/THOMMEN, S. 150. Vgl. BGE 109 IV 113, 115 E. 1a (zitiert in GAUTHIER, S. 7), wonach sich ein Gesellschafter einer GmbH der Misswirtschaft strafbar macht, wenn er eine zu riskante Sanierungspolitik verfolgt (bspw. Vorausleistung an zweifelhafte Geschäftsleute).

ter Schuldner nicht verpflichtet ist, einen möglichst günstigen Sanierer resp. Dienstleister aufzusuchen.¹³⁰¹

Die Begleichung von simulierten Dienstleistungshonoraren wäre zwar grundsätzlich als Verschleudern von Vermögenswerten zu werten, allerdings wird diese Tathandlung bereits von Art. 164 StGB erfasst. Art. 165 StGB als Auffangtatbestand ist daher nicht anwendbar. Gleiches gilt auch bspw. für ungerechtfertigte Honorar- oder Privatbezüge von Geschäftsleitungsmitgliedern für nicht erbrachte Leistungen.¹³⁰²

4. Tatvollendung

4.1 Erfolgsdelikt (Verschlechterung der Vermögenslage)

Die Misswirtschaft gemäss Art. 165 StGB ist ein Erfolgsdelikt. Tatbestandsmässiger Erfolg ist die Herbeiführung oder Verschlimmerung der Zahlungsunfähigkeit¹³⁰³ resp. der Überschuldung¹³⁰⁴.¹³⁰⁵ Es genügt jedoch nicht jede

¹³⁰¹ RÜEDI, N 396 FN 837, mit Verweis auf ein in Deutschland ergangenes Urteil des Bundesgerichtshofs, NJW 1980 (1962 ff.), S. 1963, wonach Anfechtbarkeit bestehe, wenn das vereinbarte Honorar und die Leistung des Anwalts nicht gleichwertig seien. Dies sei bspw. der Fall, wenn das vom Anwalt angestrebte Gerichtsverfahren offensichtlich aussichtslos und damit für den Gemeinschuldner und die Konkursgläubiger wertlos sei (E. 3).

¹³⁰² Siehe dagegen BSK StGB II 2007-BRUNNER, Art. 165 N 30 und HERREN, S. 72. Auf etwaige weitere Straftatbestände, die in diesem Fall erfüllt sein könnten, wird an dieser Stelle nicht weiter eingegangen.

¹³⁰³ Unter Zahlungsunfähigkeit ist «das dauerhafte Ausbleiben von Zahlungsmitteln, die erforderlich sind, Schulden binnen nützlicher Frist zu begleichen, zu verstehen, und zwar gleichgültig, ob diese bereits fällig sind oder in absehbarer Zukunft fällig werden» (BGE 127 IV 110, 112 f. E. 2 publ. und übersetzt in Pra 2002 Nr. 28, S. 140).

¹³⁰⁴ Eine Überschuldung besteht, wenn die Aktiven die Verbindlichkeiten nicht mehr decken.

¹³⁰⁵ Urteil BGer 6B_765/2011 vom 24. Mai 2012, E. 2.2.1; BSK StGB II-HAGENSTEIN, Art. 165 N 68; HAGENSTEIN, S. 278. Als Konsequenz dieses Erfolgs werden die Gläubiger geschädigt resp. deren Zugriffsrechte auf das Vollstreckungs-

geringfügige oder nur kurzfristige Verschlechterung der Zahlungsunfähigkeit resp. Überschuldung. Vielmehr muss diese Verschlechterung erheblich und dauerhaft sein.¹³⁰⁶

Zwischen der Tathandlung und der Verschlechterung der Vermögenslage – dem tatbestandsmässigen Erfolg – muss ein Kausalzusammenhang bestehen.¹³⁰⁷ Es ist allerdings nicht erforderlich, dass die Bankrotthandlung die einzige (kausale) Ursache des Erfolgs ist.¹³⁰⁸

4.2 Verletzungs- oder Gefährdungsdelikt?

Bei der Misswirtschaft handelt es sich – wie schon bei Art. 164 StGB – um ein Gefährdungsdelikt. Mit einem tatbestandsmässigen Handeln des Schuldners wird das geschützte Rechtsgut, mithin die Zugriffsrechte der Gläubiger auf das Vollstreckungssubstrat, gefährdet.¹³⁰⁹ Eine effektive Schädigung der Gläubiger muss demgegenüber nicht eintreten. Wie bereits bei Art. 164 StGB muss nach hier vertretener Ansicht das Verhalten des Täters lediglich *objektiv geeignet sein*, um zu einem Verlust von Haftungssubstrat zu führen.¹³¹⁰

4.3 Abgrenzung zum Versuch

Die allgemeinen Regeln zum Versuch sind auch bei Art. 165 StGB anwendbar. Ein Versuch kommt in Frage, wenn das Handeln des Schuldners weder dessen Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung bewirkt noch verschlim-

substrat zumindest vorübergehend gefährdet (Praxiskommentar StGB-TRECHSEL/OGG, Art. 165 N 10).

¹³⁰⁶ BK StGB-ALBRECHT, Art. 165 N 6.

¹³⁰⁷ BGE 102 IV 21, 23 E. 4; DONATSCH, Strafrecht III, S. 356.

¹³⁰⁸ BGE 115 IV 38, 41 E. 2.

¹³⁰⁹ CR CP-JEANNERET/HARI, Art. 165 N 53; Praxiskommentar StGB-TRECHSEL/OGG, Art. 165 N 3.

¹³¹⁰ Vgl. S. 298. Ebenso HERREN, S. 49. In diese Richtung auch BSK StGB II-HAGENSTEIN, Art. 165 N 67 f.; HAUSER, S. 46.

mert.¹³¹¹ Pro memoria sei erwähnt, dass die objektive Strafbarkeitsbedingung stets eingetreten sein muss.

§ 3 Subjektiver Tatbestand

1. Vorsatz

Misswirtschaft kann sowohl vorsätzlich als auch eventualvorsätzlich begangen werden.¹³¹² Die Auffassungen in der Lehre, ob auch grobe Fahrlässigkeit genügt, sind kontrovers. Die neuere Literatur und die jüngere Rechtsprechung des Bundesgerichts gehen mehrheitlich davon aus, dass Misswirtschaft ein Vorsatzdelikt mit gewissen Fahrlässigkeitselementen sein soll.¹³¹³ Demnach soll sich der Vorsatz auf die Tathandlung (Bankrothhandlung) beziehen. Für die Herbeiführung des Taterfolgs (Zahlungsunfähigkeit, Überschuldung oder Verschlimmerung der Vermögenslage) soll dagegen bereits genügen, wenn der Schuldner den Eintritt dieses Erfolgs grobfahrlässig missachtet hat.¹³¹⁴

¹³¹¹ HERREN, S. 95.

¹³¹² BGE 115 IV 38, 41 E. 2; BSK StGB II 2007-BRUNNER, Art. 165 N 49; JEKER, S. 188.

¹³¹³ BGE 115 IV 38, 40 E. 2; Urteil BGer 6B_492/2009 vom 18. Januar 2010, E. 2.3.4.2; 6B_66/2008 vom 9. Mai 2008, E. 7.3; 6B_459/2007 vom 18. Januar 2008, E. 6.3.3; Botschaft StGB 1991, 1064 f.; CORBOZ, Art. 165 N 49 ff.; GESSLER, Insolvenzstrafrecht, N 78; BSK StGB II-HAGENSTEIN, Art. 165 N 74; HERREN, S. 122 f.; HURTADO POZO, PS, N 1804; JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, S. 81; JEKER, S. 188; Praxiskommentar StGB-TRECHSEL/OGG, Art. 165 N 11. Kritisch mit Blick auf das Legalitätsprinzip: STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, § 23 N 27, allerdings räumen sie ein, dass die Qualifikation als reines Vorsatzdelikt den Anwendungsbereich als Auffangtatbestand massiv einschränken würde; KESSELBACH, S. 136. A.M. KISTLER, S. 1498; HK StGB-STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 165 N 5, verlangen mindestens Eventualvorsatz.

¹³¹⁴ BGE 104 IV 160, 165 f. E. 4a; Urteil BGer 6B_54/2008 vom 9. Mai 2008, E. 7.3.3; 6B_66/2008 vom 9. Mai 2008, E. 7.3; 6B_459/2007 vom 18. Januar 2008, E. 6.3.3; GESSLER, Insolvenzstrafrecht, N 78; BSK StGB II-HAGENSTEIN, Art. 165 N 76; Praxiskommentar StGB-TRECHSEL/OGG, Art. 165 N 11. Kritisch: HERREN, S. 123.

Ob des Weiteren ein Vorsatz betreffend die mögliche Gläubigerschädigung bestehen muss, ist umstritten.¹³¹⁵ Nach hier vertretener Ansicht muss ein entsprechender Vorsatz vorliegen, da bereits auf objektiver Tatbestandsebene die Geeignetheit zur Gläubigerschädigung vorausgesetzt wird und der subjektive Tatbestand sich jeweils auf den objektiven Tatbestand bezieht.

2. **Bewusstsein der finanziellen Lage?**

Gemäss Gesetzeswortlaut (Art. 165 Ziff. 1 Abs. 2 StGB) muss der Schuldner im Bewusstsein seiner Zahlungsunfähigkeit handeln, wenn er seine Vermögenslage (bei vorbestehender Zahlungsunfähigkeit) verschlimmert. Soweit es um die Verschlimmerung der Überschuldung geht oder um die Herbeiführung der Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit wird dagegen ein Bewusstsein der Überschuldung resp. einer prekären Vermögenslage nicht explizit verlangt. Die Lehre folgert zum Teil daraus, dass dem Schuldner die vorbestehende Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung zumindest i.S. eines Eventualvorsatzes bekannt sein müsse, soweit der Taterfolg in der Verschlimmerung der Vermögenslage bestehe.¹³¹⁶

Unterschiedliche Anforderungen an das Wissen des Schuldners zu stellen, je nachdem, ob er die Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung erst herbeiführt oder verschlimmert, erscheint nicht sachgerecht. Ansonsten würde der Schuldner, der die Zahlungsunfähigkeit resp. Überschuldung herbeiführt strenger behandelt als derjenige, der diese (schlechte) Vermögenslage verschlimmert, da in letzterem Fall zusätzlich nachgewiesen werden müsste, dass dem Schuldner die Zahlungsunfähigkeit bekannt war. Darauf kann es nicht ankommen. Nach hier vertretener Ansicht muss sich das Wissen des Schuldners in sämtlichen Tatbestandsvarianten darauf beziehen, dass er sich in einer finanziellen Schieflage befand und daher – analog zu Art. 164

¹³¹⁵ Für einen die Gläubigerschädigung umfassenden Vorsatz: BSK StGB II-HAGENSTEIN, Art. 165 N 68. Dagegen: BGE 104 IV 160, 165 f. E. 4; DONATSCH, Strafrecht III, S. 357; GESSLER, Insolvenzstrafrecht, N 77.

¹³¹⁶ BSK StGB II-HAGENSTEIN, Art. 165 N 73 mit Verweis auf BGE 102 IV 21, 22 E. 1. Vgl. auch DONATSCH, Strafrecht III, 356.

StGB – «die konkrete Möglichkeit der Zwangsvollstreckung voraussehen [...] und mit ihrem Eintritt rechnen» musste.¹³¹⁷

§ 4 Rechtfertigungsgründe

Ein Rechtfertigungsgrund, der das Unrecht der Tat ausschliesst, ist bei der Misswirtschaft schwer vorstellbar.

§ 5 Teilnahmehandlungen

Art. 165 StGB ist ein echtes Sonderdelikt. Dritte können sich nur als Teilnehmer strafbar machen.

Der Gläubiger, dessen Handlung sich im Fall von Art. 165 StGB darauf beschränkt, seine Forderung vom Schuldner begleichen zu lassen resp. den vom Schuldner veräusserten Vermögenswert zu erwerben, ist notwendiger Teilnehmer und bleibt straflos.¹³¹⁸

Anstiftung und Gehilfenschaft sind nur möglich, wenn die Haupttat vorsätzlich verübt wurde. Die Misswirtschaft ist wie oben¹³¹⁹ gesehen ein Vorsatzdelikt mit gewissen *Fahrlässigkeitselementen*. Die Tathandlung muss vorsätzlich begangen worden sein. Grobfahrlässigkeit genügt demgegenüber für die Herbeiführung des Taterfolgs (Zahlungsunfähigkeit, Überschuldung oder Verschlimmerung der Vermögenslage). Nach hier vertretener Ansicht ist die Anstiftung und Gehilfenschaft selbst dann möglich, wenn die Tathandlung zwar vorsätzlich erfolgte, der Taterfolg aber nur grobfahrlässig herbeigeführt wurde.¹³²⁰ Ansonsten wären Teilnahmehandlungen zu Art. 165 StGB praktisch immer ausgeschlossen.

¹³¹⁷ BGE 74 IV 33, 38 E. 1; Urteil BGer 6B_778/2011 vom 3. April 2012, E. 4.2.

¹³¹⁸ Zum Ganzen: GESSLER, Insolvenzstrafrecht, N 75; HERREN, S. 105.

¹³¹⁹ Vgl. S. 311.

¹³²⁰ A.M. wohl BSK StGB II-HAGENSTEIN, Art. 165 N 83.

§ 6 Vergleich zur Pauliana

Zu den allgemeinen Unterschieden und Gemeinsamkeiten zwischen den Konkursdelikten und der Pauliana sei auf die Ausführungen im allgemeinen Teil verwiesen.¹³²¹

Wie vorne gesehen, kann die Bezahlung offensichtlich nutzloser Leistungen paulianisch angefochten werden, wenn sie in Phase II erfolgt, d.h. wenn der Schuldner überschuldet oder zahlungsunfähig ist.¹³²² Die Bezahlung offensichtlich nutzloser Leistungen kann ferner gemäss Art. 165 StGB strafbar sein, wenn sie als unverhältnismässiger Aufwand qualifiziert und der Schuldner dadurch seine Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung herbeiführt resp. verschlimmert. Angesichts der einschneidenden Sanktionen im Strafrecht müssen die Anforderungen an die Nutzlosigkeit der Leistung resp. an die Unvertretbarkeit mindestens so hoch oder gar höher sein als bei der Pauliana.

§ 7 Konkurrenz zu Art. 164 StGB

1. Gesetzestext

Der Wortlaut von Art. 165 StGB stellt klar, dass der Misswirtschaft die Funktion eines Auffangtatbestands zu Art. 164 StGB zukommt, da für Art. 165 StGB ein Handeln des Schuldners «in anderer Weise als nach Artikel 164» verlangt wird.¹³²³ Allerdings ist die Abgrenzung zu Art. 164 StGB teilweise schwierig. Auf objektiver Tatbestandsebene lässt sich auf den ersten Blick kaum ein Unterschied zwischen der «unentgeltlichen Veräusserung» resp. «Veräusserung gegen eine Leistung mit offensichtlich geringe-

¹³²¹ Vgl. S. 283 ff.

¹³²² Vgl. S. 204 ff.

¹³²³ Urteil BGer 6B_54/2008 vom 9. Mai 2008, E. 7.3.1; DONATSCH, Strafrecht III, 354; BSK StGB II-HAGENSTEIN, Art. 165 N 8; HERREN, S. 166; HONSELL, Entwicklungstendenzen, N 9; JEKER, S. 190; KESSELBACH, S. 128.

rem Wert» (Art. 164 Ziff. 1 Abs. 3 StGB) und dem «Verschleudern von Vermögenswerten» (Art. 165 Ziff. 1 StGB) ausmachen.¹³²⁴

2. Literatur

In der Literatur besteht Einigkeit darin, dass die Abgrenzung von Art. 164 StGB zu Art. 165 StGB anhand des subjektiven Tatbestands vorzunehmen ist. Ein Teil der Lehre differenziert danach, ob vorsätzliches Handeln nachgewiesen werden kann oder nicht: Liegt Vorsatz vor, richtet sich die Strafbarkeit nach Art. 164 StGB, bei blosser Fahrlässigkeit richtet sie sich nach Art. 165 StGB.¹³²⁵ Ein anderer Teil der Lehre nimmt die Unterscheidung anhand des Schädigungsvorsatzes vor: Beabsichtigt der Schuldner in erster Linie die Schädigung der Gläubiger, ist Art. 164 StGB anwendbar, wenn dagegen ein solcher Schädigungsvorsatz fehlt und andere Motive im Vordergrund stehen (z.B. Spekulationstrieb), richtet sich die Strafbarkeit nach Art. 165 StGB.¹³²⁶

3. Eigene Stellungnahme

Gegen die erste Lehrmeinung kann eingewendet werden, dass sowohl Art. 164 StGB als auch Art. 165 StGB betreffend die Tathandlung Vorsatz verlangen. Die Grobfahrlässigkeit genügt bei Art. 165 StGB nur in Bezug auf den Taterfolg (die Herbeiführung oder Verschlimmerung der Zahlungs-

¹³²⁴ HERREN, S. 165; JEKER, S. 190; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, § 23 N 26; WERMEILLE, S. 389.

¹³²⁵ HERREN, S. 165; HURTADO POZO, PS, N 1800; WERMEILLE, S. 370 f. (auf die subjektiven Elemente ist abzustellen, wenn das Handeln des Schuldners sowohl unter den objektiven Tatbestand von Art. 164 als auch unter Art. 165 StGB fallen könnte).

¹³²⁶ CORBOZ, Art. 165 N 9; HAFTER, Betrachtungen III, S. 133; BSK StGB II-HAGENSTEIN, Art. 165 N 94; HAUSER, S. 46.

unfähigkeit/Überschuldung).¹³²⁷ Die zweite Lehrmeinung ist dagegen nur beschränkt praktikabel.

Nach hier vertretener Ansicht hat die Unterscheidung auf objektiver Tatbestandsebene zu erfolgen: Der Schuldner macht sich gemäss Art. 164 StGB strafbar, wenn er einen Vermögenswert unentgeltlich oder zu einem erheblich geringeren Gegenwert veräussert. Wenn dagegen die Passiven ohne gleichwertige Gegenleistung erhöht werden, ist Art. 165 StGB und nicht Art. 164 StGB anwendbar.¹³²⁸

¹³²⁷ Urteil BGer 6B_54/2008 vom 9. Mai 2008, E. 7.3.3; 6B_66/2008 vom 9. Mai 2008, E. 7.3; 6B_459/2007 vom 18. Januar 2008, E. 6.3.3; GESSLER, Insolvenzstrafrecht, N 78; BSK StGB II-HAGENSTEIN, Art. 165 N 76; Praxiskommentar StGB-TRECHSEL/OGG, Art. 165 N 11. Kritisch: HERREN, S. 123.

¹³²⁸ Urteil BGer 6B_459/2007 vom 18. Januar 2008, E. 6.3 und 6.4, wonach auch die Übernahme fremder Schulden durch eine überschuldete Gesellschaft ohne adäquate Gegenleistung als Verschleudern von Vermögenswerten qualifiziert.

9. Kapitel: Bevorzugung eines Gläubigers (Art. 167 StGB)

§ 1 Einleitung

Nach Art. 167 StGB strafbar macht sich ein Schuldner, der im Bewusstsein seiner Zahlungsunfähigkeit und in der Absicht, einzelne seiner Gläubiger zum Nachteil anderer zu bevorzugen, darauf abzielende Handlungen vornimmt. Die Generalklausel von Art. 167 StGB orientiert sich an Art. 288 SchKG. Die Regelbeispiele sind Art. 287 SchKG nachempfunden.¹³²⁹

Geschütztes Rechtsgut von Art. 167 StGB ist neben den von den Konkurs- und Betreibungsdelikten im Allgemeinen geschützten Zugriffsrechten der Gläubiger auf das Vermögen des Schuldners (sowie – je nach Lehrmeinung – dem Schutz des Zwangsvollstreckungsrechts als Teil der Rechtspflege¹³³⁰) der *«Anspruch der Gläubiger auf Gleichbehandlung nach der gesetzlichen Regelung der Zwangsvollstreckung»*.¹³³¹ Nach hier vertretener Ansicht ist Art. 167 StGB kein Rechtspflegedelikt. Der Schutz des Zwangsvollstreckungsverfahrens ist mehr eine Begleiterscheinung des Gläubigerschutzes als ein Argument für das Vorliegen eines Rechtspflegedelikts. Die gegenteilige Ansicht würde letztlich dazu führen, dass sich ein Schuldner oder Dritter selbst dann strafbar machen würde, wenn sämtliche Gläubiger mit Bevorzugung eines Gläubigers einverstanden gewesen wären. Die Ordnungsmässigkeit des Zwangsvollstreckungsverfahrens dient aber in erster Linie dem Schutz der Gläubiger und nicht zum Selbstzweck. Ein Strafanspruch ist nicht

¹³²⁹ BGE 117 IV 23, 25 E. 4a; Urteil BGer 4A_415/2007 vom 14. Januar 2008, E. 3.2.2; BK StGB-ALBRECHT, Art. 167 N 10; HAFTER, BT, S. 353; BSK StGB II-HAGENSTEIN, Art. 167 N 14; MEIER U., S. 142 f.; NOLL, S. 183; REBSAMEN, Gleichbehandlung, N 649; Praxiskommentar StGB-TRECHSEL/OGG, Art. 167 N 5; WIPRÄCHTIGER, S. 15 f.

¹³³⁰ Siehe vorne im allgemeinen Teil: S. 267. Betr. Art. 167 StGB: HAGENSTEIN, S. 77.

¹³³¹ BGE 117 IV 23, 25 E. 4b; 93 IV 16, 19 E. 1b; Urteil KGer GR SK1 11 14 vom 3. August 2011, E. 6h; Urteil BezGer Bülach DG0600095 vom 4. Juni 2007, E. II.3.2 (nicht publ.); BSK StGB II-HAGENSTEIN, Art. 167 N 1; JEKER, S. 199.

vertretbar, wenn diese (durch das Zwangsvollstreckungsrecht geschützten) Gläubiger in das Vorgehen des Täters eingewilligt haben.

Die Marginalie zu Art. 167 StGB betitelt den Tatbestand als «Bevorzugung eines Gläubigers». Im Folgenden wird der Einfachheit halber der Begriff Gläubigerbevorzugung verwendet.

§ 2 Objektiver Tatbestand

1. Täter

1.1 Sonderdelikt

Bei der Gläubigerbevorzugung gemäss Art. 167 StGB handelt es sich um ein echtes Sonderdelikt.¹³³² Täter kann nur der Schuldner sein, während sich Dritte höchstens der Teilnahme am Delikt strafbar machen können.¹³³³

1.2 Zahlungsunfähigkeit

1.2.1. Übersicht

Art. 167 StGB verlangt, dass der Schuldner im Bewusstsein seiner Zahlungsunfähigkeit handelt. Da nur ein Schuldner, der im Moment der Tat handlung zahlungsunfähig ist, ein entsprechendes Bewusstsein hat, kann tauglicher Täter einer Gläubigerbevorzugung allein der zahlungsunfähige Schuldner sein.¹³³⁴ Umstritten ist, was unter Zahlungsunfähigkeit i.S.v. Art. 167 StGB zu verstehen ist, d.h. ob sich Art. 167 StGB auch auf Überschuldungstatbestände erstreckt.

¹³³² Vgl. vorne S. 273.

¹³³³ Statt vieler DONATSCH, Strafrecht III, S. 360; GÜNTENSPPERGER, S. 74; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, § 24 N 16.

¹³³⁴ CORBOZ, Art. 167 N 2 f.; DONATSCH, Strafrecht III, S. 360; HAGENSTEIN, S. 326; HAUSER, S. 47; HURTADO POZO, PS, N 1833; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, § 24 N 17.

1.2.2. Rechtsprechung und Literatur

Das Bundesgericht setzte in BGE 104 IV 77 die Zahlungsunfähigkeit i.S.v. Art. 167 StGB mit der Überschuldung gleich. Es erachtete die vorinstanzliche Definition für richtig, wonach Zahlungsunfähigkeit bestehe, «wenn die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger nicht mehr durch die Aktiven gedeckt sind. Besteht nämlich eine begründete Besorgnis der Überschuldung [...]».¹³³⁵

Diesen Entscheid nahm die wohl h.L. zum Anlass, um auch den überschuldeten Schuldner als tauglichen Täter i.S.v. Art. 167 StGB anzusehen. Während sich ein Teil der Autoren direkt auf die Definition des Bundesgerichts stützt¹³³⁶, stellt der andere Teil auf den Sinn und Zweck der Bestimmung ab¹³³⁷, zumal nicht nur die Zahlungsunfähigkeit, sondern auch die Überschuldung zum Konkurs führen könne.¹³³⁸ Die jüngere Lehre wendet dagegen ein, dass der klare Wortlaut von Art. 167 StGB und das Analogieverbot eine solche Auslegung verbieten.¹³³⁹

¹³³⁵ BGE 104 IV 77, 82 f. E. 3d.

¹³³⁶ BRUNNER, S. 818; CORBOZ, Art. 167 N 2; NOLL, BT, S. 184; JEKER, S. 200; PC CP, Art. 167 N 4 (worin aber auf PC CP, Art. 165 N 24 verwiesen wird, welcher wiederum die korrekte Definition der Zahlungsunfähigkeit wiedergibt); HK StGB-STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 167 N 4; Praxiskommentar StGB-TRECHSEL/OGG, Art. 167 N 2. DONATSCH, Strafrecht III, S. 360 sowie STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, § 25 N 17 erwähnen nur «Zahlungsunfähigkeit», ohne sich mit der Problematik der Überschuldung auseinanderzusetzen, verweisen aber auf BGE 104 IV 77, 82 f. E. 3d.

¹³³⁷ BSK StGB II 2007-BRUNNER, Art. 167 N 12; GESSLER, Gläubigerbegünstigung, S. 403 f. REBSAMEN, Gleichbehandlung, S. 199 f. stellt allein darauf ab, ob der Schuldner konkursreif ist.

¹³³⁸ BOMMER/THOMMEN, S. 137, ERARD-GILLIOZ, S. 22, SCHMID N., Gläubigerbevorzugung, S. 205 sowie SCHWANDER, SJK, S. 6, verlangen das kumulative Vorliegen von Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung.

¹³³⁹ So insbesondere MEIER U., S. 101 f, mit Berufung auf BOMMER/THOMMEN, S. 137 (FN 49), die sich jedoch für die kumulative Theorie aussprechen. HAGENSTEIN, S. 327, plädiert für die Zahlungsunfähigkeit, thematisiert das Legalitätsprinzip aber nicht. Sie stellt darauf ab, dass streng genommen aufgrund der Anlehnung von Art. 167 StGB an Art. 287 und Art. 288 SchKG je nach Tathandlung entweder Überschuldung (bei den Regelbeispielen) oder weder Überschuldung noch Zahlungsunfähigkeit (bei der Generalklausel) vorausgesetzt würde,

1.2.3. Stellungnahme

Der Wortlaut von Art. 167 StGB begrenzt den Tatbestand auf die Fälle von Zahlungsunfähigkeit. Die Überschuldung wird nicht erwähnt und lässt sich auch weder in den französischen noch in den italienischen Wortlaut («insolvable» resp. «insolvenza») hineinlesen.¹³⁴⁰

Die Gesetzesmaterialien geben keinen Aufschluss darüber, aus welchen Gründen bei der Revision des StGBs 1994, bei welcher Art. 165 StGB (Misswirtschaft) auf Überschuldungsfälle ausgeweitet wurde¹³⁴¹, auf die entsprechende Änderung von Art. 167 StGB verzichtet worden ist. In der Botschaft wurde eine Änderung von Art. 167 StGB gar nicht diskutiert. Vielmehr wurde Art. 167 StGB unverändert übernommen.¹³⁴² Soweit ersichtlich, wurde auch im Parlament die Änderung von Art. 167 StGB nicht besprochen.¹³⁴³ Aus dem Umstand, dass die Änderung von Art. 167 StGB mit Bezug auf Überschuldungstatbestände nie diskutiert wurde, kann jedoch kein bewusster Entscheid des historischen Gesetzgebers abgeleitet werden, die Strafbarkeit nach Art. 167 StGB (im Gegensatz zu Art. 165 StGB) auf zahlungsunfähige Schuldner zu beschränken.

dies aber mit Blick auf die Generalklausel unsinnig wäre, weil die Tatbestandsvarianten in der Generalklausel aufgehen müssten. Warum daraus zu folgern wäre, dass die Überschuldung (als Voraussetzung für Art. 287 SchKG und nach HAGENSTEINS Theorie somit prinzipiell auch für die Regelbeispiele) gänzlich weggelassen werden könnte, erscheint unklar. CR CP-JEANNERET/HARI, Art. 167 N 5, plädieren für die Zahlungsunfähigkeit (ohne Überschuldung), begründen ihre Ansicht jedoch nicht.

¹³⁴⁰ So aber SCHMID N., Gläubigerbevorzugung, 205, mit Blick auf Art. 285 ff. SchKG. Nach hier vertretener Ansicht ist unter «insolvable» resp. «insolvenza» mit Blick auf Art. 165 StGB, der sowohl von «surendettement» resp. «indebitamento» wie auch von «insolvabilité» resp. «insolvenza» spricht, nur Zahlungsunfähigkeit zu verstehen.

¹³⁴¹ Botschaft StGB 1991, S. 1064.

¹³⁴² Botschaft StGB 1991, S. 1128.

¹³⁴³ AB 1993 III NR, S. 947.

Unter dem Legalitätsprinzip ist es grundsätzlich bedenklich, einen Straftatbestand mit einem an sich klaren Wortlaut auszuweiten.¹³⁴⁴ Dennoch sprechen nachstehende Gründe dafür, dass nicht nur ein zahlungsunfähiger, sondern auch ein überschuldeter Schuldner den Tatbestand von Art. 167 StGB erfüllen kann; zumindest soweit davon ausgegangen wird, dass kein bewusster Entscheid des Gesetzgebers vorlag, Art. 167 StGB auf die Fälle der Zahlungsunfähigkeit zu beschränken.

Gemäss Bundesgericht bedarf selbst ein klarer Wortlaut der Auslegung, wenn er vernünftigerweise nicht dem wirklichen Sinn des Gesetzes entspricht. Massgebend ist der Sinn des Gesetzes und nicht dessen Buchstabe. Der Sinn des Gesetzes kann im Wortlaut jedoch unvollkommen ausgedrückt sein. Im Rahmen einer sinngemässen Gesetzesauslegung ist auch – in Abweichung vom Wortlaut des Gesetzes – der Analogieschluss zu Lasten des Beschuldigten erlaubt. Dagegen verbietet das in Art. 1 StGB statuierte Legalitätsprinzip eine Auslegung, die *über* den Sinn des Gesetzes hinausgeht.¹³⁴⁵ Nachstehend ist also zu ermitteln, ob die *ratio legis* im Wortlaut von Art. 167 StGB korrekt wiedergegeben wird.

Geschütztes Rechtsgut von Art. 167 StGB ist die Gleichbehandlung der Gläubiger im Zwangsvollstreckungsverfahren. Wie bei der Pauliana gesehen¹³⁴⁶, wird der Schutzgedanke der Gleichbehandlung aktuell, sobald eine akute Konkursgefahr besteht. Nur dann entfaltet der grundsätzlich erst im Konkurs geltende Gläubigergleichbehandlungsgrundsatz eine gewisse Vorwirkung. Eine akute Konkursgefahr besteht spätestens dann, wenn ein Konkurs- resp. ein Nachlassverfahren absehbar ist. Ein solches Verfahren liegt aber nicht nur bei der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners in Griffweite. Von einer solchen Gefahr ist erst recht bei einer Überschuldung auszugehen, ist doch das Leitungsorgan einer überschuldeten Gesellschaft grundsätzlich zur Bilanzdeponierung verpflichtet (Art. 725 Abs. 2 OR).

¹³⁴⁴ Siehe die gleiche Problematik bereits bei Art. 189 Abs. 1 StGB («sexuelle Nötigung») im Zusammenhang mit dem Begriff «Duldung». BGE 127 IV 189, 200 f. E. 3b.

¹³⁴⁵ Zum Ganzen: BGE 127 IV 198, 200 E. 3b. Das Bundesgericht räumt aber ein, dass die Abgrenzung zwischen zulässiger Auslegung und unzulässiger Schaffung neuer Straftatbestände nicht leichtfällt.

¹³⁴⁶ Vgl. S. 195 ff.

Nach dem Gesagten ist die *ratio legis* der Bestimmung im Wortlaut von Art. 167 StGB nur unvollständig ausgedrückt. Die teleologische Auslegung ergibt, dass tauglicher Täter sowohl der zahlungsunfähige als auch (alternativ) der überschuldete Täter sein kann.

2. Tatobjekt

Tatobjekt ist das schuldnerische Vermögen, soweit es der Zwangsvollstreckung unterliegt.¹³⁴⁷

3. Tathandlung

3.1 Einleitung

Als Tathandlung kommt grundsätzlich jede Handlung des Schuldners in Betracht, welche darauf abzielt, einzelne *Gläubiger*¹³⁴⁸ zum Nachteil der anderen Gläubiger zu bevorzugen.¹³⁴⁹ Dabei wird verlangt, dass die Bevorzugung «eine krasse und ungerechtfertigte Ungleichheit zwischen den Gläubigern schafft.»¹³⁵⁰ Die Rechtshandlung muss geeignet sein, das der Befriedigung der übrigen Gläubiger dienende Vollstreckungssubstrat in ungerechtfertigter Weise zu schmälern oder zumindest die Zugriffsrechte einzelner Gläubiger zu gefährden.¹³⁵¹ Eine Rechtshandlung, die keine Auswirkung auf

¹³⁴⁷ Vgl. hierzu den Allgemeinen Teil, S. 281. BSK StGB II-HAGENSTEIN, Art. 167 N 12; Praxiskommentar StGB-TRECHSEL/OGG, Art. 167 N 6.

¹³⁴⁸ Der Empfänger des Vermögenswerts resp. der Begünstigte der nachträglichen Sicherstellung muss ein bestehender Gläubiger des Schuldners sein (BK StGB-ALBRECHT, Art. 167 N 8).

¹³⁴⁹ NOLL, 183; Praxiskommentar StGB-TRECHSEL/OGG, Art. 167 N 4.

¹³⁵⁰ BGE 117 IV 23, 25 E. 4b; NOLL, S. 183.

¹³⁵¹ BK StGB-ALBRECHT, Art. 167 N 11; GÜNTENSPERGER, S. 42; BSK StGB II-HAGENSTEIN, Art. 167 N 16; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, § 24 N 23.

das Vollstreckungssubstrat oder auf die Zugriffsrechte der Gläubiger haben kann, wird dementsprechend von Art. 167 StGB nicht erfasst.¹³⁵²

Wie oben gesehen¹³⁵³, entsprechen die in Art. 167 StGB genannten Regelbeispiele (in umgekehrter Reihenfolge) den Konstellationen der Überschuldungspauliana gemäss Art. 287 SchKG.¹³⁵⁴ Die Generalklausel, welche sämtliche Handlungen erfasst, die auf die Bevorzugung einzelner Gläubiger zum Nachteil anderer abzielen, lehnt sich dagegen an die Absichtsanfechtung gemäss Art. 288 SchKG an.¹³⁵⁵ Ob auch kongruente Deckungen i.S.v. Art. 167 StGB tatbestandsmässig sind, ist umstritten.

3.2 Schenkungen und gemischte Schenkungen?

Die Tatbestände der Schenkungspauliana gemäss Art. 286 SchKG fallen nur dann in den Anwendungsbereich der Gläubigerbevorzugung i.S.v. Art. 167 StGB, wenn der Beschenkte (ausnahmsweise) zugleich ein Gläubiger des Täters ist.¹³⁵⁶ Allerdings geht in diesen Ausnahmefällen Art. 164 Ziff. 1 Abs. 3 StGB vor (unechte Idealkonkurrenz).¹³⁵⁷

3.3 Inkongruente Deckung

3.3.1. Im Allgemeinen

Den objektiven Tatbestand i.S.v. Art. 167 StGB erfüllen grundsätzlich Leistungen und Sicherstellungen, die der Gläubiger aufgrund der materiellen

¹³⁵² Vgl. bspw. zum Austausch gleichwertiger Leistungen S. 75 ff. Vgl. ebenso Urteil KGer GR SK1 11 14 vom 3. August 2011, E. 6h; HAGENSTEIN, FN 2124 betreffend eine Disposition über Vermögenswerte, die keinen kommerziellen Nutzwert aufweisen.

¹³⁵³ S. 317.

¹³⁵⁴ CORBOZ, Art. 167 N 6.

¹³⁵⁵ BGE 117 IV 23, 25, E. 4a; BK StGB-ALBRECHT, Art. 167 N 10.

¹³⁵⁶ DONATSCH, Strafrecht III, S. 360; WIPRÄCHTIGER, S. 16. A.M. HAFTER, Betrachtungen III, S. 141. Siehe auch BGE 93 IV 16, 18 f. E. 1b zu Art. 163 aStGB (betrügerischer Konkurs).

¹³⁵⁷ Vgl. dazu S. 346.

Rechtslage im Zeitpunkt der Leistung nicht resp. nicht in dieser Art beanspruchen und durchsetzen kann (sog. inkongruente Deckungen).¹³⁵⁸

3.3.1.1. Regelbeispiele

Die Regelbeispiele orientieren sich wie gesehen an Art. 287 SchKG. Daher kann betreffend die allgemeine Umschreibung der Tathandlung auf die Ausführungen zu Art. 287 SchKG verwiesen werden.¹³⁵⁹

a) *Bezahlung einer nicht fälligen Schuld*

In Anlehnung an Art. 287 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG nennt Art. 167 StGB die Bezahlung einer nicht fälligen Schuld als erstes Regelbeispiel. Für die Strafbarkeit ist entscheidend, dass die Forderung im Zeitpunkt der Tathandlung noch nicht fällig war resp. dass sie erst nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit (resp. Überschuldung) durch eine Rechtshandlung des Schuldners fällig gestellt wurde.¹³⁶⁰

b) *Unübliche Zahlungsmittel*

In Anlehnung an Art. 287 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG zielt die Tilgung einer (fälligen) Schuld durch unübliche Zahlungsmittel in erster Linie auf die

¹³⁵⁸ BGE 117 IV 23, 25 E. 4b; Urteil KGer VS vom 3. Dezember 1997 (publ. in ZWR 1998, 188). Im deutschen Recht ist diese *ratio legis* präziser formuliert. Gemäss § 283c StGB (D) ist jede Gewährung einer Sicherheit oder Befriedigung strafbar, welche der betreffende Gläubiger nicht oder nicht in der Art oder nicht zu der Zeit zu beanspruchen hat (vgl. hierzu SCHMID N., Gläubigerbevorzugung, S. 212).

¹³⁵⁹ S. 63 ff.

¹³⁶⁰ BSK StGB II-HAGENSTEIN, Art. 167 N 22; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, § 24 N 20. Zur Fälligstellung einer Forderung durch einseitige Kündigung des Gläubigers, der gleichzeitig auch Alleinaktionär, einziger Verwaltungsrat und Geschäftsführer der Schuldnerin ist: Urteil AppGer BS vom 24. Januar 1997 (publ. in BJM 1998, S. 218). Zur Wirkung der Einräumung einer Zahlungsfrist auf die Fälligkeit vgl. S. 66 f.

Begleichung einer *Geldschuld* durch die Überlassung von Waren oder Forderungen an Zahlungs statt ab.¹³⁶¹

Die Überlassung von Waren an Zahlungs statt gilt regelmässig als ungewöhnliche Tilgungshandlung i.S.v. Art. 287 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG und kann bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen angefochten werden.¹³⁶² In der Literatur ist umstritten, ob die Strafbarkeit ausgeschlossen ist, wenn die an Zahlungs statt hingegebenen Waren vom Empfänger zu einem angemessenen Preis übernommen werden. Während ALBRECHT¹³⁶³ die Strafbarkeit bejaht und argumentiert, dass eine «reine Gläubigerbegünstigung» vorliege, wollen STRATENWERTH/JENNY/BOMMER¹³⁶⁴ von einer Bestrafung absehen, weil es an einer Vermögensverminderung fehle. Nach hier vertretener Ansicht handelt es sich um eine (ungewöhnliche) nachträgliche Leistung des Schuldners, die das Vollstreckungssubstrat reduziert.¹³⁶⁵ Eine unterschiedliche Behandlung zur Überschuldungspauliana drängt sich nicht auf.

c) Sicherstellung ohne entsprechende Verpflichtung

Als drittes Regelbeispiel nennt Art. 167 StGB den Fall, dass ein Schuldner eine Schuld aus eigenen Mitteln sicherstellt, ohne dass er dazu verpflichtet war. Tatbestandsmässig kann auch eine Sicherstellung sein, die auf einer nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit resp. Überschuldung erfolgten Vereinbarung (zur Abänderung des ursprünglich unbesicherten Vertrags) beruht.¹³⁶⁶

¹³⁶¹ BGE 117 IV 23, 26 E. 4b (bspw. Tilgung einer Darlehensschuld durch Hingabe von Büromaterial an Zahlungs statt); Urteil OGer ZH SB140131 vom 12. September 2014, E. B.2.1 (Verrechnung von Lohnforderung des Geschäftsführers mit Kaufpreis für Warenvorräte des betreffenden Unternehmens); BK StGB-ALBRECHT, Art. 167 N 21; BSK StGB II-HAGENSTEIN, Art. 167 N 27 und N 29; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, § 24 N 21.

¹³⁶² Vgl. S. 64.

¹³⁶³ BK StGB-ALBRECHT, Art. 167 N 22.

¹³⁶⁴ STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, § 24 N 21.

¹³⁶⁵ Ein Austausch gleichwertiger Leistungen im anfechtungsrechtlichen Sinne ist bei nachträglichen Schuldnerleistungen ausgeschlossen, da sie gläubigerschädigend sind. Vgl. S. 100 ff.

¹³⁶⁶ GÜNTENSPERGER, S. 30; BSK StGB II-HAGENSTEIN, Art. 167 N 34; REBSAMEN, N 666.

3.3.1.2. Weitere Fälle inkongruenter Deckungen (Generalklausel)

Die Literatur äussert sich nicht zur Frage, welche Tathandlungen, die nicht den Regelbeispielen gleichkommen, unter die Generalklausel fallen könnten. Da der Begriff der «inkongruenten Deckung» aus dem deutschen Insolvenzrecht stammt, rechtfertigt sich ein Blick in dortige Literatur. Dieser lässt sich die Befriedigung einer verjährten Forderung als Beispiel für eine weitere inkongruente Deckung entnehmen.¹³⁶⁷

3.3.2. Bei Dienstleistungen

Die vorne gesehenen Fälle können sich auch bei Dienstleistungsverhältnissen stellen. Des Weiteren kann die Bevorschussung von Dienstleistungshonoraren durch den zahlungsunfähigen Schuldner im Einzelfall tatbestandsmässig sein, wenn sie ohne Rechtspflicht erfolgt, d.h. wenn die Vorauszahlung ursprünglich nicht vereinbart war.¹³⁶⁸

3.4 Kongruente Deckung (Generalklausel)

3.4.1. Im Allgemeinen

Die in Art. 167 StGB enthaltene Generalklausel lehnt sich zwar an die Absichtsanfechtung gemäss Art. 288 SchKG an.¹³⁶⁹ Allerdings ist sie im Lichte des Legalitätsprinzips zurückhaltend anzuwenden, zumal nicht alles, was paulianisch anfechtbar ist, strafbar zu sein braucht.¹³⁷⁰

¹³⁶⁷ Insolvenzrechts-Handbuch-HUBER, § 47 N 42.

¹³⁶⁸ Insolvenzrechts-Handbuch-HUBER, § 47 N 42. Vgl. zur Überschuldungspauliana: S. 72.

¹³⁶⁹ BGE 117 IV 23, 25 E. 4a; NOLL, S. 183.

¹³⁷⁰ BGE 141 III 527, 537 E. 3.5; 134 III 52, 57 f. E. 1.3.4; 131 IV 49, 54 E. 1.3.3; 117 IV 23, 25 E. 4a; BOMMER/THOMMEN, S. 140; DONATSCH, Strafrecht III, S. 360; BSK StGB II-HAGENSTEIN, Art. 167 N 15; MEIER U., S. 143; REBSAMEN, Gleichbehandlung, N 650; Praxiskommentar StGB-TRECHSEL/OGG, Art. 167 N 5.

3.4.1.1. Beim Austausch gleichwertiger (Dienst-)Leistungen i.w.S.

Wie gesehen,¹³⁷¹ knüpft die Generalklausel der Gläubigerbevorzugung gemäss Art. 167 StGB an die Absichtspauliana gemäss Art. 288 SchKG an. Eine Gläubigerschädigung i.S.v. Art. 288 SchKG ist ausgeschlossen, wenn der Schuldner vom Gläubiger im Austausch zu seiner Leistung eine gleichwertige Gegenleistung i.e.S. erhält. Voraussetzung ist, dass die Leistung des Schuldners Zug um Zug erfolgt oder dass der Schuldner vorleistet.¹³⁷² Wenn aber eine solche Rechtshandlung keinen Gläubigerschaden zu bewirken vermag, ist auch die Gefahr einer Gläubigerbevorzugung i.S.v. Art. 167 StGB ausgeschlossen. Hier fehlt es an einer tatbestandsmässigen Rechtshandlung. Umso weniger ist es eine Ungleichbehandlung, die eine «krasse und ungerechtfertigte Ungleichheit zwischen den Gläubigern schafft»¹³⁷³ resp. darauf abzielt, einzelne Gläubiger zum Nachteil anderer zu bevorzugen.¹³⁷⁴

Folglich können die bei der Absichtspauliana zum «Austausch gleichwertiger Leistungen» gemachten Ausführungen *mutatis mutandis* auf Art. 167 StGB übertragen werden. Die Vorauszahlung von (Dienst-)Leistungen durch den Schuldner ist dementsprechend schon aus diesem Grund¹³⁷⁵ keine tatbestandsmässige Handlung i.S.v. Art. 167 StGB.¹³⁷⁶

¹³⁷¹ S. 323.

¹³⁷² S. 75 ff.

¹³⁷³ BGE 117 IV 23, 25 E. 4b m.H. auf NOLL, S. 183 und SCHMID N., Gläubigerbevorzugung, S. 211; Praxiskommentar StGB-TRECHSEL/OGG, Art. 167 N 5.

¹³⁷⁴ Vgl. BOMMER/THOMMEN, FN 61; DONATSCH, Strafrecht III, S. 361; GESSLER, Insolvenzstrafrecht, S. 496.

¹³⁷⁵ BOMMER/THOMMEN, S. 150 f., begründen die Strafflosigkeit damit, dass mit der Bezahlung des Vorschusses eine fällige vertragliche Vorleistungspflicht erfüllt wird und kongruente Deckungen grundsätzlich nicht strafbar sind. Das Konzept des Austauschs gleichwertiger Leistungen lehnen sie jedoch ab, weil Dienstleistungen ihrer Meinung nach keinen realisierbaren resp. verwertbaren Gegenwert für die übrigen Gläubiger darstellen. (Vgl. S. 84 ff. zur hier vertretenen Ansicht, wonach die Verwertbarkeit von Dienstleistungen kein taugliches Kriterium ist).

¹³⁷⁶ Nach anderer Ansicht wird der bevorschusste Vertragspartner des Schuldners gar nie Gläubiger, weshalb Art. 167 StGB (welcher die Bevorzugung eines Gläubigers voraussetzt) keine Anwendung findet (GESSLER, Insolvenzstrafrecht,

3.4.1.2. Tilgung einer verfallenen Schuld durch übliche Zahlungsmittel?

In Lehre und Rechtsprechung ist umstritten, ob und unter welchen Umständen auch die Tilgung verfallener Schulden durch den Schuldner den objektiven Tatbestand von Art. 167 StGB erfüllt. Nachstehend werden die Rechtsprechung und Lehre analysiert und gewürdigt.

a) *Rechtsprechung*

Gemäss Bundesgericht ist nicht jede Schuldentilgung durch einen zahlungsunfähigen Schuldner strafbar, zumal die Tilgung einer verfallenen Schuld durch übliche Zahlungsmittel nicht unter die Regelbeispiele fällt. Strafbar ist nur die ungerechtfertigte Schmälerung der Basis für die Befriedigung der übrigen Gläubiger, wobei die Bevorzugung eine *«krasse und ungerechtfertigte Ungleichheit zwischen Gläubigern»* schaffen muss. Kongruente Deckungen können gemäss Bundesgericht ausnahmsweise strafbar sein, wenn «[i] die inkriminierte Handlung nach ihrem Unrechtsgehalt den in Art. 167 genannten Regelbeispielen gleichwertig ist, [ii] sie gerade auf die Bevorzugung einzelner Gläubiger zum Nachteil der andern zielt und [iii] sich in ihr die eindeutige Bevorzungsabsicht des Täters objektiv deutlich manifestiert.»¹³⁷⁷ In einem jüngeren, nicht in der amtlichen Sammlung publizierten Entscheid des Bundesgerichts wird sodann mit Verweis auf BGE 117 IV 23 festgehalten, dass *«generell der Tatbestand der Gläubigerbevorzugung nicht erfüllt ist, wenn fällige Forderungen mit ordentlichen Zahlungsmitteln bezahlt werden»*.¹³⁷⁸

N 106; MEIER U., S. 143. Gl.M. zur Pauliana: CAMPONOV, S. 536; EISENRING/YASARGIL, S. 3; SCHWANINGER, N 48). Nach hier vertretener Ansicht wird der Vertragspartner des Schuldners mit Abschluss des Vertrags Gläubiger der Vorleistung (vgl. S. 92).

¹³⁷⁷ Zum Ganzen: BGE 117 IV 23, 25 f. E. 4b. Die Erwägungen von BGE 117 IV 23, 25 f. E. 4b werden ebenso in den kantonalen Swissair-Urteilen zur Gläubigerbevorzugung wiedergegeben (nicht publ. Urteile des BezGer Bülach jeweils vom 4. Juni 2007: DG060079 E. II.2.5.2; DG060091 E. II.2.5.2; DG060092 E. II.3.2, DG060095 E. II.3.2; DG060096 E. II.5.2).

¹³⁷⁸ Urteil BGer 9C_111/2007 vom 17. September 2007, E. 3.3.

In der Rechtsprechung wurden folgende *Fälle* von kongruenten Deckungen unter die Generalklausel der Gläubigerbevorzugung subsumiert: der Verkauf des Büromobiliars (an einen Dritten) – und zwar nicht im Rahmen einer normalen Geschäftstätigkeit, sondern i.S. einer Liquidationshandlung – zur anschliessenden Rückzahlung eines Darlehens mit dem Verkaufserlös¹³⁷⁹ sowie der Verkauf von Vermögenswerten durch den Verwaltungsrat einer überschuldeten AG an eine (nahestehende) GmbH und anschliessende Tilgung der Kaufpreisforderung durch Verrechnung mit offenen Forderungen des Käufers¹³⁸⁰. Ebenfalls unter die Generalklausel hat das Obergericht des Kantons Zürich den Fall subsumiert, in welchem im Rahmen eines Insichgeschäfts der Beschuldigte (Geschäftsführer der K GmbH und E GmbH) Büromaschinen, geleaste Fahrzeuge und Geschäftsmobiliar der K GmbH an die E GmbH verkaufte, wobei der Kaufpreis nicht in bar, sondern durch Schuldübernahme, mithin durch Bezahlung einer Schuld der K GmbH gegenüber der F AG getilgt wurde.¹³⁸¹ Die Handlung des Beschuldigten als Organ der E GmbH wurde dem Beschuldigten als Organ der K GmbH zugerechnet, zumal er dieses Konstrukt zur Bevorzugung des Gläubigers (F AG) kreierte hatte und ausführen liess.

Die kantonalen Gerichte haben sich daneben auch mit Fällen befassen, in denen eine gewöhnliche Begleichung einer fälligen Forderung (also keine Umgehungshandlung) vorlag. Selbst wenn die Begleichung einer fälligen Forderung de facto für den befriedigten Gläubiger privilegierend wirkt, kam die kantonale Rechtsprechung in sämtlichen Fällen zum Schluss, dass die Zahlung des Schuldners nicht strafbar war.¹³⁸²

¹³⁷⁹ BGE 117 IV 23, 26 E. 4b.

¹³⁸⁰ Urteil KGer GR SB 08 13 vom 26. Juni 2008, E. 4b (bestätigt in Urteil BGer 6B_989/2008 vom 13. Januar 2009, E. 3.1). Das Kantonsgericht spricht sich zwar grundsätzlich dafür aus, dass sich die Transaktion der Hingabe an Zahlungen statt annäherte, welche ein unübliches Zahlungsmittel sei, und argumentiert, dass es sich um eine inkongruente Deckung handle. Später räumt es aber ein, dass selbst wenn es als kongruente Deckung qualifizierte, strafbar wäre, zumal der Täter eine in ihrem Unrechtsgehalt der Tilgung einer fälligen Schuld mit unüblichen Zahlungsmittel gleichwertige Handlung vorgenommen habe.

¹³⁸¹ Urteil OGer ZH SB140131 vom 12. September 2014, E. B.2.2.1. und E. B.2.2.3.

¹³⁸² Urteil BezGer Bülach DG060092 vom 4. Juni 2007, E. II.6 (nicht publ.); BezGer Bülach DG060095 vom 4. Juni 2007, E. II.6 (nicht publ.); Urteil KGer VS vom

b) *Literatur*

Dass die Zahlung gewöhnlicher Forderungen gar nicht oder zumindest nur in äusserst restriktiv zu handhabenden Ausnahmefällen strafbar sein soll, ist in der Lehre unbestritten.

Ein Teil der Lehre vertritt die Auffassung, dass kongruente Deckungen gar nicht unter den Tatbestand von Art. 167 StGB fallen.¹³⁸³ Autoren, die sich generell gegen die Tatbestandsmässigkeit aussprechen, ziehen diesen Schluss *e contrario* aus den in Art. 167 StGB genannten Regelbeispielen: Wenn die Begleichung nicht fälliger Forderungen und die Begleichung fälliger Schulden mit unüblichen Zahlungsmitteln als Regelbeispiele genannt werden, nicht aber die Begleichung fälliger Forderungen mit üblichen Zahlungsmitteln, könne Letzteres von Art. 167 StGB nicht erfasst sein.¹³⁸⁴ Selbst wenn die Zahlung fälliger Forderungen das Haftungssubstrat für die übrigen Gläubiger reduziere und allenfalls auch strafwürdig sei, erscheine es im

3. Dezember 1997 (publ. in ZWR 1998, S. 187 ff.; RS 1999 Nr. 529, 6); Anmerkungen zum Urteil bei RIKLIN, Anmerkung, S. 143 f. Urteil OGer BL vom 21. Oktober 1997 (publ. in RS 2000 Nr. 787, S. 61). Ebenso bereits Urteil OGer BL vom 27. Oktober 1970 (publ. in BJM 1971, 191; RS 1972 Nr. 244, S. 18).

¹³⁸³ BSK StGB II 2007-BRUNNER, Art. 167 N 16 mit Verweis auf Urteil KGer VS vom 3. Dezember 1997 (publ. in ZWR 1998, S. 187 ff.); DONATSCH, Sanierungsmassnahmen, S. 11 ff.; DONATSCH, Strafrecht III, S. 361; JEKER, S. 201; RIKLIN, Anmerkung, S. 143; ROHDE, S. 178 FN 90; SCHMID N., Gläubigerbevorzugung, S. 212; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, § 24 N 23, wonach sich die ausnahmsweise Strafbarkeit bei einer absichtlichen Bevorzugung nicht rechtfertigen lasse; WIPRÄCHTIGER, S. 16; WOHLERS, Strafbarkeitsrisiken, S. 214 f. Unklar in GESSLER, Insolvenzstrafrecht, N 100 (Strafbarkeit verneint) vs. N 103 (Strafbarkeit in Ausnahmefällen bejaht); BSK StGB II-HAGENSTEIN, Art. 167 N 18 (Strafbarkeit in Ausnahmefällen bejaht) vs. N 24 (Strafbarkeit verneint); HAGENSTEIN, S. 332 und 334 f. (Strafbarkeit in Ausnahmefällen bejaht).

¹³⁸⁴ Zum Ganzen: BSK StGB II-HAGENSTEIN, Art. 167 N 24 und HAGENSTEIN, S. 334, wonach Art. 167 StGB nur die Begleichung nicht fälliger Forderungen erfasse. *E contrario* folge daraus, dass der Schuldner bei der Zahlung fälliger Forderungen straffrei bleibe. Vgl. aber HAGENSTEIN, S. 332 f. und BSK StGB II-HAGENSTEIN, Art. 167 N 18, wonach die Strafbarkeit kongruenter Deckungen bei Umgehungshandlungen dem Legalitätsprinzip nicht entgegenstehe, zumal die Generalklausel durch die Regelbeispiele genügend konkretisiert werde.

Lichte des Analogieverbots und des Bestimmtheitsgebots problematisch, Art. 167 StGB auf kongruente Deckungen auszuweiten.¹³⁸⁵

Nach anderer Ansicht sind kongruente Deckungen zumindest in Ausnahmefällen strafbar.¹³⁸⁶ Einige dieser Autoren begründen ihre Ansicht nicht und geben lediglich den Wortlaut des bundesgerichtlichen Leitentscheides¹³⁸⁷ wieder.¹³⁸⁸ Andere Autoren bejahen die Strafbarkeit mit unterschiedlicher Gewichtung der in der Rechtsprechung erwähnten Elemente: Ein Teil der Lehre bejaht die Tatbestandsmässigkeit in erster Linie aufgrund des objektiven Elements der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (die Gleichwertigkeit mit den Regelbeispielen¹³⁸⁹). Ein anderer Teil stellt dagegen hauptsächlich auf das subjektive Element ab (Absicht des Schuldners, die sich objektiv deutlich manifestiert).¹³⁹⁰ Einzelne Autoren kritisieren, dass die Formulierung des Bundesgerichts, wonach eine «krasse und ungerechtfertigte Un-

¹³⁸⁵ Bedenken mit Blick auf das Analogieverbot und Bestimmtheitsgebot: WOHLERS, Strafbarkeitsrisiken, S. 213 f. Dagegen ist REBSAMEN, Gleichbehandlung, N 207, der Ansicht, dass der Wortlaut der Generalklausel «darauf abzielende Handlungen» auch Fälle kongruenter Deckungen erfasse, könne doch der Tatbestand kaum genauer umschrieben werden. Ebenso HAGENSTEIN, S. 333, die jedoch Bedenken betreffend die Rechtssicherheit aufwirft und eine Revision des Wortlauts von Art. 167 StGB vorschlägt.

¹³⁸⁶ BK StGB-ALBRECHT, Art. 167 N 29; BOMMER/THOMMEN, S. 149; GATTLEN, S. 72; GESSLER, Gläubigerbegünstigung, S. 409, 417; GESSLER, Insolvenzstrafrecht, N 103 (vgl. aber N 100); GÜNTENSPERGER, S. 40 f.; HAGENSTEIN, S. 332 f.; BSK StGB II-HAGENSTEIN, Art. 167 N 18; KISSLING, N 610; MEIER U., S. 98, 145; NOLL, BT I, S. 183; REBSAMEN, Gleichbehandlung, N 676 ff.; SCHWARZ, S. 226 ff.; Praxiskommentar StGB-TRECHSEL/OGG, Art. 167 N 5. Offen gelassen in ERNST, S. 417; WOHLERS, Strafbarkeitsrisiken, S. 214 f., anerkennt zwar, dass sich der Anteil am Haftungssubstrat durch die Befriedigung eines einzelnen Gläubigers reduziere und demnach eine Strafbarkeit (zumindest im Entscheid BGE 131 IV 49 betreffend Darlehensrückzahlung) gerechtfertigt sei, mit Blick auf das Analogieverbot und Bestimmtheitsgebot aber bedenklich erscheine.

¹³⁸⁷ BGE 117 IV 23, 26 E. 4b.

¹³⁸⁸ MEIER U., S. 98, 145; Praxiskommentar StGB-TRECHSEL/OGG, Art. 167 N 5.

¹³⁸⁹ BOMMER/THOMMEN, S. 149; GATTLEN, S. 72; KISSLING, N 610; NOLL, BT I, S. 183.

¹³⁹⁰ BK StGB-ALBRECHT, Art. 167 N 29; GÜNTENSPERGER, S. 40 f.; REBSAMEN, Gleichbehandlung, N 678. Kritisch: BOMMER/THOMMEN, S. 139 f.; STRATEN-WERTH/JENNY/BOMMER, § 24 N 23.

gleichheit zwischen den Gläubigern» geschaffen werden soll, im Einzelfall oft unklar sei.¹³⁹¹

c) *Stellungnahme*

Nach hier vertretener Ansicht ist die gewöhnliche Zahlung einer fälligen Schuld mit üblichen Zahlungsmitteln nicht tatbestandsmässig. In Ausnahmefällen können kongruente Deckungen jedoch im Rahmen ganz eng umschriebener Grenzen strafbar sein: dies, wenn die Kongruenzlage in direkter Umgehung der erwähnten Regelbeispiele hergestellt wurde und der Schuldner dies beabsichtigt (und nicht nur in Kauf genommen)¹³⁹² hat.

Hierzu muss eine *Gesamtbetrachtung* zweier zusammenhängender Rechtsgeschäfte vorgenommen werden.¹³⁹³ Der objektive Tatbestand ist nur erfüllt, wenn die Gesamtbetrachtung zum Schluss führt, dass eine eigentliche Umgehungshandlung (zur Schaffung einer Kongruenzlage) vorgenommen wurde, in der Absicht eine inkongruente Deckung zu verschleiern. Einschlägiges Beispiel ist hier der Verkauf von Büromaterial zur Rückzahlung eines Darlehens. Der Verkauf von Büromaterial an sich ist nicht strafrechtlich relevant; ebenso wenig ist es die gewöhnliche Rückzahlung eines Darlehens. Wenn das Büromaterial aber dem Darlehensgeber direkt hätte übergeben werden können, dieses in Absprache mit dem Darlehensgeber indes nur deshalb an einen Dritten verkauft wurde, um das betreffende Darlehen zurückzahlen zu

¹³⁹¹ SCHMID N., Gläubigerbevorzugung, S. 210 mit Bezug auf die Formulierung von NOLL, BT I, S. 183, auf welche das Bundesgericht in BGE 117 IV 23, 26 E. 4b abstützt.

¹³⁹² Bei inkongruenten Deckungen i.S.v. Art. 167 StGB genügt Eventualvorsatz. BGE 93 IV 16, 18 E. 1b; 74 IV 40, 47 E. 2; ROHDE, S. 177 f. Zum Einwand, dass das Erfordernis der (im technischen Sinne verstandenen) direkten Absicht, eine Umgehungshandlung zu begehen, strengere Anforderungen an den subjektiven Tatbestand von Art. 167 StGB stellt, als bei inkongruenten Deckungen üblicherweise verlangt wird (BK StGB-ALBRECHT, Art. 167 N 29; GÜNTENSPIERGER, S. 40 f.; REBSAMEN, Gleichbehandlung, N 677 f.; ROHDE, S. 177 f) siehe hinten S. 338 f.

¹³⁹³ Diese Gesamtbetrachtung ist auch der Absichtspauliana nicht unbekannt. Dort werden zum Teil zwei Rechtsgeschäfte zusammen betrachtet und wird dem ersten, an sich nicht schädigenden Geschäft eine mittelbare Schädigungswirkung unterstellt. Vgl. S. 114 ff.

können und eine Tilgung durch unübliche Zahlungsmittel zu verschleiern, wurde die Kongruenzlage in Umgehung der Regelbeispiele hergestellt und ist strafbar. Man mag nun einwenden, dass damit den Anforderungen des Bestimmtheitsgebots nicht Genüge getan und gegen das Analogieverbot gemäss Art. 1 StGB verstossen wird.¹³⁹⁴ Das Legalitätsprinzip wird jedoch nicht tangiert, wenn eine Auslegung im Rahmen der *ratio legis* der Bestimmung erfolgt.¹³⁹⁵ Mit Blick auf die Generalklausel und deren Sinn und Zweck ist nicht einzusehen, weshalb Umgehungshandlungen nicht von Art. 167 StGB erfasst sein sollten.

3.4.2. Bei Dienstleistungen

Die Strafbarkeit von Honorarzahlungen an Dienstleister wurde in den Swissair-Strafprozessen des Bezirksgerichts Bülach behandelt. In diesen Entscheiden ging es u.a. um die Strafbarkeit von angeblich vorgetäuschten Vorauszahlungen für Beratungsleistungen. Das Bezirksgericht erwog, dass die (gewöhnliche) Tilgung verfallener Schulden durch übliche Zahlungsmittel von den Regelbeispielen nicht erfasst werde, weshalb es dem zahlungsunfähigen Schuldner nicht schlechterdings verwehrt sei, seinen Verbindlichkeiten nachzukommen.¹³⁹⁶ Selbst wenn die angeblichen Vorauszahlungen vorgetäuscht gewesen wären und tatsächlich eine Zahlung verfallener Verbindlichkeiten vorgelegen hätte (was aber nicht der Fall war), hätte dies lediglich eine Tarnung eines nicht strafbaren Verhaltens dargestellt, nämlich die Zahlung einer fälligen Schuld auf übliche Weise.¹³⁹⁷

¹³⁹⁴ Vgl. oben FN 1385.

¹³⁹⁵ BGE 127 IV 198, 200 E. 3b. Das Bundesgericht räumt aber ein, dass die Abgrenzung zwischen zulässiger Auslegung und unzulässiger Schaffung neuer Straftatbestände nicht leichtfällt.

¹³⁹⁶ Urteil BezGer Bülach DG060092 vom 4. Juni 2007, E. II.3.2 (nicht publ.); BezGer Bülach DG060095 vom 4. Juni 2007, E. II.3.2 (nicht publ.).

¹³⁹⁷ Urteil BezGer Bülach DG060092 vom 4. Juni 2007, E. II.6 (nicht publ.); BezGer Bülach DG060095 vom 4. Juni 2007, E. II.6 (nicht publ.).

4. Tatvollendung

4.1 Tätigkeitsdelikt oder kupiertes Erfolgsdelikt?

Gemäss h.L. handelt es sich bei Art. 167 StGB um ein sog. «kupiertes Erfolgsdelikt».¹³⁹⁸ Anders als bei Erfolgsdelikten wird der Tatbestand schon durch die *auf den beabsichtigten Erfolg gerichtete* Tathandlung vollendet. Folglich wird auch kein Kausalzusammenhang zwischen der Tathandlung und einer allenfalls eingetretenen Gläubigerschädigung verlangt.¹³⁹⁹ Vertreten liesse sich m.E. aber auch die Einordnung als Tätigkeitsdelikt.

4.2 Verletzungs- oder Gefährdungsdelikt?

Die Gläubigerbevorzugung gemäss Art. 167 StGB ist ein Gefährdungsdelikt.¹⁴⁰⁰ Es genügt für die Vollendung des Delikts, dass die Tathandlung geeignet ist, die Chance der Befriedigung der bevorzugten Gläubiger zu erhöhen und diejenige der anderen zu vermindern.¹⁴⁰¹ Die Vollendung der Gläubigerbevorzugung i.S.v. Art. 167 StGB erfordert keine tatsächliche oder endgültige Gläubigerschädigung. Eine Bevorzugung eines Gläubigers i.S.v. Art. 167 StGB liegt selbst dann vor, wenn der Gläubiger die empfangene Leistung letztlich aufgrund einer erfolgreichen Pauliana wieder herausgeben muss.¹⁴⁰²

¹³⁹⁸ BOMMER/THOMMEN, 135; REBSAMEN, Gleichbehandlung, FN 1150; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, § 24 N 26; Praxiskommentar StGB-TRECHSEL/OGG, Art. 167 N 7.

¹³⁹⁹ BGE 75 IV 106, 111, E. 2; DONATSCH, Strafrecht III, S. 363.

¹⁴⁰⁰ DONATSCH, Strafrecht III, S. 363; Praxiskommentar StGB-TRECHSEL/OGG, Art. 167 N 7.

¹⁴⁰¹ CORBOZ, Art. 167 N 5; DONATSCH, Strafrecht III, S. 363; MEIER U., S. 148; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, § 24, N 24. A.M. HAFTER, BT, S. 357.

¹⁴⁰² BGE 93 IV 16, 18 E. 1b; 74 IV 40, 46 E. 2; DONATSCH, Strafrecht III, S. 362 f.; BSK StGB II-HAGENSTEIN, Art. 167 N 47; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, § 24 N 24. A.M. GÜNTENSPERGER, S. 47 f.; HAFTER, BT, S. 537.

4.3 Abgrenzung zum Versuch

Auch bei Art. 167 StGB kommen die allgemeinen Regeln betreffend den Versuch gemäss Art. 22 StGB zur Anwendung. Ein Versuch im Rahmen von Art. 167 StGB liegt bspw. vor, wenn der Schuldner einem Gläubiger statt des vereinbarten Honorars (in Geld) einen Bentley an Zahlungs statt übergeben will, der Gläubiger die Annahme jedoch verweigert.¹⁴⁰³

§ 3 Subjektiver Tatbestand

1. (Eventual-)Absicht der Gläubigerbevorzugung

Nachstehend wird geprüft, ob und inwieweit unterschiedliche Anforderungen an die Absicht des Schuldners zu stellen sind, je nachdem, ob eine inkongruente Deckung oder eine kongruente Deckung (die eine inkongruente Deckung verschleiern soll) vorliegt.

1.1 Inkongruente Deckung

1.1.1. Im Allgemeinen

Bei inkongruenten Deckungen muss der Schuldner in der Absicht handeln, einzelne Gläubiger zum Nachteil der anderen zu bevorzugen.¹⁴⁰⁴ Dabei ist die Absicht nicht im technischen Sinne als direkte Absicht ersten Grades zu verstehen. Die Gläubigerbevorzugung muss nicht Beweggrund des Schuld-

¹⁴⁰³ Vgl. den Bentley Fall: Urteil BGer 5A_44/2008 vom 7. Juli 2008, wo es um die paulianische Anfechtung der Anrechnung eines Bentleys an ein Beraterhonorar ging.

¹⁴⁰⁴ BGE 104 IV 77, 80 E. 3; 74 IV 40, 48 E. 3; Urteil BGer 6B_434/2011 vom 27. Januar 2012, E. 3.3; BSK StGB II-HAGENSTEIN, Art. 167 N 43; JEKER, S. 202.

ners gewesen sein. Gemäss Rechtsprechung genügt bereits Eventualabsicht.¹⁴⁰⁵

Eventualabsicht liegt vor, wenn der Schuldner mit der vorgenommenen Handlung einen Zustand herbeiführen will, von dem er weiss, dass er möglicherweise einen Gläubiger bevorzugen und andere benachteiligen kann, und die Tat gleichwohl begeht.¹⁴⁰⁶ Wenn das Wissen um die Möglichkeit des Erfolgs das einzige Indiz für das entsprechende Wollen ist, hat das beurteilende Gericht zu prüfen, ob der Schuldner mindestens so ernsthaft mit der Möglichkeit der Bevorzugung des Gläubigers und der Benachteiligung der übrigen gerechnet hat, dass die inkriminierte Handlung vernünftigerweise nicht anders denn als Billigung dieses «Erfolgs» ausgelegt werden kann.¹⁴⁰⁷ Für eine Eventualabsicht genügt dagegen nicht, wenn der Schuldner bloss damit hätte rechnen sollen¹⁴⁰⁸ oder wenn er – wenn auch frivol – damit rechnet, seine finanzielle Lage wieder verbessern zu können, sodass seine Handlung keine Gläubiger benachteiligen werde¹⁴⁰⁹ (bewusste Fahrlässigkeit).

1.1.2. Verneinung der Absicht bei gesetzlich geforderten Leistungen?

In der Literatur wird hinsichtlich inkongruenter Deckungen vertreten, dass keine Bevorzugsabsicht vorliegt, wenn der Gläubiger eine Leistung erbringt, die der Schuldner von Gesetzes wegen vornehmen lassen muss. So soll gemäss DONATSCH die Bezahlung von nicht fälligen Honoraren einer Revisionsstelle durch den Schuldner in finanzieller Schieflage nicht strafbar sein, obschon es sich um eine inkongruente Deckung handelt. So könne verhindert werden, dass die Revisionsstelle sich bei Gefährdung ihres Honoraranspruchs wegen Überschuldung weigert, ihr Mandat auszuüben, oder ihr

¹⁴⁰⁵ BGE 104 IV 77, 82 E. 3c; 74 IV 40, 47 E. 2; BSK StGB II-HAGENSTEIN, Art. 167 N 43; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, § 24 N 26; PC CP, Art. 167 N 14.

¹⁴⁰⁶ BGE 93 IV 16, 18 E. 1b; 74 IV 40, 46 f. E. 2; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, § 24 N 26; WALDER, S. 12.

¹⁴⁰⁷ BGE 74 IV 40, 47 E. 2. Zur Abgrenzung von Eventualvorsatz zur bewussten Fahrlässigkeit vgl. RIKLIN, AT I, § 40 N 38 ff.

¹⁴⁰⁸ BGE 74 IV 40, 48 E. 3.

¹⁴⁰⁹ BGE 74 IV 40, 47 E. 2; WALDER, S. 12.

Mandat niederlegt.¹⁴¹⁰ Dem ist entgegenzuhalten, dass es den Parteien unbenommen bleibt, bei Vertragsabschluss eine Vorauszahlung zu vereinbaren und somit einer möglichen Mandatsniederlegung vorbeugend entgegenzuwirken.¹⁴¹¹

1.1.3. Verneinung der Absicht bei Zahlungen zum Zweck der Sanierung?

Der Schuldner, der eine inkongruente Deckung vornimmt (wie die Tilgung verfallener Schulden durch unübliche Zahlungsmittel) soll nach GERMANN straflos bleiben, soweit er offensichtlich die eigene Vermögenslage zu verbessern oder zu konsolidieren beabsichtigt.¹⁴¹² In die gleiche Richtung geht die Ansicht von MEIER, wonach die Bevorzugung des Sanierungsberaters als Indiz gegen die Bevorzugungsabsicht gewertet werden kann; auch wenn er sich nicht spezifisch zu inkongruenten Deckungen äussert.¹⁴¹³

Nach hier vertretener Ansicht liegen inkongruente Deckungen regelmässig nicht im Interesse der übrigen Gläubiger. Insofern ist bei inkongruenten Deckungen davon auszugehen, dass der zahlungsunfähige oder überschuldete Schuldner bei deren Vornahme i.S. einer Eventualabsicht zumindest in Kauf nimmt, durch die betreffende Handlung den Begünstigten zum Nachteil der übrigen Gläubiger zu bevorzugen. Soweit die Leistung des Schuldners für die Sanierung des Unternehmens eine unerlässliche Handlung darstellt und eine günstige Sanierungsprognose gestellt werden kann, könnte dieser Einwand aber allenfalls als Rechtfertigungsgrund vorgebracht werden.¹⁴¹⁴

¹⁴¹⁰ Zum Ganzen: DONATSCH, Strafrecht III, S. 361 f., wonach jeder Schuldner für seine Existenz gewisse Mittel benötige. So habe bspw. eine Aktiengesellschaft in der Konstellation von Art. 727 OR ihre Jahresrechnung von Gesetzes wegen durch eine Revisionsstelle zu prüfen. Bei der begründeten Besorgnis einer Überschuldung bestehe die Gefahr, dass die durch die Revisionstätigkeit entstehende Forderung nicht rechtzeitig fällig würde und sich die Revisionsstelle nach Mitteilung dieser Tatsache weigern könnte ihre Arbeiten zu verrichten.

¹⁴¹¹ Zu möglichen Schadenersatzansprüchen aufgrund Untätigkeit oder Mandatsniederlegung zur Unzeit vgl. S. 256 ff.

¹⁴¹² GERMANN, Art. 167 N 2.

¹⁴¹³ MEIER U., S. 170.

¹⁴¹⁴ Siehe S. 341 f.

1.2 **Kongruente Deckung (i.S. einer Umgehungshandlung)**

1.2.1. **Bundesgericht**

Gemäss dem bundesgerichtlichen Leitentscheid sind kongruente Deckungen, die in ihrem Unrechtsgehalt inkongruenten Deckungen gleichkommen, nur dann strafbar, soweit der Schuldner eine «auf eine Gläubigerbevorzugung abzielende Handlung» vornimmt. Die Absicht der Gläubigerbevorzugung muss sich dabei «objektiv deutlich manifestieren».¹⁴¹⁵

Bei inkongruenten Deckungen genügt wie gesehen bereits Eventualabsicht. Aus der oben erwähnten Formulierung des Bundesgerichts liesse sich ableiten, dass das Bundesgericht bei kongruenten Deckungen höhere Anforderungen an die Schädigungsabsicht des Schuldners stellt. Allerdings ist unklar, ob das Bundesgericht effektiv gemeint hat, dass höhere Anforderungen gelten sollen, oder ob auch bei kongruenten Deckungen eine Eventualabsicht genügt.

Aus einem früheren Entscheid (BGE 74 IV 40) könnte geschlossen werden, dass für «auf Gläubigerbevorzugung abzielende Handlungen» auch eventualabsichtliches Handeln reicht. So führt das Bundesgericht in diesem Entscheid aus, dass sich ein Schuldner strafbar macht, «der im Bewusstsein, dass er sehr wahrscheinlich nicht alle Gläubiger voll werden befriedigen können, eine auf Bevorzugung des einen Gläubigers abzielende Handlung vornimmt [...]». Die *Vornahme der Handlung mit diesem Bewusstsein bedeutet*, Gegenindizien vorbehalten, *Billigung* und damit Wollen des Erfolgs für den Fall, dass sie eintrete.»¹⁴¹⁶

1.2.2. **Stellungnahme**

Nach hier vertretener Ansicht sollte bei kongruenten Deckungen (i.S.v. Umgehungshandlungen) im Unterschied zu inkongruenten Deckungen eine Absicht im technischen Sinne verlangt werden. Die unterschiedliche Behand-

¹⁴¹⁵ BGE 117 IV 23, 25 f. E. 4b.

¹⁴¹⁶ BGE 74 IV 40, 47 E. 2 (Hervorhebungen hinzugefügt).

lung von inkongruenten und kongruenten Deckungen mit Blick auf den subjektiven Tatbestand scheint insofern vertretbar, als kongruente Deckungen nur in ganz seltenen Ausnahmefällen strafbar sein sollen. Dies trägt auch dem Bestimmtheitsgebot und der Rechtssicherheit Rechnung, da der Schuldner (und Teilnehmer) – soweit direkte Absicht vorausgesetzt wird – eine potentielle Strafbarkeit seiner Handlung viel eher voraussehen kann, als dies bei einer Eventualabsicht der Fall wäre.

1.2.3. Verneinung der Absicht bei gesetzlich vorgesehenen Leistungen und Leistungen zum Zweck der Sanierung?

Wie gesehen, fallen gewöhnliche Zahlungen fälliger Schulden (kongruente Deckungen) nicht unter den Tatbestand von Art. 167 StGB. Unter dieser Prämisse sind Zahlungen an Sanierungsberater, Revisionsstellen und andere Dienstleister ohnehin nicht tatbestandsrelevant. Demnach erübrigt sich sowohl die Prüfung der Sanierungschancen im Zeitpunkt der Vornahme der schuldnerischen Handlung¹⁴¹⁷ als auch die Prüfung des subjektiven Tatbestands. Ausgenommen sind Umgehungstatbestände, die in ihrem Unrechtsgehalt den in Art. 167 StGB genannten Regelbeispielen gleichkommen. Dort muss der Schuldner m. E. in direkter Absicht (Absicht im technischen Sinne) gehandelt haben, um den Straftatbestand von Art. 167 StGB zu erfüllen.

2. Bewusstsein der Zahlungsunfähigkeit (resp. der Überschuldung)

Gemäss Art. 167 StGB muss der Schuldner im Bewusstsein seiner Zahlungsunfähigkeit handeln. Der Schuldner muss sich gemäss Rechtsprechung seiner Zahlungsunfähigkeit – resp. nach hier vertretener Ansicht alternativ der Überschuldung – bewusst sein und dennoch handeln.¹⁴¹⁸ In der Literatur ist umstritten, ob ein «Wissenmüssen» genügt. Ein Teil der Lehre verlangt

¹⁴¹⁷ A.M. wohl MEIER U., S. 170.

¹⁴¹⁸ BGE 104 IV 77, 80 ff. E. 3, E. 3b; Urteil BGer 6B_343/2011 vom 27. Januar 2011, E. 3.3.

positives Wissen.¹⁴¹⁹ Das Wissen um eine drohende, aber noch nicht eingetretene Zahlungsunfähigkeit resp. Überschuldung oder das fahrlässige Nichterkennen von eindeutigen Indizien für eine Überschuldung genüge nicht.¹⁴²⁰ Nach anderer Ansicht ist auch das Handeln eines Täters strafwürdig, wenn er nicht sicher wisse, ob er zahlungsunfähig (resp. überschuldet) sei, obschon die finanzielle Lage darauf hinweise.¹⁴²¹

Ob eine Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung vorliegt, kann bereits auf objektiver Tatbestandsebene von schwierigen Bewertungsfragen abhängen. Dementsprechend ist auch der Nachweis des positiven Wissens um diese Tatbestandsvoraussetzungen nicht immer leicht zu erbringen. Der Gesetzeswortlaut spricht indes klar und unmissverständlich vom «*Bewusstsein* der Zahlungsunfähigkeit» und nicht von deren Erkennbarkeit. Beweisschwierigkeiten können kein Grund sein, um ein «Wissenmüssen» genügen zu lassen.¹⁴²²

§ 4 **Rechtfertigungsgründe**

1. **Einwilligung?**

Die Einwilligung des Rechtsgutsträgers schliesst nach allgemein anerkanntem Grundsatz das Unrecht der Tat aus (*volenti non fit iniuria*). Vorausgesetzt wird, dass der Einwilligende über das Rechtsgut Verfügungsbefugt ist.

¹⁴¹⁹ BK StGB-ALBRECHT, Art. 167 N 27; HURTADO POZO, PS, N 1839; NOLL, BT, S. 184; HK StGB-STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 167 N 4; Praxiskommentar StGB-TRECHSEL/OGG, Art. 167 N 8; WIPRÄCHTIGER, S. 16.

¹⁴²⁰ MEIER U., S. 150 f.; REBSAMEN, Gleichbehandlung, N 671.

¹⁴²¹ HAGENSTEIN, S. 341.

¹⁴²² Ob ein entsprechendes Wissen tatsächlich vorhanden war, kann von der Anklagebehörde allenfalls mittels Protokollen von Sitzungen, an denen der Beschuldigte teilgenommen hat und in welchen über die Liquiditätslage oder Bilanzsituation informiert wurde, oder anhand von Unterlagen zur Vorbereitung der Bilanzdeponierung (an welcher der Beschuldigte mitgewirkt hat) nachgewiesen werden. Vgl. Urteil BezGer Bülach DG060092 vom 4. Juni 2007, E. II.5.4.1 (nicht publ.).

Daher ist die Einwilligung nur dann wirksam, wenn durch den Straftatbestand ausschliesslich individuelle Rechtsgüter geschützt werden.¹⁴²³

Durch die Gläubigerbevorzugung werden wie vorne gesehen der «Anspruch der Gläubiger auf Gleichbehandlung nach der gesetzlichen Regelung der Zwangsvollstreckung» sowie die Zugriffsrechte der Gläubiger auf das Vermögen des Schuldners geschützt.¹⁴²⁴ Soweit allein diese Rechtsgüter als massgebend erachtet werden, müssten zur Bejahung der rechtfertigenden Einwilligung sämtliche Gläubiger der betreffenden Tathandlung im Voraus zustimmen, was kaum je praktikabel sein dürfte.¹⁴²⁵ Soweit die Gläubigerbevorzugung jedoch – entgegen hier vertretener Ansicht – auch als Rechtspflegedelikt qualifiziert¹⁴²⁶, würde selbst die vorgängige Einwilligung sämtlicher Gläubiger keinen Rechtfertigungsgrund darstellen.¹⁴²⁷

2. Notstand?

Der Rechtfertigungsgrund des Notstands setzt gemäss Art. 17 StGB voraus, dass der Täter mit seiner Tat höherwertige Interessen schützt.¹⁴²⁸ Dabei muss der Täter ein eigenes oder das Rechtsgut einer anderen Person retten wollen¹⁴²⁹, welches von einer unmittelbaren, nicht anders abwendbaren Gefahr bedroht wird.

Bei der Gläubigerbevorzugung stehen sich oftmals monetäre Interessen gegenüber. Die Konstellation, in der das Interesse des Schuldners im Rahmen einer umfassenden Abwägung höher zu gewichten wäre, als dasjenige der benachteiligten Gläubiger, wird in der Praxis wohl selten vorkommen. So ist es schwer vorstellbar, dass eine inkongruente Deckung oder Umgehungshandlung bspw. zur Sanierung des Unternehmens (als höherwertiges Interes-

¹⁴²³ BGE 131 IV 1, 10 E. 4; 100 IV 155, 159 E. 4; DONATSCH/TAG, 257; BSK StGB I-SEELMANN, Vor Art. 14 N 6.

¹⁴²⁴ Vgl. FN 1331.

¹⁴²⁵ WOHLERS, Strafbarkeitsrisiken, S. 211. Vgl. auch SENN, S. 100.

¹⁴²⁶ Vgl. vorne S. 267, 317.

¹⁴²⁷ Urteil BGER 6P.178/2006 vom 2. Dezember 2006, E. 5.

¹⁴²⁸ WOHLERS, Strafbarkeitsrisiken, S. 211.

¹⁴²⁹ BSK StGB I-SEELMANN, Art. 17 N 14.

se) beitragen würde. Falls doch ein solcher Fall vorläge, müssten heikle Interessenabwägungen (bspw. betreffend den Grad des Verlustrisikos und die Sanierungswürdigkeit des Unternehmens) vorgenommen werden.¹⁴³⁰

3. Wahrung berechtigter Interessen?

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung setzt der Rechtfertigungsgrund der Wahrung berechtigter Interessen voraus, dass die Tat «ein zum Erreichen des angestrebten Ziels notwendiges und angemessenes Mittel ist, sie insoweit den einzig möglichen Weg darstellt und offenkundig weniger schwer wiegt als die Interessen, die der Täter zu wahren versucht».¹⁴³¹ Ferner muss zuvor der Rechtsweg beschritten und ausgeschöpft worden sein. Dementsprechend genügt es nicht, dass irgendein schutzbedürftiges privates oder öffentliches Interesse an der Tat besteht. Vielmehr muss das geschützte Interesse tatsächlich «offenkundig» überwiegen.¹⁴³² Dies dürfte nur in Ausnahmefällen zutreffen.

§ 5 Teilnahmehandlungen

1. Übersicht

Wie bereits erwähnt, handelt es sich bei Art. 167 StGB um ein echtes Sonderdelikt. Nur der Schuldner kann Täter sein. Dritte, die keine Schuldner-eigenschaft besitzen – bspw. Gläubiger – können nicht Täter sein, wohl aber Anstifter oder Gehilfe.

Eine Teilnahmehandlung kommt in Betracht, soweit die Handlung des Dritten über die blossе Annahme der Leistung des Schuldners hinausgeht.¹⁴³³

¹⁴³⁰ Zum Ganzen: WOHLERS, Strafbarkeitsrisiken, S. 211.

¹⁴³¹ BGE 129 IV 6, 15 E. 3.3; 127 IV 122, 135 E. 5c.

¹⁴³² WOHLERS, Strafbarkeitsrisiken, S. 211 f.

¹⁴³³ BGE 74 IV 40, 48 f. E. 4; STRATENWERTH, AT, N 154. Zu Art. 167 StGB: SCHMID N., Gläubigerbevorzugung, S. 209.

Soweit sich sein Verhalten auf die blossе Annahme der Leistung beschränkt, ist der Dritte notwendiger Teilnehmer und bleibt straflos.¹⁴³⁴

2. Anstiftung

Da es sich bei der Gläubigerbevorzugung um ein Vergehen i.S.v. Art. 10 Abs. 2 StGB handelt, ist der Anstifter nur strafbar, soweit der Schuldner die Straftat auch begangen¹⁴³⁵ oder zumindest rechtswidrig versucht hat. Versuchte Anstiftung zur Gläubigerbevorzugung bleibt dagegen straflos.¹⁴³⁶

Bei Anstiftung zu einer inkongruenten Deckung gelten die allgemeinen Regeln und Voraussetzungen gemäss Art. 24 StGB. Bei einer Umgehungshandlung des Schuldners, mit dem Zweck eine Kongruenzlage zu schaffen, um eine inkongruente Deckung zu verschleiern, muss sich der Vorsatz des Anstifters auf eben diese Umgehungshandlung beziehen. Das Wissen und Wollen des Anstifters muss demnach die Umgehungshandlung mitumfassen resp. dahin gehen, dass der Schuldner eine entsprechende Kongruenzlage in Umgehungabsicht herstellt.¹⁴³⁷ Der Dritte, der den Schuldner lediglich zu

¹⁴³⁴ BGE 126 IV 5, 11 E. 2d (wonach aus Art. 168 Abs. 2 StGB – Bestechung bei Zwangsvollstreckung, bei welcher die notwendige Teilnahme ausdrücklich unter Strafe gestellt ist – *e contrario* folgt, dass dort, wo das Gesetz zur notwendigen Teilnahme schweigt, der Gesetzgeber diese nicht bestrafen wollte); ALBRECHT, S. 349 ff. m.w.H.; HAFER, BT, S. 358; BSK StGB II-HAGENSTEIN, Art. 167 N 52; MEIER U., S. 167; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, § 24 N 30; Praxis-kommentar StGB-TRECHSEL/OGG, Art. 167 N 3; WIPRÄCHTIGER, S. 17. A.M. WOHLERS, Strafbarkeitsrisiken, S. 217, wonach bei einer strafwürdigen Haupttat es keinen überzeugenden Grund gäbe, den Gläubiger mit Hilfe der «notwendigen Teilnahme» zu privilegieren.

¹⁴³⁵ An einer solchen tatbestandsmässigen Haupttat fehlte es im Strafverfahren gegen einen Anwalt, der gemäss Anklageschrift die Chefjuristin der SAirGroup dazu angestiftet habe, einen als Vorschuss getarnten Betrag (zu Lasten der SAirLines!) zur Begleichung offener Rechnungen aus dem SAirGroup-Mandat zu überweisen. Urteil BezGer Bülach DG060095 vom 4. Juni 2007, E. II.5.4.7 (nicht publ.).

¹⁴³⁶ Art. 24 Abs. 2 StGB *e contrario* i.V.m. Art. 167 und Art. 10 Abs. 3 StGB.

¹⁴³⁷ ALBRECHT, S. 362, stellt dagegen darauf ab, ob die Absicht des Gläubigers sich darauf richtet, den Schuldner zu einer Vereitelung der Zugriffsrechte der Gläu-

einer gewöhnlichen kongruenten Deckung anstiftet, indem er bspw. auf die Begleichung seiner Forderung drängt¹⁴³⁸ oder gar eine Konkursandrohung erwirkt, bleibt dagegen mangels Anstiftungsunrecht¹⁴³⁹ straflos.

3. Beihilfe zur Gläubigerbevorzugung

Bei der Beihilfe zu einer inkongruenten Deckung gelten die allgemeinen Regeln und Voraussetzungen gemäss Art. 25 StGB.

Wurde die Kongruenzlage in Umgehungsabsicht hergestellt, macht sich der Gläubiger nach hier vertretener Ansicht nur ausnahmsweise der Gehilfenschaft strafbar. Strafbar ist er, wenn er dem Schuldner bei der Herstellung der Kongruenzlage behilflich war, nicht aber, wenn er allein die Zahlung fördert. Zu denken ist etwa an den Fall, in welchem der Gläubiger dem Schuldner behilflich ist, dessen Aktiven zu verkaufen, um mit dem Erlös eine bestimmte Forderung zu begleichen.¹⁴⁴⁰

§ 6 Vergleich zur Pauliana

1. Im Allgemeinen

Die allgemeinen Unterschiede zwischen der Pauliana und den Betreibungs- und Konkursdelikten wurden im allgemeinen Teil erläutert.¹⁴⁴¹ Im Unterschied zur Gläubigerbevorzugung sind mithilfe der Pauliana auch Handlungen anfechtbar, mit denen Dritte (d.h. Nichtgläubiger) begünstigt wer-

biger zu veranlassen, andernfalls bleibe der Gläubiger straflos. Kritisch: WOHLERS, Strafbarkeitsrisiken, S. 216 f.

¹⁴³⁸ ALBRECHT, S. 362 f.

¹⁴³⁹ Vgl. hierzu BOMMER/THOMMEN, S. 149, wonach das Pochen des Gläubigers eines konkursgefährdeten Unternehmens auf die Befriedigung seiner offenen Forderung kein Anfechtungsunrecht, sondern ökonomisches Gebot darstellt. Siehe dagegen BOMMER/THOMMEN, S. 151 a.E.

¹⁴⁴⁰ Psychische Hilfe: BGE 75 IV 106, 112 E. 2.

¹⁴⁴¹ S. 283 ff.

den.¹⁴⁴² Die Strafbarkeit i.S.v. Art. 167 StGB setzt dagegen voraus, dass ein Gläubiger bevorzugt wird.¹⁴⁴³

2. Inkongruente Deckung

2.1 Zeitpunkt der Anfechtbarkeit resp. Strafbarkeit

Die Strafbarkeit nach Art. 167 StGB setzt gemäss Gesetzeswortlaut voraus, dass der Schuldner bei Vornahme der inkongruenten Deckung zahlungsunfähig oder – nach hier vertretener Ansicht – überschuldet war. Demgegenüber genügt für eine paulianische Anfechtung nach Art. 287 SchKG die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners nicht. Vorausgesetzt wird das Bestehen einer Überschuldung. War der Schuldner bei Vornahme der inkongruenten Deckung bloss zahlungsunfähig, kann aber gegebenenfalls die Absichtspauliana angerufen werden – zumindest soweit dem Drei-Phasen-Modell gefolgt wird.

2.2 Subjektiver Tatbestand

Für eine Bestrafung nach Art. 167 StGB wird verlangt, dass der Schuldner im Zeitpunkt der Tathandlung positive Kenntnis seiner Zahlungsunfähigkeit (oder der Überschuldung) hatte. Der Schuldner ist selbst dann strafbar, wenn der Begünstigte keine Kenntnis von der finanziellen Schieflage des Schuldners hatte. Die Unkenntnis des bevorzugten Gläubigers ist höchstens für den subjektiven Tatbestand einer möglichen Teilnahmehandlung dieses Gläubigers relevant.¹⁴⁴⁴ Im Gegensatz dazu ist im Rahmen von Art. 287 SchKG (nicht aber bei der Absichtspauliana gemäss Art. 288 SchKG) irrelevant, ob der Schuldner um seine Überschuldung weiss.¹⁴⁴⁵ Der Begünstigte kann

¹⁴⁴² Art. 290 SchKG.

¹⁴⁴³ BK StGB-ALBRECHT, Art. 167 N 8; REBSAMEN, Gleichbehandlung, N 650.

¹⁴⁴⁴ GESSLER, Gläubigerbegünstigung, S. 412 f.

¹⁴⁴⁵ Zum Ganzen: GESSLER, Gläubigerbegünstigung, S. 412; BSK SchKG II-STAEHELIN A., Art. 287 N 17 f.

jedoch zur Abwendung der Pauliana gemäss Art. 287 Abs. 2 SchKG einwenden, er habe die Überschuldung des Schuldners nicht erkennen können. Die gleiche Einwendung kann der Begünstigte auch zur Abwehr einer Absichtspauliana vorbringen.

3. Kongruente Deckung

Mit der Absichtspauliana gemäss Art. 288 SchKG können auch kongruente Deckungen (in Form von nachträglichen Zahlungen) angefochten werden, soweit der Schuldner in Schädigungsabsicht gehandelt hat und diese für den Begünstigten erkennbar war. Kongruente Deckungen sind demgegenüber nach Art. 167 StGB nur ausnahmsweise strafbar. Hierzu muss insbesondere eine Umgehungshandlung vorliegen, die in ihrem Unrechtsgehalt den Regelbeispielen gleichkommt.

§ 7 Konkurrenz zu Art. 164 StGB

In der Gläubigerbevorzugung wird das weniger grosse Unrecht gesehen als bei der Gläubigerschädigung durch Vermögensverminderung i.S.v. Art. 164 StGB, weshalb Art. 167 StGB mit der geringeren Strafandrohung verbunden ist. Werden durch eine Handlung beide Tatbestände erfüllt, so ist die Gläubigerbevorzugung subsidiär zur Gläubigerschädigung durch Vermögensverminderung (unechte Idealkonkurrenz).¹⁴⁴⁶ Beispiel hierfür ist die Vornahme einer Schenkung oder gemischten Schenkung zu Gunsten eines Gläubigers.

¹⁴⁴⁶ BGE 93 IV 16, 18 E. 1b (zu Art. 163 aStGB und Art. 167 StGB); DONATSCH, Strafrecht III, S. 364; HAGENSTEIN, S. 348.

Sachregister

A

Absichtspauliana 22, 35, 73 ff., 327, 345

Adhäsionsklage 288 f.

Aktivenerhalt, Zahlung für den 141 f., 207

Aktiventausch 112 ff.

Aktivlegitimation 31 f.

allgemeine Voraussetzungen der Pauliana 31 ff.

anfechtbare (Rechts-)Handlung

- Absichtspauliana 22, 73 f.
- Rechtshandlung im Allgemeinen 35 f.
- Schenkungspauliana 52 ff.
- Überschuldungspauliana 63 ff.
- Verfügungs- oder Verpflichtungsgeschäft 36 f.

Anstifter 275 f., 301, 313, 343 f.

Austausch gleichwertiger Leistungen

- Aktiventausch 112 ff.
- im Allgemeinen 40 f.
- Anwendbarkeit
 - bei der Absichtspauliana 77 f.
 - bei der Schenkungspauliana? 41
 - bei der Überschuldungspauliana? 41
- Austausch gleichwertiger Leistungen i.w.S./im anfechtungsrechtlichen Sinne 40 f., 75 ff.
- Austauschverhältnis 78 ff., 188 ff.

- bei der Bevorzugung eines Gläubigers (Art. 167 StGB) 323 FN 1352, 327
- Gleichwertigkeit i.e.S. 82 ff.
- mittelbare Gläubigerschädigung 114 ff.
- nachträgliche Leistung des Schuldners 100 ff., 111 f.
- Verwertbarkeit der Gegenleistung? 84 ff.
- Vorleistung des Schuldners 91 ff., 106 ff.
- zeitliche Abfolge Leistung und Gegenleistung 91 ff.
- Zug-um-Zug-Leistung 99 ff., 111

Austauschverhältnis/

Synallagma

- beim Austausch gleichwertiger Leistungen i.w.S. 78 ff.
- bei Darlehen/Einheitsthese 189 ff.
- als Voraussetzung für Art. 82 f. OR 259 ff.
- als Voraussetzung für das dingliche Retentionsrecht 263 f.
- im Kontext der Gläubigerschädigung durch Vermögensverminderung (Art. 164 StGB) 294 f.

B

betriebsnotwendige Zahlung 141 f., 156 ff., 208 f.

Bevorzugung eines Gläubigers (Art. 167 StGB)

- Anstifter 343 f.

- Austausch gleichwertiger Leistungen 323 FN 1352, 327
- Bewusstsein der finanziellen Lage (subj. Tatbestand) 339 f.
- (Eventual-)Absicht 335 ff.
- finanzielle Lage (obj. Tatbestand) 318 ff.
- Gehilfe 344
- Generalklausel 317, 326 ff.
- gesetzlich geforderte Leistungen 336 f.
- Gläubigerschädigung, Eignung zur 334
- inkongruente Deckung 323 ff., 335 ff., 345 f.
- kongruente Deckung 326 ff., 338 f., 346
- Konkurrenzen 346
- objektive Strafbarkeitsbedingung (s. *dort*)
- Rechtfertigungsgründe 340 ff.
- Rechtsgut, geschütztes 317
- Regelbeispiele 317, 324 f.
- Sanierungszweck 337
- Schenkung/gemischte Schenkung 323
- Sicherstellung ohne entsprechende Verpflichtung 325
- Sonderdelikt, echtes 318
- Täter 318 ff.
- Tathandlung 322 ff.
- Tätigkeits-/kupiernes Erfolgsdelikt? 334
- Tatobjekt 322
- Tatvollendung 334 f.
- Teilnehmer 342 ff.
- Tilgung verfallener Schulden durch übliche Zahlungsmittel 328 ff., 339
- Überschuldung 318 ff., 339 f.
- Umgehungshandlungen 332 f., 338 f., 343, 346

- unübliche Zahlungsmittel 324 f.
- Vergleich zur Pauliana 344 ff.
- Verletzungs-/Gefährdungsdelikt? 334
- Versuch 335
- Vorsatz (*siehe (Eventual-) Absicht*)
- Vorschuss/Vorauszahlungen 327
- Zahlung einer nicht fälligen Schuld 324
- Zahlungsunfähigkeit 318 ff., 339 f.

D

Dienstleistungen/Dienstleister/ Dienstleistungsverträge

- anwendbares Recht 13 f.
- Austauschverhältnis 80 ff.
- Begriff 13
- Gleichwertigkeit 83 f.
- Kündigung/Rücktritt 255 ff.
- Leistungsverweigerungsrechte (Art. 82 f. OR) 259 ff.
- nachträgliche Bezahlung von Dienstleistungshonoraren durch den Schuldner
 - Absichtspauliana (Art. 288 SchKG) 111 f., 156 ff.
 - Bevorzugung eines Gläubigers (Art. 167 StGB) 326, 328 ff., 339
 - Gläubigerschädigung durch Vermögensverminderung (Art. 164 StGB) 298
 - Misswirtschaft (Art. 165 StGB) 308 f.
 - Schenkungspauliana (Art. 286 SchKG) 56 f.

- Überschuldungspauliana (Art. 287 SchKG) 70 ff.
- rechtliche Einordnung 14
- Retentionsrecht 264
- Untätigkeit des Dienstleisters 257 f.
- Verwertbarkeit 87 ff.
- Vorschuss für Dienstleistungen 106 ff.
 - Anspruch auf Vorschuss 108 ff.
 - Verbot von Vorschüssen 110
 - Vorschuss für Auslagen und Verwendungen 109 f.
 - Vorschuss für Honorar 108 f.
- Zug-um-Zug-Leistungen 111
- Drei-Phasen-Modell** 192 ff.
 - Anwendungsfälle 202 ff.
 - dogmatische Grundlage 200 ff.
 - Kriterien zur Beurteilung der Schädigungsabsicht 195 ff.
 - Art der Schuldnerleistung 198 f.
 - finanzielle Lage des Schuldners (Phase I-III) 195 ff.
 - Verhältnis finanzielle Lage und Art der Schuldnerleistung 199 f.
 - Rechtsfolgen 202
 - Sanierungsbegriff, Sanierungsprognose (s. *Sanierung*)
 - Übersicht 192 ff., 242 f.
- Druckzahlung** 183 ff., 241 f.

E

Einheitsthese 188 ff.

Erfolgssymmetrie 222

Erkennbarkeit

- der Schädigungsabsicht (Absichtspauliana)
 - Beweisfragen 251 ff.
 - Gegenstand 248 f.
 - Person 247
 - Zeitpunkt 247
- der Überschuldung (Überschuldungspauliana)
 - im Allgemeinen 68 f.
 - im Kontext von Art. 958a 69
 - Entlastungsbeweis 68 f.

G

Gehilfe 276, 302, 313, 344

Geltungsbereich der Pauliana 22 ff.

- persönlich 22 ff.
- räumlich 26 f.
- zeitlich 24 ff.

Gläubigerbevorzugung/

Art. 167 StGB (s. *Bevorzugung eines Gläubigers*)

Gläubigergleichbehandlung

- im Kontext des Drei-Phasen-Modells 231, 233
- im Konkurs- und Nachlassverfahren 14 ff., 19 f.
- reine Gläubigerbevorzugung 119 ff.
- im Strafrecht 17, 321

Gläubigerschädigung

- Austausch gleichwertiger Leistungen i.w.S. 40 f., 75 ff.
- Begriff 38 f.
- mittelbare Gläubigerschädigung 114 ff.
- nachträgliche Leistungen des Schuldners 100 ff., 111 f.
- privilegierten oder pfandgesicherten Forderungen, Zahlung von 42, 127 f.
- reine Gläubigerbevorzugung (s. dort)
- Vermutung der Gläubigerschädigung/Beweisfragen 43, 128 ff.
- Vorleistungen des Schuldners 91 ff., 106 ff.
- Zug-um-Zug Leistungen 99 f., 111

Gläubigerschädigung durch Vermögensverminderung (Art. 164 StGB) 291 ff.

- Bewusstsein der finanziellen Lage (subj. Tatbestand) 300
- finanzielle Lage (obj. Tatbestand) 292 f.
- Konkurrenzen 303
- Rechtfertigungsgründe 301
- Rechtsgut, geschütztes 291
- Sonderdelikt, unechtes 292
- Täter 292 f.
- Tathandlung 293 ff.
- Tätigkeits-/Erfolgsdelikt? 298 f.
- Tatobjekt 293
- Tatvollendung 298 f.
- Teilnehmer 301 f.
- Unentgeltlichkeit 294 ff.
- Vergleich zur Pauliana 302 f.
- Vermögensveräußerung 293 f.

- im Allgemeinen 293 f.
- Leistung mit geringerem Wert, gegen 296 ff.
- unentgeltliche Vermögensveräußerung 294 ff.
- Verletzungs-/Gefährdungsdelikt? 299
- Versuch 299
- Vorsatz 300

Gleichwertigkeit 82 ff.

Going Concern

- Begriff 10 f.
- im Kontext von Art. 958a Abs. 2 OR 10 f.
- im Kontext der Sanierungsprognose 231
- im Kontext der Überschuldungspauliana (Art. 287 SchKG) 69

H

hälftiger Kapitalverlust 5 f., 212 f.

I

inkongruente Deckung

- Begriff 59, 198 f.
- Drei-Phasen-Modell 198 f., 203
- im Kontext der Bevorzugung eines Gläubigers (Art. 167 StGB) 323 ff., 335 ff., 345 f.
- im Kontext der Überschuldungspauliana (Art. 287 SchKG) 59 f., 63 ff.

Insolvenzfahrr 4 ff.

K

Kausalzusammenhang

- im Allgemeinen 43 f.
- adäquater Kausalzusammenhang 133 f.
- natürlicher Kausalzusammenhang 132 f.
- Vermutung der Kausalität 134 f.

kongruente Deckung

- Begriff 199
- Drei-Phasen-Modell 199, 203 ff.
- im Kontext der Bevorzugung eines Gläubigers (Art. 167 StGB) 326 ff., 338 ff., 346

Konkursdelikte (allgemeiner Teil) 267 ff.

Konkursgefahr *s. Insolvenzgefahr*

M

Missverhältnis Leistung/ Gegenleistung

- Schenkungspauliana (Art. 286 SchKG) 53 f.
- Gläubigerschädigung durch Vermögensverminderung (Art. 164 StGB) 296 ff., 303

Misswirtschaft (Art. 165 StGB)

- Bewusstsein der finanziellen Lage (subj. Tatbestand) 312 f.
- Erfolgsdelikt 309 f.
- Fahrlässigkeit 311
- finanzielle Lage des Täters (obj. Tatbestand) 306
- Konkurrenzen 314 ff.
- Rechtfertigungsgründe 313

- Rechtsgut, geschütztes 305
- Regelbeispiele 305
- (echtes) Sonderdelikt 306
- Täter 306
- Tathandlung 307 ff.
- Tatobjekt 306
- Tatvollendung 309 ff.
- Teilnehmer 313
- unverhältnismässiger Aufwand 308 f.
- Vergleich zur Pauliana 314
- Verletzungs-/Gefährungsdelikt? 310
- Verschleudern von Vermögenswerten 308
- Versuch 310 f.
- Vorsatz 311 f.
- Zahlung fälliger Dienstleistungshonorare 308

Mittäterschaft 274

mittelbare Gläubigerschädigung 114 ff.

N

nachträgliche Zahlung einer fälligen Forderung durch den Schuldner

- Absichtspauliana (Art. 288 SchKG) 100 ff., 111 f.
- Bevorzugung eines Gläubigers (Art. 167 StGB) 328 ff., 339
- Misswirtschaft (Art. 165 StGB) 308 f.

nahestehende Personen

- i.S.v. Art. 286 Abs. 3 SchKG 55
- i.S.v. Art. 288 Abs. 3 SchKG 245 f., 252 f.

O

objektive Strafbarkeitsbedingung 268 ff.

- Pfändungsverlustschein 269
- Konkursöffnung 270
- Nachlassvertrag 270 ff.

offensichtlich nutzlosen Leistungen, Zahlung von 87, 204 ff.

Opfersymmetrie 222

ordentlichen Geschäftsverkehr, Zahlungen im 159 ff., 237 ff.

ordentlicher Nachlassvertrag

- berechtigt nicht zur Pauliana 25 f.
- als objektive Strafbarkeitsbedingung der Konkursdelikte 270 ff.

P

Passiventausch 125 f.

Passivlegitimation (Pauliana) 32 ff.

R

Rechtfertigungsgründe 301, 313, 340 ff.

rechtmässiges Alternativverhalten

- Anforderungen 139 ff.
- Anwendungsfälle (Zahlung zur Schadensabwendung) 141 f.
- Begriff 44, 136 f.
- dogmatische Einordnung/Abgrenzung zu «Gegen-

beweis» und «hypothetische Kausalität» 137 f.

- Zulässigkeit des Einwands 138 f.

Rechtsfolgen der Anfechtung (s. *Wirkungen der Anfechtung*)

Rechtsgut, geschütztes 267, 291, 305, 317

Rechtsnatur der Pauliana 27 ff.

reine Gläubigerbevorzugung

- Anwendungsfall: Passiventausch 125 f.
- Begriff 40, 119
- keine Gläubigerschädigung 120 ff.

Revisionsstelle, Honorarzahlung an die 173 ff., 240

Saniererprivileg

- Justiziabilität? 171
- Legitimität? 171 ff.
- Notwendigkeit? 169 f.
- Voraussetzungen gemäss Rechtsprechung 163 ff.
 - Beratung zum Zweck der Sanierung («Sanierungskontext») 163 f.
 - ordentlicher Geschäftsverlauf 168 f.
 - positive Sanierungsprognose 164 ff.
- Würdigung 169 ff.

S

Sanierung, erfolgreiche/gelungene 211 ff.

- Begriff 211 ff.
- Abgrenzung zu Sanierungsmassnahmen 212 f.

- Abwendung des Konkurses 216 *ff.*
- Befriedigung sämtlicher Gläubiger 214 *ff.*
- Wiederherstellung existenzhaltender Gewinne 213 *f.*, 217 *f.*

Sanierungsberater, Honorarzählung an den

- Schädigungsabsicht gemäss Drei-Phasen-Modell 239 *f.*
- Schädigungsabsicht gemäss Rechtsprechung (Saniererprivileg) 162 *ff.*
- Vergleich zum Sanierungsdarlehen 187 *ff.*

Sanierungsdarlehen 185 *ff.*

- Begriff 185
- Einheitsthese 188 *f.*
- Kritik in der Literatur 186 *f.*
- Sanierungsprognose 227 *ff.*
- Sanierungskonzept 191
- Vergleich zur Sanierungsberatung 187 *ff.*
- Voraussetzungen der anfechtungsresistenten Rückzahlung gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts 186

Sanierungsfähigkeit 220 *f.*

Sanierungsmassnahmen 212 *f.*

Sanierungsplan/

Sanierungskonzept 163 *f.*, 191, 222 *ff.*

Sanierungsprognose, günstige 218 *ff.*

- Anknüpfungspunkte für eine günstige Sanierungsprognose 224 *ff.*
 - Art. 725 OR 224 *ff.*
 - Art. 725a OR 226

- Nachlassstundung 227
- Sanierungsdarlehen 227 *ff.*
- Kriterien für eine erfolgreiche Sanierung 218 *ff.*
- Sanierungsberatung: positive Sanierungsprognose gemäss Bundesgericht und Literatur 164 *ff.*
- Sanierungsdarlehen: positive Sanierungsprognose gemäss Bundesgericht und Literatur 227 *ff.*
- Sicht, massgebende 235 *f.*
- Schwellenwerte für eine günstige Sanierungsprognose, mögliche 229 *ff.*
 - Going Concern 231
 - more likely than not 230 *f.*
 - Sanierung nicht aussichtslos 232
 - 50/50 232 *f.*
- Wahrscheinlichkeit des Eintritts des Sanierungserfolgs 223 *ff.*
- Zeitpunkt 234 *f.*

Sanierungswille 221 *f.*

Sanierungswürdigkeit 221

Schadensabwendung, Zahlung zur 141 *f.*, 206 *ff.*

Schädigungsabsicht 143 *ff.*

- Absichtsformen 145 *f.*
- Begriff 143
- Beweisfragen 244 *ff.*
- Beweislastumkehr gemäss Art. 288 Abs. 2 SchKG? 245 *f.*
- Drei-Phasen-Modell (*s. dort*)
- Einzelfallrechtsprechung des Bundesgerichts 156 *ff.*
- Eventualabsicht 146 *ff.*

- Kriterien zur Beurteilung der Schädigungsabsicht 151 ff., 192 ff.
- Person 144
- Zeitpunkt 144

Schenkung 52 f., 56, 97, 198, 202, 296 ff., 302 f.

Schenkungspauliana

- anfechtbare Handlung 52 ff.
- Beweislastumkehr bei nahestehenden Personen 55
- Dienstleistungshonoraren, bei der Begleichung von 56 f.
- Gelegenheitsgeschenke 51
- Leibrente, Pfrund, Nutznießung und Wohnrecht 55
- Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung/gemischte Schenkung 53 f.
- subjektive Elemente 51
- unentgeltliche Zuwendung 52 f.
- Verdachtsfrist 55

Schenkungsversprechen 37 f., 52, 293

Schutznorm 285 ff.

Sonderdelikt 272 ff.

Sozialversicherungsforderung, Zahlung der 181 f., 241

T

Täter 272 ff., 292 f., 306, 318 ff.

Tatobjekt 281, 293, 306, 322

Teilnehmer 275 ff., 301 f., 313, 342 ff.

Ü

Überschuldung

- Begriff im Allgemeinen 6
- i.S.v. Art. 83 OR (Leistungsverweigerungsrecht) 261 f.
- im Kontext der Bevorzugung eines Gläubigers (Art. 167 StGB) 318 ff., 339 f.
- im Kontext der Misswirtschaft (Art. 165 StGB) 305 f., 309 f., 312 f.
- Pflicht zur Bilanzdeponierung 6
- Schädigungsabsicht bei Überschuldung (s. *Drei-Phasen-Modell* > *Kriterien* > *finanzielle Lage* > *Phase II* sowie *Drei-Phasen-Modell* > *Übersicht*)
- im Kontext der Überschuldungspauliana 59 ff.

Überschuldungspauliana 59 ff.

- anfechtbare Handlung 63 ff.
- Bestellung von Sicherheiten für bestehende Verbindlichkeiten ohne vorgängige Verpflichtung 63 f.
- Tilgung einer nicht verfallenen Schuld 65 ff., 71 f.
- vorverlegte Fälligkeit 67 f.
- Überschuldung
 - Begriff 6
 - Nachweis 62
 - Rangrücktritt 61
 - Zeitpunkt 61
- ungewöhnliche Tilgung einer Geldschuld 64 f., 70 f.
- Umgehungshandlungen 67 f., 72
- Zahlungsfrist, Einräumung einer 66 f.

Umgehung

- im Kontext der Bevorzugung eines Gläubigers (Art. 167 StGB) 332 f., 338 f., 343 f., 346
- im Kontext der Überschuldungspauliana 67, 72

Unternehmen

- insolvenzgefährdetes Unternehmen/Unternehmen in finanzieller Schieflage (*s. Insolvenzgefahr*)
- Unternehmensträger 3 f.
- Unternehmensbegriff im Allgemeinen 3 f.
- Unternehmensbegriff im Strafrecht 277 FN 1174

Unternehmensstrafbarkeit
277 ff.**V****Verbrauchsgüter** 85 ff., 88 f.**Verdachtsfrist**

- Absichtspauliana 142 f.
- im Allgemeinen 45
- Schenkungspauliana 55
- Überschuldungspauliana 70

Verfolgungsverjährung 281 f.**Verhältnis Konkursdelikte zur Pauliana** 283 ff.**Verjährungsfrist** 46 f.**Verwaltungsrat, Honorarzahlung an den** 179 ff., 240 f.**Verwertbarkeit** 84 ff.**Vorleistungen/Vorschüsse des Schuldners**

- Abgrenzung zu unechten Vorschüssen 94 ff.
- (keine) Gläubigerschädigung 91 ff., 106 ff., 326 f.
- Überschuldungspauliana 71 f.
- Verbot von Vorschüssen 110
- Vertragsänderung zur Umgehung von Art. 288 SchKG 74

W**Wirkungen der Anfechtung**
47 ff.**Z****Zahlungsfrist, Einräumung einer** 66 f.**Zahlungseinstellung** 9**Zahlungsunfähigkeit**

- Begriff im Allgemeinen 8 f.
- im Kontext des Drei-Phasen-Modells (Phase II) 196
- i.S.v. Art. 83 OR (Leistungsverweigerungsrecht) 261 f.
- i.S.v. Art. 165 StGB 305 ff., 312 f.
- i.S.v. Art. 167 StGB 318 ff., 339 f.
- i.S.v. Art. 897 ZGB (Retentionsrecht) 264

Zug-um-Zug-Leistung 99 f., 111**Zweck und Leitgedanke der Pauliana** 19 ff.

Lebenslauf

1983	geboren in Zürich
1990 – 1995	Primarschule in Zumikon, Belgien, Zürich und Rüschlikon
1995 – 1997	Sekundarschule in Rüschlikon
1997 – 2002	Gymnasium in Zürich; Maturität Typus E
2002 – 2008	Studium der Rechtswissenschaft an den Universitäten Zürich und Strassburg (F)
2008 – 2010	Substitutin bei Bär & Karrer AG
2010	Auditorat am Bezirksgericht Zürich
2011	Juristische Mitarbeiterin bei Bär & Karrer AG
2012	Anwaltspatent des Kantons Zürich
2012 – 2014	Rechtsanwältin bei Bär & Karrer AG
seit 2014	Gerichtsschreiberin am Bezirksgericht Zürich (Konkurs- und Nachlassgericht, Einzelgericht für SchKG-Klagen und besondere summarische Verfahren)
2015 – 2019	Doktorandenstudium an der Universität St. Gallen
seit 2017	Ersatzrichterin am Bezirksgericht Zürich (Konkurs- und Nachlassgericht, Einzelgericht für SchKG-Klagen und besondere summarische Verfahren)

