

Die paulianische Anfechtung im Spiegel der Rechtsprechung des Bundesgerichtes

Dr. iur. Hans Reiser, Rechtsanwalt (Zürich)*

I. Präliminar

1. Grundidee, Wirkung, Legitimation und Zuständigkeit

Der zehnte Titel des SchKG umfasst die Art. 285–292 und trägt die Überschrift «Anfechtung». Die gesetzliche Regelung ist knapp und eröffnet der Rechtsprechung damit einen weiten Spielraum für die konkrete Ausgestaltung der Anfechtung. Weit herum bekannt geworden sind die Anfechtungen im Rahmen des Nachlassverfahrens «Swissair».

Die paulianische Anfechtung gehört nicht zum täglichen Brot der Gerichtspraxis, aber es handelt sich um eine immergrüne Thematik, die mit einer gewissen Regelmässigkeit Anlass zu bundesgerichtlichen Entscheiden gibt und die Publikation in Schwung hält. Die insgesamt doch geringe Anzahl von Urteilen betreffend «Anfechtung» bedeutet nicht, dass anfechtbare Handlungen im praktischen Leben kaum vorkämen. Es geht mit den Gerichtsurteilen wie mit der Kriminalstatistik. Diese gibt als Tat- und Täterstatistik nur einen Teil des wirklichen Umfangs der Kriminalität nach Zeit und Raum wieder. Bekannt ist dieses Phänomen als «Dunkelziffer». Die Fest-

stellung der Aktiven des Konkursiten gehört zwar zu den Hauptaufgaben der Konkursverwaltung. Allfällige Anfechtungsansprüche gehören zu diesen Aktiven. Die Konkursverwaltung ist aber nicht gehalten, eigens nach allfälligen Anfechtungsansprüchen zu fahnden. Es ist deshalb leicht möglich, dass bei einer nur stichprobenweisen Überprüfung der Buchhaltungsunterlagen auf Ungereimtheiten derartige anfechtbare Handlungen unentdeckt bleiben. Werden sie entdeckt, fehlen vielfach die finanziellen Mittel zur Durchsetzung dieser Ansprüche.

Die Anfechtung gemäss Art. 285 ff. SchKG ist ein betriebsrechtliches Institut des Gläubigerschutzes. In Fachkreisen ist die Bezeichnung «paulianische Anfechtung» bzw. kurz und bündig «Pauliana» geläufig. Diese Bezeichnung erinnert an den römischen Prätor Lucius Emilius Paulus, auf den die Anfechtung historisch zurückgeführt wird.

Die Grundidee der Anfechtung ist verblüffend einfach, der Teufel steckt im Detail. Die Anfechtung soll das Beschlagnahmeverbot der Gläubiger gegen schädigende Handlungen des Schuldners schützen, indem sie dieses über das im Zeitpunkt der Exekution effektiv vorhandene Vermögen ausdehnt. Sie ermöglicht so den Einbezug von Vermögenswerten in die Zwangsvollstreckung, die der Schuldner vor dem Pfändungsvollzug oder vor der Konkurseröffnung durch bestimmte Rechtshandlungen einem Dritten übertragen hat. Der Anfechtungsanspruch

Einer kurzen Darstellung der Schenkungs-, Überschuldungs- und Absichtsanfechtung lässt der Autor eine Zusammenstellung der jüngeren Anfechtungsentscheide des Bundesgerichts folgen, die er nach schädigenden Rechtshandlungen des Schuldners, Schädigungsabsicht und deren Erkennbarkeit gruppiert und analysiert. Ein besonderes Augenmerk legt er dabei auf Sanierungsbemühungen und betriebsnotwendige Leistungen. Er schliesst mit einem Ausblick auf die geplante Änderung des SchKG (Sanierungsrecht), der er insgesamt kaum zusätzliche Wirkung in Bezug auf eine Durchsetzbarkeit der Anfechtung zumisst.
Zi.

Après une brève présentation des règles relatives à la révocation en cas de libéralités, de surendettement et de dol, l'auteur réunit la jurisprudence récente du Tribunal fédéral en matière de révocation, qu'il rassemble et analyse en fonction des actes juridiques préjudiciables du débiteur, du dessein de porter préjudice et de la possibilité de reconnaître celui-ci. Il jette un regard particulier sur les efforts d'assainissement et les mesures imposées par la gestion d'entreprise. Il conclut en évoquant la modification prévue de la LP (droit de l'assainissement) et considère qu'elle n'aura pas vraiment de conséquences supplémentaires sur la mise en œuvre de la révocation.
P.P.

* Herr Mlaw Martin Thalmann hat in zahlreichen Diskussionen einen wichtigen Beitrag zur Klärung von schwierigen Rechtsfragen geleistet. Gleichzeitig hat Herr Thalmann die Schlussredaktion dieses Textes besorgt. Für beides danke ich ihm herzlich.

ist *obligatorischer* Natur und er richtet sich gegen den Dritten, der vom Schuldner in anfechtbarer Weise Vermögenswerte erhalten hat. Der anfechtbare Erwerb hebt die Haftung des erworbenen Gegenstandes für die Verbindlichkeit des Schuldners nicht auf. Bei Gutheissung der Anfechtungsklage wird der Dritte als Anfechtungsbeklagter verpflichtet, die Masse bzw. das der Zwangsvollstreckung dienende Vermögen des Schuldners so zu stellen, wie wenn die anfechtbare Handlung nicht vorgenommen worden wäre. Die Anfechtung schafft einen Ausgleich zulasten des Dritten und zugunsten der Gläubiger in der Zwangsvollstreckung. Ein Verlust ist nach Massgabe von Art. 219 SchKG von allen zu tragen. Gläubiger und Dritter werden gleich schlecht behandelt.

Eine Anfechtung setzt voraus, dass in einer Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner zumindest provisorisch ein *Verlust* ausgewiesen oder über den Schuldner der Konkurs eröffnet worden ist¹ bzw. die rechtskräftige Bestätigung eines *Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung* erfolgt ist². Ist keine dieser Voraussetzungen gegeben, gibt es keinen gesetzlichen Grund und keinen Anlass, das Haftungssubstrat auszudehnen und Vermögenswerte Dritter mittels Anfechtung in die Zwangsvollstreckung einzubeziehen.

Legitimiert zur Anfechtung sind dementsprechend: In einer Betreibung auf Pfändung der Gläubiger, der einen definitiven oder provisorischen Pfändungsverlustschein erhalten hat³. Wird gegen den Schuldner der Konkurs eröffnet, so sind sowohl die Konkursverwaltung als auch, nach Massgabe der Art. 260 und 269 Abs. 3 SchKG, jeder einzelne Gläubiger zur Anfechtung legitimiert. Beim Nach-

lassverfahren sind primär die Liquidationsorgane namens der Nachlassmasse zur Anfechtung legitimiert⁴.

Zuständigkeit: Hat der Beklage Wohnsitz/Sitz in der Schweiz, ist die Anfechtungsklage an seinem schweizerischen Wohnsitz/Sitz zu erheben. Hat der Beklagte keinen Wohnsitz/Sitz in der Schweiz, ist der Gerichtsstand am Ort der Pfändung bzw. am Konkursort einschlägig. Vom Gemeinschuldner mit dem Gläubiger getroffene Gerichtsstandsvereinbarungen bzw. Schiedsabreden haben keine Wirkung über die Konkurseröffnung hinaus⁵.

Gegenstand der Anfechtung können nur Rechtshandlungen des Schuldners sein, durch die der Schuldner seinen Gläubigern zu deren Nachteil Vermögenswerte innerhalb der sog. Verdachtsfrist entzogen hat. Eine Anfechtung setzt somit voraus, dass überhaupt eine anfechtbare Handlung innerhalb der sog. Verdachtsfrist vorliegt. Die Anfechtung wäre uferlos, würde das Gesetz ohne weitere Differenzierung alle jemals vom Schuldner vorgenommenen Rechtshandlungen, die in irgendeiner Art Dritte zum Nachteil der Gläubiger begünstigen, der Anfechtung unterstellen. Bei der Anfechtung sind zudem die Verwirkungsfristen zu wahren. Das Anfechtungsrecht verwirkt nach Ablauf von zwei Jahren seit Zustellung des Pfändungsverlustscheins bzw. seit der Konkurseröffnung⁶ sowie, ebenfalls nach Ablauf von zwei Jahren, seit der rechtskräftigen Bestätigung des Nachlassvertrags⁷.

2. Die Tatbestandsgruppen: Schenkungs-, Überschuldungs-, sowie Absichtsanfechtung

Das Gesetz gliedert die anfechtbaren Rechtshandlungen in drei Tatbestands-

gruppen: Die *Schenkungsanfechtung*⁸, die *Überschuldungsanfechtung*⁹ sowie die *Absichtsanfechtung*¹⁰.

– *Schenkungsanfechtung*: Art. 286 SchKG

(1) Anfechtbar sind mit Ausnahme üblicher Gelegenheitsgeschenke alle Schenkungen und unentgeltlichen Verfügungen, die der Schuldner innerhalb des letzten Jahres vor der Pfändung oder Konkurseröffnung vorgenommen hat.

(2) Den Schenkungen sind gleichgestellt:

1. Rechtsgeschäfte, bei denen der Schuldner eine Gegenleistung angenommen hat, die zu seiner eigenen Leistung in einem Missverhältnisse steht;
2. Rechtsgeschäfte, durch die der Schuldner für sich oder für einen Dritten eine Leibrente, eine Pfrund, eine Nutzniessung oder ein Wohnrecht erworben hat.

Bemerkungen:

Schenkungen des Schuldners sind die deutlichste Form der Gläubigerbenachteiligung. Es fliesst nur schuldnerisches Vermögen ab, ohne dass gleichzeitig Vermögen ins Haftungssubstrat des Schuldners dazu kommt. Der Schenkungstatbestand kennt keine subjektiven Voraussetzungen. Weder kommt es auf den guten Glauben des Schuldners noch auf den guten Glauben des begünstigten Dritten an. Objektiv gesehen reicht ein Missverhältnis von schuldnerischer Leistung und der

¹ Art. 285 Abs. 2 SchKG.

² Art. 331 Abs. 1 SchKG.

³ Art. 285 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG.

⁴ Art. 319 Abs. 3 und Abs. 4 SchKG.

⁵ ZR 2007 Nr. 28, Entscheid des Kantonsgerichts Zug vom 16. August 2006, GVP Zug, 2006, 178 ff.

⁶ Art. 292 SchKG.

⁷ BGE 134 III 273.

⁸ Art. 286 SchKG.

⁹ Art. 287 SchKG.

¹⁰ Art. 288 SchKG.

entsprechenden Gegenleistung im Zeitpunkt der Vornahme der Handlung aus¹¹. Verdachtsfrist: Rechtshandlung des Schuldners im letzten Jahr vor Pfändung/Konkurseröffnung/Bewilligung Nachlassstundung bei nachfolgender Nachlassliquidation. In der Praxis fristet die Schenkungsanfechtung ein Schattendasein entgegen der Darstellung in einigen Lehrbüchern. In einer Vielzahl von Fällen kann sich die Anfechtung infolge Zeitablaufs seit dem Abschluss des anfechtbaren Rechtsgeschäftes nicht mehr auf Art. 286 stützen¹². Weitere praktische Schwierigkeit bereitet die Bestimmung des Missverhältnisses von Leistung und Gegenleistung.

– Überschuldungsanfechtung (Art. 287 SchKG)

(1) Die folgenden Rechtshandlungen sind anfechtbar, wenn der Schuldner sie innerhalb des letzten Jahres vor der Pfändung oder Konkurseröffnung vorgenommen hat und im Zeitpunkt der Vornahme bereits überschuldet war:

1. Bestellung von Sicherheiten für bereits bestehende Verbindlichkeiten, zu deren Sicherstellung der Schuldner nicht schon früher verpflichtet war;
2. Tilgung einer Geldschuld auf andere Weise als durch Barschaft oder durch anderweitige übliche Zahlungsmittel;
3. Zahlung einer nicht verfallenen Schuld.

(2) Die Anfechtung ist indessen ausgeschlossen, wenn der Begünstigte beweist, dass er die Überschuldung des

Schuldners nicht gekannt hat und auch nicht hätte kennen müssen.

(3) Die Anfechtung ist insbesondere ausgeschlossen, wenn Effekten, Bucheffekten oder andere an einem repräsentativen Markt gehandelte Finanzinstrumente als Sicherheit bestellt wurden und der Schuldner sich bereits früher:

1. verpflichtet hat, die Sicherheit bei Änderungen im Wert der Sicherheit oder im Betrag der gesicherten Verbindlichkeit aufzustocken; oder
2. das Recht einräumen liess, eine Sicherheit durch eine Sicherheit gleichen Werts zu ersetzen.

Bemerkungen:

Der Kreis der anfechtbaren Rechtshandlungen gemäss Art. 287 SchKG ist deutlich weiter umschrieben als bei der Schenkungsanfechtung. Diese Handlungen nach Art. 287 SchKG zeichnen sich dadurch aus, dass der Dritte innerhalb der kritischen Zeit eine Sicherheit oder Befriedigung erhält, die er in dieser Weise und zu diesem Zeitpunkt nicht beanspruchen konnte (Bestellung von Sicherheiten ohne vorherige Verpflichtung; Ungewöhnliche Zahlungsmittel; Zahlung einer nicht verfallenen Schuld). Kritische Zeit: Handlung im letzten Jahr vor Pfändung/Konkurseröffnung/Bewilligung der Nachlassstundung bei nachfolgender Nachlassliquidation. Das ausgefallenste Beispiel für ein ungewöhnliches Zahlungsmittel liefert Urteil 5A_44/2008 des Bundesgerichtes. In Anrechnung an seine Honorarforderung als persönlicher Berater erhielt X. vom Schuldner einen Oldtimer Bentley, Jahrgang 1934, zu Eigentum übertragen, den er kurze Zeit darauf für Fr. 90 000.– verkaufte.

Diese Rechtshandlungen sind nur unter der objektiven Voraussetzung nach Massgabe von Art. 287 SchKG anfechtbar, wenn der Schuldner im

Zeitpunkt der Vornahme der entsprechenden Rechtshandlung überschuldet war.

Gemäss dem neu eingefügten Abs. 3 (Änderung infolge des neuen Bucheffektengesetzes) kann die zum Voraus vereinbarte Aufstockung einer Sicherheit durch zusätzliche Sicherheiten grundsätzlich nicht angefochten werden. Auf einem anderen Blatt steht, ob sich die Banken auf den in ihren AGB eingeräumten Sicherheitsanspruch pauschal berufen können, um eine Anfechtung abwenden zu können.

Subjektive Voraussetzung für die erfolgreiche Anfechtung ist die Bösgläubigkeit des Dritten. Der Tatbestand stellt die Rechtsvermutung auf, dass der Empfänger der Leistung die Überschuldung des Schuldners im entsprechenden Zeitpunkt gekannt hat. Der Begünstigte kann die Anfechtung abwenden, indem er diese Rechtsvermutung widerlegt und beweist, dass er die Überschuldung weder gekannt hat noch hätte kennen müssen. Den Dritten kann eine Erkundungspflicht nach der finanziellen Situation des Schuldners treffen. Diese richtet sich nach der Nähe bzw. der Dauer der Geschäftsbeziehung. Den blossen Konsumenten trifft wohl keine Erkundungspflicht. Eine Erkundungspflicht ist zu bejahen, wenn der Dritte in einer engen Beziehung mit dem Schuldner steht.

Auch die Überschuldungsanfechtung spielt in der Gerichtspraxis keine sehr grosse Rolle. Die Hauptschwierigkeit besteht darin, dass der Anfechtungsgläubiger den ihm obliegenden Nachweis der Überschuldung des Schuldners vielfach nicht erbringen kann. Schwierigkeiten bereitet dieser Nachweis der Überschuldung bei einem nicht

¹¹ Anfechtbarkeit der Veräusserung von Stammanteilen einer in Liquidation befindlichen GmbH bejaht in BGE 132 III 489 E. 2 ff.

¹² Paradebeispiel BGE 130 III 235 E. 2.1.1 betreffend Einräumung eines Wohnrechts.

buchführungspflichtigen Schuldner. Bei buchführungspflichtigen Schuldnern muss eine Überschuldung in seiner Bilanz sowohl nach Fortführungs- als auch nach Veräusserungswerten vorliegen. Damit sind Bewertungsfragen und entsprechenden Unwägbarkeiten Tür und Tor geöffnet.

– Absichtsanfechtung (Art. 288 SchKG)

Anfechtbar sind endlich alle Rechtshandlungen, welche der Schuldner innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Pfändung oder Konkurseröffnung in der dem andern Teile erkennbaren Absicht vorgenommen hat, seine Gläubiger zu benachteiligen oder einzelne Gläubiger zum Nachteil anderer zu begünstigen.

Bemerkungen:

Die Art. 286 und 287 SchKG schneiden einzelne Rechtshandlungen heraus, die im Insolvenzfall des Schuldners per se eine Benachteiligung der Gläubiger bewirken. Art. 288 SchKG verzichtet auf eine derartige Spezifizierung und bezeichnet alle schuldnerischen Rechtshandlungen als anfechtbar, welche eine Verminderung des Vollstreckungssubstrates der Gläubiger bewirken. Diese offene Umschreibung der anfechtbaren Rechtshandlung macht die Absichtsanfechtung gleichzeitig flexibel und schwierig. Die Rechtsprechung hat bestimmte Konstellationen herausgefiltert, die typischerweise zu einer Verminderung des Vollstreckungssubstrates der Gläubiger führen¹³ und solchen Handlungen, bei denen eine Schädigung zu verneinen ist¹⁴. Eine Überschuldung zum Zeitpunkt der Vornahme der Rechtshandlung ist nicht erforderlich. Damit ist der Anfechtungsgläubiger von einem schwierigen Beweis entlastet.

Die Verrechnungserklärung des Gläubigers kann zweifellos die übrigen Gläubiger benachteiligen. Trotzdem ist die Verrechnungserklärung des Gläubigers nicht anfechtbar (soweit sie nach Art. 213 und 214 SchKG zulässig ist, da die Anfechtung stets eine Rechtshandlung des Schuldners voraussetzt).

Kritische Zeit: Handlung innerhalb der letzten fünf Jahre vor Pfändung/Konkurseröffnung/Bewilligung der Nachlassstundung bei nachfolgender Nachlassliquidation. Subjektive Voraussetzungen sind die Benachteiligungs- bzw. Begünstigungsabsicht (Eventualvorsatz) des Schuldners sowie die Erkennbarkeit der Begünstigungsabsicht durch den begünstigten Dritten (Fahrlässigkeit). Die entsprechende Erkundungspflicht des Dritten richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls¹⁵.

Einzelheiten betreffend die Absichtsanfechtung werden in der Übersicht über die Rechtsprechung aufgeführt. In der Praxis ist die Absichtsanfechtung die häufigste anzutreffende Art von Anfechtungen. Der Absichtsanfechtung kommt einerseits die Funktion eines Auffangtatbestandes zu, da sie auch Rechtshandlungen erfasst, die gemäss den Tatbeständen der Art. 286 und 287 SchKG gläubigerschädigend sind, aber jenseits der massgebenden kritischen Einjahresfrist vorgenommen wurden (Absichtsanfechtung anstelle verpasster Schenkungsanfechtung¹⁶).

Andererseits kommt die Absichtsanfechtung häufig dann zum Zuge, wenn Rechtshandlungen kurz vor Insolvenz vorgenommen werden, aber die Voraussetzungen der Überschuldungsanfechtung nicht erfüllt sind bzw. der Beweis der Überschuldung misslingt.

3. Weitere Instrumente des Gläubigerschutzes

Als Instrument des Gläubigerschutzes teilt die Anfechtung ihren Zweck mit anderen Rechtsinstituten. Zu nennen sind der Arrest und die Art. 164 und 167 StGB. Der Arrest¹⁷ belegt im Hinblick auf eine künftige Zwangsvollstreckung noch vorhandenes Vermögenssubstrat mit amtlichem Beschlag, mit dem Ziel, den Anspruch des Gläubigers gegen den Schuldner vorsorglich zu sichern. Die Art. 164 bis 167 StGB schützen das Beschlagsrecht des Gläubigers gegen den Schuldner auf strafrechtlicher Ebene. Art. 164 StGB soll die Gläubiger vor einer Verminderung der Haftungsmasse schützen. Art. 167 StGB schützt den Anspruch der Gläubiger auf Gleichstellung bei der Verteilung des Schuldnervermögens in der Zwangsvollstreckung. Tauglicher Täter ist nach beiden Strafbestimmungen allein der Schuldner. Der begünstigte Gläubiger riskiert nur dann eine strafrechtliche Verurteilung im Sinne von Art. 164 StGB und Art. 167 StGB, wenn er den Schuldner zu einer Begünstigung angestiftet oder dabei als Gehilfe mitgewirkt hat. Verurteilungen gestützt auf diese Strafbestimmungen haben Seltenheitswert.

¹³ Beispiele: Rückzahlung fälliger Bankdarlehen, Zahlung fälliger Rechnungen, Begründung eines Wohnrechts, etc.

¹⁴ Aktivtausch durch zeitnahen Austausch gleichwertiger Leistungen, Bezug von Leistungen gegen Vorschusszahlung.

¹⁵ Auch hier ist zwischen Insidern und blossen Konsumenten zu differenzieren.

¹⁶ Urteil des Bundesgerichts vom 23. Februar 2011, 5A_747/2010.

¹⁷ Art. 271 ff. SchKG.

¹⁸ Art. 288 SchKG.¹⁹ BGE 85 III 185, E. 2a.²⁰ Statt vieler 5A_267/2009, 5A_358/2008, BGE 135 III 265 E. 2, 267.²¹ BGE 135 III 276, E. 6.1.2, 280.²² BGE 63 III 150 E. 3, 155.²³ BGE 79 III 174.²⁴ Die Schuldnerin hatte ihre eigenen Aktien gegen den Kaufpreis Zug um Zug an die Bank verkauft. Dieses Rechtsgeschäft wäre isoliert betrachtet ein nicht schädigender Austausch von Aktiven. In der Folge leisteten aber beide Parteien während einer Laufzeit von einem Jahr gegenseitige Zahlungen: Die Schuldnerin Zinsen für die aus dem Aktienverkauf erhaltene Valuta und die Bank die aus den Aktien bezogenen Dividenden. Zudem leistete die Schuldnerin Ausgleichszahlungen («collaterals») für den in casu eingetretenen Minderwert der Aktien. Gegenstand der Anfechtung waren denn auch die relativ hohen «collaterals» – Zahlungen durch die Schuldnerin. Mit der Begründung, dass sowohl die Zinszahlungen der Schuldnerin als auch die Dividendenzahlungen in einem gegenseitigen Austauschverhältnis zueinander stehen und dass der Aktienverkauf nicht an eine Rückübertragungspflicht gebunden war, sind die Collaterals ausschliesslich als Anpassungen an den letztendlich auszurichtenden Kaufpreis anzusehen. Durch die Qualifikation als Kauf auf Dauer wurden die «collaterals» nicht etwa als gläubigerschädigende Darlehensrückzahlung, sondern als Anpassungszahlungen an den letztlich geschuldeten Kaufpreis gewertet. Somit stellen sie Teil der gleichwertigen Gegenleistung für die Übereignung der Aktien dar und sind in der Folge für *nicht gläubigerschädigend* befunden worden (Urteil 5A_420/2008, E. 6). Dieser Entscheid erntete vielfach Kritik. Siehe dazu *Lorandi*, BLSchK 6 2009 228 f. Zum einen wurde das Erfordernis des Zugum-Zug-Tausches gleichwertiger verwertbarer Aktiva überdehnt. Die Leistung von Collaterals bewirkte nämlich isoliert betrachtet einen Abfluss von Haftungssubstrat, ohne dass der Schuldner im Gegenzug eine gleichwertige verwertbare Gegenleistung empfangen hätte. Misst man die Erkenntnis dieses Entscheides an diesem in anderen Fällen unumstrittenen Grundsatz, so stellen die Collateral-Zahlungen nur die Tilgung einer Schuld dar für eine bereits empfangene Gegenleistung, nämlich der

II. Aus der Küche des Bundesgerichts: Rechtsprechung zur Anfechtungsklage

Am reichhaltigsten ist die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Absichtsanfechtung. Deshalb ist ein besonderes Augenmerk darauf zu richten.

Das Gesetz hat im Rahmen der Absichtsanfechtung¹⁸ die anfechtbaren Rechtshandlungen offen formuliert. Objektive Voraussetzung der Absichtsanfechtung ist stets, dass die angefochtene Handlung die Gläubiger schädigt. Prägnant hat dies das Bundesgericht mit folgender Formulierung zum Ausdruck gebracht: Anfechten können soll nur der Gläubiger, der infolge des anzufechtenden Geschäftes schlechter weggekommen ist, als er es ohne dasselbe wäre¹⁹.

Die Praxis des Bundesgerichts hat Rechtshandlungen in Kategorien eingeteilt, die eine Einordnung in schädigende und nicht schädigende Rechtshandlungen erlauben.

anfänglichen Kaufpreiszahlung (initial price). In dieser Hinsicht vermag auch die Begründung des Bundesgerichtes, dass bei Verweigerung dieser collateral Zahlungen die Schuldnerin sich anderweitig zu schlechteren Konditionen Liquidität hätte besorgen müssen, nicht zu überzeugen. Mit dem gleichen Argument müsste man auch die *nachträglichen Zahlungen für empfangene Waren verneinen*, da auch in jenen Fällen der Gläubiger bei Verweigerung der Kaufpreiszahlung Nachteile in Kauf nehmen könnte, die jeweils nicht massgebend erklärt wurden. In jenen Fällen betrachtete das Bundesgericht die Zahlung jeweils auch isoliert und unabhängig von etwaigen Nachteilen, die der Gläubigersamtheit dadurch hätten erwachsen können (statt vieler Urteil 5A_567/2009, E. 3.2).

Wie bei der Überschuldungsanfechtung ist auch die Absichtsanfechtung zusätzlich an subjektive Voraussetzungen gebunden. Dazu die zwei Stichwörter Schädigungs- bzw. Begünstigungsabsicht des Schuldners und deren Erkennbarkeit durch den Dritten.

Einer Absichtsanfechtung ist dann Erfolg beschieden, wenn sie sowohl auf der Ebene der objektiven Gläubigerschädigung als auch auf der Ebene der subjektiven Schädigungsabsicht resp. deren Erkennbarkeit durchdringt.

1. Erste Ebene: Schädigende Rechtshandlung des Schuldners

A. Falltypen von Rechtshandlungen, welche die Gläubiger nicht schädigen

In einem ersten Schritt werden nach dem Ausschlussverfahren diejenigen Falltypen von Rechtshandlungen präsentiert, bei denen das Bundesgericht eine Schädigung verneint hat. Es ist darauf hinzuweisen, dass das Bundesgericht die von ihm ausgearbeiteten Fallgruppen nicht schädigender Handlungen vielfach nicht als *ratio decidendi* (tragende Begründung), sondern beiläufig im Rahmen von *obiter dicta* entwickelt hat.

a) Typ reiner Aktiventausch

Besteht die Handlung in einem reinen Austausch von gleichwertigen Aktiven, so verändert sich die Haftungsmasse des Gemeinschuldners nicht. Diesen Grundsatz hat das Bundesgericht in mehreren Entscheiden zum Ausdruck gebracht²⁰. Bildhaft gesprochen ist ein Aktiventausch dann anzunehmen, wenn das angefochtene Rechtsgeschäft ausschliesslich eine Umschichtung der Aktiven bewirkt. Bezahlt der Schuldner zum Beispiel

Geld und erhält als (zeitnahe) Gegenleistung Gold, so haftet zwar nicht dasselbe Aktivum der Gläubigersamtheit, jedoch wird das der Gläubigersamtheit haftende Vermögen wertmässig nicht vermindert, womit eine Schädigung grundsätzlich entfällt²¹. Ein nicht schädigender Aktivtausch liegt sogar dann vor, wenn der Schuldner Zug um Zug oder zeitnah als gleichwertige Gegenleistung Verbrauchsgüter erhält, welche im Zeitpunkt der Verwertung möglicherweise bereits verbraucht sind und den Gläubigern damit nicht mehr zur Verfügung stehen (Spaghetti, Milch, Flugbenzin). Kurzum: die Masse üblicher Alltagsgeschäfte ist damit der Anfechtung entzogen.

Beispiele eines reinen Aktivtausches sind:

- (1) Der Schuldner erhält Ware auf Kredit gegen Bestellung eines Pfandes²².
- (2) Waren gegen Erhalt des vollen Gegenwerts²³.
- (3) Auch komplexere Rechtshandlungen stellen mitunter einen versteckten Aktivtausch dar. Ein problematisches Beispiel stellt das im Urteil 5A_420/2008 E. 5 behandelte *Credit default swaps-Geschäft* dar.²⁴

b) Typ schuldnerische Vorschussleistung für Gegenleistung

Leistet der Schuldner Vorauszahlung dafür, dass der Dritte künftig eine gleichwertige Gegenleistung erbringt, so bewirkt diese Vorauszahlung klarerweise einen schädigenden Abfluss von Aktiven. Durch die Rechtshandlung «Vorschussleistung» fliesst nur Haftungssubstrat ab, ohne dass eine verwertbare Gegenleistung das Haftungssubstrat wieder ausgleicht, wie

dies beim reinen Aktivtausch der Fall wäre. In BGE 135 III 276²⁵ bemerkte das Bundesgericht in einem obiter dictum, dass ein Abfluss von Aktiven keine Gläubigerschädigung bewirke, wenn dem Abfluss entweder Zug um Zug eine gleichwertige Gegenleistung folgt (Anwendungsfall des Aktivtausches) oder wenn der Abfluss im Hinblick (und in der Hoffnung) auf eine künftige Gegenleistung des Dritten erfolgt (Anwendungsfall der Vorschussleistung).

Es trifft zwar zu, dass durch die Vorschusszahlung des Schuldners in dessen Büchern keine Kreditorenposition entsteht, deren Tilgung formell eine Schädigung bewirkt. Durch die Vorschusszahlung ist der Schuldner nämlich von seiner Schuld befreit, womit er eine Forderung auf Gegenleistung (als Debitorenposition formell ein Aktivum in den Büchern des Schuldners) des Dritten erwirbt.

Weiter kommt den übrigen Gläubigern durch die Vorschusszahlung kein weiterer Gläubiger ins Gehege, da der gegen Vorschuss leistende Dritte nur Schuldner, aber nicht Gläubiger des Gemeinschuldners ist.

Zudem erlaubt die insolvenzrechtliche Verrechnung²⁶ bei Konkurseröffnung des Schuldners die Verrechnung des schuldnerischen Vorschusses mit der bereits erbrachten Gegenleistung des Gläubigers, sodass die noch ausstehende Leistung des Dritten in die Konkursmasse fliesst.

Alle diese Argumente übergehen, dass jeder Zahlungsabfluss an einen Dritten diesen gegenüber den anderen Gläubigern bevorzugt.

Auch dieser Zahlungsabfluss bewirkt, dass sich die einen Gläubiger mit einer Konkursdividende begnügen müssen, wohingegen der Vorschussempfänger volle Deckung für seine Leistung erhält.²⁷

Ungeachtet dessen hat das Bundesgericht im Rahmen weiterer Entscheide angedeutet, dass der Dritte die Anfechtung der vom Schuldner empfangenen Leistungen hätte verhindern können, indem er auf Vorschussbasis gearbeitet hätte:

- (1) Urteil 5A_567/2009 vom 11. Juni 2010, E. 3.2, wonach die Vorschusszahlung für künftige Kerosinlieferungen die Anfechtbarkeit verhindert hätte.
- (2) BGE 135 III 276, E. 6.3.2, S. 283, wonach die Bezahlung für bereits geliefertes Kerosin anfechtbar war, die Vorschusszahlung dafür jedoch nicht.

Gläubigern, die dem Gemeinschuldner *Dienstleistungen* (Revisionsgesellschaften, Unternehmensberater, Anwälte) erbringen, ist die Möglichkeit des privilegierten *Aktivtausches* von vornherein versperrt, da die Gläubigersamtheit im Gegensatz zum reinen Aktivtausch nicht auf eine verwertbare Gegenleistung greifen kann. Über den Geschäftspartnern des Schuldners, die Dienstleistungen erbringen, hängt somit stets das Damoklesschwert der Anfechtung. Die Möglichkeit eines Befreiungsschlages bietet der elegante Umweg über eine Privilegierung von schuldnerischen Vorschusszahlungen. Dieses Anliegen wird durch die Aussage des Bundesgerichts untermauert, die Bedeutung der Werthaltigkeit der Gegenleistungen nicht als massgebendes Kriterium der Gläubigerschädigung anzuerkennen²⁸. Die Privilegierung der Vor-

²⁵ E. 6.3.1, 282.

²⁶ Art. 213 SchKG.

²⁷ Zur Problematik der leer ausgehenden Gläubiger BGE 134 III 615 E. 4.3.

²⁸ Urteil 5A_437/2010 vom 9. März 2011, E. 4.1.

schus
recht
bedrä
fragli
fecht
fahre
des
schus
zug,
praxis
chen.

c) T
d
Die V
biger
Gläub
ist d
Gläub
Anfe
lung

d) T
Nach
ist di
die s
für di
Darle
von i
rate,
Rückz
Ohne
gen v
summ
Verfü
als ei

²⁹ Sow
läss

³⁰ Art.

³¹ BGE

³² BGE

³³ BGE

schusszahlungen ermöglicht somit ein rechtsgeschäftliches Handeln mit dem bedrängten Schuldner, ohne dass das fragliche Rechtsgeschäft infolge Anfechtbarkeit eine Rückabwicklung erfahren muss. Der Trick bzw. Kunstgriff des Bundesgerichts über die Vorschusszahlung hat immerhin den Vorzug, den Dienstleistungserbringern praxistaugliche Lösungen zu ermöglichen.

c) *Typ Verrechnungserklärung durch den Gläubiger*

Die *Verrechnungserklärung* des Gläubigers kann zweifellos die übrigen Gläubiger benachteiligen. Trotzdem ist die *Verrechnungserklärung* des Gläubigers nicht anfechtbar²⁹, da die Anfechtung stets eine Rechtshandlung des Schuldners voraussetzt³⁰.

d) *Typ Zinszahlungen für Darlehen*

Nach Auffassung des Bundesgerichtes ist die Zahlung von Darlehenszinsen die synallagmatische Gegenleistung für die Wertgebrauchsüberlassung der Darlehensvaluta. Ausgenommen davon ist die Zahlung der letzten Zinsrate, sofern sie gleichzeitig mit der Rückzahlung des Darlehens erfolgt³¹. Ohne die entsprechenden Zinszahlungen würde die gesamte Darlehenssumme dem Schuldner nicht mehr zur Verfügung stehen. Somit stellen sie als einziges Mittel den Zugriff der

Gläubigersamtheit auf die Darlehenssumme sicher, sodass der Mittelabfluss durch die Zinszahlungen keine objektive Schädigung bewirken kann³². In dieser Argumentation übergeht das Bundesgericht, dass eine anstelle von Zinszahlungen vorgenommene Rückzahlung des Darlehens allenfalls anfechtbar gewesen wäre.

B. *Falltypen von schädigenden Rechtshandlungen:*

Allen Typen von schädigenden Rechtshandlungen ist gemeinsam, dass sie sich in einem Abfluss von Aktiven erschöpfen.

Die Absichtsanfechtung erfasst selbstredend auch Rechtshandlungen, die gemäss den Tatbeständen der Art. 286 und 287 SchKG gläubigerschädigend sind.

Beispiel: BGE 130 III 235; Umwandlung von pfändbarem in unpfändbares Vermögen (Einräumung eines Wohnrechts).

Darüber hinaus erfasst die Absichtsanfechtung folgende Typen von Rechtshandlungen.

a) *Typ Bezahlung fälliger Forderungen (Tilgung von Schulden)*

Im Gegensatz zum Aktiventausch, der Zug um Zug stattfindet, kann bei anderweitiger Erfüllung synallagmatischer Rechtsgeschäfte ein anfechtungsrelevantes Verhalten vorliegen. Tilgt der Schuldner nachträglich die Forderung des Gläubigers für seine bereits empfangene Gegenleistung, liegt ein Abfluss seiner Aktiven vor, der die Gläubiger schädigt. In diesem Fall wird nur eine durch die empfangene Gegenleistung entstandene Kreditorenposition getilgt, wie das Bundesgericht unter anderem in 5A_567/

2009, E.3.2 in Verweisung auf das vorinstanzliche Handelsgericht festhält.

Bei Ausbleiben der angefochtenen Zahlung wäre das entsprechende Geld in der Masse verblieben und hätte sämtlichen Gläubigern zur Verfügung gestanden. Bildhaft gesprochen liegt die Gläubigerschädigung darin, dass ein Gläubiger durch die Tilgung seiner Forderung vollends befriedigt wird, wohingegen die Gläubigersamtheit sich mit einer Dividende begnügen muss³³. Überdies spielt es keine Rolle, ob die bereits empfangene Gegenleistung ihrerseits verwertbar ist oder nicht. Massgebend ist einzig die Tatsache, dass durch die anfechtbare Rechtshandlung ein Vermögenswert abfließt, ohne dass gleichzeitig eine Gegenleistung zufließt.

In einer Vielzahl von Entscheiden, in denen der Schuldner ausstehende Rechnungen bezahlt hatte, wurde eine Gläubigerschädigung bejaht. Auffallend dabei ist die Häufigkeit, mit der die Bezahlung für bereits erbrachte Dienstleistungen als gläubigerschädigend erachtet wurde.

- (1) Entscheid 5A_437/2010 des Bundesgerichts vom 9. März 2011: Mehrmalige Bezahlung fälliger Rechnungen für *Beratungsdienstleistungen des Revisionsorgans* (E.4.1).
- (2) BGE 135 III 265, E. 4, 271. Bezahlung fälliger Rechnungen für *Flugsicherungsdienstleistungen*.
- (3) Entscheid 5A_267/2009 des Bundesgerichts vom 11. Juni 2010: Bezahlung fälliger Rechnungen für *geliefertes Kerosin* (E. 3.2 und E. 3.3.).
- (4) BGE 135 III 276, E. 6.3.2, 283: Bezahlungen für *geliefertes Kerosin*.
- (5) BGE 134 III 615, E. 4.3, 621: Bezahlung fälliger Rechnungen für *Beratungsdienstleistungen des Revisionsorgans*.

²⁹ Soweit sie nach Art. 213 und 214 SchKG zulässig ist.

³⁰ Art. 285 ff. SchKG.

³¹ BGE 136 III 247, E. 6 und 7.

³² BGE 136 III 247, E. 6 und 7, 254 und 255.

³³ BGE 134 III 615, E. 4.3, 621.

b) Typ Rückzahlung ungesicherter Darlehen

Die Rückzahlung von ungesicherten Darlehen stellt keine adäquate Gegenleistung für die Gewährung des Darlehens dar. Sie bewirkt stets eine Gläubigerschädigung, da sie das Haftungssubstrat schmälert. Als Rechtshandlung fällt sie nur unter die Absichtsanfechtung (sofern die Rückzahlung fällig ist), weil sie weder von der Schenkungsanfechtung noch von der Überschuldungsanfechtung erfasst wird. Im Folgenden soll ein Überblick über die einschlägigsten Probleme gewährt werden:

- (1) Die Rückzahlung eines Darlehens stellt keine Gegenleistung für die Gewährung des Darlehens dar, weshalb die Rückzahlung an sich eine «Erfüllung der mit der Darlehensaufnahme eingegangenen Pflicht zur späteren Rückzahlung ist»³⁴. Darlehensrückzahlungen bewirkten stets einen Abfluss von Haftungssubstrat, das den Gläubigern ohne entsprechende Gegenleistung entzogen wird³⁵. Den beiden einschlägigen Urteilen, die die Rückzahlung von Darlehen durch die Swissair an die Nordea Bank und an die ZKB zum Gegenstand hatte³⁶, lag jeweils ein ungesichertes Darlehen zugrunde.
- (2) Im Gegensatz zu ungesicherten Darlehen bewirkt die Rückzahlung des gesicherten Darlehens die Freigabe des Pfandgegenstandes im Umfang der Darlehensschuld. Die Rückzahlung ermöglicht die Freigabe des Pfandgegenstandes, welcher wiederum den Gläubigern zur Verfügung gestellt wird.

C. Der Gegenbeweis des Anfechtungsgegners

Auch wenn die Rechtshandlung isoliert betrachtet den Anschein einer

objektiven Schädigung der Gläubiger bewirkt, kann der Anfechtungsgegner den Gegenbeweis antreten³⁷, dass exakt diese angefochtene und an sich schädigende Handlung das Haftungssubstrat nicht geschmälert bzw. sogar vergrößert hat³⁸.

Das Bundesgericht setzt die Hürde derart hoch an, dass der Gegenbeweis praktisch stets misslingt. Ein eindrückliches Beispiel dafür liefert der Entscheid BGE 135 III 265, E. 4, bei dem es um die Anfechtung von Zahlungen für geleistete Fluggebühren ging. Die Anfechtungsgegnerin brachte vor, die schuldnerische Haftungsmasse habe sich durch die Zahlung fälliger Schulden für Flughafengebühren nicht verkleinert, da die angefochtene Handlung das Abfliegen von Flugstrecken erst ermöglicht und damit «noch mehr Geld in die Kasse» habe. Das Bundesgericht entgegnete, dass zuerst nachgewiesen werden müsse, dass die Weiterführung des Betriebes die Nachlassmasse überhaupt erst positiv beeinflusst habe. Zudem muss zur Bestimmung des hypothetischen Vermögensstandes der Nachlassmasse der Anfechtungsgegner beweisen, dass genau die angefochtene Rechtshandlung unter Ausschluss aller anderer allfällig anfechtbarer Rechtshandlungen dazu geführt hatte, die Nachlassmasse in dieser Form zu bewahren oder zu vergrößern. Mit anderen Worten muss der Anfechtungsgegner liquid beweisen, dass genau die an sich gläubigerschädigende Bezahlung von offenen Rechnungen die Nachlassmasse zu bewahren oder vergrößern vermochte.

Diese Rechtsprechung verschafft im Ergebnis gerade einem rücksichtslosen Monopolbetreiber einen Vorsprung. Der Monopolist hat damit einen Freibrief, das weitere Erbringen

betriebsnotwendiger Leistungen, die exklusiv für die Wahrung/Vergrößerung der Masse erforderlich sind, von der Bezahlung bereits fälliger wie nicht fälliger Rechnungen abhängig zu machen, ohne eine Anfechtung befürchten zu müssen³⁹. Die Tatsache, dass der Entlastungsbeweis praktisch nie gelungen ist, ist selbsterklärend⁴⁰.

Nach all dem entscheidet sich das Schicksal von schädigenden Rechtshandlungen vorab in der Frage, ob sie in Schädigungsabsicht vorgenommen wurden oder nicht. Das Element der Schädigungsabsicht übernimmt somit die Funktion der Manipulermasse, um einen Entscheid in diese oder jene Richtung zu lenken.

2. Zweite Ebene: Schädigungsabsicht und deren Erkennbarkeit

Die letzte Hürde zur erfolgreichen Anfechtung stellt das Erfordernis der Schädigungsabsicht des Schuldners und deren Erkennbarkeit durch den Dritten dar. Sie wird bejaht, wenn der Schuldner voraussehen konnte und musste, dass die angefochtene Rechtshandlung andere Gläubiger in ihren Exekutionsrechten beeinträchtigt oder einzelne Gläubiger gegenüber anderen bevorzugt⁴¹. Die Gläubigerschädigung muss dabei nicht Ziel und Zweck der angefochtenen Rechtshandlung

³⁴ Urteil 5A_358/2008, E. 2.1.1.

³⁵ BGE 134 III 452, E. 3.1., 255.

³⁶ Urteil 5A_358/2008 und BGE 134 III 452.

³⁷ Grundlegend in BGE 85 III 185, E. 2, 189.

³⁸ BGE 99 III 27 E. 3.

³⁹ Obiter dictum im Urteil 5A_567/2009 vom 11. Juni 2010 in E.3.3.

⁴⁰ Gegenbeispiel der sehr speziell gelagerte Entscheid BGE 85 III 186.

⁴¹ Urteil 5A_358/2008 vom 3. August 2010, E. 2.2.

sein, es genügt, wenn der Schuldner die Schädigung der anderen Gläubiger im Sinne des Eventualvorsatzes in Kauf genommen hat⁴². Von besonderer Bedeutung ist dieses Erfordernis im Zusammenhang mit Rechtshandlungen, die Dienstleistungen zum Gegenstand haben.

Es lässt sich sagen, dass das Vorliegen einer Schädigungsabsicht insbesondere dann verneint wird, wenn die fragliche Rechtshandlung auch im Interesse der Gläubiger vorgenommen worden ist.

Nach der Praxis des Bundesgerichtes stehen zwei Arten von Rechtsgeschäften im Vordergrund: Fehlgegangene Sanierungsbemühungen des Schuldners sowie unabdingbare und betriebsnotwendige Rechtsgeschäfte, wenn sie zur Wahrung des schuldnerischen Vermögens bestimmt waren.

A. Schädigungsabsicht im Lichte von Sanierungsbemühungen

Bemüht sich der Schuldner um eine Sanierung, so kommt dies auch seinen Gläubigern zugute, wenn dadurch eine Konkurseröffnung verhindert werden kann.

Derartige Sanierungsbemühungen will das Gesetz nicht von vornherein durch das Schreckgespenst der Anfechtung abwürgen. Scheitern die Sanierungsbemühungen und ist die objektive Gläubigerschädigung erstellt, lässt sich eine Anfechtung nur noch auf der subjektiven Ebene durch Verneinung der Schädigungsabsicht bzw. deren Erkennbarkeit abwenden.

Eine Sanierung, die eine Schädigungsabsicht ausschliesst, liegt nur dann vor, wenn es bei dieser Handlung um eine ernst gemeinte und objektiv nicht aussichtslose Sanierung handelt, nicht aber um eine verdeckte Gläubigerbegünstigung zum Nachteil der übrigen Gläubiger. Die Lage des Schuldners darf mit anderen Worten nicht gänzlich aussichtslos gewesen sein; eine Voraussetzung, die kurz vor Konkurseröffnung bei sehr angespannter finanzieller Lage des Schuldners eher nicht gegeben sein dürfte.

Es müssen also im Zeitpunkt der Vornahme der Rechtshandlung objektiv gesehen berechtigte Hoffnungen auf eine Sanierung bestanden haben.

Sanierungsmassnahmen treten vor allem in Form von a) *Sanierungsdarlehen* und b) in *Form von Beratungsdienstleistungen* auf.

a) Echtes Sanierungsdarlehen

Liegt ein echtes Sanierungsdarlehen vor, so wird bei der Rückzahlung auch kurz vor Torschluss eine Schädigungsabsicht verneint. Der gute Zweck heiligt die Mittel, weil der besondere Entstehungsgrund der Rückzahlungsverpflichtung zu berücksichtigen ist. Das Bundesgericht hat dies in BGE 134 III 452, E.5.3 ausgeführt, in jenem Falle aber die Schädigungsabsicht im Ergebnis trotzdem bejaht, weil sich der Darlehensgeber nicht mit Erfolg auf den besonderen Entstehungsgrund der Sanierungsabsicht berufen konnte (Fall ZKB).

Geradezu ein Musterfall einer Schädigungsabsicht bei der Rückzahlung von Darlehen ist das Urteil 5A_358/2008 vom 3. August 2010. Die Darlehensgeberin versuchte vergeblich, ihr Darlehen als Sanierungsdarlehen zu qualifizieren. Sie versuchte ihre Haut dadurch zu retten, indem sie die Fäl-

ligkeit der Rückzahlung in einem Zeitpunkt, als die Schuldnerin bereits offenkundig in angespannter finanzieller Lage war, per Vertragsänderung vorverlegte. Als Geschäftsbank musste sie sich das Wissen um die finanziell angespannte Lage ihres Schuldners anrechnen lassen, womit auch die Erkennbarkeit der Schädigung durch die Rückzahlung des Darlehens gegeben war (Fall Nordea Bank).

b) Beratungsdienstleistungen im Dienste der Sanierung

Vielfach erfolgen Sanierungshandlungen des Schuldners im Rahmen von Beratungsdienstleistungen. In den beiden folgenden Fällen ging es um die Anfechtung von Zahlungen für bereits erbrachte Beratungsdienstleistungen, mithin Leistungen, die objektiv gesehen gläubigerschädigend sind.

(1) In BGE 134 III 615 ging es um die Anfechtung von Honoraren, die der Gemeinschuldner wenige Monate vor Nachlassstundung an das Revisionsorgan für Beratungsdienstleistungen einerseits und für Revisionsarbeiten andererseits leistete. Unzweifelhaft waren die Zahlungen für Beratungsdienstleistungen gläubigerschädigend⁴³. Entgegen den Ausführungen des Obergerichts des Kantons Zürich⁴⁴, das selbst die vom Gemeinschuldner geleisteten Honorare für die Erbringung der gesetzlichen Aufgaben mit dem Hinweis auf den Gesetzeszweck der Gläubigergleichbehandlung nach Art. 288 SchKG für anfechtbar erklärte, verneinte das Bundesgericht in diesem Fall die Schädigungsabsicht. Die Schädigungsabsicht wurde deshalb verneint, weil die angefochtenen Zahlungen für eine gesetzlich verankerte Aufgabe geleistet wurden, (in casu

⁴² Statt vieler Urteil 4C.262/2002, E. 5.1 vom 19. Mai 2004.

⁴³ BGE 134 III 615, E.4.3, 621.

⁴⁴ Zusammengefasst in BGE 134 III 615, E. 4.32.2., 620.

Art. 728 OR) und zudem die Nützlichkeit der Leistungen des Revisionsorgans zum Zeitpunkt der Leistungen nicht ausgeschlossen werden könne. Das Bundesgericht ist noch einen Schritt weitergegangen, und hat auch bei der Bezahlung von nicht gesetzlich verankerten Sanierungsdienstleistungen (Erarbeiten eines Businessplanes sowie eines Finanzierungsplanes) die Schädigungsabsicht verneint⁴⁵. Begründet wird die faktische Privilegierung der Beratungsdienstleistungen an das Revisionsorgan damit, dass die Sanierungsbestrebungen nicht aussichtslos gewesen und ein anderer Schuldner in einer vergleichbar schwierigen Situation ebenfalls einen derartigen Rettungsversuch unternommen hätte.

- (2) Im zur Publikation bestimmten Entscheid 5A_437/2010 vom 9. März 2011, der ebenfalls die Bezahlung von gläubigerschädigenden Beratungshonoraren an das Revisionsorgan zum Inhalt hatte, schützte das Bundesgericht die Leistung von Honoraren ebenfalls mit dem Hinweis auf die fehlende Schädigungsabsicht. Ergänzend zu den bisherigen Ausführungen schliesst das Bundesgericht den Schädigungswillen des Schuldners a priori aus, wenn der Schuldner Beratungsdienstleistungen zum Ziele seiner finanziellen Gesundung in Anspruch nimmt und diese bezahlt und die Bemühungen im Zeitpunkt ihrer Vornahme (und nicht ihrer Bezahlung!) ernsthaft und erfolgversprechend waren, mithin der Schuldner nicht schon «unrettbar verloren» scheint⁴⁶. Auch die Tatsache, dass in diesem Fall die Bezahlung der Sanierungsleistungen zwar nicht in den letzten Stunden vor der Nachlassstundung, aber

immerhin nur gut zwei Monate vor der Nachlassstundung und somit in einem Zeitpunkt offenkundiger Angespanntheit einen Abfluss von Aktiven bewirkten, konnte die Schädigungsabsicht nicht begründen.

Man darf gespannt sein, wer nach Meinung des Bundesgerichtes sonst noch ausser den Beratungsfirmen zu Lasten der letzten Aktiven noch in das Privileg der «Anfechtungsimmunität» kommt.

B. Schädigungsabsicht im Lichte unabdingbarer und betriebsnotwendiger Leistungen

Das Schicksal einer Zahlung für eine betriebsnotwendige Leistung kann nach der neuesten Rechtsprechung nicht zuverlässig vorhergesehen werden.

In BGE 135 III 265 führte das Bundesgericht aus⁴⁷, dass die Bezahlung bereits erbrachter Flugsicherungsdienstleistungen in Schädigungsabsicht vorgenommen wurde. Dabei prüfte es, ob es anstelle der Bezahlung ausstehender Rechnungen für Flugsicherungsdienstleistungen nicht andere Möglichkeiten gegeben hätte, den in casu rentablen Flugbetrieb aufrechtzuerhalten.

Nach Meinung des Bundesgerichtes hätte sich der Schuldner dem Druck des Gläubigers entziehen und ohne Bezahlung der aufgelaufenen Rechnungen trotzdem den Flugbetrieb weiterführen können. Das bedeutet: eine Rechtshandlung ist erst dann subjektiv betriebsnotwendig, wenn der Dritte derart starke Druckmittel in den Händen hält (Monopolbetrieb, weitere Leistungen nur dann, wenn fällige Rechnungen bezahlt werden), dass dem Schuldner kein anderer Weg

offen bleibt, als sich dem Druck zu beugen und den Dritten zu bevorzugen. Fehlt es an der subjektiven Betriebsnotwendigkeit, ist die Schädigungsabsicht gegeben.

C. Erkennbarkeit

Die Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht bemisst sich nicht an einem typisierten Durchschnittsmass, vielmehr sind alle Gegebenheiten des Einzelfalles heranzuziehen. Ob der Begünstigte die Schädigungsabsicht des Schuldners im Zeitpunkt der Vornahme der anfechtbaren Handlung wirklich erkannt hat oder bei pflichtgemässer und zumutbarer Sorgfalt hätte erkennen können und müssen, bestimmt sich nach den Umständen des Einzelfalles⁴⁸.

III. Ausblick

Der Bundesrat hat den Räten am 8. September 2010 die Botschaft⁴⁹ zur Änderung⁵⁰ des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (Sanierungsrecht) unterbreitet. Diese Revisionsvorlage umfasst auch einzelne Änderungen des Anfechtungsrechts. Das Schicksal dieser Vorlage ist ungewiss, nachdem die Rechtskommission des Nationalrates das Eintreten darauf abgelehnt hat.

⁴⁵ BGE 134 III 615, E. 5.3., 622.

⁴⁶ BGE 134 III 615, E.4.2.4.

⁴⁷ E. 5.

⁴⁸ Urteil 5A_747/2010 des Bundesgerichtes vom 23. Februar 2011, E. 4.3.

⁴⁹ BBI 2010 6455.

⁵⁰ BBI 2010 6507.

Art. 285 Randtitel und Abs. 3 (neu) SchKG

(3) Nicht anfechtbar sind Rechtshandlungen, die während einer Nachlassstundung stattgefunden haben, sofern sie von einem Nachlassgericht oder von einem Gläubigerausschuss (Art. 295a) genehmigt worden sind.

Art. 286 Abs. 3 (neu) SchKG

(3) Bei der Anfechtung einer Handlung zugunsten einer nahestehenden Person des Schuldners trägt diese die Beweislast dafür, dass kein Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung vorliegt. Als nahe stehende Personen gelten auch Gesellschaften eines Konzerns (Art. 663e OR).

Art. 288 Abs. 2 (neu) SchKG

(2) Bei der Anfechtung einer Handlung zugunsten einer nahe stehenden Person des Schuldners trägt diese die Beweislast dafür, dass sie die Benachteiligungsabsicht nicht erkennen konnte. Als nahestehende Personen gelten auch Gesellschaften eines Konzerns (Art. 663e OR).

Art. 288a SchKG

(4) Berechnung: Bei den Fristen der Artikel 286–288 werden nicht mitberechnet:

1. die Dauer einer vorausgegangenen Nachlassstundung;
2. bei der konkursamtlichen Liquidation einer Erbschaft die Zeit zwischen dem Todestag und der Anordnung der Liquidation;
3. die Dauer der vorausgegangenen Betreuung.

Art. 292 SchKG

E. Verjährung Das Anfechtungsrecht verjährt:

1. nach Ablauf von zwei Jahren seit Zustellung des Pfändungsverlustscheins (Art. 285 Abs. 2 Ziff. 1);
2. nach Ablauf von zwei Jahren seit der Konkurseröffnung (Art. 285 Abs. 2 Ziff. 2);
3. nach Ablauf von zwei Jahren seit Bestätigung des Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung.

Bemerkungen:

Die anvisierte Revision schliesst in einem Punkt neu die Anfechtung aus. Nicht mehr anfechtbar sind Rechtshandlungen, die während einer Nachlassstundung vorgenommen wurden, sofern sie von einem Nachlassgericht oder einem Gläubigerausschuss genehmigt worden sind (Art. 285 Abs. 3).

Im Rahmen der *Schenkungsanfechtung* (Art. 286 SchKG) trägt neu bei der Anfechtung einer Handlung zu-

gunsten einer nahestehenden Person des Schuldners diese die Beweislast dafür, dass kein Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung vorliegt. Erstaunlich und bemerkenswert ist, dass als nahestehende Personen auch *Gesellschaften eines Konzerns* gelten (Art. 286 Abs. 3). Im Rahmen der *Absichtsanfechtung* (Art. 288 SchKG) trägt bei Anfechtung einer Handlung zugunsten einer nahestehenden Person des Schuldners diese die Beweislast dafür, dass sie die Benachteiligungsabsicht nicht erkennen konnte.

Gestrichen wird als Stillstandsgrund bei der Berechnung der Verdachtsfristen nach Art. 288a SchKG der Konkursaufschub. Das Anfechtungsrecht gemäss Art. 292 wird neu als *Verjährungsfrist* ausgestaltet. Sie kann neu unterbrochen werden.

Diese Revisionspunkte stellen das tradierte schweizerische Anfechtungsrecht nicht auf den Kopf. Es darf auch bezweifelt werden, dass diese punktuellen Revisionen der Anfechtung mehr *Durchschlagskraft* verleihen.