

Anfechtung nach Art. 285 ff. SchKG

I. Allgemeines

1. Definition, Funktion und Rechtsnatur der Anfechtung nach Art. 285 ff. SchKG

Definition: Rechtsbehelf zum Einbezug von Vermögenswerten in die Zwangsvollstreckung (Betreibung auf Pfändung und Konkurs), die der Schuldner vor der Pfändung oder vor dem Konkurs auf einen Dritten zur Schädigung aller Gläubiger oder auf einen Gläubiger zum Schaden der anderen Gläubiger übertragen hat (vgl. Art. 285 SchKG).

Die Anfechtbarkeit von Rechtshandlungen nach Art. 285 ff. SchKG bewirkt eine Vorwirkung des Rechtsregimes, wie es nach Eröffnung der Zwangsvollstreckung (Pfändung oder Konkursöffnung) gilt: In der Zwangsvollstreckung hat der Schuldner sein Vermögen zur Befriedigung der Gläubiger zur Verfügung zu stellen; dabei gilt grundsätzlich das Prinzip der Gleichbehandlung der Gläubiger. Mit der Anfechtung können Rechtshandlungen des Schuldners im Vorfeld der Zwangsvollstreckung rückgängig gemacht werden, welche mit diesen zwangsvollstreckungsrechtlichen Grundsätzen unvereinbar sind.

Im Allgemeinen kann ein Schuldner auch angesichts hoher Schulden unbeschränkt über sein Vermögen verfügen und einzelne Gläubiger gegenüber anderen bevorzugen. Je näher der Schuldner der Zwangsvollstreckung kommt, desto eher erscheint es jedoch als problematisch, wenn er kurz zuvor noch Handlungen zum Nachteil aller oder einzelner Gläubiger vornimmt. Wohl nach allen Zwangsvollstreckungsgesetzen dieser Welt ist es deshalb möglich, einzelne dieser Handlungen wieder rückgängig zu machen, wenn es später zur Zwangsvollstreckung kommt. Die meisten Regelungen dürften dabei letztlich auf die „Uranfechtungsklage“, die „actio pauliana“ des römischen Rechts, zurückgehen.

Wichtig ist es hervorzuheben, dass es sich bei der Anfechtung – wie gesagt - um einen Rechtsbehelf des Zwangsvollstreckungsrechts handelt. Die fraglichen Rechtsgeschäfte sind privatrechtlich gesehen vollumfänglich gültig, da der Schuldner aus der Sicht des Privatrechts dabei nichts Unrechtes tut. Die privatrechtliche Gültigkeit bleibt auch – wenigstens formell gesehen - trotz erfolgreicher Anfechtung unangetastet. Der begünstigte Dritte muss allerdings aus vollstreckungsrechtlichen Gründen dulden, dass der Vermögenswert der Zwangsvollstreckung zugeführt wird (Art. 285 Abs. 1 SchKG). Faktisch führt dies dazu, dass er seine privatrechtliche Rechtsposition verliert oder – wie sogleich näher zu zeigen sein wird – diesbezüglich eine doch sehr starke Beeinträchtigung stattfindet. Soweit die Anfechtung in Form einer separaten Klage erfolgt, handelt es sich dabei dogmatisch gesehen um eine sog. Klage mit Reflexwirkung auf das materielle Recht.

2. Bedeutung der Anfechtungsklage in der Gerichts- und Anwaltspraxis

Anfechtungsklagen sind zahlenmässig nicht häufig. Sie werden namentlich aus Angst vor dem Kostenrisiko nur in wenigen Insolvenzverfahren (Konkursverfahren, Nachlassverfahren mit Vermögensabtretung) erhoben. Die etwa ein dutzend Swissair-Fälle und die damit verbundene relativ grosse Diskussion in der Fachwelt können hierzu zu falschen Annahmen verleiten. Selbst im Fall „Swissair“ kann angesichts des Ausmasses der Geschäftstätigkeit dieser Firma keinesfalls von einer „Klageschwemme“ gesprochen werden.

Die wirkliche Bedeutung der Anfechtungstatbestände liegt in der Insolvenzplanung. Ein informierter und anwaltlich beratener Schuldner oder Vertragspartner des Schuldners wird bei

allen Handlungen im Vorfeld der Insolvenz die Anfechtbarkeit im Auge behalten und diese möglichst zu vermeiden suchen. Er will damit nicht nur die Rückgängigmachung des Rechtsgeschäftes nach SchKG, sondern auch die allenfalls damit einhergehende Strafe verhindern. Viele Anfechtungstatbestände sind auch Straftatbestände.

Art. 167 StGB hat den Wortlaut: „Bevorzugung eines Gläubigers“

„Der Schuldner, der im Bewusstsein seiner Zahlungsunfähigkeit und in der Absicht, einzelne seiner Gläubiger zum Nachteil anderer zu bevorzugen, darauf abzielende Handlungen vornimmt, insbesondere nicht verfallene Schulden bezahlt, eine verfallene Schuld anders als durch übliche Zahlungsmittel tilgt, eine Schuld aus eigenen Mitteln sicherstellt, ohne dass er dazu verpflichtet war, wird, wenn über ihn der Konkurs eröffnet oder gegen ihn ein Verlustschein ausgestellt worden ist, mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft.“

3. Rechtsgrundlagen revidiertes Recht

Die Anfechtungsklage des SchKG ist in Art. 285 ff. SchKG geregelt. In dem im nächsten Jahr in Kraft tretenden revidierten Recht befinden sich auch wichtige Bestimmungen zum Anfechtungsrecht. Es sind dies die Folgenden:

- Erleichterung der Anfechtung nach Art. 286 SchKG (Schenkungsanfechtung) und Art. 288 SchKG (Absichtsanfechtung) gegenüber dem Schuldner nahestehenden Personen (siehe II. 3.2).
- Die Berechnung der sog. Verdachtsfrist nach Art. 288a SchKG sowie die Frist für die Geltendmachung der Anfechtungsklage (Art. 292 SchKG) werden geändert (hierzu V. 3.).
- Rechtshandlungen, welche während der Nachlassstundung vorgenommen werden, sind nicht anfechtbar, wenn das Nachlassgericht oder der Gläubigerausschuss hierzu zugestimmt haben (Art. 285 Abs. 3 SchKG).

4. System und Kriterien der drei Anfechtungstatbestände des SchKG

Das SchKG unterscheidet drei Anfechtungstatbestände:

- Die Anfechtung von Schenkungen oder ähnlichen Tatbeständen, die der Schuldner im Jahr vor der Zwangsvollstreckung vorgenommen hat (Art. 286 SchKG).
- Die Anfechtung von bestimmten Rechtshandlungen, die der Schuldner im letzten Jahr vor der Konkurseröffnung oder Pfändung vorgenommen hat, wobei er dabei bereits überschuldet gewesen ist (Art. 287 SchKG). Hierzu gehören u.a. die nachträgliche Begründung eines Pfandes für eine bereits bestehende Verbindlichkeit (sofern der Schuldner hierzu nicht bereits verpflichtet war) und die Zahlung einer nicht verfallenen Schuld.
- Den allgemeinen Anfechtungstatbestand nach Art. 288 SchKG.

Die drei Tatbestände können nach verschiedenen Aspekten analysiert und unterschieden werden.

Kriterien für die Anfechtung: Das Gesetz verwendet in den drei Tatbeständen als Kriterien für die Anfechtung den Zeitfaktor der Handlungsvornahme, die Art der vorgenommenen Handlung, den Grad der Insolvenz bzw. der Überschuldung und schliesslich die Absicht der Schädigung des Schuldners und ihre Erkennbarkeit durch den Dritten.

	Objektive Kriterien			Subjektive Kriterien*
	Zeitfaktor	Art der Handlung	Überschuldung	
Schenkungsanfechtung (286)	1 Jahr vor Pfändung/Konkursöffnung	Schenkung etc.	-	-
Überschuldungsanfechtung (287)	1 Jahr vor Pfändung/Konkursöffnung	Zahlung einer nicht fälligen Schuld etc.	Überschuldung	Erkennbarkeit der Überschuldung
Absichtsanfechtung (288)	5 Jahre vor Pfändung/Konkursöffnung	Grundsätzlich jede Handlung	-	Schädigungsabsicht des Schuldners und ihre Erkennbarkeit durch den Begünstigten

* *Wichtiger Hinweis: Auch die subjektiven gesetzlichen Kriterien werden von Lehre und Praxis weitgehend objektiviert.*

Besondere Tatbestände und Grundtatbestand: Schenkungs- und Überschuldungsanfechtung sind besondere Tatbestände, währenddem die Absichtsanfechtung als Auffangtatbestand/Generalklausel fungiert. In Art. 288 SchKG kommen denn auch die Grundgedanken des gesamten Anfechtungsrechts zum Ausdruck; eine Anfechtung wird zugelassen, wenn die betreffende Handlung alle oder einzelne Gläubiger schädigt und infolge von „konspirativem“ Zusammenwirken von Schuldner und Dritten (Schädigungsabsicht des Schuldners und Erkennbarkeit derselben durch den Dritten) als unredlich erscheint. Bei den besonderen Anfechtungstatbeständen sind diese beiden Kriterien/Voraussetzungen nicht ausdrücklich genannt. Sie werden jedoch im Sinne einer unwiderlegbaren Vermutung angesichts von Art und Zeitpunkt der betreffenden Handlung als gegeben erachtet.

Beweislast: Die Beweislast für das Vorliegen des Anfechtungstatbestandes liegt grundsätzlich bei der anfechtenden Partei; allein bei der Überschuldungsanfechtung findet eine Beweislastumkehr betr. das Kriterium der Kenntnis der Überschuldung zulasten der Gegenpartei statt. Falls diese geltend machen will, sie habe die Überschuldung nicht gekannt, trägt sie hierfür die Beweislast (Art. 287 Abs. 2 SchKG).

Im revidierten Recht erfolgt eine Beweislastumkehr zulasten der begünstigten Partei bei der Schenkungsanfechtung betreffend des Kriteriums des Missverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung (revArt. 286 Abs. 3 SchKG) und bei der Absichtsanfechtung für das Kriterium der Erkennbarkeit der Benachteiligungsabsicht (Art. 288a SchKG).

Umfang des Kreises der anfechtbaren Handlungen und Beweisschwierigkeiten im Rahmen der Anfechtung: Diese beiden Kriterien zeigen bei den drei Tatbeständen ein gegensätzliches Bild auf:

- Die Schenkungsanfechtung betrifft einen engen Kreis von Rechtshandlungen; dafür ist das Beweisthema einfach (Vornahme einer Schenkung innerhalb einer bestimmten Zeit).
- Die Absichtsanfechtung umfasst einen sehr weiten Kreis der möglicherweise anfechtbaren Handlungen; das Beweisthema (Schädigungsabsicht und ihre Erkennbarkeit) ist jedoch sehr anspruchsvoll.
- Die Überschuldungsanfechtung liegt etwa zwischen den beiden anderen Tatbeständen; der Nachweis der Überschuldung kann schon recht schwierig sein; dafür ist der Kreis der

anfechtbaren Handlungen auch schon weiter gezogen als bei der Schenkungsanfechtung.

5. Einheitliche Anfechtungstatbestände für Einzelzwangsvollstreckung und Konkurs bzw. Nachlassverfahren

Anders als andere Zwangsvollstreckungsrechte (etwa die deutsche Rechtsordnung) sieht das SchKG einheitliche Anfechtungstatbestände vor, welche sowohl für die Einzelzwangsvollstreckung (Betreibung auf Pfändung) als auch für die Generalexekutionen (Konkurs- und Nachlassverfahren) zur Anwendung kommen.

Nach Art. 285 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG ist in der Einzelzwangsvollstreckung zur Anfechtung jeder Gläubiger berechtigt, der einen provisorischen oder definitiven Pfändungsverlustschein erhalten hat. Im Konkurs kann nach Konkurseröffnung die Anfechtung durch die Konkursverwaltung oder die Abtretungsgläubiger nach Art. 260 SchKG erfolgen. Im Nachlassverfahren ist die Anfechtung nach Bestätigung eines Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung durch die Liquidatoren oder Abtretungsgläubiger analog Art. 260 SchKG möglich (Art. 325 SchKG).

Das schweizerische Recht behandelt wie gesagt beide Anwendungsbereiche der Anfechtungsklagen grundsätzlich in allen Fragen (Anfechtungstatbestände, Zuständigkeit, Verfahren etc.) gleich. Im internationalen Verhältnis können sich allerdings Unterschiede ergeben (so etwa für die Zuständigkeit).¹

6. Anfechtungstatbestände ausserhalb von Art. 286 ff. SchKG

Neben Art. 286 ff. SchKG gibt es auch andere Anfechtungstatbestände:

- Anfechtung der Verrechnung (Art. 214 SchKG);
- Anfechtungstatbestände im Privatrecht: Art. 578 ZGB (Anfechtung der Ausschlagung der Erbschaft); Art. 678 OR (Rückerstattung von Leistungen, die der Verwaltungsrat oder andere der AG nahestehende Personen erhalten haben) etc.

II. Schenkungsanfechtung nach Art. 286 SchKG

1. Gesetzliche Ausgangslage

Art. 286 SchKG umschreibt den Anfechtungstatbestand der Schenkungsanfechtung wie folgt:

„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.

Den Schenkungen sind gleichgestellt:

- I. Rechtsgeschäfte, bei denen der Schuldner eine Gegenleistung angenommen hat, die zu seiner eigenen Leistung in einem Missverhältnis steht;*
- II. Rechtsgeschäfte, durch die der Schuldner für sich oder für einen Dritten eine Leibrente, eine Pfrund, eine Nutzniessung oder ein Wohnrecht erworben hat.“*

RevArt. 286 SchKG besagt sodann:

¹ Hierzu ISAAK MEIER, Internationales Zivilprozessrecht und Zwangsvollstreckungsrecht, 2. Auflage, Zürich 2005, S. 181.

„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 nahestehende Personen gelten auch die Gesellschaften eines Konzerns.“

Von praktischer Bedeutung ist die Anfechtung von „Schenkungen und unentgeltlichen Verfügungen“ sowie von sog. gemischten bzw. Quasi-Schenkungen, d.h. Rechtsgeschäften, in denen die Leistung des Dritten in einem Missverhältnis zur Gegenleistung des Schuldners steht. Die gerade zitierte neue Bestimmung kann dazu führen, dass sich die Frage nach der Schenkungsanfechtung auch im Konkurs von Konzerngesellschaften stellt (hierzu II. 3.2.4.).

Charakteristisch für die Schenkungsanfechtung ist, dass sie lediglich objektive Kriterien (Vorliegen einer Schenkung oder Quasi-Schenkungen und ihre Vornahme innert einer bestimmten Zeitspanne) kennt.

2. Schenkungen

Festzuhalten ist zunächst, dass die in Art. 286 Abs. 1 SchKG neben den Schenkungen genannten unentgeltlichen Verfügungen keine praktische Bedeutung haben, wird doch die Schenkung in Art. 239 OR gerade als „Zuwendung ... ohne entsprechende Gegenleistung“ definiert.

Die Schenkung muss im Zeitpunkt der Möglichkeit der Anfechtung bereits vollzogen sein. Ein Schenkungsversprechen fällt nach Art. 250 Abs. 2 OR mit der Ausstellung eines Verlustscheins oder der Konkurseröffnung dahin.

Die Schenkung betrifft (selbstverständlich) nicht nur bewegliche Sachen, sondern wie gesagt jede Zuwendung, die ohne entsprechende Gegenleistung erfolgt ist. Hierzu gehören etwa auch die folgenden Handlungen: Forderungsverzicht (BGE 95 III 51; 31 II 350); Eingehen einer Bürgschaft (BGE 31 II 352); Bezahlung einer fremden Schuld oder auch die Errichtung einer Stiftung.²

Die Motive des Schenkenden und Beschenkten sind nicht relevant. Eine Schenkung ist auch nach Art. 286 Abs. 1 SchKG anfechtbar, wenn der Schuldner bei Vornahme der Schenkung glaubte, eine rechtliche Verpflichtung zu erfüllen. Unmassgeblich ist auch, ob der Beschenkte gutgläubig war oder nicht.

Eine Ausnahme von der Anfechtung gilt für „übliche Gelegenheitsgeschenke“.

3. Gemischte/Quasi-Schenkungen

3.1. Allgemeines

Ein komplexerer Tatbestand betrifft die sog. gemischte Schenkung, d.h. die Zuwendung eines Vermögenswertes gegen eine Gegenleistung, welche im Missverhältnis zum Wert der Zuwendung steht.

Hervorzuheben ist zunächst, dass für die Anfechtbarkeit allein ein **objektives Missverhältnis von Zuwendung und Gegenleistung im Zeitpunkt der Vornahme** massgebend ist. Nicht entscheidend ist hingegen, ob eine oder beide Parteien dieses Missverhältnis gekannt und gewollt haben.

Eine gemischte Schenkung liegt nach einer Zürcher Entscheidung etwa dann vor, wenn der Schuldner ein landwirtschaftliches Grundstück mit einem geschätzten Verkehrswert von Fr. 100'000.- seinem Sohn zum Ertragswert von Fr. 55'000.- verkauft, obwohl ihm kein entsprechendes Vorkaufsrecht zusteht (BISchK 1972, 55). Wo eine objektive Schätzung schwierig

² ADRIAN STAEHELIN, Kommentar zu Art. 285 - 288a SchKG, in: Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II, Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), 2. Auflage, Basel 2010, Rz. 6 f. zu Art. 286 SchKG.

ist, muss naturgemäß eine grosse Bandbreite bis zur Annahme der Anfechtbarkeit akzeptiert werden.

Nach h.M. muss die begünstigte Drittperson bei einer erfolgreichen Anfechtung lediglich die Differenz zwischen der unangemessenen Gegenleistung und einer nach objektiver Betrachtung als angemessen erscheinenden Gegenleistung herausgeben: Beispiel: Der Dritte verkauft dem Schuldner eine Sache im Wert von Fr. 10'000.- für einen übersetzten Preis von Fr. 20'000.--. In einem solchen Fall muss die Drittperson lediglich Fr. 10'000.-- zurückleisten. Falls die Leistung unteilbar ist, wie dies etwa dann der Fall ist, wenn der Dritte eine Sache vom Schuldner für den halben Preis des eigentlichen Wertes kauft, muss er zwar die gesamte Sache zurückgeben, kann dann allerdings aber auch die geleistete Zahlung im vollen Umfang zurückverlangen.³

Problemfälle: Befindet sich der Schuldner in einer angespannten Finanzlage, kann er gezwungen sein, für ihn ungünstige Vertragskonditionen und Preise zu akzeptieren. Dies soll anhand der folgenden Beispiele verdeutlicht werden:

- Der Schuldner ist auf den raschen Verkauf eines Teils seines Unternehmens angewiesen. Ein Kaufinteressent wird diese Situation selbstverständlich ausnützen und nur einen bedeutend geringeren Kaufpreis anbieten, als wenn der Schuldner sich nicht in dieser Zwangslage befinden würde. Es stellt sich die Frage, ob der Verkauf anfechtbar wäre, wenn die Drittperson den Betriebsteil etwa nur für 50% des Schätzungspreises übernimmt?
- Eine erfolgreiche SaniererIn von Unternehmungen ist lediglich bereit, die risikoreiche Sanierung der X AG zu übernehmen, wenn ihr das überdurchschnittlich hoch bemessene Honorar für eine voraussichtlich ein Jahr dauernde Beratung zum Voraus bezahlt wird. Frage: Falls die X AG nach einem halben Jahr in Konkurs fällt, kann das Honorar ganz oder teilweise nach Art. 286 SchKG zurückgefordert werden?

Frage an die lesende Person: Was meinen Sie dazu?

3.2. Bedeutung der Beweislastumkehr in revArt. 286 Abs. 3 SchKG bei nahestehenden Personen zulasten der begünstigten Person

3.2.1. Einleitung

In dem noch bis Ende Jahr geltenden Recht trägt der Anfechtungskläger die Beweislast dafür, dass die rechtserheblichen Tatsachen einer Quasi-Schenkung, d.h. insbesondere ein Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung, vorliegen. Das neue Recht teilt die Beweislast hierfür nunmehr der begünstigten Person zu, falls es sich dabei um dem Schuldner nahestehende Personen handelt.

Diese Bestimmung ist insofern bedeutsam, als wohl die allermeisten Schenkungen und Quasi-Schenkungen an nahestehende Personen erfolgen.

3.2.2. Was ist unter nahestehenden Personen zu verstehen?

Nahestehende Personen sind Verwandte und enge Freunde. Kraft ausdrücklicher Bestimmung im Gesetz gelten sodann „als nahestehende Personen ... auch Gesellschaften eines Konzerns“. In der Botschaft werden sodann auch Gross- und Mehrheitsaktionäre genannt.⁴

Allgemein gesagt, zeichnet sich eine nahestehende Person dadurch aus, dass sie mit dem Konkursschuldner eine Interessengemeinschaft bildet. Dies schliesst es aus, etwa Hausbanken des Schuldners als nahestehende Personen zu bezeichnen, obwohl auch diese typischerweise eine grosse Nähe zum Schuldner haben und entsprechend sehr gut über seine

³ STAEHELIN, (Fn. 2), Rz. 16. zu Art. 286 SchKG.

⁴ Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (Sanierungsrecht) vom 8. September 2010, BBl 2010 6455 ff., S. 6478 (nachfolgend: Botschaft Sanierungsrecht 2010).

Vermögenslage informiert sind.

3.2.3. Praktische Bedeutung der Beweislastumkehr im Allgemeinen

Der Nachweis, dass ein Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung vorliegt, kann schwierig sein, weil es – wie es in der Botschaft heisst – „häufig an einem Markt und damit an einem Vergleichswert fehlt oder weil es sich um nicht materielle Werte handelt, die transferiert werden (Consultingleistungen, Forschungsergebnisse, Lizenzen, Marken).“⁵ Entsprechend war eine mit Art. 286 Abs. 2 lit. a SchKG begründete Klage für den Anfechtungskläger, welcher an dieser Transaktion nicht beteiligt war, mit grossen Beweisproblemen und Kostenrisiken verbunden.

Die Beweislastzuteilung an die begünstigte Person schiebt das Beweisrisiko derjenigen Partei zu, welche auch die näheren Hintergründe der Transaktion kennt und damit auch in der Lage sein sollte, die Argumente für ein Fehlen eines Missverhältnisses vorzubringen und auch die entsprechenden Beweise vorzulegen. Hervorzuheben ist jedoch, dass das Kostenrisiko natürlich bei der klagenden Partei verbleibt!

3.2.4. Insbesondere Quasi-Schenkungen innerhalb eines Konzerns

Die Frage nach Quasi-Schenkungen stellt sich besonders auch bei Transaktionen im Konzern. Im Konzern als wirtschaftliche Einheit und Schicksalsgemeinschaft ist es etwa naheliegend und üblich, dass eine Konzerngesellschaft, welche sich in wirtschaftlichen Schwierigkeiten befindet, von der Muttergesellschaft oder einer anderen gesunden Tochtergesellschaft durch Darlehen zu günstigen Konditionen oder direkt durch Einlagen unterstützt wird.

Obwohl das Vorliegen von Anfechtungsklagen naheliegend ist, sind solche Klagen in der Praxis bislang offensichtlich nicht erhoben worden. Das Problem dürfte dabei (wohl) nicht so sehr im tatsächlichen Bereich, als vielmehr in den ungeklärten Rechtsfragen im Konzernrecht liegen. In der Regel dürfte die klagende Partei keine unüberwindbaren Probleme haben, den Sachverhalt betreffend eine bestimmte Transaktion mit den Geschäftsunterlagen zu erstellen und zu beweisen. Mittels Gutachten lässt sich auch beweisen, ob und inwiefern etwa ein Darlehen zu den marktüblichen Konditionen gegeben wurde oder eine offensichtliche Begünstigung einer nahestehenden Person vorliegt. Die Schwierigkeiten bei diesen Klagen liegen jedoch darin, dass in rechtlicher Hinsicht nicht klar ist, ob und inwiefern die Anfechtbarkeit mit der Begründung zu verneinen ist, eine für die Gläubiger nachteilige Handlung zugunsten einer anderen Konzerngesellschaft sei durch die Vorteile ausgeglichen worden, welche der insolventen Konzerngesellschaft früher zugutegekommen sind. Nach der heute wohl überwiegend vertretenen sog. Saldotheorie muss in einem solchen Fall mindestens zu einem gewissen Grad auch berücksichtigt werden, von welchen Vorteilen die Tochtergesellschaft aus der Konzerneinbettung direkt oder indirekt profitiert hat.⁶

Da die Probleme wohl eher im rechtlichen Bereich liegen, wird auch die Beweislastumkehr an die begünstigte Gesellschaft kaum zu einer wesentlichen Erleichterung der Klagen führen.

4. Neuere Bundesgerichtsentscheide zur Schenkungsanfechtung

Siehe auch die neueren Bundesgerichtsentscheide zur Schenkungsanfechtung: BGE 138 III 497 (Ausschlagung der Erbschaft stellt unentgeltliche Verfügung i.S.v. 286 dar, nicht jedoch der Erbverzicht); BGE 135 III 513 (Verkauf von Genossenschaftsanteilen); BGE 132 III 489 (Veräusserung von Stammanteilen einer sich in Liquidation befindenden GmbH); BGE 130 III 235 (Einräumung eines Wohnrechts); Urteil BGer (5A_835/2012) vom 16. Mai 2013 (Verkauf

⁵ Botschaft Sanierungsrecht 2010, S. 6477.

⁶ Siehe hierzu z.B. PETER FORSTMOSER, Haftung im Konzern, in: Baer (Hrsg.), Vom Gesellschafts- zum Konzernrecht, Bern/Stuttgart/Wien 2000, 89 ff., S. 103; vgl. auch ZR 98/1999 Nr. 52, 225 ff., S. 242.

von Grundstücken).

III. Überschuldungsanfechtung nach Art. 287 SchKG

1. Gesetzliche Ausgangslage

Art. 287 SchKG besagt zur Überschuldungsanfechtung wörtlich das Folgende:

„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:

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

Die Anfechtung ist indessen ausgeschlossen, wenn der Begünstigte beweist, dass er die Überschuldung des Schuldners nicht gekannt hat und auch nicht hätte kennen müssen.

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:

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

2. Auslegung von Art. 287 SchKG

2.1. Nachträgliche Sicherung bereits bestehender Verbindlichkeiten

Eine nachträgliche Sicherung liegt vor, wenn der Schuldner eine Sicherheit für eine Verbindlichkeit gewährt, für welche die Parteien ursprünglich keine Sicherheit vereinbart haben. Leistet der Schuldner hingegen lediglich eine schon früher vereinbarte Sicherheit, ist die Anfechtung selbstverständlich nicht gegeben.

Die Sicherung einer bereits bestehenden Verbindlichkeit ist der in der Praxis bedeutsamste Tatbestand der Überschuldungsanfechtung (Art. 287 SchKG). Darlehensgeber (Banken und Private) versuchen häufig, vom Schuldner angesichts aufkommender finanzieller Schwierigkeiten nachträglich noch Sicherheiten zu erlangen oder die diese zu erhöhen. Typisch ist etwa, dass dem Schuldner versprochen wird, zum bestehenden Kredit einen (kleineren) Zusatzkredit zu gewähren, wenn er dafür eine Sicherheit für den Gesamtkredit leistet. Zur (allerdings erfolglosen) Verhinderung der Anfechtung nach Art. 287 SchKG kann die Bank allenfalls auch vom Schuldner die Rückzahlung des gesamten Darlehens verlangen und ihm mehr oder weniger postwendend danach einen neuen Kredit gegen Sicherheitsleistung in gleichem oder grösserem Umfang erteilen.

Grundsätzlich nach Art. 287 SchKG nicht anfechtbar ist die Erteilung eines Darlehens gegen Sicherheitsleistung.⁷ Wird jedoch wie in diesen Konstellationen direkt oder indirekt ein bestehendes ungesichertes Darlehen gesichert, ist die Anfechtung gegeben.

⁷ Die Anfechtbarkeit kann jedoch nach Art. 288 SchKG gegeben sein.

2.2. Ungewöhnliches Tilgungsmittel

Ob die Tilgung einer Schuld ungewöhnlich ist, beurteilt sich nach den Verhältnissen am Ort der Vornahme, dem betreffenden Geschäftskreis und dem Zeitpunkt der Tilgung.

Anwendungsbeispiele:

Unüblich ist etwa die Zahlung durch Abtretung einer Forderung. Eine Forderungscession könnte nur dann als übliches Zahlungsmittel betrachtet werden, wenn eine entsprechende Übung in der betreffenden Branche bestünde (BGE 85 III 200 ff. in casu verneint). Nicht nur im allgemeinen Geschäftsverkehr, sondern selbst im Liegenschaftshandel ist es nicht üblich, dass statt des Kaufpreises für eine Liegenschaft eine andere Liegenschaft hingegeben wird (BISchK 1988, 116). Nach Art. 287 SchKG nicht anfechtbar wäre allerdings diejenige Konstellation, in welcher schon von Anfang an ein Tauschvertrag vereinbart worden ist.

Ein originelles Beispiel für ein unübliches Zahlungsmittel liefert ein neueres Urteil des Bundesgerichts (5A_44/2008) vom 7. Juli 2008. Zur Bezahlung einer Honorarforderung erhielt X vom Schuldner einen Bentley, Jahrgang 1934, zu Eigentum übertragen, den er später für Fr. 90'000.- veräusserte.

2.3. Zahlung einer nicht verfallenen Schuld und übrige Bestimmungen von Art. 287 SchKG

Siehe das Gesetz.

IV. Absichtsanfechtung nach Art. 288 SchKG

1. Einleitung

Der Gesetzestatbestand zur Absichtsanfechtung lautet wie folgt (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.“

Die drei Voraussetzungen der Absichtsanfechtung lauten entsprechend folgendermassen:

- Gläubigerschädigung;
- Absicht der Schädigung durch den Schuldner;
- Erkennbarkeit der schuldnerischen Schädigungsabsicht durch den Dritten.

Was diese Voraussetzungen im Einzelnen bedeuten, soll nachfolgend für die Fälle der sog. kongruenten und der inkongruenten Deckung getrennt untersucht werden. Allgemein ist hier lediglich Folgendes festzuhalten:

Gläubigerschädigung: Die primäre und unabdingbare Voraussetzung einer Anfechtung ist die effektive Schädigung aller oder einzelner Gläubiger. Die in dieser Bestimmung ebenfalls angesprochene Ungleichbehandlung der Gläubiger ist keine zusätzlich für sich allein genügende Voraussetzung. D.h. soweit die fragliche Rechtshandlung zwar einen Gläubiger bevorzugt, jedoch nicht dazu führt, dass die anderen Gläubiger dadurch weniger erhalten, als wenn die Handlung nicht vorgenommen worden wäre, ist sie grundsätzlich nicht anfechtbar.

Schädigungsabsicht des Schuldners: Notwendig ist nicht eine Absicht der Schädigung, sondern es genügt auch ein Eventualvorsatz im Sinne des Inkaufnehmens bzw. der Einbeziehung der Schädigung in den Handlungsentscheid. Fahrlässigkeit reicht jedoch nicht aus.

Erkennbarkeit: Bei der Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht durch den Dritten genügt diesem Kriterium entsprechend schon die Fahrlässigkeit. Diese ist schon dann gegeben, wenn

der Dritte bei Anwendung der üblichen/zumutbaren Sorgfalt die Schädigungsabsicht erkennen müsste. Dass der Dritte diese effektiv erkannt hat, ist hingegen nicht notwendig.

Die Beweislast für alle diese Kriterien liegt an sich bei der klagenden Partei. Das revidierte Recht nimmt jedoch zulasten von dem Schuldner nahestehenden Personen eine Beweislastumkehr vor:

RevArt. 288 Abs. 2 SchKG besagt:

„Bei der Anfechtung einer Handlung zugunsten einer nahestehenden Person des Schuldners trägt diese die Beweislast dafür, dass sie die Benachteiligungsabsicht nicht erkennen konnte. Als nahestehende Personen gelten auch Gesellschaften eines Konzerns“.

2. Kreis der anfechtbaren Rechtshandlungen und die Unterscheidung der Fälle der sog. kongruenten und inkongruenten Deckung, soweit kein Schenkungstatbestand (Art. 286 SchKG) vorliegt

Währenddem bei den Anfechtungstatbeständen nach Art. 286 und 287 SchKG die anfechtbaren Handlungen abschliessend umschrieben werden, umfasst die Absichtsanfechtung sämtliche Rechtshandlungen, welche direkt oder indirekt zu einer Schädigung der Gläubiger führen können. Es sind dies etwa: Begründung einer Schuldpflicht ohne Entgelt, Veräusserung einer Sache zu einem nicht marktüblichen Preis, Bevorzugung eines Gläubiger durch Erfüllung einer vertraglichen Verpflichtung im Vorfeld des Konkurses etc. Hierzu gehören aber auch Handlungen bzw. Unterlassungen wie etwa die grundlose Klageanerkennung und der grundlose Klagerückzug, unangemessene Vergleiche, die Unterlassung von Rechtsvorschlägen oder Mängelrügen etc.⁸

Unterscheidung von Fällen mit kongruenter und nicht kongruenter Deckung: Eine für das Verständnis des Anfechtungsrechts wichtige Unterscheidung, welche aus dem deutschen Recht stammt, aber immer mehr auch im schweizerischen Recht verwendet wird, ist diejenige in Anfechtungstatbestände mit kongruenter und nicht kongruenter Deckung, soweit keine Schenkungen nach Art. 286 SchKG vorliegen.

Inkongruenz einer fraglichen Rechtshandlung liegt vor, wenn der Gläubiger eine Sicherung oder Befriedigung erlangt, welche er eigentlich nicht oder nicht in der vorliegenden Art oder nicht im betreffenden Zeitpunkt beanspruchen dürfte.⁹

Kongruenz ist demgegenüber bei einer Rechtshandlung gegeben, mit der eine Verbindlichkeit in vereinbarter Form erfüllt wird. Hauptbeispiel: Der Schuldner erfüllt eine fällige Geldschuld im vereinbarten Umfange.

Die Fälle nach Art. 287 SchKG betreffen grundsätzlich Rechtshandlungen mit inkongruenter Deckung (Erfüllung einer nichtfälligen Schuld, nachträgliche Besicherung einer Forderung etc.). Der Auffangtatbestand in Art. 288 SchKG umfasst demgegenüber – neben den Schenkungstatbeständen - auch die Fälle der kongruenten Deckung, wie insb. die Zahlung einer fälligen Schuld. In der Praxis sind diese Zahlungen heute gerade die Hauptfälle der Anfechtung.

3. Schenkungshandlungen nach Art. 286 SchKG und Fälle der inkongruenten Deckung (insb. Art. 287 SchKG)

Nach Art. 288 SchKG kommt zunächst grundsätzlich die Anfechtung von allen Rechtshandlungen in Frage, welche in Art. 286/287 SchKG genannt sind, für deren Anfechtbarkeit die

⁸ ZOBL, Fragen zur paulianischen Anfechtung, SJZ 96/2000 S. 25.

⁹ Statt vieler KATHARINA WIDHALM-BUDACK, Handbuch des Anfechtungsrechts, Wien 2008, S. 69.

nach diesen Bestimmungen zusätzliche Voraussetzung der Handlung innerhalb der Jahresfrist allerdings nicht gegeben ist.

Beispiele: Nachträgliche Pfandbestellung eines anfänglich ungesicherten Kredites vor der Jahresperiode nach Art. 287 SchKG (BGE 83 III 82; BGE 89 III 47) oder quasi Schenkung eines Grundstückes früher als ein Jahr vor der Konkursöffnung (Urteil BGer (5A_835/2012) vom 16. Mai 2013). Weitere Beispiele: Verkauf einer Liegenschaft mit der gleichzeitigen Begründung eines Wohnrechts zu Gunsten des Veräußerers und Schuldners, was an sich nach Art. 286 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG anfechtbar ist (BGE 130 III 235). Der Schuldner erhält damit eine den Kaufpreis mindernde Gegenleistung, welche von den Gläubigern nicht verwertet werden kann.

Bei all diesen Handlungen ist es jedoch (selbstverständlich) notwendig, dass die zusätzlichen Voraussetzungen der Absichtsanfechtung gegeben sind (Gläubigerschädigung, Schädigungsabsicht des Schuldners und Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht durch den Begünstigten).

Gläubigerschädigung: Die Schädigung aller bzw. der nicht begünstigten Gläubiger ergibt sich bei Schenkungen und bei Handlungen mit inkongruenter Deckung schon aus den Handlungen selber.¹⁰

Schädigungsabsicht: Wie bei der nachfolgend eingehend zu behandelnden Anfechtung bei kongruenter Deckung verlangt diese Voraussetzung namentlich, dass sich der Schuldner in einer „insolvenznahen“ Situation befindet und er diese kennt oder kennen muss (vgl. BGE 89 III 47; 130 III 235, Urteil BGer (5A_835/2012) vom 16. Mai 2013). Hier muss allerdings nicht eine akute Gefährdungssituation im Sinne eines Überlebenskampfes vorliegen (zum Überlebenskampf IV. 4.2.3 u. 5.), sondern es genügen schon erhebliche, nicht nur vorübergehende finanzielle Schwierigkeiten.

Die Begründung, warum bereits eine geringere Gefährdung genügt, liegt darin, dass der Schuldner hier Handlungen vornimmt, die – angesichts seiner schlechten Vermögenslage – schon an sich verpönt und verwerflich sind. Der Schuldner vermindert direkt sein Vermögen, indem er schenkt oder dem Dritten sonst wie entgegen kommt, indem er etwa nachträglich ein Pfand gewährt oder die Schuld zu früh tilgt.

Erkennbarkeit: Die Erkennbarkeit der Schädigung durch den Dritten ist vor allem gegeben, wenn dieser von den erheblichen finanziellen Schwierigkeiten des Schuldners weiss oder bei Anwendung der nach den Umständen erforderlichen Sorgfalt wissen müsste. Dies hängt wiederum von der Stellung, den Möglichkeiten und der Fachkompetenz des Dritten und seiner Nähe zum Schuldner ab. Bestehen konkrete Anzeichen von finanziellen Problemen, trifft den Schuldner unter Umständen auch eine Erkundungspflicht. Für Einzelheiten hierzu kann auf die nachfolgenden Ausführungen zu den Fällen der kongruenten Deckung verwiesen werden (hierzu IV. 4.2.4).

Problemfälle: Wer eine selbständige Geschäftstätigkeit aufnimmt, wird meist Vorkehrungen treffen, um sich und seine Familie/Angehörigen vor finanziellen Risiken zu schützen. In Betracht fallen vor allem die folgenden Handlungen: Gründung einer AG oder einer anderen juristischen Person; Überschreibung von wesentlichen Vermögenswerten auf den Ehegatten oder andere nahestehende Personen.

Angenommen, die betreffende Person hat diese Vorkehrungen am Anfang der Fünfjahresfrist von Art. 288 SchKG getroffen. Vier Jahre später wird über sie der Konkurs eröffnet. Sind diese Handlungen allgemein nach Art. 288 SchKG anfechtbar bzw. unter welchen Voraussetzungen wäre die Anfechtbarkeit allenfalls gegeben?

Frage an die lesende Person: Was meinen Sie dazu?

¹⁰ Man kann sich höchstens fragen, ob der Dritte mit dem Einwand zuzulassen sei, der fragliche Vermögenswert wäre den Gläubigern ohnehin auch aus anderen Gründen in der Zwangsvollstreckung nicht zur Verfügung gestanden.

4. Fälle mit kongruenter Deckung nach Lehre und Praxis

4.1. Überblick über die wichtigsten Bundesgerichtsentscheide

Die Anfechtung nach Art. 288 SchKG bei Fällen mit kongruenter Deckung hat in jüngster Zeit, namentlich wegen und im Rahmen des Nachlassverfahrens „Swissair“, eine grosse Aktualität erfahren. Das Bundesgericht hat in mehreren Fällen Gelegenheit erhalten, seine Praxis zu dieser Frage zu verdeutlichen und weiterzuentwickeln. Diese Entscheide haben auch zu einer grösseren literarischen Tätigkeit geführt.

Die wichtigsten Bundesgerichtsentscheide sind dabei die Folgenden:

- *Rückzahlung eines Darlehens im Zeitpunkt des Überlebenskampfes*: Das Bundesgericht hat in vier Fällen die Anfechtbarkeit von Darlehensrückzahlungen, welche im Zeitraum von 2 bis 14 Wochen vor Bewilligung der provisorischen Nachlassstundung erfolgt sind, bejaht (BGE 134 III 452 = Fall „ZKB“; Bger Entscheid 3.8.2010, 5A_358/2008 = Fall „Nordea Bank“; Bger Entscheid 6.4.2009, 5A_386/2008 = Fall „Bank Z1“; Bger Entscheid 28.9.2009, 5A_116/2009 = Fall „Bank Z2“).
- *Rückzahlung eines kurzfristigen Darlehens mit hohem Zinssatz, welches zur Überbrückung eines Liquiditätsengpasses in finanziell angespannter Lage beansprucht worden ist*: Im viel zitierten BGE 99 III 27 = Fall „IBZ Finanz AG“ hat das Bundesgericht einem kurzfristigen Darlehen die Sanierungsfunktion abgesprochen, weil der Gläubiger damit in erster Linie eine gewinnbringende Finanzanlage und keine Sanierung des Schuldners anstrebte.
- *Ausgleichszahlungen „Collaterals“, die im Rahmen einer „Share Swap Transaction“ zu leisten waren*:¹¹ Im BGer Entscheid 28.5.2009, 5A_420/2008 = Fall „Share Swap“ hat das Bundesgericht die Anfechtbarkeit von solchen Ausgleichszahlungen, welche die SAirGroup zwischen April und September 2001 gegenüber der Beschwerdegegnerin entrichtet hat, aufgrund fehlender Gläubigerschädigung verneint.
- *Bezahlung von Zinsen im Vorfeld eines Insolvenzverfahrens*: Die Bezahlung von Darlehenszinsen in den üblichen Zeitabständen ist laut Bundesgericht nicht anfechtbar, weil hier ein Austausch gleichwertiger Leistungen (Zinsen gegen Aufrechterhaltung des Darlehens) vorliege und Zinszahlungen zum gewöhnlichen Geschäftsgang gehörten (BGE 136 III 247 = Fall „LBLux Bank“; Bger Entscheid 24.2.2010, 5A_750/2008 = „Fall Kantonalbanken“).
- *Bezahlung des Honorars an die Revisionsstelle für die Erfüllung gesetzlicher Aufgaben und die Beratung bezüglich des Sanierungsplanes*: Das Bundesgericht hat im Fall „Tempus“ die Anfechtbarkeit von solche Zahlungen im Vorfeld der Insolvenz verneint, sofern diese Arbeiten erforderlich sind und eine Sanierung nicht als aussichtslos erscheint (BGE 134 III 615 = Pra 98/2009 Nr. 44 = Fall „Tempus“).
- *Auszahlung eines Honorars oder Bonus an Verwaltungsräte im Überlebenskampf*: In der Literatur wurde im Anschluss an den genannten Bundesgerichtsentscheid BGE 134 III 615 = Fall „Tempus“ die Frage aufgeworfen, ob die Bezahlung von Entschädigungen an Mitglieder des Verwaltungsrates im Vorfeld der Insolvenz gleich zu behandeln ist wie Honorarzahlungen an eine Revisionsstelle.¹² Das Bundesgericht hat die Frage bezüglich Verwaltungsratsentschädigungen, die für Sanierungsbemühungen entrichtet worden

¹¹ Eine Umschreibung der „Share Swap Transaction“ sowie der im betreffenden Fall konkreten vertraglichen Ausgestaltung von dieser findet sich im BGer Entscheid 28.5.2009, 5A_420/2008, Sachverhalt A.

¹² HANS UELI VOGT, Krisenmanagement unter dem Damoklesschwert der paulianischen Anfechtung, GesKR 2/2009, 163 ff., S. 187.

sind, im Bger Entscheid 14.10.2008, 5A_64/2008 = Fall „VR-Honorar“ offen gelassen.¹³

- *Bezahlung des Honorars an eine Unternehmensberatungsfirma für Beratungsleistungen im Zusammenhang mit der Restrukturierung des Konzerns:* Im Fall „Unternehmenssanierung“ hat das Bundesgericht die Anfechtbarkeit von solchen Zahlungen verneint, sofern sie im Rahmen von ernsthaften und erfolgsversprechenden Sanierungsbemühungen erfolgen (BGE 137 III 268 = Fall „Unternehmenssanierung“ (zur Publikation vorgesehen)).
- *Bezahlung von aufgelaufenen Rechnungen für Treibstoff, um zukünftige Treibstofflieferungen sicherzustellen:* Das Bundesgericht hat im Fall Swissair Zahlungen für Treibstoff, welche einen Tag bzw. drei Tage vor der Bewilligung der provisorischen Nachlassstundung erfolgten, als anfechtbar erklärt (BGE 135 III 276 = Pra 98/2009 Nr. 112 = Fall „Kerosin 1“; Bger Entscheid 11.06.2010, 5A_567/2009 = Fall „Kerosin 2“).
- *Bezahlung fälliger Flughafengebühren aufgrund der Geltendmachung eines Retentionsrechts an zwei Flugzeugen durch die Gläubigerin:* Ebenfalls im Fall Swissair hat das Bundesgericht die Anfechtbarkeit einer Zahlung für Flughafengebühren, welche einen Tag vor der Bewilligung der provisorischen Nachlassstundung erfolgt ist, bejaht (BGE 135 III 265 = Fall „Flughafengebühren“).

4.2. Leitsätze der Bundesgerichtspraxis

4.2.1. Vorbemerkung

Die neuste Bundesgerichtspraxis, namentlich in Sachen Swissair, beinhaltet grundsätzlich keine Änderung der bisherigen Praxis. Vielmehr versucht diese lediglich, die konkrete Bedeutung der bereits in früheren Entscheidungen aufgestellten Definitionen, Grundsätze und Begrifflichkeiten im Vorfeld der Insolvenz eines Grossunternehmens aufzuzeigen. Eine Praxisänderung kann allenfalls im Fall „LBLux Bank“ betreffend die Zahlung von Darlehenszinsen gesehen werden, in dem das Bundesgericht die Anfechtung ausdrücklich (unter anderem) mit dem Argument verneint hat, es liege ein Rechtsgeschäft des gewöhnlichen Geschäftsverkehrs vor.¹⁴

Das Bundesgericht verfügt heute über einen festen Satz von Textbausteinen, welche es in praktisch jedem Entscheid in der einen oder anderen Weise wieder verwendet, wobei deren Zusammensetzung jeweils nur leicht abgewandelt wird.

4.2.2. Schädigung der Gläubiger

a) Grundsatz

Voraussetzung ist zunächst, dass eine tatsächliche Schädigung der übrigen Gläubiger eingetreten ist.¹⁵ Eine solche besteht gemäss dem in den neusten Urteilen des Bundesgerichts zu dieser Thematik häufig verwendeten Textbaustein, wenn die betroffenen Gläubiger durch die angefochtene Handlung eine Beeinträchtigung in ihren Exekutionsrechten erleiden, „*indem*

¹³ Siehe hierzu auch FRANCO LORANDI, Neuere Rechtsprechung zur insolvenzrechtlichen Anfechtung, BLSchK 6/2009, 213 ff., S. 219; VOGT, (Fn. 12), S. 187.

¹⁴ BGE 136 III 247, E. 6 = Fall „LBLux Bank“; siehe zur Anfechtung von Darlehenszinsen auch den Bger Entscheid 24.02.2010, 5A_750/2008, E. 2 u. 4 = Fall „Kantonalbanken“. Hier kommt das Bundesgericht im Ergebnis zum selben Resultat, erwähnt jedoch nicht ausdrücklich, dass die Zinszahlungen zum gewöhnlichen Geschäftsverkehr zu zählen seien. Siehe zum Ganzen unten IV. 4.2.2 d) sowie HANS-UELI VOGT, Die neue bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Absichtsanfechtung und ihre Bezüge zur aktienrechtlichen Sorgfaltspflicht der Organe, in: Susan Emmenegger (Hrsg.), Kreditrecht, Basel 2010, 191 ff., S. 202 ff. und S. 214 (ebenso erschienen in: AJP 9/2010, 1075 ff.).

¹⁵ BGE 134 III 615, E. 4.2 = Pra 98/2009 Nr. 44, S. 292; BGE 134 III 452, E. 2; BGE 101 III 92, E. 4a; BGE 99 III 27, E. 3; Bger Entscheid 24.02.2010, 5A_750/2008, E. 3.

ihre Befriedigung im Rahmen der General- oder Spezialexécution oder ihre Stellung im Vollstreckungsverfahren wegen der Bevorzugung des einen Gläubigers beeinträchtigt wird.¹⁶

Die Anfechtungsklage dient gemäss Bundesgericht *„der Wiederherstellung des Zustandes, in welchem sich ohne das angefochtene Geschäft das zur Befriedigung der übrigen Gläubiger dienende Vermögen des Schuldners im Zeitpunkt der Konkursöffnung befunden hätte*“.¹⁷ Es geht also darum, die Gläubiger hinsichtlich des Vollstreckungssubstrates bzw. der Insolvenzmasse so zu stellen, wie wenn die betreffende Handlung nicht vorgenommen worden wäre.

b) Vermutung der Gläubigerschädigung und Gegenbeweis

Hat der sich in einer äusserst prekären finanziellen Lage befindende Schuldner eine Forderung getilgt, währenddem die übrigen Gläubiger sich im später folgenden Insolvenzverfahren mit einer Dividende zufrieden haben zufrieden geben müssen, so wird das Vorhandensein der tatsächlichen Gläubigerschädigung, abgesehen von gewissen nachfolgend unter IV. 4.2.2. c) zu untersuchenden Fällen, gemäss konstanter Rechtsprechung des Bundesgerichtes vermutet. Dem Schuldner bleibt aber der Gegenbeweis offen, dass die Zahlung trotz ihrer Eignung zur Gläubigerschädigung im konkreten Fall keinen Schaden bewirkt hat.¹⁸

Im Fall „Kerosin 1“ hat das Bundesgericht zwar ausgeführt, dass es im Falle der Nichtbezahlung der noch offenen Kerosinforderungen aufgrund des angedrohten Lieferstopps zur Stilllegung der Flotte gekommen wäre und dadurch im Vergleich zu den geleisteten Zahlungen höhere Kosten entstanden wären. Für den Gegenbeweis verlangt es dann aber von der Beschwerdegegnerin den Nachweis dafür, dass die angefochtene Bezahlung für sich allein bereits kausal für die Verhinderung der Stilllegung des Flugbetriebes gewesen ist.¹⁹ Im Normalfall sind es hingegen gerade verschiedene Handlungen und Zahlungen, welche in ihrer kombinierten Vornahme zur Schadensminderung beitragen. Insofern dürfte es in der Praxis kaum möglich sein, den Gegenbeweis entsprechend dieser Anforderung zu erbringen.²⁰

Hingegen sind die Ausführungen, welche das Bundesgericht im Fall „Flughafengebühren“ zum Gegenbeweis gemacht hat, m.E. folgendermassen zu verstehen: Die konkret zu beurteilende Zahlung musste für die Schadensminderung zwar eine Notwendigkeit darstellen. Hingegen wird nicht vorausgesetzt, dass diese die Minderung für sich allein herbeigeführt hat, sondern im Zusammenspiel mit den übrigen Zahlungen, indem sie hierzu einen bestimmten unverzichtbaren Beitrag geleistet hat;²¹ dies im Gegensatz zur Rechtsprechung im Fall „Kerosin 1“, welcher, nebenbei gesagt, am selben Tag entschieden worden ist.²²

¹⁶ BGE 136 III 247, E. 3; BGE 135 III 265, E. 2; Bger Entscheid 3.8.2010, 5A_358/2008, 5A_473/2009, E. 2.1; Bger Entscheid 11.06.2010, 5A_567/2009, E. 3; Bger Entscheid 28.09.2009, 5A_116/2009, E. 4; Bger Entscheid 28.5.2009, 5A_420/2008, E. 2; Bger Entscheid 6.4.2009, 5A_386/2008, E. 2.

¹⁷ BGE 135 III 265, E. 2; Bger Entscheid 3.8.2010, 5A_358/2008, 5A_473/2009, E. 2.1.1; Bger Entscheid 11.06.2010, 5A_567/2009, E. 3.1; Bger Entscheid 28.09.2009, 5A_116/2009, E. 4; Bger Entscheid 28.5.2009, 5A_420/2008, E. 2; Bger Entscheid 6.4.2009, 5A_386/2008, E. 2; siehe hierzu auch BGE 135 III 276, E. 6.1.1 = Pra 98/2009 Nr. 112, S. 762; BGE 134 III 615, E. 4.1 = Pra 98/2009 Nr. 44, S. 292.

¹⁸ BGE 135 III 276, E. 6.1.1 = Pra 98/2009 Nr. 112, S. 762; BGE 135 III 265, E. 2; BGE 134 III 615, E. 4.1 = Pra 98/2009 Nr. 44, S. 291 f.; BGE 99 III 27, E. 3; Bger Entscheid 3.8.2010, 5A_358/2008, 5A_473/2009, E. 2.1.1; Bger Entscheid 11.06.2010, 5A_567/2009, E. 3.1; Bger Entscheid 28.09.2009, 5A_116/2009, E. 4; Bger Entscheid 28.5.2009, 5A_420/2008, E. 2; Bger Entscheid 6.4.2009, 5A_386/2008, E. 2; anders offenbar BGE 136 III 247, E. 3; BGE 134 III 452, E. 2; Bger Entscheid 24.2.2010, 5A_750/2008, E. 3.

¹⁹ BGE 135 III 276, E. 6.3.3 = Pra 98/2009 Nr. 112, S. 765 f.; siehe hierzu auch BGE 135 III 265, E.

²⁰ Hierzu VOGT, (Fn. 12), S. 178 f.

²¹ BGE 135 III 265, E. 4; anderer Ansicht VOGT, (Fn. 12), S. 178 f.

²² Siehe die Urteilköpfe von BGE 135 III 265 und BGE 135 III 276.

In einigen wenigen Entscheidungen („Kerosin 1“, „Tempus“ und „VR-Honorar“) hat das Bundesgericht das Vorhandensein der Gläubigerschädigung „scheinbar“ allein im Lichte des insolvenzrechtlichen Grundsatzes der Gläubigergleichbehandlung beurteilt.²³ Im Fall „Kerosin 1“ hat es hierzu folgendes ausgeführt: *„Im Falle der Anfechtung genügt es, dass der Begünstigte im Verhältnis zu den anderen Gläubigern unter Verletzung des Grundsatzes der Gleichheit der Gläubiger begünstigt worden ist. Dies ist der Fall, wenn er seine Forderung vollständig erfüllt sieht, während die anderen Gläubiger sich mit einer Dividende zu begnügen haben werden (...). Unter diesem Gesichtspunkt ist es nicht von Belang, ob die inkriminierte Handlung dazu beigetragen hat, den Verlust der übrigen Gläubiger zu begrenzen.“*²⁴

Diese Aussage ist m.E. im Lichte der Vermutung der tatsächlichen Gläubigerschädigung bzw. Verminderung des Vollstreckungssubstrates zu würdigen, von welcher bei einer im Sinne des obigen Zitates vorgenommenen Zahlung, abgesehen von gewissen Ausnahmen, ausgegangen wird. Insofern stellt die „reine“ Gläubigerbegünstigung keine eigenständige Tatbestandsvariante der Gläubigerschädigung dar, obwohl die Aussagen des Bundesgerichtes in der Literatur bisweilen so interpretiert worden sind.²⁵ Dies wird auch dadurch ersichtlich, dass sich das Bundesgericht unmittelbar nach der soeben wiedergegebenen Passage auch noch mit den Voraussetzungen des Gegenbeweises auseinandergesetzt hat.²⁶

c) *Austausch gleichwertiger Leistungen*

In gewissen Konstellationen geht das Bundesgericht bei einer Gläubigerbegünstigung nicht von der Vermutung der daraus resultierenden tatsächlichen Schädigung der übrigen Gläubiger aus. Nach einem immer wieder verwendeten Textbaustein tritt eine Schädigung der Gläubiger in der Regel nicht ein, *„wenn die angefochtene Rechtshandlung im Austausch gleichwertiger Leistungen besteht“* (z.B. Darlehensgewährung gegen gleichzeitige Pfandbestellung oder Sicherungsabtretung).²⁷

In der Entscheidung „Kerosin 1“ hat das Bundesgericht ausgeführt, dass eine Zahlung, die in direktem Austausch mit einer (im Zeitpunkt der Übergabe) gleichwertigen Ware (i.c. Kerosin) erfolge, grundsätzlich keine Gläubigerschädigung bewirke. Dasselbe gilt bezüglich Lieferungen, die bereits durch Vorausbezahlung beglichen worden sind. Nicht massgebend ist, ob die betreffende Ware den Gläubigern später zur Verwertung zur Verfügung steht oder ob diese in der Zwischenzeit bereits verbraucht worden ist.²⁸ Erfolgt die Zahlung hingegen erst nach erfolgter Lieferung, gilt sie grundsätzlich als eine die Gläubiger schädigende Handlung.²⁹ In diesem Fall liegt gemäss der Terminologie des Bundesgerichtes kein Austausch gleichwertiger Leistungen vor (siehe das bundesgerichtliche Zitat des nachfolgenden Abschnittes). Im Fall „Tempus“ hat das Bundesgericht eine nachträgliche Honorarzahlung für eine erbrachte Dienstleistung als gläubigerschädigend qualifiziert.³⁰ In der Lehre ist man im Anschluss an die beiden Entscheidungen („Tempus“ und „Kerosin 1“) und deren Auslegung davon ausgegangen, dass das Bundesgericht wohl auch bei der Inanspruchnahme einer

²³ BGE 135 III 276, E. 6.3.3 = Pra 98/2009 Nr. 112, S. 765; BGE 134 III 615, E. 4.3 = Pra 98/2009 Nr. 44, S. 295; Bger Entscheid 14.10.2008, 5A_64/2008, E. 5.3.

²⁴ BGE 135 III 276, E. 6.3.3 = Pra 98/2009 Nr. 112, S. 765.

²⁵ So etwa LORANDI, (Fn. 13), S. 226 f.; VOGT, (Fn. 12), S. 175 ff.

²⁶ BGE 135 III 276, E. 6.3.3 = Pra 98/2009 Nr. 112, S. 766.

²⁷ BGE 136 III 247, E. 3; BGE 134 III 452, E. 3.1; BGE 99 III 27, E. 4; Bger Entscheid 3.8.2010, 5A_358/2008, 5A_473/2009, E. 2.1.1; Bger Entscheid 11.06.2010, 5A_567/2009, E. 3.1; Bger Entscheid 24.2.2010, 5A_750/2008, E. 3, Bger Entscheid 28.5.2009, 5A_420/2008, E. 2; Bger Entscheid 14.10.2008, 5A_64/2008, E. 5.3; siehe hierzu auch BGE 135 III 276, E. 6.1.2 = Pra 98/2009 Nr. 112, S. 763; BGE 134 III 615, E. 4.2.1 = Pra 98/2009 Nr. 44, S. 292 f.; Bger Entscheid 6.4.2009, 5A_386/2008, E. 2.

²⁸ BGE 135 III 276, E. 6.3.1 = Pra 98/2009 Nr. 112, S. 765.

²⁹ BGE 135 III 276, E. 6.3.2 und 6.3.3 = Pra 98/2009 Nr. 112, S. 765.

³⁰ BGE 134 III 615, E. 4.3 = Pra 98/2009 Nr. 44, S. 295.

Dienstleistung die Gläubigerschädigung dann verneinen würde, wenn der Schuldner die Zahlung bereits vorgängig entrichtet hätte.³¹

Im Fall „Kantonalbanken“ hat das Bundesgericht zum Austausch gleichwertiger Leistungen nun Folgendes ausgeführt: *„Das Bundesgericht hat den Austausch von Leistungen mit Blick auf die Wahrung des Vollstreckungssubstrates zumeist aufgrund der zeitlichen Abfolge beurteilt. Erfolgte die Leistung vorgängig oder gleichzeitig, so liegt in der Regel keine Gläubigerschädigung vor, wenn sie gleichwertig ist. (...) Eine nachträgliche Leistung wird hingegen meist nicht als gleichwertige Gegenleistung betrachtet. So befand das Bundesgericht bei der Zahlung von bereits gelieferter Ware (BGE 135 III 276 E. 6.3) und der Begleichung von schon beanspruchten Dienstleistungen (BGE 135 III 265 E. 4).“*³² Des Weiteren hat es hierzu festgehalten, dass dieser Ansatz trotz der diesbezüglichen Kritik in der Lehre *„einer vertretbaren Erfassung der Gläubigerschädigung“* diene.³³

Im Unterschied zu den übrigen hier analysierten Entscheidungen hat das Bundesgericht in den Fällen „Unternehmenssanierung“, „Bank Z1“ und „Bank Z2“ nicht bloss verlangt, dass der Schuldner für seine Leistung eine gleichwertige Gegenleistung bekommen hat, sondern auch, dass diese verwertbar ist.³⁴ Bezüglich des Verbrauches einer Ware ist m.E. vorauszusetzen, dass dadurch ein Beitrag zur Generierung eines neuen Wertes geleistet worden ist. Im Fall „Unternehmenssanierung“ hat das Bundesgericht aufgrund des Vorliegens der Voraussetzung der Gläubigerschädigung offen gelassen, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen auch erbrachte Dienstleistungen verwertbar sind. Wörtlich hat es dazu Folgendes ausgeführt: *„Ob die Beratungsleistungen verwertbar gewesen wären und inwiefern dieses Kriterium im Zusammenhang mit Dienstleistungen einschlägig ist, kann ... weiterhin offen gelassen werden.“*³⁵

Vor dem Hintergrund der oben analysierten Rechtsprechung ist es nicht nachvollziehbar, weshalb das Bundesgericht nun in den zwei erst kürzlich ergangenen Urteilen „Unternehmenssanierung“ und „Kerosin 2“ die erst nachträglich erbrachten Zahlungen der Schuldnerin als gleichwertige Gegenleistungen für die bereits zu einem früheren Zeitpunkt erfolgten Sanierungsberatungen bzw. Kerosinlieferungen qualifiziert hat. Zu Recht hat es dann aber die Voraussetzung der Gläubigerschädigung in beiden Fällen dennoch bejaht.³⁶

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass die Bezahlung des Kaufpreises gegen direkte Übergabe einer gleichwertigen körperlichen oder flüssigen Sache bzw. die Vorausbezahlung derselben gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung keine Gläubigerschädigung verursacht. Unklar ist, ob dies auch für Dienstleistungen gilt. Erfolgt die Zahlung hingegen erst nach Erhalt der Gegenleistung, so bewirkt diese grundsätzlich eine Gläubigerschädigung.

Selbst bei einem Austausch gleichwertiger Leistungen wird das Vorliegen einer Gläubigerschädigung dann bejaht, wenn das betreffende Geschäft vom Schuldner in der Absicht vorgenommen worden ist, *„über seine letzten Aktiven zum Schaden der Gläubiger verfügen zu*

³¹ Hierzu BRIGITTE UMBACH-SPAHN, Kommentar zu Art. 285 - 292 SchKG, in: Kurzkomentar SchKG, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Daniel Hunkeler (Hrsg.), Basel 2009, Rz. 7 zu Art. 288 SchKG; VOGT, (Fn. 12), S. 178; siehe auch DANIEL HUNKELER, Die Absichtsanfechtung im Allgemeinen, in: Susan Emmenegger (Hrsg.), Kreditrecht, Basel 2010, 137 ff., S. 145 f.

³² Bger Entscheid 24.2.2010, 5A_750/2008, E. 3. Dass es auf die zeitliche Abfolge von Leistung und Gegenleistung ankommt, kann auch schon den Aussagen des Bundesgerichtes in BGE 99 III 27, E. 4 entnommen werden. Siehe hierzu UMBACH-SPAHN, (Fn. 31), Rz. 5 ff. zu Art. 288 SchKG.

³³ Bger Entscheid 24.2.2010, 5A_750/2008, E. 3.

³⁴ BGE 137 III 268, E. 4.1; Bger Entscheid 6.4.2009, 5A_386/2008, E. 2; Bger Entscheid 28.09.2009, 5A_116/2009, E. 4.

³⁵ BGE 137 III 268, E. 4.1.

³⁶ BGE 137 III 268, Sachverhalt und E. 4.1; Bger Entscheid 11.06.2010, 5A_567/2009, Sachverhalt und E. 3.3.

können“ und der Geschäftspartner dies erkannt hat oder bei pflichtgemässer Aufmerksamkeit hätte erkennen müssen.³⁷ Das Paradebeispiel hierfür ist die Darlehensgewährung gegen gleichzeitige Pfandbestellung. Im Normalfall wäre erst die Veräusserung der Darlehensvaluta auf Anfechtbarkeit zu überprüfen. Hat der Schuldner hingegen bereits bei der Gewährung des Darlehens in der Absicht gehandelt, später über die Valuta zum Schaden seiner Gläubiger zu verfügen und war dies für den Darlehensgeber zumindest erkennbar, so ist bereits die Pfandbestellung anfechtbar.³⁸

d) *Gläubigerschädigung im Zusammenhang mit Kreditgeschäften*

Im Fall „ZKB“ hat das Bundesgericht zur Gläubigerschädigung bei Darlehensrückzahlungen Folgendes ausgeführt: *„Die Rückzahlung eines Darlehens ist nicht die (gleichwertige) Gegenleistung für dessen Gewährung, sondern die Erfüllung der mit der Darlehensaufnahme eingegangenen Pflicht zu späterer Rückzahlung. Die Darlehensrückzahlung an Gläubiger, denen weder ein Konkursprivileg noch ein dingliches Vorrecht zusteht, schädigt die übrigen Gläubiger, indem sie das Vollstreckungsergebnis oder ihren Anteil daran vermindert, und begünstigt die befriedigten gegenüber den verbleibenden Gläubigern.“*³⁹ In materieller Hinsicht identische Aussagen finden sich in den Entscheidungen „IBZ Finanz AG“, „Nordea Bank“, „Bank Z1“, und „Bank Z2“.⁴⁰

Dabei muss es sich nicht um ein Darlehen handeln, welches bereits vor längerer Zeit gewährt worden ist. Auch die Rückzahlung eines kurzfristigen Darlehens, welches zur Überbrückung eines Liquiditätsengpasses in finanziell angespannter Lage beansprucht worden ist, vermindert das Vollstreckungssubstrat der übrigen Gläubiger und führt damit zu einer Gläubigerschädigung.⁴¹

Die regelmässige Zahlung von Darlehenszinsen hat das Bundesgericht in den Fällen „LBLux Bank“ und „Kantonalbanken“ demgegenüber als eine gleichwertige Gegenleistung für die fortgesetzte Wertüberlassung der Valuta betrachtet.⁴² Dass die Zinsen jeweils nachträglich für die vorangegangene Periode entrichtet werden, spiele dabei keine Rolle, denn beim Darlehensvertrag finde aufgrund seiner durativen Natur wirtschaftlich gesehen ein permanenter Ausgleich zwischen Leistung und Gegenleistung statt.⁴³ In diesem Fall geht das Bundesgericht also nicht wie bei den unter IV. 4.2.2. c) beschriebenen Geschäften von einer schuldrechtlichen, sondern von einer wirtschaftlich funktionalen Sichtweise aus.⁴⁴ Sofern hingegen erst am Ende der Laufzeit ein Einmalzins entrichtet oder schon längst fällige Zinsen erst mit der Darlehensrückzahlung geleistet werden, ist darin kein Austausch gleichwertiger Leistungen zu erblicken.⁴⁵ Dasselbe gilt dann, wenn Zinsmachenschaften vorliegen.⁴⁶ Dies ist etwa dann der Fall, wenn die Parteien nachträglich (im anfechtungsrelevanten Zeitraum) höhere Zinsleistungen vereinbaren oder diese nun vor dem ursprünglichen Fälligkeitszeitpunkt entrichtet werden sollen.⁴⁷ Wird die Zinsschuld hingegen gemäss den bei Vertragsschluss ver-

³⁷ BGE 134 III 452, E. 3.1; BGE 99 III 27, E. 4; Bger Entscheid 11.06.2010, 5A_567/2009, E. 3.1; Bger Entscheid 28.5.2009, 5A_420/2008, E. 2.

³⁸ Zum Ganzen VOGT, (Fn. 12), S. 176 f.

³⁹ BGE 134 III 452, E. 3.1.

⁴⁰ BGE 99 III 27, E. 5; Bger Entscheid 3.8.2010, 5A_358/2008, E. 2.1.1; Bger Entscheid 6.4.2009, 5A_386/2008, E. 3; Bger Entscheid 28.9.2009, 5A_116/2009, E. 5.

⁴¹ BGE 99 III 27, E. 5.

⁴² BGE 136 III 247, E. 5 ff.; Bger Entscheid 24.2.2010, 5A_750/2008, E. 3 f.

⁴³ BGE 136 III 247, E. 6.

⁴⁴ VOGT, (Fn. 14), S. 210 f.

⁴⁵ BGE 136 III 247, E. 6.

⁴⁶ Bger Entscheid 24.2.2010, 5A_750/2008, E. 4.4.

⁴⁷ BGE 136 III 247, E. 6.

einbarten Kriterien routinemässig (jeweils kurz nach deren Fälligkeit) getilgt, so handelt es sich dabei um eine von der Anfechtbarkeit ausgenommene Zahlung des üblichen Geschäftsverkehrs⁴⁸ oder eben um eine gleichwertige Gegenleistung für die Aufrechterhaltung des Darlehens.⁴⁹

Wenn man die Zinszahlungen für sich allein betrachtet, dann führen diese zu einer Schmälerung des Vollstreckungssubstrates. Das Bundesgericht hat deshalb in den betreffenden Entscheidungen angeführt, dass infolge der Aufrechterhaltung des Darlehens bzw. der Bezahlung des Zinses die Insolvenzmasse nicht durch dessen Rückzahlung geschmälert worden sei.⁵⁰ Damit leistet es gleich selber eine Art „Gegenbeweis“ (siehe zum Gegenbeweis oben IV. 4.2.2. b)). Es ist denn auch genau diese Argumentation, die schlussendlich einer *wirtschaftlich funktionalen* Betrachtung des Austausch gleichwertiger Leistungen zugrunde liegt, weshalb diese Aussage m.E. ein zentrales Element der betreffenden Entscheidungen darstellt.⁵¹ Nicht thematisiert wird dabei der Umstand, dass eine allfällige Darlehensrückzahlung unter Umständen selbst anfechtbar gewesen wäre.⁵²

Auf derselben Argumentationslinie hat sich das Bundesgerichtes übrigens bereits im Fall „*Share Swap Transaction*“ bewegt. Danach handelte es sich bei den angefochtenen Ausgleichszahlungen (Collaterals) um Gegenleistungen „für die weitere Zurverfügungstellung von Liquidität“.⁵³ Im Falle des Nichtleistens dieser Zahlungen wäre es gemäss Bundesgericht „zum *„Cash Settlement“* oder optionalen *„Physical Settlement“* mit sofortiger Abrechnung auf der Basis des aktuellen Aktienwertes gekommen und die Beschwerdeführerin hätte sich am Markt anderweitig mit Liquidität eindecken müssen. Ihre Vermögenslage hätte sich mithin bei einer Verweigerung von *„Collaterals“* nicht anders präsentiert als mit deren vertragsgemässen Zahlung.“⁵⁴ Auch hier scheint das Bundesgericht nicht zu berücksichtigen, dass diese vorzeitige Bezahlung des Endabrechnungspreises, die im Falle der Verweigerung der Ausgleichszahlungen hätte geleistet werden müssen, wohl selbst anfechtbar gewesen wäre.⁵⁵

4.2.3. *Schädigungsabsicht des Schuldners*

a) *Grundsatz*

Die Voraussetzung der Schädigungsabsicht des Schuldners wird vom Bundesgericht in einer Weise objektiviert, sodass deren Vorliegen bei Vornahme einer im oben genannten Sinne schädigenden Handlung praktisch immer bejaht wird. Gemäss dem in diesem Zusammenhang vom Bundesgericht in der Regel verwendeten Textbaustein liegt die Schädigungsab-

⁴⁸ BGE 136 III 247, E. 6.

⁴⁹ Bger Entscheid 24.2.2010, 5A_750/2008, E. 4.4; siehe bezüglich der Voraussetzung, wonach keine Zinsmachenschaften vorliegen dürfen, auch VOGT, (Fn. 14), S. 211 f.

⁵⁰ BGE 136 III 247, E. 7; Bger Entscheid 24.2.2010, 5A_750/2008, E. 4.4. Zudem hat das Bundesgericht in den hier zitierten Erwägungen im Sinne einer Billigkeitserwägung ausgeführt, dass es dem Zweck der Anfechtungsklage, die Begünstigung bestimmter Gläubiger zu unterbinden, widersprechen würde, wenn derjenige, der bereits für seine Darlehensforderung nur noch eine Dividende bekäme, auch noch auf einen grossen Teil des Zinses verzichten müsste. Siehe hierzu VOGT, (Fn. 14), S. 213.

⁵¹ Siehe hierzu auch VOGT, (Fn. 14), S. 213.

⁵² ADRIAN STAEHELIN, Kommentar zu Art. 285 - 288a SchKG, in: Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II, Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), 2. Auflage, Basel 2010, Rz. 9a zu Art. 288 SchKG.

⁵³ BGer Entscheid 28.5.2009, 5A_420/2008, E. 6.

⁵⁴ BGer Entscheid 28.5.2009, 5A_420/2008, E. 6.

⁵⁵ vgl. zum Ganzen mit teilweise abweichender Auslegung der Rechtsprechung HANS-UELI VOGT/THOMAS KÄSER, Paulianische Anfechtung der Rückzahlung eines Kredits und von Zahlungen im Rahmen einer share swap transaction, GesKR 4/2009, 583 ff., S. 587 ff.

sicht dann vor, wenn der Schuldner „voraussehen konnte und musste, dass die angefochtene Handlung die Gläubigersamtheit benachteiligt oder einzelne Gläubiger gegenüber anderen bevorzugt. Nicht erforderlich ist, dass der Schuldner mit seiner Handlung die Benachteiligung von Gläubigern oder die Begünstigung einzelner Gläubiger geradezu bezweckt hat. Es genügt vielmehr, wenn er sich darüber hat Rechenschaft geben können und müssen und gleichsam in Kauf genommen hat, dass als natürliche Folge seiner Handlung Gläubiger geschädigt werden (...).“⁵⁶

Entscheidender Faktor für die Bejahung der Schädigungsabsicht ist, ob und in welchem Masse im Zeitpunkt der Vornahme der fraglichen Handlung mit der Möglichkeit der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens gerechnet werden musste. Dies hängt von der finanziellen Lage des Schuldners im damaligen Zeitpunkt und seiner diesbezüglichen Kenntnis ab.⁵⁷

In den Fällen, in denen das Bundesgericht das Vorliegen der Schädigungsabsicht bejaht hat, wurden die Zahlungen entweder wenige Tage vor Eröffnung des Konkurs- oder Nachlassverfahrens, d.h. am „Vorabend“ des Insolvenzverfahrens, oder in einer akuten Gefährdungslage, in welcher der Schuldner das drohende Insolvenzverfahren noch mit den letzten Sanierungsversuchen abzuwenden versucht hat, vorgenommen (siehe bezüglich den einzelnen Fällen den folgenden Abschnitt). Mario Corti hat die letztgenannte Phase für die Swissair treffend mit dem Begriff „Überlebenskampf“ umschrieben.⁵⁸

Als Zwischenergebnis lässt sich Folgendes festhalten: Nimmt der kaufmännische Schuldner am Vorabend des Insolvenzverfahrens (Fälle „Kerosin 1“, „Flughafengebühren“ und „Kerosin 2“)⁵⁹ oder in einem Überlebenskampf (Fälle „ZKB“, „Nordea Bank“, „Bank Z1“ und „Bank Z2“)⁶⁰ eine Zahlung für eine bestehende Verbindlichkeit vor, ist damit gemäss Bundesgericht grundsätzlich auch die Schädigungsabsicht im Sinne von Art. 288 SchKG anzunehmen.

Von diesem Grundsatz anerkennt das Bundesgericht die folgenden zwei Kategorien von Ausnahmen: Zahlungen für Leistungen, welche direkt der Sanierung dienen (siehe unten IV. 4.2.3. b)) und Zahlungen im Rahmen der gewöhnlichen/normalen Geschäftstätigkeit (siehe unten IV. 4.2.3. c)).

b) *Zahlungen für Leistungen, welche direkt der Sanierung dienen*

Die Schädigungsabsicht wird zunächst bei Zahlungen verneint, welcher für Leistungen erfolgt sind, die für eine aussergerichtliche Sanierung erforderlich waren. Bisher hat das Bundesgericht hierzu folgende Fälle anerkannt:

Sanierungsdarlehen: Bezüglich der Rückzahlung eines Darlehens fehlt es an der Schädigungsabsicht, wenn dieses einem bedrängten Schuldner zu Sanierungszwecken übergeben worden ist. Dieser darf sich aber im Zeitpunkt der Darlehensgewährung noch nicht in einer hoffnungslosen Lage befunden haben.⁶¹ Vielmehr müssen seine Sanierungsbemühungen

⁵⁶ BGE 135 III 265, E. 2; BGE 134 III 452, E. 4.1; Bger Entscheid 11.06.2010, 5A_567/2009, E. 4.1; Bger Entscheid 28.09.2009, 5A_116/2009, E. 4; Bger Entscheid 6.4.2009, 5A_386/2008, E. 2; siehe hierzu auch BGE 135 III 276, E. 7.1 = Pra 98/2009 Nr. 112, S. 766; BGE 134 III 615, E. 5.1.1 = Pra 98/2009 Nr. 44, S. 295; Bger Entscheid 3.8.2010, 5A_358/2008, 5A_473/2009, E. 2.2.

⁵⁷ Siehe hierzu die jeweils fallspezifischen Ausführungen des Bundesgerichtes in den folgenden Entscheidungen: BGE 135 III 276, E. 7.2 = Pra 98/2009 Nr. 112, S. 767; BGE 135 III 265, E. 2; BGE 134 III 452, E. 7.2 ff.; Bger Entscheid 3.8.2010, 5A_358/2008, 5A_473/2009, E. 2.2.2 f.; Bger Entscheid 11.06.2010, 5A_567/2009, E. 4.3; Bger Entscheid 28.09.2009, 5A_116/2009, E. 6.2 f.; Bger Entscheid 6.4.2009, 5A_386/2008, E. 4.2 f.

⁵⁸ Bger Entscheid 3.8.2010, 5A_358/2008, 5A_473/2009, E. 2.2.2; Bger Entscheid 28.09.2009, 5A_116/2009, E. 6.2; Urteil HGer ZH vom 10. Januar 2007, ZR 106/2007 Nr. 22, 97 ff., S. 101.

⁵⁹ BGE 135 III 276 = Pra 98/2009 Nr. 112; BGE 135 III 265; Bger Entscheid 11.06.2010, 5A_567/2009.

⁶⁰ BGE 134 III 452; Bger Entscheid 3.8.2010, 5A_358/2008, 5A_473/2009; Bger Entscheid 6.4.2009, 5A_386/2008; Bger Entscheid 28.9.2009, 5A_116/2009.

⁶¹ BGE 134 III 452, E. 5.3 (auf die Lehre verweisend).

auch als erfolgsversprechend erscheinen.⁶² Hierzu muss ein taugliches Sanierungskonzept vorliegen, aufgrund dessen eine günstige Sanierungsprognose gestellt werden kann.⁶³ Das Darlehen muss zudem gerade zum besonderen Zweck der Sanierung gewährt worden sein.⁶⁴ Dies ist gemäss Bundesgericht nicht der Fall, wenn die Darlehensgeberin in erster Linie in der Absicht gehandelt hat, „Geld kurzfristig und zu hohem Zins anzulegen“.⁶⁵ Es fragt sich somit, inwiefern das Bundesgericht vom Darlehensgeber verlangt, dass dieser neben rein wirtschaftlichen Beweggründen auch aus altruistischen Motiven gehandelt hat. Sind alle diese Voraussetzungen erfüllt, so liegt das Geschäft insgesamt im Interesse der Gläubiger. Hingabe und Rückzahlung des Darlehens werden dann gewissermassen als Einheit betrachtet.⁶⁶ Dies führt dazu, dass die Schädigungsabsicht verneint werden muss. Dasselbe gilt bezüglich der Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht durch den Gläubiger (zur Voraussetzung der Erkennbarkeit siehe unten IV. 4.2.4.).⁶⁷

Unter Umständen kann auch ein bereits seit längerer Zeit bestehender Kredit in ein Sanierungsdarlehen umgewandelt werden, indem ein zur Rückzahlung fälliges Darlehen verlängert wird, obwohl sich der Schuldner bereits in finanziell angespannter Lage befindet. Im Fall „ZKB“ ist das Bundesgericht jedoch zum Schluss gelangt, dass die Darlehensgeberin den betreffenden Kredit nicht zum Zwecke der Sanierung der Schuldnerin verlängert hat. Es hat dazu Folgendes ausgeführt: *„Die Beschwerdegegnerin hat im Vergleich mit anderen Kreditgebern weder Sonderleistungen versprochen noch ein eigentliches Entgegenkommen gezeigt noch die Sanierung direkt unterstützt, sondern nach der Mitteilung von Zahlungen an andere Kreditgeber ihrerseits Teilbeträge des Darlehens nebst Zins sofort fällig gestellt und ohne Rücksicht auf die wirtschaftlichen Schwierigkeiten der SAirGroup eingefordert. Dass die Beschwerdegegnerin zu diesem Vorgehen mit Rücksicht auf ihre Anteilseigner und Gläubiger berechtigt war, steht ausser Diskussion. Unter dem Blickwinkel der zu prüfenden Frage aber unterscheidet sich die Beschwerdegegnerin mit ihrem Verhalten nicht von anderen gewöhnlichen Kreditgebern.“*⁶⁸ Das Bundesgericht hat sodann auch die Schuldneroptik untersucht. Es ist dabei zum Ergebnis gelangt, dass die Darlehensrückzahlungen nicht im Zusammenhang mit den Sanierungsbemühungen der Schuldnerin gestanden hätten.⁶⁹ Aus diesen Gründen fehlte es den Parteien am subjektiven Sanierungswillen, welcher für die Verneinung der Anfechtbarkeit notwendig gewesen wäre.⁷⁰ Es fragt sich, ob das Bundesgericht hier einen strengeren Massstab anwendet als bei der Gewährung eines Darlehens.⁷¹ Das obige, stark altruistisch geprägte Zitat, scheint jedenfalls in diese Richtung zu deuten.

In den Fällen „Bank Z1“ und „Bank Z2“ ist das Darlehen gemäss Bundesgericht lange vor der Zeit gewährt worden, ab welcher man von Sanierungsbemühungen hätte sprechen können. Zudem konnte bezüglich der jeweiligen Verlängerungen der Darlehen kein subjektiver Sanie-

⁶² BGE 134 III 452, E. 5.5; Bger Entscheid 14.10.2008, 5A_64/2008, E. 6.2.2.

⁶³ LORANDI, (Fn. 13), S. 215; STAEHELIN, (Fn. 52), Rz. 16a zu Art. 288 SchKG; BGE 134 III 452, E. 6.2.

⁶⁴ BGE 134 III 452, E. 5.2 und 5.5; BGE 99 III 27, E. 5; Bger Entscheid 3.8.2010, 5A_358/2008, E. 2.2.1; Bger Entscheid 28.9.2009, 5A_116/2009, E. 6.1; Bger Entscheid 6.4.2009, 5A_386/2008, E. 4.1.

⁶⁵ BGE 134 III 452, E. 5.2; BGE 99 III 27, E. 5.

⁶⁶ BGE 134 III 452, E. 5.3 (auf die Lehre verweisend), BGE 99 III 27, E. 5 (auf die Lehre verweisend); Bger Entscheid 3.8.2010, 5A_358/2008, E. 2.2.1; Bger Entscheid 28.9.2009, 5A_116/2009, E. 6.1; Bger Entscheid 6.4.2009, 5A_386/2008, E. 4.1.

⁶⁷ BGE 134 III 452, E. 5.3 (auf die Lehre verweisend) und 6.3.

⁶⁸ BGE 134 III 452, E. 6.1.

⁶⁹ BGE 134 III 452, E. 6.2.

⁷⁰ Zum subjektiven Sanierungswillen Bger Entscheid 28.9.2009, 5A_116/2009, E. 6.1; Bger Entscheid 6.4.2009, 5A_386/2008, E. 4.1; zum konkreten Fall BGE 134 III 452, E. 6.3.

⁷¹ LORANDI, (Fn. 13), S. 216, geht davon aus, dass das Anfechtungsrisiko hier noch signifikant höher ist als bei der Gewährung eines Darlehens.

rungswille der Parteien festgestellt werden.⁷² In der Entscheidung „Nordea Bank“ hat keine der Parteien behauptet, das Darlehen sei zu Sanierungszwecken hingegeben worden. Auch hat das Handelsgericht in seinen Erwägungen diesbezüglich nichts ausgeführt.⁷³

Honorarzahlen an die Revisionsstelle für erbrachte Revisionsarbeiten und für die Beratung im Hinblick auf die Erstellung eines Businessplanes (Fall „Tempus“): Bei der Bezahlung des Honorars an eine Revisionsstelle für die von ihr erbrachten Revisionsarbeiten liegt keine Schädigungsabsicht vor, denn durch die Inanspruchnahme dieser Dienstleistung lässt der Schuldner eine Tätigkeit ausführen, die vom Gesetzgeber vorgeschrieben ist und im Interesse der Gläubigergesamtheit liegt. Die Aufwendungen der Revisionsstelle und das dafür entrichtete Honorar dürfen allerdings den üblichen Rahmen nicht überschreiten.⁷⁴ Auch die Beratungstätigkeit einer Treuhandfirma darf ohne Setzung eines Anfechtungstatbestandes honoriert werden, wenn diese im Hinblick auf Sanierungsbemühungen erfolgt ist, welche angesichts der finanziellen Lage des Schuldners nicht als unnützlich und sinnlos zu qualifizieren sind.⁷⁵ In dieser Entscheidung lässt das Bundesgericht auch durchblicken, dass eine Honorarzahlung allenfalls dann anfechtbar wäre, wenn sich der Gläubiger bei der Schuldnerin aktiv eingeschaltet hätte, um eine Vorzugsbehandlung zu erlangen.⁷⁶

Auf derselben Linie hat sich das Bundesgericht im kürzlich ergangenen Entscheid „Unternehmenssanierung“ bewegt.⁷⁷ Danach handelt der Schuldner, der im Rahmen von ernsthaften und erfolgsversprechenden Sanierungsbemühungen eine Zahlung an eine Unternehmensberatungsfirma für Beratungsleistungen bezüglich der Restrukturierung des Konzerns erbringt, weder mit direkter noch indirekter Schädigungsabsicht.⁷⁸

Im Fall „VR-Honorar“ hat das Bundesgericht die Frage offen gelassen, ob die Bezahlung von Entschädigungen an Mitglieder des Verwaltungsrates für Sanierungsbemühungen gleich zu behandeln wäre wie Honorarzahlen an die Revisionsstelle.⁷⁹ An sich kämen als Ausnahmen von der Anfechtbarkeit all diejenigen Handlungen in Frage, welche für die Sanierung als unerlässlich erscheinen, denn gemäss Bundesgericht hat die Anfechtungsklage *„keineswegs zum Zweck, alle Versuche zur Rettung des Schuldners unmöglich oder sehr gefährlich zu machen, umso weniger als es gerade im Interesse der übrigen Gläubiger liegt, wenn Dritte versuchen, dem Schuldner zu Hilfe zu kommen; insofern muss es erlaubt sein, dem Schuldner "aus der Klemme zu helfen.“*⁸⁰ Sodann hat das Bundesgericht zur Schädigungsabsicht des Schuldners im kürzlich ergangenen Entscheid „Unternehmenssanierung“ Folgendes ausgeführt: *„In welcher Situation und wozu die fraglichen Leistungen in Anspruch genommen worden bzw. die angefochtenen Zahlungen erfolgt sind, ist der springende Punkt bei der Beurteilung des Tatbestandsmerkmals der Schädigungsabsicht: Diese beinhaltet begriffsnotwendig ein wie auch immer geartetes doloses Element, welches fehlt, wenn der Schuldner ernsthaft um seine Rettung kämpft und diese erfolgsversprechend erscheint (...).“*⁸¹

⁷² Bger Entscheid 28.9.2009, 5A_116/2009, E. 6.1; Bger Entscheid 6.4.2009, 5A_386/2008, E. 4.1.

⁷³ Bger Entscheid 3.8.2010, 5A_358/2008, E. 2.2.1.

⁷⁴ BGE 134 III 615, E. 5.2 = Pra 98/2009 Nr. 44, S. 295 f.

⁷⁵ BGE 134 III 615, E. 5.3 = Pra 98/2009 Nr. 44, S. 296 f.

⁷⁶ BGE 134 III 615, E. 5.3 = Pra 98/2009 Nr. 44, S. 296.

⁷⁷ BGE 137 III 268, E. 4.2.2.

⁷⁸ BGE 137 III 268, E. 4.2.3.

⁷⁹ Bger Entscheid 14.10.2008, 5A_64/2008, E. 6.8; siehe hierzu auch LORANDI, (Fn. 5), S. 219; VOGT, (Fn. 12), S. 187.

⁸⁰ Bger Entscheid 3.8.2010, 5A_358/2008, 5A_473/2009, E. 2.2; Bger Entscheid 28.9.2009, 5A_116/2009, E. 6.1; Bger Entscheid 6.4.2009, 5A_386/2008, E. 4.1; siehe hierzu auch BGE 134 III 615, E. 5.1.1 = Pra 98 (2009) Nr. 44, S. 295; BGE 134 III 452, E. 5.2; BGE 137 III 268, E. 4.2.3.

⁸¹ BGE 137 III 268, E. 4.2.3.

Damit von einer Sanierungshandlung ausgegangen werden kann, muss in der Regel auch ein Sanierungskonzept vorliegen, in dessen Rahmen die Zahlungen und Gegenleistungen erfolgt sind. Anders sieht die Situation dann aus, wenn die erbrachten Leistungen des Begünstigten gerade im Zusammenhang mit der Erstellung eines solchen Konzeptes gelegen haben.⁸²

c) *Zahlungen im Rahmen der normalen Geschäftstätigkeit*

Im Fall „Bank Z1“ hat das Bundesgericht indirekt eine weitere Kategorie von Zahlungen anerkannt, bei deren Vornahme keine Schädigungsabsicht vorliegt. Es sind dies alle Zahlungen, welche - wie das Bundesgericht sagt - die „normale Geschäftstätigkeit“ bzw. „das operative Geschäft“ des Schuldners betreffen. Für die Rückzahlung eines Darlehens hat es diese Voraussetzung allerdings verneint.⁸³

Im Fall „LBLux Bank“ hat das Bundesgericht nunmehr entschieden, dass die periodische Bezahlung von Darlehenszinsen innerhalb der üblichen Fristen zur „normalen Geschäftstätigkeit“ gehöre und deshalb nicht anfechtbar sei.⁸⁴ Im betreffenden Entscheid wurden diese Ausführungen jedoch nicht im Zusammenhang mit der Voraussetzung der Schädigungsabsicht, sondern im Rahmen der Erwägungen zur Gläubigerschädigung gemacht. (siehe hierzu oben IV. 4.2.2. d)). Zahlungen im Rahmen der normalen Geschäftstätigkeit führen zwar dann zu einer Ungleichbehandlung der Gläubiger, wenn in der Folge ein Insolvenzverfahren eröffnet wird. Gemäss Bundesgericht würde der Schuldner jedoch faktisch seiner Handlungsfähigkeit beraubt, wenn die normale Geschäftstätigkeit in wirtschaftlich schwierigen Zeiten unter dem Vorbehalt der Anfechtbarkeit stünde. Damit würde der Schuldner geradezu ins Insolvenzverfahren getrieben, was nicht im Interesse der Gläubigersamtheit sein könne.⁸⁵

Gemäss den Ausführungen des Bundesgerichtes im Fall „Kerosin 2“ kann davon ausgegangen werden, dass dieses auch Zahlungen für Kerosinlieferungen grundsätzlich zu den unanfechtbaren Geschäften des gewöhnlichen Geschäftsverkehrs zählt. Im konkreten Fall sind die Zahlungen hingegen erst einen Tag vor der Bewilligung der provisorischen Nachlassstundung erfolgt. Da eine Zahlung in diesem Zeitpunkt nur noch zu einem Abfluss letzter freier Mittel führen könne, wurden sie nicht mehr zur gewöhnlichen Geschäftstätigkeit gerechnet.⁸⁶

4.2.4. Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht

Schliesslich muss die Schädigungsabsicht des Schuldners für den Gläubiger erkennbar gewesen sein. Der diesbezügliche Textbaustein des Bundesgerichtes lautet wie folgt: *Für die Erkennbarkeit genügt es, wenn der Begünstigte „bei Anwendung der nach den Umständen gebotenen und zumutbaren Sorgfalt und Aufmerksamkeit hätte erkennen können und müssen, dass als Folge der angefochtenen Handlung möglicherweise eine Gläubigerschädigung eintritt. Hiermit wird keine unbeschränkte Erkundigungspflicht aufgestellt; im Allgemeinen braucht sich niemand darum zu kümmern, ob durch ein Rechtsgeschäft die Gläubiger seines Kontrahenten geschädigt werden oder nicht. Nur wenn deutliche Anzeichen für eine Gläubigerbegünstigung bzw. -benachteiligung bestehen, darf vom Begünstigten eine sorgfältige Prüfung verlangt werden.“*⁸⁷

⁸² BGE 135 III 276, E. 8.2 = Pra 98/2009 Nr. 112, S. 769; BGE 137 III 268, E. 4.2.4. Siehe hierzu auch BGE 134 III 452, E. 6.2.

⁸³ Bger Entscheid 6.4.2009, 5A_386/2008, E. 4.3; siehe hierzu auch Bger Entscheid 28.9.2009, 5A_116/2009, E. 6.3 = Fall „Bank Z2“.

⁸⁴ BGE 136 III 247, E. 6.

⁸⁵ BGE 136 III 247, E. 2; Bger Entscheid 24.2.2010, 5A_750/2008, E. 2.

⁸⁶ Bger Entscheid 11.06.2010, 5A_567/2009, E. 3.3.

⁸⁷ BGE 135 III 265, E. 2; Bger Entscheid 3.8.2010, 5A_358/2008, 5A_473/2009, E. 2.3; Bger Entscheid 11.06.2010, 5A_567/2009, E. 5.1; Bger Entscheid 28.9.2009, 5A_116/2009, E. 4; Bger Entscheid 6.4.2009,

Bezogen auf Zahlungen bei kongruenter Deckung bedeutet dies, dass für den Dritten deutliche Anzeichen dafür bestanden haben müssen, dass sich der Schuldner unmittelbar vor der Einleitung eines Insolvenzverfahrens oder in einem Überlebenskampf befunden hat und dass bezüglich der angefochtenen Zahlung keine der oben unter IV. 4.2.3. b) - c) genannten Ausnahmen vorliegt.

Was dies konkret bedeutet, lässt sich gestützt auf die betreffenden Bundesgerichtsentscheide nur in sehr beschränktem Umfang in allgemein gültiger Form ausdrücken.

In allen vier Entscheidungen, die in Sachen Swissair im Zusammenhang mit Darlehensrückzahlungen ergangen sind, ist das Bundesgericht zum Schluss gekommen, dass die Schädigungsabsicht für die betreffenden *Geschäftsbanken* erkennbar gewesen sei. In den Fällen „ZKB“ und „Bank Z1“ sind die angefochtenen Zahlungen in einem Zeitraum von sechseinhalb Wochen bis sechs Tage vor der Bewilligung der provisorischen Nachlassstundung am 5. Oktober 2001 erfolgt.⁸⁸ In den Fällen „Nordea Bank“ und „Bank Z2“ hat die Swissair die Darlehensrückzahlungen jeweils bereits vierzehn Wochen vor dem 5. Oktober 2001 vorgenommen.⁸⁹ In den folgenden drei Abschnitten soll auf die hier relevanten Erwägungen des Falles „Nordea Bank“, dem neusten dieser vier Entscheide, näher eingegangen werden.⁹⁰ Das Bundesgericht ist dabei im Wesentlichen zu folgendem Ergebnis gelangt:

Das Tatbestandselement der Erkennbarkeit ist nicht erst dann gegeben, wenn der Begünstigte davon ausgehen musste, dass eine Sanierung keinesfalls mehr möglich sein würde. Vielmehr reicht es aus, wenn dieser entsprechend des oben zitierten Textbausteines *„hätte erkennen können und müssen, dass als Folge der angefochtenen Handlung möglicherweise eine Gläubigerschädigung eintritt.“* Nicht massgebend ist deshalb, dass in der Presse insgesamt ein uneinheitliches Bild des Geschehens vermittelt worden ist. Allein schon aufgrund der von der Vorinstanz (Handelsgericht) zitierten Pressemitteilungen bestanden für die Begünstigte deutliche Anzeichen für eine Gläubigerbegünstigung bzw. -benachteiligung im Sinne der bundesgerichtlichen Definition zur Erkennbarkeit. Das Bundesgericht hat hierzu vor allem auf mehrere im Juni 2001 erschienene Zeitungsartikel verwiesen, welche über den möglichen Konkurs der Swissair berichtet haben. So schrieb etwa die Sonntagszeitung am 10. Juni 2001 Folgendes: *„Mario Corti ist nicht zu beneiden. Denn die Hauptaufgabe des Swissair-Chefs besteht im Moment darin, den Konkurs zu kaschieren. ... Die Ausgangslage ist katastrophal. 877 Millionen Franken Eigenkapital hatte die Swissair-Holding am 31.12.2000. Wenn das Eigenkapital unter 438 Millionen sinkt, dann gilt OR 725, und die Swissair muss einen Sanierungsplan vorlegen. Nur schon bei der Grossbaustelle Sabena und der französischen AOM Air Liberté beträgt der Verlust monatlich 100 Millionen Franken. Somit müsste eigentlich das Eigenkapital unter die kritische Masse gesunken sein.“* Schliesslich erfolgte nach dem 2. April 2001 am 19. Juni 2001 eine weitere Herabstufung der Swissair durch die Rating-Agentur Moody's von Baa3 auf Ba3.⁹¹

Das Bundesgericht hat sodann ausgeführt, dass die Begünstigte, *„der als erfahrener Geschäftsbank und aufgrund ihres direkten Kontaktes (Korrespondenz und Gespräche) mit der Beschwerdeführerin andere Möglichkeiten der Informationsbeschaffung und Risikoanalyse zur Verfügung standen als der Allgemeinheit, entgegen den unterschwelligen Ausführungen des Handelsgerichtes nicht als Aussenstehende betrachtet und auf die gleiche Ebene wie*

5A_386/2008, E. 2; siehe hierzu auch BGE 135 III 276, E. 8.1 = Pra 98/2009 Nr. 112, S. 768; BGE 134 III 452, E. 4.2.

⁸⁸ BGE 134 III 452, Sachverhalt; Bger Entscheid 6.4.2009, 5A_386/2008, Sachverhalt.

⁸⁹ Bger Entscheid 3.8.2010, 5A_358/2008, 5A_473/2009, Sachverhalt; Bger Entscheid 28.9.2009, 5A_116/2009, Sachverhalt.

⁹⁰ Bezüglich des Falles „ZKB“ siehe BGE 134 III 452, E. 8; bezüglich des Falles „Bank Z1“ Bger Entscheid 6.4.2009, 5A_386/2008, E. 5; bezüglich des Falles „Bank Z2“ Bger Entscheid 28.9.2009, 5A_116/2009, E. 7.

⁹¹ Siehe zu diesen Ausführungen Bger Entscheid 3.8.2010, 5A_358/2008, 5A_473/2009, E. 2.3.2.

ein gewöhnlicher Zeitungsleser gesetzt werden“ könne.⁹² Diese Aussage ist m.E. dahingehend zu verstehen, dass ein Gläubiger gewisse Eigenschaften aufweisen muss, damit ihm der Vorwurf der Erkennbarkeit überhaupt bzw. bereits in einem relativ frühen Stadium vor der Einleitung des Insolvenzverfahrens gemacht werden kann. Im vorliegenden Fall hätte die Begünstigte aufgrund ihrer besonderen Stellung als *Geschäftsbank* demnach bereits 14 Wochen vor der Bewilligung der provisorischen Nachlassstundung erkennen können und müssen, dass die Befriedigung ihrer Forderung möglicherweise zu einer Schädigung der übrigen Gläubiger führt.

Die „Nordea Bank“ hat das betreffende Darlehen unmittelbar nach der erneuten Herabstufung der Swissair durch Moody's per 27. Juni 2001, nahezu zwei Monate vor dem eigentlichen Fälligkeitstermin, gekündigt. Um diese vorzeitige Fälligkeitstellung zu kaschieren, wurde das ursprüngliche Darlehen durch ein Neues mit verkürzter Laufzeit bis zum 29. Juni 2001 ersetzt. Damit sollte der Anschein erweckt werden, dass es sich bei der betreffenden Transaktion um eine ordentliche Darlehensrückzahlung nach Ablauf des Vertrages handelte. Das Bundesgericht ist deshalb zum Schluss gelangt, dass die Begünstigte *„nicht nur bei Anwendung der nach den Umständen gebotenen und zumutbaren Sorgfalt und Aufmerksamkeit hätte erkennen können und müssen, dass als Folge der angefochtenen Handlung möglicherweise eine Gläubigerschädigung eintritt, sondern dass sie diese Möglichkeit auch tatsächlich erkannt hat.“*⁹³

Nachfolgend soll kurz auf diejenigen Entscheidungen eingegangen werden, bei welchen die betreffenden Zahlungen nicht an *Geschäftsbanken*, sondern an *gewöhnliche Geschäftspartner* geleistet worden sind.

Die Zahlungen für Treibstoff an die Erdölfirmen (Fälle „Kerosin 1“ und „Kerosin 2“) erfolgten am selben Tag wie das „Grounding“ bzw. einen Tag vor der Bewilligung der provisorischen Nachlassstundung.⁹⁴ Gemäss den Ausführungen des Bundesgerichtes im Fall „Kerosin 1“ hatte die Presse im Zeitpunkt der angefochtenen Zahlungen bereits über die bevorstehende Zerschlagung der Swissair, das Auftauchen der Crossair als neuem Operateur und dem Gesuch um Nachlassstundung berichtet. Damit konnte und musste die Treibstofflieferantin erkennen, dass sie durch die betreffenden Zahlungen, die infolge der Verweigerung weiterer Kerosinlieferungen geleistet worden sind, zum Nachteil der übrigen Gläubiger, die nicht über entsprechende Druckmittel verfügt haben, begünstigt werden würde.⁹⁵ Im Fall „Kerosin 2“ hat das Bundesgericht hierzu Folgendes ausgeführt: *„In der Tat musste ihr (der Treibstofflieferantin) spätestens nach dem Grounding der Swissair-Flotte, das weltweit ein grosses Echo ausgelöst hatte, die katastrophale Situation der Swissair ebenso bekannt sein wie aufgrund der entsprechenden Presseberichterstattung das bevorstehende Nachlassverfahren. Mit dem in der Nacht vom 3. auf den 4. Oktober 2001 verhängten Lieferstopp hat die Beschwerdeführerin denn auch selbst dokumentiert, dass sie um die Befriedigung ihrer Ansprüche fürchtete. Dies lässt darauf schliessen, dass sie nicht nur bei Anwendung der nach den Umständen gebotenen und zumutbaren Sorgfalt und Aufmerksamkeit hätte erkennen können und müssen, dass als Folge der angefochtenen Handlung möglicherweise eine Gläubigerschädigung eintritt, sondern dass sie dies sogar tatsächlich erkannt hat.“*⁹⁶ Auf derselben Linie bewegen sich die Ausführungen des Bundesgerichtes im Fall „Flughafengebühren“ bezüglich der einen Tag vor der Bewilligung der provisorischen Nachlassstunden erfolgten Bezahlung der geschuldeten Gebühren.⁹⁷ Welche Aufmerksamkeit das Bundesgericht von

⁹² Bger Entscheid 3.8.2010, 5A_358/2008, 5A_473/2009, E. 2.3.3.

⁹³ Siehe zu diesen Ausführungen Bger Entscheid 3.8.2010, 5A_358/2008, 5A_473/2009, E. 2.3.3.

⁹⁴ BGE 135 III 276, Sachverhalt = Pra 98/2009 Nr. 112, S. 758 f.; Bger Entscheid 11.06.2010, 5A_567/2009, Sachverhalt.

⁹⁵ BGE 135 III 276, E. 8.2 = Pra 98/2009 Nr. 112, S. 768 f.

⁹⁶ Bger Entscheid 11.06.2010, 5A_567/2009, E. 5.3 (Anmerkung in Klammern hinzugefügt).

⁹⁷ Siehe hierzu BGE 135 III 265, E. 6.

den *gewöhnlichen Geschäftskunden* im Allgemeinen erwartet, kann anhand von diesen Aussagen jedoch nicht genauer festgestellt werden.

4.2.5. Zusammenfassung der Bundesgerichtspraxis zu den Fällen der kongruenten Deckung

Die Bundesgerichtspraxis lässt sich wie folgt zusammenfassen:

Wichtig ist es, zunächst hervorzuheben, dass sämtliche Zahlungen, welche vom Bundesgericht als anfechtbar bezeichnet worden sind, in einer äusserst angespannten Finanzlage erfolgt sind. Die betreffenden Zahlungen erfolgten entweder am „Vorabend“ der Eröffnung des Insolvenzverfahrens (Fälle „Kerosin 1“, „Flughafengebühren“, „Kerosin 2“)⁹⁸ oder in einer Phase, in welcher der Schuldner ohne gravierende Sanierungsmassnahmen keine Chancen mehr zum Überleben gehabt hätte (Fälle „ZKB“, „Nordea Bank“, „Bank Z1“ und „Bank Z2“)⁹⁹.

Die Bundesgerichtspraxis gestattet Aussagen darüber, ob und inwiefern in einer solchen Situation Zahlungen anfechtbar sind oder nicht.

a) Schädigung

Als Grundsatz gilt zunächst, dass jede Bezahlung einer fälligen Schuld in einer finanziell sehr angespannten Lage unter dem Vorbehalt der Anfechtbarkeit steht. Davon ausgenommen sind die folgenden Handlungen:

- Die Bezahlung des Kaufpreises gegen *direkte* Übergabe einer gleichwertigen körperlichen oder flüssigen Sache bzw. die Vorausbezahlung derselben;
- eventuell auch die *Vorauszahlung* einer Dienstleistung (siehe hierzu oben IV. 4.2.2. c))

b) Schädigungsabsicht des Schuldners

Einem Schuldner wird die Schädigungsabsicht unterstellt, wenn er sich im Zeitpunkt der Vornahme der genannten schädigenden Handlungen in einer finanziell prekären Lage (Stichwort: Überlebenskampf) befunden hat. Die Absicht ist immerhin in den folgenden Fällen zu verneinen:

- Bei Rückzahlung eines Darlehens, welches gerade zum besonderen Zwecke der Sanierung gewährt worden ist, und bei der Finanzierung von Dienstleistungen, welche für eine Sanierung unerlässlich sind.
- Die Schädigungsabsicht ist auch nicht bei Zahlungen anzunehmen, welche im Rahmen des „normalen Geschäftsganges“ erfolgen. Hierunter fällt auch die periodische Entrichtung von Darlehenszinsen, welche in einem wirtschaftlich funktionalen Sinne eine gleichwertige Gegenleistung für die Aufrechterhaltung des Kredites darstellt.

c) Erkennbarkeit der Schädigung durch den Dritten

Das Vorliegen des Tatbestandselementes der Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht wird bejaht, wenn der Begünstigte „*bei Anwendung der nach den Umständen gebotenen und zumutbaren Sorgfalt und Aufmerksamkeit hätte erkennen können und müssen, dass als Folge der angefochtenen Handlung möglicherweise eine Gläubigerschädigung eintritt.*“ Den Dritten trifft dabei bei Vorliegen von dahingehenden Anzeichen unter Umständen eine Erkundungspflicht. Besteht eine solche Pflicht und ist es dem Begünstigten auch möglich, diese auszuüben, so wird die Erkennbarkeit bejaht, unabhängig davon, ob er der Erkundungspflicht tatsächlich nachgekommen ist oder nicht.

⁹⁸ BGE 135 III 276 = Pra 98/2009 Nr. 112; BGE 135 III 265; Bger Entscheid 11.06.2010, 5A_567/2009. Siehe hierzu auch bereits BGE 29 II 747, bei welchem es sich um einen der ersten Entscheide zur Anfechtung von Zahlungen bei kongruenter Deckung handelt.

⁹⁹ BGE 134 III 452; Bger Entscheid 3.8.2010, 5A_358/2008; Bger Entscheid 6.4.2009, 5A_386/2008; Bger Entscheid 28.9.2009, 5A_116/2009.

Da eine *Geschäftsbank* über weiter reichende Möglichkeiten der Informationsbeschaffung und Risikoanalyse verfügt als ein *gewöhnlicher Geschäftspartner*, kann Ersterer bereits in einem früheren Stadium vor der Einleitung des Insolvenzverfahrens der Vorwurf der Erkennbarkeit gemacht werden als Letzterem. Bei gewöhnlichen Konsumentinnen und Konsumenten ist bei Fällen mit kongruenter Deckung die Annahme der Erkennbarkeit der Schädigung hingegen kaum vorstellbar.

5. Analyse und Einordnung der Bundesgerichtspraxis nach den Phasen der wirtschaftlichen Schwierigkeiten, welche ein Schuldner bis zur Konkureröffnung typischerweise durchläuft

5.1. Allgemeines

Die Bundesgerichtspraxis zur Anfechtungsklage lässt sich m.E. besser verstehen, wenn man die betreffenden Fälle in die unterschiedlichen Phasen der wirtschaftlichen Schwierigkeiten einordnet, welche der Schuldner bis zur Konkureröffnung typischerweise durchläuft.

Diese Phasen sind:

- Vorabend des Konkurses: Phase, in der der Konkurs als unausweichlich erscheint.
- Phase des „Überlebenskampfes“: Der Schuldner befindet sich in gravierendsten wirtschaftlichen Schwierigkeiten, welche eine Konkureröffnung in absehbarer Zeit als möglich erscheinen lassen. Der Schuldner hat aber auch noch berechnete Hoffnungen, dass er sich durch tiefgreifende Sanierungs- und Restrukturierungsschritte retten kann.
- Phase von wesentlichen wirtschaftlichen Schwierigkeiten, welche jedoch (noch) nicht existenzgefährdend sind.
- „Courant normal“: Der Schuldner hat keine oder nur geringe wirtschaftliche Schwierigkeiten.

Obwohl dies das Gesetz in Art. 288 SchKG nicht ausdrücklich sagt, kommt eine Anfechtung nach dieser Bestimmung nur in Frage, wenn sich der Schuldner in qualifizierten wirtschaftlichen Schwierigkeiten befindet. D.h. das Vorhandensein einer qualifizierten Form von wirtschaftlichen Schwierigkeiten ist eine vierte objektive Voraussetzung einer Anfechtungsklage! Ist der Schuldner wirtschaftlich gesund, kann er uneingeschränkt sämtliche Handlungen vornehmen, ohne dass er bzw. der Begünstigte mit einer Anfechtung rechnen müssen. Dies gilt auch dann, wenn er nachfolgend vor Ablauf von fünf Jahren in den Konkurs fällt.

Die Anfechtbarkeit nimmt dabei „exponentiell“ mit dem Anwachsen der wirtschaftlichen Schwierigkeiten zu. Befindet sich der Schuldner bereits am Vorabend des Konkurses, ist praktisch jede Handlung anfechtbar. Insbesondere kann er selbst Forderungen von laufenden Geschäften nicht mehr unanfechtbar tilgen. Befindet er sich im „Überlebenskampf“, sind zwar auch Geschäfte mit kongruenter Deckung grundsätzlich anfechtbar. Immerhin gelten hier wesentliche Ausnahmen (Geschäfte des täglichen Verkehrs, Ausgaben für Sanierungsbemühungen etc.). Liegen „nur“ wesentliche wirtschaftliche Schwierigkeiten vor, fallen unter die Anfechtung im Wesentlichen nur Geschäfte mit inkongruenter Deckung und Schenkungen.

Voraussetzungen der Anfechtung nach Art. 288 SchKG

Ausdrücklich genannte Voraussetzungen	Ungeschriebene Voraussetzung
Schädigung der Gläubiger	Eine je nach der fraglichen Handlung abgestufte Form der wirtschaftlichen Schwierigkeiten des Schuldners
Absicht der Gläubigerschädigung durch den Schuldner	
Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht durch	

den Begünstigten.

5.2. Einordnung der wichtigsten Bundesgerichtsentscheide in die Phasen der finanziellen Schwierigkeiten im Vorfeld eines Insolvenzverfahrens

Stufen von wirtschaftlichen Schwierigkeiten	Anfechtbarkeit nach Art. 288 SchKG		
	Rechtsgeschäfte mit kongruenter Deckung	Schenkungen und Rechtsgeschäfte mit inkongruenter Deckung	
„Courant normal“ mit oder ohne lösbaren wirtschaftlichen Schwierigkeiten	Nicht anfechtbar	Nicht anfechtbar	
Wesentliche wirtschaftliche Schwierigkeiten	Nicht anfechtbar	Anfechtbar Urteil BGer (5A_835/2012) vom 16. Mai 2013 (Quasi-Schenkung)	
Überlebenskampf	Nicht anfechtbar: BGE 137 III 268 (Sanierungsberatung) BGE 136 III 247; BGer Entscheid 24.2.2010, 5A_750/2008 (Bezahlung von Zinsen) Vgl. BGE 134 III 452 (Rückzahlung von Sanierungsdarlehen)	Anfechtbar: BGE 134 III 452; BGE 99 III 27; BGer Entscheid 3.8.2010, 5A_358/2008; BGer Entscheid 6.4.2009, 5A_386/2008; BGer Entscheid 28.9.2009, 5A_116/2009 (Rückzahlung von Darlehen)	Anfechtbar
Vorabend des Konkurses	Uneingeschränkt anfechtbar: BGE 135 III 265 (Bezahlung von Flughafenengebühren) BGE 135 III 276; BGer Entscheid 11.06.2010, 5A_567/2009 (Bezahlung von Treibstoff)		Anfechtbar
Konkurs			

6. Erleichterung der Absichtsanfechtung gegenüber nahestehenden Personen im revidierten Recht

6.1. Ausgangslage

Das neue Recht besagt wie schon gesagt in Art. 288 Abs. 2 SchKG folgendes: „Bei der Anfechtung einer Handlung zugunsten einer nahestehenden Person des Schuldners trägt diese die Beweislast dafür, dass sie die Benachteiligungsabsicht nicht erkennen konnte. Als nahestehende Personen gelten auch Gesellschaften eines Konzerns“.

Im alten, voraussichtlich noch bis Ende dieses Jahres geltenden Recht trägt demgegenüber die klagende Partei auch in diesen Fällen die Beweislast. Diese Beweislast wird jedoch nach einer starken Lehrmeinung bei nahestehenden Personen massgeblich dadurch erleichtert, dass von einer natürlichen Vermutung ausgegangen wird, dass der Begünstigte die schlechte Vermögenslage gekannt hat.¹⁰⁰ Das Bundesgericht spricht in BGE 40 III 293 ebenfalls von einer natürlichen Vermutung (presumption). Bereits in BGE 43 III 293 relativiert es diese Aussage dahingehend, dass der Umstand, dass die Ehegattin die begünstigte Person war, mindestens ein „Verdachtsmoment (begründe), dessen freie Würdigung nach Art. 289 SchKG dazu führe, dass in einem solchen Fall an den Nachweis der Begünstigungsabsicht (gemeint wohl Erkennbarkeit der Begünstigungsabsicht) kein strenger Massstab angelegt werden darf“. In einem neusten Entscheid, in dem der Sohn des Schuldners die begünstigte Person war, nennt das Bundesgericht die fragliche Vermutung, weil die Vorinstanz damit argumentiert hat (Urteil BGer (5A_835/2012) vom 16. Mai 2013, E. 5.2.). Es begründet seinen eigenen Entscheid jedoch nicht mit dieser Vermutung, sondern stützt sich hierbei auf verschiedene andere Erfahrungssätze, welche nicht an die nahe Verwandtschaft anknüpfen (z.B. Vermutung, dass jemand, der in einem bestimmten Ort verwurzelt ist und von dort Bürger ist, die örtlichen Verhältnisse (hier bezogen auf die Immobilienpreise) einigermaßen kennt).

Geltendes Recht: Natürliche Vermutung oder zumindest starkes Indiz für Kenntnis der Schädigungsabsicht zulasten von Verwandten	Revidiertes Recht: Beweislastumkehr zulasten von nahestehenden Personen
BGE 40 III 293: Natürliche Vermutung BGE 43 III 247: „Verdachtsmoment“ für Kenntnis der Schädigungsabsicht, sodass für den Nachweis der Erkennbarkeit der Begünstigungsabsicht kein strenger Massstab (mehr) angelegt werden darf.	Art. 288 Abs. 2 SchKG: „Bei der Anfechtung einer Handlung zugunsten einer nahestehenden Person des Schuldners trägt diese die Beweislast dafür, dass sie die Benachteiligungsabsicht nicht erkennen konnte. Als nahestehende Personen gelten auch Gesellschaften eines Konzerns“.

Anzumerken ist im Übrigen, dass betreffend die Anfechtung innerhalb eines Konzerns die Ansicht vertreten wird, dass sich unter Umständen Konzerngesellschaften das Wissen anderer Konzerngesellschaften anrechnen lassen müssen. D.h. mit dem Nachweis der Schädigungsabsicht der Konzerngesellschaft als Schuldnerin ist auch die Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht durch die begünstigte Konzerngesellschaft gegeben.

6.2. Bedeutung der Beweislastumkehr im Vergleich zur natürlichen Vermutung

Das neue Recht stellt klar, dass zulasten von nahestehenden Personen nicht nur eine natürliche Vermutung der Erkennbarkeit der schlechten Vermögenslage und damit der Schädigungsabsicht gilt, sondern direkt eine Beweislastumkehr.

¹⁰⁰ Botschaft Sanierungsrecht 2010, S. 6477 und dortige Zitate.

Eine Beweislastumkehr geht nicht nur wesentlich weiter als die Annahme eines „Verdachtsmomentes“, d.h. eines starken Indizes für die Erkennbarkeit der schlechten Vermögenslage und damit der Schädigungsabsicht, sondern bringt auch gegenüber der Annahme einer entsprechenden natürlichen Vermutung eine Verbesserung der Beweissituation für die klagende Partei mit sich.

Zunächst wird der Kreis der nahestehenden Personen weiter gezogen. Während sich die zitierte Lehrmeinung vor allem an nahen Verwandten orientiert, bezieht sich revArt. 288 Abs. 2 SchKG auf alle Personen, welche dem Schuldner nahestehen. D.h. die Bestimmung erfasst auch Freunde und kraft ausdrücklicher Erwähnung im Gesetz auch Konzerngesellschaften untereinander.

Der Umstand, dass es sich um eine gesetzliche Vermutung handelt, bedeutet im Weiteren, dass der Vermutungsbelastete – anders als bei der natürlichen Vermutung – die Vermutung im konkreten Fall nicht in Frage stellen und damit der Beweislastumkehr entgehen kann.¹⁰¹ Beispiel: Der begünstigte Sohn kann nicht geltend machen, für ihn gelte die Vermutung und damit die Beweislastumkehr nicht, weil er seit Jahren im Ausland gewesen sei. Vielmehr hat er direkt mit diesem und anderen Argumenten den Vollbeweis zu erbringen, dass er die Schädigungsabsicht nicht gekannt hat.

V. Technik der Anfechtung

1. Formen der Anfechtung und ihre Kombination mit zivilrechtlichen Klagen und Einwendungen

1.1. Kombination mit zivilrechtlichen Klagen und Einwendungen

Sind die Rechtshandlungen zivilrechtlich ungültig, ist der besondere Rechtsbehelf der Anfechtung nicht notwendig. Die Vermögenswerte können ohnehin umfassend in die Zwangsvollstreckung einbezogen werden.

Da dies naturgemäß oft nicht mit Sicherheit gesagt werden kann, empfiehlt es sich, die Einwendung der zivilrechtlichen Ungültigkeit und die Anfechtung nach SchKG miteinander zu kombinieren. Falls es um die Herausgabe einer Sache geht, könnte das Rechtsbegehren etwa wie folgt lauten:

„Es sei die beklagte Partei zu verpflichten, die Sache X herauszugeben.

Eventualiter sei die beklagte Partei zu verpflichten, die Sache X zum Einbezug in die Zwangsvollstreckung zur Verfügung zu stellen.“

Näheres zu den Rechtsbegehren folgt unter VI. 1.

1.2. Geltendmachung der Anfechtungsklage im Rahmen einer anderen SchK-Klage und Anfechtung durch Einrede

Die Anfechtung erfolgt typischerweise in einer *separaten Klage* durch die Konkursverwaltung bzw. im Falle eines Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung durch den Liquidator oder durch die Abtretungsgläubiger (Art. 260 SchKG) bzw. in der Einzelzwangsvollstreckung durch Gläubiger mit (definitivem oder provisorischem) Verlustschein.

Die Anfechtungsklage kann aber unter Umständen auch im Rahmen einer anderen SchK-Klage erfolgen. So kann die Kollokationsklage des Gläubigers X gegen den Gläubiger Y auch damit begründet werden, dass der Gläubiger Y seine Gläubigerstellung in einer nach Art. 285 ff. SchKG anfechtbaren Weise erworben habe.

¹⁰¹ Siehe hierzu Isaak Meier, Schweizerisches Zivilprozessrecht, S. 279 ff.

Wichtig ist es jedoch hervorzuheben, dass die Anfechtung auch einredeweise erhoben werden kann. So kann sich etwa ein Gläubiger in einem Widerspruchsverfahren in der Beklagtenrolle – neben der Geltendmachung von zivilrechtlichen Einwendungen - auch darauf berufen, dass der Dritte das behauptete Recht in anfechtbarer Weise erhoben habe. Die Konkursverwaltung kann und muss sodann bei der Zulassung einer Forderung zur Kollokation auch prüfen, ob die Forderung aus anfechtungsrechtlichen Gründen zurückzuweisen sei.

Selbstverständlich kann die Anfechtung auch außergerichtlich erfolgen.

2. Wann kann die Anfechtungsklage von wem geltend gemacht werden?

In der Betreuung auf Pfändung kann sie von jedem Gläubiger, der einen provisorischen oder definitiven Verlustschein erhalten hat, erhoben werden (Art. 285 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG).

Nach Konkurseröffnung erfolgt die Geltendmachung durch die Konkursverwaltung oder die Abtretungsgläubiger nach Art. 260 SchKG.

3. Fristen für die Anfechtungsklagen

3.1. Verdachtsperiode

Die Schenkungsanfechtung nach Art. 286 SchKG und die Überschuldungsanfechtung nach Art. 287 SchKG können nur betreffend Rechtshandlungen geltend gemacht werden, die im letzten Jahr vor dem Vollstreckungszugriff vorgenommen worden sind. Für die allgemeine Anfechtung nach Art. 288 SchKG gilt eine Maximalfrist von 5 Jahren.

Bei den Fristen werden die in Art. 288a genannten Perioden nicht mitgerechnet. Es sind dies etwa die Dauer eines vorausgegangenen Nachlassverfahrens, eines Konkursaufschubes nach Art. 725a OR oder einer vorausgegangenen Betreuung. Im neuen Recht ist die Dauer des Konkursaufschubes gestrichen worden, was wohl ein Versehen ist. Entgegen dem ursprünglichen Revisionsentwurf ist der Konkursaufschub im späteren Gesetzgebungsverfahren dann doch nicht gestrichen worden.

3.2. Frist für die Geltendmachung der Klage

Zusätzlich gilt für alle Anfechtungstatbestände im geltenden Recht eine Verwirkungsfrist von 2 Jahren ab Konkurseröffnung bzw. Zustellung des Pfändungsverlustscheins (Art. 292 SchKG).

Im revidierten Recht wird statt der Verwirkungsfrist nunmehr eine Verjährungsfrist vorgesehen. Dies bedeutet, dass diese jederzeit unterbrochen werden kann.

Problem der Unterbrechung der Verjährung bei Anfechtungsklagen, welche auf die Rückführung einer Sache in die Zwangsvollstreckung gerichtet sind: Während dem bei Geldforderungen die Verjährung auf einfache Weise durch Betreuung unterbrochen werden kann, braucht es bei Ansprüchen auf Rückführung von Vermögenswerten in die Zwangsvollstreckung nur, aber immerhin die Einreichung eines Schlichtungsgesuches. Nach Art. 198 ZPO e contrario findet für Anfechtungsklagen, obwohl es sich hierbei um eine „klassische“ SchKlage handelt, ein Schlichtungsverfahren statt.

4. Wirkungen einer erfolgreichen Anfechtung

Die Klage richtet sich gegen den Dritten. Dieser hat alle Vermögenswerte, die er vom Schuldner erhalten hat, zur Verwertung abzuliefern (Art. 291 Abs. 1 SchKG). Das Rechtsgeschäft bleibt – wenigstens theoretisch – zivilrechtlich gültig. Im Einzelnen gilt Folgendes:

- Ist der Vermögenswert noch vorhanden, ist dieser inklusive Früchten und Zinsen heraus-

zugeben.

- Ist der Vermögenswert bereits veräussert worden, hat der Dritte grundsätzlich Wertersatz zu leisten (Bemessung wohl zum Zeitpunkt der Rückleistung).
- Der Dritte erhält die Gegenleistung, die er gegenüber dem Schuldner erbracht hat, zurück, sofern sie noch in natura vorhanden ist. Ansonsten bleibt ihm hierfür nur noch eine entsprechende Ersatzforderung (Art. 291 Abs. 1 SchKG).
- In Art. 291 Abs. 3 heisst es sodann: „*Der gutgläubige Empfänger einer Schenkung ist nur bis zum Betrag seiner Bereicherung zur Rückerstattung verpflichtet*“.
- Bestand die anfechtbare Rechtshandlung in der Tilgung einer Forderung, so tritt dieselbe mit der Rückerstattung der Gegenleistung wieder in Kraft (Art. 291 Abs. 2 SchKG; siehe hierzu BGE 103 III 17).

VI. Prozessuales

1. Rechtsbegehren

Grundsätzlich handelt es sich bei der Anfechtungsklage um eine Leistungsklage auf Herausgabe einer Sache zum Einbezug in die Zwangsvollstreckung und/oder Bezahlung eines Geldbetrages.

Entsprechend lautet das Rechtsbegehren:

„Es sei die beklagte Partei zu verpflichten, Fr. XY zu bezahlen“ oder

„Es sei die beklagte Partei zu verpflichten, die Sache X zum Einbezug in die Zwangsvollstreckung zur Verfügung zu stellen.“

Da meist nicht klar ist, ob die beklagte Partei die Sache noch zurückgeben kann, ist das zweite Begehren meist in der Form eines Eventualbegehrens auf Bezahlung eines Geldbetrages zu stellen.

Das Begehren auf Geldleistung kann auch als unbezifferte Forderungsklage nach Art. 85 ZPO gestellt werden.

2. Nationale und internationale Zuständigkeit

Für nationale Fälle und ebenso für die von den Zuständigkeitsbestimmungen des IPRG erfassten Fälle gilt für die örtliche Zuständigkeit Art. 289 SchKG.

Im Anwendungsbereich des LugÜ ist hingegen zu differenzieren. Anfechtungsklagen im Konkurs- oder Nachlassverfahren fallen nach Art. 1 LugÜ nicht unter dieses Übereinkommen. Da das IPRG stillschweigend auf das SchKG verweist, gilt hierfür wiederum Art. 289 SchKG. Für die Anfechtungsklage ausserhalb eines Konkursverfahrens kommen nach überwiegender Meinung die allgemeinen Bestimmungen des LugÜ (insb. der Gerichtsstand des Deliktsortes) zur Anwendung.

3. Verfahren

Nach neuer ZPO sind Anfechtungsklagen je nach Streitwert im ordentlichen oder vereinfachten Verfahren zu führen. Als Streitwert gilt dabei in der Konkursanfechtung der Wert der Leistung, welche in die Zwangsvollstreckung einbezogen werden soll. Bei der Anfechtung in der Einzelzwangsvollstreckung ist entweder dieser Wert oder, falls die noch offene Forderung des anfechtenden Gläubigers kleiner ist, der letztere Betrag massgebend.

4. Rechtsmittel

Gegen Entscheidungen über Anfechtungstatbestände kommen die Rechtsmittel der ZPO bzw. des BGG zur Anwendung. Betreffend die Rechtsmittel an das Bundesgericht ist dabei die Beschwerde in Zivilsachen zu erheben, auch wenn die Klage eigentlich ein zwangsvollstreckungsrechtliches, d.h. ein öffentlich-rechtliches Ziel verfolgt (Art. 72 Abs. 2 lit. a BGG).