

# Die neue bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Absichtsanfechtung und ihre Bezüge zur aktienrechtlichen Sorgfaltspflicht der Organe



**HANS-UELI VOGT**  
Prof. Dr. iur., LL.M., MBA,  
Rechtsanwalt, Zürich

## Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Die Bundesgerichtsurteile vom 24. Februar 2010
  1. Sachverhalt
  2. Erwägungen
    - a. Zweck der paulianischen Anfechtung
    - b. Gläubigerschädigung
      - aa. Im Allgemeinen
      - bb. Zahlung von Darlehenszinsen und Austausch gleichwertiger Leistungen
- III. Bemerkungen zu den Bundesgerichtsurteilen vom 24. Februar 2010
  1. Zweck der paulianischen Anfechtung
    - a. Grundsatz der relativen Gläubigergleichbehandlung
    - b. Normale Geschäftstätigkeit als sachlicher Grund für eine Ungleichbehandlung von Gläubigern
    - c. Rückgängigmachung bzw. Verhinderung unlauterer Machenschaften als Zweck der paulianischen Anfechtung
  2. Gläubigerschädigung
    - a. Austausch gleichwertiger Leistungen: Ausgangspunkt und Grundsatz
    - b. Austausch gleichwertiger Leistungen: vollstreckungsrechtliche Beurteilung
      - aa. Wirtschaftliche, funktionale Betrachtung des Zusammenhangs von Leistung und Gegenleistung
      - bb. Keine Zinsmachenschaften
      - cc. Zinszahlungen als Beitrag zum Erhalt der Darlehenssumme
      - dd. Zusammenfassung
  3. Fazit und Würdigung
- IV. Bezüge der Absichtsanfechtung zur aktienrechtlichen Sorgfaltspflicht der Organe
  1. Die aktienrechtliche Sorgfaltspflicht der Organe
    - a. Inhalt der Sorgfaltspflicht
    - b. Massstab der Sorgfaltspflicht: die Interessen der Gesellschaft
      - aa. Keine selbständige Pflicht zur Wahrung der Gläubigerinteressen und zur Gleichbehandlung der Gläubiger
      - bb. Besondere Berücksichtigung der Interessen der Gläubiger bei finanziellen Schwierigkeiten der Gesellschaft

2. Gläubigerschädigung als Sorgfaltspflichtverletzung?
  - a. Verminderung des Vollstreckungssubstrats als Sorgfaltspflichtverletzung?
  - b. Begünstigung eines Gläubigers als Sorgfaltspflichtverletzung?
  - c. Fazit
3. Zum Verhältnis von paulianischer Anfechtung und aktienrechtlicher Verantwortlichkeit

## I. Einleitung

Nach Art. 288 SchKG sind alle Rechtshandlungen anfechtbar, die der Schuldner innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Pfändung oder Konkursöffnung «in der dem andern Teile erkennbaren Absicht vorgenommen hat, seine Gläubiger zu benachteiligen oder einzelne Gläubiger zum Nachteil anderer zu begünstigen». Daraus ergeben sich die Tatbestandsmerkmale der Absichtsanfechtung: eine Gläubigerschädigung, die Schädigungsabsicht seitens des Schuldners und die Erkennbarkeit dieser Absicht für den Begünstigten.

Die Bedeutung dieser drei Tatbestandsmerkmale ist durch die Lehre, vor allem aber eine jahrzehntelange Rechtsprechung geklärt und gefestigt worden.<sup>1</sup> Verschiedene Bun-

---

Der Autor ist a.o. Professor für Handels-, Wirtschafts- und Immaterialgüterrecht an der Universität Zürich und Rechtsanwalt bei Homburger in Zürich. – Dieser Aufsatz basiert auf Vorträgen, die der Verfasser an der Schweizerischen Bankrechtstagung 2010 des Instituts für Bankrecht an der Universität Bern am 5. März 2010 sowie an einer am Europa Institut an der Universität Zürich am 26. Mai 2010 durchgeführten Veranstaltung zur paulianischen Anfechtung gehalten hat. Der Beitrag erscheint auch bei Susan Emmenegger (Hrsg.), Kreditrecht, Basel 2010. Nach Abschluss dieses Aufsatzes ist das Urteil 5A\_567/2009 des Bundesgerichts vom 11. Juni 2010 veröffentlicht worden. Darauf wird nachfolgend punktuell Bezug genommen. Meinem früheren Assistenten, lic. iur. Adrian Hartmann, Rechtsanwalt, danke ich für die Unterstützung bei der Ausarbeitung dieses Aufsatzes.

<sup>1</sup> Siehe etwa die Darstellungen bei KURT AMONN/FRIDOLIN WALTHER, Grundriss des Schuldbetriebs- und Konkursrechts, 8. A., Bern 2008, § 52 N 22 ff.; PIERRE-ROBERT GILLIÉRON, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Articles 271–352, Lausanne 2003, Art. 288 N 8 ff.; HENRI-ROBERT SCHÜPBACH, Droit et action révocatoires, Basel/Frankfurt a.M. 1997, Art. 288 N 4 ff., 13 ff., 68 ff.; ADRIAN STAEHELIN, in: Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetrieb und Konkurs, Band III, Basel 1998, Art. 288 N 4 ff.; BRIGITTE UMBACH-SPAHN, in: Daniel Hunkeler (Hrsg.), Schuldbetriebs- und Konkursgesetz (SchKG), Kurzkomentar, Basel 2008, Art. 288 N 3 ff.

desgerichtsurteile aus den Jahren 2008 und 2009 – etliche von ihnen in Verfahren betreffend die «Swissair» ergangen – haben diese Rechtsprechung weitergeführt.<sup>2</sup> Diese Urteile liegen zwar im Grossen und Ganzen auf der Linie der bisherigen Rechtsprechung. Doch hat die Anwendung der in der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze auf Rechtshandlungen und geschäftliche Massnahmen von Grossunternehmen, die in finanziellen Schwierigkeiten stecken, zu Urteilen geführt, die zwar im Ergebnis kaum zu beanstanden sind, jedoch nur schwer erkennen lassen, wie sich die betreffenden Schuldner vernünftigerweise hätten verhalten sollen (und was folglich Schuldner in der derzeitigen Krise unter anfechtungsrechtlichen Gesichtspunkten tun dürfen).

Zwei Bundesgerichtsurteile vom 24. Februar 2010<sup>3</sup> betreffend die paulianische Anfechtung der Zahlung von Darlehenszinsen – beide in der *causa* «Swissair» ergangen – sind nun offenkundig von der Absicht des Gerichts getragen, die Bemühungen eines Schuldners in finanziellen Schwierigkeiten nicht allzu sehr durch das Risiko einer paulianischen Anfechtung einzuschränken und so die Interessen der Gläubigersamtheit besser zu wahren.

Der vorliegende Beitrag stellt die beiden Urteile dar und analysiert sie (II. und III.). Anschliessend werden im Lichte der neuen Rechtsprechung die Bezüge zwischen der Absichtsanfechtung und der aktienrechtlichen Sorgfaltspflicht der Organe untersucht (IV.), ergeben sich Verhaltensanweisungen an die Organe einer um ihr Überleben kämpfenden

Aktiengesellschaft doch nicht nur aus den Tatbeständen der paulianischen Anfechtung, sondern auch aus dem Aktienrecht.

## II. Die Bundesgerichtsurteile vom 24. Februar 2010

### 1. Sachverhalt

1992 gewährten verschiedene Kantonalbanken der Swissair Schweizerische Luftverkehr-Aktiengesellschaft («Swissair») einen Konsortialkredit über 30 Millionen Franken mit einer festen Laufzeit von zehn Jahren. Und die Banque LBLux. S.A. («LBLux») gewährte der Swissair ein Darlehen in der Höhe von 20 Millionen Franken. Das Darlehen wie auch der Konsortialkredit waren jährlich zu 7¾% zu verzinsen.<sup>4</sup> Am 17. September 2001 zahlte die SAirGroup AG («SAirGroup») für den Konsortialkredit Zinsen in der Höhe von ca. 2,3 Millionen Franken,<sup>5</sup> am 28. September 2001 zahlte sie im Rahmen des Darlehensvertrages Zinsen von ca. 1,5 Millionen Franken.<sup>6</sup> Am 2. Oktober 2001 kam der Flugbetrieb der SAirGroup zum Erliegen, am 4. Oktober stellte sie ein Gesuch um provisorische Nachlassstundung, das am Folgetag vom Bezirksgericht Zürich bewilligt wurde, und am 26. Juni 2003 erwuchs die Verfügung, mit welcher der Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung bestätigt worden war, in Rechtskraft.<sup>7</sup>

Der Gläubigerausschuss der SAirGroup verzichtete darauf, die allfälligen Anfechtungsansprüche gegen die Kantonalbanken und die LBLux geltend zu machen, und trat sie im Umfang der Zinszahlungen vom 17. bzw. 28. September 2001 an die IG Swissair Obligationäre GmbH («IG Swissair») ab.<sup>8</sup> Im September 2005 erhob die IG Swissair beim Handelsgericht des Kantons Zürich Anfechtungsklage gegen die Zürcher Kantonalbank (als Konsortialführerin) und die LBLux und verlangte die Rückerstattung der bezahlten Zinsen. Das Handelsgericht wies beide Klagen ab.<sup>9</sup> Daraufhin gelangte die IG Swissair in beiden Verfahren mit einer auf Art. 288 SchKG abgestützten Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht.<sup>10</sup>

<sup>2</sup> Siehe insbesondere BGE 134 III 452 (*SAirGroup in Nachlassliquidation gegen Zürcher Kantonalbank*; Rückzahlung eines Darlehens); BGE 134 III 615 (*Tempus Concept SA in Nachlassliquidation gegen PricewaterhouseCoopers SA*; Bezahlung des Honorars für die Tätigkeit als Revisionsstelle bzw. für eine Beratungstätigkeit); BGE 135 III 265 (*Swissair Schweizerische Luftverkehr-Aktiengesellschaft in Nachlassliquidation gegen Flughafen Zürich AG*; Bezahlung von Flughafengebühren); BGE 135 III 276 (*Swissair Schweizerische Luftverkehr-Aktiengesellschaft in Nachlassliquidation gegen Air Total (Suisse) SA und Air Total International*; Bezahlung von Treibstofflieferungen); Urteil 5A\_64/2008 des Bundesgerichts vom 14. Oktober 2008 (Bezahlung von Verwaltungsratshonoraren); Urteil 5A\_386/2008 des Bundesgerichts vom 6. April 2009 (*SAirGroup in Nachlassliquidation gegen Z. Bank*; Rückzahlung eines Darlehens im Rahmen eines Betriebsmittelrahmenkredits); BGE 135 III 513 (*Schweizerische Eidgenossenschaft et al. gegen B. und D.*; Verkauf von Genossenschaftsanteilen); Urteil 5A\_420/2008 des Bundesgerichts vom 28. Mai 2009 (*SAirGroup in Nachlassliquidation gegen X.*; Zahlungen im Rahmen einer «share swap»-Transaktion); Urteil 5A\_116/2009 des Bundesgerichts vom 28. September 2009 (*SAirGroup in Nachlassliquidation gegen Bank X.*; Rückzahlung eines Darlehens im Rahmen eines Geldmarktkredits); Urteil 5A\_567/2009 des Bundesgerichts vom 11. Juni 2010 (*Swissair Schweizerische Luftverkehr-Aktiengesellschaft in Nachlassliquidation gegen X. Ltd.*; Bezahlung von Treibstofflieferungen).

<sup>3</sup> Urteil 5A\_750/2008 des Bundesgerichts vom 24. Februar 2010 und BGE 136 III 247 (Urteil 5A\_758/2008 des Bundesgerichts vom 24. Februar 2010).

<sup>4</sup> Urteil 5A\_750/2008 des Bundesgerichts vom 24. Februar 2010, Sachverhalt A bzw. BGE 136 III 247 (248), Sachverhalt A.

<sup>5</sup> Urteil 5A\_750/2008 des Bundesgerichts vom 24. Februar 2010, Sachverhalt A.

<sup>6</sup> BGE 136 III 247 (248), Sachverhalt A.

<sup>7</sup> BGE 136 III 247 (248), Sachverhalt A und Urteil 5A\_750/2008 des Bundesgerichts vom 24. Februar 2010, Sachverhalt B.

<sup>8</sup> Urteil 5A\_750/2008 des Bundesgerichts vom 24. Februar 2010, Sachverhalt C bzw. BGE 136 III 247 (248), Sachverhalt B.

<sup>9</sup> BGE 136 III 247 (248), Sachverhalt B und Urteil 5A\_750/2008 des Bundesgerichts vom 24. Februar 2010, Sachverhalt D.

<sup>10</sup> BGE 136 III 247 (248), Sachverhalt C und Urteil 5A\_750/2008 des Bundesgerichts vom 24. Februar 2010, Sachverhalt E. Im

## 2. Erwägungen

Das Bundesgericht äussert sich in beiden Urteilen zuerst zum Zweck der paulianischen Anfechtung. Dann prüft es, ob die Zinszahlungen eine Gläubigerschädigung bedeuteten.

### a. Zweck der paulianischen Anfechtung

«Die Anfechtungsklage gemäss Art. 285 ff. SchKG ist ein im Dienst der Gläubigergleichbehandlung stehendes Instrument [...]».

Durch die Rückführung von Vollstreckungssubstrat in die Masse wird die dem Insolvenzrecht zugrunde liegende Maxime der Gläubigergleichbehandlung (Art. 197 Abs. 1 SchKG, unter Vorbehalt von Art. 219 SchKG) gewissermassen auf die Verdachtsperiode vorverlagert. In diesem Stadium kann jedoch die Gleichbehandlung der Gläubiger weder absolute Maxime noch Selbstzweck sein; insofern handelt es sich bei der Anfechtungsklage um einen Ausnahmetatbestand, der seiner Natur nach restriktiv zu handhaben ist. Es darf insbesondere nicht aus den Augen verloren gehen, dass zivilrechtliches Handeln immer auch vor dem Hintergrund der Insolvenzbeständigkeit vor sich geht. Es ist im Geschäftsverkehr einerlei, ob ein Rechtsgeschäft durch eine allfällige Anfechtungsklage zivilrechtlich dahinfällt oder ob lediglich die Vollstreckung in die empfangenen Vermögenswerte zu dulden ist; unabhängig von der rechtlichen Ausgestaltung des Institutes der Anfechtung bzw. von der technischen Umsetzung ist das Vertrauen in die Beständigkeit zivilrechtlich gültig geschlossener Verträge und damit die Rechtssicherheit betroffen.

In diesem Sinn geht es beim Institut der Anfechtungsklage nicht darum, den Schuldner faktisch seiner Handlungsfähigkeit zu berauben und ihn zu immobilisieren, zumal damit in der Regel seine sofortige Konkursreife herbeigeführt würde, was selten im Interesse der Gläubigersamtheit liegen dürfte. Dem Schuldner muss mit anderen Worten selbst in schwierigen Zeiten bzw. bei finanziell angespannter Lage eine normale Geschäftstätigkeit möglich sein (...), und auch sachlich motivierte Entscheide des Schuldners im Rahmen dieser Tätigkeit können naturgemäss eine Ungleichbehandlung der Gläubiger beinhalten. Die Anfechtungsklage soll dort greifen, wo es um unlautere Machenschaften geht, wie es namentlich der Fall ist, wenn Vollstreckungssubstrat beiseite geschafft worden ist, das sich bei normalem Geschäftsgebaren in der Masse noch vorgefunden hätte.»<sup>11</sup>

erstgenannten Verfahren hatte sich die *IG Swissair* vor Handelsgericht auch auf die Überschuldungsanfechtung (Art. 287 SchKG) berufen. Das Handelsgericht wies die Klage indessen auch in dieser Hinsicht ab, denn die Zinsforderung war fällig, womit keine «Zahlung einer nicht verfallenen Schuld» (Art. 287 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG) vorlag (vgl. BGE 136 III 247 [248], Sachverhalt B).

<sup>11</sup> BGE 136 III 247 (249 f.) E. 2 und Urteil 5A\_750/2008 des Bundesgerichts vom 24. Februar 2010, E. 2.

### b. Gläubigerschädigung

Das Zürcher Handelsgericht hatte die Gläubigerschädigung in beiden Fällen bejaht, woraufhin die Beschwerdeführerin (*IG Swissair*) sich vor Bundesgericht auf die subjektiven Tatbestandsmerkmale der Absichtsanfechtung, also die Schädigungsabsicht des Schuldners und die Erkennbarkeit dieser Absicht für den Begünstigten, konzentrierte. Im Rahmen seiner Rechtsanwendung von Amtes wegen<sup>12</sup> prüfte das Bundesgericht indessen zuerst, ob eine Gläubigerschädigung vorliegt (was es schliesslich verneinte, sodass es auf die Schädigungsabsicht und deren Erkennbarkeit nicht ankam).<sup>13</sup>

#### aa. Im Allgemeinen

Der Tatbestand der Absichtsanfechtung setzt voraus, dass die angefochtene Rechtshandlung des Schuldners die Gläubiger tatsächlich geschädigt hat, bezweckt die Anfechtung doch, Vermögenswerte der Zwangsvollstreckung zuzuführen, die ihr durch eine anfechtbare Rechtshandlung entzogen worden sind (Art. 285 Abs. 1 SchKG).<sup>14</sup> Eine Gläubigerschädigung bedeutet eine «Schädigung der anderen Gläubiger durch eine Beeinträchtigung ihrer Exekutionsrechte [...], indem ihre Befriedigung im Rahmen der General- oder Spezialexécution oder ihre Stellung im Vollstreckungsverfahren wegen der Bevorzugung des einen Gläubigers beeinträchtigt wird».<sup>15</sup> Es geht bei der Absichtsanfechtung um die «Wiedergutmachung eines den Gläubigern zugefügten wirtschaftlichen Nachteils».<sup>16</sup>

An einer Schädigung fehlt es in der Regel, wenn die angefochtene Rechtshandlung im *Austausch gleichwertiger Leistungen* besteht.<sup>17</sup> Ein solcher Austausch liegt beispielsweise vor, wenn der Schuldner gegen Bestellung eines Pfandes ein Darlehen erhält oder er ihm gehörende Sachen gegen Zahlung des vollen Gegenwertes veräussert.<sup>18</sup> Gibt der Schuldner demgegenüber Geld oder andere Vermögenswerte zum blossen Zweck der Tilgung einer Forderung hin, so tauscht er für seine Leistung keine Gegenleistung ein, und eine Schädigung der Gläubiger ist nicht von vornherein ausgeschlossen.<sup>19</sup>

<sup>12</sup> Art. 106 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110).

<sup>13</sup> BGE 136 III 247 (251 f.) E. 4 bzw. Urteil 5A\_758/2008 des Bundesgerichts vom 24. Februar 2010, E. 8; Urteil 5A\_750/2008 des Bundesgerichts vom 24. Februar 2010, E. 4 und 4.5.

<sup>14</sup> Urteil 5A\_750/2008 des Bundesgerichts vom 24. Februar 2010, E. 3.

<sup>15</sup> BGE 136 III 247 (250) E. 3.

<sup>16</sup> Urteil 5A\_750/2008 des Bundesgerichts vom 24. Februar 2010, E. 3.

<sup>17</sup> BGE 136 III 247 (251) E. 3; Urteil 5A\_750/2008 des Bundesgerichts vom 24. Februar 2010, E. 3.

<sup>18</sup> BGE 136 III 247 (251) E. 3.

<sup>19</sup> BGE 136 III 247 (251) E. 3.

«Das Bundesgericht hat den Austausch von Leistungen mit Blick auf die Wahrung des Vollstreckungssubstrates zu meist aufgrund der zeitlichen Abfolge beurteilt. Erfolgte die Leistung vorgängig oder gleichzeitig, so liegt in der Regel keine Gläubigerschädigung vor, wenn sie gleichwertig ist»;<sup>20</sup> so bei der Bestellung eines Pfandes gegen Gewährung eines Darlehens.<sup>21</sup> «Eine nachträgliche Leistung wird hingegen meist nicht als gleichwertige Gegenleistung betrachtet»;<sup>22</sup> so bei der Bezahlung von bereits gelieferter Ware und von schon beanspruchten Dienstleistungen.<sup>23</sup> Nach Auffassung des Bundesgerichts kann dieser zeitliche Zusammenhang als Ansatz «durchaus hilfreich sein bei der Umschreibung der gleichwertigen Gegenleistung und dient damit einer vertretbaren Erfassung der Gläubigerschädigung».<sup>24</sup>

An einer Gläubigerschädigung fehlt es grundsätzlich auch dann, wenn «die anderen Gläubiger auch bei richtigem Verhalten des Schuldners zum gleichen Verlust gekommen wären» (sogenanntes *rechtmässiges Alternativverhalten*), der Stand des Vermögens des Schuldners ohne die angefochtene Rechtshandlung im Zeitpunkt der Konkurseröffnung somit der gleiche wäre wie der tatsächlich bestehende.<sup>25</sup>

#### bb. Zahlung von Darlehenszinsen und Austausch gleichwertiger Leistungen

Entsprechend den allgemeinen Grundsätzen über den Austausch gleichwertiger Leistungen ist «beim Darlehensvertrag die Rückzahlung nicht eine (gleichwertige) Gegenleistung für die Hingabe des Darlehensbetrages, sondern die Erfüllung der mit der Darlehensaufnahme eingegangenen Pflicht zu späterer Rückzahlung; sie bewirkt deshalb – unter Vorbehalt von Konkursprivilegien und dinglichen Vorrechten – in der Regel eine Schädigung der anderen Gläubiger (...)».<sup>26</sup> Das Vollstreckungssubstrat wird vermindert und der befriedigte Gläubiger gegenüber den verbleibenden Gläubigern begünstigt.<sup>27</sup>

Der *Darlehenszins* ist das «Entgelt und damit die – bei marktpreisüblichen Zinssätzen gleichwertige – *Gegenleistung für das Zurverfügungstellen von Kredit*», wobei sich das «Austauschverhältnis nicht auf die Geldhingabe bei der Gewährung des Darlehens, sondern auf die fortgesetzte Wert-

gebrauchsüberlassung der Valuta, mithin auf das durative Element bezieht».<sup>28</sup> «Indes kommt dieser Betrachtungsweise nur hilfsweise Bedeutung zu. Massgebend ist schliesslich der vollstreckungsrechtliche Aspekt der Beeinträchtigung der Exekutionsrechte der Gläubiger (...)».<sup>29</sup>

Für die anfechtungsrechtliche Beurteilung der Zinszahlung kommt es auch auf den zeitlichen Zusammenhang von Leistung und Gegenleistung an. Diesbezüglich ist es aus Sicht des Bundesgerichts «nicht entscheidend, dass die Zinszahlung, soweit sie postnumerando erfolgt, die Gegenleistung für die Kreditierung während der vorangegangenen Periode ist, besteht doch zwischen der Zahlung von Waren (...) und der Zinszahlung in dem Sinn keine Analogie, als der Darlehensvertrag im Unterschied zum Kaufvertrag durativer Natur und die Zinszahlung typischerweise von Periodizität geprägt ist. Der regelmässige Zinsendienst stellt die fortgesetzte Wertüberlassung sicher und insofern besteht wirtschaftlich ein permanenter Ausgleich zwischen Wert und Gegenwert.»<sup>30</sup> Anders verhält es sich dann, wenn am Ende der Laufzeit ein Einmalzins entrichtet wird oder wenn aufgelaufene Zinsen, die längst fällig waren, nachträglich bezahlt werden, insbesondere zusammen mit der Rückzahlung des Darlehens;<sup>31</sup> «hier dient die Zinsleistung nicht mehr dem weiteren Zurverfügungstellen von Kredit, weshalb sie in diesem speziellen Fall nicht als gleichwertige Gegenleistung für die fortgesetzte Gebrauchsüberlassung betrachtet werden kann und folglich mit Bezug auf das Tatbestandsmerkmal der Gläubigerschädigung das Schicksal der Darlehensrückzahlung teilen muss (...)».<sup>32</sup> Ebenso liegt im Fall der Bezahlung von höheren Zinsen als ursprünglich von den Parteien vereinbart mangels des geforderten Zusammenhangs zwischen Leistung und Gegenleistung kein Austausch gleichwertiger Leistungen vor.<sup>33</sup>

In beiden Urteilen betont das Bundesgericht sodann, dass die Zinszahlungen keine *Zinsmachenschaften* darstellen, welche von «unlauteren Absichten» getragen wären und in der Regel der Begünstigung bestimmter Gläubiger dienen würden (zum Beispiel vorzeitige oder höhere Zahlungen).<sup>34</sup> «Vielmehr geht es vorliegend um einen langjährigen Kreditvertrag, bei welchem die Zinsen stets unmittelbar nach dem Fälligkeitsdatum in der von den Parteien

<sup>20</sup> Urteil 5A\_750/2008 des Bundesgerichts vom 24. Februar 2010, E. 3 (Hervorhebung hinzugefügt).

<sup>21</sup> Urteil 5A\_750/2008 des Bundesgerichts vom 24. Februar 2010, E. 3.

<sup>22</sup> Urteil 5A\_750/2008 des Bundesgerichts vom 24. Februar 2010, E. 3.

<sup>23</sup> Urteil 5A\_750/2008 des Bundesgerichts vom 24. Februar 2010, E. 3.

<sup>24</sup> Urteil 5A\_750/2008 des Bundesgerichts vom 24. Februar 2010, E. 3.

<sup>25</sup> BGE 136 III 247 (250 f.) E. 3.

<sup>26</sup> BGE 136 III 247 (251) E. 3 (Hervorhebung hinzugefügt).

<sup>27</sup> Urteil 5A\_750/2008 des Bundesgerichts vom 24. Februar 2010, E. 4.2.

<sup>28</sup> BGE 136 III 247 (252) E. 5 (Hervorhebung hinzugefügt); vgl. auch das Urteil 5A\_750/2008 des Bundesgerichts vom 24. Februar 2010, E. 4.3.

<sup>29</sup> Urteil 5A\_750/2008 des Bundesgerichts vom 24. Februar 2010, E. 4.3.

<sup>30</sup> BGE 136 III 247 (253) E. 6 (Hervorhebungen hinzugefügt).

<sup>31</sup> BGE 136 III 247 (253) E. 6; Urteil 5A\_750/2008 des Bundesgerichts vom 24. Februar 2010, E. 4.2.

<sup>32</sup> BGE 136 III 247 (253) E. 6.

<sup>33</sup> Urteil 5A\_750/2008 des Bundesgerichts vom 24. Februar 2010, E. 4.2.

<sup>34</sup> BGE 136 III 247 (253 f.) E. 6; Urteil 5A\_750/2008 des Bundesgerichts vom 24. Februar 2010, E. 4.4.

vereinbarten Höhe, mithin gewissermassen routinemässig bzw. automatisch beglichen wurden; im Übrigen wurde der Kredit nach der termingerecht erfolgten Zinszahlung, die vorliegend angefochten ist, anstandslos weitergeführt. Das heisst mit anderen Worten, dass der Vertrag von beiden Seiten über alle Jahre hinweg und auch nach der angefochtenen Zahlung stets respektiert worden ist.<sup>35</sup> Die «*automatische Begleichung fälliger Zinsen im Rahmen eines langjährigen Kreditvertrages [ist] unter anfechtungsrechtlichen Gesichtspunkten unbedenklich*».<sup>36</sup> Daraus zieht das Bundesgericht im Urteil in Sachen *LBLux* unter Hinweis auf seine Ausführungen zum Zweck der paulianischen Klagen den Schluss, dass «der Zinsendienst zur gewöhnlichen Geschäftstätigkeit zu zählen [ist], welche dem Schuldner auch in einem schwierigen wirtschaftlichen Umfeld bzw. bei angespannter finanzieller Lage möglich sein muss».<sup>37</sup> Im Urteil in Sachen *Kantonalbanken* folgert das Gericht, dass die Zahlung des fälligen Zinses «[i]n Anbetracht der konkreten Ausgestaltung und Abwicklung des langjährigen Kreditverhältnisses [...] als gleichwertige Gegenleistung der Schuldnerin für das Zurverfügungstellen von betriebsnotwendigen finanziellen Mitteln zu betrachten [ist]», und zwar nicht als eine nachträgliche, sondern eine gleichzeitige Gegenleistung.<sup>38</sup>

Die Banken haben nach der Überweisung des Zinses den *Kredit aufrechterhalten*. Aus der Sicht des Bundesgerichts ist es entscheidend, «dass aufgrund der regelmässigen und termingerechten Zinszahlung die Darlehenssumme beim Schuldner belassen worden ist und sich unabhängig von der Verwendung jedenfalls in dem Sinn wertmässig in der Masse wiederfindet, als diese im Umfang des nicht zurückbezahlten Kapitals grösser ist».<sup>39</sup> Die Nachlassmasse wurde somit nicht durch Rückzahlung des Darlehensbetrages geschmälert.<sup>40</sup>

Schliesslich hält das Bundesgericht fest, dass die Banken bereits die *Kapitalforderung verloren* haben bzw. hierfür nur eine Konkursdividende erhalten.<sup>41</sup> «Vor dem Hintergrund des Zwecks der Anfechtungsklage, die Begünstigung einzelner Gläubiger zu verhindern, wäre nicht einsichtig, weshalb der Gläubiger, der bereits die Darlehensforderung verliert bzw. hierfür nur eine Konkursdividende erhält, auch noch die Zinsen zurückzahlen soll, welche die Gegenleistung für die fortgesetzte Wertgebrauchsüberlassung der Valuta darstellten.»<sup>42</sup>

<sup>35</sup> BGE 136 III 247 (254) E. 6; im gleichen Sinn das Urteil 5A\_750/2008 des Bundesgerichts vom 24. Februar 2010, E. 4.4.

<sup>36</sup> Urteil 5A\_750/2008 des Bundesgerichts vom 24. Februar 2010, E. 4.4 (Hervorhebung hinzugefügt).

<sup>37</sup> BGE 136 III 247 (254) E. 6.

<sup>38</sup> Urteil 5A\_750/2008 des Bundesgerichts vom 24. Februar 2010, E. 4.4.

<sup>39</sup> BGE 136 III 247 (254 f.) E. 7.

<sup>40</sup> Urteil 5A\_750/2008 des Bundesgerichts vom 24. Februar 2010, E. 4.4.

<sup>41</sup> Urteil 5A\_750/2008 des Bundesgerichts vom 24. Februar 2010, E. 4.4.

<sup>42</sup> BGE 136 III 247 (255) E. 7.

Insgesamt lag somit in beiden Fällen *keine Gläubigerschädigung* vor: «weder eine Benachteiligung der Gläubigerschaft insgesamt noch die Begünstigung einzelner Gläubiger zum Nachteil der anderen».<sup>43</sup>

### III. Bemerkungen zu den Bundesgerichtsurteilen vom 24. Februar 2010

Die beiden Bundesgerichtsurteile liefern einerseits eine gewisse Klarstellung zum Zweck der paulianischen Anfechtung, andererseits eine in bestimmter Hinsicht neue Auslegung des Tatbestandselements der Gläubigerschädigung.

#### 1. Zweck der paulianischen Anfechtung

##### a. Grundsatz der relativen Gläubigergleichbehandlung

Inhalt und Stellenwert des Grundsatzes der Gläubigergleichbehandlung sind bei der Bestimmung des Zwecks der paulianischen Anfechtung und damit bei der Anwendung der verschiedenen Anfechtungstatbestände von entscheidender Bedeutung. Während das Bundesgericht schon die Auffassung vertrat, die Gleichbehandlung der Gläubiger sei die *ratio legis* oder ein selbständiger Zweck von Art. 288 SchKG bzw. der paulianischen Anfechtung,<sup>44</sup> hielt es in anderen Urteilen und hält es nun auch vorliegend lediglich fest, dass der Tatbestand der Absichtsanfechtung im Lichte des Gleichbehandlungsgrundsatzes auszulegen sei bzw. die Anfechtungsklagen «*im Dienst der Gläubigergleichbehandlung*» stünden.<sup>45</sup>

Dass die paulianische Anfechtung im Dienst der Gläubigergleichbehandlung steht, bedeutet, dass die der Zwangsvollstreckung zuzuführenden Vermögenswerte nach Massgabe des materiellen Konkursrechts, also, unter Vorbehalt der Rangordnung von Art. 219 Abs. 4 SchKG, entsprechend dem Gleichbehandlungsprinzip, allen Gläubigern zukommen sollen. Bei der mit der paulianischen Anfechtung verbundenen Vorverlagerung des Grundsatzes einer absoluten Gleichbehandlung der Gläubiger auf die Verdachtsperiode setzt das Bundesgericht an: «In diesem Stadium kann [...] die Gleichbehandlung der Gläubiger weder absolute Maxime noch Selbstzweck sein»; es gehe bei der Anfechtungsklage «nicht darum, den Schuldner faktisch seiner Handlungsfähigkeit zu berauben und ihn zu immobilisieren [...]. [S]achlich motivierte Entscheide des Schuldners im Rahmen

<sup>43</sup> Urteil 5A\_758/2008 des Bundesgerichts vom 24. Februar 2010, E. 8.

<sup>44</sup> BGE 134 III 615 (620) E. 4.3; 134 III 273 (282) E. 4.4.1.

<sup>45</sup> BGE 135 III 276 (283) E. 6.3.2; BGE 136 III 247 (249) E. 2; Urteil 5A\_750/2008 des Bundesgerichts vom 24. Februar 2010, E. 2.

[der normalen Geschäftstätigkeit] können naturgemäss eine Ungleichbehandlung der Gläubiger beinhalten.»<sup>46</sup> Damit hat das Bundesgericht einen *anfechtungsrechtlichen Grundsatz der relativen Gleichbehandlung der Gläubiger während der Verdachtsperiode* aufgestellt: Sachlich gerechtfertigte Ungleichbehandlungen von Gläubigern im Rahmen der normalen Geschäftstätigkeit des Schuldners sollen kein Grund für eine Anfechtung seiner Rechtshandlungen sein.

Als Aussage zum Zweck der paulianischen Anfechtung ist der Grundsatz der relativen Gleichbehandlung der Gläubiger bei der Auslegung und Anwendung *aller drei Tatbestandsmerkmale* der Absichtsanfechtung bedeutsam. Am nächsten scheint der Bezug zur Schädigungsabsicht zu liegen: Wer auf der Basis «sachlich motivierter Entscheide» handelt, hat, jedenfalls im subjektiven Sinn, keine Schädigungsabsicht.<sup>47</sup> Das Bundesgericht hat indessen beide Fälle ausschliesslich unter dem Titel der Gläubigerschädigung abgehandelt, und es nimmt dort auch auf seine Ausführungen zum Zweck der paulianischen Anfechtung Bezug. Welchen Stellenwert es der relativen Gleichbehandlung der Gläubiger bei dieser Tatbestandsvoraussetzung im Einzelnen einräumt, geht aus den Erwägungen des Gerichts indessen nicht klar hervor.<sup>48</sup>

### b. Normale Geschäftstätigkeit als sachlicher Grund für eine Ungleichbehandlung von Gläubigern

Zur normalen Geschäftstätigkeit, die dem Schuldner möglich sein muss und Ungleichbehandlungen seiner Gläubiger rechtfertigt, gehört unter anderem die Zahlung von Darlehenszinsen (falls mit ihnen keine Zinsmachenschaften verbunden sind).<sup>49</sup> Das soll selbst dann gelten, wenn der Schuldner keinen Gewinn mehr erwirtschaftet, solange nur die

Geschäftstätigkeit noch gewinnstrebig ist.<sup>50</sup> Man wird allgemein, über den Zinsendienst hinaus, die *Finanzierung des Schuldners* zu seiner normalen Geschäftstätigkeit zählen.<sup>51</sup> Doch ist in jedem Einzelfall zu prüfen, ob die Rechtshandlung des Schuldners, die seiner Finanzierung dient, im Rahmen eines Austausches gleichwertiger Leistungen (im Sinne der neuen bundesgerichtlichen Rechtsprechung) erfolgt ist.

Indessen leuchtet mit Blick auf den Zweck der paulianischen Anfechtung nicht ohne Weiteres ein, dass eine Gesellschaft, die in finanziellen Schwierigkeiten steckt und um ihr wirtschaftliches Überleben kämpft, ihren ungleichen Umgang mit konkurrierenden, möglicherweise nicht voll gedeckten Ansprüchen von Gläubigern mit dem Hinweis auf ihre «normale Geschäftstätigkeit» rechtfertigen können soll.<sup>52</sup> Der Rechtfertigungsgrund sollte eher in Erfolg versprechenden Anstrengungen zur Rückkehr zur «Normalität», also in der *Sanierung*, einschliesslich einer allfälligen Restrukturierung und Refinanzierung, liegen. Eine Sanierung schliesst in einem gewissen, allenfalls aber neu zu bestimmenden Ausmass die Aufrechterhaltung der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit ein, ist aber nicht auf sie beschränkt. Das Bundesgericht hat jedoch den Gleichbehandlungsgrundsatz nicht relativiert, um Sanierungsbemühungen des Schuldners anfechtungsrechtlich zu erleichtern; von solchen Bemühungen ist in den beiden Urteilen keine Rede. Gleichwohl sollte die «normale Geschäftstätigkeit» mit Rücksicht auf die Sanierungsbedürftigkeit und auch die Sanierungsfähigkeit des Schuldners definiert werden: Die «normale Geschäftstätigkeit» rechtfertigt eine Ungleichbehandlung der Gläubiger dann, wenn die betreffende Rechtshandlung des Schuldners und insofern die *Fortführung der normalen Geschäftstätigkeit Voraussetzung oder Bestandteil einer Erfolg versprechenden Sanierung* sind. Dass der Schuldner noch immer «gewinnstrebig» sein Geschäft betreibt (wenn auch ohne einen Gewinn zu erzielen),<sup>53</sup> reicht für sich allein nicht aus. Von der Fortführung der normalen Geschäftstätigkeit profitieren die Gläubiger nur dann, wenn parallel zu ihr Massnahmen zur Sanierung des Unternehmens ergriffen werden, sodass die Geschäftstätigkeit einen Beitrag zur Gesundung des Unternehmens leistet. Insbesondere rechtfertigen Leistungen im Zusammenhang mit der Finanzierung des Schuldners eine Ungleichbehandlung von Gläubigern nur, wenn die betreffende Finanzierung zur Sanierung des Schuldners gehört oder sie ermöglicht. Das lässt sich gegebenenfalls für die Bezahlung von Darlehenszinsen, dank derer eine Kredit-

<sup>46</sup> BGE 136 III 247 (249 f.) E. 2; Urteil 5A\_750/2008 des Bundesgerichts vom 24. Februar 2010, E. 2; in diesem Sinn auch schon HANS-UELI VOGT, Krisenmanagement unter dem Damoklesschwert der paulianischen Anfechtung. Die neuere Bundesgerichtspraxis zur Absichtsanfechtung nach Art. 288 SchKG, GesKR 2009, 163 ff., 177: «Eine paulianische Anfechtung allein wegen einer Ungleichbehandlung von Gläubigern zuzulassen, bedeutet eine Immobilisierung jedes Schuldners, der mit einer Anfechtung seiner Rechtshandlungen rechnet. [...] Wer alle gleich behandeln muss [...], der kann praktisch nicht handeln. [...] Auf einen nicht konkursiten, der freien Marktwirtschaft ausgesetzt, möglicherweise um sein Überleben kämpfenden Schuldner darf das Regime der Gleichbehandlung grundsätzlich nicht erstreckt werden» (Hervorhebungen unterdrückt).

<sup>47</sup> Im Urteil 5A\_386/2008 des Bundesgerichts vom 6. April 2009 stehen die Ausführungen zum Spannungsverhältnis zwischen Gläubigergleichbehandlung und Aufrechterhaltung der normalen Geschäftstätigkeit denn auch in den Erwägungen zur Schädigungsabsicht (E. 4.3).

<sup>48</sup> Siehe hierzu hinten III.2.b.aa.

<sup>49</sup> BGE 136 III 247 (253 f.) E. 6.

<sup>50</sup> So BGE 136 III 247 (253) E. 6; siehe jedoch sogleich im Text.

<sup>51</sup> Im Urteil 5A\_386/2008 des Bundesgerichts vom 6. April 2009 verlangte das Gericht demgegenüber einen direkten Zusammenhang mit dem «operativen Geschäft» (E. 4.3).

<sup>52</sup> In diesem Sinn auch das Urteil 5A\_567/2009 des Bundesgerichts vom 11. Juni 2010, wonach eine Zahlung am Tag des Gesuchs um provisorische Nachlassstundung nicht mehr zur normalen Geschäftstätigkeit zu rechnen sei (E. 3.3).

<sup>53</sup> BGE 136 III 247 (253) E. 6.

finanzierung fortgesetzt werden kann, durchaus sagen. Es kann dies aber auch für die Rückzahlung eines Darlehens zutreffen, wenn sie im Rahmen einer sanierungsbedingten Refinanzierung des Schuldners erfolgt.<sup>54</sup>

Ob eine Rechtshandlung des Schuldners einen genügenden Bezug zu seiner normalen Geschäftstätigkeit aufweist (und insbesondere auch, wie hier postuliert wird, zur Sanierung des Schuldners), soll das mit einer Anfechtungsklage befasste Gericht nicht im Nachhinein gestützt auf seine eigene Beurteilung der damaligen Situation umfassend prüfen. Erforderlich, aber auch genügend ist seitens des Schuldners ein «*sachlich motivierter Entscheid*».<sup>55</sup> Liegen keine sachfremden Motive vor, ist die Ungleichbehandlung der Gläubiger gerechtfertigt. Mit dem Grundsatz der relativen Gleichbehandlung der Gläubiger während der Verdachtsperiode sollte somit eine anfechtungsrechtliche *business judgment rule* verknüpft sein.<sup>56</sup>

### c. Rückgängigmachung bzw. Verhinderung unlauterer Machenschaften als Zweck der paulianischen Anfechtung

In seinen beiden Urteilen vom 24. Februar 2010 scheint das Bundesgericht neben der sachlichen Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung von Gläubigern im Rahmen der normalen Geschäftstätigkeit noch einen anderen allgemeinen Massstab zur Beurteilung der Anfechtbarkeit einer Rechtshandlung aufzustellen, wenn es sagt, die Anfechtungsklage solle dort greifen, «wo es um unlautere Machenschaften geht, wie es namentlich der Fall ist, wenn Vollstreckungssubstrat beiseite geschafft worden ist, das sich bei normalem Geschäftsgebaren in der Masse noch vorgefunden hätte».<sup>57</sup> Man wird dieses (anfechtungsrechtliche) Verbot unlauterer Machenschaften mit dem Gebot, sachlich motivierte Entscheide im Rahmen der normalen Geschäftstätigkeit zu

treffen, im Prinzip gleichsetzen können.<sup>58</sup> Immerhin hat *in casu* bei der Beurteilung der Zinszahlungen vor allem die langjährige, routinemässige Geschäftsabwicklung gegen Machenschaften der Schuldnerin gesprochen,<sup>59</sup> also weniger das Vorliegen eines sachlich motivierten Entscheides als die Tatsache, dass die Schuldnerin *nicht konkret und gezielt die betreffenden Gläubiger bevorzugt* hat.<sup>60</sup>

Der Zweck der Rückgängigmachung bzw. Verhinderung unlauterer Machenschaften wirft Fragen zum *Verhältnis zwischen dem Tatbestandsmerkmal der Gläubigerschädigung und jenem der Schädigungsabsicht* auf (nachdem das Bundesgericht auch die «unlauteren Machenschaften», gleich wie seine übrigen Erkenntnisse zum Zweck der paulianischen Anfechtung, ins Tatbestandsmerkmal der Gläubigerschädigung einfließen lässt). Bis anhin hätte man es als die Funktion der «Schädigungsabsicht» bezeichnet, im Meer der objektiv nach Art. 288 SchKG anfechtbaren Rechtshandlungen die anfechtungswürdigen zu erfassen. Hier würde sich der Begriff der unlauteren Machenschaften als Konkretisierung anbieten.<sup>61</sup> Die vom Bundesgericht demgegenüber vorgenommene Zuordnung von im Kern subjektiven, wenn auch in der Rechtsanwendung oft objektivierten Faktoren im Verhalten des Schuldners zum Tatbestandsmerkmal der Gläubigerschädigung lässt sich in einer Gesamtschau – Festlegung eines Massstabes dafür, wann eine Bevorzugung eines Gläubigers anfechtungswürdig ist – zwar rechtfertigen, hinterlässt aber dennoch Bedenken, denn mit der Erfüllung des Tatbestandsmerkmals der Gläubigerschädigung steht im Prinzip bereits fest, dass der Schuldner mit Schädigungsabsicht gehandelt hat, sprechen unlautere Machenschaften doch eindeutig für eine Schädigungsabsicht. Eine solche sachlogische Verknüpfung zweier an sich voneinander unabhängiger Tatbestandsmerkmale entspricht kaum einer richtigen Auslegung des Gesetzes; wenn aus zwei Tatbestandsmerkmalen im Ergebnis eines gemacht wird, missachtet man eine im Tatbestand angelegte Differenzierung der rechtlichen Beurteilung.

## 2. Gläubigerschädigung

### a. Austausch gleichwertiger Leistungen: Ausgangspunkt und Grundsatz

Die eigentliche Neuerung, welche die beiden Bundesgerichtsurteile vom 24. Februar 2010 bringen, betrifft die Tat-

<sup>54</sup> Die Rückzahlung eines Darlehens hat mithin nicht entweder einen unmittelbaren operativen Zweck oder bewirkt die Abführung letzter flüssiger Mittel (in diesem Sinn aber das Urteil 5A\_386/2008 des Bundesgerichts vom 6. April 2009, E. 4.3 und das Urteil 5A\_116/2009 des Bundesgerichts vom 28. September 2009, E. 6.3); sie kann im Rahmen einer Sanierung mittelbar zur Fortführung der Geschäftstätigkeit beitragen (siehe auch LUKAS GLANZMANN, Sanierungsdarlehen, ZBJV 2010, 261 ff., 268, 287).

<sup>55</sup> Vgl. Urteil 5A\_758/2008 des Bundesgerichts vom 24. Februar 2010, E. 2 und Urteil 5A\_750/2008 des Bundesgerichts vom 24. Februar 2010, E. 2.

<sup>56</sup> Vgl. zur *business judgment rule* im aktienrechtlichen Zusammenhang hinten IV.1.a.

<sup>57</sup> BGE 136 III 247 (250) E. 2; Urteil 5A\_750/2008 des Bundesgerichts vom 24. Februar 2010, E. 2. – Wenn man den einschlägigen Urteilspassus isoliert und rein sprachlich interpretiert, könnte man gar den Schluss ziehen, die «unlauteren Machenschaften» seien in den Augen des Bundesgerichts der *alleinige* Massstab, um zu bestimmen, wann eine Rechtshandlung anfechtbar ist.

<sup>58</sup> Vgl. die Verknüpfung in BGE 136 III 247 (253 f.) E. 6; sie fehlt im Urteil 5A\_750/2008 des Bundesgerichts vom 24. Februar 2010, E. 4.4.

<sup>59</sup> BGE 136 III 247 (254) E. 6; Urteil 5A\_750/2008 des Bundesgerichts vom 24. Februar 2010, E. 4.4.

<sup>60</sup> Siehe hierzu auch hinten III.2.b.bb.

<sup>61</sup> Das Bundesgericht sagt denn auch, dass Zinsmachenschaften von «unlauteren Absichten» getragen wären (BGE 136 III 247 [254] E. 6; Urteil 5A\_750/2008 des Bundesgerichts vom 24. Februar 2010, E. 4.4 [Hervorhebung hinzugefügt]).

bestandsvoraussetzung der Gläubigerschädigung. Diesbezüglich kommt das Gericht zum Schluss, dass die Zahlung von Darlehenszinsen unter den konkreten Umständen keine Gläubigerschädigung bedeutete; dies aufgrund einer im Vergleich zur bisherigen Rechtsprechung *extensiven Auslegung des (Ausnahme-)Tatbestandes eines Austausches gleichwertiger Leistungen*. Auf der Ebene des Grundsätzlichen bestätigt das Bundesgericht demgegenüber seine etablierte Rechtsprechung zum Begriff der Gläubigerschädigung und zum Austausch gleichwertiger Leistungen.

Mit einer Gläubigerschädigung ist, wenn man sie als das *Ergebnis* einer Rechtshandlung des Schuldners versteht, jede *Beeinträchtigung von Gläubigern in ihren Vollstreckungsrechten* gemeint. Die Beeinträchtigung kann insbesondere darin bestehen, dass die Gläubiger in geringerem Umfang befriedigt werden, als sie es ohne die angefochtene Rechtshandlung würden, sie also einen «wirtschaftlichen Nachteil» erleiden (Gläubigerbenachteiligung),<sup>62</sup> oder darin, dass ihre Stellung im Vollstreckungsverfahren wegen der Bevorzugung eines Gläubigers beeinträchtigt wird (Gläubigerbegünstigung). Der «wirtschaftliche Nachteil» resultiert aus einer Verminderung des Vollstreckungssubstrats.<sup>63</sup> Die Gläubigerschädigung als *Handlung* des Schuldners besteht, wo es um die Erfüllung von Forderungen geht, in jedem Fall darin, dass der Schuldner einen oder mehrere *Gläubiger bevorzugt*.<sup>64</sup>

Eine Verminderung des Vollstreckungssubstrats liegt namentlich bei Schenkungen und schenkungsähnlichen Geschäften des Schuldners vor (die nach Massgabe von Art. 286 SchKG der Schenkungsanfechtung unterliegen, aber auch den Tatbestand der Absichtsanfechtung erfüllen können). Hat der Schuldner demgegenüber im *Austausch* für das, worüber er mit der angefochtenen Rechtshandlung verfügt hat, eine *gleichwertige Leistung* empfangen, so hat seine Rechtshandlung das Vollstreckungssubstrat, wenn man dieses nach Abschluss des Austauschgeschäftes betrachtet, nicht vermindert.<sup>65</sup> (Gleichwertig ist eine Leistung, wenn ihr Wert von den Parteien nach marktüblichen Ansätzen festgelegt worden ist.<sup>66</sup>) Diejenige Tatbestandsvariante der Gläubigerschädigung, die in einer Verminderung des Vollstreckungs-

substrats besteht, ist in einem solchen Fall nicht erfüllt (und dies, obwohl der Schuldner den betreffenden Gläubiger gegenüber den anderen Gläubigern bevorzugt hat). Indessen bedeutet nicht jeder Austausch gleichwertiger Leistungen im hier verstandenen, herkömmlichen Sinn, dass es an einer Gläubigerschädigung fehlt; es kann auch die Tatbestandsvariante der Gläubigerbegünstigung erfüllt sein. Diesbezüglich unterscheidet das Bundesgericht im Prinzip nach dem Kriterium der *zeitlichen Abfolge von Leistung und Gegenleistung*.<sup>67</sup>

- Hat der Schuldner *vorgängig oder Zug um Zug mit dem begünstigten Dritten geleistet*, so hat es mit der Feststellung der Gleichwertigkeit der Leistungen an sich sein Bewenden; es liegt keine Gläubigerschädigung vor.<sup>68</sup>
- Hat der Schuldner demgegenüber *nachträglich geleistet*, so ist darin eine Gläubigerbegünstigung zu sehen; der Ausnahmetatbestand des Austausches gleichwertiger Leistungen kommt nicht zur Anwendung bzw. ist nicht erfüllt.<sup>69</sup> Dabei führt – jedenfalls nach der bisherigen Rechtsprechung – praktisch jede Begünstigung eines Gläubigers zur Anfechtbarkeit der betreffenden Rechtshandlung, und zwar deshalb, weil das Bundesgericht den nachträglich leistenden Schuldner einem absoluten Gleichbehandlungsgebot unterwirft.<sup>70</sup> Ob das Gericht in diesen Fällen fortan den Grundsatz der relativen Gleichbehandlung der Gläubiger bzw. das Verbot unlauterer Machenschaften als Massstab verwendet, ist aufgrund der beiden hier besprochenen Urteile unklar.<sup>71</sup> Dabei hätte eine gut nachvollziehbare Weiterentwicklung der bisherigen Rechtsprechung gerade darin bestanden zu sagen, dass eine Rechtshandlung im Rahmen eines Austausches von gleichwertigen Leistungen bei nachträglicher Leistung des Schuldners nur noch nach Massgabe des Grundsatzes der relativen Gläubigergleichbehandlung

<sup>62</sup> Urteil 5A\_750/2008 des Bundesgerichts vom 24. Februar 2010, E. 3.

<sup>63</sup> Siehe zum Ganzen BGE 136 III 247 (250) E. 3, vgl. auch die nicht amtlich publizierte Erwägung 8 (Urteil 5A\_758/2008 vom 24. Februar 2010): «weder eine Benachteiligung der Gläubigerschaft insgesamt noch die Begünstigung einzelner Gläubiger zum Nachteil der anderen»; sodann etwa BGE 135 III 513 (515) E. 3. 1; 99 III 27 (32 f.) E. 3.

<sup>64</sup> Siehe VOGT (FN 46), 175 f.

<sup>65</sup> BGE 136 III 247 (251) E. 3; 134 III 452 (455) E. 3.1; 134 III 615 (617 f.) E. 4.1 und 4.2.

<sup>66</sup> Siehe das Urteil 5A\_750/2008 des Bundesgerichts vom 24. Februar 2010, E. 4.3; vgl. auch BGE 135 III 513 (517 f.) E. 3.5 und (518 f.) E. 3.6.2.

<sup>67</sup> Urteil 5A\_750/2008 des Bundesgerichts vom 24. Februar 2010, E. 3 (in grundsätzlicher Hinsicht), sodann E. 4.2 und 4.4 (betreffend das Verhältnis zwischen dem Zurverfügungstellen eines Darlehensbetrages und der Zahlung von Zinsen); BGE 135 III 276 (282) E. 6.3.1 und (283) E. 6.3.2.

<sup>68</sup> Die Ausführungen des Bundesgerichts im Zusammenhang mit der Zahlung von Darlehenszinsen geben indes zur Frage Anlass, inwieweit diese Regel noch gilt; siehe hinten III.2.b.bb.

<sup>69</sup> Das Bundesgericht sagt, die Gleichwertigkeit sei mit Blick auf die zeitliche Abfolge von Leistung und Gegenleistung festzulegen und bei nachträglicher Leistung des Schuldners seien die Leistungen nicht gleichwertig (Urteil 5A\_750/2008 des Bundesgerichts vom 24. Februar 2010, E. 3). Die zeitliche Abfolge tangiert den Wert der Leistungen jedoch nicht; hingegen leuchtet es ein, die Art der Verknüpfung der Leistungen – der zeitliche Aspekt ist dabei nur einer – beim Ausnahmetatbestand des Austausches gleichwertiger Leistungen zu berücksichtigen (siehe hinten III.2.b.aa).

<sup>70</sup> So besonders deutlich BGE 135 III 276 (280) E. 6.1.2 und (282 f.) E. 6.3.1 und 6.3.2.

<sup>71</sup> Siehe hinten III.2.b.

anfechtbar ist, wenn also die Rechtshandlung im Lichte der normalen Geschäftstätigkeit nicht auf einem sachlich motivierten Entscheid beruht.

### b. Austausch gleichwertiger Leistungen: vollstreckungsrechtliche Beurteilung

Das Bundesgericht hätte, wie eben angesprochen, in Anwendung der vorstehenden Grundsätze über die zeitliche Abfolge von Leistung und Gegenleistung und aufgrund seiner Erwägungen zum Zweck der Anfechtungsklage ohne grosse Anstrengungen zu seinem Ergebnis kommen können: Zinsen sind eine nachträglich zur (andauernden) Darlehensgewährung erbrachte Leistung; die mit ihrer Zahlung verbundene Ungleichbehandlung der übrigen Gläubiger basiert jedoch auf einem sachlich motivierten Entscheid im Rahmen der normalen Geschäftstätigkeit, womit es an einer Gläubigerschädigung fehlt. Das Gericht hat jedoch einen gewundeneren Weg zu seinem Ergebnis und letztlich auch eine restriktivere Lösung gewählt (und damit den Bestand der beschriebenen Grundsätze zum Teil in Frage gestellt): Einerseits misst es dem Ausnahmetatbestand des Austausches gleichwertiger Leistungen einen grösseren Anwendungsbereich zu als bisher, womit dieser Tatbestand manche Situationen erfasst, die nach dem Grundsatz der relativen Gläubigergleichbehandlung hätten beurteilt werden können (so *in casu* die Zahlung von Darlehenszinsen); andererseits scheint das Gericht ausserhalb eines Austausches gleichwertiger Leistungen keinen Anwendungsbereich für einen Grundsatz der relativen Gläubigergleichbehandlung zu sehen (so vorliegend mit Bezug auf die nachträgliche Zahlung aufgelaufener Zinsen). Der «Austausch gleichwertiger Leistungen» wird damit zur zentralen Frage unter dem Titel der Gläubigerschädigung. Die beiden Urteile zeigen, nach welchen Gesichtspunkten inskünftig zu prüfen sein wird, ob der Schuldner im Austausch eine gleichwertige Leistung empfangen hat.

Aus *zivilrechtlicher Sicht* besteht beim Darlehensvertrag ein Austauschverhältnis zwischen der Zinszahlung und der Aufrechterhaltung der Wertüberlassung («fortgesetzte Wertgebrauchsüberlassung der Valuta»).<sup>72</sup> Bezogen auf das Synallagma dieser beiden Leistungen sind die Zinsen *in casu* offenbar nachträglich bezahlt worden, also als Gegenleistung für die Kreditierung während der vorangegangenen Periode.<sup>73</sup> In früheren Urteilen hielt sich das Bundesgericht bei der Frage, wie ein Austausch von Leistungen in zeitlicher Hinsicht zu beurteilen sei, recht strikt an seine zivilrechtliche Analyse des betreffenden Geschäfts.<sup>74</sup> Nun erklärt es,

der schuldrechtlichen Betrachtungsweise komme nur eine «hilfsweise Bedeutung» zu, massgebend sei der «vollstreckungsrechtliche Aspekt der Beeinträchtigung der Exekutionsrechte der Gläubiger».<sup>75</sup>

Bei seiner *vollstreckungsrechtlichen Analyse* des Austausches gleichwertiger Leistungen, einschliesslich der zeitlichen Abfolge der Leistungen, fällt für das Bundesgericht im Zusammenhang mit den angefochtenen Zinszahlungen dreierlei ins Gewicht:

#### aa. Wirtschaftliche, funktionale Betrachtung des Zusammenhangs von Leistung und Gegenleistung

Bedeutsam ist aus Sicht des Bundesgerichts erstens, dass die Zahlungen für die vorangegangene Periode die fortgesetzte Wertüberlassung im Rahmen des Darlehensvertrages sicherstellen;<sup>76</sup> «insofern besteht wirtschaftlich ein permanenter Ausgleich zwischen Wert und Gegenwert»,<sup>77</sup> sodass in den Zahlungen nicht eine nachträgliche, sondern eine gleichzeitige Leistung zu erblicken ist.<sup>78</sup> Damit hält das Gericht zwar am Kriterium der zeitlichen Abfolge von Leistung und Gegenleistung fest, doch versteht es dieses in einem wirtschaftlichen, funktionalen Sinn (womit es vom Tatbestandsmerkmal der Gleichwertigkeit der ausgetauschten Leistungen absorbiert wird).<sup>79</sup> Es besteht ein *enger zeitlicher, vor allem aber auch wirtschaftlicher Zusammenhang* zwischen der Zahlung von Zinsen für die vorangegangene Periode und der im Rahmen des gleichen Vertrages erbrachten, wenn auch nicht synallagmatisch verknüpften Gegenleistung einer fortgesetzten Gebrauchsüberlassung. In der Tendenz führt eine Beurteilung der zeitlichen Abfolge von Leistung und Gegenleistung nach wirtschaftlichen, funktionalen Gesichtspunkten dazu, dass Leistungen des Schuldners im Rahmen von Dauerschuldverhältnissen und Sukzessivlieferungsverträgen nicht anfechtbar sind.

Fehlt der beschriebene Zusammenhang zwischen den beiden Leistungen, ist die *Leistung* des Schuldners also eindeutig eine *nachträgliche*, dann liegt nach Auffassung des Bundesgerichts kein Austausch gleichwertiger Leistungen vor; so im Fall der nachträglichen Zahlung aufgelaufener

<sup>72</sup> BGE 136 III 247 (252) E. 5.

<sup>73</sup> Vgl. BGE 136 III 247 (253) E. 6.

<sup>74</sup> Siehe das Urteil 5A\_420/2008 des Bundesgerichts vom 28. Mai 2009, E. 5 f.; dazu FRANCO LORANDI, Neuere Rechtsprechung zur insolvenzrechtlichen Anfechtung, Ein Spaziergang durch den paulianischen Rosengarten des Bundesgerichts,

BISchK 2009, 213 ff., 229; HANS-UELI VOGT/THOMAS KÄSER, Paulianische Anfechtung der Rückzahlung eines Kredits und von Zahlungen im Rahmen einer *share swap transaction*, GesKR 2009, 583 ff., 588 f.; CORINNE ZELLWEGE-GUTKNECHT, Paulianische Anfechtung von Zahlungen im Rahmen eines Total Return Swap, SZW 2010, 267 ff., 273 f., 275.

<sup>75</sup> Urteil 5A\_750/2008 des Bundesgerichts vom 24. Februar 2010, E. 4.3.

<sup>76</sup> BGE 136 III 247 (253) E. 6.

<sup>77</sup> BGE 136 III 247 (253) E. 6.

<sup>78</sup> Urteil 5A\_750/2008 des Bundesgerichts vom 24. Februar 2010, E. 4.4.

<sup>79</sup> Siehe das Urteil 5A\_750/2008 des Bundesgerichts vom 24. Februar 2010, E. 3, sodann auch E. 4.4.

Zinsen oder von höheren Zinsen als ursprünglich vereinbart.<sup>80</sup> Indessen dürfte die weitere Überlassung des Darlehensbetrages auch in solchen Fällen oft von der Bezahlung der ausstehenden Zinsen abhängen.<sup>81</sup> Diesen Einwand und auch das am Zweck der Anfechtungsklage orientierte Argument, die nachträgliche Zahlung aufgelaufener und allenfalls gar von höheren als den vereinbarten Zinsen sei im Rahmen der normalen Geschäftstätigkeit erfolgt, scheint das Bundesgericht jedoch nicht zuzulassen (zumindest nicht unter dem Titel der Gläubigerschädigung).

#### bb. Keine Zinsmachenschaften

Zweitens betont das Bundesgericht in seinen Ausführungen zum Austausch gleichwertiger Leistungen, dass die angefochtene Zinszahlung «nicht nur vertragsgemäss, sondern gleichsam routinemässig abgewickelt» wurde,<sup>82</sup> die Zinsschulden «routinemässig bzw. automatisch beglichen» wurden,<sup>83</sup> also keine Zinsmachenschaften vorlagen.<sup>84</sup> Dieser Gesichtspunkt spielt im Urteil in Sachen *Kantonalbanken* bei der Frage des Austausches gleichwertiger Leistungen bzw. ihrer zeitlichen Abfolge eine Rolle;<sup>85</sup> im Urteil in Sachen *LBLux* ist die Schlussfolgerung demgegenüber die, dass der Zinsendienst zur gewöhnlichen Geschäftstätigkeit gehört, die dem Schuldner auch in einer finanziell schwierigen Situation möglich sein muss.<sup>86</sup> Bei frischer, unverkrampfter Betrachtung geht es um Umstände, die geradezu lehrbuchartig das Fehlen einer Schädigungsabsicht illustrieren.<sup>87</sup> Ordnet man

das Fehlen von Zinsmachenschaften dem Tatbestandsmerkmal der Gläubigerschädigung zu, so führt dies zu Verwerfungen im System der Tatbestandsvoraussetzungen: Wenn eine vorgängige oder gleichzeitige Leistung des Schuldners angesichts des engen zeitlichen und wirtschaftlichen Zusammenhangs von Leistung und Gegenleistung bejaht worden ist, ist – jedenfalls nach bisheriger Rechtsprechung – der Ausnahmetatbestand des Austausches gleichwertiger Leistungen ohne Weiteres erfüllt.<sup>88</sup> Wenn nun das Bundesgericht nebst dem Zusammenhang zwischen den Zinszahlungen und der fortgesetzten Überlassung der Darlehensvaluta die Routinemässigkeit und den Automatismus der Zinszahlungen, also das Fehlen von Machenschaften betont, fragt sich geradezu, ob ein Austausch gleichwertiger Leistungen bei vorgängiger oder gleichzeitiger Leistung des Schuldners fortan nicht mehr in allen Fällen anzunehmen sei. Man wird jedoch aus den beiden Bundesgerichtsurteilen keinen entsprechenden Schluss ziehen dürfen. Mit seinem Hinweis auf das Fehlen von Zinsmachenschaften ist es dem Gericht wohl vielmehr darum gegangen, deutlich zu machen, dass trotz der Verminderung des Vollstreckungssubstrats, die, bei zivilrechtlicher Betrachtung, mit der nachträglichen Zahlung von Zinsen eintritt, keine Gläubigerbegünstigung vorgelegen hat.

#### cc. Zinszahlungen als Beitrag zum Erhalt der Darlehenssumme

Drittens betont das Bundesgericht bei seiner vollstreckungsrechtlichen Analyse des Austausches gleichwertiger Leistungen, dass dem Schuldner dank der Zinszahlung die Darlehenssumme belassen worden ist, welche sich nun in der Nachlassmasse befindet.<sup>89</sup> In der Dogmatik der Absichtsanfechtung bedeutet dies, dass die Rechtshandlung des Schuldners, mit der das Vollstreckungssubstrat an sich vermindert worden ist, deshalb keine Gläubigerschädigung darstellt, weil *ohne die Rechtshandlung das Substrat gleich gross oder gar geringer wäre*.<sup>90</sup> Mit diesem Einwand hätte die Gläubigerschädigung *in casu* ohne Weiteres verneint werden können.

Man kann den Einwand aber auch dem «Austausch gleichwertiger Leistungen» zuordnen: Aus zivilrechtlicher Sicht stehen der Zins und der Darlehensbetrag zwar nicht

<sup>80</sup> Urteil 5A\_750/2008 des Bundesgerichts vom 24. Februar 2010, E. 4.2.

<sup>81</sup> Siehe auch GLANZMANN (FN 54), 269.

<sup>82</sup> Urteil 5A\_750/2008 des Bundesgerichts vom 24. Februar 2010, E. 4.4.

<sup>83</sup> BGE 136 III 247 (254) E. 6.

<sup>84</sup> BGE 136 III 247 (253 f.) E. 6; Urteil 5A\_750/2008 des Bundesgerichts vom 24. Februar 2010, E. 4.4.

<sup>85</sup> Urteil 5A\_750/2008 des Bundesgerichts vom 24. Februar 2010, E. 4.4; ähnlich bereits das Urteil 5A\_420/2008 des Bundesgerichts vom 28. Mai 2009 betreffend Zahlungen im Rahmen einer «*share swap*»-Transaktion, wonach es wesentlich sei, dass «keine der beiden Parteien direkten Einfluss auf die Kursentwicklung und damit auf den jeweiligen Wert der auszutauschenden Leistungen hatte und dass die Kursentwicklung bei Abschluss der Vereinbarung [...] nicht voraussehbar war» (E. 6, ebenfalls unter dem Titel der Gläubigerschädigung).

<sup>86</sup> BGE 136 III 247 (254) E. 6.

<sup>87</sup> Siehe auch III.1.c. – In einem früheren Urteil hat das Bundesgericht allerdings erklärt, dass die Routinemässigkeit einer Leistung bzw. deren Erbringung aufgrund einer von den Parteien im konkreten Fall nicht beeinflussbaren Leistungsverpflichtung – konkret: bei Cross-Default-Klauseln – die Schädigungsabsicht nicht ausschliesse (Urteil 5A\_386/2008 des Bundesgerichts vom 6. April 2009, E. 4.3, mit der für die «routinemässige» Zahlung von Darlehenszinsen an sich ebenfalls einschlägigen Begründung, dass Cross-Default-Klauseln «nicht automatisch zu einer Verneinung der Schädigungsabsicht und damit gewissermassen zu einer generellen Unanfechtbarkeit

von Darlehensrückzahlungen führen, ansonsten damit einer ganzen Gläubigerkategorie eine Vorzugsstellung eingeräumt würde»).

<sup>88</sup> Siehe III.2.a.

<sup>89</sup> BGE 136 III 247 (254 f.) E. 7.

<sup>90</sup> Siehe allgemein BGE 136 III 247 (250 f.) E. 3; siehe auch das Urteil 5A\_420/2008 des Bundesgerichts vom 28. Mai 2009 betreffend Zahlungen im Rahmen einer «*share swap*»-Transaktion, wonach sich die Vermögenslage der Schuldnerin «bei einer Verweigerung von «Collaterals» nicht anders präsentiert [hätte] als mit deren vertragsgemässen Zahlung» (E. 6); dazu LORANDI (FN 74), 226 f.; VOGT/KÄSER (FN 74), 588; ZELLWEGGER-GUTKNECHT (FN 74), 274.

in einem Austauschverhältnis, aus der Optik der Vollstreckungsrechte der Gläubiger ist der zwischen ihnen bestehende *wirtschaftliche, funktionale Zusammenhang* indes bedeutsam, weil dank der Zinszahlung der Darlehensbetrag dem Schuldner und letztlich seinen Gläubigern erhalten geblieben ist.

Das Bundesgericht nimmt aber auch den Standpunkt der betreffenden Banken und nicht nur jenen der Gläubiger ein: Diese Banken haben sich ihre Darlehen, anders als manche andere, nicht zurückzahlen lassen und sollen darum nun wenigstens die Zinsen behalten dürfen.<sup>91</sup> Hier schwingen *Billigkeitsüberlegungen* mit und wird von den übrigen Gläubigern ein Stück Solidarität gegenüber den Banken verlangt, die mit dem Verlust ihrer Darlehensforderung bereits ein Opfer erbracht haben.

#### dd. Zusammenfassung

Versucht man eine Zusammenfassung, so erweist sich als neues Element beim Austausch gleichwertiger Leistungen, dass das Kriterium der zeitlichen Abfolge der Leistungen nicht aus einer strikt zivilrechtlichen, sondern einer wirtschaftlichen, funktionalen Perspektive beurteilt wird. Beim Austausch gleichwertiger Leistungen spielt sodann (und mit dem eben genannten Punkt zusammenhängend) eine Rolle, ob und inwieweit die Leistung des Schuldners zum Erhalt seines dereinstigen Vollstreckungssubstrats beigetragen hat. Schliesslich ist aus Sicht des Bundesgerichts die Vornahme der angefochtenen Rechtshandlung im Rahmen einer routinemässigen, automatischen Geschäftsabwicklung ein Gesichtspunkt, der gegen eine Gläubigerschädigung spricht (wobei einstweilen unklar, letztlich aber auch nicht entscheidend ist, welchem Aspekt der Gläubigerschädigung eine solche Geschäftsabwicklung frei von Machenschaften zuzuordnen ist).

### 3. Fazit und Würdigung

Die beiden Bundesgerichtsurteile vom 24. Februar 2010 stellen als Grundsatz klar, dass ein Schuldner in finanzieller Bedrängnis seine normale Geschäftstätigkeit fortführen kann. Damit verbundene Ungleichbehandlungen von Gläubigern sollen, wenn sie auf sachlich motivierten Entscheiden beruhen, nicht später Anlass zu einer Anfechtungsklage geben, denn mit der Anfechtungsklage sollen nur eigentliche Machenschaften unterbunden bzw. rückgängig gemacht werden. Damit zieht das Bundesgericht die Grenze zwischen der mit der paulianischen Anfechtung verbundenen Vorwirkung des konkursrechtlichen Gleichbehandlungsgebots und der Verfügungs- und Handlungsfreiheit der Privatrechtssubjekte in einer sachgerechten Weise – leicht verschoben gegenüber seiner bisherigen Rechtsprechung in Richtung Verfügungs-

und Handlungsfreiheit des Schuldners, und zwar im Interesse der Gläubigergesamtheit.

Die Umsetzung der bundesgerichtlichen Erwägungen zum Zweck der Anfechtungsklage auf der Ebene des Tatbestandes der Absichtsanfechtung und seiner drei Voraussetzungen wirft jedoch viele Fragen auf. Die Kurskorrektur im Grundsätzlichen war einstweilen nur für den Preis einer Einbusse an Rechtssicherheit bei den Einzelheiten der Tatbestandsmerkmale zu haben. Die «Gläubigerschädigung» – vermeintlich ein objektives, von Wertungen weitgehend freies Tatbestandsmerkmal – erweist sich als Anknüpfungspunkt für eine Grosszahl aller Umstände, die im Rahmen der Absichtsanfechtung zu würdigen sind. Worin unter diesen Umständen eine sinnvolle, eigenständige Funktion der «Schädigungsabsicht», des zentralen Tatbestandsmerkmals der Absichtsanfechtung, bestehen soll, bleibt abzuwarten.

## IV. Bezüge der Absichtsanfechtung zur aktienrechtlichen Sorgfaltspflicht der Organe

Die neue bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Absichtsanfechtung bewirkt eine Konvergenz – nicht eine völlige Übereinstimmung – der Verhaltensanweisungen für Schuldner (bzw. ihre Organe) in finanziellen Krisensituationen, die sich einerseits aus dem Tatbestand der Absichtsanfechtung und andererseits aus den aktienrechtlichen Organpflichten ergeben. Um diesen Bezug zwischen paulianischer Anfechtung und Aktienrecht geht es vorliegend. Der Absichtsanfechtung unterliegende Rechtshandlungen sind aus aktienrechtlicher Sicht vor allem im Lichte der Sorgfaltspflicht gemäss Art. 717 Abs. 1 OR zu beurteilen.<sup>92</sup>

### 1. Die aktienrechtliche Sorgfaltspflicht der Organe

#### a. Inhalt der Sorgfaltspflicht

Die Mitglieder des Verwaltungsrates und die übrigen mit der Geschäftsführung befassten Personen «müssen ihre Aufgaben mit aller Sorgfalt erfüllen und die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen wahren».<sup>93</sup> Was die Sorgfaltspflicht betrifft, so gebietet sie, dass die genannten Personen ihre Aufgaben so erfüllen, wie man dies von einer pflichtbewussten, umsichtigen, gut informierten, ihrem Amt gewachsenen

<sup>91</sup> BGE 136 III 247 (254 f.) E. 7.

<sup>92</sup> Für den Bezug zwischen der Pflicht zur Ergreifung von Saniierungsmassnahmen bzw. zur Benachrichtigung des Richters gemäss Art. 725 OR und den Verhaltensanweisungen an den Schuldner, die sich aus dem Tatbestand der Absichtsanfechtung ergeben, siehe VOGT (FN 46), 185–187.

<sup>93</sup> Art. 717 Abs. 1 OR.

Person verlangen kann. Die erforderliche Sorgfalt wird dabei objektiv und mit Rücksicht auf die konkreten Umstände bestimmt.<sup>94</sup> Die mit der Geschäftsführung befassten Personen müssen insbesondere Sorgfalt bei der Verwendung des Gesellschaftsvermögens walten lassen.<sup>95</sup>

Die Sorgfaltspflicht gilt auch mit Bezug auf *Geschäftsentscheide*. Die mit ihnen verbundenen Risiken müssen bewusst eingeschätzt und klar eingegrenzt werden.<sup>96</sup> Indessen darf nicht allein deshalb, weil sich Risiken später realisieren, rückwirkend auf ein unsorgfältiges Verhalten geschlossen werden. Das Eingehen von Risiken und die Ausübung von Ermessen bei der Prüfung, Bewertung und Auswahl von Handlungsalternativen sind der Geschäftsführungstätigkeit nämlich naturgemäss eigen.<sup>97</sup> Daraus ergibt sich der Grundsatz, dass Gerichte bei einer verantwortlichkeitsrechtlichen Überprüfung von Geschäftsentscheiden, die rechtlich einwandfrei zustande gekommen sind, Zurückhaltung üben sollen (*business judgment rule*) – ein Grundsatz, den das Bundesgericht in einem Urteil vom 8. Februar 2010 ausdrücklich festhält (soweit ersichtlich zum ersten Mal), und zwar im Zusammenhang mit Sanierungsmassnahmen (was für den Bezug zur paulianischen Anfechtung von besonderem Interesse ist): Den «Organen [ist] bei der Beurteilung von Sanierungsmassnahmen ein grosser Ermessensspielraum einzuräumen

und bei der gerichtlichen Beurteilung von Geschäftsleitungsentscheiden [ist] grundsätzlich Zurückhaltung zu üben».<sup>98</sup>

## b. Masstab der Sorgfaltspflicht: die Interessen der Gesellschaft

Das Ziel und die Richtschnur bei der sorgfältigen Erfüllung der Geschäftsführungsaufgaben sind die Interessen der Gesellschaft. Für die Bezüge zwischen der aktienrechtlichen Sorgfaltspflicht der Organe und der Absichtsanfechtung ist dabei entscheidend, ob und inwieweit zu den Gesellschaftsinteressen auch die Interessen der Gläubiger gehören und die Gläubiger gleich zu behandeln sind.

### aa. Keine selbständige Pflicht zur Wahrung der Gläubigerinteressen und zur Gleichbehandlung der Gläubiger

In einem gewissen Sinn gehören zu den Gesellschaftsinteressen auch die Interessen der Gläubiger und weiterer Anspruchsgruppen (nebst jenen der Aktionäre).<sup>99</sup> Ihre Berücksichtigung kann aber in einer von den Eigentümern und Risikokapitalgebern regierten Organisations- und Finanzie-

<sup>94</sup> Siehe zum Ganzen das Urteil 4C.201/2001 des Bundesgerichts vom 19. Juni 2002, E. 2.1.1; sodann etwa PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 28 N 19 ff.; HENRY PETER/FRANCESCA CAVADINI, in: Pierre Tercier/Marc Amstutz (Hrsg.), Commentaire Romand du Code des Obligations II, Basel/Frankfurt a.M. 2008, N 4 und 7 f. zu Art. 717 OR; ROLF WATTER/KATJA ROTH PELLANDA, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar zum Obligationenrecht II, 3. A., Basel 2008, N 5 zu Art. 717 OR.

<sup>95</sup> Urteil 6B\_54/2008 des Bundesgerichts vom 9. Mai 2008, E. 7.3.2; vgl. auch das Urteil 4A\_391/2009 des Bundesgerichts vom 12. Februar 2010, E. 2.2.

<sup>96</sup> Urteil 4C.201/2001 des Bundesgerichts vom 19. Juni 2002, E. 2.1.2.

<sup>97</sup> Es verhält sich bei Personen mit einer Geschäftsführungsfunktion ähnlich wie bei Ärzten. Diese haben «für jene Gefahren und Risiken, die immanent mit jeder ärztlichen Handlung und auch mit der Krankheit an sich verbunden sind, im allgemeinen nicht einzustehen» (BGE 120 Ib 411 [413] E. 4a). Den Ärzten ist «sowohl in der Diagnose wie in der Bestimmung therapeutischer oder anderer Massnahmen nach dem objektiven Wissensstand oftmals ein Entscheidungsspielraum gegeben, welcher eine Auswahl unter verschiedenen in Betracht fallenden Möglichkeiten zulässt. Sich für das eine oder das andere zu entscheiden, fällt in das pflichtgemässe Ermessen des Arztes, ohne dass er zur Verantwortung gezogen werden könnte, wenn er bei einer Beurteilung ex post nicht die objektiv beste Lösung gefunden hat.» (BGE 130 I 337 [343 f.] E. 5.3; 120 Ib 411 [413] E. 4a). Vgl. auch CLAUDE LAMBERT, Das Gesellschaftsinteresse als Verhaltensmaxime des Verwaltungsrates der Aktiengesellschaft, Diss. Zürich, Bern 1992, 187 ff.

<sup>98</sup> Urteil 4A\_306/2009 des Bundesgerichts vom 8. Februar 2010, E. 7.2.4. Das Gericht führt weiter aus: «Wenn dieser Grundsatz auch nur für Entscheide gelten mag, die frei von Interessenkonflikten getroffen wurden [...], so darf jedenfalls verlangt werden, dass detaillierte Behauptungen über die Fehlerhaftigkeit einer Unterlassung [...] aufgestellt werden.» (BGer, a.a.O.). Das Bundesgericht formuliert den Grundsatz der Zurückhaltung bei der Überprüfung von Geschäftsentscheiden zwar in einem verfahrens- und beweisrechtlichen Kontext, er hat aber auch einen materiellrechtlichen Gehalt (was sich indirekt aus dem Vorbehalt bezüglich Entscheiden ergibt, die unter dem Einfluss eines Interessenkonflikts zustande gekommen sind – ein Vorbehalt, der in der materiellrechtlichen, nicht in der beweis- und verfahrensrechtlichen Rechtfertigung der *business judgment rule* begründet ist). – In der Arzthaftpflicht bezeichnet der «Kunstfehler» die Schwelle, bei der die rechtliche Sanktionierung einer Fehlentscheidung einsetzt: Der Arzt muss für eine unrichtige Beurteilung einstehen, «wenn diese unvertretbar ist oder auf objektiv ungenügender Untersuchung beruht», während ihm «objektive Fehlgriffe nicht als Sorgfaltspflichtverletzung vorzuwerfen sind, welche bei einem so vielgestaltigen und verschiedenartigen Auffassungen Raum bietenden Beruf in gewissem Umfang als unvermeidbar erscheinen» (BGE 120 Ib 411 [413 f.] E. 4a). – Vgl. zum Ganzen auch PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. A., Zürich/Basel/Genf 2009, § 13 N 581 ff.; ANDREA R. GRASS, Business Judgment Rule, Diss. Zürich 1998, 103 ff.; HANS CASPAR VON DER CRONE/ANTONIO CARONARA/SILVIA HUNZIKER, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit und Geschäftsführung, ZSR Beiheft 43, Basel 2006, 44 ff.

<sup>99</sup> Urteil 4A\_188/2007 des Bundesgerichts vom 13. September 2007, E. 4.3.5: «Le devoir de diligence de l'administrateur implique une prise en compte des intérêts légitimes à la fois de la société, des actionnaires, des créanciers et du personnel de l'entreprise.»

rungsform im Prinzip nur ein Mittel zum Zweck – zur Verfolgung der Aktionärsinteressen – sein. Die Aktionäre haben indes im Normalfall ohnehin kein Interesse daran, die Gläubiger zu schädigen.<sup>100</sup> Ist aber den Geschäftsführungsorganen einer Aktiengesellschaft nicht unmittelbar aufgegeben, die Interessen der Gesellschaftsgläubiger zu verfolgen, kann es auch keine Pflicht geben, die Gläubiger gleich zu behandeln. Insbesondere bedeuten die verschiedenen aktienrechtlichen Kapitalschutzbestimmungen – zu deren Beachtung die mit der Geschäftsführung befassten Personen im Interesse auch der Gläubiger verpflichtet sind – nicht, dass die Gesellschaftsinteressen im Sinne einer Gleichbehandlung der Gläubiger zu konkretisieren wären: Eine Pflicht zur Gleichbehandlung besteht nicht, wenn die Hälfte des Aktienkapitals und der gesetzlichen Reserven nicht mehr gedeckt ist,<sup>101</sup> wenn begründete Besorgnis einer Überschuldung besteht,<sup>102</sup> wenn die Gesellschaft überschuldet ist<sup>103</sup> oder wenn – in der Terminologie der Bewertungslehre – die Prämisse der Fortführung der Unternehmenstätigkeit<sup>104</sup> nicht mehr gegeben ist.<sup>105</sup>

Das *Bundesgericht* hat zwar in einem nicht amtlich publizierten Urteil aus dem Jahr 2000 (*Raichle-Urteil*) einen anderen Standpunkt vertreten: «Während bei einer aufrechterstehenden Gesellschaft fällige Schulden ohne weiteres bezahlt werden dürfen, verhält es sich dann anders, wenn sich eine Gesellschaft in einer wirtschaftlichen und finanziellen Situation befindet, in welcher zu Liquidationswerten bilanziert werden muss und daraus eine Überschuldung der Gesellschaft resultiert; diesfalls haben die Gläubiger nach Massgabe der gesetzlichen Rangordnung gemäss Art. 219 SchKG Anspruch auf Gleichbehandlung. Jede bevorzugte Befriedigung eines Gläubigers stellt eine Pflichtverletzung dar.»<sup>106</sup> Diese Ausführungen sind indessen unzutreffend. Wenn es einen Import zwangsvollstreckungsrechtlicher Wertungen ins Aktienrecht überhaupt geben kann – die unterschiedlichen Ziele und Funktionen der beiden Rechtsgebiete sprechen dagegen –, wäre zum einen der Grundsatz

der Gleichbehandlung der Gläubiger *nicht* einfach auf die *gesamte Periode* auszudehnen, während der eine Gesellschaft zu Liquidationswerten bilanzieren muss und sich daraus eine *Überschuldung* ergibt. Eine solche Vorwirkung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ginge über das hinaus, was das Zwangsvollstreckungsrecht mit den Bestimmungen über die paulianische Anfechtung verlangt, sind doch nur einzelne bestimmte Rechtshandlungen eines überschuldeten Schuldners nach Art. 287 SchKG anfechtbar und setzt eine Absichtsanfechtung unter anderem den Nachweis einer Schädigungsabsicht voraus. Zum andern wäre bei einem Import von zwangsvollstreckungsrechtlichen Wertungen ins Aktienrecht zu beachten, dass die Pflicht zur *Gleichbehandlung der Gläubiger* vor Konkurseröffnung selbst aus der Sicht des Zwangsvollstreckungsrechts im Prinzip nur eine *relative* ist (nach Massgabe der Regeln, die gemäss der neuen Rechtsprechung bei der Absichtsanfechtung gelten).<sup>107</sup>

#### bb. Besondere Berücksichtigung der Interessen der Gläubiger bei finanziellen Schwierigkeiten der Gesellschaft

Der Grad der gebotenen Berücksichtigung der Gläubigerinteressen bei der Konkretisierung der Gesellschaftsinteressen hängt mit der finanziellen Situation der Gesellschaft zusammen: Das Gewicht der Gläubigerinteressen nimmt zu, je mehr eine Gesellschaft in finanzielle Schwierigkeiten und in die Nähe einer Liquidation gerät. Reichen die Mittel der Gesellschaft zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten nicht mehr aus oder droht diese Situation einzutreten, gibt es keinen bzw. nur noch beschränkt Anlass, die Geschäftsführungsorgane auf die Interessen der Aktionäre zu verpflichten. Die Aktionäre haben das, was ihnen zusteht – ein Anteil am Gewinn oder Liquidationserlös der Gesellschaft<sup>108</sup> –, verloren bzw. drohen es zu verlieren. Es wäre daher sinnwidrig, die Aktionärsinteressen noch immer ins Zentrum zu stellen. Das Vermögen der Gesellschaft steht in einer solchen Situation rechtlich, entsprechend den Regeln von Art. 725 OR sowie des Konkursrechts, den Gläubigern zu (ganz bzw. zum Teil); sie werden, *wirtschaftlich gesehen*, zu *Eigentümern* (wobei man sich den Übergang als fließend vorzustellen hat, in Abhängigkeit vor allem von der Gefährdung und Vernichtung des Eigenkapitals). Die Gesellschaftsinteressen sind nun (auch) die Interessen der Gläubiger, einschliesslich der Arbeitnehmer. Diesen Interessen ist oft mit Massnahmen der Geschäftsführungsorgane am besten gedient, die den Erhalt und die Fortführung des Unternehmens bezwecken, nämlich immer dann, wenn mit ihnen die realistische Aussicht verbunden ist, dass die Ansprüche der Gläubiger (wieder) voll gedeckt werden.<sup>109</sup>

<sup>100</sup> Siehe zum Ganzen REINIER KRAAKMAN *et al.*, The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach, 2. A., New York 2009, 28 f., vgl. auch 14–16.

<sup>101</sup> Siehe Art. 725 Abs. 1 OR.

<sup>102</sup> Siehe Art. 725 Abs. 2 Satz 1 OR.

<sup>103</sup> Vgl. Art. 725 Abs. 2 Satz 2 OR.

<sup>104</sup> Art. 662a Abs. 2 Ziff. 4 OR.

<sup>105</sup> Vgl. zum Ganzen auch PETER FORSTMOSER, Paulianische Anfechtung und aktienrechtliche Verantwortlichkeit, in: Matthias Oertle *et al.* (Hrsg.), M&A. Recht und Wirtschaft in der Praxis, Liber amicorum für Rudolf Tschäni, Zürich 2010, 413 ff., 422, 424 ff.; THOMAS REBSAMEN, Die Gleichbehandlung der Gläubiger durch die Aktiengesellschaft, Diss. Freiburg, Zürich 2004, N 730, 1173; sodann allgemein, nicht spezifisch für Aktiengesellschaften, WOLFGANG ERNST, Die Zahlung fälliger Schuld als Fall der paulianischen Anfechtung in Geschichte und Gegenwart, SJZ 2010, Heft 18, III.2 und 3.

<sup>106</sup> Urteil 5C.29/2000 des Bundesgerichts vom 19. September 2000, E. 4b/aa.

<sup>107</sup> Zum Grundsatz der relativen Gleichbehandlung der Gläubiger während der Verdachtsperiode, siehe III.1.a.

<sup>108</sup> Art. 660 Abs. 1 und 2 OR.

<sup>109</sup> Vgl. zum Ganzen BGE 116 II 320 (323) E. 3a: Im Fall einer Überschuldung haben die Organe «das Recht und – zumin-

Die besondere Berücksichtigung der Gläubigerinteressen im Fall von finanziellen Schwierigkeiten der Gesellschaft ist jedoch *nicht im Sinn einer absoluten Gleichbehandlung der Gläubiger* und damit einer Vorwirkung des materiellen Konkursrechts zu verstehen. Vielmehr bleibt das Gesellschaftsinteresse der allein massgebliche Leitgedanke, den es im Einzelfall zu konkretisieren gilt. Welche Forderungen die Gesellschaft zu welchem Zeitpunkt, in welcher Reihenfolge und in welchem Umfang erfüllt, ist eine Frage der sorgfältigen Ausübung unternehmerischen Ermessens im Lichte der in diesen Situationen aktuellen, besonderen Interessen der Gesellschaft. Selbst in einer Gesellschaft, die in finanziellen Schwierigkeiten steckt, bedeutet die Berücksichtigung der Gläubigerinteressen somit lediglich eine *relative Gleichbehandlung* der Gläubiger: Die Wahrung der Gesellschaftsinteressen – und damit letztlich auch der Interessen der Gläubigergesamtheit – rechtfertigt Ungleichbehandlungen, wobei die Geschäftsführungsorgane auch hier über den für ihre Aufgabe charakteristischen Ermessens- und Entscheidungsspielraum verfügen.<sup>110</sup>

In den hier angesprochenen finanziellen Krisensituationen kommt freilich zu allererst die Regelung des *Artikels 725 OR* zur Anwendung: Eine überschuldete Gesellschaft muss nicht primär ihre Gläubiger relativ gleich behandeln, sondern den Richter benachrichtigen. Auf *diesem* (indirekten) Weg will das Aktienrecht für eine Gleichbehandlung der Gläubiger sorgen.<sup>111</sup> Bestehen jedoch konkrete Aussichten auf eine kurzfristig realisierbare Sanierung, muss (und darf) der Verwaltungsrat den Richter einstweilen nicht benachrichtigen.<sup>112</sup> Er muss bei seinen Sanierungsmassnahmen jedoch die Gläubigerinteressen im Sinne der vorstehenden Ausführungen besonders berücksichtigen.

---

dest moralisch – auch die Pflicht, in anderer Hinsicht drohenden Schaden soweit möglich zu verhindern oder zu begrenzen; es gilt, für die Betroffenen zu retten, was noch zu retten ist. Dazu können insbesondere auch geeignete Massnahmen zur Erhaltung des Betriebes dienen.»; FORSTMOSER (FN 105), 422; KRAAKMAN *et al.* (FN 100), 119 f.; REBSAMEN (FN 105), N 725, 731.

<sup>110</sup> Siehe zum Gesagten VOGT (FN 46), 184 f., mit dem Hinweis auf die Rechtsprechung zur subsidiären Haftung der Arbeitgeber-Organen für nicht bezahlte AHV-Beiträge gemäss Art. 52 AHVG, wonach keine Haftung eintritt, wenn die Nichtbezahlung der AHV-Beiträge nach den Umständen als «verantwortlich getroffener und insofern gerechtfertigter Unternehmensentscheid» anzusehen ist.

<sup>111</sup> Siehe ERNST (FN 105), III.3; FORSTMOSER (FN 105), 425; REBSAMEN (FN 105), N 727, 731.

<sup>112</sup> Urteil 4A\_555/2009 und 4A\_561/2009 des Bundesgerichts vom 3. Mai 2010, E. 2.4; Urteil 4C.36/2006 des Bundesgerichts vom 29. März 2006, E. 4.1 und 4.4; Urteil 4C.366/2000 des Bundesgerichts vom 19. Juni 2001, E. 4b; BGE 116 II 533 (541) E. 5a.

## 2. Gläubigerschädigung als Sorgfaltspflichtverletzung?

Nachfolgend werden zwei ausgewählte Bezüge zwischen der aktienrechtlichen Sorgfaltspflicht der Organe und dem Tatbestand der Absichtsanfechtung untersucht.

### a. Verminderung des Vollstreckungssubstrats als Sorgfaltspflichtverletzung?

Eine Rechtshandlung eines Schuldners ist unter anderem dann aufgrund von Art. 288 SchKG anfechtbar, wenn der Schuldner eine Leistung erbringt, *ohne* dafür eine *gleichwertige Gegenleistung* zu bekommen. Zu denken ist beispielsweise an den Verkauf eines Unternehmensteils zu einem Preis unter seinem wirklichen Wert. Eine solche Rechtshandlung bewirkt eine Gläubigerschädigung in Form einer Verminderung des Vollstreckungssubstrats.<sup>113</sup> In der Handlung des betreffenden Organs liegt indes *nicht ohne Weiteres eine sorgfaltswidrige Verfügung über Gesellschaftsvermögen*. Bei der Erfüllung ihrer Geschäftsführungsaufgabe verfügen die Organe über einen grossen Ermessens- und Entscheidungsspielraum, in dessen Rahmen das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung eines Geschäfts nur ein Element neben vielen anderen ist. Es liegt folglich nicht jeder Rechtshandlung eines Schuldners, mit der das dereinstige Vollstreckungssubstrat vermindert wird, eine Sorgfaltspflichtverletzung der für ihn handelnden Organe zugrunde. Eine (Sorgfalts-) Pflichtverletzung liegt immerhin etwa dann vor, wenn das Geschäft als Verschleuderung oder eine (nicht im Gesellschaftsinteresse liegende) Verschenkung von Gesellschaftsvermögen anzusehen ist, aber auch, wenn der Geschäftsabschluss unsorgfältig vorbereitet war oder unter dem Einfluss eines Interessenkonflikts (und damit in Verletzung der Treuepflicht) zustande gekommen ist.<sup>114</sup>

Die aktienrechtliche Sorgfaltspflicht und die Absichtsanfechtung bedeuten demnach *potenziell unterschiedliche Verhaltensanweisungen* an einen Schuldner bzw. seine Organe, wobei der Unterschied auf den ungleichen Stellenwert der Gläubigerinteressen zurückzuführen ist. Die Absichtsanfechtung statuiert im Prinzip einen strengeren Massstab. Bei einer Gesellschaft in finanziellen Schwierigkeiten *konvergieren* diese Massstäbe jedoch weitgehend, und es kommt insofern zu keiner Pflichtenkollision bei den für den Schuldner handelnden Organen. In einer finanziellen Krisensituation führt die stärkere Berücksichtigung der Gläubigerinteressen bei der Konkretisierung der Gesellschaftsinteressen in der Tendenz dazu, dass dem Wert der Gegenleistung für einen

<sup>113</sup> Siehe hierzu III.2.a.

<sup>114</sup> Siehe das Urteil 6B\_54/2008 des Bundesgerichts vom 9. Mai 2008, E. 6.4.1 und 7.3.2; Urteil 4A\_188/2008 des Bundesgerichts vom 9. September 2008, E. 4; BGE 113 II 52 (57) E. 3a.; BÖCKLI (FN 98), § 13 N 569a und 600.

vom Schuldner entäusserten Vermögenswert grösseres Gewicht zukommt; und umgekehrt verlieren andere Gesichtspunkte der Ausübung unternehmerischen Ermessens in dem Mass an Gewicht, in dem die Fortführung der Unternehmens-tätigkeit keine realistische Perspektive mehr darstellt.

Bei aller Konvergenz dürfte eine *Differenz* zwischen der aktien- und der anfechtungsrechtlichen Verhaltensanweisung verbleiben. Denn der offene, inhaltlich unspezifische Massstab der Gesellschaftsinteressen verpflichtet selbst in den hier angesprochenen finanziellen Krisensituationen die Geschäftsführungsorgane nicht dazu, nur noch Geschäfte abzuschliessen, die einen Austausch gleichwertiger Leistungen darstellen. Gerade die Sanierungssituation kann Anlass dazu geben, Unternehmensteile unter ihrem wirklichen Wert zu verkaufen – im Interesse der Gläubiger. Inwieweit auf der anderen Seite im Lichte der Absichtsanfechtung (und der Schenkungsanfechtung) ein solches Geschäft zulässig ist, hängt davon ab, wie die Gleichwertigkeit verstanden wird.<sup>115</sup> – Im Übrigen mögen freilich mangels eines Austausches gleichwertiger Leistungen eine Gläubigerschädigung und allenfalls auch eine Sorgfaltspflichtverletzung der Organe zwar zu bejahen, mag die Anfechtbarkeit der Rechtshandlung aber dennoch zu verneinen sein, weil die subjektiven Voraussetzungen der Absichtsanfechtung nicht erfüllt sind.

### b. Begünstigung eines Gläubigers als Sorgfaltspflichtverletzung?

Eine Gläubigerschädigung im Sinne der Absichtsanfechtung liegt auch vor, wenn zwar (wertmässig) gleichwertige Leistungen ausgetauscht wurden, der Ausnahmetatbestand des Austausches gleichwertiger Leistungen aber gleichwohl nicht erfüllt ist, zum Beispiel, weil der Schuldner nachträglich aufgelaufene Zinsen bezahlt hat.<sup>116</sup> Eine solche Gläubigerbegünstigung stellt *im Grundsatz keine Sorgfaltspflichtverletzung* der für den Schuldner handelnden Organe dar, weil diese, wie gesehen, keine aktienrechtliche Pflicht trifft, die Gläubiger der Gesellschaft gleich zu behandeln. Der Ermessens- und Entscheidungsspielraum, über den die Organe einer Aktiengesellschaft bei der Verfolgung der Gesellschaftsinteressen verfügen, bezieht sich auch auf den Umgang mit Gesellschaftsgläubigern.<sup>117</sup>

Bei einer Gesellschaft in finanziellen Schwierigkeiten kommt es jedoch auch hier zu einer weitgehenden – aber wiederum nicht vollständigen – *Konvergenz* zwischen den aktien- und den anfechtungsrechtlichen Verhaltensanweisungen an den Schuldner bzw. seine Organe. Die stärkere Berücksichtigung der Gläubigerinteressen führt im Ergebnis zu einer gewissen Beschränkung des Ermessensspielraums der Geschäftsführungsorgane, sodass aufgrund der Sorgfalt-

pflcht ein Grundsatz der relativen Gläubigergleichbehandlung gilt, ähnlich wie bei der Absichtsanfechtung.<sup>118</sup>

Doch auch hier verbleibt eine *Differenz* zwischen der aktien- und der anfechtungsrechtlichen Verhaltensanweisung, wobei das Ausmass der Differenz vom Stellenwert des anfechtungsrechtlichen Grundsatzes der relativen Gläubigergleichbehandlung – der aufgrund der beiden neuen Bundesgerichtsurteile schwer einzuschätzen ist<sup>119</sup> – abhängt, besteht die beschriebene Konvergenz der aktien- und der anfechtungsrechtlichen Rechtslage doch gerade wegen dieses Grundsatzes. Fehlt es am Austausch gleichwertiger Leistungen, weil eine *nachträgliche* Leistung des Schuldners vorliegt (Fall der nachträglichen Zahlung aufgelaufener Zinsen), so scheint das Bundesgericht den Einwand, die Rechtshandlung habe auf einem sachlich motivierten Entscheid im Rahmen der normalen Geschäftstätigkeit basiert, nicht zuzulassen, jedenfalls nicht unter dem Titel der Gläubigerschädigung.<sup>120</sup> Das bedeutet, dass die Rechtshandlung paulianisch anfechtbar ist, während in ihr nicht notwendigerweise eine Sorgfaltspflichtverletzung der Organe des Schuldners zu sehen ist, lassen sich doch auch in einem solchen Fall für die erbrachte Leistung sachliche, den Gläubigerinteressen durchaus entsprechende Gründe anführen. Fehlt es demgegenüber an einem Austausch gleichwertiger Leistungen, weil der Schuldner Vermögenswerte durch unlautere Machenschaften einem einzelnen Gläubiger zugehalten hat, so liegt in einer solchen anfechtbaren Rechtshandlung kaum jemals eine sorgfältige Ermessensausübung bei der Verfolgung der Gesellschaftsinteressen. – Auch bei den hier angesprochenen Sachverhalten der Gläubigerbegünstigung hängt die abschliessende Beurteilung, ob sowohl eine Sorgfaltspflichtverletzung als auch eine anfechtbare Rechtshandlung gegeben sind, selbstverständlich auch von den subjektiven Voraussetzungen der Absichtsanfechtung ab.

### c. Fazit

Aus den vorstehenden Ausführungen zum Verhältnis zwischen einer Gläubigerschädigung und einer Sorgfaltspflichtverletzung ergibt sich, dass – namentlich angesichts der neuen Rechtsprechung zur Absichtsanfechtung – *in vielen Fällen beide Tatbestände erfüllt bzw. beide nicht erfüllt* sein werden. Es gibt aber auch Fälle einer Divergenz (wobei praktisch nur die Variante denkbar ist, dass zwar eine Gläubiger-

<sup>115</sup> Siehe zur Gleichwertigkeit III.2.a.

<sup>116</sup> Siehe III.2.

<sup>117</sup> Siehe zum Ganzen IV.1.a.

<sup>118</sup> Siehe zum Ganzen IV.1.b.bb bzw. III.1.a und III.2.b. – Insbesondere kann die zum Zweck der Anfechtungsklage gemachte Aussage, dem Schuldner müsse «selbst in schwierigen Zeiten bzw. bei finanziell angespannter Lage eine normale Geschäftstätigkeit möglich sein» (BGE 136 III 247 [249] E. 2; Urteil 5A\_750/2008 des Bundesgerichts vom 24. Februar 2010, E. 2), auch als eine Aussage zum Aktienrecht angesehen werden.

<sup>119</sup> Siehe III.2.b.

<sup>120</sup> Siehe III.2.b.aa.

schädigung, nicht jedoch eine Sorgfaltspflichtverletzung vorliegt). Dabei ist der hier beschriebene Zusammenhang nicht rechtsdogmatisch oder rechtssystematisch vorgegeben, sondern das Ergebnis autonomer Auslegungen der beiden gegenübergestellten Tatbestandsvoraussetzungen.

### 3. Zum Verhältnis von paulianischer Anfechtung und aktienrechtlicher Verantwortlichkeit

Die beschriebene Konvergenz zwischen dem Gebot, sorgfältig zu handeln, und dem Verbot, Gläubiger zu schädigen, wirkt sich potenziell auf der Ebene der beiden Sanktionstatbestände, der paulianischen Anfechtung und der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, aus.<sup>121</sup> In verschiedenen Situationen bestehen zwischen einer Gläubigerschädigung (verstanden als Rechtshandlung des Schuldners, welche die Vollstreckungsrechte der Gläubiger beeinträchtigt) und einer Sorgfaltspflichtverletzung nämlich Berührungspunkte auf der Sachverhaltsebene, die auch Auswirkungen auf das Verhältnis zwischen einem Anfechtungs- und einem Verantwortlichkeitsanspruch haben.

Einmal mögen Tatsachen, aus denen sich eine Gläubigerschädigung ergibt, für eine Sorgfaltspflichtverletzung der für den Schuldner handelnden Organe im Zusammenhang mit einem *anderen Verhalten als der angefochtenen Rechtshandlung* sprechen, wenn die beiden Verhaltensweisen zum *gleichen Sachverhaltskomplex* gehören. Wenn beispielsweise die Organe eines «Schuldner[s], der die werthaltigen und gewinnträchtigen Unternehmensteile veräussern muss und sogar den Staat um finanzielle Hilfe angeht» und «um sein wirtschaftliches Überleben [kämpft]»,<sup>122</sup> für angebliches Fehlverhalten im Vorfeld des Konkurses aktienrechtlich verantwortlich gemacht werden sollen, spielen diese im Zusammenhang mit der paulianischen Anfechtung einer Darlehensrückzahlung gemachten Feststellungen bei der rechtlichen Würdigung jenes Fehlverhaltens unter Umständen eine Rolle. Offensichtlich ist aber in einem solchen Fall ein Zusammenhang zwischen der Gläubigerschädigung und einer Sorgfaltspflichtverletzung *in keiner Weise rechtlich vorgegeben*, sondern er besteht allein aufgrund der tatsächlichen Gegebenheiten, die indessen unabhängig voneinander unter den jeweiligen Tatbestand zu subsumieren und nach dessen Voraussetzungen rechtlich zu beurteilen sind.

Sodann kann in der *anfechtbaren Rechtshandlung selber* ein allenfalls sorgfaltswidriges Organverhalten liegen, zum Beispiel im Verkauf von Unternehmensteilen zu einem zu tiefen Preis oder in der Rückzahlung eines Darlehens. (Eine

Sonderkategorie bilden hierbei diejenigen Fälle, in denen der durch die Rechtshandlung Begünstigte ein für den Schuldner handelndes Organ ist.<sup>123</sup>) In diesen Konstellationen fragt sich ebenfalls, ob aus einer Gläubigerschädigung auf eine Sorgfaltspflichtverletzung zu schliessen sei bzw. ob daraus, dass keine Gläubigerschädigung vorliegt, folge, dass die Organe des Schuldners auch keine Sorgfaltspflichtverletzung begangen haben. Dabei ist das Verhältnis zwischen Gläubigerschädigung und Sorgfaltspflichtverletzung einerseits dann von Bedeutung, wenn im konkreten Fall die beiden Ansprüche, wirtschaftlich betrachtet, *nach ihrem Wert auf den gleichen Gegenstand gerichtet* sind (also beispielsweise auf die Rückübertragung eines Grundstücks bzw. einen Schadenersatz im entsprechenden Umfang abzielen). Ob dies zutrifft, ist vor allem eine Frage des Verhältnisses zwischen dem anfechtungsrechtlichen Begriff der Gläubigerschädigung (hier verstanden als das Ergebnis der Rechtshandlung des Schuldners) und dem aktienrechtlichen Schadensbegriff. Sie sind nicht identisch (wie das Beispiel der Rückzahlung eines Darlehens zeigt), im Einzelfall kann die Vermögens einbusse aber die gleiche sein (so, wenn ein Vermögenswert beiseite geschafft wird). Sind der Anfechtungs- und der Verantwortlichkeitsanspruch wirtschaftlich identisch, kommt es zu einer Konkurrenz der Ansprüche, wobei eine Kumulation ausgeschlossen ist. Wegen ihrer unterschiedlichen Zwecke und Funktionen stehen die Anspruchsgrundlagen im Prinzip alternativ zur Verfügung.<sup>124</sup> Die Alternativität der Anspruchsgrundlagen kommt andererseits aber auch *ohne Übereinstimmung der Ansprüche nach ihrem wirtschaftlichen Gegenstand* zum Tragen. Kann beispielsweise der Begünstigte den Rückgabeanspruch nicht erfüllen oder ist ein entsprechendes Urteil gegen ihn nicht vollstreckbar,<sup>125</sup> bietet es sich der Konkursverwaltung an, auf die Verantwortlichkeitsklage gegen die Organe des Schuldners auszuweichen. In all diesen Fällen besteht auf tatsächlicher Ebene ein Zusammenhang zwischen der Gläubigerschädigung und einer allfälligen Sorgfaltspflichtverletzung. Es lassen sich jedoch bei der Rechtsanwendung keine wechselseitigen Schlüsse ziehen; die einschlägigen Sachverhaltselemente sind einzig nach den autonom ausgelegten Voraussetzungen des jeweiligen Tatbestandes rechtlich zu beurteilen.

Bei der Rechtsanwendung *post festum* dürfte die Frage des Verhältnisses zwischen Gläubigerschädigung und Sorgfaltspflichtverletzung bzw. allgemein zwischen paulianischer Anfechtung und aktienrechtlicher Verantwortlichkeit

<sup>121</sup> Deren Verhältnis ist freilich noch von anderen Aspekten als der Frage geprägt, ob eine Gläubigerschädigung eine Sorgfaltspflichtverletzung darstellt; insbesondere kommt es auch auf alle übrigen Tatbestandsvoraussetzungen an.

<sup>122</sup> BGE 134 III 452 (466) E. 8.4.

<sup>123</sup> Paradigmatisch hierfür ist der Sachverhalt, der dem *Raichle-Urteil* des Bundesgerichts (Urteil 5C.29/2000 vom 19. September 2000; dazu IV.1.b.aa) zugrunde gelegen hat.

<sup>124</sup> Vgl. zum Ganzen das Urteil 5C.29/2000 des Bundesgerichts vom 19. September 2000, vor allem E. 3e; BGE 44 III 205 (207 f.) E. 1; REBSAMEN (FN 105), N 1116 ff.; vgl. ferner aber auch BGE 127 III 1 (5) E. 2a.

<sup>125</sup> Vgl. zum letzteren Punkt aus schweizerischer Sicht BGE 131 III 227 (232 f.) E. 3.3; 129 III 683 (685) E. 3.

letztlich von eher *beschränkter praktischer Bedeutung* sein. Wichtiger ist die rechtliche Beurteilung *ex ante* und damit verbunden das Anliegen von Gesellschaften in finanziellen Schwierigkeiten bzw. ihrer Organe, im Einklang mit möglichst allen anwendbaren rechtlichen Regeln zu handeln, ungeachtet des Verhältnisses der verschiedenen Rechtsgrundlagen im Rahmen späterer Rechtsstreitigkeiten. Diesbezüglich ist der gewisse Gleichklang, den die beiden Bundesgerichts-urteile vom 24. Februar 2010 im Verhältnis zwischen der Absichtsanfechtung und der aktienrechtlichen Sorgfaltspflicht bewirken, zweifellos zu begrüßen.

Le Tribunal fédéral a estimé, dans deux arrêts du 24 février 2010, que le versement périodique des intérêts échus d'un prêt, afin que ce dernier puisse être conservé, ne peut être attaqué par l'action paulienne. La Cour se lance en plus dans des explications d'ordre général concernant le but de l'action révocatoire – celle-ci ne doit pas empêcher un débiteur ayant des difficultés financières de poursuivre son activité normale – et précise ce qu'elle entend par échange de prestations équivalentes (qui supprime l'existence d'un préjudice causé au créancier). En retenant qu'une inégalité de traitement des créanciers reposant sur des décisions objectivement fondées ne doit pas donner lieu à une action révocatoire par la suite, la Cour rapproche dans une large mesure, sans toutefois les assimiler, les règles de comportement à l'attention des sociétés en difficultés financières et de leurs organes découlant d'une part de l'action paulienne et d'autre part du devoir de diligence ancré dans le droit de la société anonyme.

(trad. LT LAW-TANK, Berne)