



Hans-Ueli Vogt*

Krisenmanagement unter dem Damoklesschwert der paulianischen Anfechtung

Die neuere Bundesgerichtspraxis zur Absichtsanfechtung nach Art. 288 SchKG

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Neuere Bundesgerichtspraxis
 1. Zweck und Voraussetzungen der Absichtsanfechtung
 2. Gläubigerschädigung
 - 2.1 Erwägungen des Bundesgerichts
 - 2.2 Anwendung der Grundsätze zur Gläubigerschädigung
 - a. Rückzahlung eines Darlehens
 - b. Bezahlung des Honorars für die Tätigkeit als Revisionsstelle
 - c. Bezahlung des Honorars für eine Beratungstätigkeit
 - d. Bezahlung von Verwaltungsratshonoraren
 - e. Bezahlung von Flughafengebühren
 - f. Bezahlung von Treibstofflieferungen
 3. Schädigungsabsicht
 - 3.1 Erwägungen des Bundesgerichts
 - 3.2 Anwendung der Grundsätze zur Schädigungsabsicht
 - a. Rückzahlung eines Darlehens
 - b. Bezahlung des Honorars für die Tätigkeit als Revisionsstelle
 - c. Bezahlung des Honorars für eine Beratungstätigkeit
 - d. Bezahlung von Verwaltungsratshonoraren
 - e. Bezahlung von Flughafengebühren
 - f. Bezahlung von Treibstofflieferungen
 4. Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht
 - 4.1 Erwägungen des Bundesgerichts
 - 4.2 Anwendung der Grundsätze zur Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht
 - a. Rückzahlung eines Darlehens
 - b. Bezahlung von Revisions- und Beratungshonoraren
 - c. Bezahlung von Verwaltungsratshonoraren
 - d. Bezahlung von Flughafengebühren
 - e. Bezahlung von Treibstofflieferungen
- III. Analyse und Kritik der neueren Bundesgerichtspraxis
 1. Gläubigerschädigung
 - 1.1 Gläubigerschädigung als Verminderung des Vollstreckungssubstrats oder Bevorzugung einzelner Gläubiger
 - 1.2 Austausch gleichwertiger Leistungen
 - 1.3 Zweck der paulianischen Anfechtung
 - 1.4 Dienstleistungen
 - 1.5 Gläubigerschädigung trotz Schadensminderung
 2. Schädigungsabsicht
 - 2.1 Gläubigerschädigung und Schädigungsabsicht
 - 2.2 Schädigungsabsicht als Inkaufnahme einer Gläubigerschädigung
 - 2.3 Schädigungsabsicht im Kontext der konkursrechtlichen Grundsätze und der übrigen Anfechtungstatbestände

- 2.4 Schädigungsabsicht im Kontext der aktienrechtlichen Sorgfaltspflicht
- 2.5 Schädigungsabsicht im Kontext der aktienrechtlichen Vorschriften über die Sanierung
- 2.6 Schädigungsabsicht im Kontext der aktienrechtlichen Vorschriften über die Revisionsstelle und den Verwaltungsrat
3. Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht
 - 3.1 «In der dem andern Teile erkennbaren Absicht»
 - 3.2 Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht im Kontext der übrigen Anfechtungstatbestände
 - 3.3 Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht im Kontext der aktienrechtlichen Vorschriften
- IV. Fazit

I. Einleitung

Das Bundesgericht hat im letzten Jahr mehrere bedeutende Urteile zur paulianischen Anfechtung – genauer: zur Absichtsanfechtung (Absichtspauliana, Deliktspauliana) – gefällt. Die Urteile machen deutlich, dass beim Ausgleich zwischen den verschiedenen auf dem Spiel stehenden Interessen denjenigen der Gläubiger grosses Gewicht zukommt. Ihre Ansprüche sollen durch Dispositionen eines Schuldners, der in einer finanziellen Notlage ist, nicht gefährdet werden; es soll sichergestellt sein, dass ihre Ansprüche nach dem konkursrechtlichen Grundsatz der Gleichbehandlung der Gläubiger erfüllt werden. Je grösser das Gewicht der Gläubigerinteressen, umso mehr leidet aber das Interesse der Vertragspartner des Schuldners am Bestand der mit dem Schuldner abgeschlossenen Geschäfte. Beeinträchtigt wird aber auch das Interesse des Schuldners an seiner Verfügungsfreiheit, die seine Organe (im Fall einer juristischen Person) in einer finanziell kritischen Situation im Interesse des Unternehmens und auch der Gläubiger nutzen möchten; das Risiko einer paulianischen Anfechtung schränkt

* Dr. Hans-Ueli Vogt, ao. Professor für Handels-, Wirtschafts- und Immaterialgüterrecht an der Universität Zürich. Meinem Assistenten Herrn lic. iur. Adrian Hartmann danke ich für die grosse Unterstützung und die vielen kritischen Hinweise im Zusammenhang mit der Ausarbeitung dieses Beitrags. Ein Dank geht auch an die beiden Assistenten, die mich in der Schlussphase unterstützt haben: Herr lic. iur. Giulio Donati und Herr lic. iur. Stefan Eichenberger.

ihre Entscheidungs- und Handlungsfreiheit ein. An wen in einer finanziellen Krise noch welche Zahlungen erbracht werden dürfen – und wessen Leistungen folglich noch in Anspruch genommen werden können bzw. gegenüber dem Schuldner erbracht werden –, ist in erheblichem Ausmass durch den Tatbestand einer paulianischen Anfechtung bestimmt.

Die neuere Bundesgerichtspraxis zur Absichtsanfechtung – resultierend aus Verfahren, zu denen die wirtschaftlichen Turbulenzen im Nachgang der Jahrtausendwende Anlass gegeben haben (vor allem die *causa* «Swissair») – ist in der gegenwärtigen Wirtschaftskrise und angesichts der zurzeit in vielen Unternehmen laufenden Refinanzierungs-, Sanierungs- und Restrukturierungsmaßnahmen von grosser Bedeutung. Dieser Beitrag berichtet über die wichtigsten bundesgerichtlichen Urteile zur Absichtsanfechtung aus dem vergangenen Jahr. Die Urteile werden zuerst dargestellt; recht ausführlich, weil nur so ihre Tragweite richtig einzuschätzen ist (II.). Dann folgt eine Analyse und Kritik dieser Rechtsprechung (III.). Das Ziel des Beitrags ist es aufzuzeigen, dass die Absichtsanfechtung, wie sie heute – freilich nicht erst in den besprochenen neueren Urteilen – vom Bundesgericht verstanden wird, von ihrer *ratio legis* recht weit entfernt ist und dass eine stärkere Einbindung der Absichtsanfechtung in das konkursrechtliche System der Anfechtungstatbestände und in den gesellschaftsrechtlichen Kontext zu sachlich richtigeren Resultaten führen würde.

II. Neuere Bundesgerichtspraxis

Im Folgenden wird zuerst auf das Urteil BGE 134 III 452 ff. eingegangen, das die Rückzahlung eines Darlehens durch die SAirGroup an die Zürcher Kantonalbank («ZKB») betrifft (nachfolgend: «ZKB-Urteil»), anschliessend auf die beiden am 4. September 2008 ergangenen Urteile des Bundesgerichts 5A_37/2008 betreffend die Bezahlung von Flughafen- und Flugsicherungsgebühren (nachfolgend: «Flughafen-Urteil») und 5A_469/2007 betreffend die Bezahlung von Treibstofflieferungen (nachfolgend: «Air-Total-Urteil»).¹ Die drei Urteile sind aufgrund von Klagen des Liquidators der SAirGroup bzw. einer Klage der Swissair in Nachlassliquidation ergangen. Sodann geht es um die Entscheidung BGE 134 III 615 ff., das «Tempus-Urteil». In dieser Entscheidung setzte sich das Bundesgericht einerseits mit der Bezahlung des Honorars einer Revisionsgesellschaft für deren Dienste als Revisionsstelle auseinander, andererseits mit der Honorierung für ihre beratende Tätigkeit. Und schliesslich wird das Urteil

5A_64/2008 vom 14. Oktober 2008 referiert, welches die paulianische Anfechtung der Bezahlung von Verwaltungsratshonoraren betrifft.

Nach einigen Bemerkungen zum Zweck und den Voraussetzungen der Absichtsanfechtung (1.) werden die Tatbestandsvoraussetzungen der Gläubigerschädigung (2.), der Schädigungsabsicht (3.) und der Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht (4.) erläutert. Dabei werden jeweils zuerst die allgemeinen bundesgerichtlichen Erwägungen aus den fünf Urteilen zusammengefasst und wird anschliessend aufgezeigt, wie das Bundesgericht seine Grundsätze auf die konkret zu beurteilenden Rechtshandlungen angewendet hat.

1. Zweck und Voraussetzungen der Absichtsanfechtung

Nach Art. 288 SchKG unterliegen «alle Rechtshandlungen, welche der Schuldner innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Pfändung oder Konkurseröffnung in der dem andern Teile erkennbaren Absicht vorgenommen hat, seine Gläubiger zu benachteiligen oder einzelne Gläubiger zum Nachteil anderer zu begünstigen», der Anfechtung (Absichtsanfechtung). Der Anfechtung unterliegen gemäss Art. 331 Abs. 1 SchKG auch Rechtshandlungen, die der Schuldner vor der Bestätigung eines Nachlassvertrages vorgenommen hat.²

Mit der Anfechtung sollen «Vermögenswerte der Zwangsvollstreckung zugeführt» werden, die ihr durch eine anfechtbare Rechtshandlung entzogen worden sind.³ Es soll ein den Gläubigern oder einzelnen Gläubigern zugefügter Nachteil wieder gutgemacht werden.⁴ Dies geschieht im Interesse der *Gleichbehandlung der Gläubiger*.⁵

Neben die vom Gesetz ausdrücklich genannten Tatbestandsvoraussetzungen der *Schädigungsabsicht* (bzw. der Absicht, Gläubiger zu benachteiligen oder einzelne zu begünstigen) und der *Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht* tritt – entsprechend dem Zweck der Absichtsanfechtung – das Erfordernis, dass die angefochtene Rechtshandlung des Schuldners einzelne Gläubiger im Rahmen der Zwangsvollstreckung tatsächlich geschädigt oder sonst wie beeinträchtigt hat (*Gläubi-*

¹ Beide Urteile sind zur Publikation in der Amtlichen Sammlung der Bundesgerichtsentscheide vorgesehen.

² Der Einfachheit halber wird nachfolgend in der Regel nur auf die Konkursituation Bezug genommen.

³ Art. 285 Abs. 1 SchKG.

⁴ Siehe BGE 134 III 452 E. 2, S. 454; BGE 134 III 615 E. 4.1, S. 617; Urteil des Bundesgerichts 5A_37/2008 vom 4.9.2008, E. 2; aus der älteren Rechtsprechung etwa BGE 99 III 27 E. 3, S. 33; BGE 85 III 185 E. 2a, S. 190.

⁵ Siehe BGE 134 III 615 E. 4.3, S. 620; BGE 134 III 273 E. 4.4.1, S. 282; Urteil des Bundesgerichts 5A_469/2007 vom 4.9.2008, E. 6.1.2 und 6.3.2.

gerschädigung). Alle drei Voraussetzungen muss grundsätzlich der Anfechtungskläger beweisen.⁶

2. Gläubigerschädigung

2.1 Erwägungen des Bundesgerichts

Eine Gläubigerschädigung bedeutet eine *Beeinträchtigung der Vollstreckungsrechte der Gläubiger* als Folge der angefochtenen Rechtshandlung. Diese Voraussetzung ist erfüllt, wenn die Rechtshandlung des Schuldners die Gläubiger oder einzelne von ihnen entweder tatsächlich schädigt, indem sie das Vollstreckungsergebnis oder den Anteil der Gläubiger daran vermindert, oder wenn die Rechtshandlung ihre Stellung im Vollstreckungsverfahren sonst wie beeinträchtigt, insbesondere dadurch, dass andere Gläubiger bevorzugt werden.⁷

Eine Gläubigerschädigung tritt in der Regel nicht ein, wenn die angefochtene Rechtshandlung mit einem «Austausch gleichwertiger Leistungen» verbunden ist. Das gilt jedoch dann nicht, wenn der Schuldner mit dem betreffenden Geschäft den Zweck verfolgt hat, über seine letzten Aktiven zum Schaden der Gläubiger verfügen zu können, und der Dritte dies erkannt hat oder bei pflichtgemässer Aufmerksamkeit hätte erkennen müssen; in diesen Fällen liegt eine Gläubigerschädigung vor.⁸

Damit die Regel über den Austausch gleichwertiger Leistungen zur Anwendung kommt, ist – bezogen auf Fälle, in denen die schuldnerische Leistung in einer Zahlung besteht – vorausgesetzt, dass der Schuldner *gleichzeitig* mit dem Empfang der Gegenleistung oder aber *im Voraus bezahlt* hat.⁹ Kein Austausch gleichwertiger Leistungen und folglich eine Schädigung der übrigen Gläubiger liegt demgegenüber vor, wenn der Schuldner über Geld oder andere Vermögenswerte zwecks Tilgung einer Schuld verfügt. Ist er nämlich zum Zeitpunkt dieser Verfügung bereits in schwierigen finanziellen Verhältnissen, bedeutet etwa die Bezahlung bereits gelieferter Ware, auch wenn die Zahlung

fällig war, eine Bevorzugung des betreffenden Gläubigers zum Nachteil der übrigen, womit der Grundsatz der Gleichbehandlung der Gläubiger verletzt wird.¹⁰ Ebenso bewirkt die Rückzahlung eines Darlehens im Prinzip eine Schädigung der übrigen Gläubiger, ungeachtet des Darlehenszwecks.¹¹ Bezahlt der Schuldner indessen zeitgleich mit der Lieferung einer Ware oder im Voraus, kommt die Regel über den Austausch gleichwertiger Leistungen übrigens selbst dann zur Anwendung, wenn sich die Ware im Zeitpunkt der Zwangsverwertung nicht mehr in seinem Vermögen befindet, weil er sie aufgebraucht hat.¹²

Ganz allgemein hielt das Bundesgericht sodann fest, dass die Gleichwertigkeit der ausgetauschten Leistungen ohne Belang sei, wenn die angefochtene Rechtshandlung eine *Begünstigung einzelner Gläubiger* zu Lasten anderer zur Folge haben könne: «[I]l suffit que le bénéficiaire ait été avantagé par rapport aux autres créanciers, en violation du principe de l'égalité entre les créanciers. Tel est le cas lorsqu'il voit sa créance intégralement honorée alors que les autres créanciers devront se satisfaire d'un dividende (...). De ce point de vue, il importe peu que l'acte incriminé ait contribué à limiter la perte des autres créanciers.»¹³

Im Zusammenhang mit *Dienstleistungshonoraren* betonte das Bundesgericht sowohl im Tempus-Urteil betreffend das Revisionsstellenhonorar als auch im Urteil über die Rückforderung von Verwaltungsratshonoraren, dass «[I]es prestations de service sont [...] révoquables, non pas parce qu'elles n'auraient pas une valeur qui se retrouverait dans les biens soumis à l'exécution forcée, mais parce que, en les payant, le débiteur favorise ceux qui les ont fournies par rapport aux autres créanciers.»¹⁴ Auch hier knüpft die Gläubigerschädigung an eine Bevorzugung einzelner Gläubiger an.

Eine Gläubigerschädigung wird *vermutet* zu Gunsten der Verlustscheingläubiger und der Konkursmasse, sodass der Anfechtungskläger nicht beweisen muss, dass die betreffende Rechtshandlung bei ihm oder bei mehreren Gläubigern tatsächlich einen Schaden bewirkt hat.¹⁵ Diese Vermutung kann jedoch umgestossen werden: Dem Anfechtungsbeklagten steht der Beweis offen, dass die fragliche Rechtshandlung keinen Schaden ver-

⁶ Siehe BGE 134 III 452 E. 2, S. 454; BGE 134 III 615 E. 3.1, S. 617; so z.B. auch schon BGE 99 III 27 E. 3, S. 33; BGE 85 III 185 E. 2a, S. 189.

⁷ Siehe BGE 134 III 452 E. 3.1, S. 455; BGE 134 III 615 E. 4.1 und 4.2, S. 617 f.; Urteil des Bundesgerichts 5A_37/2008 vom 4.9.2008, E. 2; Urteil des Bundesgerichts 5A_469/2007 vom 4.9.2008, E. 6.1.2 und 6.3.3; Urteil des Bundesgerichts 5A_64/2008 vom 14.10.2008, E. 5.3; so auch schon BGE 101 III 92 E. 4, S. 94; BGE 99 III 27 E. 3, S. 32; BGE 85 III 185 E. 2a, S. 190.

⁸ Siehe BGE 134 III 452 E. 3.1, S. 455; BGE 134 III 615 E. 4.2.1, S. 618; Urteil des Bundesgerichts 5A_469/2007 vom 4.9.2008, E. 6.1.2; Urteil des Bundesgerichts 5A_64/2008 vom 14.10.2008, E. 5.3; grundlegend: BGE 53 III 78, S. 79 f.; sodann aus der älteren Rechtsprechung etwa BGE 130 III 235 E. 2.1.2, S. 238; Urteil des Bundesgerichts 4C.262/2002 vom 19.5.2004, E. 4.1; BGE 101 III 92 E. 4a, S. 94; BGE 99 III 27 E. 4, S. 34.

⁹ Siehe das Urteil des Bundesgerichts 5A_469/2007 vom 4.9.2008, E. 6.3.1 und 6.3.2.

¹⁰ Besonders deutlich zum Ganzen das Urteil des Bundesgerichts 5A_469/2007 vom 4.9.2008, E. 6.1.2, 6.3.1 und 6.3.2; sodann BGE 134 III 615 E. 4.2.1, S. 618 f.; BGE 99 III 27 E. 4, S. 34.

¹¹ Siehe BGE 134 III 452 E. 3.1 und 3.2, S. 455.

¹² Siehe das Urteil des Bundesgerichts 5A_469/2007 vom 4.9.2008, E. 6.3.1.

¹³ Urteil des Bundesgerichts 5A_469/2007 vom 4.9.2008, E. 6.3.3.

¹⁴ BGE 134 III 615 E. 4.3, S. 620; ebenso das Urteil des Bundesgerichts 5A_64/2008 vom 14.10.2008, E. 5.3.

¹⁵ Siehe BGE 134 III 615 E. 4.1, S. 617; Urteil des Bundesgerichts 5A_37/2008 vom 4.9.2008, E. 2; Urteil des Bundesgerichts 5A_469/2007 vom 4.9.2008, E. 6.1.1; siehe aus der älteren Rechtsprechung BGE 99 III 27 E. 3, S. 33; BGE 85 III 185 E. 2a, S. 189.

ursacht hat, weil der Anfechtungskläger die Beeinträchtigung in seinem Vermögen auch ohne die beanstandete Rechtshandlung bzw. auch bei richtigem Verhalten des Schuldners erlitten hätte. Diesen Beweis kann der Anfechtungsbeklagte unter anderem dadurch erbringen, dass er nachweist, dass die angefochtene Zahlung kausal war für den Nichteintritt einer anderen, mindestens gleich grossen Vermögensverminderung.¹⁶ Eine Gläubigerschädigung liegt indessen auch in diesem Fall vor, wenn die Zahlung eine Ungleichbehandlung der übrigen Gläubiger bedeutet.¹⁷

2.2 Anwendung der Grundsätze zur Gläubigerschädigung

a. Rückzahlung eines Darlehens

Sachverhalt: Die ZKB unterhielt sowohl zur SAirGroup als auch zu deren Tochtergesellschaften langjährige Geschäftsbeziehungen. Am 17./19. August 1999 gewährte sie der SAirGroup einen Kredit von über 100 Mio. Franken (Blankolimite), der von der SAirGroup voll in Anspruch genommen und in der Folge mehrfach verlängert wurde. Am 2. Juli 2001 vereinbarten die SAirGroup und die ZKB, dass die SAirGroup die ZKB umgehend informieren werde, sollte eine andere Bank ihr Kreditengagement bzw. ihre Kreditlimiten gegenüber der SAirGroup reduzieren oder vollständig aufheben. Für den Fall, dass eine entsprechende Benachrichtigung der ZKB durch die SAirGroup unterbleibt oder eine andere Bank ihr Kreditengagement bzw. ihre Kreditlimiten aufhebt oder reduziert, behielt sich die ZKB das Recht vor, den ausstehenden Kredit sofort fällig zu stellen.¹⁸

Nachdem eine Drittbank einen Kredit im Umfang von 30 Mio. Franken nicht mehr verlängert und die SAirGroup dies der ZKB angezeigt hatte, verlangte die ZKB von der SAirGroup die sofortige Rückzahlung von 30 Mio. Franken nebst Zins per 22. August 2001.¹⁹ Nach weiteren Mitteilungen der SAirGroup, wonach Dritte die Rückzahlung weiterer Kredite verlangt hatten und ein anderes Darlehen nicht verlängert worden war, forderte die ZKB umgehend per 6. September 2001 weitere 30 Mio. Franken und per 27. September 2001 20 Mio. Franken zurück, jeweils nebst Zins.²⁰ Die SAirGroup kam diesen Rückzahlungsaufforderungen am 21. August, 5. September und am 27. September 2001 nach und überwies der ZKB insgesamt Fr. 80 516 263.90.²¹ Am 2. Oktober 2001 musste die SAirGroup ihren Flug-

betrieb einstellen («Grounding»), und am 5. Oktober 2001 wurde ihr die provisorische Nachlassstundung gewährt.²²

Mit Klage vom 17. Juni bzw. 16. November 2005 beantragte die SAirGroup in Nachlassliquidation, die ZKB sei zu verpflichten, ihr Fr. 80 516 263.90 zuzüglich Zins seit dem 8. Juni 2005 zu bezahlen.²³ Mit Urteil vom 10. Januar 2007 wies das Handelsgericht des Kantons Zürich die Klage ab.²⁴ Dagegen erhob die SAirGroup unter anderem Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht. Es hiess die Beschwerde und die Klage mit Urteil vom 29. Mai 2008 gut. Die ZKB wurde vollumfänglich zur Rückerstattung verpflichtet.²⁵

Anwendung im vorliegenden Fall: Nach den bundesgerichtlichen Grundsätzen zur Gläubigerschädigung stellt die Rückzahlung von Darlehensbeträgen keine (gleichwertige) Gegenleistung für die Gewährung des Darlehens dar; sie ist die Erfüllung der mit der Darlehensaufnahme eingegangenen Verpflichtung zur Rückzahlung. Folglich bedeutete die Rückzahlung an Gläubiger, denen weder ein Konkursprivileg noch ein dingliches Vorrecht zustand, eine Gläubigerschädigung, und zwar unter beiden hier massgeblichen Gesichtspunkten: Die Rückzahlung im Umfang von ca. 80 Mio. Franken verminderte das Vollstreckungssubstrat bzw. den Anteil der übrigen Gläubiger daran, und sie begünstigte die ZKB gegenüber den verbleibenden Drittklassgläubigern. Auf den Zweck des Darlehens – nämlich allenfalls einem Schuldner in finanziellen Schwierigkeiten zu helfen – kommt es unter dem Titel der Gläubigerschädigung nicht an.²⁶

b. Bezahlung des Honorars für die Tätigkeit als Revisionsstelle

Sachverhalt: PricewaterhouseCoopers SA («PWC») war die Revisionsstelle der Tempus Concept SA («Tempus»). Tempus erwirtschaftete im Geschäftsjahr 2003 einen Verlust von mehr als 3,4 Mio. Franken, und das Eigenkapital wies am Ende dieses Geschäftsjahres einen Negativbetrag von 1,8 Mio. Franken auf. Angesichts dieser Tatsachen wies PWC Tempus auf die Pflichten des Verwaltungsrates gemäss Art. 725 Abs. 2 OR hin, weil ernsthaft anzunehmen war, dass eine Zwischenbilanz zu Liquidationswerten die Überschuldung bestätigen würde. Am 1. Juni 2004 benachrichtigte Tempus den Richter. Am 21. Juli 2004 wurde Tempus eine Nachlassstundung für sechs Monate gewährt, am 24. Januar 2005 wurde ein Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung genehmigt.²⁷

¹⁶ Siehe zum Gesagten BGE 134 III 615 E. 4.1, S. 618; Urteil des Bundesgerichts 5A_37/2008 vom 4.9.2008, E. 2 und 4; Urteil des Bundesgerichts 5A_469/2007 vom 4.9.2008, E. 6.1.1.

¹⁷ Siehe das Urteil des Bundesgerichts 5A_469/2007 vom 4.9.2008, E. 6.3.3.

¹⁸ Siehe BGE 134 III 452 B., S. 453.

¹⁹ Siehe BGE 134 III 452 E. 8.1, S. 464.

²⁰ Siehe BGE 134 III 452 E. 8.2, S. 464 f.

²¹ Siehe BGE 134 III 452 B., S. 453.

²² Siehe BGE 134 III 452 B. und C., S. 453.

²³ Siehe BGE 134 III 452 D., S. 453.

²⁴ Siehe ZR 106 (2007) Nr. 22, S. 97 ff.; BGE 134 III 452 D., S. 453.

²⁵ Siehe zum Gesagten BGE 134 III 452 E., S. 454.

²⁶ Siehe BGE 134 III 452 E. 3, S. 455.

²⁷ Siehe BGE 134 III 615 A., S. 615 f.

Für ihre Tätigkeit als Revisionsstelle während des ersten Quartals 2004 stellte PWC Tempus den Betrag von Fr. 26 039.20 in Rechnung; am 5. April 2004 bezahlte Tempus einen Betrag in ungefähr dieser Höhe. Am 16. Februar 2005 verlangten die Liquidatoren von Tempus die Rückerstattung dieser Zahlung von PWC. Mit Urteil vom 28. August 2007 wies das Kantonsgericht Neuenburg eine entsprechende Klage ab. Die von Tempus gegen dieses Urteil erhobene Beschwerde wies das Bundesgericht ab, soweit es darauf eintrat. Das Revisionshonorar musste somit nicht zurückbezahlt werden.²⁸

Anwendung im vorliegenden Fall: Angesichts der Begründung, mit der das Bundesgericht eine Gläubigerschädigung im Fall der (nachträglichen) Bezahlung von Dienstleistungshonoraren grundsätzlich bejahte,²⁹ stand fest, dass auch die Honorierung der Revisionsstelle die anderen Gläubiger schädigt. Das gilt ungeachtet der Tatsache, dass die Leistung der Revisionsstelle den Wert hatte, der für sie bezahlt worden war, und dieser sich dann im Vollstreckungssubstrat befand; denn die anderen Gläubiger mussten sich mit einer Konkursdividende begnügen, während die Revisionsgesellschaft vollumfänglich bezahlt wurde, was eine Ungleichbehandlung der Gläubiger bedeutet.³⁰

c. Bezahlung des Honorars für eine Beratungstätigkeit

Sachverhalt: Die Liquidatoren von Tempus verlangten von PWC nicht nur die Rückzahlung des Revisionshonorars, sondern auch eines Honorars in der Höhe von Fr. 41 139.25 für Beratungsdienstleistungen, die PWC im Verlauf des ersten Quartals 2004 erbracht hatte. Einen Betrag in ungefähr dieser Höhe überwies Tempus an PWC am 13. Mai 2004. Bei den Beratungsdienstleistungen ging es vor allem um die Ausarbeitung eines Businessplans (mit dem Zweck, die Gesellschaft potenziellen Investoren vorzustellen)³¹ sowie eines Finanzplans. Sowohl das Kantonsgericht Neuenburg als auch das Bundesgericht verneinten aber auch hinsichtlich des Beratungshonorars einen Rückforderungsanspruch.³²

Anwendung im vorliegenden Fall: Eine Gläubigerschädigung war aus den gleichen Gründen anzunehmen wie bezüglich des Revisionsstellenhonorars.³³

d. Bezahlung von Verwaltungsratshonoraren

Sachverhalt: Am 21. Mai 2001 wurde über die Y-AG der Konkurs eröffnet. Als Mitglied des Verwaltungsrates erhielt X von der Y-AG am 18. Dezember 2000, am 19. Januar 2001 und am 7. sowie am 9. März 2001 Honorarzahungen in der Höhe von insgesamt Fr. 646 050.–. Abgegolten wurde damit die im Jahr 2000 sowie in den Monaten Januar und Februar 2001 geleistete Arbeit als Verwaltungsratsmitglied, das mit Sanierungsmassnahmen betraut war.³⁴

Am 20. Mai 2003 erhob die Y-AG in Liquidation Klage gegen X auf Rückerstattung der ihm bezahlten Honorare zuzüglich Zins. Mit Urteil vom 4. September 2006 hiess das Kantonsgericht Zug die Klage gut. Die von X dagegen erhobene Berufung wies das Obergericht Zug mit Urteil vom 11. Dezember 2007 ab. Soweit das Bundesgericht auf die von X gegen dieses Urteil erhobene Beschwerde eintrat, wies es sie ab. X musste die bezogenen Honorare zurückerstatten.³⁵

Anwendung im vorliegenden Fall: Mit der Bezahlung von Verwaltungsratshonoraren verhält es sich gleich wie mit der Vergütung von Dienstleistungen der Revisionsstelle bzw. einer Revisionsgesellschaft: Auch eine solche Zahlung kann dazu führen, dass die Forderungen der übrigen Gläubiger nicht mehr vollständig erfüllt und die Gläubiger damit (im Sinne einer Ungleichbehandlung) geschädigt werden, indem sie lediglich eine Dividende bekommen. Und auch hier ist unbeachtlich, ob bzw. dass die erbrachte Leistung den Wert hatte, der für sie bezahlt worden war.³⁶

e. Bezahlung von Flughafenengebühren

Sachverhalt: Die Flughafen Zürich AG stellte der Swissair Schweizerische Luftverkehr-AG («Swissair») für den Monat Juli 2001 Fr. 21 832 491.70 für Flughafen- und Flugsicherungsgebühren in Rechnung, mit Fälligkeit am 22. September 2001. Nach Eingang zweier Zahlungsaufforderungen vom 25. und 26. September 2001 erklärte Swissair, sie verfüge zurzeit nicht über die erforderlichen Mittel. Nachdem der Swissair-Verwaltungsrat am 30. September 2001 beschlossen hatte, für die Swissair und die SAirGroup Nachlassstundung zu beantragen, verlangte die Flughafen Zürich AG am 1. Oktober 2001 eine Bankgarantie von über 60 Mio. Franken für zukünftig anfallende Flughafenengebühren. Für den Unterlassungsfall drohte sie an, ihre Dienstleistungen ab dem 4. Oktober 2001 nur noch gegen Vorauszahlung zu erbringen. Am Tag nach dem «Groun-

²⁸ Siehe BGE 134 III 615 B. und C., S. 616.

²⁹ Siehe dazu vorn II/2/2.1.

³⁰ Siehe BGE 134 III 615 E. 4.3, S. 620 f.

³¹ Siehe die nicht amtlich publizierte Erwägung 2.1 der Entscheidung BGE 134 III 615 ff. (Urteil des Bundesgerichts 5A_559/2007 vom 16.4.2008).

³² Siehe BGE 134 III 615 B. und C., S. 616.

³³ Siehe BGE 134 III 615 E. 4.3, S. 620 f.

³⁴ Siehe das Urteil des Bundesgerichts 5A_64/2008 vom 14.10.2008, A. sowie E. 6.7 und 6.8.

³⁵ Siehe das Urteil des Bundesgerichts 5A_64/2008 vom 14.10.2008, B., C. und E. 8.

³⁶ Siehe das Urteil des Bundesgerichts 5A_64/2008 vom 14.10.2008, E. 5.3.

ding» verlangte die Flughafen Zürich AG die sofortige Überweisung des fälligen Betrages. Zudem erklärte sie, dass sie infolge Nichtbebringung der geforderten Bankgarantie nur noch gegen Vorauszahlung leisten werde, und machte gleichzeitig ein Retentionsrecht an zwei Flugzeugen der Swissair geltend. Am 4. Oktober 2001 überwies die Swissair der Flughafen Zürich AG den vorgenannten Betrag von knapp 22 Mio. Franken; dies insbesondere, weil eine Weigerung der Flughafen Zürich AG, weitere Leistungen zu erbringen, nach Einschätzung der Swissair-Verantwortlichen die Mobilisierung der Flotte verzögert oder gar verunmöglicht hätte. Um die Wiederaufnahme des Flugbetriebs und damit unter anderem das «Abfliegen» der offenen Tickets im Wert von 1 Mia. Franken zu ermöglichen, wurden im gleichen Zeitpunkt weitere ausgewählte Zahlungen im Umfang von 62 Mio. Franken vorgenommen (Bezahlung von Treibstofflieferungen, Leasingzinsen usw.). Am 5. Oktober 2001 wurde Swissair einerseits ein Bundesdarlehen und andererseits die provisorische Nachlassstundung gewährt.³⁷

Das Handelsgericht des Kantons Zürich wies eine Anfechtungsklage des Nachlassliquidators der Swissair mit Urteil vom 19. November 2007 ab.³⁸ Die dagegen erhobene Beschwerde hiess das Bundesgericht mit Bezug auf die Bezahlung der Flughafengebühren von Fr. 18 587 907.50 nebst Zins gut, mit Bezug auf die Flugsicherungsgebühren wies es sie ab.³⁹ Das Bundesgericht bejahte mithin im Grundsatz den Rückforderungsanspruch.

Anwendung im vorliegenden Fall: Mit der Bezahlung der Flughafengebühren wurden die Gläubiger geschädigt: Swissair erhielt für die angefochtene Zahlung keinen verwertbaren Vermögensgegenstand als Gegenleistung, sie überwies vielmehr Buchgeld zwecks Tilgung einer Schuld.⁴⁰

Der von der Flughafen Zürich AG angetretene Gegenbeweis, wonach die anderen Gläubiger auch bei richtigem Verhalten der Swissair zum gleichen Verlust gekommen wären, war in den Augen des Bundesgerichts nicht erbracht. Die Flughafen Zürich AG machte geltend, dank der (angeblich erst mit der Bezahlung der Flughafengebühren möglich gewordenen) Wiederaufnahme des Flugbetriebs hätten offene Flugtickets «abgeflogen» und die andernfalls entstehenden Kosten vermieden

werden können. Gleichzeitig leistete die Swissair jedoch auch noch andere Zahlungen (etwa für Treibstofflieferungen), um die Flotte zu mobilisieren, sodass die Kausalität der vorliegend angefochtenen Zahlung für die Schadensminderung fraglich war. Letzten Endes scheiterte der Gegenbeweis aber auch aus prozessualen Gründen, womit von einer Gläubigerschädigung auszugehen war.⁴¹

f. Bezahlung von Treibstofflieferungen

Sachverhalt: Air Total International («ATI») und Air Total (Suisse) SA («ATS»), beides Gesellschaften der TotalFinaElf-Gruppe («Total-Gruppe»), belieferten die Swissair seit Jahrzehnten mit Treibstoff für die Flugzeuge. Als im März 2001 Gerüchte über einen drohenden Konkurs der Swissair die Runde machten, nahm die Swissair im August 2001 mit ATI Verhandlungen auf mit dem Ziel, die Kosten für die Treibstofflieferungen zu reduzieren. Nachdem die Swissair weitere finanzielle Rückschläge erlitten und mit Schwierigkeiten bei der Sanierung zu kämpfen hatte, teilte ATI der Swissair am 2. Oktober 2001, dem Tag des «Grounding», mit, dass die Total-Gruppe ihren Gesellschaften per sofort jegliches Auftanken von Swissair-Flugzeugen untersagt hatte. Noch am gleichen Tag überwies die Swissair ATI USD 500 000.–, verbunden mit dem Vermerk «*upfront payment upon your request*». Am 3. Oktober 2001 bot ATI der Swissair die Wiederaufnahme der Treibstofflieferungen gegen Bezahlung von USD 4 500 000.– an. Dieser Betrag umfasste alle von der Total-Gruppe bereits in Rechnung gestellten, aber noch nicht bezahlten Beträge sowie einen Schätzbetrag für bereits gelieferten, aber noch nicht in Rechnung gestellten Treibstoff und für den in den nächsten zehn Tagen zu liefernden Treibstoff. ATI wies dabei darauf hin, dass die Lieferungen am 12. Oktober 2001 eingestellt würden, «*unless further provisions are made*». Tags darauf bezahlte die Swissair ATI USD 4 500 000.– und nahm den Flugbetrieb wieder auf. In den folgenden Wochen bezog Swissair den Treibstoff gegen Vorauszahlung. Im Februar 2002 verständigten sich die Parteien darauf, dass die Zahlungen vom 2. bzw. 4. Oktober 2001 wie folgt auf die verschiedenen Forderungen anzurechnen seien: USD 3 800 000.– auf Rechnungen für vor dem 5. Oktober erfolgte Lieferungen und USD 500 000.– auf Rechnungen mit Fälligkeitsdatum vor dem 2. Oktober.⁴²

Mit Klage vom 23. Mai 2005 forderte die Swissair in Nachlassliquidation von ATI und ATS die Rückerstattung von unter anderem den beiden genannten Zahlungen vom 2. bzw. 4. Oktober 2001. In erster Instanz wurde die Klage gutgeheissen. Das Genfer Kantonsge-

³⁷ Siehe das Urteil des Bundesgerichts 5A_37/2008 vom 4.9.2008, A. und B. sowie E. 4 und 5.

³⁸ Siehe das Urteil des Bundesgerichts 5A_37/2008 vom 4.9.2008, B.

³⁹ Siehe das Urteil des Bundesgerichts 5A_37/2008 vom 4.9.2008, C. und E. 7. Die Klageabweisung bezüglich der Flugsicherungsgebühren erfolgte mangels Passivlegitimation der Flughafen Zürich AG; passivlegitimiert gewesen wäre Skyguide (Urteil des Bundesgerichts, a.a.O., E. 3).

⁴⁰ So die Vorinstanz (Handelsgericht des Kantons Zürich), der das Bundesgericht insoweit zu folgen scheint; siehe das Urteil des Bundesgerichts 5A_37/2008 vom 4.9.2008, E. 4.

⁴¹ Siehe im Einzelnen das Urteil des Bundesgerichts 5A_37/2008 vom 4.9.2008, E. 4.

⁴² Siehe das Urteil des Bundesgerichts 5A_469/2007 vom 4.9.2008, A.–E.

richt hob dieses Urteil auf. Die von Swissair hiergegen erhobene Beschwerde hiess das Bundesgericht gut, indem es den Rückerstattungsanspruch bejahte.⁴³

Anwendung im vorliegenden Fall: Die Bezahlung von bereits geliefertem Treibstoff führte nach Ansicht des Bundesgerichts zu einer Gläubigerschädigung: Mangels Gleichzeitigkeit von Treibstofflieferung und Bezahlung bzw. einer Vorauszahlung lag kein Austausch gleichwertiger Leistungen vor. Zudem benachteiligte die Swissair mit ihren Zahlungen ihre anderen Gläubiger; angesichts ihrer Anfang Oktober 2001 bestehenden finanziellen Verhältnisse musste die Bezahlung auf eine solche Benachteiligung hinauslaufen. Dies gilt jedenfalls insoweit, als es ATI und ATS nicht gelang nachzuweisen, dass die Swissair vor dem «Grounding» alle fälligen Schuldverpflichtungen gleichmässig erfüllt und das Gleichbehandlungsprinzip insofern nicht verletzt hatte.⁴⁴

ATI und ATS bestritten eine Gläubigerschädigung mit dem Argument (dem die Vorinstanz zugestimmt hatte), dass die Kosten einer sofortigen Immobilisierung der Flugzeuge, die der Swissair ohne die Zahlungen bzw., als Folge davon, ohne die Treibstofflieferungen gedroht hätten, grösser gewesen wären als der Betrag der angefochtenen Zahlungen. Dieses Argument verwarf das Bundesgericht aus zwei Gründen: Erstens würde es, selbst wenn an sich zutreffend und in tatsächlicher Hinsicht bewiesen, nichts daran ändern, dass eine Gläubigerschädigung in Form der Bevorzugung einzelner Gläubiger vorliegen würde; unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung spielt es keine Rolle, dass die angefochtene Rechtshandlung zu einer Verminderung des Verlusts der übrigen Gläubiger beitrug. Zweitens müsste die angefochtene Zahlung kausal für die Weiterführung bzw. später die Wiederaufnahme des Flugbetriebs gewesen sein. Dem war indessen nicht so: Auch andere Zahlungen als diejenigen für Treibstofflieferungen konnten kausal für die Weiterführung bzw. die Wiederaufnahme des Flugbetriebs gewesen sein, so etwa die Bezahlung der Flughafengebühren. Den Beweis der Kausalität der vorliegend angefochtenen Zahlungen vermochten ATI und ATS folglich nicht zu erbringen.⁴⁵ Darum war auch unter dem Gesichtspunkt der Vermeidung eines noch grösseren Schadens eine Gläubigerschädigung zu bejahen.

3. Schädigungsabsicht

3.1 Erwägungen des Bundesgerichts

Rechtshandlungen des Schuldners sind nur dann anfechtbar, wenn er sie «in der [...] Absicht vorgenommen hat, seine Gläubiger zu benachteiligen oder einzelne Gläubiger zum Nachteil anderer zu begünstigen».⁴⁶ Eine so verstandene Schädigungsabsicht liegt vor, wenn der Schuldner in der konkreten Situation eine Schädigung von Gläubigern «*vorausehen konnte und musste*».⁴⁷ Ein direkter Schädigungsvorsatz – in dem Sinne, dass die Benachteiligung der Gläubiger bzw. Begünstigung einzelner Gläubiger vom Schuldner geradezu bezweckt worden wäre – ist nicht erforderlich. Es genügt, «wenn sich der Schuldner darüber hat *Rechenschaft geben können und müssen* und gleichsam *in Kauf genommen* hat, dass als natürliche Folge seiner Handlung Gläubiger geschädigt werden» (indirekter Vorsatz).⁴⁸ Dies trifft zu, wenn der Schuldner «über [seine] finanzielle Notlage im Bilde» war.⁴⁹ Dabei darf die Schädigung nicht bloss «*une conséquence éventuelle et lointaine de l'opération*» gewesen sein.⁵⁰

Eine Schädigungsabsicht als zunächst eine *innere Tatsache* kann unmittelbar nur durch Parteiaussage bewiesen werden. Im Übrigen ist auf Schlussfolgerungen abzustellen, die sich aus dem äusseren Verhalten des Schuldners und den äusseren Umständen – wie namentlich der finanziellen Notlage des Unternehmens – ergeben, die auf den Schuldner eingewirkt haben. Das Vorliegen einer Schädigungsabsicht als innere Tatsache ist eine Tatfrage; ob angesichts einer bestimmten tatsächlich bestehenden Absicht eine *Schädigungsabsicht im Sinne des Gesetzes* vorgelegen hat, der Schuldner also eine Schädigung voraussehen konnte und musste, ist demgegenüber eine Rechtsfrage.⁵¹

Im ZKB-Urteil setzte sich das Bundesgericht mit der Frage auseinander, nach welchem Massstab die Schädigungsabsicht zu beurteilen ist, wenn allenfalls an-

⁴³ Siehe das Urteil des Bundesgerichts 5A_469/2007 vom 4.9.2008, G. und H. sowie E. 10.

⁴⁴ Siehe das Urteil des Bundesgerichts 5A_469/2007 vom 4.9.2008, E. 6.3.1, 6.3.2 und 6.3.4.

⁴⁵ Siehe zum Ganzen das Urteil des Bundesgerichts 5A_469/2007 vom 4.9.2008, E. 6.3.3.

⁴⁶ Art. 288 SchKG.

⁴⁷ BGE 134 III 452 E. 4.1, S. 456; siehe auch das Urteil des Bundesgerichts 5A_37/2008 vom 4.9.2008, E. 2; Urteil des Bundesgerichts 5A_469/2007 vom 4.9.2008, E. 7.1; siehe aus der früheren Rechtsprechung das Urteil des Bundesgerichts 4C.262/2002 vom 19.5.2004, E. 5.1; BGE 83 III 82 E. 3a, S. 85.

⁴⁸ BGE 134 III 452 E. 4.1, S. 456 (Hervorhebungen hinzugefügt); siehe auch BGE 134 III 615 E. 5.1, S. 621; Urteil des Bundesgerichts 5A_37/2008 vom 4.9.2008, E. 2; Urteil des Bundesgerichts 5A_469/2007 vom 4.9.2008, E. 7.1; siehe aus der früheren Rechtsprechung das Urteil des Bundesgerichts 4C.262/2002 vom 19.5.2004, E. 5.1; BGE 83 III 82 E. 3a, S. 85; BGE 21 I 660 E. 4, S. 669.

⁴⁹ BGE 134 III 452 E. 7.4, S. 463.

⁵⁰ Urteil des Bundesgerichts 5A_469/2007 vom 4.9.2008, E. 7.1.

⁵¹ Siehe BGE 134 III 452 E. 4.1, S. 456, und E. 7.2, S. 462; Urteil des Bundesgerichts 5A_37/2008 vom 4.9.2008, E. 5; Urteil des Bundesgerichts 5A_469/2007 vom 4.9.2008, E. 7.1; sodann aus der älteren Rechtsprechung BGE 33 II 665 E. 4, S. 668; BGE 26 II 617 E. 4, S. 620.

fechtbare Rechtshandlungen im Rahmen einer *Sanierung des Schuldners* erfolgen.⁵² Das Bundesgericht trägt dem Anliegen Rechnung, Sanierungen zu ermöglichen und folglich insbesondere die Rückzahlung von Darlehen, die zum Zweck einer Sanierung gewährt wurden, vom Anwendungsbereich der Absichtsanfechtung unter Umständen auszunehmen. Es liege im Interesse der Gläubiger, dass Dritte dem Schuldner helfen, ohne dabei Gefahr zu laufen, bei Nutzlosigkeit ihrer Bemühungen das Entgelt für ihre Leistungen zurückzahlen zu müssen. Insbesondere soll einem bedrängten Schuldner durch Gewährung von Zahlungsmitteln geholfen werden können. Die Schädigungsabsicht (und die Frage ihrer Erkennbarkeit) dürfen darum nicht allein bezogen auf die Honorierung der Sanierungsanstrengungen bzw. die Darlehensrückzahlung beurteilt werden, sondern es ist das Geschäft als ganzes zu würdigen.⁵³ Der Beitrag zur Sanierung muss dabei nicht zwingend in der Gewährung neuer Zahlungsmittel bestehen; auch die Verlängerung eines Darlehens kann zur Sanierung beitragen, wenn der Darlehensgeber aufgrund des Kreditvertrages berechtigt war, den Darlehensbetrag jederzeit nach freiem Ermessen zurückzufordern.⁵⁴ Indessen rechtfertigt allein die Tatsache, dass sich ein Schuldner in wirtschaftlichen Schwierigkeiten um Sanierung bemüht, keine weniger strenge Beurteilung der Schädigungsabsicht (und ihrer Erkennbarkeit).⁵⁵ Vorausgesetzt ist vielmehr, dass die geleistete Hilfe «*ernstlich als erfolgverheissend betrachtet werden kann*»⁵⁶ und – im Fall von finanzieller Hilfe – die Mittel «*zum besonderen Zweck der Sanierung gewährt worden [sind] und nicht bloss in der Absicht, Geld kurzfristig und zu hohem Zins anzulegen*».⁵⁷ Damit Sanierungsbemühungen und insbesondere ein Sanierungsdarlehen eine Sonderbehandlung erfahren, die Rückzahlung des Darlehens bzw. die Vergütung der Sanierungsleistungen also nicht der paulianischen Anfechtung unterliegt, müssen «*berechtigte, die Wahrscheinlichkeit einer günstigen Prognose hinsichtlich der Vermögensentwicklung des Schuldners eindeutig rechtfertigende Hoffnungen gegeben sein*».⁵⁸ Sind diese Voraussetzungen im Moment der Sanierungsbemühungen gegeben, darf aus ihrem Scheitern nicht auf eine Schädigungsabsicht geschlossen

werden.⁵⁹ Eine weitergehende anfechtungsrechtliche Sonderbehandlung von Sanierungsanstrengungen und insbesondere von Sanierungsdarlehen lässt das Bundesgericht indessen nicht zu.⁶⁰

3.2 Anwendung der Grundsätze zur Schädigungsabsicht

a. Rückzahlung eines Darlehens

Im Fall SAirGroup/ZKB hatte die ZKB die Rückzahlung von Krediten im Umfang von insgesamt ca. 80 Mio. Franken gefordert, nachdem andere Banken die Rückzahlung ihrer Kredite verlangt bzw. Darlehen nicht verlängert hatten. Dabei lag aus Sicht des Bundesgerichts *kein Sanierungsdarlehen* im Sinne der vorstehenden Ausführungen vor, und zwar weder aus der Optik der ZKB noch aus der Sicht der SAirGroup. Was die ZKB betrifft, so entsprach die Verlängerung des Darlehens im März 2001 um drei Monate ihrer bisherigen Praxis; die Verlängerung hatte nicht den Zweck, die bereits damals erkennbar in Schwierigkeiten steckende Darlehensnehmerin bei der Lösung ihrer Probleme zu unterstützen. Die ZKB hatte im Vergleich mit anderen Kreditgebern weder Sonderleistungen versprochen noch ein eigentliches Entgegenkommen gezeigt noch die Sanierung direkt unterstützt. Vielmehr hatte sie nach der Mitteilung der SAirGroup, dass die SAirGroup Zahlungen an andere Kreditgeber geleistet hatte, Teilbeträge des Darlehens nebst Zins sofort – ohne Rücksicht auf die wirtschaftlichen Schwierigkeiten der SAirGroup – zurückgefordert.⁶¹ Die Darlehensrückzahlungen an die ZKB standen aber auch auf Seiten der SAirGroup nicht im Zusammenhang mit ihren Sanierungsbemühungen. Weder ging es der SAirGroup darum, die eingeleitete Sanierung nicht zu gefährden, noch erfolgten die Rückzahlungen unter dem Druck, einen drohenden Konkurs abzuwenden. Die Zahlungen waren vielmehr Teil der von der SAirGroup verfolgten Politik, nur noch mit ein paar wenigen Kreditgebern zusammenzuarbeiten und die Bankschulden den übrigen Kreditgebern zurückzuzahlen.⁶² Die bundesgerichtlichen Erwägungen zur Sonderbehandlung von Sanierungsdarlehen waren darum nicht einschlägig, die Darlehensrückzahlungen der SAirGroup dementsprechend nach *allgemeinen* Grundsätzen zu beurteilen.⁶³

⁵² Die Sanierungssituation führt auch zu einer besonderen Beurteilung beim Tatbestandselement der Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht; dazu hinten II/4/4.1 und II/4/4.2/e.

⁵³ Siehe zum Gesagten BGE 134 III 452 E. 5.2 und 5.3, S. 458 f.

⁵⁴ Siehe BGE 134 III 452 E. 6.1, S. 460.

⁵⁵ Siehe BGE 134 III 452 E. 5.5, S. 460; siehe auch das Urteil des Bundesgerichts 5A_64/2008 vom 14.10.2008, E. 6.2.1.

⁵⁶ BGE 134 III 452 E. 5.2, S. 458 (Hervorhebung hinzugefügt), siehe auch E. 5.5, S. 460; siehe sodann aus der älteren Rechtsprechung BGE 79 III 78 E. 4, S. 83 ff.; BGE 74 III 48 E. 4, S. 52 ff.

⁵⁷ BGE 134 III 452 E. 5.2, S. 459 (Hervorhebung hinzugefügt), siehe auch E. 5.5, S. 460; siehe auch BGE 99 III 27 E. 5, S. 37; zu den Erfolgsaussichten von Sanierungsanstrengungen, siehe insbesondere die Ausführungen im Urteil des Bundesgerichts 5A_64/2008 vom 14.10.2008, E. 6.3–6.7.

⁵⁸ BGE 134 III 452 E. 5.3, S. 459 (die Lehre referierend).

⁵⁹ Siehe BGE 134 III 615 E. 5.1, S. 621 f.

⁶⁰ In diesem Zusammenhang wies das Bundesgericht auch darauf hin, dass sowohl anlässlich der Revision des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes von 1994/1997 als auch in der Experten- gruppe «Nachlassverfahren» (2003/2005) auf eine gesetzliche Sonderregelung für Sanierungen bzw. Sanierungsdarlehen im Besonderen bewusst verzichtet worden war (siehe BGE 134 III 452 E. 5.4, S. 460).

⁶¹ Siehe zum Gesagten BGE 134 III 452 E. 6.1, S. 460 f.

⁶² Siehe zum Gesagten BGE 134 III 452 E. 6.2, S. 461, sowie E. 7.3, S. 462 f.

⁶³ Siehe BGE 134 III 452 E. 6.3, S. 461.

Bei dieser Beurteilung stellte das Bundesgericht entscheidend darauf ab, dass die SAirGroup bereits im April/Juli 2001, vor der Rückzahlung des ersten Teilbetrages an die ZKB am 21. August 2001, *um ihre finanzielle Notlage gewusst* hatte.⁶⁴ Ihre Schulden beliefen sich auf mehr als 2 Mia. Franken, und ihre Liquidität konnte sie praktisch nur über Fremdmittel sicherstellen. Mangels Zuflusses neuer Eigenmittel verbesserte sich ihre wirtschaftliche Situation auch in den Monaten August und September 2001 nicht. Wusste aber die SAirGroup um ihre schlechte finanzielle Lage, muss nach Ansicht des Bundesgerichts davon ausgegangen werden, dass sie «zumindest in Kauf [nahm], durch ihre drei Zahlungen an die [ZKB] könnten andere Gläubiger geschädigt werden».⁶⁵

b. Bezahlung des Honorars für die Tätigkeit als Revisionsstelle

Im Tempus-Urteil bejahte das Bundesgericht zwar eine Gläubigerschädigung aufgrund der Bezahlung von Revisionshonoraren. Es verneinte indessen eine Schädigungsabsicht; dies, weil die Anfechtungsklägerin nicht behauptet bzw. bewiesen hatte, dass die Leistungen von PWC als Revisionsstelle unnütz gewesen wären oder dass PWC überflüssige, zu detaillierte oder zu kostspielige Kontrollen durchgeführt hätte. Gestützt auf die Lebenserfahrung war der Schluss zu ziehen, dass die Schuldnerin *nicht* mit dem Ziel gehandelt hatte, die (anderen) *Gläubiger zu schädigen*.⁶⁶

Weiter führte das Bundesgericht aus: «[L]orsque le débiteur fait procéder aux opérations légales et garantit le versement des honoraires correspondants, ou acquitte ceux-ci une fois ces opérations accomplies, il n'agit pas dans l'intention de nuire à ses créanciers, ni objectivement n'accepte le préjudice comme conséquence possible de son acte, mais fait exécuter et rétribue une tâche imposée par la loi et qui est dans l'intérêt de tous les créanciers.»⁶⁷

c. Bezahlung des Honorars für eine Beratungstätigkeit

Mit Bezug auf die Bezahlung des Honorars von PWC für die Ausarbeitung des Business- und des Finanzplans konnte die Schuldnerin, Tempus, nach Auffassung des Bundesgerichts keine gesetzliche Pflicht zur Inanspruchnahme einer Leistung als Argument heranziehen, um so eine Schädigungsabsicht zu verneinen. Dennoch nahm das Bundesgericht auch hinsichtlich der Bezahlung dieses Honorars keine Schädigungsabsicht an. Wel-

che rechtlichen Überlegungen diesem Schluss zugrunde liegen, ist dem Urteil kaum zu entnehmen; es sind vielmehr die von der Vorinstanz verbindlich festgestellten Tatsachen, auf die das Bundesgericht abstellte und deren Würdigung durch die Vorinstanz das Bundesgericht folgte. So war nicht dargetan und erstellt, dass die von PWC im Hinblick auf die Fortführung der Geschäftstätigkeit von Tempus ergriffenen Massnahmen (insbesondere die Ausarbeitung eines Businessplans mit dem Ziel, das Unternehmen potenziellen Käufern vorzustellen) von Anfang an sinnlos («*une opération dépourvue de sens*», «*une opération vaine*») und zum Scheitern verurteilt («*d'emblée et entièrement vouée à l'échec*») gewesen wären. Aussagen des vormaligen Verwaltungsratspräsidenten belegten zudem, dass er lange an das Überleben der Gesellschaft geglaubt hatte. Schliesslich gab es auch keine Belege für die Behauptung von Tempus, PWC habe Druck auf Tempus ausgeübt und eine Vorzugsbehandlung bei der Bezahlung der offenen Rechnungen erzwungen; allein aus der Tatsache, dass Tempus trotz ihrer prekären Situation die Rechnungen von PWC vollumfänglich bezahlt hatte und sich ihre Vertreter dabei vielleicht einem gewissen Druck ausgesetzt sahen, war nicht auf eine Schädigungsabsicht von Tempus zu schliessen.⁶⁸

d. Bezahlung von Verwaltungsrats honoraren

In seinem Urteil in Sachen Y-AG, in dem es um die Bezahlung von Verwaltungsrats honoraren ging, bejahte das Bundesgericht eine Schädigungsabsicht. Es schloss sich dabei der vorinstanzlichen Auffassung an, wonach die Organe der Y-AG im Zeitpunkt sämtlicher Zahlungen an das Verwaltungsratsmitglied X das Scheitern der Sanierung und schliesslich auch die Konkursöffnung ernsthaft hätten in Betracht ziehen müssen. Die *Sanierungsbemühungen* waren *nicht erfolversprechend* im Sinne der bundesgerichtlichen Erwägungen im ZKB-Urteil.⁶⁹ Unter diesen Umständen war die Schädigungsabsicht unabhängig davon zu bejahen, ob die im Zusammenhang mit dem Honorar der Revisionsstelle aufgestellte Regel – wer aufgrund einer gesetzlichen Pflicht und im Interesse der Gläubiger leistet, handelt nicht in Schädigungsabsicht⁷⁰ – auch bei der Bezahlung von Verwaltungsrats honoraren gilt; eine Schädigungsabsicht war schon aufgrund der Tatsachenfeststellungen der Vorinstanz anzunehmen.⁷¹

⁶⁴ Siehe im Einzelnen die Schilderung in BGE 134 III 452 E. 7.2, S. 462.

⁶⁵ Siehe zum Gesagten BGE 134 III 452 E. 7.4, S. 463.

⁶⁶ Siehe zum Gesagten BGE 134 III 615 E. 5.2, S. 622.

⁶⁷ BGE 134 III 615 E. 5.2, S. 622 (Hervorhebungen hinzugefügt); siehe auch das Urteil des Bundesgerichts 5A_64/2008 vom 14.10.2008, E. 6.8.

⁶⁸ Siehe BGE 134 III 615 E. 5.3, S. 622 f.

⁶⁹ Siehe zum Ganzen das Urteil des Bundesgerichts 5A_64/2008 vom 14.10.2008, E. 6 (einleitend) und 6.2.2, sodann die gesamte Erwägung 6.

⁷⁰ Siehe vorn II/3/3.2/b.

⁷¹ Siehe das Urteil des Bundesgerichts 5A_64/2008 vom 14.10.2008, E. 6.8.

e. Bezahlung von Flughafenengebühren

Im Flughafen-Urteil war die Schädigungsabsicht im Zusammenhang mit der Bezahlung von Flughafenengebühren in einer operativen Notlage und im Hinblick auf die Wiederaufnahme des Flugbetriebs nach dem «Grounding» vom 2. Oktober 2001 zu beurteilen, wobei die Gebühren für bereits erbrachte und in Rechnung gestellte Dienstleistungen geschuldet waren. Die Flughafen Zürich AG hatte zwar, nachdem die Swissair die geforderte Bankgarantie nicht geleistet hatte, auf vorgängige Bezahlung der Gebühren umgestellt und ein Retentionsrecht an zwei Flugzeugen geltend gemacht. Sie hatte aber nie unmittelbar damit gedroht, den Start oder die Landung von Flugzeugen zu verunmöglichen, und auch von einer sofortigen Erfüllung der bestehenden Forderungen als einer weiteren Voraussetzung künftiger Leistungen war nicht die Rede gewesen. Zudem hatte die Flughafen Zürich AG auch deutlich gemacht, dass sie mit dem geltend gemachten Retentionsrecht der Swissair keine zusätzlichen operativen Probleme verursachen wolle. Nach dem massgeblichen Betriebsreglement, so das Bundesgericht, war eine Verweigerung der Start- und Landeerlaubnis als Druckmittel zur Durchsetzung ausstehender Gebühren sowieso nicht vorgesehen, und an den Flugzeugen hätte aus rechtlichen Gründen ohnehin kein Retentionsrecht geltend gemacht werden können. Künftige Dienstleistungen der Flughafen Zürich AG hingen mithin nicht von der Bezahlung früherer Gebührenrechnungen ab, die Swissair-Flotte hätte auch ohne die Zahlungen weiterhin starten und landen dürfen. Die Verantwortlichen der Swissair mussten, trotz der Hektik, die keine Zeit für Abklärungen über die Zulässigkeit des Retentionsrechts belies, davon ausgehen, dass die Flughafen Zürich AG die Mobilisierung der für das operative Geschäft notwendigen Flugzeuge nicht behindern würde. Indem die Swissair-Verantwortlichen am Tag ihres Gesuchs um Nachlassstundung die Gebühren für den Monat Juli bezahlten, bevorzugten sie einen bestimmten Gläubiger gegenüber den anderen. War auch deren Schädigung «nicht das eigentliche Motiv der Zahlung», so haben die Verantwortlichen der Swissair die Schädigung «in der konkreten Situation doch als notwendige (Neben-)Folge ihres Handelns in Kauf genommen».⁷²

f. Bezahlung von Treibstofflieferungen

Im Air-Total-Urteil betreffend die Bezahlung von bereits bezogenem Treibstoff am Tage des «Grounding» und zwei Tage darauf bejahte das Bundesgericht die Schädigungsabsicht der Swissair. Zwar hatte die Swissair die Zahlungen mit dem Ziel geleistet, den Flugbetrieb weiterzuführen und die Immobilisierung der

Flotte zu verhindern bzw. möglichst schnell zu beenden. Die Swissair hatte somit nicht im Sinne einer direkten Absicht eine Schädigung der anderen Gläubiger bzw. eine Bevorzugung einzelner Gläubiger bezweckt. Der Schuldner, der unter Druck leistet (ein Darlehen zurückzahlt, um eine Betreuung abzuwenden, einen Betrag bezahlt, um Leistungen in Anspruch nehmen zu können), handelt grundsätzlich nicht in direkter Schädigungsabsicht. Dennoch konnte und musste die Swissair (im Sinne einer indirekten Absicht) *vorhersehen*, dass ihre *Zahlungen als natürliche Folge die Rechte der anderen Gläubiger beeinträchtigen* würden; dies angesichts der *kritischen finanziellen Situation*, die im September 2001 bestand. Dass ATI und ATS Druck auf die Swissair ausgeübt hatten, ändert daran nichts.⁷³

4. Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht

4.1 Erwägungen des Bundesgerichts

Die dritte Tatbestandsvoraussetzung einer Absichtsanfechtung besteht darin, dass die Schädigungsabsicht des Schuldners «dem andern Teile erkennbar»⁷⁴ gewesen sein muss. Diese Tatbestandsvoraussetzung ist erfüllt, wenn der Dritte entweder um die Schädigungsabsicht tatsächlich wusste oder sie für ihn erkennbar war, er sie also kennen konnte oder musste.⁷⁵ Weil auch die Inkaufnahme einer Schädigung eine Schädigungsabsicht ist,⁷⁶ ist die Tatbestandsvoraussetzung auch erfüllt, wenn die Inkaufnahme erkennbar war.⁷⁷ Erkennbar ist, was «bei Anwendung der *durch die konkreten Verhältnisse gebotenen Aufmerksamkeit ohne Fahrlässigkeit erkannt* werden konnte».⁷⁸ Das darf nicht leichthin angenommen werden.⁷⁹ Die Erkennbarkeit bezieht das Bundesgericht indessen nicht nur auf die *Schädigungsabsicht*, sondern auch auf die Schädigung als solche; so, wenn es zur Konkretisierung der Erkennbarkeit festhält, es genüge, wenn der Begünstigte «bei der ihm nach den Umständen zumutbaren Aufmerksamkeit die Gläubigerschädigung als natürliche Folge der angefochtenen Handlung hätte vorhersehen können und müssen».⁸⁰

⁷³ Siehe das Urteil des Bundesgerichts 5A_469/2007 vom 4.9.2008, E. 7.2.

⁷⁴ Art. 288 SchKG.

⁷⁵ Siehe das Urteil des Bundesgerichts 5A_469/2007 vom 4.9.2008, E. 8.1.

⁷⁶ Siehe vorn II/3/3.1.

⁷⁷ Siehe BGE 134 III 452 E. 8.4, S. 466.

⁷⁸ BGE 134 III 452 E. 4.2, S. 456 (Hervorhebung hinzugefügt); siehe auch BGE 130 III 235 E. 2.1.2, S. 238; siehe aus der älteren Rechtsprechung BGE 101 III 92 E. 4b, S. 95; BGE 99 III 27 E. 4, S. 34; BGE 37 II 303 E. 6, S. 310; BGE 30 II 160 E. 5, S. 164; BGE 21 I 279 E. 6, S. 286 f.

⁷⁹ Siehe das Urteil des Bundesgerichts 5A_469/2007 vom 4.9.2008, E. 8.1.

⁸⁰ BGE 134 III 452 E. 4.2, S. 456; siehe auch das Urteil des Bundesgerichts 5A_37/2008 vom 4.9.2008, E. 2; Urteil des Bundesgerichts 5A_469/2007 vom 4.9.2008, E. 8.1; sodann auch etwa das Urteil des Bundesgerichts 5P.35/2000 vom 19.9.2000, E. 5a; Urteil des

⁷² Siehe zum Ganzen das Urteil des Bundesgerichts 5A_37/2008 vom 4.9.2008, E. 5 (Hervorhebung hinzugefügt).

Ob der Dritte die Schädigungsabsicht des Schuldners erkannt hat, ist eine *Tatfrage*. Demgegenüber ist eine *Rechtsfrage*, ob er eine Schädigungsabsicht hätte erkennen können oder müssen. Im Rahmen der Rechts- wie auch der Tatfrage sind die gesamten Umstände des Einzelfalls zu würdigen.⁸¹

Den Begünstigten trifft trotz der von ihm verlangten Aufmerksamkeit keine unbeschränkte *Erkundigungsobliegenheit*. «Im Allgemeinen braucht sich niemand darum zu kümmern, ob durch ein Rechtsgeschäft die Gläubiger seines Kontrahenten geschädigt werden oder nicht.»⁸² Der Geschäftsverkehr darf durch die Erkundigungsobliegenheit nicht behindert werden.⁸³ Vom Begünstigten darf darum nur dann, wenn «aufgrund der wirtschaftlichen Gesamtlage [...] *deutliche Anzeichen*» dafür bestehen, dass der Schuldner eine Schädigung beabsichtigt oder zumindest in Kauf nimmt, verlangt werden, dass er diesen befragt und weitergehende Erkundigungen einholt; blosse «Anzeichen» für eine Benachteiligung genügen nicht.⁸⁴ Eine Erkundigungs- und Prüfungsobliegenheit besteht etwa, wenn die jederzeitige Zahlungsbereitschaft des Schuldners davon abhängt, dass Verhandlungen mit Kreditgebern oder Verkäufe von Unternehmensteilen erfolgreich verlaufen, wenn der Schuldner (im Wissen des Begünstigten) Darlehen und andere Hilfeleistungen dauernd in Anspruch nehmen muss, die laufenden Geschäftsausgaben nicht bezahlen kann oder von vielen Seiten betrieben wird.⁸⁵ «Ein Schuldner, der die werthaltigen und gewinnträchtigen Unternehmensteile veräussern muss und sogar den Staat um finanzielle Hilfe angeht, kämpft erkennbar um sein wirtschaftliches Überleben, so dass jeder Gläubiger, der von ihm noch Zahlungen entgegennimmt, damit rechnen muss, sein Schuldner könnte dadurch andere Gläubiger schädigen.»⁸⁶ In diesem Rahmen spielt auch die öffentliche Berichterstattung über die finanziellen Schwierigkeiten eines Unternehmens eine Rolle.⁸⁷ Bestehen die vorher erwähnten «deutlichen Anzeichen»,

trifft den Begünstigten die Obliegenheit einer *sorgfältigen Prüfung*, «ob durch Zahlungen des Schuldners die Schädigung anderer Gläubiger als möglich erscheint oder vom Schuldner gar gewollt sein könnte».⁸⁸

Hat der Schuldner die angefochtene *Rechtshandlung* im Rahmen einer *Sanierung* vorgenommen, dann betreffen die *Regeln über die Sonderbehandlung von Sanierungsdarlehen* bzw. über die Vergütung von Sanierungsleistungen nicht nur das Tatbestandselement der Schädigungsabsicht,⁸⁹ sondern auch jenes ihrer Erkennbarkeit.⁹⁰

4.2 Anwendung der Grundsätze zur Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht

a. Rückzahlung eines Darlehens

Weil das Bundesgericht im ZKB-Urteil das Vorliegen eines Sanierungsdarlehens verneinte, beurteilte es auch die Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht auf Seiten der ZKB nach den allgemeinen Grundsätzen, wie sie auch für die Rückzahlung eines gewöhnlichen Darlehens gelten.⁹¹ Entsprechend verlangte das Bundesgericht von der ZKB als Begünstigten in einer Situation, in der die SAirGroup die jederzeitige Zahlungsbereitschaft nur noch durch *erfolgreiche Verhandlungen mit Kreditgebern* und Verkäufe von Unternehmensteilen sicherstellen konnte, dass die ZKB die Frage einer Schädigung der anderen Gläubiger sorgfältig prüfte. Es reicht unter solchen Umständen nicht aus, wenn ein Gläubiger sich darauf beschränkt sicherzustellen, dass er vom Schuldner gleich behandelt wird wie andere Gläubiger von Bankdarlehen.⁹² Letztlich war für das Bundesgericht bei seiner Beurteilung der Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht – «[n]eben vielen einzelnen Indizien, die rechtlich so oder anders gewürdigt werden können»⁹³ – entscheidend, dass die ZKB auch dann noch passiv geblieben war und keine Erkundigungen eingeholt hatte, als *aufgrund der wirtschaftlichen Gesamtlage* «*deutliche Anzeichen*» dafür bestanden, dass die SAirGroup mit den Darlehensrückzahlungen eine Schädigung anderer Gläubiger zumindest in Kauf nehmen könnte.⁹⁴

Bundesgerichts 5C.29/2000 vom 19.9.2000, E. 3a; BGE 99 III 89 E. 4b, S. 91 f.; BGE 83 III 82 E. 3b, S. 86.

⁸¹ Siehe BGE 134 III 452 E. 4.2, S. 457; siehe auch das Urteil des Bundesgerichts 5A_469/2007 vom 4.9.2008, E. 8.1; sodann etwa das Urteil des Bundesgerichts 5C.3/2007 vom 9.8.2007, E. 3.4; BGE 33 II 665 E. 4, S. 668; BGE 21 I 279 E. 6, S. 286 f.

⁸² BGE 134 III 452 E. 4.2, S. 456; siehe auch das Urteil des Bundesgerichts 5A_37/2008 vom 4.9.2008, E. 2; Urteil des Bundesgerichts 5A_469/2007 vom 4.9.2008, E. 8.1; siehe aus der älteren Rechtsprechung etwa BGE 89 III 47 E. 2, S. 50 f.

⁸³ Urteil des Bundesgerichts 5A_469/2007 vom 4.9.2008, E. 8.1.

⁸⁴ BGE 134 III 452 E. 4.2, S. 456 f., und E. 8.4, S. 465 (dort wörtliches Zitat; Hervorhebung hinzugefügt); siehe auch das Urteil des Bundesgerichts 5A_37/2008 vom 4.9.2008, E. 2; siehe ferner etwa das Urteil des Bundesgerichts 5C.3/2007 vom 9.8.2007, E. 3.4; BGE 99 III 89 E. 4b, S. 92; BGE 37 II 303 E. 6, S. 310; BGE 30 II 160 E. 5, S. 165.

⁸⁵ Siehe BGE 134 III 452 E. 8.4, S. 465 f.; Urteil des Bundesgerichts 5A_469/2007 vom 4.9.2008, E. 8.1.

⁸⁶ BGE 134 III 452 E. 8.4, S. 466.

⁸⁷ Siehe das Urteil des Bundesgerichts 5A_37/2008 vom 4.9.2008, E. 6; Urteil 5A_469/2007 vom 4.9.2008, E. 8.1 und 8.2.

⁸⁸ BGE 134 III 452 E. 8.4, S. 465 f. (wörtliches Zitat auf S. 466); siehe sodann das Urteil des Bundesgerichts 5A_37/2008 vom 4.9.2008, E. 2; ferner etwa das Urteil des Bundesgerichts 5C.3/2007 vom 9.8.2007, E. 3.4; Urteil des Bundesgerichts 5C.261/2002 vom 15.9.2003, E. 3.3.1; BGE 83 III 82 E. 3a, S. 86; BGE 30 II 160 E. 5, S. 164 f.

⁸⁹ Siehe dazu vorn II/3/3.1.

⁹⁰ Siehe BGE 134 III 452 E. 5.3, S. 459.

⁹¹ Siehe BGE 134 III 452 E. 5 f., S. 457 ff., und E. 8, S. 463 ff.

⁹² Siehe zum Gesagten BGE 134 III 452 E. 8.4, S. 465 f.

⁹³ BGE 134 III 452 E. 8.4, S. 465; siehe zu den verschiedenen Indizien BGE a.a.O., E. 8.1–8.3.

⁹⁴ Siehe BGE 134 III 452 E. 8.4, S. 465. So hätte die Tatsache die ZKB vor der ersten Darlehensrückzahlung «alarmieren» müssen, dass die SAirGroup nach Mitteilung des massiven Vorjahresverlustes und der ersten einschneidenden Massnahmen (Auswechsellern der Führungsspitze) ihre Liquidität bereits im April 2001 nur

Die ZKB habe «praktisch blind darauf vertraut», die aufgrund ihres Wissensstandes nahe liegende Gläubigerschädigung, welche die SAirGroup «zumindest in Kauf zu nehmen bereit gewesen sein könnte», würde ausbleiben. Das Bundesgericht entschied daher, dass die Schädigungsabsicht der SAirGroup für die ZKB erkennbar war.⁹⁵

b. Bezahlung von Revisions- und Beratungshonoraren

Weil das Bundesgericht eine Schädigungsabsicht im Zusammenhang mit der Bezahlung sowohl der Revisions- als auch der Beratungshonorare verneinte, brauchte es im Tempus-Urteil die Frage der Erkennbarkeit einer Schädigungsabsicht nicht zu prüfen.

c. Bezahlung von Verwaltungsratshonoraren

Bezüglich der Erkennbarkeit einer mit der Bezahlung von Verwaltungsratshonoraren verbundenen Schädigungsabsicht schloss sich das Bundesgericht der Vorinstanz in deren Tatsachenfeststellungen und in ihrer Würdigung der Tatsachen an. Danach hätten die Organe der Schuldnerin – worunter das Verwaltungsratsmitglied, das die Honorare erhalten hatte – im Zeitpunkt der Bezahlung der Honorare das Scheitern der Sanierung und schliesslich die Konkursöffnung ernsthaft in Betracht ziehen müssen. Massgeblich war insbesondere, dass das betreffende Verwaltungsratsmitglied selber schon vor Empfang der Zahlungen an einer Verwaltungsratssitzung die mögliche Überschuldung der Gesellschaft angesprochen und die Verhandlungen zur Umsetzung der Restrukturierungsmassnahmen geführt und genaue Kenntnis von der Liquiditätskrise und den Fehlbeträgen gehabt hatte. Daran, dass ihm unter diesen Umständen die Schädigung der Gläubiger nicht entgehen konnte, änderte im Übrigen auch die Genehmigung der Zahlungen durch einen Sanierungsausschuss nichts, zumal dessen Mitglieder gegenüber der Schuldner-Gesellschaft nicht unabhängig waren.⁹⁶

d. Bezahlung von Flughafenengebühren

Die Schädigungsabsicht bzw. die Schädigung im Zusammenhang mit der Bezahlung von Flughafenengebühren durch die Swissair war für die Flughafen Zürich AG erkennbar, weil sie im Zeitpunkt ihrer Zahlung um die «katastrophale Situation» der Swissair gewusst hatte, zumal diese Situation aufgrund der Berichterstattung in den Medien allgemein bekannt war. Der Druck, den die Flughafen Zürich AG gegenüber der Swissair

aufbaute (Garantien, Vorauszahlung, Retentionsrecht), machte gerade deutlich, dass sie jede Forderung als mit einem grossen Verlustrisiko behaftet ansah. Es musste ihr darum bewusst sein, dass mit der Zahlung zu ihren Gunsten das Risiko eines entsprechend grösseren Schadens für die anderen Gläubiger verbunden sein würde. Die Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht war folglich zu bejahen.⁹⁷

e. Bezahlung von Treibstofflieferungen

Bezüglich der Zahlungen der Swissair für bereits gelieferten Treibstoff stellte das Bundesgericht darauf ab, dass die eine Zahlung am Tage des «Grounding», die andere zwei Tage danach erfolgt war. Zwar war die Situation der Luftfahrtgesellschaften in der Zeit nach den Terroranschlägen vom 11. September 2001 generell schwierig. Zum Zeitpunkt der Zahlungen war indessen in der Presse von der Zerschlagung der Swissair und ihrem Nachlassstundungsgesuch die Rede. Angesichts dieser Umstände hätten sich ATI und ATS *Rechen-schaft darüber geben können und müssen*, dass sie mit den Zahlungen, die sie infolge ihrer Lieferungsverweigerung bzw. als Bedingung für die Wiederaufnahme der Lieferungen erhalten hatten, zum Nachteil derjenigen Gläubiger *bevorzugt* wurden, die über keine entsprechenden Druckmittel verfügten. Es handelte sich nicht um die Bezahlung fälliger Rechnungen entsprechend dem gewöhnlichen Geschäftsgang. Die Schädigungsabsicht war darum für ATI und ATS erkennbar gewesen.⁹⁸

Falls sich ATI und ATS darauf hätten berufen wollen (was sie indessen nicht taten), dass sie an eine *Sanierung* der Swissair geglaubt hatten, so hätten die Zahlungen auf der Basis eines konkreten Sanierungsplans erfolgen müssen; dann, so ist zu folgern, hätte es an der Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht gefehlt.⁹⁹

III. Analyse und Kritik der neueren Bundesgerichtspraxis

Nachfolgend wird die neuere Bundesgerichtspraxis zur Absichtsanfechtung nach Art. 288 SchKG analysiert und unter einigen ausgewählten Aspekten kritisch beleuchtet. Die Auseinandersetzung geht dabei vom Gesamteindruck aus, dass das Bundesgericht das Verhalten eines Schuldners in einer finanziellen Notlage streng beurteilt (wobei auffällt, dass es sich in allen drei Swissair-Urteilen gegen die kantonalen Vorinstan-

noch durch die Aushandlung eines Kredits von 1 Mia. Franken sicherstellen konnte und im Juli 2001 den Verkauf von Unternehmensteilen ankündigen musste (BGE a.a.O.).

⁹⁵ Siehe zum Gesagten BGE 134 III 452 E. 8.4 und 8.5, S. 466.

⁹⁶ Siehe das Urteil des Bundesgerichts 5A_64/2008 vom 14.10.2008, E. 7.

⁹⁷ Siehe das Urteil des Bundesgerichts 5A_37/2008 vom 4.9.2008, E. 6.

⁹⁸ Siehe das Urteil des Bundesgerichts 5A_469/2007 vom 4.9.2008, E. 8.2.

⁹⁹ Siehe das Urteil des Bundesgerichts 5A_469/2007 vom 4.9.2008, E. 8.2.

zen gestellt hat). Die Bundesgerichtspraxis lässt insgesamt wenig Raum für den (rechtsdogmatisch wie auch immer abgestützten) Einwand, der Schuldner habe die angefochtenen Dispositionen in guten Treuen und im Interesse aller Beteiligten, auch der Gläubiger, getroffen. Mit ihrer prononcierten Ausrichtung auf die tatsächlichen Umstände des Einzelfalls, deren Würdigung zudem auf der Basis vager normativer Massstäbe korrigiert werden kann («eine Schädigung in Kauf nehmen konnte und musste», «eine Schädigung bei der durch die konkreten Verhältnisse gebotenen Aufmerksamkeit erkannt werden konnte»), entzieht sich die bundesgerichtliche Praxis überdies einer verlässlichen Handhabe in gerade den naturgemäss schwierigen, allseits von Unsicherheit geprägten Situationen, in denen sie zu beachten ist (was in der Tendenz zu einer überschüssenden Verbotswirkung der Absichtsanfechtung führt).

An diese allgemeinen Bemerkungen schliesst sich die Feststellung an, dass das Bundesgericht in seiner Rechtsprechung – nicht nur der jüngeren, vorstehend referierten – an den Tatbestandsvoraussetzungen der Absichtsanfechtung Änderungen vorgenommen hat, die mit dem Zweck der Absichtsanfechtung und dem rechtssystematischen Kontext, in dem sie steht, teilweise nicht vereinbar sind. Eine Rückbesinnung auf den Kern der Absichtsanfechtung würde der Praxis des Bundesgerichts etwas von ihrer übermässigen Strenge gegenüber den Schuldner nehmen, einer Strenge, die nicht im Interesse aller Beteiligten, auch nicht im Interesse der Gläubiger, liegt.

1. Gläubigerschädigung

1.1 Gläubigerschädigung als Verminderung des Vollstreckungssubstrats oder Bevorzugung einzelner Gläubiger

Eine Gläubigerschädigung liegt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts in zwei Situationen vor (so weit hier von Interesse): zum einen dann, wenn das *Vollstreckungsergebnis*, also das den Gläubigern nach Massgabe der konkursrechtlichen Vorschriften zustehende Vermögen, durch die angefochtene Rechtshandlung *vermindert* wurde, zum andern im Fall einer Beeinträchtigung der Stellung einzelner Gläubiger, namentlich dadurch, dass *einzelne gegenüber anderen bevorzugt* wurden.¹⁰⁰ Diese beiden Tatbestandsvarianten sind weder identisch noch vollständig gegensätzlich: Nicht jede Bevorzugung eines Gläubigers gegenüber

den anderen Gläubigern resultiert in einer Vermögensverminderung (zu denken ist an den Fall des Austausches gleichwertiger Leistungen)^{101, 102} und nicht jede Vermögensverminderung tritt im Zuge einer Ungleichbehandlung von Gläubigern ein (eine Ungleichbehandlung ist aber die Regel).¹⁰³

Die beiden hier angesprochenen Tatbestandsvarianten kommen unter unterschiedlichen Voraussetzungen zur Anwendung. Das Bundesgericht wendet die Tatbestandsvariante der Gläubigerbevorzugung in bestimmten Situationen an, wo eine Verminderung des Vollstreckungssubstrats zumindest zweifelhaft ist. Das zeigt sich bei der in der Gerichtspraxis schon lange etablierten Regel über den Austausch gleichwertiger Leistungen.¹⁰⁴

1.2 Austausch gleichwertiger Leistungen

Empfängt der Schuldner im Austausch dafür, worüber er mit der angefochtenen Rechtshandlung verfügt hat, eine gleichwertige, verwertbare Leistung, so hat die Rechtshandlung das den Gläubigern zur Verfügung stehende *Vollstreckungssubstrat nicht vermindert*.¹⁰⁵ Obwohl so gesehen keine Gläubigerschädigung vorliegt, nimmt das Bundesgericht eine solche gestützt auf die Tatbestandsvariante der *Bevorzugung einzelner Gläubiger in zwei Fällen* dennoch an (bzw. kommt die Regel über den Austausch gleichwertiger Leistungen nicht zur Anwendung), und zwar: wenn der Schuldner nachträglich geleistet hat oder wenn das Austauschgeschäft für den Schuldner den Zweck hatte, über seine letzten Aktiven zum Schaden der Gläubiger verfügen zu können.

Hat der Schuldner geleistet (insbesondere bezahlt), *nachdem* er die Gegenleistung empfangen hat, anerkennt das Bundesgericht den Einwand des Austausches gleichwertiger Leistungen nicht.¹⁰⁶ Zwar können auch bei nachträglicher Bezahlung gleichwertige Leistungen ausgetauscht worden sein; unter dem Aspekt der Erhaltung des Vollstreckungssubstrats ist die Abfolge der Leistungen kaum von Bedeutung. Das Bundes-

¹⁰¹ Siehe zu ihm sogleich hinten III/1/1.2.

¹⁰² Siehe hierzu indessen die Relativierung nachstehend III/1/1.2.

¹⁰³ Zentral ist diesbezüglich die Erwägung 4.3 des Tempus-Urteils (BGE 134 III 615 ff.), wo das Bundesgericht ausführt: «[L]e critère de l'équivalence des prestations n'a pas de portée propre dans le cadre de l'art 288 LP, dès lors qu'un acte juridique [...] dont les prestations sont équilibrées peut avoir pour conséquence de favoriser certains créanciers au détriment des autres». Dabei stützt sich das Gericht auf PIERRE-ROBERT GILLIÉRON, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Articles 271–352, Lausanne 2003, N 26 zu Art. 288 SchKG.

¹⁰⁴ Es zeigt sich überdies auch bei der Frage, ob schadensmindernde Massnahmen des Schuldners dazu beigetragen haben, dass das Vollstreckungsergebnis nicht vermindert wurde; siehe das Urteil des Bundesgerichts 5A_469/2007 vom 4.9.2008, E. 6.3.3.

¹⁰⁵ Siehe die Hinweise auf die Rechtsprechung vorn II/2/2.1; siehe aus der Lehre etwa DIETER ZOBL, Fragen zur paulianischen Anfechtung, SJZ 2000, 25 ff., 31 f.

¹⁰⁶ Siehe das Urteil des Bundesgerichts 5A_469/2007 vom 4.9.2008, E. 6.3.1 und 6.3.2.

¹⁰⁰ Siehe vorn II/2/2.1. Die Verminderung des Vollstreckungssubstrats ist die in Art. 288 SchKG im Zusammenhang mit der Schädigungsabsicht angesprochene Benachteiligung der Gläubiger, der zweite Tatbestand ist die in Art. 288 SchKG angesprochene Bevorzugung einzelner Gläubiger zum Nachteil anderer (siehe HANS ULRICH WALDER, Gläubigerbegünstigung, Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs 1967, 1 ff., 3).

gericht rückt in diesen Fällen jedoch das Anliegen der *Gleichbehandlung der Gläubiger* in den Vordergrund und weist auf den Umstand hin, dass der Schuldner, der die fragliche Leistung bereits empfangen hat, vor der Wahl stand, ob er den betreffenden Gläubiger oder aber irgendwelche anderen Gläubiger befriedigen will, und dass er mit seiner Entscheidung zu Gunsten dieses Gläubigers die anderen benachteiligt hat.¹⁰⁷ Dass auch bei Zug-um-Zug-Leistung oder Vorleistung des Schuldners der Gläubiger ein potenzieller Konkursgläubiger ist, den der Schuldner im Rahmen des Leistungsaustausches gegenüber anderen Gläubigern bevorzugt, hat das Bundesgericht jedenfalls bis anhin ausgeblendet; in diesen Fällen scheint der Gesichtspunkt zu überwiegen, dass der Austausch gleichwertiger Leistungen das Vollstreckungssubstrat grundsätzlich nicht vermindert.¹⁰⁸

Betrachtet man die im Zeitablauf unterschiedlichen Vorgänge des Austausches gleichwertiger Leistungen unter dem Aspekt ihrer *Auswirkungen auf das Vollstreckungssubstrat*, so ergibt sich aus der bundesgerichtlichen Praxis Folgendes: Bei *vorgängiger oder gleichzeitiger Leistung* des Schuldners wird auch die dem Schuldner erbrachte Gegenleistung in die Beurteilung einbezogen, sodass bei Gleichwertigkeit der Leistungen eine Gläubigerschädigung entfällt (z.B. ein Darlehen gegen Bestellung eines Pfandes,¹⁰⁹ Geld gegen Veräusserung einer Sache¹¹⁰). Bei *nachträglicher Leistung* durch den Schuldner wird die dem Schuldner schon vorgängig erbrachte Gegenleistung nicht berücksichtigt (der bereits gelieferte Treibstoff,¹¹¹ die bereits in Anspruch genommenen Dienstleistungen der Flughafenbetreiberin¹¹²); der Vorgang wird unter dem Gesichtspunkt des Vollstreckungssubstrats so beurteilt, als hätte der

Schuldner den betreffenden Vermögenswert ohne Gegenleistung weggegeben.

Die Anfechtbarkeit einer Rechtshandlung von der zeitlichen Abfolge von Leistung und Gegenleistung abhängig zu machen, leuchtet intuitiv nicht ein. Hinzu kommt, dass damit ein Kriterium entscheidend wird, das vollständig der Parteidisposition unterliegt. Vor allem aber liegt auch beim Austausch gleichwertiger Leistungen mit *vorgängiger oder gleichzeitiger schuldnerischer Leistung* immer eine *Gläubigerschädigung* vor, und zwar eine Gläubigerbevorzugung.¹¹³ Denn beispielsweise der Gläubiger, dessen Kaufpreisforderung der Schuldner Zug um Zug mit der Lieferung der Kaufsache oder gar durch Vorauszahlung erfüllt, wird, wenn der Schuldner später in Konkurs fällt, gegenüber den anderen Gläubigern, die nur eine Dividende erhalten, bevorzugt. Wer sich auf den Standpunkt stellt, die Absichtsanfechtung erfasse jegliche Rechtshandlungen, die eine Ungleichbehandlung von Gläubigern mit sich bringen, wird darum auch bei vorgängiger oder gleichzeitiger schuldnerischer Leistung eine Gläubigerschädigung annehmen.¹¹⁴ Wie gesagt¹¹⁵ geht das Bundesgericht bei vorgängiger oder gleichzeitiger schuldnerischer Leistung jedoch nicht von einer Gläubigerschädigung aus.

Der zweite Fall eines Austausches gleichwertiger Leistungen, in dem dennoch eine Gläubigerschädigung angenommen wird, liegt vor, wenn der Schuldner mit dem betreffenden Geschäft den *Zweck* verfolgt hat, *über seine letzten Aktiven zum Schaden der Gläubiger verfügen zu können*, und der Dritte dies erkannt hat oder bei pflichtgemässer Aufmerksamkeit hätte erkennen müssen.¹¹⁶ Brachte ein Austausch von Leistungen dem Schuldner einen gleichwertigen Vermögenswert (z.B. im Fall eines Darlehens, das er durch Pfandbestellung sicherte), diene ihm dieser Vermögenswert aber nicht dazu, seine Schulden zu begleichen, sondern über sein Vermögen zum Schaden der Gläubiger zu verfügen, dann ergibt sich die Schädigung unmittelbar aus der Verfügung über den empfangenen Vermögenswert (die Darlehensvaluta), während in der Hingabe des Vermögenswertes (in der Pfandbestellung) keine anfechtbare Rechtshandlung liegt. Zielte das Austauschgeschäft indessen von vornherein und für den Dritten erkennbar auf eine Gläubigerschädigung ab, soll es nicht darauf ankommen, dass der Austausch an sich noch keine Ver-

¹⁰⁷ Siehe BGE 134 III 615 E. 4.3, S. 620; Urteil des Bundesgerichts 5A_469/2007 vom 4.9.2008, E. 6.3.2 und 6.3.3; so bereits BGE 29 III 747 E. 6, S. 753. Folgerichtig scheint das Bundesgericht in diesen Fällen den Beweis des Schuldners zuzulassen, er habe seine Schuldverpflichtungen gleichmässig erfüllt und das Gleichbehandlungsprinzip insofern nicht verletzt (siehe das Urteil des Bundesgerichts 5A_469/2007 vom 4.9.2008, E. 6.3.4). Dieser Beweis ist aber kaum zu erbringen; ist es doch unwahrscheinlich, dass der Schuldner überhaupt in Konkurs gefallen wäre, hätte er seine Schuldner nach dem Grundsatz der Gleichbehandlung – und somit *alle* – befriedigt.

¹⁰⁸ Es ist mithin davon auszugehen, dass die Praxis zum Austausch gleichwertiger Leistungen in diesen Fällen nach wie vor Bestand hat (siehe das Urteil des Bundesgerichts 5A_469/2007 vom 4.9.2008, E. 6.3.1, sowie BGE 134 III 615 E. 4.3, S. 620). GILLIÉRON (FN 103), N 26 zu Art. 288 SchKG, auf den sich das Bundesgericht an der letztzitierten Stelle beruft, ist demgegenüber der Auffassung, dass die Gleichwertigkeit der Leistungen im Rahmen der Absichtsanfechtung keine eigenständige Bedeutung habe; auf die zeitliche Abfolge von Leistung und Gegenleistung kommt es aus seiner Sicht nicht an.

¹⁰⁹ BGE 53 III 78, S. 79.

¹¹⁰ BGE 79 III 174, S. 174.

¹¹¹ Siehe das Urteil des Bundesgerichts 5A_469/2007 vom 4.9.2008, E. 6.3.2.

¹¹² Siehe das Urteil des Bundesgerichts 5A_37/2008 vom 4.9.2008, E. 4 (unter Bezugnahme auf die Feststellungen des Zürcher Handelsgerichts).

¹¹³ Vgl. hierzu auch STEFAN KNOBLOCH, Die zivilrechtlichen Risiken der Banken in der sanierungsbedürftigen Unternehmung, Diss. Zürich 2006, 100.

¹¹⁴ So sinngemäss insbesondere GILLIÉRON (FN 103), N 26 zu Art. 288 SchKG.

¹¹⁵ Siehe vorn bei und in FN 108.

¹¹⁶ Siehe etwa BGE 134 III 452 E. 3.1, S. 455.

minderung des späteren Vollstreckungssubstrats bedeutete.¹¹⁷

Indem es die Gläubigerbevorzugung ganz allgemein als eine unter Umständen eigenständige Tatbestandsvariante der Gläubigerschädigung anzuerkennen scheint, überschreitet das Bundesgericht meines Erachtens die durch die *ratio legis* gesetzten Grenzen der Absichtsanfechtung.

1.3 Zweck der paulianischen Anfechtung

Art. 288 SchKG nennt die Gläubigerschädigung nicht als Voraussetzung einer Absichtsanfechtung; sie kommt dort lediglich insofern vor, als die Schädigungsabsicht definiert wird als Absicht, «seine Gläubiger zu benachteiligen oder einzelne Gläubiger zum Nachteil anderer zu begünstigen». Die Tatbestandsvoraussetzung der Gläubigerschädigung ergibt sich jedoch aus dem Zweck der paulianischen Anfechtung, den Art. 285 Abs. 1 SchKG umschreibt: Es sollen «Vermögenswerte der Zwangsvollstreckung zugeführt» werden, die ihr durch eine der in den drei Anfechtungstatbeständen genannten Rechtshandlungen entzogen worden sind. Es geht um den Erhalt des Vollstreckungssubstrats; dieses soll nach den Regeln des konkursrechtlichen Regimes – und damit vor allem nach dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Gläubiger – liquidiert werden und dabei auch Vermögenswerte erfassen, die aufgrund einer anfechtbaren Rechtshandlung der Vollstreckung entzogen worden sind. Liegt ein Sachverhalt vor, der gemäss den Regeln über den Austausch gleichwertiger Leistungen zu keiner Vermögensverminderung beim Schuldner und letztlich bei den Gläubigern geführt hat, gibt es keine Vermögenswerte, die der Zwangsvollstreckung entzogen worden und ihr nun wieder zuzuführen wären. Folglich ist angesichts des vom Gesetz genannten Zwecks der paulianischen Anfechtung eine Anfechtung in diesen Fällen grundsätzlich ausgeschlossen. Die paulianische Anfechtung hat nicht neben dem Erhalt des Vollstreckungssubstrats zusätzlich den abstrakten, in der Gleichheitsethik ruhenden, vom Schutz des Vollstreckungssubstrats losgelösten Zweck, eine Gleichbehandlung der Gläubiger durch einen (noch) nicht konkursiten Schuldner herbeizuführen. Sie strebt eine Gleichbehandlung an sich nur insofern an, als sie sicherstellen will, dass alles Vermögen, das richtigerweise der Zwangsvollstreckung unterliegt, tatsächlich, wenn der Konkurs eröffnet ist, nach den entsprechenden Regeln

verwertet wird (und eine der bedeutsamsten materiellrechtlichen Regeln ist in diesem Zusammenhang der Grundsatz der Gleichbehandlung).¹¹⁸

Eine paulianische Anfechtung *allein* wegen einer *Ungleichbehandlung von Gläubigern* zuzulassen, bedeutet eine Immobilisierung jedes Schuldners, der mit einer Anfechtung seiner Rechtshandlungen rechnet. (Das gilt ganz besonders dann, wenn eine Schädigungsabsicht auch bei blosser Inkaufnahme einer Schädigung angenommen wird.¹¹⁹) Wer alle gleich behandeln muss – und das heisst im vorliegenden Zusammenhang namentlich: in zeitlicher Hinsicht gleich –, der kann praktisch nicht handeln. Die Gleichbehandlung der Gläubiger hat im Rahmen eines Konkurses ihre Berechtigung, und das Konkursrecht und die Konkursverwaltung sind die Strukturen, mit denen diese Zielsetzung verwirklicht wird.¹²⁰ Auf einen nicht konkursiten, der freien Marktwirtschaft ausgesetzten, möglicherweise um sein Überleben kämpfenden Schuldner darf das Regime der Gleichbehandlung grundsätzlich nicht erstreckt werden, solange er keine Rechtshandlungen vornimmt, die das Vollstreckungssubstrat der späteren Konkursgläubiger schmälern.¹²¹

Eine Ausnahme zum Gesagten stellt in gewisser Hinsicht die *Absichtsanfechtung* dar. Sie ist, wie dargelegt,¹²² nicht nur im Fall einer Verminderung des Vollstreckungssubstrats möglich, sondern auch, wenn der Schuldner mit einer Rechtshandlung die Absicht verfolgt hat, «einzelne Gläubiger zum Nachteil anderer zu begünstigen». Wird aber die Absichtsanfechtung im Einklang mit dem im Gesetz statuierten Zweck der paulianischen Anfechtung ausgelegt und die Privatautonomie von nicht konkursiten Rechtssubjekten (welche diesen erlaubt, ihre Geschäftspartner ungleich zu behandeln) nicht übermässig eingeschränkt, dann darf eine Begünstigungsabsicht nicht leichthin angenommen werden. Jedenfalls ist eine Ungleichbehandlung von Gläubigern nur im Fall einer solchen Absicht eine selbständige, von einer Verminderung des Vollstreckungssubstrats unabhängige Grundlage für eine paulianische Anfechtung.

Wenn im Zusammenhang mit dem *Austausch gleichwertiger Leistungen* überhaupt an der Unterscheidung zwischen *nachträglicher* und *vorgängiger* oder zeit-

¹¹⁷ Diese Rechtsprechung geht, soweit ersichtlich, auf BGE 53 III 78, S. 79 f., zurück. Siehe zum Ganzen auch BGE 134 III 615 E. 4.2.1, S. 618; Urteil des Bundesgerichts 5A_469/2007 vom 4.9.2008, E. 6.1.2; Urteil des Bundesgerichts 5A_64/2008 vom 14.10.2008, E. 5.3; BGE 130 III 235 E. 2.1.2, S. 238; Urteil des Bundesgerichts 4C.262/2002 vom 19.5.2004, E. 4.1; BGE 101 III 92 E. 4a, S. 94; BGE 99 III 27 E. 4, S. 34; BGE 74 III 48 E. 3, S. 51 f.; BGE 74 III 84 E. 3, S. 88; BGE 79 III 174, S. 174 f.; BGE 65 III 142 E. 5, S. 147; BGE 63 III 150 E. 3, S. 155.

¹¹⁸ Wohl anders BGE 134 III 615 E. 4.3, S. 620, wonach die *ratio legis* von Art. 288 SchKG die Gleichbehandlung der Gläubiger sei (eine in ihrer Absolutheit angesichts von Art. 285 SchKG erstaunliche Aussage).

¹¹⁹ Siehe hierzu vorn II/3/3.1.

¹²⁰ Siehe insbesondere Art. 219 Abs. 4 und Art. 220 Abs. 1 SchKG.

¹²¹ Vgl. zum Ganzen auch THOMAS REBSAMEN, Die Gleichbehandlung der Gläubiger durch die Aktiengesellschaft, Diss. Fribourg, Zürich 2004, Rz. 732 ff., betreffend die Wirkungen eines Zahlungsverbots aufgrund der aktienrechtlichen Vorschriften über die Überschuldung der Gesellschaft.

¹²² Siehe vorn III/1/1.1 und 1.2.

gleicher Leistung durch den Schuldner festgehalten wird,¹²³ dann sollte im ersteren Fall eine Gläubigerbegünstigung jedenfalls nur bei Vorliegen einer (eigentlichen) Schädigungsabsicht angenommen werden.¹²⁴ Eine Schädigungsabsicht verlangt freilich auch das Bundesgericht; nur nimmt es eine solche aufgrund der Tatbestandsvariante der Gläubigerbevorzugung derart rasch an, dass im Resultat dem Zweck der Gleichbehandlung der Gläubiger im Verhältnis zum (im Vordergrund stehenden, vom Gesetz allein genannten) Zweck des Erhalts des Vollstreckungssubstrats zu grosses Gewicht zukommt.¹²⁵

1.4 Dienstleistungen

Im Tempus-Urteil hat sich das Bundesgericht zur lange umstrittenen, schwierigen Frage der anfechtungsrechtlichen Behandlung von Dienstleistungshonoraren geäußert, also zur Rückerstattung etwa der Honorare der Revisionsstelle, von Verwaltungsratsmitgliedern, Sanierern, Anwälten und anderen Beratern.¹²⁶ Die Behandlung solcher Honorare nach der Regel über den Austausch gleichwertiger Leistungen war lange Zeit rechtlich unsicher. Das Bundesgericht geht nun davon aus, dass auch Dienstleistungen einen Wert haben «*qui se retrouve[] dans les biens soumis à l'exécution forcée*».¹²⁷ Allerdings vermisst man eine vertiefte Begründung, und es fragt sich auch, ob es nicht gute Gründe für eine differenzierte Beurteilung gäbe.

Das Bundesgericht weist indessen umgehend darauf hin, dass auch bei Dienstleistungen die Tatbestandsvoraussetzung der Gläubigerschädigung auch dann erfüllt ist, wenn der Leistungserbringer bei seiner Honorierung gegenüber anderen Gläubigern bevorzugt wird.¹²⁸ Gleich wie bei den Sach- oder Geldleistungen wird eine Bevorzugung des betreffenden Gläubigers jedoch nur dann angenommen, wenn der Schuldner nachträglich bezahlt.¹²⁹ Das legt zum einen die vom Bundesgericht verwendete Formulierung nahe,¹³⁰ zum andern ergibt sich dies daraus, dass eine unterschiedliche Behandlung

von Dienstleistungen einerseits und Sach- und Geldleistungen andererseits in dieser Frage nicht zu rechtfertigen wäre.

Bezahlt der Schuldner den Dienstleistungserbringer demgegenüber vorgängig (oder Zug um Zug), so steht dem Begünstigten – so muss man annehmen – im Anfechtungsprozess inskünftig der Nachweis des *Austausches gleichwertiger Leistungen* offen. Davon ist das Bundesgericht im Tempus-Urteil in gewisser Hinsicht ausgegangen: Es hat nämlich – wenn auch unter dem Titel der Schädigungsabsicht – erwogen, dass nicht behauptet bzw. bewiesen worden sei, dass die Leistungen von PWC als Revisionsstelle unnütz waren oder dass PWC überflüssige, zu detaillierte oder zu kostspielige Kontrollen durchgeführt hätte.¹³¹ Hierin kann man eine Aussage über die Gleichwertigkeit der ausgetauschten Leistungen – Dienstleistung und Honorar – erblicken. Ist die Dienstleistung als solche das wert, was für sie (vorgängig oder Zug um Zug) bezahlt worden ist, liegt demnach keine Verminderung des Vollstreckungssubstrats und auch sonst keine Gläubigerschädigung vor. Daraus folgt der Ratschlag, sich in potenziell anfechtungsrelevanten Situationen von Dienstleistungserbringern vorgängig bezahlen zu lassen, das Mandat klar zu umschreiben, es auf die notwendigen Punkte zu begrenzen und das Honorar in angemessener Höhe zu halten.

1.5 Gläubigerschädigung trotz Schadensminderung

Das Bundesgericht lässt theoretisch den Beweis zu, die an sich anfechtbare Rechtshandlung, die unmittelbar zu einer Verminderung des Vollstreckungssubstrats geführt hat, habe eine noch grössere Vermögenseinbusse verhindert, weshalb keine Schädigung der Gläubiger eingetreten sei.¹³² Auch diesen Beweis handhabt das Bundesgericht indessen als *probatio diabolica*,¹³³ wenn es voraussetzt, dass die Leistung, die sich der Schuldner mit der angefochtenen Rechtshandlung verschafft hat, für sich *allein* den beschriebenen schadensmindernden Effekt gehabt haben muss. Der Realität eines Schuldners, der in einer finanziellen Notlage steckt, entspräche wohl eher die Annahme, dass es in der Regel ein ganzes Bündel von Massnahmen ist, die gegebenenfalls im Verbund dazu beitragen, dass der Verlust der Gläubiger nicht noch grösser wird. Schon fast zynisch ist es, wenn das Bundesgericht im Air-Total-Urteil der ATS und ATI entgegenhält, dass die Wiederaufnahme des Flugbetriebs nicht nur auf die Bezahlung von deren Leistun-

¹²³ Siehe hierzu vorn III/1/1.2.

¹²⁴ Siehe zur Konkretisierung der Schädigungsabsicht hinten III/2.

¹²⁵ Siehe als Beispiele hierfür das Urteil des Bundesgerichts 5A_37/2008 vom 4.9.2008, E. 5; Urteil des Bundesgerichts 5A_469/2007 vom 4.9.2008, E. 6.3.2.

¹²⁶ Siehe zu dieser Frage etwa RICO A. CAMPONOV, Rückerstattung des Revisionsstellenhonorars infolge paulianischer Anfechtung, ST 2006, 533 ff., 534 ff.; CHRISTOPH RÜEDI, Aktuelle Fragen des Anfechtungsrechts nach Art. 285 ff. SchKG, Diss. Zürich 2008, N. 280 ff.; ZOBL (FN 105), 31 f.

¹²⁷ BGE 134 III 615 E. 4.3, S. 620.

¹²⁸ Siehe BGE 134 III 615 E. 4.3, S. 620.

¹²⁹ Siehe betreffend Sach- und Geldleistungen vorn III/1.2.

¹³⁰ BGE 134 III 615 E. 4.3, S. 620: «Les prestations de service sont ainsi révoquées, non pas parce qu'elles n'auraient pas une valeur qui se retrouverait dans les biens soumis à l'exécution forcée, mais parce que, en les payant, le débiteur favorise ceux qui les ont fournies par rapport aux autres créanciers.» (Hervorhebung hinzugefügt).

¹³¹ Siehe BGE 134 III 615 E. 5.2, S. 622.

¹³² Siehe BGE 134 III 615 E. 4.1, S. 618; Urteil des Bundesgerichts 5A_37/2008 vom 4.9.2008, E. 2 und 4; Urteil des Bundesgerichts 5A_469/2007 vom 4.9.2008, E. 6.1.1.

¹³³ Siehe für einen anderen solchen Beweis im Bereich der Absichtsankündigung vorn FN 107.

gen, sondern auch auf andere Zahlungen, wie etwa die Bezahlung der Flughafengebühren, zurückzuführen sei,¹³⁴ während das Gericht im Flughafen-Urteil feststellt, dass nebst der Bezahlung der Flughafengebühren eine ganze Reihe anderer Zahlungen zur Mobilisierung der Flotte beigetragen hätten, so etwa die Bezahlung der Treibstofflieferungen¹³⁵ – womit das Gericht in beiden Fällen zum Schluss kommt, dass eine Gläubigerschädigung vorliegt.

2. Schädigungsabsicht

2.1 Gläubigerschädigung und Schädigungsabsicht

Die Schädigungsabsicht ist im Gesetz definiert als «Absicht», «seine Gläubiger zu benachteiligen oder einzelne Gläubiger zum Nachteil anderer zu begünstigen».¹³⁶ Gemäss dem Bundesgericht ist das so zu verstehen, dass es genügt, «wenn sich der Schuldner darüber hat Rechenschaft geben können und müssen und gleichsam in Kauf genommen hat, dass als natürliche Folge seiner Handlung Gläubiger geschädigt werden».¹³⁷

Würde der hiermit umschriebene Eventualvorsatz ohne weiteres genügen, so wäre freilich, genau besehen, jede Rechtshandlung jedes Schuldners von einer «Schädigungsabsicht» getragen, falls innerhalb von fünf Jahren die Zwangsvollstreckung gegen ihn eingeleitet wird. Insbesondere bringt es *jede Zahlung* als natürliche Folge und in voraussehbarer Weise mit sich, dass der betreffende Gläubiger *gegenüber anderen Gläubigern bevorzugt* wird, und sie bringt es ebenso mit sich, dass das *Vollstreckungssubstrat zu Ungunsten der anderen Gläubiger reduziert* wird. So gesehen gehen wir alle täglich mit «Schädigungsabsicht» durchs Leben. Das Bundesgericht korrigiert diese extreme Konsequenz der Gleichstellung von Absicht mit Inkaufnahme dadurch, dass es beim Schuldner voraussetzt, dass er über seine finanzielle Notlage «im Bilde»¹³⁸ und die Schädigung nicht bloss eine entfernte Konsequenz seiner Handlung war.¹³⁹ «Schädigungsabsicht» ist somit ein Eventualvorsatz zur Gläubigerschädigung in einer nach den Umständen und aus der (objektivierten) Sicht des Schuldners wahrscheinlich zu erwartenden Zwangsvollstreckung.

Besteht in diesem Sinne eine finanzielle Notlage in «Konkursnähe», bedeutet die Gleichstellung von Absicht und Inkaufnahme einer Schädigung, dass das *Tat-*

bestandsmerkmal der Schädigungsabsicht seine Funktion *fast vollständig verliert*,¹⁴⁰ wenn einmal eine Gläubigerschädigung bejaht worden ist. Welcher Schuldner, der in finanziellen Schwierigkeiten steckt und einzelne Gläubiger für die von ihnen bezogenen Leistungen bezahlt, hat die Schädigung der anderen nicht in Kauf genommen? Das Unvermeidliche, das zudem erkennbar ist, hat jedermann immer in Kauf genommen; eine Verminderung des Vollstreckungssubstrats und eine Bevorzugung einzelner Gläubiger sind aus der Sicht des Schuldners unvermeidlich, wenn er in einer finanziellen Notlage ist (es sei denn, er vermöge die Zwangsvollstreckung abzuwenden, womit sich alle vorliegenden Fragen ohnehin nicht stellen).¹⁴¹ Das Flughafen- und das Air-Total-Urteil, bei denen von einer eigentlichen Schädigungsabsicht keine Rede sein konnte, zeigen, dass es selbst in Fällen der Erfüllung von im Rahmen des gewöhnlichen Geschäftsbetriebs begründeten Verpflichtungen im Ergebnis mit der Feststellung einer Gläubigerschädigung sein Bewenden hat; eine Schädigungsabsicht liegt dann immer auch vor.¹⁴² Die Tatbestandsvoraussetzung der Schädigungsabsicht ist in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung der letzten Jahrzehnte fast bis zur Bedeutungslosigkeit erodiert.

Auf einer anderen Linie liegt immerhin das Tempus-Urteil, in dem die Schädigungsabsicht stark subjektiv und an den Tatsachen orientiert geprüft und dann verneint wurde.¹⁴³ Auf die *unterschiedlichen Massstäbe*, die das Bundesgericht bei der Prüfung der Schädigungsabsicht einsetzt, und auf die Konkretisierung der «Inkaufnahme» einer Schädigungsabsicht wird im Folgenden noch näher eingetreten,¹⁴⁴ bevor anschliessend begründet wird, warum ein stärker am Zweck der schuldnerischen Leistung orientierter Ansatz bei der Schädigungsabsicht der *lex lata* besser entspricht.¹⁴⁵

2.2 Schädigungsabsicht als Inkaufnahme einer Gläubigerschädigung

Auf eine tatsächliche Schädigungsabsicht lässt sich indirekt aufgrund von Gegebenheiten schliessen, die für den Schuldner bestimmend waren. Zu diesen Gegebenheiten zählen eine finanzielle Notlage des Unternehmens, um die der Schuldner weiss, und die Wahrscheinlichkeit, dass die Rechtshandlung in einer Zwangsvollstreckung

¹³⁴ Siehe das Urteil des Bundesgerichts 5A_469/2007 vom 4.9.2008, E. 6.3.3.

¹³⁵ Siehe das Urteil des Bundesgerichts 5A_37/2008 vom 4.9.2008, E. 4 und 5.

¹³⁶ Art. 288 SchKG.

¹³⁷ BGE 134 III 452 E. 4.1, S. 456.

¹³⁸ BGE 134 III 452 E. 7.4, S. 463.

¹³⁹ Siehe zum letztgenannten Gesichtspunkt das Urteil des Bundesgerichts 5A_469/2007 vom 4.9.2008, E. 7.1.

¹⁴⁰ Siehe zur Funktion der Schädigungsabsicht im System der Anfechtungstatbestände hinten III/2/2.3.

¹⁴¹ Siehe auch HANS HINDERLING, Die Anfechtung der kongruenten Erfüllung fälliger Verbindlichkeiten nach Art. 288 SchKG, ZSR NF 1935, 240 ff., 241.

¹⁴² Siehe das Urteil des Bundesgerichts 5A_37/2008 vom 4.9.2008, E. 5; Urteil des Bundesgerichts 5A_469/2007 vom 4.9.2008, E. 8.2.

¹⁴³ Siehe BGE 134 III 615 E. 5.2 und 5.3, S. 622 f.

¹⁴⁴ Nachstehend III/2/2.2.

¹⁴⁵ Nachstehend III/2/2.3.

tatsächlich Gläubiger schädigen wird.¹⁴⁶ Entscheidend ist das Zusammenspiel aller Umstände, wobei dieses Zusammenspiel den Charakter eines beweglichen Systems hat. Nur so lässt sich erklären, dass die Gewichtung der einzelnen Gesichtspunkte von Fall zu Fall unterschiedlich ist: Sanierungsaussichten, gesetzliche Handlungspflichten, die Einschätzung der finanziellen Lage durch den Schuldner und ein geschäftsmässig gebotenes Handeln.

Was Rechtshandlungen im Kontext von *Sanierungen* angeht, so betont das Bundesgericht im ZKB-Urteil, dass die Sanierungsbemühungen erfolgversprechend sein müssen und eine eindeutig günstige Prognose hinsichtlich der Vermögensentwicklung des Schuldners vorliegen muss; nur dann lässt sich sagen, die Leistung des Schuldners sei mit Rücksicht auf den Zweck der empfangenen Gegenleistung nicht von einer Schädigungsabsicht getragen.¹⁴⁷ Demgegenüber lässt es das Bundesgericht im Tempus-Urteil genügen, dass die in Anspruch genommene Beratung bzw. die Suche nach einem Käufer nicht «*d'emblée et entièrement voué à l'échec*», eine «*opération vaine*» und «*dépourvu de sens*» gewesen sei.¹⁴⁸ Das sind zwei unterschiedliche Massstäbe: Zwischen «nicht *dépourvu de sens*» und «die Wahrscheinlichkeit einer günstigen Prognose [...] eindeutig rechtfertigende[n] Hoffnungen» liegt ein weiter Bereich, liegt das wirkliche Leben. Dass das Gericht den Massstab der Beurteilung im ZKB-Urteil als Rechtsfrage darstellt, denjenigen im Tempus-Urteil demgegenüber im Rahmen seiner Auseinandersetzung mit den vorinstanzlichen Tatsachenfeststellungen zur Schädigungsabsicht definiert, erklärt und rechtfertigt den Unterschied nicht. Es wäre dem Bundesgericht in der Tempus-Entscheidung unbenommen gewesen, die von der Vorinstanz vorgenommene Würdigung der Tatsachen als bundesrechtswidrig zu bezeichnen, mit der Begründung, die zu Grunde gelegten rechtlichen Grundsätze seien die falschen.¹⁴⁹

Das Vorliegen einer *gesetzlichen Handlungspflicht* bzw. einer Pflicht, eine bestimmte Dienstleistung in Anspruch zu nehmen – diejenige einer Revisionsstelle oder eines Verwaltungsratsmitgliedes –, wird vom Bundesgericht ebenfalls von Fall zu Fall unterschiedlich gewürdigt. Im Tempus-Urteil sprach die Pflicht, eine Revisionsstelle einzusetzen, gegen die Anfechtung der Honorarzahlung an die Revisionsgesellschaft. Dabei scheint auch eine Rolle gespielt zu haben, dass deren Aktivitäten nicht überflüssig, zu detailliert oder zu kostspielig waren, sodass nicht nur die Erfüllung der gesetzlichen Pflicht gegen eine Schädigungsabsicht (eine tatsächliche wie auch eine im Rechtssinn) sprach,

sondern auch der Umstand, dass die Art und Weise ihrer Erfüllung – angemessen und marktgerecht – die Gläubiger nicht schädigte.¹⁵⁰ Auch auf die Dienste von Personen, die als Verwaltungsratsmitglieder amten, ist eine Gesellschaft kraft Gesetzes angewiesen,¹⁵¹ und diese Personen haben einen Anspruch auf Vergütung.¹⁵² Dennoch bejahte das Bundesgericht die Schädigungsabsicht der Schuldner-Gesellschaft im Fall betreffend die Verwaltungsrats honorare, weil ein Scheitern der Sanierungsbemühungen aus rein tatsächlicher Sicht aufgrund der konkreten Umstände hätte in Betracht gezogen werden müssen.¹⁵³ Insgesamt ist zu folgern, dass eine gesetzliche Handlungspflicht – wenn sie im Interesse der Gläubiger liegt, wie das Bundesgericht vorbehält¹⁵⁴ – ein Umstand ist, der gegen eine Schädigungsabsicht spricht, dass aber eine Schädigungsabsicht aufgrund anderer, tatsächlicher Umstände dennoch vorliegen kann. Die Unterscheidung zwischen einer Schädigungsabsicht im tatsächlichen und einer solchen im Rechtssinn scheint dabei hinsichtlich des Stellenwerts der Handlungspflicht keine Bedeutung zu haben.

Unterschiedlich sind auch die Massstäbe, die das Bundesgericht bei der *Einschätzung des Schuldners bezüglich seiner finanziellen (Not-)Lage* anlegt. Im ZKB-Urteil war entscheidend, dass die SAirGroup um ihre finanzielle Notlage gewusst hatte,¹⁵⁵ ähnlich auch im Air-Total-Urteil.¹⁵⁶ Milder war das Bundesgericht (wiederum) im Tempus-Urteil. Erwähnt wird in diesem Zusammenhang einzig der frühere Verwaltungsratspräsident «*qui a longtemps cru à la survie de la société*»; im Übrigen betreffen die Ausführungen des Gerichts zum Beratungshonorar vor allem die Tatsache, dass die ins Auge gefassten Massnahmen nicht offensichtlich ungeeignet waren.¹⁵⁷ Im Flughafen-Urteil spielte die Einschätzung der finanziellen Lage durch die Schuldnerin in den bundesgerichtlichen Erwägungen nur am Rande eine Rolle; das Gericht hob einzig den (diesbezüglich freilich bedeutsamen) Umstand hervor, dass die Swissair die Gebühren am Tag des Gesuchs um Nachlassstundung bezahlt hatte.¹⁵⁸

Bei der Beurteilung, ob der Schuldner eine Schädigung der Gläubiger in Kauf genommen hat, stellt das Bun-

¹⁴⁶ Siehe zum Gesagten die Hinweise vorn II/2/2.1.

¹⁴⁷ Siehe BGE 134 III 452 E. 5.3 und 5.5, S. 459 und 460.

¹⁴⁸ BGE 134 III 615 E. 5.3, S. 622.

¹⁴⁹ Siehe Art. 97 Abs. 1 BGG.

¹⁵⁰ Der Aufbau der Erwägung 5.2 von BGE 134 III 615 ff. lässt insofern aber keinen eindeutigen Schluss zu.

¹⁵¹ Siehe Art. 629 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 707 ff. OR.

¹⁵² Siehe zum Anspruch auf Vergütung PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 28 N 121 ff.

¹⁵³ Siehe das Urteil des Bundesgerichts 5A_64/2008 vom 14.10.2008, E. 6.2–6.5.

¹⁵⁴ Siehe BGE 134 III 615 E. 5.2, S. 622.

¹⁵⁵ Siehe BGE 134 III 452 E. 7.4, S. 463.

¹⁵⁶ Siehe betreffend «Air Total» das Urteil des Bundesgerichts 5A_469/2007 vom 4.9.2008, E. 7.2.

¹⁵⁷ Siehe BGE 134 III 615 E. 5.3, S. 622 f.

¹⁵⁸ Siehe das Urteil des Bundesgerichts 5A_37/2008 vom 4.9.2008, E. 5.

desgericht auch darauf ab, ob die angefochtene *Rechts-handlung* angesichts der Notlage des Schuldners *geschäftsmässig geboten* war. Auch diesbezüglich fällt es aber schwer, einen einheitlichen Beurteilungsmassstab auszumachen. Da ist auf der einen Seite die Revisionsgesellschaft, von der im Tempus-Urteil gesagt wird, es sei nicht dargetan, dass sie unnütze Leistungen erbracht hätte und ihre Kontrollen *überflüssig, zu detailliert* oder zu kostspielig gewesen seien, die Schuldner-Gesellschaft mit anderen Worten unnütze, zu teure Leistungen in Anspruch genommen habe.¹⁵⁹ Und da ist auf der anderen Seite die Swissair, der vom Bundesgericht im Flughafen-Urteil beschieden wird, dass sie trotz der Hektik der ersten Oktober-Tage im Jahr 2001 und des von der Flughafen Zürich AG geltend gemachten Retentionsrechts hätte davon ausgehen müssen, dass die Flughafen Zürich AG die Mobilisierung der für das operative Geschäft notwendigen Flugzeuge nicht behindern und weitere Leistungen nicht von der Bezahlung früherer Rechnungen abhängig machen würde.¹⁶⁰ Man wird die strengere Beurteilung des Verhaltens der Swissair unter anderem mit dem vorstehend angesprochenen Gesichtspunkt der Einschätzung der eigenen finanziellen Lage und konkret mit der Tatsache erklären, dass die Zahlungen am Tag des Gesuchs um Nachlassstundung erfolgten.¹⁶¹

Die Schwierigkeit, allgemein gültige Aussagen über die Schädigungsabsicht zu machen (ohne sich dem Problem vollständig durch den Hinweis auf die konkreten Umstände des Einzelfalls zu entziehen), hängt unter anderem damit zusammen, dass «Schädigungsabsicht» zwar mehrheitlich als *Inkaufnahme einer Gläubigerschädigung* – also einer Verminderung des Vollstreckungssubstrats oder einer Bevorzugung einzelner Gläubiger – verstanden wird, zum Teil aber auch als *direkte Absicht, Schaden zuzufügen*. Im ersteren Fall ist eine Gläubigerschädigung ohne «Absicht» praktisch undenkbar.¹⁶² Demgegenüber lässt sich die Milde des Bundesgerichts im Tempus-Urteil, die sich dadurch ergab, dass das Gericht implizit nach einer direkten Absicht, nach einem Schädigungsmotiv forschte und solches nicht zu finden war, nur damit erklären, dass die mit der Bezahlung des Revisions- bzw. Beratungshonorars in Kauf genommene Ungleichbehandlung von Gläubigern ausser Acht gelassen wurde; der frühere Verwaltungsratspräsident, der an das Überleben der Gesellschaft glaubte, scheint den Ausschlag gegeben zu haben.¹⁶³ Auch im Flughafen-Urteil attestierte das Bundesgericht der Schuldnerin, die Schädigung sei «nicht das eigentliche Motiv

der Zahlung» gewesen; doch half das nichts, wenn die Schuldnerin dann doch allein daran gemessen wird, ob sie eine Verminderung des Vollstreckungssubstrats und/oder eine Bevorzugung einzelner Gläubiger in Kauf genommen hatte (was die Swissair selbstverständlich und unvermeidlich getan hat, was aber auch Tempus getan hat).¹⁶⁴ Hier scheinen unterschiedliche Begriffe der Schädigungsabsicht zur Anwendung zu kommen, und auch hier lässt sich der Unterschied nicht damit erklären, dass im einen Fall eine Schädigungsabsicht im tatsächlichen Sinn, im andern Fall eine solche im Rechtssinn untersucht wurde.

Welcher Begriff der Schädigungsabsicht der richtige ist, ist für die Absichtsanfechtung entscheidend. Die Schädigungsabsicht ist ihre zentrale Tatbestandsvoraussetzung.

2.3 Schädigungsabsicht im Kontext der konkursrechtlichen Grundsätze und der übrigen Anfechtungstatbestände

Die paulianische Anfechtung bezweckt die Rückführung von Vermögenswerten in die Zwangsvollstreckung,¹⁶⁵ damit so dem konkursrechtlichen Ziel der *gleichmässigen Befriedigung der Gläubiger* entsprochen werden kann.¹⁶⁶ Eine Schranke bei der Verwirklichung dieses Ziels bildet ein anderer konkursrechtlicher, aber auch allgemein privatrechtlicher Grundsatz: die (bis zum Zeitpunkt der Konkurseröffnung bestehende) *Freiheit* eines jeden *Schuldners, über sein Vermögen zu verfügen* und die Reihenfolge und den Umfang der Befriedigung seiner Gläubiger selber zu bestimmen.¹⁶⁷ Indem der paulianischen Anfechtung Rechtshandlungen unterliegen, die der Schuldner vor Konkurseröffnung vorgenommen hat, greift sie, im Interesse der konkursrechtlichen Gleichbehandlung der Gläubiger, in die eben beschriebene Freiheit eines jeden Schuldners ein.¹⁶⁸

Neben dem Schuldner und den Gläubigern sind weitere Personenkreise von den allenfalls anfechtbaren Rechtshandlungen bzw. ihrer Rückgängigmachung betroffen. Das sind zum einen die *Dritten*, die durch eine angefochtene Rechtshandlung *begünstigt* worden sind. Ihr Interesse am Bestand eines rechtsgültig abgeschlossenen Geschäfts wird vom Anfechtungsrecht insoweit geschützt, als die Anfechtungstatbestände auf die Erkennbarkeit einer Überschuldung bzw. einer Schädigungs-

¹⁵⁹ Siehe BGE 134 III 615 E. 5.2, S. 622.

¹⁶⁰ Siehe das Urteil des Bundesgerichts 5A_37/2008 vom 4.9.2008, E. 5.

¹⁶¹ Siehe hierzu das Urteil des Bundesgerichts 5A_37/2008 vom 4.9.2008, E. 5.

¹⁶² Siehe hierzu vorn III/2/2.1.

¹⁶³ Siehe BGE 134 III 615 E. 5.2 und 5.3, S. 622 f.

¹⁶⁴ Siehe das Urteil des Bundesgerichts 5A_37/2008 vom 4.9.2008, E. 5.

¹⁶⁵ Art. 285 Abs. 1 SchKG.

¹⁶⁶ Siehe zu diesem Ziel vorn II/1 und III/1/1.3.

¹⁶⁷ Siehe z.B. RÜEDI (FN 126), N. 325.

¹⁶⁸ Vgl. KURT AMONN/FRIDOLIN WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 8. Aufl., Bern 2008, § 52 N 5; ADRIAN STAEHELIN, in: Staehelin/Bauer/Staehelin (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Band III, Basel 1998, N 18 zu Art. 285 SchKG.

absicht auf Seiten des Schuldners abstellen.¹⁶⁹ Betroffen sind zum andern aber auch, wenn der Schuldner eine juristische Person ist, die *Organe der Schuldner-Gesellschaft*. Ihre Interessen decken sich idealerweise mit denjenigen der Schuldnerin. Doch stellt gerade in finanziell schwierigen Situationen das «Interesse der Gesellschaft» keine klare Richtschnur dar, sodass die Organe in besonderem Mass aufgerufen sind, eigenverantwortlich die ihnen übertragene Geschäftsführung wahrzunehmen. Dabei haben sie ein Interesse daran, keine Geschäfte abzuschliessen, die hernach angefochten werden können. Das Interesse der Organe einer Schuldner-Gesellschaft an eigenverantwortlicher, rechtmässiger Geschäftsführung ist in Art. 285 ff. SchKG – soweit es sich nicht mit den Interessen der Schuldnerin deckt – nicht geschützt. Das Recht und die Pflicht, eigenverantwortlich die Interessen der (Schuldner-)Gesellschaft wahrzunehmen, sind indessen im Gesellschaftsrecht verankert.¹⁷⁰

Die paulianische Anfechtung steht im Spannungsverhältnis der verschiedenen hier angesprochenen Regelungsziele und Interessen. Keinem kann vollständig zum Durchbruch verholfen werden, weil die jeweils anderen ebenfalls ihre Berechtigung haben. Eine Anfechtung soll nur möglich sein, wenn dies gegenüber dem (damals verfügbaren) berechtigten, noch nicht konkursiten) Schuldner, gegenüber den Gläubigern sowie gegenüber dem Begünstigten *gerechtfertigt* ist. Der *Ausgleich der kollidierenden Interessen* ist der Gegenstand der einzelnen Voraussetzungen der drei Anfechtungstatbestände. Die Schenkungs- und die Überschuldungsanfechtung nehmen den Interessenausgleich im Rahmen ihrer recht spezifischen objektiven Tatbestandsmerkmale vor, die Absichtsanfechtung leistet den Interessenausgleich praktisch nur mittels ihrer subjektiven Tatbestandsmerkmale. Dabei ist nicht anzunehmen, dass die drei Tatbestände einen qualitativ unterschiedlichen Ausgleich herstellen sollen; vielmehr ist die Meinung, dass sie unterschiedliche, jeweils typisierte Sachverhalte erfassen, diese aber nach einem einheitlichen Werturteil einer gleichen rechtlichen Beurteilung zuführen sollen. Die Schenkungs- und die Überschuldungsanfechtung sind darum im Grunde genommen Spezialtatbestände, welche die Anfechtung unter erleichterten Voraussetzungen ermöglichen.¹⁷¹

Der *Schenkungsanfechtung* nach Art. 286 SchKG unterliegen alle Schenkungen, gewisse ihr gleichgestellte Rechtsgeschäfte sowie alle unentgeltlichen Verfügungen, die der Schuldner innerhalb des letzten Jahres vor der Pfändung oder Konkurseröffnung vorgenommen

hat. Der Anfechtungskläger muss somit – was ihm im Vergleich zur Absichtsanfechtung relativ leicht fallen wird – nur objektive Tatsachen beweisen. Zudem spielt die Vermögenssituation des Schuldners im Zeitpunkt der Vornahme der Rechtshandlung keine Rolle. Der Eingriff in die Rechtsposition des Begünstigten fällt angesichts der hier in Rede stehenden Geschäfte nicht sehr schwer aus; darum enthält der Tatbestand der Schenkungsanfechtung kein Element (ausser der Verdachtsfrist), das die Stellung des Begünstigten schützen würde. Schliesslich kommt es auch auf eine Schädigungsabsicht nicht an; die Verbindung zwischen einem Geschäft, das dem Schuldner keinen Gegenwert verschafft, und der nahen Pfändung oder Konkurseröffnung reicht für einen Vorwurf gegenüber dem Schuldner aus.¹⁷²

Eine *Überschuldungsanfechtung* ist gemäss Art. 287 SchKG möglich, wenn der Schuldner innerhalb des letzten Jahres vor der Pfändung oder Konkurseröffnung eine der abschliessend aufgeführten Rechtshandlungen vorgenommen hat: das **Bestellen von Sicherheiten** ohne entsprechende Verpflichtung, die Tilgung einer Geldschuld auf ungewöhnliche Weise und die Zahlung einer nicht verfallenen Schuld. Anfechtbar sind mithin Leistungen des Schuldners, die der Begünstigte überhaupt nicht, nicht in der Art oder nicht zu der Zeit beanspruchen konnte. Man spricht von inkongruenter Deckung.¹⁷³ Im Unterschied zur Schenkungs-, aber auch zur Absichtsanfechtung setzt eine Überschuldungsanfechtung in objektiver Hinsicht auch voraus, dass der Schuldner im Zeitpunkt der Vornahme der Rechtshandlung überschuldet war. Doch steht dem Begünstigten der Beweis offen, dass die Überschuldung ihm nicht bekannt und für ihn auch nicht erkennbar war.¹⁷⁴ Die Zulassung des Begünstigten zu diesem Beweis korreliert mit dem Eingriff in die Rechtsposition, den die Rückgängigmachung der angefochtenen Verfügung für ihn bedeuten würde. Eine Begünstigungs- bzw. Benachteiligungsabsicht des Schuldners ist nicht vorausgesetzt. Auch hier reicht für den impliziten Vorwurf gegenüber dem Schuldner, dass er trotz naher Pfändung oder Konkurseröffnung einzelnen Gläubigern eine inkongruente Deckung verschafft hat.

Während die Schenkungs- und die Überschuldungsanfechtung auf bestimmte, nach objektiven Kriterien umschriebene Rechtshandlungen beschränkt sind, unterliegen der *Absichtsanfechtung* potenziell *sämtliche Rechtshandlungen*.¹⁷⁵ Aber auch in zeitlicher Hinsicht, bezüglich der *Dauer der Verdachtsfrist*, weitet der Tat-

¹⁶⁹ Siehe Art. 287 Abs. 2 bzw. Art. 288 SchKG.

¹⁷⁰ Siehe hierzu hinten III/2/2.4.

¹⁷¹ Vgl. zum Gesagten ANDREAS DIEM, Die Voraussetzungen der Gläubigeranfechtung nach schweizerischem und deutschem Recht, Diss. Zürich 1987, 9; HENRI-ROBERT SCHÜPBACH, Droit et action révocatoires, Basel 1997, N 62 ff. zu Art. 288 SchKG.

¹⁷² Vgl. zum Gesagten AMONN/WALTHER (FN 168), § 52 N 15; STAEHELIN (FN 168), N 3 zu Art. 286 SchKG.

¹⁷³ Siehe zum Gesagten AMONN/WALTHER (FN 168), § 52 N 16; STAEHELIN (FN 168), N 1 zu Art. 287 SchKG.

¹⁷⁴ Siehe Art. 287 Abs. 2 SchKG.

¹⁷⁵ Siehe in dieser Hinsicht zum Verhältnis zwischen Absichtsanfechtung einerseits und Überschuldungs- und Schenkungsanfechtung andererseits BGE 130 III 235 E. 2.1.1, S. 237 f.

bestand der Absichtsanfechtung die Anfechtbarkeit aus: fünf Jahre statt nur ein Jahr. Die Eingrenzung erfolgt dann aber durch zwei *subjektive Tatbestandsmerkmale*, die Schädigungsabsicht und die Erkennbarkeit dieser Absicht. Die Asymmetrie, die zwischen der Schenkungs- und der Überschuldungsanfechtung einerseits und der Absichtsanfechtung andererseits besteht, wenn man nur die anfechtbaren Rechtshandlungen und die Verdachtsfrist anschaut, wird mittels der beiden subjektiven Tatbestandsmerkmale korrigiert. Das Hauptaugenmerk ist somit in rechtssystematischer Hinsicht auf die subjektiven Tatbestandsmerkmale zu richten.¹⁷⁶

Aus der Systematik der Anfechtungstatbestände und der Kohärenz des Systems, das sie bilden, ergibt sich für die *Schädigungsabsicht* Folgendes: Damit die Überschuldungs- und die Absichtsanfechtung gleichwertige Interessenausgleiche erzielen, muss die Schädigungsabsicht bei der Absichtsanfechtung derart deutlich auf eine Benachteiligung der Gläubiger oder Bevorzugung einzelner Gläubiger ausgerichtet sein, dass sie es rechtfertigt, den bereits überschuldeten Schuldner, der innert eines Jahres vor Konkurseröffnung eine geschäftsmässig selten jemals gebotene, unter den Umständen nicht zu rechtfertigende und von ihm nicht zu erwartende Handlung zu Gunsten einzelner Gläubiger vornimmt, gleich zu behandeln wie den Schuldner, der bis zu fünf Jahren vor Konkurseröffnung eine beliebige, im Rahmen des gewöhnlichen Geschäftsbetriebs mitunter erforderliche oder doch sinnvolle Rechtshandlung vornimmt. So vage diese «Gleichung» aufgrund der Vielzahl und Offenheit der Variablen ist, so deutlich macht sie, dass als Schädigungsabsicht nur ein *auf Benachteiligung bzw. Bevorzugung gerichtetes Verhalten*, eben eine «Absicht» qualifizieren kann. Aus rechtssystematischer Sicht ist die Senkung der Schwelle beim subjektiven Tatbestandsmerkmal auf Seiten des Schuldners *von der Absicht zu einem Eventualvorsatz* mithin *nicht zu rechtfertigen*. Der Wortlaut («Absicht») bringt den Sinn des Gesetzes, wie er sich aus dessen Systematik ergibt, deutlich zum Ausdruck. Es widerspricht grundsätzlich dem vom Gesetz getroffenen Interessenausgleich, wenn Rechtshandlungen eines dem Konkurs nahen Schuldners angefochten werden können, obwohl dieser in der Absicht gehandelt hat, den Fortbestand des Unternehmens zu sichern und die Interessen der Gläubiger zu wahren, und die von ihm vorgenommene Rechtshandlung im Einklang mit dieser Absicht stand; dies, nachdem das Gesetz sogar im Fall einer tatsächlich bestehenden Überschuldung nur mit Bezug auf geschäftsmässig nicht angezeigte, objektiv betrachtet auf eine Gläubigerbenachteiligung oder

-bevorzugung ausgerichtete Rechtshandlungen eine Anfechtung zulässt.¹⁷⁷

Bei der Schädigungsabsicht sollte eine Betrachtung Platz greifen, die – insofern übereinstimmend mit der bundesgerichtlichen Praxis – im Rahmen eines beweglichen Systems alle objektiven, typischerweise nicht beim Schuldner persönlichen liegenden Gegebenheiten sowie alle subjektiven, beim Schuldner tatsächlich feststellbaren Umstände berücksichtigt.¹⁷⁸ Im Vordergrund sollte indessen der *Zweck* stehen, den der *Schuldner mit seiner Rechtshandlung verfolgt* hat; im Lichte dieses Zwecks sind die einzelnen Gegebenheiten und Umstände zu würdigen und zu gewichten. «Zweck» bringt dabei besser als «Absicht» zum Ausdruck, dass nicht allein subjektive Elemente den Ausschlag geben, dass aber, auch aus der objektiven Sicht, auf die Zielrichtung und den Sinn des Geschäfts aus Sicht des Schuldners abzustellen ist.¹⁷⁹ Bei der Schenkungs- und bei der Überschuldungsanfechtung stellt das Gesetz ebenfalls auf die Natur der Rechtshandlungen und (implizit) auf ihren geschäftsmässig nicht gebotenen Zweck ab, wobei bei der Überschuldungsanfechtung auf Seiten des Schuldners objektiv eine Überschuldung vorausgesetzt ist. Liegt (noch) keine Überschuldung vor, ist umso mehr, wie das auch bei der Schenkungsanfechtung der Fall ist, der Zweck der Rechtshandlung ins Zentrum zu stellen. Wenn die Begründung einer Verpflichtung bzw. ihre Erfüllung geschäftsmässig geboten war, ist keine Schädigungsabsicht anzunehmen, auch wenn dem Schuldner seine finanzielle Notlage bewusst war.¹⁸⁰ Dass der Schuldner in einer solchen Situation eine Bevorzugung der betreffenden Gläubiger in Kauf genommen hat, ist unvermeidbar,¹⁸¹ aber nicht Ausdruck einer Schädigungsabsicht. Das gilt ganz besonders dann, wenn die geschäftsmässig gebotene Handlung im Rahmen eines gesetzlich eingeräumten Ermessens oder gar aufgrund einer gesetzlichen Pflicht vorgenommen wurde. Ermessensspielräume und Handlungspflichten ergeben

¹⁷⁷ Vgl. ähnlich zum Gesagten auch EDWARD E. OTT, Bundesgericht 5A_29/2007: schlecht für Kreditnehmer und Banken? (III), verfügbar unter <http://www.edward-ott.ch/report/5A_29_2007_K.pdf> (zuletzt besucht am 18.5.2009), 3 f.

¹⁷⁸ Siehe zu einer Auswahl verschiedener Gesichtspunkte vorn III/2/2.2.

¹⁷⁹ Ähnlich wie hier bereits HINDERLING (FN 141), 243 f.: «Der Entscheid muss [...] davon abhängen, ob der Schuldner mit seiner Leistung im wesentlichen die Erfüllung seiner Verpflichtung oder die Bevorzugung des einen Gläubigers zum Nachteil der übrigen bezweckte. Wenn bei ihm das Bewusstsein der Pflichtmässigkeit überwog, hat die Rechtsordnung keinen Anlass, einzuschreiten. Nur dann, wenn nicht die Erfüllung der Verpflichtung, sondern die Schädigung der übrigen Gläubiger für ihn im Vordergrund stand, liegt die Begünstigungs- und Benachteiligungsabsicht vor.»

¹⁸⁰ Siehe auch ISAAK MEIER, «Preferences» nach § 547 US BC – eine überzeugende Lösung für die Anfechtung der Erfüllung von bestehenden Forderungen, in: Bittner *et al.* (Hrsg.), Festschrift für Walter H. Rechberger zum 60. Geburtstag, Wien 2005, 377 ff., 379 f.; STAEHELIN (FN 168), N 16 zu Art. 288 SchKG.

¹⁸¹ Siehe vorn III/2/2.1.

¹⁷⁶ Siehe zum Gesagten AMONN/WALTHER (FN 168), § 52 N 22–24; STAEHELIN (FN 168), N 3 zu Art. 288 SchKG.

sich für Aktiengesellschaften primär aus dem Aktienrecht.¹⁸²

2.4 Schädigungsabsicht im Kontext der aktienrechtlichen Sorgfaltspflicht

Der Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft und die mit der Geschäftsführung befassten Personen sind verpflichtet, ihre Aufgaben mit aller Sorgfalt zu erfüllen und die *Interessen der Gesellschaft* in guten Treuen zu wahren.¹⁸³ Zu den Interessen der Gesellschaft gehören auch die *Interessen der Gläubiger*: «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.»¹⁸⁴ Das gilt ganz besonders dann, wenn das Unternehmen in finanziellen Schwierigkeiten steckt. Was das Bundesgericht einst für den Fall einer Überschuldung gesagt hat, gilt sinngemäss auch in konkursnahen Situationen: Die Organe haben diesfalls «das Recht und – zumindest 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.»¹⁸⁵ Im weiten Feld dessen, was als sorgfältige und interessengetreue Aufgabenerfüllung qualifiziert, liegen mithin auch Entscheide und Verhaltensweisen, die auf die Sicherung der Ansprüche der Gläubiger ausgerichtet sind.¹⁸⁶

Eine Frage der Sorgfalt bei der Geschäftsführung ist es auch, *welche Forderungen* die Gesellschaft zu welchem *Zeitpunkt*, in welcher *Reihenfolge* und in welchem *Umfang* erfüllt. Während dies in ruhigen Zeiten kaum problematisch ist, konkretisiert sich die Sorgfaltspflicht bei der Ausübung des entsprechenden *unternehmerischen Ermessens* in Krisensituationen im Lichte der dann aktuellen, besonderen Interessen der Gesellschaft. Die Sorgfaltspflicht kann in solchen Situationen gebieten, Ansprüche von strategisch oder für den gewöhnlichen Geschäftsbetrieb wichtigen Geschäftspartnern zu erfüllen, während es gutem *business judgment* entsprechen mag, andere, auch fällige Ansprüche einstweilen nicht zu erfüllen bzw. neue Modalitäten für die Erfüllung so-

wie für künftige Leistungen auszuhandeln. Gerade eine Sanierungssituation bringt es mit sich, dass mit einzelnen Geschäftspartnern die Grundlagen für die künftige Zusammenarbeit neu festgelegt werden, während andere Geschäftspartner nicht als prioritär eingestuft werden und das Geschäft mit ihnen möglicherweise gar beendet werden soll.¹⁸⁷

Der aktienrechtlichen Sorgfaltspflicht entspricht es indessen *nicht*, wenn die Geschäftsführer einer Gesellschaft einzelne *Gläubiger zum Nachteil anderer begünstigen*,¹⁸⁸ falls hierfür kein sachlicher, im Gesellschaftsinteresse liegender Grund besteht. Sorgfältig sind nur Entscheide und Verhaltensweisen, die namentlich angesichts des Gangs der Geschäfte und der finanziellen (Not-)Lage des Unternehmens vertretbar waren. Eine absichtliche Privilegierung einzelner Gläubiger im Angesicht einer drohenden Zwangsvollstreckung als primärer Zweck einer Rechtshandlung ist (auch) aktienrechtlich nicht legitimiert. Ist eine Gesellschaft überschuldet und ihre Sanierung aussichtslos, stellt ohnehin jede bevorzugte Befriedigung eines Gläubigers eine nach Art. 754 OR relevante Pflichtverletzung dar.¹⁸⁹

Das Aktienrecht schweigt also nicht zu den Rechtshandlungen, um deren Anfechtbarkeit es in Art. 288 SchKG geht. Es hält seine Grundprinzipien – offen formuliert, aber allumfassend – bereit, nach denen die Geschäftsführer entscheiden müssen. Aus *rechtssystematischer* Sicht bedeutet dies, dass aktienrechtlich zulässige Verhaltensweisen nicht später konkursrechtlich anfechtbar sein sollten. Dieser Schluss ist kein unmittelbarer: Aus rechtsdogmatischer Sicht spricht nichts dagegen, ein bestimmtes Verhalten aktienrechtlich als sorgfältig zu bewerten (mit der Konsequenz, dass keine Verantwortlichkeitsansprüche gegenüber den Organen der Schuldner-Gesellschaft bestehen), gleichzeitig aber eine Schädigungsabsicht im Sinne von Art. 288 SchKG anzunehmen (sodass ein Rückforderungsanspruch gegenüber dem Leistungsempfänger besteht). Mittelbar und in der praktischen Konsequenz liegt darin aber ein Widerspruch: Sowohl von der aktienrechtlichen Sorgfaltspflicht als auch vom Tatbestand der Absichtsanfechtung gehen Handlungsanweisungen an die Organe einer Schuldner-Gesellschaft aus. Diese Anweisungen dürfen einander nicht widersprechen. Wenn ein Verhalten aktienrechtlich zulässig ist, sollte aus diesem Grund nicht ohne Vorliegen besonderer Umstände angenommen werden, die Schuldnerin handle in Schädigungsabsicht. Vielmehr ist davon auszugehen, dass ihre Organe in der *Absicht* handeln, ihre *aktienrechtlichen Pflichten zu erfüllen* (womit die vom Bundesgericht entwickelten Regeln über die Erfüllung gesetzlicher Pflichten zur

¹⁸² Die folgenden Ausführungen gelten auch für Genossenschaften und GmbHs und sind in Teilen auch auf Personengesellschaften und Vereine anwendbar. Für die Querbezüge der paulianischen Anfechtung zum Straftatbestand der Bevorzugung eines Gläubigers (Art. 167 StGB), siehe DIETER GESSLER, Gläubigerbegünstigung durch die Aktiengesellschaft, in: Zindel/Peyer/Schott (Hrsg.), Wirtschaftsrecht in Bewegung. Festgabe zum 65. Geburtstag von Peter Forstmoser, Zürich 2008, 401 ff., 413 ff.; für die Querbezüge zum Tatbestand der Gläubigerschädigung durch Vermögensminderung (Art. 164 StGB), siehe BGE 134 III 52 E. 1.3, S. 55 ff.

¹⁸³ Art. 717 Abs. 1 OR.

¹⁸⁴ Urteil des Bundesgerichts 4A_188/2007 vom 13.9.2007, E. 4.3.5.

¹⁸⁵ BGE 116 II 320 E. 3a, S. 323.

¹⁸⁶ Vgl. auch REBSAMEN (FN 121), Rz. 730 f.

¹⁸⁷ Vgl. zum Ganzen auch REBSAMEN (FN 121), Rz. 282 ff.

¹⁸⁸ Formulierung in Anlehnung an Art. 288 SchKG.

¹⁸⁹ So das Urteil des Bundesgerichts 5C.29/2000 vom 19.9.2000, E. 4b/aa; dazu REBSAMEN (FN 121), Rz. 735 ff.

Anwendung kommen¹⁹⁰ und, nach der hier vorgeschlagenen Auslegung, der Zweck des betreffenden Geschäfts gegen eine Schädigungsabsicht spricht).¹⁹¹ Die Voraussetzungen einer Absichtsanfechtung sollten nicht ausschliesslich aus konkursrechtlicher Sicht, sondern unter Einbezug der übrigen Regeln des Handels- und Wirtschaftsrechts geprüft werden; ist doch Konkursrecht Wirtschaftsrecht.

Einen nützlichen Hinweis zur Konkretisierung der aktienrechtlichen Sorgfaltspflicht beim Umgang mit Ansprüchen verschiedener Gläubiger – und damit auch zur Konkretisierung der Schädigungsabsicht bei der Absichtsanfechtung – liefert die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur *subsidiären Haftung der Arbeitgeber-Organen für nicht bezahlte AHV-Beiträge gemäss Art. 52 AHVG*. Immer wieder ist in jenen Fällen zu beurteilen, ob den Organen zum Vorwurf gemacht werden kann, dass sie andere Forderungen gegenüber den Ansprüchen der Sozialversicherung prioritär behandelt haben. Dieser Vorwurf ist nach der Rechtsprechung dann nicht begründet, wenn die Nichtbezahlung der AHV-Beiträge nach den Umständen als «*verantwortlich getroffener und insofern gerechtfertigter Unternehmensentscheid*» anzusehen ist.¹⁹² Konkret ist die Nichtbezahlung dann gerechtfertigt und entschuldbar, «wenn die Arbeitgeberin, welche zunächst für das Überleben des Unternehmens wesentliche andere Forderungen (insbesondere solche der Arbeitnehmer und Lieferanten) befriedigt, gleichzeitig auf Grund der objektiven Umstände und einer seriösen Beurteilung der Lage annehmen darf, sie werde die geschuldeten Beiträge innert nützlicher Frist nachzahlen können (...), und angesichts der Höhe der bestehenden Verbindlichkeiten und der eingegangenen Risiken von einer vorübergehenden Zurückbehaltung der Sozialversicherungsbeiträge objektiv eine für die Rettung des Unternehmens ausschlaggebende Wirkung zu erwarten ist».¹⁹³

Berücksichtigt man die so konkretisierte aktienrechtliche Sorgfaltspflicht bei der Frage, ob eine Schuldner-Gesellschaft mit Schädigungsabsicht gehandelt hat,

spielen Gesichtspunkte eine Rolle, die das Bundesgericht vor allem im *Flughafen-* und im *Air-Total-Urteil* nicht angemessen zu berücksichtigen in der Lage war, weil für das Gericht die in diesen Fällen unvermeidbare Bevorzugung einzelner Gläubiger letztlich alle anderen Elemente des beweglichen Systems überragte. Die *Swissair* hat in der Notlage, die in den Tagen nach dem «Grounding» bestand, das Ziel verfolgt, den Flugbetrieb rasch wieder aufzunehmen und die Zusammenarbeit mit der Flughafenbetreiberin und den Treibstofflieferanten zu sichern. Sie hat Forderungen von Gläubigern beglichen, mit denen die *Swissair* als wichtig eingestufte langfristige Geschäftsbeziehungen verband.¹⁹⁴ Für die aktienrechtliche Beurteilung im Rahmen einer Verantwortlichkeitsklage sind diese Gesichtspunkte relevant, und sie sollten es angesichts der Querbezüge zwischen Gesellschaftsrecht und Konkursrecht auch bei der Frage der Schädigungsabsicht sein. Im Resultat mag die Beurteilung dennoch die gleiche sein wie jene des Bundesgerichts, denn auch aus aktienrechtlicher Sicht wird man beachten, dass die Zahlungen am Tag des Gesuchs um Nachlassstundung bzw. des «Grounding» erfolgten und keine Aussichten bestanden, die Krise allein und aus eigener Kraft durchzustehen.¹⁹⁵

2.5 Schädigungsabsicht im Kontext der aktienrechtlichen Vorschriften über die Sanierung

Mit Bezug auf die Bezahlung von Honoraren für Dienstleistungen, die im Rahmen einer Unternehmenssanierung erbracht wurden, sind bei der Prüfung der Schädigungsabsicht auch Art. 725 und 725a OR zu beachten. Nach diesen Vorschriften ist der Verwaltungsrat unter bestimmten Voraussetzungen aufgerufen, Sanierungsmassnahmen zu ergreifen. Sie spielen nach dem *Regime von Art. 725 f. OR* auf drei Stufen eine Rolle:

Erstens muss der Verwaltungsrat unverzüglich eine Generalversammlung einberufen und ihr «Sanierungsmassnahmen» beantragen, wenn nach der letzten Jahresbilanz die Hälfte des Aktienkapitals und der gesetzlichen Reserven nicht mehr gedeckt ist.¹⁹⁶ Ergibt sich sodann aus der Bilanz, dass die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger weder zu Fortführungswerten noch zu Veräusserungswerten gedeckt sind, muss der Verwaltungsrat den Richter benachrichtigen (unter dem Vorbehalt von Rangrücktritten in genügendem Ausmass).¹⁹⁷ Der Verwaltungsrat ist jedoch nach einer etablierten

¹⁹⁰ Siehe zu diesen Regeln vorn II/3/3.2/b sowie III/2/2.2.

¹⁹¹ Damit wird hier nicht umgekehrt gesagt, dass in jedem Fall einer Absichtsanfechtung auch die Voraussetzungen einer aktienrechtlichen Verantwortlichkeit nach Art. 754 OR gegeben seien. Wird die Absichtsanfechtung und dabei vor allem die Schädigungsabsicht so ausgelegt, wie hier vorgeschlagen, ist der Bereich anfechtbarer Rechtshandlungen, die nicht auch Sorgfaltspflichtverletzungen darstellen, freilich klein (siehe zum hier Gesagten auch PETER WIDMER/DIETER GERICKE/STEFAN WALLER, in: Honsell/Vogt/Watter (Hrsg.), *Basler Kommentar, Obligationenrecht II*, 3. Aufl., Basel 2008, N 7a der Vorbemerkungen vor Art. 754–761 OR).

¹⁹² Urteil des Bundesgerichts H 63/05 vom 25.4.2007, E. 6.4; siehe auch das Urteil des Bundesgerichts 9C.111/2007 vom 17.9.2007, E. 3.2.

¹⁹³ Urteil des Bundesgerichts H 163/06 vom 11.6.2007, E. 4.2, siehe auch E. 4.4 und 4.5; siehe auch das Urteil des Bundesgerichts 9C_338/2007 vom 21.4.2008, E. 3.1 und 3.2.

¹⁹⁴ Siehe zum Gesagten die Feststellungen der Vorinstanzen im Urteil des Bundesgerichts 5A_37/2008 vom 4.9.2008, E. 5 (betreffend die Bezahlung der Flughafengebühren), bzw. im Urteil des Bundesgerichts 5A_469/2007 vom 4.9.2008, E. 7.2 (betreffend die Bezahlung der Treibstofflieferungen).

¹⁹⁵ Siehe das Urteil des Bundesgerichts 5A_37/2008 vom 4.9.2008, A. und B. sowie E. 5; Urteil des Bundesgerichts 5A_469/2007 vom 4.9.2008, C. und E. 7.2.

¹⁹⁶ Art. 725 Abs. 1 OR.

¹⁹⁷ Art. 725 Abs. 2 Satz 2 OR.

Rechtsprechung berechtigt (und wohl auch verpflichtet), den Richter einstweilen nicht zu benachrichtigen, wenn konkrete Aussichten auf eine kurzfristig realisierbare Sanierung der Gesellschaft bestehen. Bei den Sanierungsaussichten darf es sich indessen nicht bloss um übersteigerte Erwartungen oder vage Hoffnungen handeln, sondern es müssen konkrete Aussichten bestehen, dass eine Schädigung der Gläubiger abgewendet werden kann.¹⁹⁸ Wird der Richter benachrichtigt, so eröffnet er den Konkurs. Er kann ihn jedoch aufschieben, falls «Aussicht auf Sanierung» besteht.¹⁹⁹ Nach Aktienrecht ist der Verwaltungsrat somit aufgerufen, in der finanziellen Krise rasch geeignete Sanierungsmassnahmen in die Wege zu leiten. Kommt er dieser Pflicht nicht oder nur ungenügend nach, so läuft er Gefahr, im Wege einer Verantwortlichkeitsklage zur Rechenschaft gezogen zu werden. (Dieser Gefahr setzt er sich aber freilich vor allem dann aus, wenn er saniert, obwohl er nach den eben dargestellten Regeln den Richter benachrichtigen müsste.²⁰⁰)

Was unter *Sanierungsmassnahmen* zu verstehen ist, sagt das Gesetz nicht. Eine effektive Sanierung umfasst normalerweise ein ganzes Bündel von Massnahmen. Sie können bilanzielle (Beseitigung des Kapitalverlusts bzw. der Überschuldung), finanzielle, operativ-betriebliche oder strategische sein. Dem Verwaltungsrat (und gegebenenfalls der Generalversammlung) steht diesbezüglich ein weites Ermessen zu. Zur Wiederherstellung eines ausgewogenen Verhältnisses zwischen Fremd- und Eigenkapital ist die Rückzahlung von Darlehen oder ihre Umwandlung in Eigenkapital ein geeignetes Mittel. Im Übrigen werden vielfach Berater für die unterschiedlichen Bereiche beigezogen. Bisweilen werden auch Spezialisten beauftragt, das Unternehmen umfassend nach Schwachstellen zu durchleuchten.²⁰¹ Offensichtlich werden alle diese Berater in der Annahme tätig, für ihre Dienste bezahlt zu werden, agieren sie also auf der Basis, das Unternehmen werde trotz seiner Sanierungsbedürftigkeit in der Lage sein, die Honorare für die Beratung zu bezahlen – und auf der Basis, die erhaltenen Honorare später nicht zurückzahlen zu müssen.

Damit entsteht ein *Spannungsfeld* zwischen einerseits der aktienrechtlichen Pflicht des Verwaltungsrates, die Gesellschaft nötigenfalls zu sanieren, und andererseits dem Risiko einer Rückerstattungspflicht im Rahmen ei-

ner Absichtsanfechtung. Das Spannungsfeld wird zum *Wertungswiderspruch*, wenn nach Art. 725 f. OR zulässige und gebotene Sanierungshandlungen zur Anfechtbarkeit von hierfür geleisteten Vergütungen führen, womit entsprechende Sanierungsleistungen nicht mehr ohne weiteres erbracht werden. Auch dieser Querbezug zum Aktienrecht ist bei der Prüfung, ob eine Schädigungsabsicht gegeben ist, zu beachten. Was aktienrechtlich geboten ist, soll konkursrechtlich ohne Vorliegen besonderer Umstände nicht anfechtbar sein, weil sonst das Gebotene faktisch verhindert würde. Parallel zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung betreffend die Schädigungsabsicht bei Inanspruchnahme gesetzlich geforderter Dienstleistungen²⁰² sollte auch im Fall einer Sanierung im Rahmen von Art. 725 f. OR grundsätzlich gelten, dass *nicht* mit *Schädigungsabsicht* handelt, wer seine *aktienrechtlichen Pflichten erfüllt*.

Vorausgesetzt ist hierfür aber in jedem Fall eine *aktienrechtlich legitimierte Sanierung*. Das bedeutet insbesondere für den durch die Rechtsprechung sanktionierten Fall des Weiterwirtschaftens trotz Überschuldung²⁰³, dass Rechtshandlungen des Schuldners (abgesehen von den Fällen der Überschuldungsanfechtung) in der Regel anfechtbar sind, wenn sie nicht im Rahmen sofortiger, kurzfristig realisierbarer Sanierungsmassnahmen erfolgt sind; hier kann eine Schädigungsabsicht jedenfalls nicht mit dem Argument verneint werden, die Organe der Schuldner-Gesellschaft hätten aufgrund einer gesetzlichen Pflicht gehandelt. Wenn das Bundesgericht eine Schädigungsabsicht verneint, falls die Sanierungsbemühungen nicht erfolgversprechend waren und im Besonderen ein Darlehen, dessen Rückzahlung angefochten wird, nicht zum Zweck der Sanierung gewährt wurde,²⁰⁴ dann deckt sich dies *cum grano salis* mit der angesprochenen aktienrechtlichen Rechtsprechung, indem in diesen Fällen auch das Aktienrecht den Übergang ins konkursrechtliche Regime verlangt.²⁰⁵

Verfügungen über das Gesellschaftsvermögen im Rahmen einer *aktienrechtlich nicht legitimierten Sanierung*, die unter den Bedingungen von Art. 725 f. OR stattfindet, verletzen die Vorschriften über den Schutz des Eigenkapitals und gegebenenfalls die Pflicht zur

¹⁹⁸ Siehe z.B. das Urteil des Bundesgerichts 4C.436/2006 vom 18.4.2007, E. 4.1 und 4.4; Urteil des Bundesgerichts 4C.366/2000 vom 19.6.2001, E. 4b; BGE 116 II 533 E. 5a, S. 141.

¹⁹⁹ Art. 725a Abs. 1 OR.

²⁰⁰ Siehe hierzu nachstehend im Text.

²⁰¹ Siehe zum Ganzen PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 3. Aufl., Zürich 2004, § 13 N. 716; HANSPETER WÜSTINER, in: Honsell/Vogt/Watter (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 3. Aufl., Basel 2008, N 10 ff. zu Art. 725 OR; ARMAND P. RUBLI, Sanierungsmassnahmen im Konzern aus gesellschaftsrechtlicher Sicht, Diss. Zürich 2002, 123 ff.

²⁰² Siehe zu diesen Regeln vorn II/3/3.2/b sowie III/2/2.2.

²⁰³ Siehe die Hinweise auf die Rechtsprechung vorn FN 198.

²⁰⁴ Siehe BGE 134 III 452 E. 5.5, S. 460.

²⁰⁵ Siehe im Übrigen zu den Ausführungen des Bundesgerichts im ZKB-Urteil betreffend die Anfechtung der Rückzahlung von Sanierungsdarlehen die folgenden Beiträge: ANDREA GALLIKER/HANS CASPAR VON DER CRONE, Absichtsanfechtung und Sanierung, Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts 5A_29/2007 vom 29. Mai 2008 (BGE 134 III 452) i.S. SAirGroup in Nachlassliquidation (Klägerin und Beschwerdeführerin) gegen Zürcher Kantonalbank (Beklagte und Beschwerdegegnerin), SZW 2008, 602 ff.; OLIVIER HARI, Action révocatoire et prêt d'assainissement font-ils bon ménage, GesKR 2008, 372 ff.; PHILIPP WEBER, Paulianische Anfechtung von (Sanierungs-)Darlehensrückzahlungen, Jusletter vom 20. Oktober 2008.

Benachrichtigung des Richters (Art. 725 Abs. 2 OR). Diese Pflichtverletzungen lösen unter Umständen eine Verantwortlichkeit der Organe im Sinne von Art. 754 OR aus. Das gilt ohne Rücksicht darauf, ob in der fraglichen Verfügung eine nach Art. 288 SchKG anfechtbare Rechtshandlung zu erblicken ist. Eine Schädigungsabsicht braucht in diesem Fall nicht zwingend vorzuliegen, jedenfalls dann nicht, wenn man sie so versteht wie hier vorgeschlagen. Es wäre nicht richtig, das Merkmal der Schädigungsabsicht so (weit) auszulegen, dass aktienrechtlich unzulässige Verfügungen über das Vermögen einer konkursnahen Gesellschaft automatisch auch der Anfechtung unterworfen würden, mit dem Ziel, so eine mitunter in der Durchsetzung effektivere Rechtsgrundlage als die Verantwortlichkeitsklage zur Mehrung des Vollstreckungssubstrats der Gläubiger zu schaffen und gleichzeitig auch zu signalisieren, dass möglicherweise Sorgfaltspflichtverletzungen begangen wurden. So würde der Sack geschlagen, obwohl der Esel gemeint ist. Bei der Lektüre der *Swissair*-Urteile kann man sich eines entsprechenden Eindrucks meines Erachtens aber nicht gänzlich erwehren.

2.6 Schädigungsabsicht im Kontext der aktienrechtlichen Vorschriften über die Revisionsstelle und den Verwaltungsrat

Die zuvor angestellten grundsätzlichen Überlegungen zur Relevanz der aktienrechtlichen Sorgfaltspflicht sowie der Vorschriften des Aktienrechts über Sanierungen sind sinngemäss auch einschlägig bei der Beurteilung der Schädigungsabsicht im Fall der Zahlung des Honorars der Revisionsstelle oder von Verwaltungsratsmitgliedern. Auch hier gilt, dass unter dem dominanten Gesichtspunkt bei der Beurteilung der Schädigungsabsicht, nämlich dem *Zweck*, den der *Schuldner mit seiner Rechtshandlung verfolgt* hat,²⁰⁶ eine geschäftsmässig gebotene Rechtshandlung insbesondere dann in aller Regel nicht von einer Schädigungsabsicht getragen war, wenn sie sich im Rahmen eines gesetzlich eingeräumten Ermessens bewegt hat oder gar aufgrund einer gesetzlichen Handlungspflicht erfolgt ist.

Das trifft besonders für die *Revisionsstelle* zu. Eine solche muss grundsätzlich jede Aktiengesellschaft haben.²⁰⁷ Dabei erwachsen ihr in der finanziellen Krise der Gesellschaft besondere, zusätzliche Aufgaben.²⁰⁸ Ist

die Gesellschaft überschuldet, steht es der Revisionsstelle zudem gar nicht mehr frei, ihr Mandat sofort niederzulegen.²⁰⁹ Zu Recht hat das Bundesgericht darum festgehalten, dass der Schuldner, der gesetzlich vorgesehene Aufgaben erfüllt, die im Interesse der Gläubiger statuiert sind, ohne Schädigungsabsicht handelt.²¹⁰

Demgegenüber hat das Bundesgericht die Frage offen gelassen, ob es sich im Fall der Bezahlung von *Verwaltungsrats honoraren* gleich verhält. Das Gericht nahm im betreffenden Urteil eine Schädigungsabsicht aufgrund der tatsächlichen Umstände des konkreten Falles an.²¹¹ Auszugehen ist aber auch hier vom Grundsatz, dass die Honorierung einer von Gesetzes wegen in Anspruch zu nehmenden Dienstleistung nicht durch entsprechende Auslegung des Tatbestands der Absichtsanfechtung in einer finanziellen Krise faktisch ausgeschlossen werden soll. Der Zweck der Bezahlung eines Verwaltungsrats honorars ist die Honorierung eines vom Gesetz vorgeschriebenen Organs und nicht die Schädigung von Gläubigern oder die Bevorzugung einzelner Gläubiger. Darum sollte nur unter aussergewöhnlichen Umständen gleichwohl auf eine Schädigungsabsicht geschlossen werden.²¹²

3. Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht

3.1 «In der dem andern Teile erkennbaren Absicht»²¹³

Die Schädigungsabsicht des Schuldners muss für den Begünstigten erkennbar gewesen sein. Erkennbar ist, «was bei Anwendung der durch die konkreten Verhältnisse gebotenen Aufmerksamkeit ohne Fahrlässigkeit erkannt werden konnte».²¹⁴ Obwohl die Erkennbarkeit sich nach dem Wortlaut des Gesetzes auf die *Schädigungsabsicht* beziehen muss, genügt es nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung, wenn der Eintritt einer *Gläubigerschädigung* erkennbar war.²¹⁵ Darin liegt eine (weitere) Erleichterung der Voraussetzungen einer Absichtsanfechtung. Sie geht freilich Hand in Hand mit der Entwicklung von der Schädigungsabsicht hin zum Schädigungs-Eventualvorsatz: Wenn Schädigungs-

²⁰⁶ Siehe vorn III/2/2.3.

²⁰⁷ Siehe Art. 727 und Art. 727a Abs. 1 OR. Es stellt sich sofort die Frage, ob der hier hergestellte Bezug zwischen einerseits der gesetzlichen Pflicht zur Einrichtung und damit zur Honorierung einer Revisionsstelle und andererseits der Schädigungsabsicht im Sinne von Art. 288 SchKG auch besteht, wenn die Voraussetzungen eines Verzichts auf eine eingeschränkte Revision (Art. 727a Abs. 2–5 OR) gegeben sind. Die Frage braucht hier nicht beantwortet zu werden.

²⁰⁸ Siehe Art. 725 Abs. 2 und 3 sowie Art. 728c Abs. 3 und Art. 729c OR.

²⁰⁹ Vgl. Art. 404 Abs. 2 OR; siehe PETER BÖCKLI, Revisionsstelle und Abschlussprüfung, Zürich/Basel/Genf 2007, N. 643.

²¹⁰ Siehe BGE 134 III 615 E. 5.2, S. 622 (wörtliche Wiedergabe der einschlägigen Passage vorn II/3/3.2/b).

²¹¹ Siehe das Urteil des Bundesgerichts 5A_64/2008 vom 14.10.2008, E. 6.8.

²¹² Ob solche Umstände im hier einschlägigen Urteil des Bundesgerichts 5A_64/2008 vom 14.10.2008, E. 6, bestanden haben, ist zweifelhaft.

²¹³ Art. 288 SchKG.

²¹⁴ BGE 134 III 452 E. 4.2, S. 456; siehe zu den Ausführungen im ZKB-Urteil betreffend die Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht auch den Beitrag von DANIEL HUNKELER, Absichtspauliana – Anforderungen an die Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht, Jusletter vom 25. August 2008.

²¹⁵ Siehe BGE 134 III 452 E. 4.2, S. 456.

absicht als Inkaufnahme einer Gläubigerschädigung verstanden wird,²¹⁶ kann es nicht entscheidend auf die Erkennbarkeit einer subjektiven, auf einer inneren Haltung beruhenden Absicht ankommen; es ist dann konsequent, darauf abzustellen, ob die vom Schuldner in Kauf genommene Gläubigerschädigung für den Begünstigten erkennbar war.

Wie bei der Schädigungsabsicht fragt sich aber auch hier, ob die über die Grenzen des Wortlauts hinausgehende Auslegung mit dem Zweck der Absichtsanfechtung, wie er sich einem namentlich aufgrund ihres konkursrechtlichen Kontextes erschliesst, vereinbar sei.

3.2 Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht im Kontext der übrigen Anfechtungstatbestände

Bei der *Schenkungsanfechtung* wird auf Seiten des Leistungsempfängers nicht auf dessen Möglichkeit abgestellt, eine bestimmte Absicht des Schuldners zu erkennen. Weder kommt es darauf an, ob der Begünstigte um die allfällige Absicht des Schuldners wusste, ihn zum Nachteil seiner Gläubiger besserzustellen, noch spielt eine Rolle, ob der Begünstigte die möglicherweise kritische finanzielle Lage des Schuldners erkannt hat oder hätte erkennen sollen.²¹⁷ Der Begünstigte hat aus der angefochtenen Rechtshandlung einen Vorteil ohne Gegenleistung empfangen, sodass der Eingriff in seine Vermögensrechte, den die Anfechtung und Rückgängigmachung zur Folge hat, zumutbar ist.

Anders bei der *Überschuldungsanfechtung*. Zwar geht es auch hier um Rechtshandlungen, die dem Begünstigten einen Vorteil verschaffen, den er überhaupt nicht, nicht in der Art oder nicht zu der Zeit beanspruchen konnte.²¹⁸ Dennoch stellt die Anfechtung und Rückgängigmachung einen Eingriff in die Vermögensrechte des Begünstigten dar. Darum steht ihm der Beweis offen, «dass er die Überschuldung des Schuldners nicht gekannt hat und auch nicht hätte kennen müssen».²¹⁹ Mit Bezug auf die Frage, ob der Schuldner zum Zeitpunkt seiner Rechtshandlung überschuldet war, darf dem Begünstigten folglich keine Bösgläubigkeit vorzuwerfen sein. Die sich daraus ergebende Erkundigungsobliegenheit hinsichtlich der Vermögenssituation des Schuldners rechtfertigt sich angesichts des aussergewöhnlichen Charakters der Rechtshandlungen.²²⁰

Auch bei der *Absichtsanfechtung* wird auf den Kenntnisstand des Begünstigten abgestellt, um einen ungerichtfertigten Eingriff in seine Vermögensrechte zu

vermeiden. Die von Art. 288 SchKG erfassten Rechtshandlungen enthalten jedoch vielfach kein objektives Element, aus dem der Begünstigte schliessen müsste, den Gläubigern könnte im Rahmen eines mitunter erst fünf Jahre später eröffneten Konkurses ein Schaden zugefügt werden. Die Erkennbarkeit einer *Gläubigerschädigung* genügt der gesetzlichen Voraussetzung darum für sich allein nicht (es sei denn, die Rechtshandlung indiziere objektiv die Wahrscheinlichkeit einer Schädigung von Gläubigern im Konkurs, so wie dies bei den Tatbeständen der Überschuldungsanfechtung der Fall ist)²²¹. Fehlt der Rechtshandlung ein objektives Element, das auf eine Gläubigerschädigung hinweist, muss für den Begünstigten die *Schädigungsabsicht* erkennbar sein, sei es aufgrund der objektiv für eine solche Absicht sprechenden Gegebenheiten, sei es aufgrund einer beim Schuldner tatsächlich vorliegenden Absicht.²²² Die Ausführungen des Bundesgerichts²²³ sind wohl in diesem Sinn zu verstehen.

Damit würde bei der Absichtsanfechtung im Prinzip der *gleiche Vorbehalt zu Gunsten des Leistungsempfängers* gelten wie bei der *Überschuldungsanfechtung*.²²⁴ Dies widerspräche aber dem inneren System der Anfechtungstatbestände. Das zeigt sich deutlich, wenn man die Überschuldungsanfechtung im Lichte der Absichtsanfechtung betrachtet. Der Begünstigte muss sich im Fall einer Überschuldungsanfechtung eine Anfechtung bieten lassen, wenn – erstens – die Wahrscheinlichkeit (angesichts der gesetzlich festgelegten Konsequenzen einer Überschuldung) gross war, dass Gläubiger tatsächlich geschädigt würden, und wenn – zweitens – mit der angefochtenen Rechtshandlung eine Leistung erbracht wurde, auf die der Leistungsempfänger keinen Anspruch hatte, mit der er nicht rechnen konnte und die für den Schuldner kaum jemals geschäftsmässig geboten sein wird (Sachverhalte inkongruenter Deckung); doch selbst dann steht dem Begünstigten der Nachweis offen, dass für ihn die Überschuldung nicht erkennbar war. Bei einer Rechtshandlung, die – erstens – mit einiger Wahrscheinlichkeit, aber nicht mit Gewissheit Gläubiger schädigen wird und die – zweitens – mitunter geschäftsmässig geboten ist und im Interesse der Gläubiger liegt, müssen, falls eine Wertungsparallele zur Überschuldungsanfechtung bestehen soll, *vergleichs-*

²¹⁶ Siehe vorn II/3/3.1 und III/2/2.2.

²¹⁷ Siehe zum Gesagten AMONN/WALTHER (FN 168), § 52 N 15; STAEHELIN (FN 168), N 3 zu Art. 286 SchKG.

²¹⁸ Siehe im Einzelnen Art. 287 Abs. 1 SchKG.

²¹⁹ Art. 287 Abs. 2 SchKG.

²²⁰ Siehe zum Gesagten STAEHELIN (FN 168), N 19–21 zu Art. 287 SchKG.

²²¹ Selbst in diesen Fällen fehlt es aber an der Erkennbarkeit einer Schädigungsabsicht, wenn die Schädigungsabsicht als solche aufgrund der Umstände zu verneinen ist.

²²² Vgl. etwa STAEHELIN (FN 168), N 20 zu Art. 288 SchKG.

²²³ Z.B. in BGE 134 III 452 E. 4.2, S. 456 f.

²²⁴ In diesem Sinne die Autoren und Gerichtsentscheide, die bei Art. 288 SchKG gleich wie bei Art. 287 Abs. 2 SchKG Fahrlässigkeit bzw. (schlichte) Bösgläubigkeit genügen lassen; siehe etwa BGE 134 III 452 E. 4.2, S. 456 f. (wobei mit dem Erfordernis der «deutlichen Anzeichen», die eine Erkundigungsobliegenheit erst auslösen, möglicherweise von einer gewöhnlichen Sorgfaltspflicht abgewichen wird); STAEHELIN (FN 168), N 19–21 zu Art. 287 SchKG, und N 18 zu Art. 288 SchKG, mit Hinweisen auf die Rechtsprechung.

weise höhere Anforderungen an die Erkennbarkeit der Gläubigerschädigung und der Schädigungsabsicht bestehen. Dem Begünstigten muss mehr vorzuwerfen sein, als dass er darauf vertraut hat, dass die Gläubigerschädigung ausbleibe, die der Schuldner «zumindest in Kauf zu nehmen bereit gewesen sein könnte»²²⁵. Es muss ihm Grobfahrlässigkeit vorzuwerfen sein.²²⁶ Medienberichte über finanzielle Schwierigkeiten von Unternehmen begründen für sich allein darum keine Erkennbarkeit einer Schädigungsabsicht.²²⁷ Und wer insbesondere eine vereinbarte, kongruente und fällige Leistung erhält, braucht sich in der Regel nicht zu fragen, ob sich dies zum Nachteil anderer Gläubiger auswirken könnte.²²⁸

Mit dem Gesagten steht durchaus in Einklang, dass nach dem Entwurf für eine Teilrevision des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes fortan bei der Anfechtung von Handlungen zu Gunsten einer *dem Schuldner nahe stehenden Person* diese die Beweislast dafür trägt, dass sie die Benachteiligungsabsicht nicht erkennen konnte (wobei als nahe stehende Personen auch Gesellschaften eines Konzerns gelten).²²⁹ Denn ein solches Naheverhältnis erleichtert einerseits dem Begünstigten die Erkundigung über die finanziellen Verhältnisse des Schuldners, und es ist andererseits ein Umstand, der erfahrungsgemäss inkongruente Deckungen begünstigt.²³⁰

3.3 Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht im Kontext der aktienrechtlichen Vorschriften

Auch die aktienrechtlichen Vorschriften über die *Sanierung*, also vor allem die Bestimmungen von Art. 725 f. OR, bestätigen im Rahmen einer rechtssystematischen Auslegung, dass die Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht bei der Absichtsanfechtung nicht leichthin angenommen werden darf.²³¹ Bei einer Sanierung haben

die beauftragten Personen zwar in aller Regel genaue Kenntnis von der finanziellen Lage des Schuldners. Mithin ist dessen Situation für sie nicht nur erkennbar, sondern offensichtlich. Insoweit das Aktienrecht Sanierungen von Gesellschaften aber zulässt und sie vom Verwaltungsrat auch verlangt, sollte die Erkennbarkeit einer Schädigungsabsicht durch in die Sanierung involvierte Drittpersonen in der Regel verneint werden; denn wer bei einem Vorhaben mitwirkt, welches das Gesetz zulässt oder gar gebietet, kann keine Schädigungsabsicht erkennen. Erkennbar ist eine Schädigungsabsicht im Übrigen ohnehin dann nicht, wenn sie, gerade angesichts des Sanierungszieles, gar nicht besteht. Aber auch eine aktienrechtlich nicht legitimierte Sanierung, bei der in der Regel eine Schädigungsabsicht anzunehmen ist, wird nicht notwendigerweise mit einer für den Begünstigten erkennbaren Schädigungsabsicht durchgeführt.²³²

Der *Sanierungskontext* führt aber nicht nur bei den in die Sanierung involvierten Drittpersonen, sondern auch bei *sonstigen Vertragspartnern* des Schuldners dazu, dass unter Umständen eine Schädigungsabsicht (vorausgesetzt immer, sie habe überhaupt bestanden) nicht erkennbar war. So hielt das Bundesgericht im Air-Total-Urteil dafür, dass, falls ATI und ATS sich darauf hätten berufen wollen, dass sie an eine Sanierung der Swissair geglaubt hatten, die Zahlungen der Swissair auf der Basis eines konkreten Sanierungsplans hätten erfolgen müssen.²³³ Die «Planmässigkeit» der schuldnerischen Leistungen im Rahmen einer Sanierung spricht somit dagegen, dass für den Begünstigten die Schädigungsabsicht erkennbar war; vor allem aber dürfte sie gegen eine Schädigungsabsicht sprechen.

Das zu den Sanierern Gesagte gilt für die Erkennbarkeit einer Schädigungsabsicht durch die *Revisionsstelle* und durch *Verwaltungsratsmitglieder* im Prinzip sinngemäss, ergänzend zu den Ausführungen über die Schädigungsabsicht mit Bezug auf Revisionsstellen- und Verwaltungsrats honorare.²³⁴ Hinzu kommt für beide der Querbezug zur *Anzeigepflicht im Fall einer (offensichtlichen) Überschuldung*.²³⁵ Dieser spricht dagegen, dem Verwaltungsratsmitglied oder der Revisionsstelle im Zusammenhang mit der paulianischen Anfechtung der Honorarzahmung die Erkennbarkeit einer Schädigungsabsicht hauptsächlich dadurch nachzuweisen, dass sie auf die Überschuldungssituation und ihre sich daraus

²²⁵ BGE 134 III 452 E. 8.4, S. 466.

²²⁶ Siehe ZOBL (FN 105), 34.

²²⁷ Siehe auch CHRISTIAN BRÜCKNER, Zum Szenario Banken-Grounding – eine Replik, NZZ vom 22.11.2008 (Nr. 274), S. 27, im Gegensatz zu MYRIAM A. GEHRI, Das Szenario Banken-Grounding, NZZ vom 19.11.2008 (Nr. 271), S. 26.

²²⁸ Vgl. BGE 99 III 89 E. 4b, S. 92, bezüglich einer von Anfang an verabredeten Pfandbestellung. In einem solchen Fall darf sich der Gläubiger «zunächst an das ihm vom Schuldner bei Vertragsschluss gegebene Sicherstellungsversprechen halten und braucht sich nur dann Gedanken über eine allfällige Schädigung der andern Gläubiger zu machen, wenn die schlechte finanzielle Lage des Schuldners offensichtlich ist. Den Gläubiger trifft in solchen Fällen eine weniger weitgehende Pflicht, Erkundigungen über den Schuldner einzuholen»; RÜEDI (FN 126), N. 359 f.

²²⁹ Siehe Art. 288 Abs. 2 des Vorentwurfs, verfügbar, samt Begleitbericht zur Revision des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes (Sanierungsverfahren) (Dezember 2008), unter <<http://www.bj.admin.ch/bj/de/home/themen/wirtschaft/gesetzgebung/SchKG.html>> (zuletzt besucht am 18.5.2009); sprachlich herausfordernd die im Vorentwurf gewählte Formulierung «eine nahe stehende Person des Schuldners».

²³⁰ Siehe auch STAEHELIN (FN 168), N 20 zu Art. 288 SchKG.

²³¹ Dies eine Formulierung, die freilich auch das Bundesgericht verwendet; siehe das Urteil 5A_469/2007 vom 4.9.2008, E. 8.1.

²³² Vgl. zum Ganzen auch RÜEDI (FN 126), N. 362 ff.; vgl. zum Gesagten im Übrigen sinngemäss vorn III/2/2.5, im Zusammenhang mit der Schädigungsabsicht.

²³³ Siehe das Urteil des Bundesgerichts 5A_469/2007 vom 4.9.2008, E. 8.2.

²³⁴ Siehe zu diesen Ausführungen vorn III/2/2.6.

²³⁵ Siehe hierzu Art. 728c Abs. 3 und Art. 729c OR bzw. Art. 725 Abs. 2 Satz 2 OR.

ergebenden Handlungspflichten hingewiesen hätten.²³⁶ Wenn man die Anreize bedenkt, die ansonsten vom Risiko einer paulianischen Anfechtung mit Bezug auf die Erfüllung der Anzeigepflichten durch den Verwaltungsrat und die Revisionsstelle ausgehen würden, würde den Gläubigern mit der Absichtsanfechtung ein Bärendienst erwiesen.

IV. Fazit

Die wichtigsten Bundesgerichtsurteile, die im Jahr 2008 zur Absichtsanfechtung ergangen sind, führen die bisherige Praxis des Gerichts weiter. Diese Praxis ist durch ihre ausgesprochen starke Orientierung an den Umständen des Einzelfalls gekennzeichnet, die entweder unter dem Titel der Anwendung offener rechtlicher Begriffe und Massstäbe oder demjenigen einer Würdigung der Tatsachen aufgrund der Lebenserfahrung erfolgt. Diese Charakterisierung betrifft teilweise die (vermeintlich rein objektive) Tatbestandsvoraussetzung der Gläubigerschädigung, bei der aufgrund einer nicht leicht zu durchschauenden Logik bald der Gesichtspunkt der Verminderung des Vollstreckungssubstrats, bald derjenige der Bevorzugung einzelner Gläubiger im Vordergrund steht. Die Charakterisierung betrifft sodann und zur Hauptsache die Schädigungsabsicht, aus der die Rechtsprechung eine Inkaufnahme einer Schädigung aufgrund der gesamten konkreten Umstände gemacht hat. Und sie betrifft die Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht, aus der sich für Dritte eine Erkundigungsobliegenheit bei deutlichen Anzeichen einer Schädigung und Schädigungsabsicht ergibt.

Die Anwendung dieser Tatbestandsvoraussetzungen führt – das zeigen die *Swissair*-Urteile – zu einer strengen Beurteilung des Verhaltens der Organe einer Schuldner-Gesellschaft. Dies geschieht im Interesse einer gleichmässigen Verteilung des Vollstreckungssubstrats an die Gläubiger. In deren Interesse und im Interesse des Unternehmens schlechthin handeln aber auch die Organe der Schuldner-Gesellschaft, wenn sie das Unternehmen sanieren und die künftige Versorgung mit betriebsnotwendigen Leistungen und das Einvernehmen mit langfristigen Geschäftspartnern sicherstellen. Mit der Gutheissung einer Anfechtungsklage wird den Organen jedoch faktisch, wenn auch nicht ohne weiteres im aktienrechtlichen Sinn, der Vorwurf einer Verletzung ihrer Organpflichten gemacht. Die paulianische Anfechtung wird so zum rechtlichen Rahmen,

in dem das Krisenmanagement von Geschäftsführern beurteilt wird.

Dieser Beitrag hat versucht aufzuzeigen, dass die Absichtsanfechtung heute in Fällen greift, in denen sie nach ihrem (ursprünglichen) Zweck und mit Blick auf die anderen Anfechtungstatbestände wohl nicht greifen sollte. Der Beitrag hat auch aufzuzeigen versucht, dass die Einbindung der Absichtsanfechtung in den unternehmens- und insbesondere aktienrechtlichen Kontext, in dem die angefochtenen Rechtshandlungen gegebenenfalls stehen, zu ähnlichen Einschränkungen der derzeitigen Bundesgerichtspraxis führen würde, wie sie nach dem Zweck und der Systematik des Anfechtungsrechts angezeigt wären. Das *Tempus*-Urteil²³⁷ weist der künftigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung einen Weg in diese Richtung, indem dort im Ergebnis berücksichtigt worden ist, dass redliche und fähige Menschen in einer schwierigen Situation getan haben, was von verantwortungsvollen Geschäftsführern gegenüber dem Unternehmen und seinen Gläubigern zu erwarten ist.

²³⁶ So aber das Bundesgericht im Urteil 5A_64/2008 vom 14.10.2008, E. 7.1 (wobei der Hinweis auf die Überschuldungssituation durch das betreffende Verwaltungsratsmitglied nur ein Element neben anderen im Sachverhalt war, das für die Erkennbarkeit einer Schädigungsabsicht sprach).

²³⁷ BGE 134 III 615 ff.