

Kreditrecht

Die Absichtsanfechtung im Allgemeinen

Daniel Hunkeler

Susan Emmenegger (Hrsg.)
Institut für Bankrecht
Universität Bern

ISBN 978-3-7190-3026-1

Basel 2010

Die Absichtsanfechtung im Allgemeinen

Dr. Daniel Hunkeler, Zürich und Baden

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	138
Rechtsprechungsverzeichnis	139
Einleitung.....	140
I. Gemeinsame Grundelemente aller Anfechtungstatbestände	140
1. Drei Arten von Anfechtungstatbeständen.....	140
2. Gemeinsame Grundelemente aller Anfechtungstatbestände	141
a) Fristen im Allgemeinen	141
b) Die Verdachtsfrist (période suspecte).....	142
c) Die Verwirkungsfrist (Art. 292 SchKG).....	142
d) Passivlegitimation.....	143
e) Gerichtsstand	143
f) Wirkungen der Anfechtung.....	143
II. Die Absichtsanfechtung im Allgemeinen	144
1. Übersicht.....	144
2. Tatsächliche Gläubigerschädigung.....	144
3. Schädigungsabsicht des Schuldners.....	146
4. Erkennbarkeit durch den Dritten.....	147
III. Konkreter Leading Case: ZKB/Swissair-Entscheid (BGE 134 III 452; Urteil vom 29. Mai 2008)	147
1. Sachverhalt.....	147
2. Entscheide und Instanzenzug.....	148
3. Die Erwägungen des Bundesgerichts	148
IV. Konsequenzen / Alternativen.....	149
1. Hohes Anfechtungsrisiko.....	149
2. Privilegiertes Darlehen als Ausweg?.....	150
3. Vorsichtsmassnahmen.....	150

4. Insbesondere: Massakredit im Nachlassverfahren.....	150
5. Weitere.....	151

Literaturverzeichnis

Stand der Internet-Referenz in diesem Beitrag ist der 15. Juni 2010.

- AMONN KURT/WALTHER FRIDOLIN, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 8. Aufl., Bern 2008.
- DALLEVES LOUIS/FOËX FENEDICT/JEANDIN NICOLAS (Hrsg.), Poursuite et faillite, Commentaire de la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite ainsi que des articles 166 à 175 de la Loi fédérale sur le droit intrnational privé, Bâle/Genève/Munich 2005.
- EMMENEGGER SUSAN, Das Sanierungsdarlehen, in: Susan Emmenegger (Hrsg.), Kreditrecht, Basel 2010, S. 153 ff. (in diesem Band).
- GALLIKER ANDREA/VON DER CRONE, HANS CASPAR, Absichtsanfechtung und Sanierung. Bemerkungen zu BGE 134 III 452, in: SZW 2008, S. 602 ff.
- GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG/EMMENEGGER SUSAN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2 Bände, 9. Aufl., Zürich 2008. Band I bearbeitet von Jörg Schmid, Band II bearbeitet von Susan Emmenegger.
- GEHRI MYRIAM, Urteilsbesprechung, ZZZ 2008/2009, S. 257 f.
- GESSLER DIETER, Wie sich Gläubiger vor Klagen schützen können, in: NZZ vom 10. September 2008, S. 4.
- GIRSBERGER DANIEL, Kommentierung von Art. 164 ff. OR, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I (Art. 1-529), 4. Aufl., Basel 2007.
- GLANZMANN LUKAS, Sanierungsdarlehen, in: ZBJV 146 (2010), S. 261 ff.
- HARI OLIVIER, Action révocatoire et prêt d`assainissement font-ils bon ménage?, GesKR 2008, S. 372 ff.
- Absichtspauliana und Sanierungsdarlehen, GesKR online 2 (2008), S. 1 ff.
- HUNKELER DANIEL, Und sie beginnt doch mit der Nachlassliquidation..., in: Jusletter vom 11. Februar 2008.
- Zinszahlungen beim Darlehen sind grundsätzlich paulianisch nicht anfechtbar, in: Jusletter vom 15. März 2010.
 - Absichtspauliana – Anforderungen an die Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht, in: Jusletter vom 25. August 2008.
- JEANDIN NICOLAS, Urteilsbesprechungen, ZZZ 2008/2009, S. 253 ff.
- LORANDI FRANCO, Neuere Rechtsprechung zur insolvenzrechtlichen Anfechtung. Ein Spaziergang durch den paulianischen Rosengarten des Bundesgerichts, in: BISchK 2009, S. 213 ff.
- OTT, EDWARD E., BGE 134 III 452 ff.: schlecht für Kreditnehmer und Banken? (III), Entscheid vom 29. Mai 2008 i.S. SAirGroup c. Zürcher Kantonalbank, abrufbar unter: <http://www.edward-ott.ch/report/5A_29_2007_K.pdf>.

- REBSAMEN THOMAS, Anfechtbarkeit von Sanierungsleistungen, in: Jusletter vom 21. September 2009.
- Die Gleichbehandlung der Gläubiger durch die Aktiengesellschaft, Diss. Freiburg, Zürich 2004.
- ROTH JÜRIG, Sanierungsdarlehen: Nachrang, Gleichrang, Vorrang, Basel 2009.
- Die vorrangige Behandlung von Darlehen in der Insolvenz, in: SJZ 105 (2009), S. 457 ff.
- RÜEDI CHRISTOPH, Aktuelle Fragen des Anfechtungsrechts nach Art. 285 ff. SchKG, Diss. Zürich, Zürich 2008.
- STAEHELIN ADRIAN/BAUER THOMAS/STAEHELIN DANIEL (Hrsg.), Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Band III, Basel/Genf/München 1998.
- UMBACH-SPAHN BRIGITTE, Kommentierung von Art. 285 ff. SchKG, in: Daniel Hunkeler (Hrsg.), Kurzkomentar zum Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, Basel u. a. 2009.
- VOGT HANS-UELI, Krisenmanagement unter dem Damoklesschwert der paulianischen Anfechtung. Die neue Bundesgerichtspraxis zur Absichtsanfechtung nach Art. 288 SchKG, in: GesKR 2009, S. 163 ff.
- VOGT HANS-UELI /KÄSER THOMAS, Paulianische Anfechtung der Rückzahlung eines Kredits und von Zahlungen im Rahmen einer share swap transaction, in: GesKR 2009, S. 583 ff.
- WEBER, PHILIPP, Paulianische Anfechtung von (Sanierungs-)Darlehensrückzahlungen. Bemerkungen zu BGE 5A_29/2007 vom 29. Mai 2008 = 134 III 452, in: Jusletter vom 20. Oktober 2008.
- ZELLWEGER-GUTKNECHT CORINNE, Rechtsprechung Finanzmarktprivatrecht 2007/08, Leitentscheide und weitere Urteile des Bundesgerichts, in: recht 2009, S. 54 ff.

Rechtsprechungsverzeichnis

- BGE 134 III 452 ff. («Swissair/ZKB-Entscheid»): Rückzahlung eines Darlehens.
- BGer 5A_116/2009 vom 28. September 2009 (Dresdner Bank [heute Commerzbank]); Parallel-Fall zum «Swissair/ZKB-Entscheid».
- BGer 5A_386/2008 vom 6. April 2009 (LRP Landesbank Rheinland-Pfalz); Parallel-Fall zum «Swissair/ZKB-Entscheid».
- BGer 5A_420/2008 vom 28. Mai 2009: Zahlungen im Rahmen einer share swap transaction.
- BGer 5A_64/2008 vom 14. Oktober 2008: Bezahlung von Verwaltungsratshonoraren.
- BGE 135 III 276 ff. («Air Total/Swissair-Entscheid»): Bezahlung von Treibstofflieferungen.
- BGE 135 III 265 ff. («Flughafen/Swissair-Entscheid»): Bezahlung von Flughafengebühren.
- BGE 134 III 615 ff. («PWC/Tempus-Entscheid»): Zahlung eines Honorars für die Tätigkeit a) als Revisionsstelle b) als Berater.

vgl. ferner BGE 78 III 83 E. 1 S. 85 f. («Junod-Entscheid»): Rückzahlung eines kurzfristigen Darlehens zwecks Begleichung von Lohnforderungen der Angestellten; vgl. dazu später auch BGE 99 III 27 E. 5 S. 37.

Einleitung

Der vorliegende Aufsatz soll eine kurze Übersicht über die Absichtsanfechtung im Allgemeinen und über den sogenannten «Swissair/ZKB-Entscheid» des Bundesgerichts¹ bzw. über mögliche sich aus diesem Entscheid ergebende Konsequenzen geben.

Das dem Aufsatz zu Grunde liegende Impulsreferat an der Schweizerischen Bankrechtstagung 2010 in Bern war gedacht als kurze Einführung in das Thema, insbesondere auch für die an der Tagung abgehaltene Podiumsdiskussion. Erst recht werden die nachfolgenden Ausführungen, die das Referat zusammenfassen, kurz ausfallen. Dies, zumal sich Frau Prof. Dr. iur. Susan EMMENEGGER, LL.M., in ihrem im vorliegenden Band publizierten Aufsatz zum Sanierungsdarlehen² bereits einlässlich und überzeugend mit verschiedenen Fragen zur paulianischen Anfechtung und zum genannten Swissair/ZKB-Entscheid befasst hat. Ich habe mich mit Frau Prof. EMMENEGGER darauf verständigt, dass mit dem vorliegenden Beitrag Wiederholungen zu den bereits gemachten Ausführungen möglichst vermieden werden sollen. In jüngerer Zeit sind überdies weitere, sehr aufschlussreiche Publikationen zum Thema erschienen.³

I. Gemeinsame Grundelemente aller Anfechtungstatbestände

1. Drei Arten von Anfechtungstatbeständen

Die Grundnormen zur sogenannten paulianischen Anfechtung finden sich in den Art. 285 ff. SchKG, wobei das Gesetz bekanntlich drei Arten von Anfechtungstatbeständen kennt:

- Schenkungsanfechtung (Art. 286 SchKG)
- Überschuldungsanfechtung (Art. 287 SchKG)
- Absichtsanfechtung (Art. 288 SchKG)

¹ BGE 134 III 452 ff.

² EMMENEGGER, Sanierungsdarlehen, in diesem Band.

³ Vgl. dazu etwa GLANZMANN, ZBJV 146 (2010), 275 f.; LORANDI, BISchK 2009, 213 ff. sowie diverse Publikationen von VOGT (u. a.: GesKR 2009, 163 ff., GesKR 2009, 583 ff.).

Bei allen Anfechtungstatbeständen geht es darum, dass gewisse Rechtshandlungen (untechnisch gesagt: «Vermögensverschiebungen»), welche ein Schuldner vor seiner Insolvenz vorgenommen hat, wieder rückgängig gemacht werden sollen, sofern sie zu einer Schädigung der Gläubiger im Zwangsvollstreckungsverfahren geführt haben.⁴ Es wird dabei auch von einer «paulianischen» Anfechtung gesprochen. Das Institut ist benannt nach dem Prätor Paulus des alten Roms, welcher schon damals in diesem Bereich Handlungsbedarf erkannt hatte.

Ganz vereinfacht gesagt, geht es bei der Schenkungsanfechtung darum, dass der Schuldner vor seiner Insolvenz Vermögen verschenkt oder zumindest gemischte Schenkungen vorgenommen hat.⁵ Bei der Überschuldungsanfechtung hat der Schuldner demgegenüber vor seiner Insolvenz in einem Zustand der Überschuldung ungewöhnliche Rechtsgeschäfte vorgenommen, insbesondere Sicherheiten für bereits bestehende Verbindlichkeiten bestellt, zu deren Sicherstellung er nicht schon früher verpflichtet war, eine Geldschuld auf andere Weise als durch Barschaft oder durch anderweitige übliche Zahlungsmittel bezahlt (z. B. eine Lieferantenrechnung durch Hingabe eines Teils des Warenlagers) oder eine nicht fällige Schuld getilgt.⁶ Bei der Absichtsanfechtung schliesslich hat ein Schuldner absichtlich (oder, wie wir sehen werden: eventualvorsätzlich) Handlungen zur Benachteiligung oder Bevorzugung einzelner Gläubiger vorgenommen.⁷

2. Gemeinsame Grundelemente aller Anfechtungstatbestände

a) Fristen im Allgemeinen

Es gibt zwei Arten von Fristen, die im Anfechtungsrecht von Bedeutung sind: Einerseits die sogenannte Verdachtsfrist (*période suspecte*) und andererseits die Verwirkungsfrist. Im Einzelnen:

⁴ STAEHELIN, Basler Kommentar III, N 1 zu Art. 285 SchKG; AMONN/WALTHER, Grundriss, § 52 Nr 5; UMBACH-SPAHN, Kurzkommentar, N 1 zu Art. 285 SchKG.

⁵ AMONN/WALTHER, Grundriss, § 52 N 11 ff.; LORANDI, BISchKG 2009, 217.

⁶ STAEHELIN, Basler Kommentar III, N 1 ff. zu Art. 287 SchKG; AMONN/WALTHER, Grundriss, § 52 N 16 ff.

⁷ STAEHELIN, Basler Kommentar III, N 1 ff. zu Art. 288 SchKG; AMONN/WALTHER, Grundriss, § 52 N 22 ff.

b) Die Verdachtsfrist (période suspecte)

Die sogenannte Verdachtsfrist (période suspecte) legt fest, wie weit eine bestimmte Rechtshandlung vor der Insolvenz des Schuldners zurückliegen darf, damit sie überhaupt noch angefochten werden kann. Bei der Schenkungs- und der Überschuldungsanfechtung beträgt sie ein Jahr (vgl. Art. 286 Abs. 1 und Art. 287 Abs. 1 SchKG) und bei der Absichtsanfechtung fünf Jahre (vgl. Art. 288 SchKG). Wurde eine Rechtshandlung ausserhalb dieser Fristen vorgenommen, kommt der entsprechende Anfechtungstatbestand zum Vornherein nicht zur Anwendung.⁸

Die Insolvenz des Schuldners bzw. genauer das insolvenzrechtliche Ereignis, welches massgebend ist für den Anwendungsbereich der paulianischen Anfechtung und für die Fristberechnung, umfasst drei Vorgänge: Die Eröffnung eines Konkurs- oder eines Nachlassverfahrens über einen Schuldner sowie die Pfändung von schuldnerischem Vermögen. Im Nachlassverfahren ist eine Anfechtung nur bei einem Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung (Art. 317 ff. SchKG) möglich, nicht hingegen bei einem ordentlichen Nachlassvertrag (Stundungs- oder Dividendenvergleich; Art. 314 bis 316 SchKG).⁹ Der Einfachheit halber wird nachfolgend zumeist nur noch von einer Konkursöffnung die Rede sein, womit regelmässig auch die anderen beiden insolvenzrechtlichen Ereignisse mitverstanden werden.

Die genannten Fristen verlängern sich gem. Art. 288a SchKG um die Dauer eines vorausgegangenen Nachlassverfahrens oder eines Konkursaufschubes oder einer vorausgegangenen Betreuung sowie (bei der konkursamtlichen Liquidation einer Erbschaft) um die Zeit zwischen dem Todestag und der Anordnung der Liquidation (Art. 288a SchKG).

c) Die Verwirkungsfrist (Art. 292 SchKG)

Gemäss Art. 292 SchKG ist das Anfechtungsrecht nach Ablauf von zwei Jahren seit Zustellung des Pfändungsverlustscheins (Ziff. 1) bzw. seit der Konkursöffnung (Ziff. 2) verwirkt. Es war längere Zeit unklar und strittig, wann diese Frist im Nachlassverfahren mit Vermögensabtretung zu laufen beginnt. Das Bundesgericht hat dazu nun kürzlich klargestellt, dass die Frist erst mit der rechtskräftigen Bestätigung des Nachlassvertrages zu laufen beginnt und insbesondere nicht schon mit der Bewilligung der Nachlass-

⁸ AMONN/WALTHER, Grundriss, § 52 N 6.

⁹ BGE 134 III 273 E. 4.4.2. S. 282 f.; HUNKELER, Jusletter vom 11.02.2008.

stundung.¹⁰ Die Frist ist eine echte Verwirklichungsfrist im Rechtsinne, d. h. der Berechtigte muss das Anfechtungsrecht vor Fristablauf durch gerichtliche Klage geltend gemacht haben, durch Anrufung des Richters bzw. in einem ersten Schritt ev. durch Einleitung eines Schlichtungsverfahrens.¹¹ Eine Fristunterbrechung wie bei der Verjährung ist nicht möglich.¹²

Umstritten ist, ob die Frist vom Berechtigten nach Fristablauf noch einredeweise geltend gemacht werden kann.¹³

d) Passivlegitimation

Gemäss Art. 290 SchKG richtet sich die Anfechtungsklage gegen diejenigen Personen, die mit dem Schuldner die anfechtbaren Rechtsgeschäfte abgeschlossen haben oder von ihm in anfechtbarer Weise begünstigt worden sind, sowie gegen ihre Erben oder andere Gesamtnachfolger und bösgläubige Dritte. Die Rechte gutgläubiger Dritter werden durch die Anfechtungsklage nicht berührt.

e) Gerichtsstand

Gemäss Art. 289 SchKG ist die Anfechtungsklage beim Richter am Wohnsitz des Beklagten einzureichen. Hat der Beklagte keinen Wohnsitz in der Schweiz, so kann die Klage auch beim Richter am Ort der Pfändung oder des Konkurses eingereicht werden.

f) Wirkungen der Anfechtung

Die erfolgreiche Geltendmachung eines Anfechtungsrechts bewirkt, dass der Begünstigte, der durch eine anfechtbare Rechtshandlung Vermögen des Schuldners erhalten hat, zur Rückgabe desselben verpflichtet ist (Art. 291 Abs. 1 erster Satz SchKG). Dabei ist soweit möglich Rückgabe in natura zu leisten und nur falls nicht mehr möglich Wertersatz.¹⁴ Die Gegenleistung ist zu erstatten, soweit sie sich in den Händen des Schuldners befindet oder dieser durch sie bereichert ist (Art. 291 Abs. 1 zweiter Satz SchKG). Darüber hinaus kann ein Anspruch nur als Forderung gegen den Schuldner geltend gemacht werden (Art. 291 Abs. 1 dritter Satz SchKG).

¹⁰ BGE 134 III 273 E. 4.6.3. S. 284 f.; HUNKELER, Jusletter vom 11.02.2008.

¹¹ UMBACH-SPAHN, Kurzkomentar, N 5 ff. zu Art. 292 SchKG.

¹² UMBACH-SPAHN, Kurzkomentar, N 1 zu Art. 292 SchKG.

¹³ UMBACH-SPAHN, Kurzkomentar, N 7 zu Art. 292 SchKG, mit zahlreichen Hinweisen.

¹⁴ LORANDI, BISchK 2009, 232.

Bestand die anfechtbare Rechtshandlung in der Tilgung einer Forderung, so tritt dieselbe mit der Rückerstattung des Empfangenen wieder in Kraft (Art. 291 Abs. 2 SchKG).

II. Die Absichtsanfechtung im Allgemeinen

1. Übersicht

Unter der Marginalie «Absichtsanfechtung» bestimmt Art. 288 SchKG Folgendes: «Anfechtbar sind endlich alle Rechtshandlungen, welche der Schuldner innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Pfändung oder Konkursöffnung in der dem anderen Teile erkennbaren Absicht vorgenommen hat, seine Gläubiger zu benachteiligen oder einzelne Gläubiger zum Nachteil anderer zu begünstigen.»

Drei Elemente sind in diesem Tatbestand wesentlich: Es muss eine Schädigungsabsicht des Schuldners vorliegen, eine Erkennbarkeit dieser Schädigungsabsicht durch den Dritten (den Begünstigten) und – nicht aus dem Gesetzestext ersichtlich –, die vorgenommenen Rechtshandlungen müssen tatsächlich zu einer Gläubigerschädigung geführt haben.¹⁵ Im Einzelnen:

2. Tatsächliche Gläubigerschädigung

Nur wenn die Vollstreckungsrechte der Gläubiger tatsächlich beeinträchtigt werden, besteht aus vollstreckungsrechtlicher Sicht ein Interesse daran, die ihnen zu Grunde liegenden Rechtshandlungen durch paulianische Anfechtung rückgängig zu machen. Fast immer besteht eine solche Beeinträchtigung darin, dass Vollstreckungssubstrat vermindert wurde, welches ohne die anfechtbare Rechtshandlung den Gläubigern in der Insolvenz des Schuldners zur Verfügung gestanden hätte. In Einzelfällen kann die Beeinträchtigung aber auch schon darin liegen, dass der Zugriff der Gläubiger auf die schuldnerischen Vermögenswerte erschwert wurde.¹⁶

Die Rückzahlung eines *ungesicherten Darlehens* an einen Gläubiger während der Verdachtsfrist stellt in objektiver Hinsicht eine anfechtbare Rechtshandlung dar, denn der begünstigte Gläubiger erhält den vollen Betrag, während er in der Insolvenz des Schuldners (wenn überhaupt) nur noch

¹⁵ STAEHELIN, Basler Kommentar III, N 3 zu Art. 288 SchKG; UMBACH-SPAHN, Kurzkomentar, N 1 zu Art. 288 SchKG.

¹⁶ VOGT, GesKR 2009, 177.

eine Dividende erhalten hätte. Soweit eine Zahlung an Gläubiger mit dinglichen Vorrechten (insbesondere Pfandrechten) oder an konkursrechtlich privilegierte Gläubiger der ersten und zweiten Klasse gem. Art. 219 Abs. 4 SchKG erfolgt, ist der Anfechtungstatbestand grundsätzlich nicht erfüllt, soweit Gläubiger in der Insolvenz des Schuldners aufgrund ihrer Vorzugstellung ohnehin voll befriedigt worden wären. Im Einzelfall ist immerhin zu prüfen, ob eine Bevorteilung nicht darin liegt, dass einem Gläubiger viel früher Mittel zugeführt wurden, als er in der Insolvenz des Schuldners erhalten hätte, was möglicherweise zu Zins- und Liquiditätsvorteilen beim Gläubiger geführt hat.¹⁷

Aus welchem *Grund* dem Schuldner das zurückbezahlte Darlehen seinerzeit gewährt wurde, ist unter anfechtungsrechtlichen Gesichtspunkten grundsätzlich unerheblich.

In zwei kürzlich publizierten Entscheiden hat das Bundesgericht klar gestellt, dass marktübliche *Zinszahlungen*, die ein Schuldner seinen Darlehensgläubigern ausrichtet, grundsätzlich nicht anfechtbar sind.¹⁸

Die Gewährung eines *gesicherten Darlehens* zu marktüblichen Konditionen ist demgegenüber grundsätzlich unproblematisch, zumal damit zwischen Darlehensgeber und Darlehensnehmer gleichzeitig gleichwertige Leistungen ausgetauscht werden und somit keine Gläubigerschädigung stattfindet.¹⁹

Lediglich ausnahmsweise ist die Gewährung eines ungesicherten Darlehens anfechtbar, nämlich dann, wenn das Geschäft die Verfügung über die letzten Aktiven des Schuldners zum Nachteil der Gläubiger bezweckt.²⁰

Soweit die Darlehenssicherung erst im Nachhinein (nach erfolgter Darlehensgewährung) vereinbart wird, ist sie demgegenüber selbstverständlich anfechtbar, und zwar auch unter der Überschuldungsanfechtung gem. Art. 287 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG.²¹

Weil nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts lediglich ein gleichzeitiger Austausch gleichwertiger Leistungen paulianisch unproblematisch

¹⁷ Allfällige sich daraus ergebende (betragsmässig bezifferbare) finanzielle Vorteile (Zinsvorteile) werden jedoch oftmals zu gering sein, um eine Anfechtungsklage wirtschaftlich zu rechtfertigen.

¹⁸ BGer 5A_750/2008 E. 4; 5A_758/2008 E. 5 f. (zur Publikation vorgesehen); besprochen von HUNKELER, Jusletter vom 15.03.2010. Vgl. dazu auch EMMENEGGER, Sanierungsdarlehen, II./1./b)/aa), in diesem Band, wo sich weitere Ausführungen finden.

¹⁹ Ausführlicher dazu: VOGT, GesKR 2009, 165.

²⁰ BGE 134 III 617 f.

²¹ Vgl. auch I./1. hiervor.

ist, sind Dienstleister grundsätzlich gut beraten, sich bevorschussen zu lassen. Dies gilt insbesondere beispielsweise für beratende Sanierungsanwälte oder auch für die aktienrechtliche Revisionsstelle. Wird zuerst gearbeitet und hernach bezahlt, ist dies meistens unzulässig. In einer Übersicht über die jüngste bundesgerichtliche Rechtsprechung zur paulianischen Anfechtung am Schluss dieses Aufsatzes sind verschiedene Entscheide angeführt, wo es genau um diese Frage ging. Als Grundsatz kann gesagt werden, dass immer dort, wo eine Leistung nicht durch einen Dritten substituierbar ist und für den Schuldner zwingend benötigt wird, so etwa die Treibstofflieferung eines Treibstofflieferanten für den sofortigen Betrieb eines Flugzeugs, die paulianische Anfechtung ausgeschlossen ist, auch wenn die Bezahlung erst im Anschluss an die erbrachte Leistung erfolgte.²² Für eine ausgezeichnete Darstellung der diesbezüglichen bundesgerichtlichen Praxis wird auf LORANDI verwiesen.²³

3. Schädigungsabsicht des Schuldners

Eine Schädigungsabsicht des Schuldners liegt vor, wenn der Schuldner im Zeitpunkt der Rückzahlung voraussehen konnte und musste, dass die angefochtene Handlung eine Ungleichbehandlung unter den Gläubigern bewirkt. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts genügt es, wenn der Schuldner eine solche Ungleichbehandlung in Kauf genommen hat (Eventualvorsatz).²⁴ In Bezug auf eine Rückzahlung des Darlehens ist anzumerken, dass das Bewusstsein des Schuldners um seine finanzielle Notlage ein gewichtiges Indiz für eine Schädigungsabsicht des Schuldners darstellt. Der Schuldner darf zwar auch in Krisenzeiten seine normale Geschäftstätigkeit aufrecht erhalten und somit insbesondere Darlehenszinsen bezahlen.²⁵ Die Rückzahlung eines Darlehens steht indes häufig nicht im Zusammenhang mit der normalen Geschäftstätigkeit des Schuldners, weshalb sie in Zeiten einer finanziellen Notlage auf eine Schädigungsabsicht beim Schuldner schliessen lässt.²⁶

²² BGE 135 III 265; LORANDI, BISchK 2009, 227 f.; VOGT, GesKR 2009, 165 ff.

²³ LORANDI, BISchK 2009, 227 f.; vgl. ferner etwa GLANZMANN, in: ZBJV 146 (2010), 261 ff.

²⁴ BGE 135 III 265 E. 2 S. 267; BGE 134 III 452 E. 4.1 S. 456 f.; Für weitere Anmerkungen und Literaturhinweise vgl. EMMENEGGER, Sanierungsdarlehen, II./1./b)/bb) und dort insbesondere Fn 29 und 30, in diesem Band.

²⁵ BGer 5A_758/2008 E. 2.; 5A_770/2008 E. 2.

²⁶ Vgl. dazu BGer 5A_386/2008 E. 4.3.; Kritisch dazu: GLANZMANN, ZBJV 146 (2010), 275 f.

4. Erkennbarkeit durch den Dritten

Die (zumindest eventualvorsätzliche) Schädigungsabsicht des Schuldners muss im Zeitpunkt der Vornahme des anfechtbaren Rechtsgeschäfts unter Einhaltung der gebotenen Sorgfalt und Aufmerksamkeit durch den begünstigten Dritten erkennbar sein. Im Ergebnis geht es darum, ob der Dritte die Gläubigerschädigung bzw. Ungleichbehandlung anderer Gläubiger voraussehen konnte und musste. Anders als bei der Schädigungsabsicht des Schuldners genügt hier bereits Fahrlässigkeit.²⁷

Seitens des Dritten besteht keine generelle Erkundigungspflicht, sondern nur beim Vorliegen deutlicher Anzeichen einer Schädigungsabsicht des Schuldners. Das Vorliegen solcher Anzeichen wird vom Bundesgericht indes relativ schnell bejaht.²⁸ In Bezug auf Darlehensverträge stellt sich die Frage, ob die «Alarmstufe» bei kreditgebenden Banken tiefer anzustufen ist als bei gewöhnlichen Gläubigern. Das Bundesgericht hat in zwei swissair-relevanten Entscheiden festgehalten, dass die Geschäftsbanken im Vergleich zum gewöhnlichen Zeitungsleser über bessere Quellen zur Informationsbeschaffung und Risikoanalyse verfügen, und sie sich an diesen Informationsressourcen messen lassen müssen.²⁹

III. Konkreter Leading Case: ZKB/Swissair-Entscheid (BGE 134 III 452; Urteil vom 29. Mai 2008)

1. Sachverhalt

In Ergänzung zu den Ausführungen von Frau Prof. EMMENEGGER sei an dieser Stelle Folgendes festgehalten:³⁰ Die SAir-Group als Mutterholding des Swissair-Konzerns erhielt am 17./19. August 1999 von der Zürcher Kantonalbank ZKB ein ungesichertes Darlehen über CHF 100 Mio.. Die Laufdauer

²⁷ BGE 134 III 452 E. 4.2 S. 456 und dazu HUNKELER, Jusletter vom 25.08.2008, Rz. 4.

²⁸ Vgl. BGE 134 III 452 E. 8 S. 463 ff. und dazu HUNKELER, Jusletter vom 25.08.2008, Rz. 4. Vgl. zudem die Ausführungen und Verweise von EMMENEGGER, Sanierungsdarlehen, II./1./b)/cc), Fn 38, in diesem Band.

²⁹ BGer 5A_386/2008 E. 5.2; BGer 5A_116/2009 E. 7.1., 7.4. Vgl. dazu auch EMMENEGGER, Sanierungsdarlehen, II./1./b)/cc), in diesem Band, welche darauf hinweist, dass in beiden Entscheiden die Banken gegenüber der Swissair schrittweise auf eine immer restriktivere Politik umgestellt hatten, bevor sie dann endgültig die Darlehensrückzahlung verlangten. Vgl. auch LORANDI, BISchKG 2009, S. 223, m.w.H.

³⁰ EMMENEGGER, Sanierungsdarlehen, II./2., in diesem Band.

des Darlehens wurde mehrfach verlängert. Am 2. April 2001 gab die Swissair einen Konzernverlust von ca. CHF 2.8 Mrd. bekannt. Es wurde die ganze Geschäftsführung ausgewechselt und gleichzeitig über die Einräumung einer neuen Kreditlimite durch ein anderes Bankenkonsortium in der Höhe von CHF 1 Mrd. informiert. Am 10. April 2001 gab die ZKB selber die Empfehlung zum Verkauf von SAir-Group-Aktien ab. In einem Zeitraum von rund drei Monaten bezahlte die SAir-Group den noch offenen Darlehensbetrag von rund CHF 80 Mio. zurück, und zwar in drei Raten am 21. August 2001, 5. September 2001 und 27. September 2001. Wenige Tage nach der letzten Ratenzahlung erfolgte das sogenannte Grounding der Swissair (2. Oktober 2001) und wurden der SAir-Group und weiteren Konzerngesellschaften die provisorische Nachlassstundung bewilligt (5. Oktober 2001).

2. Entscheide und Instanzenzug

Das *Zürcher Handelsgericht* wies die paulianische Anfechtungsklage des Liquidators der SAir-Group auf Rückzahlung der erhaltenen rund CHF 80 Mio. mit Urteil vom 10. Januar 2007 ab.³¹ Die Voraussetzungen für die Absichtsanfechtung gem. Art. 288 SchKG seien nicht gegeben. Es fehle sowohl an der Schädigungsabsicht der SAir-Group wie auch an der Erkennbarkeit einer solchen Absicht durch die ZKB. Die SAir-Group sei ab April 2001 in eine «Sanierungsphase» getreten. In dieser sei eine Gleichbehandlung der Gläubiger nicht möglich gewesen, da im Zeitpunkt der Rückzahlung der Darlehen immerhin Sanierungsaussichten bestanden hätten, seien die genannten beiden subjektiven Voraussetzungen nicht erfüllt.

Das *Bundesgericht* hingegen entschied in Gutheissung der Beschwerde der SAir-Group mit Urteil vom 29. Mai 2008 gegenteilig und verpflichtete die ZKB vollumfänglich zur Rückerstattung des erhaltenen Betrages von rund CHF 80 Mio.. Der Entscheid fiel mit 3:2 Stimmen äusserst knapp aus.³²

3. Die Erwägungen des Bundesgerichts

Das Bundesgericht hielt in seiner Entscheidungsbegründung vorab fest, dass hinsichtlich aller drei Rückzahlungen kein Sanierungsdarlehen vorliege und

³¹ HGer ZH (Vorinstanz), ZR 106 (2007) Nr. 22.

³² BGE 134 III 452 ff.

Voraussetzungen für eine besondere Behandlung der Darlehensrückzahlung unter paulianischen Gesichtspunkten nicht gegeben seien.³³

Hinsichtlich des Vorliegens einer Schädigungsabsicht bei der Schuldnerin befand das höchste Gericht, dass die SAir-Group ihre finanzielle Notlage gekannt habe. Sie habe hohe Schulden gehabt und ihre Liquidität fast nur noch über Fremdmittel sicherstellen können. Somit sei zumindest von einer eventualvorsätzlichen Gläubigerschädigung auszugehen, was unter dem Aspekt der Absichtsanfechtung genüge.³⁴

Zur Begründung der Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht durch die ZKB befand das Gericht, dass die Bank (zu) passiv geblieben sei trotz Vorliegens deutlicher Indizien für eine Gläubigerschädigung aufgrund der wirtschaftlichen Gesamtlage der Schuldnerin (massiver Vorjahresverlust, Auswechslung der Führungsspitze, neuer Kredit im April 2001). Weitere Indizien für eine (eventualvorsätzliche) Schädigungsabsicht bei der Schuldnerin seien die Umstände gewesen, dass werthaltige und gewinnträchtige Unternehmensteile verkauft worden seien, was auf eine Krisensituation hingedeutet habe, und dass sogar mit den Bundesbehörden Verhandlungen für eine massive Finanzhilfe geführt worden seien.³⁵

IV. Konsequenzen / Alternativen

1. Hohes Anfechtungsrisiko

Die wesentliche Schlussfolgerung aus dem ZKB/Swissair-Entscheid besteht darin, dass für kreditgebende Banken ein hohes Risiko besteht, wenn sie sich von einem Schuldner in finanzieller Notlage ein ungesichertes Darlehen (oder Teile davon) zurückzahlen lassen, und zwar ungeachtet dessen, ob eine (eventualvorsätzliche) Schädigungsabsicht des Schuldners tatsächlich erkannt wird oder nicht.

³³ Vgl. dazu EMMENEGGER, Sanierungsdarlehen, II./3./a) und III., in diesem Band.

³⁴ BGE 134 III 452 E. 7.4 S. 463

³⁵ BGE 134 III 452 E. 8.4 S. 465.

2. Privilegiertes Darlehen als Ausweg?

Die Frage, ob sich kreditgebende Banken die Rechtsfigur des privilegierten Sanierungsdarlehens zu Nutze machen können und wie diesbezüglich gegebenenfalls vorzugehen wäre, wird von Frau Prof. Susan EMMENEGGER näher untersucht.³⁶

3. Vorsichtsmassnahmen

Kreditgebende Banken sind sicher gut beraten, wenn sie Darlehen wenn immer möglich gegen (genügende) Sicherheiten vergeben. Dies ist zwar eine Binsenwahrheit, kann an dieser Stelle jedoch nicht genügend betont werden. Ganz allgemein gilt bei der Kreditvergabe im besonderen Masse der Grundsatz «trau schau wem» und ist den Banken zu empfehlen, die Vermögens- und Ertragslage ihrer Kreditnehmer möglichst zeitnah zu überwachen, zumal ihnen im Unterlassungsfall unter paulianischen Gesichtspunkten wohl ohnehin vorgeworfen würde, es hätten entsprechende Überwachungsmöglichkeiten bestanden und die Unterlassung deren Ausschöpfung sei der Kreditgeberin anzurechnen. Im Zweifelsfall werden Banken wohl auch eher dazu geneigt sein, ein Darlehen zu kündigen und zurückzuführen, bevor (genügend) Indizien für eine finanzielle Notlage eines Schuldners bestehen.

4. Insbesondere: Massakredit im Nachlassverfahren

Steckt ein Schuldner in finanziellen Schwierigkeiten und ist eine Bank nicht gewillt, ihm ein ungesichertes Darlehen zu gewähren, steht insbesondere die Möglichkeit zur Gewährung eines sogenannten Massakredits nach Eröffnung eines gerichtlichen Nachlassverfahrens offen: Sobald einem Nachlassschuldner die Nachlassstundung bewilligt wurde, geniessen alle Forderungen, die während der Nachlassstundung mit Zustimmung des Sachwalters entstanden sind, ein Superprivileg in dem Sinne, als sie in einem allfälligen nachfolgenden Konkurs- oder Nachlassverfahren mit Vermögensabtretung vor allen anderen ungesicherten Forderungen zu bezahlen sind, insbesondere auch vor den konkursrechtlich privilegierten Gläubigern der ersten beiden Klassen gem. Art. 219 Abs. 4 SchKG.³⁷ Es empfiehlt sich bei gegebener Konstellation daher durchaus, vom Schuldner zu verlangen, dass er ein

³⁶ Vgl. EMMENEGGER, Sanierungsdarlehen, III./3., in diesem Band.

³⁷ Vgl. Art. 306 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG i.V.m. Art. 310 Abs. 2 SchKG.

gerichtliches Nachlassverfahren einleitet und ihm unter Mitwirkung des Sachwalters (und gegebenenfalls des Nachlassrichters) eine Kreditgewährung während der Nachlassstundung in Aussicht zu stellen oder sogar fest zu versprechen.

5. Weitere

Soweit eine Bank Kundin eines notleidenden Schuldners ist und diesem gegenüber Verbindlichkeiten hat, ist eine Darlehensgewährung in der Höhe der bestehenden Verpflichtungen der Bank insoweit unproblematisch, als die Bank ihre Darlehensforderungen in der späteren Insolvenz des Schuldners bei gegebenen Voraussetzungen mit ihrer Schuldverpflichtung verrechnen kann.³⁸

Die Besicherung eines Darlehens kann auch etwa im Sinne eines Lohnzessionskredites erfolgen. Dies indem sich die Bank von betroffenen Arbeitnehmern des Schuldenunternehmens durch entsprechende schriftliche Zessionsvereinbarungen gemäss Art. 164 ff. OR offene Lohnforderungen gegen Bezahlung in der Höhe der jeweiligen offenen Lohnforderungen abtreten lässt. Die Lohnforderungen bleiben damit bestehen; es findet als Folge der Zession lediglich ein Gläubigerwechsel statt. Soweit die Forderung konkursrechtlich in der ersten Klasse gem. Art. 219 Abs. 1 SchKG privilegiert ist, behält sie ihr Privileg auch mit der Abtretung, zumal gem. Art. 170 OR die Vorzugs- und Nebenrechte zusammen mit der Forderung auf den Zessionaren übergehen und Konkursprivilegien keine Vorzugsrechte sind, die als untrennbar mit der Person des abgetretenen Arbeitnehmers verknüpft gelten.³⁹

Je nach Konstellation des Einzelfalles lassen sich in der Praxis allenfalls weitere Möglichkeiten zur Absicherung einer kreditgebenden Bank im Sanierungsprozess finden.

³⁸ Vgl. dazu Art. 213 und 214 SchKG.

³⁹ Vgl. GIRSBERGER, Basler Kommentar, N 7 zu Art. 170 OR, m.w.H.; GAUCH/SCHLUEP/-EMMENEGGER, OR AT II, Nr. 3457. So auch das Bundesgericht in BGE 49 III 202 ff.

