

Sonderdruck aus

Europa Institut Zürich Band 159

**Sanierung und Insolvenz  
von Unternehmen VI**

Herausgeber: Thomas Sprecher

---

Paulianische Anfechtung –  
Auswirkungen der  
Beweislastverteilung aus  
beratender und forensischer  
Sicht

---

Marc Bernheim  
Gaudenz Geiger

Schulthess §



# EuropaInstitut

AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

---

Herausgeber:  
Thomas Sprecher

## Sanierung und Insolvenz von Unternehmen VI

Schulthess § 2014

---

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2014  
ISBN 978-3-7255-7180-2

[www.schulthess.com](http://www.schulthess.com)

# Inhaltsübersicht

<b>Paulianische Anfechtung – Auswirkungen der Beweislastverteilung aus beratender und forensischer Sicht</b>	7
<i>Dr. iur. Marc Bernheim, Rechtsanwalt, LL.M., Partner bei Staiger, Schwald &amp; Partner AG, Zürich, und lic. iur. Gaudenz Geiger, Rechtsanwalt, LL.M., Staiger, Schwald &amp; Partner AG, Zürich</i>	
<b>Aktienrechtliche Sanierungsmassnahmen</b>	35
<i>Dr. iur. et phil. Thomas Sprecher, Rechtsanwalt, LL.M., Partner bei Niederer Kraft &amp; Frey AG, Zürich, und Dr. iur. Christa Sommer, Rechtsanwältin, Senior Associate bei Niederer Kraft &amp; Frey AG, Zürich</i>	
<b>Entwicklungen im Bankeninsolvenzrecht</b>	77
<i>Dr. iur. Reto Schiltknecht, Rechtsanwalt, Leiter Solvenz und Kapital im Geschäftsbereich Banken der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA, Bern</i>	
<b>Der Dividendenvergleich – eine Renaissance unter dem neuen Sanierungsrecht?</b>	93
<i>lic. iur. Tanja Luginbühl, Rechtsanwältin, LL.M., Lenz &amp; Staehelin, Zürich</i>	
<b>Beredtes Schweigen oder Notlüge? Unternehmen zwischen stiller Sanierung und Ad-hoc-Kommunikation</b>	117
<i>lic. oec. publ. Rolf D. Schläpfer, Hirzel.Neef.Schmid.Konsulenten, Zürich</i>	



# **Paulianische Anfechtung – Auswirkungen der Beweislastverteilung aus beratender und forensischer Sicht**

Marc Bernheim/Gaudenz Geiger

## **Inhalt**

I. Einleitung.....	8
II. Allgemeines zur Beweislastverteilung.....	9
III. Beweislastverteilung bei der paulianischen Anfechtung.....	10
1. Grundsatz.....	10
2. Schenkungsanfechtung – Art. 286 SchKG.....	10
a) Objektive Tatbestandselemente und Beweislast.....	12
aa) Normalfall.....	12
bb) Spezialfall der nahestehenden Person.....	12
b) Subjektive Tatbestandselemente und Beweislast.....	15
aa) Normalfall.....	15
bb) Gutgläubiger Empfänger.....	15
3. Überschuldungsanfechtung – Art. 287 SchKG.....	16
a) Objektive Tatbestandselemente und Beweislast.....	17
b) Subjektive Tatbestandselemente und Beweislast.....	18
4. Absichtsanfechtung – Art. 288 SchKG.....	19
a) Objektive Tatbestandselemente und Beweislast.....	19
b) Subjektive Tatbestandselemente und Beweislast.....	22
aa) Normalfall.....	22
aaa) Schädigungsabsicht.....	22
bbb) Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht.....	23
bb) Spezialfall der nahestehenden Person.....	24
IV. Praktische Auswirkungen.....	25
1. Forensische Sicht.....	25
2. Beratende Sicht.....	29
a) Beratung des Unternehmens in finanzieller Schieflage.....	30
b) Beratung Dritter.....	32
V. Fazit.....	33

## I. Einleitung

Die paulianischen Anfechtungsklagen dienen dazu, der Zwangsvollstreckung Vermögenswerte wieder zuzuführen, die ihr durch bestimmte Handlungen entzogen wurden (Art. 285 Abs. 1 SchKG). Es können damit Rechtshandlungen des Schuldners im Vorfeld der Zwangsvollstreckung rückgängig gemacht werden, welche mit den zwangsvollstreckungsrechtlichen Grundsätzen nicht vereinbar sind. Bei der paulianischen Anfechtung handelt es sich mithin um ein Instrument der Gläubigergleichbehandlung bzw. um einen Rechtsbehelf des Zwangsvollstreckungsrechts. Die betroffenen Rechtsgeschäfte sind privatrechtlich gesehen vollumfänglich gültig. Dogmatisch handelt es sich bei den Anfechtungsklagen um Klagen mit Reflexwirkung auf das materielle Recht.

In der anwaltlichen Praxis ist festzustellen, dass Anfechtungsansprüche – mit gewissen Ausnahmen – relativ selten gerichtlich geltend gemacht werden. Gleichwohl sind die Anfechtungstatbestände nach Art. 286-288 SchKG in der Insolvenzplanung und der insolvenzrechtlichen Beratung von zentraler Bedeutung.

Die eher geringe Bedeutung der Anfechtungsklagen im prozessualen Alltag hängt auch mit der für die klagende Partei regelmässig ungünstigen Beweislastverteilung zusammen. Im Zuge der per 1. Januar 2014 in Kraft getretenen Teilrevision des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs vom 21. Juli 2013<sup>1</sup> wurde deshalb auch die Beweislastverteilung für die paulianischen Anfechtungsklagen teilweise angepasst.

Nachfolgend wird die Beweislastverteilung bei Anfechtungsklagen dargestellt und deren Auswirkungen auf die beratende und forensische anwaltliche Tätigkeit aufgezeigt.

---

<sup>1</sup> AS 2013 4111.

## II. Allgemeines zur Beweislastverteilung

Die Regeln über die Beweislast bestimmen, welche Partei die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen hat.<sup>2</sup> Es geht mit anderen Worten um die Frage, wer was beweisen muss.

Art. 8 ZGB bestimmt dabei im Sinne einer allgemeinen Regelung, dass – wo das Gesetz nichts anderes bestimmt – derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen hat, der aus ihr Rechte ableitet. Die Beweislastverteilung gemäss Art. 8 ZGB knüpft damit nicht direkt an die Stellung als Kläger oder Beklagter an, auch wenn in aller Regel der Kläger die Last, den Hauptbeweis zu erbringen, zu tragen haben wird. Der Gegenbeweis kann demgegenüber stets durch die nicht beweisbelastete Partei erbracht werden. Er dient dazu, den von der Gegenpartei zu erbringenden Hauptbeweis scheitern zu lassen.

In der Praxis bestehen für die beweisbelastete Partei insbesondere dann Schwierigkeiten, wenn sie den Beweis negativer oder innerer Tatsachen (z.B. Wissen und Willen einer Person) zu erbringen hat. Denn auch negative Tatsachen sind grundsätzlich zu beweisen, wenn daraus Ansprüche abgeleitet werden. Der Grundsatz „negativa non sunt probanda“ gilt nicht (mehr). Die beweisführende Partei hat den Beweis des Nichtbestehens einer Tatsache zu erbringen, indem sie positive Sachumstände nachweist, von denen auf die negative Tatsache geschlossen werden kann.<sup>3</sup>

Um solchen Beweislastproblemen entgegen zu wirken, hat der Gesetzgeber in verschiedenen Bestimmungen besondere – vom Grundsatz gemäss Art. 8 ZGB abweichende – Beweislastnormen vorgesehen. Dies beispielsweise in Art. 3 Abs. 1, 32 Abs. 1, 193 Abs. 2, 260b, 333 Abs. 1, 479 Abs. 2 ZGB; Art. 8 Abs. 2, 17, 40e Abs. 3, 42 Abs. 1, 54 Abs. 2, 55 Abs. 1, 56 Abs. 1,

---

<sup>2</sup> SPÜHLER KARL/DOLGE ANNETTE/GEHRI MYRIAM, Schweizerisches Zivilprozessrecht und Grundzüge des internationalen Zivilprozessrechts, 9. Aufl., Bern 2010, § 43 N 35.

<sup>3</sup> SPÜHLER/DOLGE/GEHRI (FN 2), § 43 N 49.



97 Abs. 1, 103 Abs. 2, 106 Abs. 1, 204 Abs. 2, 222 Abs. 1 und 2, 427 Abs. 1, 1043 Abs. 2 OR etc.<sup>4</sup>

Auch in den vorliegend interessierenden Bestimmungen zur paulianischen Anfechtung sieht der Gesetzgeber – teilweise seit der am 1. Januar 2014 in Kraft getretenen Revision des SchKG – in Art. 286 Abs. 3, Art. 287 Abs. 2 und Art. 288 Abs. 2 SchKG eine besondere Beweislastverteilung vor.

### **III. Beweislastverteilung bei der paulianischen Anfechtung**

#### **1. Grundsatz**

Die Beweislast im paulianischen Anfechtungsprozess bestimmt sich nach Art. 8 ZGB. Danach hat derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet.<sup>5</sup> Sonderregelungen vorbehalten, sind die Tatbestandselemente von Art. 286-288 SchKG demnach vom Anfechtungskläger zu beweisen. Denn gemäss Art. 285 Abs. 1 SchKG sollen mit der Anfechtung Vermögenswerte der Zwangsvollstreckung zugeführt werden, die ihr durch eine Rechtshandlung nach den Art. 286-288 SchKG entzogen worden sind. Somit leitet der Anfechtungskläger aus dem Vorliegen der Tatbestandselemente von Art. 286-288 SchKG Rechte ab, weswegen ihm die entsprechende Beweislast obliegt.

#### **2. Schenkungsanfechtung – Art. 286 SchKG**

Mit der Schenkungsanfechtung gemäss Art. 286 SchKG können bereits vollzogene Schenkungen im Sinne des Zivilrechts sowie andere unentgeltliche Verfügungen des Schuldners angefochten werden. Schenkungsversprechen i.S.v. Art. 243 OR müssen nicht angefochten werden, denn sie werden mit Ausstellung eines Verlustscheins, durch Konkurseröffnung oder Bestätigung eines Nachlassvertrages<sup>6</sup> gegen dem Schenker ex lege, d.h. ohne Willenser-

---

<sup>4</sup> Vgl. dazu: ZK-WALTER, Art. 8 ZGB, N 363.

<sup>5</sup> BGE 5C.219/2006 E. 3.1.

<sup>6</sup> SchKG-STAEHELIN, Art. 286, N 8.

klärung des Schenkers oder eines Dritten automatisch (ex nunc) aufgehoben (Art. 250 Abs. 2 OR).

Nebst Schenkungen und anderen unentgeltlichen Zuwendungen unterliegen auch gemischte Schenkungen, bei denen die vom Schuldner empfangene Gegenleistung zu seiner Leistung in einem Missverhältnis steht (Art. 286 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG), der Schenkungsanfechtung. Die Klage lautet dann auf Erstattung des Wertunterschiedes.<sup>7</sup> Das Bundesgericht hat sich bereits mehrfach mit der Frage auseinandergesetzt, wann ein Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung i.S.v. Art. 286 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG vorliegt. In einer Entscheidung aus dem Jahre 1919 wurde bereits bei einer Differenz von 10% von einem relevanten Missverhältnis ausgegangen. In einem neueren Entscheid wurde eine Differenz von 75% zwischen Leistung und Gegenleistung als Missverhältnis i.S.v. Art. 286 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG qualifiziert.<sup>8</sup> Die bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach von einem relevanten Missverhältnis bereits bei einer Wertdifferenz von 10% auszugehen ist, erscheint als sehr streng und ist u.E. nur im speziellen Einzelfall gerechtfertigt. Nach Auffassung der Verfasser sollte im Regelfall erst bei einer Wertdifferenz ab rund 25% von einem für die Schenkungsanfechtung relevanten Missverhältnis ausgegangen werden. Der relevante Zeitpunkt zur Bestimmung des Wertes ist derjenige der Vornahme der anfechtbaren Handlung und nicht derjenige der Pfändung oder Konkurseröffnung.<sup>9</sup>

Schliesslich werden Rechtsgeschäfte, durch die der Schuldner für sich oder für einen Dritten eine Leibrente, eine Pfrund, eine Nutzniessung oder ein Wohnrecht erworben hat, den Schenkungen gleichgestellt (Art. 286 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG).

---

<sup>7</sup> Statt aller: AMONN KURT/WALTHER FRIDOLIN, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. Aufl., Bern 2013, § 52 N 12.

<sup>8</sup> Vgl. UMBACH-SPAHN BRIGITTE, Pauliana und Sanierung, in: SPRECHER (Hrsg.), Sanierung und Insolvenz von Unternehmen, Zürich 2010, 172 f.

<sup>9</sup> KuKo SchKG-UMBACH-SPAHN/BOSSART, Art. 286 N 4.

a) *Objektive Tatbestandselemente und Beweislast*

aa) *Normalfall*

Die objektiven Tatbestandselemente der Schenkungsanfechtung gemäss Art. 286 SchKG sind einerseits das Vorliegen einer anfechtbaren Handlung, also einer Schenkung i.S.v. Art. 286 Abs. 1 SchKG bzw. einer der Schenkung gleichgestellte Verhaltensweise gemäss Art. 286 Abs. 2 SchKG (vgl. Ziff. III.2. oben). Andererseits ist erforderlich, dass die anfechtbare Handlung vom Schuldner innerhalb des letzten Jahres vor der Pfändung oder der Konkurseröffnung vorgenommen wurde.<sup>10</sup> Der Anfechtung unterliegen gemäss Art. 331 Abs. 1 SchKG auch Rechtshandlungen, die der Schuldner vor der Bestätigung eines Nachlassvertrages vorgenommen hat.<sup>11</sup>

In Anwendung der allgemeinen Regelung zur Beweislastverteilung gemäss Art. 8 ZGB obliegt demnach dem Anfechtungskläger die Beweislast für das Vorliegen einer anfechtbaren Handlung innert der Verdachtsfrist.

In der Praxis ist es dabei oft problematisch, dass dem Anfechtungskläger auch die Beweislast für das Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung obliegt. Für einen aussenstehenden Anfechtungskläger kann es äusserst schwierig sein, den tatsächlichen Wert einer Leistung nachzuweisen, weil es häufig an einem Markt und damit an einem Vergleichswert fehlt oder weil es sich bei den übertragenen Vermögenswerten um immaterielle Werte handelt.<sup>12</sup>

bb) *Spezialfall der nahestehenden Person*

Im Zuge der per 1. Januar 2014 in Kraft getretenen Teilrevision des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs vom 21. Juli 2013 wurde Art. 286 SchKG um den Absatz 3 ergänzt:

---

<sup>10</sup> Zur Verdachtsfrist, vgl. Art. 288a SchKG.

<sup>11</sup> Der Einfachheit halber wird nachfolgend nur auf die Konkursituation Bezug genommen.

<sup>12</sup> Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (Sanierungsrecht) vom 8. September 2010, BBl 2010, 6455, 6477.

„Bei der Anfechtung einer Handlung zugunsten einer nahestehenden Person des Schuldners trägt diese die Beweislast dafür, dass kein Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung vorliegt. Als nahestehende Personen gelten auch Gesellschaften eines Konzerns.“

U.a. mit dieser Bestimmung soll eines der Teilziele der Teilrevision erreicht werden; namentlich paulianische Anfechtungen im Konzernverhältnis zu erleichtern.<sup>13</sup> Dies war nach Auffassung des Gesetzgebers aufgrund der bekannten Beweisprobleme des Anfechtungsklägers<sup>14</sup> notwendig. Denn anders als der aussenstehende Anfechtungskläger sind die unmittelbar an einer Vermögensverschiebung beteiligten Parteien in aller Regel in der Lage, die Kriterien, welche zur Festsetzung des für solche Leistungen bezahlten Preises herangezogen wurden, offenzulegen.<sup>15</sup>

Die Beweislast dafür, dass es sich bei der begünstigten Person um eine „nahestehende Person“ gemäss Art. 286 Abs. 3 SchKG handelt, obliegt dem Anfechtungskläger (Art. 8 ZGB). Eine Definition der nahestehenden Person findet sich im Gesetz nicht. Ob dabei analog auf die Definitionen aus anderen Rechtsgebieten – etwa dem Steuerrecht oder dem Aktienrecht – abgestellt werden darf, erscheint fraglich. Vielmehr ist unseres Erachtens von einem SchKG-eigenen Begriff der nahestehenden Person auszugehen. Gemäss Botschaft<sup>16</sup> können als nahestehende Personen sowohl natürliche wie auch juristische Personen in Betracht kommen, so etwa Verwandte und Freunde, aber auch Konzerngesellschaften sowie Gross- und Mehrheitsaktionäre. Es wurde bewusst eine offene, generalklauselartige Umschreibung verwendet, um der Rechtsprechung die Möglichkeit für eine entsprechende Differenzierung und einzelfallgerechte Beurteilung zu ermöglichen. Eine taugliche Umschreibung einer nahestehenden Person geben u.E. MEIER/SIEGWART.<sup>17</sup> Gemäss den genannten Autoren zeichnet sich eine nahestehen-

---

<sup>13</sup> BBI 2010, 6455, 6462.

<sup>14</sup> Siehe oben, Ziff. III.2.a)aa).

<sup>15</sup> BBI 2010, 6455, 6477 f.

<sup>16</sup> BBI 2010, 6455, 6478.

<sup>17</sup> MEIER ISAAK/SIEGWART DAVID, Anfechtungsklage nach revidiertem Recht – Unter besonderer Berücksichtigung von Konzernverhältnissen, in: SPRECHER/UMBACH-SPAHN/VOCK (Hrsg.), Sanierung und Insolvenz von Unternehmen V, Zürich 2014, 60.

de Person dadurch aus, dass sie mit dem Schuldner eine Interessensgemeinschaft bildet und eine gewisse gegenseitige Abhängigkeit besteht. Daraus wird gefolgert, dass etwa die Hausbank des Schuldners nicht als nahestehende Person zu gelten hat. Gleiches gilt im Normalfall für die Berater des Schuldners. Demgegenüber können die Organe und Geschäftsführer des Schuldners u.E. als nahestehende Personen qualifiziert werden.

Gelingt dem Anfechtungskläger der Nachweis, dass es sich bei der begünstigten Person um eine nahestehende Person des Schuldners handelt, so trägt die nahestehende Person die Beweislast dafür, dass kein Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung bestanden hat. Mit anderen Worten greift in diesem Fall eine gesetzliche Vermutung, wonach Leistung und Gegenleistung in einem Missverhältnis stehen. Die nahestehende Person kann jedoch den Gegenbeweis erbringen. D.h. die begünstigte Person hat nachzuweisen, dass die ausgetauschten Leistungen zueinander angemessen waren. Dieser Beweis kann erbracht werden, indem nachgewiesen wird, dass eine marktübliche Gegenleistung erbracht worden ist oder dass Umstände vorgelegen haben, die eine geringere Gegenleistung rechtfertigten bzw. die erbrachte Gegenleistung als angemessen erscheinen lassen.<sup>18</sup> Zum Gegenbeweis stehen der nahestehenden Person dabei grundsätzlich sämtliche Beweismittel gemäss Art. 168 ZPO zur Verfügung. In der Praxis dürfte insbesondere das Gutachten von Relevanz sein, wobei ein Gutachten vor bzw. zum Zeitpunkt der Transaktion, ein Parteigutachten im Prozess und ein gerichtliches Gutachten denkbar sind.

In übergangsrechtlicher Hinsicht ist darauf hinzuweisen, dass die Bestimmungen zur nahestehenden Person in Art. 286 Abs. 3 und Art. 288 Abs. 2 SchKG per 1. Januar 2014 in Kraft getreten sind. Eine Übergangsbestimmung sieht das neue Recht nur hinsichtlich der Änderungen im Nachlassver-

---

<sup>18</sup> In diesem Zusammenhang ist derzeit unklar, ob bei Leistungen im Konzernverhältnis die Saldotheorie Anwendung findet. Namentlich ob bei der Prüfung der Angemessenheit der ausgetauschten Leistungen die direkten und indirekten Vorteile zu berücksichtigen sind, welche sich aus dem Konzernverbund ergeben. Die u.E. zutreffende herrschende Lehre spricht sich für die Anwendbarkeit der Saldotheorie aus (FORSTMOSER PETER, Haftung im Konzern, in: BAER [Hrsg.], Vom Gesellschafts- zum Konzernrecht, Bern/Stuttgart/Wien 2000, 89 ff., 103). Vgl. aber MEIER/SIEGWART (FN 17), 77 ff. gemäss welchen die Saldotheorie im Anfechtungsrecht keine Anwendung finden soll.

fahren vor. Was für die Änderungen im Anfechtungsrecht gelten soll, ist nicht explizit geregelt. Nach der vorliegend vertretenen Auffassung gelangt das neue Recht zur Anwendung, wenn die massgebliche Pfändung oder Konkursöffnung nach dessen Inkrafttreten (1. Januar 2014) stattgefunden hat bzw. der massgebliche Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung nach diesem Zeitpunkt gerichtlich bestätigt wurde.<sup>19</sup>

*b) Subjektive Tatbestandselemente und Beweislast*

*aa) Normalfall*

Bei der Schenkungsanfechtung sind – anders als z.B. bei einer Schenkung gemäss Obligationenrecht oder bei einer erbrechtlich relevanten Schenkung – die Motive des Schenkenden und des Beschenkten nicht relevant. Auf die subjektiven Beweggründe der Beteiligten kommt es nicht an. Darum wird im Kontext der Schenkungsanfechtung auch bei einer gemischten Schenkung weder die Absicht unentgeltlicher Zuwendung noch die Erkennbarkeit des Missverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung noch guter oder böser Glaube verlangt.<sup>20</sup> Art. 286 SchKG weist folglich lediglich objektive Tatbestandsmerkmale auf.

*bb) Gutgläubiger Empfänger*

Wer durch eine anfechtbare Rechtshandlung Vermögen des Schuldners erworben hat, ist zur Rückgabe desselben verpflichtet. Die Gegenleistung ist zu erstatten, soweit sie sich noch in den Händen des Schuldners befindet oder dieser durch sie bereichert ist. Darüber hinaus kann ein Anspruch nur als Forderung gegen den Schuldner geltend gemacht werden (Art. 291 Abs. 1 SchKG).

In Abweichung von dieser vollumfänglichen Rückerstattungspflicht sieht Art. 291 Abs. 3 SchKG vor, dass der gutgläubige Empfänger einer Schen-

---

<sup>19</sup> KuKo SchKG-UMBACH-SPAHN/BOSSART, Art. 285 N 11 unter Hinweis auf BGE 131 III 327 zur SchKG-Revision 1997 (AS 1995, 1227; BBl 1991 III 1).

<sup>20</sup> Statt aller: AMONN/WALTHER (FN 7), § 52 N 15.

kung nur bis zum Betrag seiner Bereicherung zur Rückerstattung verpflichtet ist. Gutgläubig ist der Beschenkte dann, wenn die Unzulässigkeit seiner Begünstigung bzw. die Benachteiligung der übrigen Gläubiger nicht erkennbar war.<sup>21</sup> In diesem Fall besteht eine Vermutung der Gutgläubigkeit. Die Beweislast für die eigene Gutgläubigkeit liegt beim Anfechtungsbeklagten (Art. 8 ZGB). Handelt es sich beim Anfechtungsbeklagten aber um eine nahestehende Person i.S.v. Art. 286 Abs. 3 SchKG, dürfte die Vermutung der Gutgläubigkeit kaum je zum Tragen kommen. Denn Art. 286 Abs. 3 SchKG statuiert bekanntlich die Vermutung, dass in solchen Verhältnissen eine Diskrepanz zwischen Leistung und Gegenleistung besteht, d.h. dass eine Benachteiligung anderer Gläubiger und somit eine Anfechtungssituation vorliegt, was die Gutgläubigkeit des Empfängers ausschliesst, sofern ihm der Beweis des Gegenteils nicht gelingt.

### **3. Überschuldungsanfechtung – Art. 287 SchKG**

Die Überschuldungsanfechtung trifft bestimmte Rechtshandlungen, mit denen ein überschuldeter Schuldner einzelne Gläubiger bevorzugt hat. Art. 287 Abs. 1 SchKG bezeichnet die anfechtbaren Rechtshandlungen. Dies sind namentlich die Bestellung von Sicherheiten (Ziff. 1), die ungewöhnliche Tilgung (Ziff. 2) und die Zahlung einer nicht verfallenen Schuld (Ziff. 3).

Die Begünstigung besteht in der Regel darin, dass ein Gläubiger vom Schuldner eine Sicherheit oder die Befriedigung seiner Forderung erhält, auf die er überhaupt nicht oder nicht in der gewählten Art oder nicht zu der betreffenden Zeit Anspruch hatte.<sup>22</sup> In der Praxis am bedeutsamsten ist die nachträgliche Sicherung einer bereits bestehenden Verbindlichkeit. Darlehensgeber versuchen häufig, vom Schuldner angesichts aufkommender finanzieller Schwierigkeiten noch nachträglich Sicherheiten zu erlangen oder bestehende Sicherheiten zu erhöhen.

Keine anfechtbare Handlung stellt demgegenüber die Bestellung von Sicherheiten aufgrund einer entsprechenden vorbestehenden Verpflichtung zur Sicherheitsbestellung dar. Auch die Bestellung einer neuen Sicherheit, wel-

---

<sup>21</sup> SchKG-BAUER, Art. 291, N 28.

<sup>22</sup> AMONN/WALTHER (FN 7), § 52 N 16.

che ausschliesslich eine neue bzw. zukünftige Forderung sicherstellt, gilt nicht als anfechtbare Sicherheitsbestellung i.S.v. Art. 287 Abs. 1 SchKG.<sup>23</sup>

a) *Objektive Tatbestandselemente und Beweislast*

Die objektiven Tatbestandselemente der Überschuldungsanfechtung i.S.v. Art. 287 SchKG sind das Vorliegen einer anfechtbaren Handlung gemäss Art. 287 Abs. 1 SchKG, die vom Schuldner innert der einjährigen Verdachtsfrist vorgenommen worden ist, und zwar zu einem Zeitpunkt, zu dem er bereits überschuldet war. In Anwendung der allgemeinen Regelung zur Beweislastverteilung in Art. 8 ZGB obliegt dem Anfechtungskläger die Beweislast für das Vorliegen dieser objektiven Tatbestandsmerkmale.

In der Praxis ist für den Anfechtungskläger insbesondere der Beweis der Überschuldung des Schuldners zum Zeitpunkt der anfechtbaren Handlung<sup>24</sup> problematisch. Eine Überschuldung liegt vor, wenn das Fremdkapital die Aktiven sowohl zu Fortführungswerten wie auch zu Liquidationswerten übersteigt. Die Definition der Überschuldung gemäss Art. 287 SchKG entspricht damit der aktienrechtlichen Überschuldung gemäss Art. 725 Abs. 2 OR. Der Beweis der Überschuldung ist für den Anfechtungskläger insbesondere dann problematisch, wenn es sich um einen Schuldner handelt, der nicht rechnungslegungspflichtig ist. Dies, obwohl es zum Beweis der Überschuldung nicht notwendigerweise der Vorlage einer ordnungsgemäss erstellten Bilanz bedarf.

Der Umstand, dass es zur Ausstellung von Pfändungsverlustscheinen bzw. zur Konkurseröffnung gekommen ist, zeigt, dass der Schuldner nunmehr überschuldet ist. Dies bildet ein gewichtiges Indiz dafür, dass die Überschuldung schon im Zeitpunkt der Vornahme der anfechtbaren Handlung bestanden hat, zumal, wenn sie kurz vor der Pfändung oder Konkurseröffnung vorgenommen wurde. Für eine Überschuldung sprechen auch eine beträcht-

---

<sup>23</sup> KuKo-UMBACH-SPAHN/BOSSART, Art. 287 N 3 unter Hinweis auf BGE 37 III 113 E. 4.

<sup>24</sup> Gemäss SchKG-STAEHELIN, Art. 287, N 17 ist der Zeitpunkt massgeblich, in welchem die rechtlichen Wirkungen der anfechtbaren Handlungen eintreten, d.h. wo auf Grund einer Verfügung des Schuldners sich seine Aktiven vermindert haben bzw. neue Schuldverpflichtungen entstanden sind.



liche Anzahl von gegen den Schuldner geführten Betreibungen, namentlich wenn sie zur Pfändung oder Konkursöffnung geführt worden sind, ferner Schuldnerflucht, Wechselproteste, Einstellung der Zahlungen und andauernde Illiquidität des Schuldners. Die Überschuldung ist objektive Voraussetzung der Anfechtung. Ob sie der Schuldner selber im Zeitpunkt der anfechtbaren Handlung gekannt hat oder hätte kennen sollen, ist unerheblich.<sup>25</sup>

*b) Subjektive Tatbestandselemente und Beweislast*

Analog der Schenkungsanfechtung gemäss Art. 286 SchKG kennt auch die Überschuldungsanfechtung gemäss Art. 287 SchKG lediglich objektive Tatbestandsmerkmale. Mit anderen Worten hat der Anfechtungskläger keine subjektiven Tatbestandselemente nachzuweisen bzw. zu beweisen.

Der Anfechtungskläger hat somit nicht nachzuweisen, dass der Begünstigte die Überschuldung des Schuldners kannte oder hätte kennen müssen. Denn Art. 287 Abs. 2 SchKG enthält eine diesbezügliche gesetzliche Vermutung. Namentlich schliesst Art. 287 Abs. 2 SchKG eine Überschuldungsanfechtung aus, sofern der Begünstigte nachweist, dass er die Überschuldung des Schuldners weder kannte noch bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt hätte kennen müssen. Entgegen der allgemeinen Regelung in Art. 3 ZGB, wonach der gute Glaube vermutet wird, trägt der Begünstigte die Beweislast für seine Gutgläubigkeit. Kann im Prozess der Beweis der Gutgläubigkeit vom Begünstigten nicht erbracht werden, ist davon auszugehen, dass dieser die Überschuldung des Schuldners kannte bzw. hätte kennen müssen.

Den Begünstigten trifft eine Erkundigungspflicht, deren Umfang sich nach den konkreten Möglichkeiten richtet.<sup>26</sup> Besondere Vorsicht ist geboten, wenn sich der Schuldner verdächtig verhält (z.B. Verträgen von Zahlungen, Geschäftsaufgabe etc.). Um dieser Erkundigungspflicht nachzukommen, genügt blosses Anfragen beim Schuldner regelmässig nicht. Zweckmässiger erscheinen Anfragen beim Betreibungsamt über die gegen den Schuldner lau-

---

<sup>25</sup> SchKG-STAEHELIN, Art. 287, N 18.

<sup>26</sup> D.h. der Umfang der Erkundigungspflicht hängt von der Stellung, den Möglichkeiten und der Fachkompetenz des Begünstigten und seiner Nähe zum Schuldner bzw. der Dauer der Geschäftsbeziehung ab.

fenden Betreibungen und Erkundigungen bei Geschäftspartnern des Schuldners.<sup>27</sup>

Die Anforderungen an den Gegenbeweis durch den Begünstigten sind relativ streng: Gefordert ist ein Wahrscheinlichkeitsbeweis. Blosses Glaubhaftmachen des nicht Wissens um die Überschuldung des Schuldners bzw. des nicht wissen Müssens um die Überschuldung genügt nicht.<sup>28</sup>

#### **4. Absichtsanfechtung – Art. 288 SchKG**

Mit der Absichtsanfechtung können sämtliche Handlungen des Schuldners angefochten werden, welche innert der fünfjährigen Verdachtsfrist in der erkennbaren Absicht der Gläubigerschädigung oder Gläubigerbevorzugung getätigt worden sind. Sowohl aus sachlicher wie auch zeitlicher Sicht handelt es sich um einen sehr ausgedehnten Tatbestand, der auch die anderen Anfechtungstatbestände mitumfasst, sofern die zusätzlichen Elemente der Absichtsanfechtung gegeben sind. Da der Absichtsanfechtungstatbestand derart weit gefasst ist, ist diese Anfechtung auch an erschwerte Voraussetzungen gebunden und deshalb am schwierigsten durchsetzbar.<sup>29</sup>

##### *a) Objektive Tatbestandselemente und Beweislast*

Die objektiven Tatbestandsmerkmale der Absichtsanfechtung gemäss Art. 288 SchKG sind die Vornahme einer gläubigerschädigenden Handlung durch den Schuldner innert der Verdachtsfrist. Die angefochtene Handlung schädigt die Gläubiger, indem sie das Vollstreckungssubstrat oder den Anteil der Gläubiger daran vermindert oder ihre Stellung im Vollstreckungsverfahren sonst wie verschlechtert.<sup>30</sup> Die Beweislast für das Vorliegen der objektiven (wie auch subjektiven) Tatbestandsmerkmale liegt in Anwendung von

---

<sup>27</sup> SchKG-STAEHELIN, Art. 287, N 21.

<sup>28</sup> KuKo-UMBACH-SPAHN/BOSSART, Art. 287 N 10 mit Hinweis auf ZR 1966, Nr. 138, 296.

<sup>29</sup> AMONN/WALTHER (FN 7), § 52 N 22.

<sup>30</sup> BGer vom 19. Mai 2004, 4C.262/2002 E. 4.1.

Art. 8 ZGB bei dem, der aus der Erfüllung des Tatbestandes gemäss Art. 288 SchKG Rechte ableitet, d.h. beim Anfechtungskläger.<sup>31</sup>

Die Tilgung einer fälligen Schuld führt regelmässig zu einer Schädigung der anderen Gläubiger, wenn der Schuldner infolge seiner angespannten finanziellen Lage ausserstande ist, auch seinen anderen Verpflichtungen im Zeitpunkt der Fälligkeit nachzukommen.<sup>32</sup>

Das Bundesgericht vermutet das Vorhandensein einer tatsächlichen Gläubigerschädigung auch, wenn der Schuldner in finanziell prekärer Lage einen Gläubiger voll befriedigt, währenddem die anderen Gläubiger im folgenden Insolvenzverfahren lediglich eine Dividende erhalten. Wird mit anderen Worten ein Gläubiger gegenüber anderen Gläubiger bevorzugt, wird zugunsten der Konkursmasse eine tatsächliche Schädigung vermutet. BGE 135 III 265 E. 2 hält diesbezüglich fest:

„Als erstes Tatbestandsmerkmal muss eine Schädigung der anderen Gläubiger durch Beeinträchtigung der Exekutionsrechte vorliegen, indem ihre Befriedigung im Rahmen der General- oder Spezialexécution oder ihre Stellung im Vollstreckungsverfahren wegen der Bevorzugung des einen Gläubigers beeinträchtigt wird. Die tatsächliche Schädigung wird zugunsten der Konkursmasse vermutet, wobei dem Anfechtungsbeklagten der Gegenbeweis offensteht, dass die anderen Gläubiger auch bei richtigem Verhalten des Schuldners zum gleichen Verlust gekommen wären, dient doch die Anfechtungsklage nicht der Bestrafung des beklagten Gläubigers, sondern der Wiederherstellung des Zustandes, in welchem sich ohne das angefochtene Geschäft das zur Befriedigung der übrigen Gläubiger dienende Vermögen des Schuldners im Zeitpunkt der Konkursöffnung befunden hätte.“

Demgegenüber tritt eine Schädigung der Gläubiger in aller Regel nicht ein, wenn die angefochtene Rechtshandlung im Austausch gleichwertiger Leistungen besteht, es sei denn, der Schuldner habe mit dem Geschäft den Zweck verfolgt, über seine letzten Aktiven zum Schaden der Gläubiger verfügen zu können.<sup>33</sup> Dabei ist stets zu beachten, dass eine nachträgliche Leis-

---

<sup>31</sup> BGE 134 III 452 E. 2.

<sup>32</sup> KuKo-UMBACH-SPAHN/BOSSART, Art. 288 N 4.

<sup>33</sup> BGE 134 III 452 E. 3.1. Eine auf bundesgerichtlicher Rechtsprechung basierende Übersicht über den Austausch gleichwertiger Leistungen, welche eine Gläubiger-

tung i.d.R. nicht als gleichwertig angesehen wird.<sup>34</sup> Mit anderen Worten führt die Tilgung einer bestehenden Schuld zu einer Gläubigerungleichbehandlung, womit die für Art. 288 SchKG relevante Gläubigerschädigung zu Gunsten der Verlustscheingläubiger bzw. der Konkursmasse vermutet wird.<sup>35</sup>

Auch wenn die Rechtshandlung isoliert betrachtet den Anschein einer objektiven Schädigung der Gläubiger bewirkt, kann der Anfechtungsgegner den Gegenbeweis antreten, dass genau diese angefochtene und an sich schädigende Handlung das Haftungssubstrat nicht geschmälert bzw. sogar vergrössert hat.<sup>36</sup> Die Hürden für den Gegenbeweis des Anfechtungsgegners sind allerdings hoch.<sup>37</sup> Es ist liquide zu beweisen, dass *exakt* die an sich gläubigerschädigende Handlung – etwa die Bezahlung offener Rechnungen – für sich alleine die Nachlassmasse zu bewahren oder vergrössern vermochte.<sup>38</sup> Dieser Gegenbeweis dürfte in der Praxis nur in seltenen Fällen erbringbar sein.

---

schädigung i.S.v. Art. 288 SchKG ausschliessen, findet sich KuKo-UMBACH-SPAHN/BOSSART, Art. 288 N 5.

<sup>34</sup> BGer vom 24.2.2010, 5A\_750/2008 E. 3: „Erfolgte die Leistung vorgängig oder gleichzeitig, so liegt in der Regel keine Gläubigerschädigung vor, wenn sie gleichwertig ist. [...] Eine nachträgliche Leistung wird hingegen meist nicht als gleichwertige Gegenleistung betrachtet“.

<sup>35</sup> Dazu im Detail: VOGT HANS-UELI, Krisenmanagement unter dem Damoklesschwert der paulianischen Anfechtung – Die neuere Bundesgerichtspraxis zur Absichtsanfechtung nach Art. 288 SchKG, GesKR 2009, 163 ff., 165 f. und 175 ff.

<sup>36</sup> REISER HANS, Die paulianische Anfechtung im Spiegel der Rechtsprechung des Bundesgerichtes, SJZ 108/2012, 101 ff., 108; UMBACH-SPAHN (FN 8), 178 f.

<sup>37</sup> Vgl. BGE 135 III 265 E. 4; BGer vom 4. September 2008, 5A\_469/2007 E. 6.3.3; BGer vom 4. September 2008, 5A\_37/2008 E. 4 und 5.

<sup>38</sup> REISER (FN 36), 108; VOGT (FN 35), 178 f. D.h. die angefochtene Zahlung muss gemäss Bundesgericht für sich alleine kausal für die Bewahrung oder Vergrösserung der Konkursmasse gewesen sein.

b) *Subjektive Tatbestandselemente und Beweislast*

aa) *Normalfall*

Dem Anfechtungskläger obliegt auch die Beweislast für das Vorliegen der subjektiven Tatbestandselemente.<sup>39</sup> Namentlich also dafür, dass der Schuldner die anfechtbare Handlung mit der Absicht der Gläubigerschädigung vorgenommen hat und dass diese Schädigungsabsicht des Schuldners für den Begünstigten erkennbar war.

aaa) *Schädigungsabsicht*

Eine Schädigungsabsicht i.S.v. Art. 288 SchKG liegt gemäss Bundesgericht vor, wenn der Schuldner voraussehen konnte und musste, dass die angefochtene Handlung Gläubiger benachteiligt oder einzelne Gläubiger gegenüber anderen Gläubigern bevorzugt. Nicht erforderlich ist, dass die Schädigung der Gläubiger der Zweck der angefochtenen Handlung ist. Vielmehr genügt es, wenn die Schädigung mögliche Folge der Handlung ist und der Schuldner sie im Sinne eines Eventualvorsatzes in Kauf nimmt.<sup>40</sup> Blosser Fahrlässigkeit des Schuldners genügt demgegenüber nicht.<sup>41</sup>

Die direkte oder indirekte Schädigungsabsicht des Schuldners betrifft zunächst eine innere Tatsache und lässt sich unmittelbar nur durch die Parteiaussage beweisen. Im Übrigen ist die Schädigungsabsicht bloss durch Schlussfolgerungen aus dem äusseren Verhalten der betreffenden Person und durch äussere Gegebenheiten, die auf sie eingewirkt haben (Tatfrage), nachzuweisen. Gestützt darauf ist zu beurteilen, ob begrifflich eine Schädigungsabsicht im Sinne von Art. 288 SchKG vorgelegen hat (Rechtsfrage).<sup>42</sup>

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

---

<sup>39</sup> BGE 134 III 452 E. 2.

<sup>40</sup> Kritisch: VOGT (FN 35), 179 f.

<sup>41</sup> BGE 134 III 452 E. 4.1; KuKo-UMBACH-SPAHN/BOSSART, Art. 288 N 9.

<sup>42</sup> BGE 134 III 452 E. 4.1 m.w.H.

des Bundesgerichts stehen dabei zwei Arten von Rechtsgeschäften im Vordergrund: Fehlgegangene Sanierungsbemühungen des Schuldners sowie unabdingbare und betriebsnotwendige Rechtsgeschäfte, wenn sie zur Wahrung des schuldnerischen Vermögens bestimmt waren.<sup>43</sup>

*bbb) Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht*

Voraussetzung des Tatbestandes gemäss Art. 288 SchKG ist schliesslich die Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht für den Begünstigten. Auch die Beweislast für die Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht liegt beim Anfechtungskläger.

Als erkennbar zu gelten hat alles, was bei Anwendung der durch die konkreten Verhältnisse gebotenen Aufmerksamkeit ohne Fahrlässigkeit erkannt werden konnte. 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. Weil auch die Inkaufnahme einer Schädigung eine Schädigungsabsicht ist, ist die Tatbestandsvoraussetzung auch erfüllt, wenn die Inkaufnahme für den Dritten erkennbar war.<sup>44</sup> Massgebend ist stets der Wissensstand im Zeitpunkt der angefochtenen Handlung.<sup>45</sup> Es genügt, wenn der Dritte bei der ihm nach den Umständen zumutbare Aufmerksamkeit die Gläubigerschädigung als natürliche Folge der angefochtenen Handlung hätte vorhersehen können und müssen. Erforderlich ist dabei nur Fahrlässigkeit. Eine unbeschränkte Erkundigungspflicht wird damit nicht aufgestellt. Vielmehr kann Sorgfalt nur verlangt werden, wenn und soweit dazu Anlass besteht. Im Allgemeinen braucht sich niemand darum zu kümmern, ob durch ein Rechtsgeschäft die Gläubiger seines Kontrahenten geschädigt werden oder nicht. Nur wenn deutliche An-

---

<sup>43</sup> REISER (FN 36), 109. Dazu im Detail: Vgl. UMBACH-SPAHN (FN 8); VOGT (FN 35); LORANDI FRANCO, Neuere Rechtsprechung zur insolvenzrechtlichen Anfechtung, Ein Spaziergang durch den paulianischen Rosengarten des Bundesgerichts, BISchK 2009, 213 ff.; HARI OLIVER, Absichtspauliana und Sanierungsdarlehen, Die Rückzahlung eines Sanierungsdarlehens als Sonderfall von Artikel 288 SchKG im Lichte von BGE 134 III 452, GesKR Online-Beitrag 2/2008, 1 ff.

<sup>44</sup> VOGT (FN 35), 172 m.w.H..

<sup>45</sup> SchKG-STAEHELIN, Art. 288, N 22.

zeichen dafür sprechen, dass eine Schädigung beabsichtigt ist, darf vom Begünstigten eine sorgfältige Prüfung verlangt werden, ob jene Absicht wirklich besteht oder nicht.<sup>46</sup> Die Pflicht bzw. die Obliegenheit, den Schuldner zu befragen *und* die notwendigen Erkundigungen einzuziehen, setzt nicht bloss „Anzeichen“ für eine Benachteiligung voraus, sondern weiterhin „deutliche Anzeichen“. In Würdigung sämtlicher Umstände des konkreten Einzelfalls ist zu beurteilen, ob der Dritte die Schädigungsabsicht des Schuldners im Zeitpunkt der Vornahme der anfechtbaren Handlung wirklich erkannt hat (Tatfrage) oder bei pflichtgemässer Aufmerksamkeit hätte erkennen können und müssen (Rechtsfrage).<sup>47</sup>

Schädigungsabsicht und deren Erkennbarkeit durch Organe oder rechtsgeschäftlich bestellte Stellvertreter sind der juristischen Person bzw. dem Vertretenen anzurechnen.<sup>48</sup>

#### *bb) Spezialfall der nahestehenden Person*

Wie bei der Schenkungsanfechtung gemäss Art. 286 SchKG wurde auch bei der Absichtsanfechtung im Zuge der Teilrevision des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs eine Spezialnorm geschaffen (Art. 288 Abs. 2 SchKG). Diese gelangt zur Anwendung, wenn durch die potentiell anfechtbare Handlung eine nahestehende Person begünstigt wird:

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

Hinsichtlich der Definition als „nahestehende Person“ bzw. der Konsequenzen für die Beweislastverteilung kann auf die Ausführungen in Ziff. III.2.a)bb) oben verwiesen werden. Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass bereits vor dem Inkrafttreten von Art. 288 Abs. 2 SchKG eine natürliche

---

<sup>46</sup> Gemäss BGE 135 III 276 E. 8.1 stellen beispielsweise die folgenden Ereignisse deutliche Anzeichen dar: Zuflucht zu Notlösungen; dauerndes Ersuchen um Darlehen; zahlreiche Betreibungen; keine Zahlung laufender Ausgaben wie Mietzinse.

<sup>47</sup> BGE 134 III 452 E. 4.2.

<sup>48</sup> BGE 134 III 452 E. 4.3.

Vermutung bestand, dass unter Ehegatten und nahen Verwandten der Begünstigte die schlechte Vermögenslage des Schuldners kannte.<sup>49</sup> Bei der Begünstigung von nahen Verwandten bzw. Ehegatten dürften sich deshalb mit dem Inkrafttreten von Art. 288 Abs. 2 SchKG keine wesentlichen Änderungen ergeben.<sup>50</sup>

Aber auch wenn es sich bei der begünstigten Partei um eine Konzerngesellschaft handelt und nicht um einen Ehegatten bzw. einen nahen Verwandten, ist die nun in Art. 288 Abs. 2 SchKG kodifizierte Beweislastumkehr nicht grundsätzlich neu. BBl 2010, 6455, 6477 hält diesbezüglich folgendes fest:

„Allgemein wird die persönliche Verbundenheit zwischen Schuldner und Leistungsempfänger als Indiz dafür angesehen, dass Letzterem die schlechte Vermögenslage des Schuldners bekannt gewesen ist. Im Konzernverhältnis geht man dagegen davon aus, dass nicht mehr zwischen der Schädigungsabsicht des Schuldners und deren Erkennbarkeit aufseiten des Leistungsempfängers zu unterscheiden ist, weil sie über die Wissenszurechnung der gemeinsamen Konzernleitung bekannt sein musste; gemäss einigen Ansichten sollen die subjektiven Tatbestandsvoraussetzungen im Konzern sogar vermutet werden.“

## **IV. Praktische Auswirkungen**

### **1. Forensische Sicht**

Die Anfechtungsklagen spielen in der forensischen bzw. gerichtlichen Praxis eine eher untergeordnete Rolle.<sup>51</sup> Diese eher geringe Bedeutung der Anfechtungsklagen im gerichtlichen bzw. prozessualen Alltag hängt – zumindest im

---

<sup>49</sup> BGE 40 III 293.

<sup>50</sup> Vgl. dazu: BGer vom 25. April 2014, 5A\_19/2014 E. 6: „Auch wenn die betreffende Vorschrift [Art. 288 Abs. 2 SchKG] auf den vorliegenden Fall intertemporal nicht anwendbar ist, sei darauf hingewiesen, dass diese Vermutung seit dem 1. Januar 2014 in Art. 288 Abs. 2 SchKG positiviert ist, wobei in der Botschaft explizit auf die vorerwähnte Rechtsprechung [BGE 40 III 293] Bezug genommen wird“.

<sup>51</sup> In diesem Sinne auch REISER (FN 36), 101. Verweise auf in der Mehrheit der Fälle erfolgreiche Anfechtungsklagen in der jüngeren Prozessgeschichte finden sich in FN 58 nachfolgend.



Verständnis des Gesetzgebers<sup>52</sup> – insbesondere mit der für den Kläger i.d.R. ungünstigen Beweislastverteilung zusammen, also mit den Schwierigkeiten des Klägers, den zum Nachweis der Tatbestandsmerkmale notwendigen Beweis zu erbringen.

Bei der Schenkungsanfechtung erweist sich die einjährige Anfechtungsfrist teilweise als zu kurz.<sup>53</sup> Insbesondere problematisch ist in der Praxis aber der Beweis, dass zwischen Leistung und Gegenleistung ein Missverhältnis besteht. Letzteres wurde mit der Teilrevision des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs vom 21. Juli 2013 zumindest für begünstigte nahestehende Personen adressiert (Art. 286 Abs. 3 SchKG).<sup>54</sup> Ob diese Änderung der Schenkungsanfechtung tatsächlich mehr Durchschlagskraft verleihen wird, darf mit REISER zumindest bezweifelt werden.<sup>55</sup> Denn andere, u.E. schwerwiegendere Probleme wurden – auch im Falle der Begünstigung nahestehender Personen – mit der Teilrevision nicht gelöst. Insbesondere verbleibt das Prozess- und Kostenrisiko beim Anfechtungskläger.<sup>56</sup> Dies dürfte für den Kläger besonders dann abschreckend wirken, wenn unklar ist, ob überhaupt eine anfechtbare Handlung i.S.v. Art. 286 SchKG vorliegt. Dies wiederum wird in aller Regel dann der Fall sein, wenn Leistungen im Konzern erbracht worden sind, für die keine Marktpreise existieren bzw. bekannt sind. Mithin dürfte exakt in jenen Fällen, bei denen durch die Einführung von Art. 286 Abs. 3 SchKG eine Stärkung der Position des Anfechtungsklägers beabsichtigt war, aus Kostenrisikouberlegungen schliesslich trotzdem auf eine Klage verzichtet werden.

---

<sup>52</sup> BBl 2010, 6455, 6477: „Trotz dieser Erleichterung führt die gesetzliche Beweislastverteilung nicht selten dazu, dass die Anfechtungsansprüche praktisch nicht durchgesetzt werden können“.

<sup>53</sup> Vgl. BGE 130 III 235 E. 2.1.1, wo die Anfechtung gemäss Art. 286 SchKG infolge Zeitablaufs scheiterte.

<sup>54</sup> Dazu oben: Ziff. III.2.a)bb).

<sup>55</sup> REISER (FN 36), 111.

<sup>56</sup> Auch andere Umstände führen regelmässig dazu, dass eigentlich mögliche Anfechtungsklagen nicht erhoben werden. Zu denken ist etwa daran, dass die Konkursverwaltung nicht verpflichtet ist, aktiv nach allfälligen Anfechtungsansprüchen zu suchen. Werden dennoch Anfechtungsansprüche entdeckt, fehlen der Konkursverwaltung regelmässig die Mittel zur Durchsetzung dieser Ansprüche (wobei diese Problematik über Art. 260 SchKG entschärft wird).

Bei der von der Teilrevision des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs nicht betroffenen Überschuldungsanfechtung liegt die Hauptschwierigkeit in aller Regel darin, dass der Anfechtungskläger den Nachweis der Überschuldung nicht erbringen kann. Diese Problematik akzentuiert sich bei nicht buchführungspflichtigen Schuldnern. Allerdings ist der Überschuldungsnachweis auch bei buchführungspflichtigen Schuldnern regelmässig schwierig. Einerseits wird eine Überschuldung zu Fortführungs- und Liquidationswerten gefordert, was bewertungstechnisch zu Unwägbarkeiten führen kann, was potentiell wiederum grossen finanziellen Aufwand (i.S. einer Vorleistung des Anfechtungsklägers) mit sich bringt. Dieser wird regelmässig nur bei grossen Forderungen (und solventer Gegenseite) in Kauf genommen. Andererseits ist die Überschuldung zum Zeitpunkt der anfechtbaren Handlung relevant.<sup>57</sup> Der Zeitpunkt der anfechtbaren Handlung wird in aller Regel nicht mit dem Bilanzstichtag zusammenfallen. Der Anfechtungskläger wird deshalb basierend auf den vorhandenen Bilanzen und den übrigen Finanzunterlagen des Schuldners eine hypothetische Bilanz auf den Zeitpunkt der Vornahme der anfechtbaren Handlung erstellen müssen. Diese hypothetische Bilanz bietet dem Begünstigten regelmässig eine ganze Palette von Argumenten, die gegen die Richtigkeit der hypothetischen Bilanz bzw. gegen die Überschuldung zum Zeitpunkt der anfechtbaren Handlung sprechen, was die Attraktivität einer gerichtlichen Auseinandersetzung für den Anfechtungskläger stark vermindert. Grundsätzlich würde sich für den Nachweis der Überschuldung des Gemeinschuldners natürlich insbesondere das Beweismittel des (gerichtlichen) Gutachtens gemäss Art. 183 ff. ZPO bzw. die Durchführung eines Beweisverfahrens anbieten. Allerdings ist in der Gerichtspraxis eine erhebliche Zurückhaltung gegenüber der Einholung eines Gutachtens bzw. der Durchführung eines Beweisverfahrens als solchem erkennbar. So ist beispielsweise bei den ehemaligen Swissair-Gesellschaften auch nach rund 15 Jahren – trotz zahlreicher Anfechtungsprozesse, Verantwortlichkeits- und Kollokationsverfahren etc. – unklar, wann die Swissair-Gesellschaften in welchem Umfang überschuldet waren. Dies wurde noch nie gerichtlich festgestellt. Zusätzlich erschwert wird die Position des Anfechtungsklägers dann, wenn die Gesellschaft über revidierte Bilanzen verfügt, welche ausweisen, dass die leistende Gesellschaft zu einem

---

<sup>57</sup> Dazu FN 24 oben.

Zeitpunkt nahe jenem der Vornahme der anfechtbaren Handlung nicht überschuldet gewesen ist. Als Folge der schwierigen Beweislage wird der Anfechtungskläger in einer solchen Situation aufgrund der oben geschilderten Problematik wohl kein gerichtliches Vorgehen anstrengen, selbst wenn er eigentlich der Auffassung ist, dass die testierte Bilanz fehlerhaft ist.

Die Absichtsanfechtung spielte in der gerichtlichen bzw. forensischen Praxis lange Zeit eine noch geringere Rolle als die Anfechtungsklagen gemäss Art. 286 f. SchKG. Seit den bekannten *Swissair-Verfahren*<sup>58</sup> ist dieser Befund u.E. nicht mehr zutreffend. Heute wird die Absichtsanfechtung regelmässig ins Feld geführt, wenn Handlungen des Schuldners kurz vor der Insolvenz beurteilt werden sollen, aber die Überschuldung nicht nachgewiesen werden kann.<sup>59</sup> Die bundesgerichtliche Praxis zur Absichtsanfechtung wurde im Kontext der *Swissair-Fälle* wesentlich verschärft. Grund dafür ist, dass in der Retrospektive aus dem äusseren Verhalten auf den inneren Willen des Schuldners bzw. des Dritten geschlossen wird (Verobjektivierung der eigentlich subjektiven Tatbestandselemente der Schädigungsabsicht bzw. der Erkennbarkeit).<sup>60</sup> Allerdings ist die bundesgerichtliche Rechtsprechung äusserst einzelfallspezifisch. Ob das Bundesgericht auch in Zukunft – in Fällen die nicht mit der im starken Fokus der Öffentlichkeit stehenden Nachlassliquidation der ehemaligen *Swissair-Gesellschaften* zusammenhängen – ebenso rasch von einer Schädigungsabsicht bzw. insbesondere von der Erkennbarkeit ebendieser für Dritte ausgehen wird, wird sich weisen. Ausschlaggebend dürften das allgemeine Interesse sowie die verfügbaren Informationen im konkreten Einzelfall sein. Je näher die Geschäftstätigkeit des Gemeinschuldners von der Öffentlichkeit verfolgt wird, desto mehr (musste) der Anfechtungsbeklagte wissen und desto riskanter (unter dem Gesichts-

---

<sup>58</sup> Z.B. BGE 134 III 452; BGer vom 3. August 2010, 5A\_358/2008; BGer vom 6. April 2009 vom 5A\_386/2008; BGer vom 28. September 2009, 5A\_116/2009; BGer vom 25. Mai 2009, 5A\_420/2008; BGE 137 III 268; BGE 135 III 276 = Pra 98/2009 Nr. 112; BGer vom 11. Juni 2010, 5A\_567/2009; BGE 135 III 265.

<sup>59</sup> Der Absichtsanfechtung kommt auch sonst die Funktion eines Auffangtatbestandes zu. Vgl. z.B. BGer vom 23. Februar 2011, 5A\_747/2010 wo anstelle einer (verpass-ten) Schenkungsanfechtung eine Absichtsanfechtung geltend gemacht worden ist.

<sup>60</sup> LORANDI (FN 43), 220 f.: „Im Ergebnis wird aus dem doppelt subjektiven Tatbestand (Absicht des Schuldners und Erkennbarkeit der Gegenpartei) ein rein verobjektivierter Tatbestand“.

punkt der Absichtsanfechtung) werden Geschäfte mit dem Gemeinschuldner. Die Swissair-Rechtsprechung führte im Ergebnis dazu, dass bei öffentlicher Berichterstattung bzw. öffentlicher Information hinsichtlich der subjektiven Tatbestandsmerkmale von Art. 288 SchKG (Schädigungsabsicht und Erkennbarkeit) bereits vor der Gesetzesrevision de facto eine Beweislastumkehr zu Lasten des Anfechtungsbeklagten bestanden hat. Dies nicht nur – wie im revidierten Art. 288 Abs. 2 SchKG vorgesehen – für nahestehende Personen, sondern auch für Dritte wie z.B. die Hausbank des Gemeinschuldners oder andere Banken, die Geschäftsbeziehungen zum Gemeinschuldner unterhalten. Ob der per 1. Januar 2014 in Kraft getretene Art. 288 Abs. 2 SchKG unter diesen Vorzeichen überhaupt noch notwendig gewesen ist, ist vor diesem Hintergrund fraglich.

## 2. Beratende Sicht

Trotz der verhältnismässig geringen Bedeutung der paulianischen Anfechtungsklagen in der forensischen bzw. gerichtlichen Praxis ist deren Bedeutung in der Sanierungsberatung und Insolvenzplanung sehr gross. Sowohl der Schuldner wie auch der Vertragspartner des Schuldners haben bei sämtlichen Handlungen und Geschäften im Vorfeld einer (möglichen) Insolvenz die allfällige Anfechtbarkeit der Handlungen und Geschäfte zu prüfen und zu berücksichtigen. Dabei gilt es nebst den Anfechtungsklagen stets auch allfällige strafrechtliche Implikationen (Art. 164, 167 StGB) und verantwortlichkeitsrechtliche Aspekte<sup>61</sup> zu berücksichtigen.

Die vorhandene Rechtsprechung des Bundesgerichts – insbesondere jene zur Absichtsanfechtung i.S.v. Art. 288 SchKG – ist sehr fallspezifisch. Es ist derzeit im konkreten Einzelfall deshalb nur schwer voraussehbar, ob eine Handlung oder ein Geschäft als anfechtbar angesehen werden muss oder

---

<sup>61</sup> Vgl. z.B. BGer vom 19. September 2000, 5C.29/2000 (Raichle-Urteil) wo das Bundesgericht festgestellt hat, dass die Gläubiger bei Überschuldung nach Massgabe der gesetzlichen Rangordnung in Art. 219 SchKG Anspruch auf Gleichbehandlung haben und dass folglich eine Befriedigung eines Gläubigers eine Pflichtverletzung i.S.v. Art. 754 Abs. 1 OR darstellt. Kritisch zu dieser Rechtsprechung: VOGT HANS-UELI, Die neue bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Absichtsanfechtung und ihre Bezüge zur aktienrechtlichen Sorgfaltspflicht der Organe, AJP 2010, 1075 ff., 1087.

nicht. Immerhin können einige Grundsätze genannt werden, die in der Beratung beachtet werden sollten.

a) *Beratung des Unternehmens in finanzieller Schieflage*

Gerät eine Unternehmung in finanzielle Schieflage, so muss die Überwachung sämtlicher Zahlungen organisiert und durchgesetzt werden. Eine allgemeingültige Regelung, welche Zahlungen zu welchem Zeitpunkt noch getätigt werden dürfen, existiert nicht. Es gilt im Einzelfall zu entscheiden und dabei insbesondere die aktuelle und (vermutete) künftige Situation der Unternehmung zu berücksichtigen. Beispielsweise können Zahlungen, die für die Geschäftsführung (going concern) notwendig sind, getätigt werden, sofern eine begründete positive Sanierungsprognose gestellt wird. Zu denken ist dabei etwa an Mietzinszahlungen, die Zahlung von Darlehenszinsen<sup>62</sup> oder Zahlungen an wichtige Lieferanten. Kann allerdings keine begründete positive Sanierungsprognose mehr gestellt werden, sind auch Zahlungen, die für den Geschäftfortgang notwendig sind, grundsätzlich einzustellen. Bei negativer Sanierungsprognose sind die Zahlungen grundsätzlich einzustellen. In einer solchen Situation sollten – wenn überhaupt – lediglich noch Zahlungen an Gläubiger mit Konkursprivileg oder an Gläubiger, die eine im Hinblick auf die Insolvenz notwendige Leistung erbringen, getätigt werden.

Des Weiteren sind die vorgenommenen Zahlungen durch das Unternehmen in finanzieller Schieflage zu dokumentieren.<sup>63</sup> Dies etwa mit Blick darauf, dass im Bedarfsfall nachgewiesen werden kann, dass die eigene Leistung mit der Gegenleistung in einem fairen Verhältnis stand (fair market value; wobei u.a. die Notlage des Schuldners und weitere mit der kritischen Situation einhergehende, die Bewertung beeinflussende Faktoren zu berücksichtigen sind,

---

<sup>62</sup> BGE 136 III 247 E. 6.

<sup>63</sup> So sind (natürlich) die vertraglichen Grundlagen der getätigten Zahlungen aufzubewahren, im Hinblick auf die Zahlungen getätigte Abklärungen sind zu dokumentieren, etc. Des Weiteren sind im Hinblick auf die (positive oder negative) Sanierungsprognose vorgenommene Abklärungen und Überlegungen zu dokumentieren und aufzubewahren, etc.

z.B. dringender Liquiditätsbedarf zur Weiterführung des Geschäftsbetriebs)<sup>64</sup> oder mit Blick auf den Nachweis, dass es sich beim Geschäft um ein solches des üblichen Geschäftsgang handelte bzw. dass das Geschäft für die Geschäftsfortführung notwendig war. Wenn immer möglich ist bei Veräusserungen ein Auktionsverfahren bzw. ein Verkaufsprozess mit verschiedenen Käufern durchzuführen. Beim Zuschlag ist die beste Offerte zu berücksichtigen, wobei hierfür nicht nur auf den Preis abzustellen ist. Ein entsprechender Verkaufsprozess ist zur Abwehr möglicher späterer Anfechtungsansprüche möglichst gut zu dokumentieren.<sup>65</sup> Bei Zahlungen ist nach Möglichkeit ebenfalls zu dokumentieren, dass sie nicht zu einer Verschlechterung der Situation der anderen Gläubiger geführt haben. Dieser Beweis ist in der Praxis allerdings nur schwer erbringbar, fordert das Bundesgericht doch den Nachweis, dass exakt die angefochtene Zahlung kausal zu einer nicht Verschlechterung bzw. Besserstellung der Gläubiger geführt hat.<sup>66</sup> Hinzu kommt, dass die Ex-post-Beurteilung des Gerichts eine Einzelfallentscheidung ist, was die Voraussehbarkeit der gerichtlichen Beurteilung für zukünftige Fälle erschwert.<sup>67</sup>

Schliesslich gilt es zu berücksichtigen, dass Sanierungsdarlehen und Sanierungsdienstleistungen – sofern nachvollziehbar geplant, dokumentiert und durchgeführt – grundsätzlich nicht anfechtbar sind.<sup>68</sup> Die vorhandene Rechtsprechung zur Behandlung von Sanierungsdienstleistungen und -darlehen im Kontext der paulianischen Anfechtungsklagen ist allerdings noch relativ vage, so dass bei der anwaltlichen Beratung Vorsicht geboten ist. Es würde den Rahmen der vorliegenden Publikation sprengen, im Detail auf die Chancen und Risiken von im Kontext einer Sanierung vorgenommenen Zahlungen für Dienstleistungen und Kredite einzugehen. Es wird deshalb auf die

---

<sup>64</sup> Ein solcher Nachweis kann beispielsweise durch Gutachten erbracht werden, oder durch eingeholte Vergleichsofferten zum Zeitpunkt der Transaktion.

<sup>65</sup> UMBACH-SPAHN (FN 8), 173 m.w.H.

<sup>66</sup> Vgl. dazu Ziff. III.4.a) und REISER (FN 36), 108.

<sup>67</sup> UMBACH-SPAHN (FN 8), 179.

<sup>68</sup> Vgl. z.B. BGE 134 III 452 E. 5 (betr. Sanierungsdarlehen); BGE 137 III 268 E. 4.2.2 (betr. Sanierungsdienstleistungen); BGer vom 16. April 2008, 5A\_559/2007 E. 5.3 (betr. Sanierungsdienstleistungen); BGer vom 14. Oktober 2008, 5A\_64/2008 E. 5 und 6 (offen gelassen betr. Zahlungen an Verwaltungsräte).

vielfältige Literatur zu dieser Thematik verwiesen.<sup>69</sup> Lediglich der Vollständigkeit halber ist anzumerken, dass bei Zahlungen im Kontext einer Sanierung stets zu prüfen ist, ob die Sanierungsprognose noch immer positiv ist. Ebenfalls hat ein entsprechendes plausibles bzw. taugliches Sanierungskonzept vorzuliegen, welches konform mit der gemachten Sanierungsprognose ist.<sup>70</sup>

*b) Beratung Dritter*

Bestehen Anhaltspunkte für finanzielle Schwierigkeiten bei einem Geschäftspartner, müssen Erkundigungspflichten befolgt werden. Zudem sind die vorgenommenen Abklärungen und Transaktionen zu dokumentieren. Hinsichtlich der Erkundigungspflichten kann auf Ziff. III.3.b) und III.4.b)aa)bbb) oben verwiesen werden. Hinsichtlich der Dokumentation von Transaktionen auf Ziff. IV.2.a) oben.

Je früher eine potentiell problematische Transaktion durchgeführt wird, desto geringer ist die Gefahr einer späteren paulianischen Anfechtung. Dies einerseits, weil die Anfechtungstatbestände in Art. 286 f. SchKG nur Handlungen betreffen, welche in der relativ kurzen einjährigen Verdachtsfrist vorgenommen worden sind. Andererseits, weil mit zunehmender zeitlicher Entfernung zwischen der potentiell problematischen Transaktion und der Insolvenz des Schuldners der Beweis der Schädigungsabsicht bzw. deren Erkennbarkeit (Art. 288 SchKG) in der Regel schwieriger wird.

Weiss der Dritte um die finanziellen Schwierigkeiten des Geschäftspartners, sind die eigenen Leistungen nur mehr gegen Vorauszahlung zu erbringen. Es wird auf Ziff. III.4.a) oben verwiesen.

Sodann kann die Verrechnung durch den Dritten dazu dienen, gefährdete Positionen bei fallierenden Geschäftspartnern zu vermindern oder zu decken. Denn die durch den Dritten erklärte Verrechnung unterliegt nicht den Anfechtungsklagen gemäss Art. 286 ff. SchKG. Gegenstand einer Anfechtung können grundsätzlich nur vermögensmindernde Rechtshandlungen sein, die

---

<sup>69</sup> Vgl. FN 43 oben mit einer (kleinen) Auswahl an entsprechenden Aufsätzen.

<sup>70</sup> Dazu beispielsweise UMBACH-SPAHN (FN 8), 168 ff.

der Schuldner selbst – oder ein von ihm bestellter Vertreter – vor der Pfändung oder vor der Konkursöffnung vorgenommen hat.<sup>71</sup> An einer solchen Handlung des Schuldners fehlt es bei der durch den Dritten erklärten Verrechnung. Handlungen Dritter, die ohne Mitwirkung des Schuldners erfolgen, bilden keine genügende Voraussetzung für die Erhebung einer Anfechtungsklage.<sup>72</sup>

Schliesslich hat der Dritte das Vorhandensein und die Tauglichkeit bzw. Plausibilität des Sanierungskonzepts des Schuldners sowie die Aktualität der Sanierungsprognose stets zu prüfen und zu dokumentieren, sofern er Darlehen oder Dienstleistungen im Kontext einer Sanierung erbringen will. Dies, damit im Bedarfsfall der zulässige Sanierungszweck des erbrachten Darlehens bzw. der erbrachten Dienstleistung nachgewiesen werden kann.

## V. Fazit

Die Beweislastverteilung bei paulianischen Anfechtungsklagen stellte und stellt noch immer einen wesentlichen Grund für die eher geringe Bedeutung dieses Rechtsbehelfs im forensischen bzw. gerichtlichen Alltag dar. Diese Beweisproblematik wurde im Zuge der jüngsten SchKG-Revision adressiert, mit dem Ziel, die Attraktivität von Anfechtungsklagen insbesondere im konzerninternen Verhältnis zu steigern.

Die Beweisproblematik bei paulianischen Anfechtungsklagen wurde jedoch bereits durch die bundesgerichtliche Praxis zu den Swissair-Fällen entschärft. Insbesondere, weil der schwierige Beweis der subjektiven Tatbestandselemente bei der Absichtsanfechtung stark objektiviert worden ist.

Es wird sich daher weisen, ob durch die gesetzlichen Neuerungen zur paulianischen Anfechtung deren Attraktivität tatsächlich noch weiter erhöht wird. Denn andere Gründe, welche Anfechtungsklagen für die klagende Partei unattraktiv machen – insbesondere die Verdachtsfristen und natürlich das hohe Prozess- bzw. Kostenrisiko – blieben von der Revision unberührt.

---

<sup>71</sup> AMONN/WALTHER (FN 7), § 52 N 5.

<sup>72</sup> BGer vom 7. Juli 2008, 5A\_44/2008 E. 2; speziell zur Verrechnung von Kontoguthaben: UMBACH-SPAHN (FN 8), 176 f.