
Paulianische Anfechtung und aktienrechtliche Verantwortlichkeit

Auswirkungen der neueren Bundesgerichtspraxis zur Absichtspauliana auf Verantwortlichkeitsprozesse

PETER FORSTMOSER

Inhaltsübersicht

I.	Fragestellung	432
II.	Die Bundesgerichtsentscheide zur Absichtsanfechtung nach Art. 288 SchKG aus den Jahren 2008 und 2009 und ihre Beurteilung durch die Lehre	433
	A. Die Urteile	433
	B. Würdigung in der Lehre	437
III.	Aktienrechtliche Sorgfaltspflichten im Vergleich mit der Regelung des SchKG	439
	A. Die Pflicht der aktienrechtlichen Organe, die Interessen der Gesellschaft zu wahren	439
	B. Aktienrechtliche Gleichbehandlungspflicht zugunsten der Aktionäre, nicht aber zugunsten der Gläubiger	441
	C. Ergebnis	445
IV.	Unterschiedlicher Schaden in der Absichtspauliana und der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit	445
V.	Weitere Unterschiede	447
VI.	Fazit	447

RUEDI TSCHÄNI hat das schweizerische Recht der Umstrukturierungen und seine vielfältigen Verästelungen geprägt – als Praktiker und als einer der Vorreiter der theoretischen Aufarbeitung dieses ausufernden Rechtsgebietes¹. TSCHÄNI ist aber auch ein

¹ So etwa durch sein seit 1998 alljährlich stattfindendes Seminar «Mergers & Acquisitions», dessen Ergebnisse jeweils in einem Tagungsband zugänglich gemacht werden, aber auch durch seine umfassenden Publikationen, von denen nur zwei erwähnt seien: Das führende Handbuch «M&A-Transaktionen nach Schweizer Recht» (Zürich 2003) und die gemeinsam mit JACQUES IFFLAND und HANS-JAKOB DIEM verfasste Monographie «Öffentliche Kaufangebote» (2. Aufl., Zürich 2010).

hervorragender Aktienrechtler, weshalb es erlaubt sein mag, ihm eine Studie zu widmen, die nicht direkt mit seinem *core business* zu tun hat, wohl aber mit dem Umfeld von Umstrukturierungen. Es geht um die rechtliche Beurteilung von Handlungen, die der *Verwaltungsrat* oder die *Geschäftsleitung* einer AG in *Konkursnähe* vornimmt.

I. Fragestellung

a) Nach Art. 288 SchKG sind anfechtbar

«alle Rechtshandlungen, welche der Schuldner ... in der dem andern Teile erkennbaren Absicht vorgenommen hat, seine Gläubiger zu benachteiligen oder einzelne Gläubiger zum Nachteil anderer zu begünstigen».

Zu dieser sogenannten *Absichtspauliana* hat das Bundesgericht in den Jahren 2008 und 2009 mehrere Entscheide gefällt, aufgrund von Tatbeständen, die überwiegend – aber nicht ausschliesslich – mit dem Zusammenbruch der Swissair zusammenhängen².

b) Es stellt sich die Frage nach der Tragweite, welche diese Urteile für Ansprüche aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit haben könnten. Konkret: Legt die Gutheissung einer paulianischen Anfechtungsklage auch eine Bejahung aktienrechtlicher Verantwortlichkeit gestützt auf den gleichen Sachverhalt nahe? Oder geht es um zwei verschiedene Paar Schuhe?³

² Am meisten Beachtung gefunden hat der Entscheid betreffend die Rückzahlung eines Bankdarlehens an die Zürcher Kantonalbank, BGE 134 III 452 ff. («ZKB-Urteil»). Amtlich publiziert sind drei weitere Entscheide: BGE 134 III 273 ff. («Exxon-Urteil»), BGE 134 III 615 ff. («Tempus-Urteil»), BGE 135 III 265 ff. («Flughafen-Urteil»).

Eine umfassende Darstellung und Kritik sowohl der amtlich publizierten wie der nicht amtlich veröffentlichten neueren Bundesgerichtspraxis zur Absichtspauliana findet sich bei HANS-UELI VOGT, Krisenmanagement unter dem Damoklesschwert der paulianischen Anfechtung, GesKR 2009, 163 ff.; ergänzt durch die Besprechung zweier weiterer Entscheide durch HANS-UELI VOGT/THOMAS KÄSER, Paulianische Anfechtung der Rückzahlung eines Kredits und von Zahlungen im Rahmen einer *share swap transaction*, GesKR 2009, 583 ff. Nach der Publikation der Entscheidbesprechung von VOGT/KÄSER sind zwei weitere Entscheide gefällt worden: Urteil 5A_116/2009 vom 28.9.2009 und Urteil 5A_758/2008 vom 24.2.2010 (zur Publikation vorgehen).

³ Der Verfasser hat zu dieser Frage im Rahmen der Swissair-Verfahren eine Stellungnahme abgegeben.

- c) Insbesondere bestehen zwei Problemfelder:
- Ist die *Begünstigung eines Gläubigers* vor anderen, wie sie der Anfechtungspauliana gemäss Art. 288 SchKG zugrunde liegt, zwangsläufig auch eine *Pflichtverletzung im Sinne von Art. 754 Abs. 1 OR*?
 - Ist die *Begünstigung eines Gläubigers* notwendig mit einer *Schädigung der Gesellschaft* verbunden, für die aufgrund des aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrechts Ersatz verlangt werden kann?
- d) Im Folgenden werden zunächst die neuere Bundesgerichtspraxis und ihre Beurteilung durch die Lehre referiert (Ziff. II). Anschliessend wird geprüft, was sich daraus für allfällige Ansprüche aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit ergibt, insbesondere
- für das Tatbestandselement der schuldhaften Pflichtverletzung (Ziff. III) und
 - für die Bemessung des Schadens (Ziff. IV).
- Nach einem kurzen Hinweis auf (wie sich zeigen wird) weitere Unterschiede zwischen der paulianischen Anfechtungs- und der Verantwortlichkeitsklage (Ziff. V) werden die Ergebnisse in Ziff. VI kurz zusammengefasst.

II. Die Bundesgerichtsentscheide zur Absichtsanfechtung nach Art. 288 SchKG aus den Jahren 2008 und 2009 und ihre Beurteilung durch die Lehre

A. Die Urteile

Zu erwähnen sind folgende Positionen und Tendenzen, die sich den Entscheiden der beiden letzten Jahre entnehmen lassen:

- a) Zunächst fällt auf, dass das Bundesgericht den *Interessen der Gläubiger* im Vergleich zu denen der Gesellschaft im Überlebenskampf ein *sehr starkes Gewicht* beimisst: So wurde etwa bei der Bezahlung von Honoraren der Revisionsstelle bzw. von Beratern eine Gläubigerbegünstigung angenommen, obwohl die erbrachten Dienstleistungen nach Ansicht des Bundesgerichts für die Gesellschaft einen Wert darstellten⁴. In einem anderen Urteil⁵ hat das Bundesgericht im Gegensatz zur Vorinstanz die Rückzahlung eines Darlehens für paulianisch anfecht-

⁴ BGE 134 III 615 ff., 621.

⁵ BGE 134 III 452 ff., insb. 459 ff.

bar erklärt. Dies, obwohl aus Sicht der Gesellschaft die *Rückzahlung erforderlich war, um einen Zusammenbruch der Schuldnerin zu vermeiden*⁶.

- b) Damit geht einher, dass das Bundesgericht hohen Wert auf eine *Gleichbehandlung aller Gläubiger* legt⁷.

Werden Gläubiger ungleich behandelt, dann liegt nach der Praxis des Bundesgerichts eine gemäss Art. 288 SchKG anfechtbare Rechtshandlung vor, und zwar selbst dann, wenn daraus für die *übrigen Gläubiger Vorteile* erwachsen, mithin auch unabhängig davon, ob die Rechtshandlung das Vermögenssubstrat der Schuldnerin insgesamt vermindert oder nicht:

«Dans le cadre de la révocation, il suffit que le bénéficiaire ait été avantagé par rapport aux autres créanciers, en violation du principe de l'égalité entre les créanciers ... De ce point de vue, il importe peu que l'acte incriminé ait contribué à limiter la perte des autres créanciers.»⁸

- c) Voraussetzung für eine paulianische Anfechtung ist eine *Gläubigerschädigung*. Diese ist dann ausgeschlossen, wenn der Leistung an einen Gläubiger eine entsprechende Gegenleistung gegenübersteht. Das wird im Grundsatz auch vom Bundesgericht anerkannt:

«Eine Schädigung der Gläubiger tritt in der Regel nicht ein, wenn die angefochtene Rechtshandlung im Austausch gleichwertiger Leistungen besteht, ...»⁹.

Doch wendet das Bundesgericht diesen Grundsatz *restriktiv* an:

- So schränkt es die Regel, es gebe keine Schädigung beim Austausch gleichwertiger Leistungen, sogleich ein, indem es nach dem zitierten Passus weiterfährt:

⁶ Hätte die Gläubigerin (die Zürcher Kantonalbank) ihre Forderung zwangsweise durchsetzen wollen und die Schuldnerin in Verzug gesetzt, dann wären – so die Argumentation – aufgrund von *cross default*-Klauseln weitere Darlehen fällig geworden, was unweigerlich den Zusammenbruch der Unternehmung bewirkt hätte.

⁷ Vgl. BGE 134 III 615 ff., 620 f. Wiederum wird die Position der Gläubiger in den Vordergrund gestellt, und es wird etwa betont, dass es für die Forderungen der Revisionsstelle keinerlei Privilegien geben könne.

In einem neuesten Entscheid (Urteil 5A_758/2008 vom 24.2.2010) äussert sich das Bundesgericht freilich *zurückhaltender*: Es wird zwar auf «die dem Insolvenzrecht zugrunde liegende Maxime der Gläubigergleichbehandlung» hingewiesen, die durch die Anfechtungsklagen gemäss Art. 285 ff. SchKG «gewissermassen auf die Verdachtsperiode vorverlagert» werde. Anschliessend erklärt das Bundesgericht jedoch: «In diesem Stadium kann jedoch die Gleichbehandlung der Gläubiger weder absolute Maxime noch Selbstzweck sein; insofern handelt es sich bei der Anfechtungsklage um einen Ausnahmetatbestand, der seiner Natur nach restriktiv zu handhaben ist.» (E. 2). Die Anfechtungsklage – gerügt wurden Zinszahlungen auf einem Bankdarlehen – wurde abgewiesen.

⁸ Urteil 5A_469/2007 vom 4.9.2008, E. 6.3.3.

⁹ BGE 134 III 452 ff., 455 E. 3.1 («ZKB-Urteil»).

«es sei denn, der Schuldner habe mit dem Geschäft den Zweck verfolgt, über seine letzten Aktiven zum Schaden der Gläubiger verfügen zu können»¹⁰.

- Weiter wird der Grundsatz dadurch eingeschränkt, dass er vom Bundesgericht nur angewendet wird, wenn die Schuldnerin im *Voraus oder gleichzeitig* leistet. «Bei *nachträglicher Leistung* durch den Schuldner wird die dem Schuldner schon vorgängig erbrachte Gegenleistung nicht berücksichtigt ...»¹¹.
- In der *Rückzahlung von Darlehen* liegt nach dem Bundesgericht – falls nicht Vorrechte aufgrund eines Konkursprivilegs oder einer dinglichen Sicherung zu beachten sind – stets eine Gläubigerschädigung:

«Die Darlehensrückzahlung an Gläubiger, denen weder ein Konkursprivileg noch ein dingliches Vorrecht zusteht, schädigt die übrigen Gläubiger, indem sie das Vollstreckungsergebnis oder ihren Anteil daran vermindert, und begünstigt die befriedigten gegenüber den verbleibenden Gläubigern ...»¹².

d) Die Absichtsanfechtung setzt eine *Schädigungsabsicht* und deren *Erkennbarkeit durch den bevorzugten Gläubiger* voraus. Auch in dieser Hinsicht wendet das Bundesgericht Massstäbe an, die eine erfolgreiche *Anfechtung begünstigen*:

- Hinsichtlich der *Selbsteinschätzung des Schuldners* betreffend seine finanzielle Lage sind die vom Bundesgericht angelegten Massstäbe in den Entscheiden der letzten Zeit unterschiedlich¹³, ebenso bei der Beurteilung der Frage, ob eine Rechtshandlung angesichts der Notlage des Schuldners *geschäftsmässig geboten* war. Auf der mit Bezug auf die Anforderungen an die Schuldnerin rigiden Seite liegt BGE 135 III 265 ff., dessen massgebende Passagen wie folgt referiert und zitiert werden können:

Zunächst werden die Erwägungen des Handelgerichts zusammengefasst. Dieses hatte unter anderem festgehalten:

«Es seien nicht wahllos einzelne Gläubiger befriedigt worden: vielmehr sei die angefochtene Zahlung eine von 22 Zahlungen im Gesamtumfang von Fr. 62 Mio. im Bereich der Flughafen- und Flugsicherungsgebühren, der Zeitschriftenlogistik, der Treibstofflieferungen, der Leasingzinsen sowie der operativen Kosten im In- und Ausland gewesen. Auch die Art der Zahlung

¹⁰ A.a.O.

¹¹ VOGT (FN 2), 176, mit Hinweis auf die analysierten Bundesgerichtsentscheide. – Im erwähnten neuesten Urteil 5A_758/2008 vom 24.2.2010 erklärt das Bundesgericht bei Darlehen immerhin *Zinszahlungen* als grundsätzlich paulianisch nicht anfechtbar, auch dann nicht, wenn die Zinszahlung *postnumerando* erfolgt, nach Abschluss der Periode, für die sie geschuldet ist (E. 6).

¹² BGE 134 III 452 ff., 455 E 3.1, mit Hinweis auf einen früheren Entscheid.

¹³ Vgl. die Analyse bei VOGT (FN 2), 180 f.

spreche gegen eine Schädigungsabsicht, sei es doch um die jeden Monat anfallenden Gebühren gegangen ...»¹⁴.

Angesichts dieser und weiterer Umstände sei es – so das Handelsgericht – «nachvollziehbar, dass die Swissair-Verantwortlichen die angefochtene Zahlung als betriebsnotwendig eingestuft und diese deshalb getätigt hätten»¹⁵.

Das Bundesgericht lässt dies nicht gelten. Aus der Korrespondenz zwischen der Swissair und ihrer Gläubigerin schliesst es vielmehr, letztere habe

«an keiner Stelle unmittelbar die Drohung erhoben ..., ganz konkret den Start oder die Landung von Flugzeugen zu verunmöglichen ...», und es sei «von der sofortigen Tilgung der bestehenden Forderungen als weitere Leistungsvoraussetzung [neben Bankgarantien oder Vorauszahlungen für künftige Leistungen] ... nirgends die Rede». Die Gläubigerin habe vielmehr operative Hindernisse für die Swissair «um jeden Preis vermeiden» wollen¹⁶.

Aus all dem folgert das Bundesgericht:

«All diese Elemente lassen keinen anderen Schluss zu, als dass weitere Dienstleistungen nicht von der Bezahlung früherer Rechnungen abhängen und insbesondere die Beschwerdegegnerin [die Gläubigerin] die Swissair-Flotte auch ohne Vornahme der angefochtenen Zahlungen hätte starten und landen lassen.»¹⁷

Diese Ausführungen erscheinen eher blauäugig, insbesondere, wenn man sich an die Hektik jener Zeit und daran erinnert, dass die Swissair damals ein Grounding hinter sich hatte. Sie zeugen von einer (nicht in allen Entscheiden durchgehaltenen¹⁸) Tendenz, die *Absicht einer Gläubigerbegünstigung sehr rasch zu bejahen*.

- Auch hinsichtlich der *Erkennbarkeit* durch den Begünstigten scheint das Bundesgericht wenig zu verlangen. Im soeben referierten Entscheid BGE 135 III 265 ff. meint es – nach einem Hinweis auf die Berichterstattung in den Medien und die allgemeine Kenntnis der katastrophalen Situation der Swissair –:

«Sie [die Gläubigerin] selbst war es, die angesichts dieser Situation massiv Druck auszuüben begann, die Swissair fast täglich an ihre Zahlungspflichten mahnte, ab dem 1. Oktober die künftige Leistungserbringung von Garantien bzw. Vorauszahlungen abhängig machte und im Anschluss an das Grounding vom 2. Oktober am Folgetag sogar ein Retentionsrecht an der Flugzeug-Flotte für sich in Anspruch nahm. Zu solch ungewöhnlichen Massnahmen gegenüber einem langjährigen und engen Vertragspartner ... schreitet einzig ein Gläubiger, der jede nicht sofort getilgte oder gar im Vor-

¹⁴ Wiedergabe in BGE 135 III 265 ff., 272.

¹⁵ Wiedergabe a.a.O.

¹⁶ BGE 135 III 265 ff., 274.

¹⁷ A.a.O.

¹⁸ Vgl. zum Gegenbeispiel des «Tempus-Urteils» die Ausführungen von VOCT (FN 2), 181.

aus bezahlte Forderung als mit einem grossen Verlustrisiko behaftet sieht ...»¹⁹.

Diese Ausführungen überzeugen, sie stehen aber in einem *merkwürdigen Gegensatz* zu den unmittelbar vorher gemachten betreffend die *Begünstigungsabsicht der Schuldnerin*: Wurde dort das Risiko einer Liefersperre heruntergespielt und deshalb die *Absicht einer Begünstigung bejaht*, so wird nun umgekehrt auf den *massiven Druck* hingewiesen, den die Gläubigerin auszuüben bereit war.

Dass das Bundesgericht in den Swissair-Urteilen bisher eine betont anfechtungsfreundliche Praxis verfolgt hat, zeigt sich auch darin, dass aufgrund der vom Bundesgericht selbst hervorgehobenen Elemente des Sachverhalts auch *genau umgekehrt hätte argumentiert und entschieden* werden können:

- Der ausgeübte massive Druck, die fast täglichen Mahnungen und die weiteren «ungewöhnlichen Massnahmen gegenüber einem langjährigen und engen Vertragspartner» hätten als Begründung dafür dienen können, dass die Schuldnerin und ihre Organe die veranlasste Zahlung (wie die weiteren im gleichen Zeitraum erfolgten Zahlungen) für *geschäftsmässig geboten* hielten und halten durften, um von der Gesellschaft Druck wegzunehmen. Daraus ergäbe sich eine *Verneinung der Begünstigungsabsicht*.
 - Umgekehrt hätte das Fehlen unmittelbarer Drohungen und der Verzicht darauf, neue Dienstleistungen von der Bezahlung früherer Rechnungen abhängig zu machen, Hinweis dafür sein können, dass zumindest die Gläubigerin die Situation nicht als derart katastrophal empfand, dass sie mit allen Mitteln zu retten suchte, was zu retten war. Dies würde gegen die *Erkennbarkeit* der Begünstigungsabsicht sprechen.
- e) All dies zeigt, dass in der bundesgerichtlichen Praxis *geringe Voraussetzungen für eine erfolgreiche paulianische Anfechtung* aufgestellt werden – jedenfalls in den bisherigen Verfahren rund um den Zusammenbruch der Swissair.

B. Würdigung in der Lehre

In der Lehre hat sich – wie erwähnt – vor allem HANS-UELI VOGT sehr ausführlich mit der neueren bundesgerichtlichen Judikatur zur Absichtspauliana auseinandergesetzt. VOGT kritisiert diese Praxis mit ausführlichen und überzeugenden Begründungen in verschiedener Hinsicht:

¹⁹ BGE 135 III 265 ff., 275.

- a) Ausgehend von der Feststellung, dass nach der bundesgerichtlichen Praxis den Interessen der Gläubiger (im Vergleich zu denen der Gesellschaft «grosses Gewicht zukommt»²⁰) folgert er,

«dass das Bundesgericht das Verhalten eines Schuldners in einer finanziellen Notlage streng beurteilt», weshalb «wenig Raum für den ... Einwand [bleibt], der Schuldner habe die angefochtenen Dispositionen in guten Treuen und im Interesse aller Beteiligten, auch der Gläubiger, getroffen»²¹.

VOGT postuliert:

«Eine Rückbesinnung auf den Kern der Absichtsanfechtung würde der Praxis des Bundesgerichts etwas von ihrer übermässigen Strenge gegenüber den Schuldnern nehmen, einer Strenge, die nicht im Interesse aller Beteiligten, auch nicht im Interesse der Gläubiger, liegt.»²²

- b) Festgehalten (und kritisiert) wird zudem, dass Klagen auch dann gutgeheissen werden können, wenn das Vollstreckungssubstrat nicht vermindert wurde²³:

«Indem es [das Bundesgericht] die Gläubigerbevorzugung ganz allgemein als eine unter Umständen eigenständige Tatbestandsvariante der Gläubigerschädigung anzuerkennen scheint, überschreitet das Bundesgericht m.E. die durch die *ratio legis* gesetzten Grenzen der Absichtsanfechtung.»²⁴

- c) Auch die Gutheissung einer Beschwerde allein deswegen, weil Gläubiger ungleich behandelt wurden, wird von VOGT herausgearbeitet und kritisiert:

«Eine paulianische Anfechtung *allein* wegen einer *Ungleichbehandlung von Gläubigern* zuzulassen, bedeutet eine Immobilisierung jedes Schuldners, der mit einer Anfechtung seiner Rechtshandlungen rechnet. (Das gilt ganz besonders dann, wenn eine Schädigungsabsicht auch bei blosser Inkaufnahme einer Schädigung angenommen wird.) Wer alle gleich behandeln muss ..., der kann praktisch nicht handeln»²⁵.

- d) Kritisiert wird weiter, dass die bundesgerichtliche Praxis eine *Schädigungsabsicht* auch in Fällen annimmt,

«bei denen von einer eigentlichen Schädigungsabsicht keine Rede sein konnte ...»²⁶.

²⁰ VOGT (FN 2), 163.

²¹ A.a.O., 174 f.

²² A.a.O., 175.

²³ A.a.O., 175.

²⁴ A.a.O., 177.

²⁵ A.a.O., 177.

²⁶ A.a.O., 179.

e) Aufgrund seiner Analyse kommt VOGT zum Schluss, dass

«ein stärker am Zweck der schuldnerischen Leistung orientierter Ansatz bei der Schädigungsabsicht der *lex lata* besser entspricht.»²⁷

Dem ist beizupflichten. Vor allem aber – und dies ist das Hauptthema der vorliegenden Skizze – ist zu zeigen, dass sich aus der *Praxis zur Absichtspauliana* nur sehr begrenzt Schlüsse für die Tragweite der aktienrechtlichen Organverantwortlichkeit ziehen lassen.

III. Aktienrechtliche Sorgfaltspflichten im Vergleich mit der Regelung des SchKG

Das SchKG will – wie gezeigt²⁸ – eine Gleichbehandlung aller Gläubiger (unter Vorbehalt konkursrechtlicher Privilegien) sicherstellen²⁹. Die *Absichtspauliana* gibt dem ungleich behandelten Gläubiger eine Klagemöglichkeit, um sich gegen seine Benachteiligung zur Wehr zu setzen.

Ganz anders ausgerichtet ist die *aktienrechtliche Ordnung*: Hier geht es um die *Wahrung der Interessen der Gesellschaft*. Mit der *Verantwortlichkeitsklage* sollen die Gesellschaft selbst, ihre Aktionäre und im Konkursfall auch die Gläubiger Leistungen erzwingen können, wenn Sorgfaltspflichten verletzt worden sind.

Im Einzelnen Folgendes:

A. Die Pflicht der aktienrechtlichen Organe, die Interessen der Gesellschaft zu wahren

a) Das Gesetz umschreibt die Pflichten der im Verwaltungsrat und in der Geschäftsleitung einer AG Tätigen generell in Art. 717 OR: Alle mit der Geschäftsführung befassten Personen müssen sorgfältig handeln und dabei «*die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen wahren*».

Diese sehr allgemeine Formulierung belässt den Handelnden einen grossen *Ermessensspielraum*³⁰, zumal in einer AG die verschiedensten Interessen gebündelt

²⁷ A.a.O., 179.

²⁸ Vgl. vorn bei FN 7 f.

²⁹ Wobei sich über die Reichweite dieser Zielvorgabe – wie gezeigt – durchaus streiten lässt.

³⁰ Dies wird vor allem von der Lehre der sogenannten *Business Judgment Rule*, auf die in neuerer Zeit auch das Bundesgericht Bezug genommen hat, betont. Dazu statt aller ANDREA R. GRASS: *Business Judgment Rule*. Schranken der richterlichen Überprüfbarkeit von Management Ent-

sind³¹. Zweifellos muss das Interesse der Aktionäre im Zentrum stehen. Daneben darf und soll aber auch das der Mitarbeitenden Beachtung finden. Wie die Gewichtung im Falle von Konflikten vorzunehmen ist, wird unterschiedlich beantwortet werden, je nachdem, ob der *Shareholder-value*- oder der *Stakeholder-value-Ansatz* zugrunde gelegt wird, wobei das Bundesgericht in neuerer Zeit eher zum *Stakeholder-value-Ansatz* hin tendiert:

«Le devoir de diligence de l'administrateur implique une prise en compte des intérêts légitimes à la fois de la société, des actionnaires, des créanciers et du personnel de l'entreprise.»³²

- b) In *Konkursnähe* besteht kein Anlass, von dieser allgemeinen Leitlinie für das Handeln von Organen abzuweichen. Weiterhin geht es darum, «*die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen [zu] wahren*».

Wohl aber ergibt sich bei der Umsetzung und *Konkretisierung* eine klare Fokussierung: Bei der konkursgefährdeten Gesellschaft geht es vor allem darum, *alles zu unternehmen, was die Überlebenschancen der Unternehmung verbessert*. Es ist dies das offenkundige *Primärinteresse* der Gesellschaft, das im Interesse aller *Stakeholder-Gruppen* liegt und dem alle anderen Interessen untergeordnet werden müssen.

Im Gesetz ist dies indiziert, indem für die Gesellschaft in vermögensmässig kritischer Situation in Art. 725 Abs. 1 OR die Ausarbeitung von *Sanierungsmassnahmen* vorgeschrieben wird.

Daraus folgt auch, dass in kritischer Lage die *Erfüllung und Priorisierung von Zahlungsverpflichtungen* sich einzig an der Überlegung zu orientieren hat, *was nötig oder nützlich ist, um die Überlebenschancen der Gesellschaft zu verbessern*.

In einer solchen Betrachtungsweise lässt es sich rechtfertigen – oder ist es geradezu Pflicht –, bei finanziell knapper Liquidität zunächst diejenigen Gläubiger zu befriedigen, auf deren *Zusammenarbeit man in naher Zukunft in erster Linie angewiesen ist*, oder auch diejenigen, die *am meisten Druck ausüben*. Es lässt sich – und all dies ist aufgrund der Umstände im Einzelfall zu entscheiden – auch rechtfertigen, einzelne *grosse* Gläubiger zumindest teilweise zu befriedigen, um sie dazu zu be-

scheidungen in aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsprozessen (Diss. Zürich 1998 = SSW 186).

³¹ Bezüglich der aus Art. 717 Abs. 1 OR folgenden Verhaltenspflichten sei allgemein auf die aktienrechtliche Literatur verwiesen, besonders etwa auf die Kommentierungen von ROLF WATTER im Basler Kommentar, ERIC HOMBURGER im Zürcher Kommentar sowie von GEORG KRNETA, Praxis-Kommentar Verwaltungsrat, 2. Aufl., Bern 2005, sodann auf die systematischen Darstellungen von PETER BÖCKLI und PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL und die Handbücher von MARC BAUEN/SILVIO VENTURI, Der Verwaltungsrat, Zürich 2007, und ROLAND MÜLLER/LORENZ LIPP/ADRIAN PLÜSS, Der Verwaltungsrat, ein Handbuch für die Praxis, 3. Aufl., Zürich 2007.

³² Urteil 4A_188/2007 vom 13.9.2007, E. 4.3.5.

wegen, weitere Forderungen nicht fällig zu stellen. Oder es drängt sich – gerade umgekehrt – auf, die laufenden *kleineren* Verpflichtungen, etwa von Lieferanten, zu honorieren und so die Weiterführung des Geschäftsbetriebs zu sichern³³, während mit Grossgläubigern eine einvernehmliche Lösung gesucht wird.

In einer Gesellschaft, die eine Reihe von Darlehen bei verschiedenen Gläubigern aufgenommen und/oder Anleiheobligationen ausstehend hat, ist dabei insbesondere auf die Wirkung von *cross default-Klauseln* in den Darlehensverträgen zu achten: Diese haben zur Folge, dass durch den Verzug mit der Zahlung einer einzelnen Forderung auch *alle übrigen fällig* werden, was unweigerlich zum Zusammenbruch der Schuldnerin führt. In einer solchen Situation kann es geschäftsmässig zwingend geboten sein, gewisse Gläubiger prioritär zu bedienen.

- c) Zusammenfassend also: Welche Forderung zu welchem Zeitpunkt und mit welchen Modalitäten honoriert wird, ist eine Frage, die aktienrechtlich *ausschliesslich mit Blick auf das Gesellschaftsinteresse* zu beantworten ist, im normalen Geschäftsgang genauso wie in Konkursnähe. *Zwischen SchKG und Aktienrecht besteht mithin eine grundlegende Wertungsdifferenz.*

B. Aktienrechtliche Gleichbehandlungspflicht zugunsten der Aktionäre, nicht aber zugunsten der Gläubiger

- a) Ein grundlegender Unterschied zwischen der konkursrechtlichen und der aktienrechtlichen Ordnung besteht sodann in Bezug auf die *Gleichbehandlungspflicht*. Zwar kennen beide Ordnungen das Gleichbehandlungsgebot, aber mit *unterschiedlichen Adressaten*:
- b) Das *SchKG* – und ganz besonders die Bestimmungen zur *Absichtspauliana* – haben in erster Linie das Ziel, die *Gläubiger* gleich zu stellen³⁴. Daher sind Rechtshandlungen anfechtbar, die den Zweck haben, «einzelne Gläubiger zum Nachteil anderer zu begünstigen»³⁵.
- c) Ganz anders das *Aktienrecht*: Hier betrifft die Gleichbehandlungspflicht die *Aktionäre*. Diese sind von den Organen «unter gleichen Voraussetzungen gleich zu behandeln»³⁶.

³³ Nach der Erfahrung des Verfassers kommt dies in der Praxis oft vor. Auch bei der Swissair dürften solche Überlegungen angestellt worden sein, wenn kurz vor dem Zusammenbruch 22 ausgewählte Gläubiger befriedigt wurden (vgl. dazu das Zitat vorn bei FN 14).

³⁴ Vgl. vorn bei FN 7 f.

³⁵ Art. 288 SchKG.

³⁶ Art. 717 Abs. 2 OR; dazu grundlegend CLAIRE HUGUENIN JACOBS, Das Gleichbehandlungsprinzip im Aktienrecht, Zürich 1994. Vgl. auch Art. 706 Abs. 2 Ziff. 3 OR.

Eine aktienrechtliche Gleichbehandlungspflicht zugunsten der Gläubiger gibt es hingegen nicht. Dies ist in der Literatur völlig unbestritten:

In der einschlägigen Monographie von THOMAS REBSAMEN³⁷ wird zum Stichwort «Gleichbehandlung der Gläubiger» generell festgehalten:

«Die Aktiengesellschaft ist zwar ihren Aktionären gegenüber zur Gleichbehandlung verpflichtet. Zu ihren Gläubigern steht sie aber grundsätzlich gleich wie ein beliebiger Schuldner» [weshalb keine Gleichbehandlungspflicht besteht]³⁸.

Zwar erkennt REBSAMEN auch im Aktienrecht die Zielsetzung, Gläubiger gleich zu behandeln: Diese *erschöpfe sich aber in den Massnahmen, die für eine rechtzeitige Konkursöffnung sorgen sollen*, also in der in Art. 725 Abs. 2 OR geregelten Benachrichtigungspflicht:

«Das Gesetz will [durch die rechtzeitige Konkursöffnung] vermeiden, dass einzelne Gläubiger einer überschuldeten Aktiengesellschaft vor den übrigen befriedigt und somit bevorzugt werden.»³⁹

Eine *selbstständige Bedeutung* komme der Pflicht zur Gleichbehandlung von Gläubigern im Aktienrecht nicht zu.

- DIETER GESSLER⁴⁰, der sich mit dem Verhältnis zwischen Art. 167 StGB und der paulianischen Anfechtung befasst, hält fest, dass zwar das Aktienrecht eine (relative) Gleichbehandlung der Aktionäre verlange, doch existiere:

«ein solcher Gleichbehandlungsgrundsatz ... für die Gläubiger der AG nicht.»⁴¹

Zum Verhältnis von Aktienrecht und SchKG führt GESSLER aus:

«Es erscheint deshalb als fragwürdig, aus dem Gleichbehandlungsgebot der Gläubiger im Konkurs über die im SchKG geregelten Tatbestände der paulianischen Anfechtung hinaus einer möglicherweise überschuldeten AG neben den in Art. 725 OR statuierten Pflichten noch eine aktienrechtliche Gleichbehandlungspflicht der Gläubiger aufzuerlegen.»⁴²

- HUGUENIN kommt in ihrer Habilitationsschrift zum Gleichbehandlungsprinzip im Aktienrecht⁴³ schon gar nicht auf die Idee, über eine allfällige Gleichbehandlung der Gläubiger nachzudenken: Soweit ersichtlich kommt das Wort «Gläubiger» in ihrer Arbeit nicht vor.

³⁷ THOMAS REBSAMEN, Die Gleichbehandlung der Gläubiger durch die Aktiengesellschaft, Diss. Fribourg 2004 = AISUF 231.

³⁸ A.a.O., N 1173.

³⁹ A.a.O., N 727; vgl. auch N 1181 und die «Pflichtenliste» in N 904 ff.

⁴⁰ Gläubigerbegünstigung durch die Aktiengesellschaft, in: FS Forstmoser, Zürich 2008, 401 ff.

⁴¹ A.a.O., 402.

⁴² A.a.O., 412, mit Kritik am Urteil 5C.29/2000 vom 19.9.2000 («Raichle-Urteil»).

⁴³ Zit. vom FN 36.

– VOGT schliesslich betont

«die (bis zum Zeitpunkt der Konkurseröffnung bestehende) Freiheit eines jeden Schuldners, über sein Vermögen zu verfügen und die Reihenfolge und den Umfang der Befriedigung seiner Gläubiger selber zu bestimmen»⁴⁴.

d) In *Konkursnähe* sind – wie schon erwähnt – die besonderen Vorschriften von Art. 725 OR zu beachten. Damit wird – indirekt – auch der Gleichbehandlung der Gläubiger Rechnung getragen, soweit das Aktienrecht dies will. Irgendwelche darüber hinausgehende Pflichten zur Gleichbehandlung sind nicht vorgesehen, und es kann im Gegenteil die aktienrechtliche Sorgfaltspflicht gerade in dieser Situation eine *Ungleichbehandlung der Gläubiger rechtfertigen bzw. gebieten*⁴⁵.

e) Zur *Praxis des Bundesgerichts* ist Folgendes festzuhalten:

– In der Lehre wird gelegentlich das «Raichle-Urteil»⁴⁶ als ein Fall erwähnt, in welchem das Bundesgericht in *Konkursnähe* eine Gleichbehandlung der Gläubiger verlangt habe⁴⁷. Eine Lektüre der Urteilsbegründung zeigt jedoch, dass dies nicht zutrifft:

Das Bundesgericht betont vielmehr, dass trotz einer (desolaten) wirtschaftlichen Situation «Sanierungsbestrebungen in keiner Weise in Angriff genommen worden» waren und dass daher im Zeitpunkt der umstrittenen Zahlung «eine dauerhafte Fortsetzung der gesellschaftlichen Tätigkeit nicht mehr ernsthaft in Betracht» gekommen sei⁴⁸. Es weist auf die kritischen Bemerkungen der Revisionsstelle hin und hält fest, dass «[m]it einer Entschärfung der kritischen Situation ... nicht zu rechnen», vielmehr eine Verschlimmerung zu erwarten war⁴⁹.

Das Bundesgericht folgert aus den konkreten Umständen:

⁴⁴ VOGT (FN 2), 181, mit Hinweisen.

⁴⁵ Vgl. etwa VOGT (FN 2), 184: «Während dies [d.h. die Bestimmung der Reihenfolge und des Zeitpunktes der Erfüllung von Forderungen] in ruhigen Zeiten kaum problematisch ist, konkretisiert sich die Sorgfaltspflicht bei der Ausübung des entsprechenden *unternehmerischen Ermessens* in Krisensituationen im Lichte der dann aktuellen, besonderen Interessen der Gesellschaft. Die Sorgfaltspflicht kann in solchen Situationen gebieten, Ansprüche von strategisch oder für den gewöhnlichen Geschäftsbetrieb wichtigen Geschäftspartnern zu erfüllen, während es gutem *business judgement* entsprechen mag, andere, auch fällige Ansprüche einstweilen nicht zu erfüllen bzw. neue Modalitäten für die Erfüllung sowie für künftige Leistungen auszuhandeln.»

⁴⁶ Urteil 5C.29/2000 vom 19.9.2000.

⁴⁷ So auch von GESSLER (FN 40), 412, der selbst eine solche zusätzliche Pflicht ablehnt. Die von GESSLER, 412 (FN 69), referierte Monographie REBSAMEN zieht diesen Schluss nicht (vgl. REBSAMEN [FN 37], N 732 ff.).

⁴⁸ Urteil 5C.29/2000 vom 19.9.2000, E. 4b/cc.

⁴⁹ A.a.O., E. 4b/bb.

«Mit der Notwendigkeit, massive Wertberichtigungen nach unten vorzunehmen, war die begründete Besorgnis einer entsprechenden Überschuldung manifest, und die Überschuldungsanzeige an den Richter (Art. 725 Abs. 2 OR) stand unabweislich im Raume. Unter diesen Umständen liessen sich aber die Beklagten 1 und 2 mit der umstrittenen Restamortisation eine Verletzung des Gebots, die Gläubiger gleich zu behandeln, zu Schulden kommen.»⁵⁰

Das Bundesgericht rügt also *ausschliesslich* eine Nichtbeachtung der Pflichten von Art. 725 Abs. 2 OR, und es betont, dass die Rückzahlung unter *diesen* (!) Umständen die Gleichbehandlung verletzt habe. Eine irgendwie geartete *selbstständige Gleichbehandlungspflicht* behauptet das Bundesgericht in diesem Entscheid *nicht*.

- In anderen Fällen begrenzt das Bundesgericht – zumindest implizit – die Tragweite der Gleichbehandlungspflicht zugunsten der Gläubiger auf den Anwendungsbereich des SchKG, so im Urteil 5A_386/2008 vom 28.5.2009⁵¹. Das Gericht führt aus:

«Auch in schwierigen finanziellen Verhältnissen muss es einem Schuldner grundsätzlich erlaubt sein, seine normale Geschäftstätigkeit aufrechtzuerhalten, und die dem Insolvenzrecht zugrunde liegende Maxime der Gläubigergleichbehandlung (Art. 197 Abs. 1 SchKG, unter Vorbehalt von Art. 219 SchKG) greift an sich erst mit der Konkurseröffnung, soweit nicht die Voraussetzungen der Anfechtung im Sinn von [Art.] 285 ff. SchKG gegeben sind.»⁵²

- In seiner Praxis zu Art. 52 AHVG anerkennt das Bundesgericht sodann explizit die Zulässigkeit der *Benachteiligung* einer Gläubigerin zum Zwecke der Sanierung, und zwar einer Gläubigerin, an deren Befriedigung ihm sonst ganz besonders gelegen ist, nämlich der *Sozialversicherung*:

Bekanntlich wendet das Bundesgericht die Haftungsnorm von Art. 52 AHVG – Haftung des Arbeitgebers, der absichtlich oder grobfahrlässig Zahlungen an die AHV-Ausgleichskasse nicht leistet – in einer Weise an, die aus dieser Haftung faktisch eine *Kausalhaftung* gemacht hat⁵³.

Eine *Ausnahme* lässt das Bundesgericht aber dann zu, wenn ein Arbeitgeber bzw. eine Organperson im Zuge eines zumindest nicht unrealistischen Versuchs, die Unternehmung zu retten, *Beitragsforderungen der Sozialversicherung hintanstellt*. Dies stellt nach Auffassung des Bundesgerichts einen Rechtfertigungs- oder zumindest *Exkulpationsgrund* dar. Illustrativ ist etwa BGE 108 V

⁵⁰ A.a.O., E. 4b/cc.

⁵¹ Referiert bei VOGT/KÄSER (FN 2), 583 ff.

⁵² Urteil 5A_386/2008 vom 28.5.2009, E. 4.3.

⁵³ Vgl. statt aller BGE 132 III 523 ff., 528 f. E. 4.5.

183 ff. Nach einer Schilderung der Sanierungsbemühungen fasst das Bundesgericht wie folgt zusammen:

«Demnach hat der Beschwerdeführer in einer für die ganze graphische Branche schwierigen Phase das getan, was vernünftigerweise von einem Unternehmer erwartet werden kann ... Im Bestreben, sein Unternehmen zu erhalten, hat er allerdings zuerst die für dessen Überleben wesentlichen Forderungen der Arbeitnehmer und Lieferanten befriedigt, nicht aber gewisse Beitragsforderungen der Sozialversicherung. Er durfte dabei aber unter den gegebenen Umständen damit rechnen, dass er die Forderungen der Ausgleichskasse in dem damals nicht unwahrscheinlichen Fall einer Rettung seiner Firma innert nützlicher Frist würde befriedigen können ... Dass die Erwartungen des Beschwerdeführers sich in der Folge nicht verwirklichten, vermag daran nichts zu ändern.»⁵⁴

Entsprechende Ausführungen finden sich auch in anderen Entscheiden⁵⁵.

C. Ergebnis

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der konkursrechtliche Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung in dem für die Beurteilung von Verantwortlichkeitsklagen massgebenden Aktienrecht keine Anwendung findet. Vielmehr ist das Verhalten von Organpersonen in Verantwortlichkeitsverfahren *ausschliesslich aufgrund der aktienrechtlichen Sorgfaltspflicht* zu beurteilen, und diese verlangt die konsequente Verfolgung der *Gesellschaftsinteressen*. *Eine allfällige Ungleichbehandlung von Gläubigern und die Möglichkeit einer Anfechtung von Rechtshandlungen gestützt auf Art. 288 SchKG dürfen bzw. müssen dabei in Kauf genommen werden.*

IV. Unterschiedlicher Schaden in der Absichtspauliana und der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit

Auch im Hinblick auf das Vorliegen eines Schadens – notwendige Voraussetzung sowohl der paulianischen Anfechtungsklage wie der Verantwortlichkeitsklage – unterscheiden sich SchKG und Aktienrecht, weshalb auch diesbezüglich aus einem Urteil in einer paulianischen Anfechtungsklage nichts für eine Verantwortlichkeitsklage abgeleitet werden kann:

⁵⁴ BGE 108 V 183 ff., 188.

⁵⁵ Vgl. etwa Urteil 9C_812/2007, E. 3.2, wo freilich eine Exkulpation verneint wurde. – Eine Übersicht zur Praxis findet sich bei ROGER GRONER, Art. 52 AHVG – Praxis und Zweck der Arbeitgeberhaftung, SZW 2006, 81 ff., 88.

a) Identisch ist zwar der *Schadensbegriff* als solcher: Schaden im Sinne der Differenzhypothese bezeichnet in beiden Rechtsgebieten eine unfreiwillige Vermögenseinbusse, die in einer Verminderung der Aktiva oder in einer Vermehrung der Passiva (positiver Schaden) oder aber in entgangenem Gewinn bestehen kann. Er entspricht der *Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem Vermögensstand, den ein Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte*⁵⁶.

Aber: Der Schaden im Sinne der *Pauliana* betrifft ein *anderes Vermögen* als der im aktienrechtlichen *Verantwortlichkeitsrecht* relevante:

- Die *Pauliana* befasst sich mit dem Schaden im Vermögen eines *Gläubigers*, der dadurch entsteht, dass er benachteiligt wurde bzw. dass andere Gläubiger zu seinem Nachteil begünstigt wurden⁵⁷.
- Das *aktienrechtliche Verantwortlichkeitsrecht* dagegen handelt⁵⁸ von einer Verminderung des *Gesellschaftsvermögens*⁵⁹, die lediglich indirekt zu einem Schaden der Gläubiger führen kann, dann nämlich, wenn die Schädigung der Gesellschaft zu einer Überschuldung führt⁶⁰.

Während also eine Schädigung des Gesellschaftsvermögens auch ohne spezielle Begünstigung oder Benachteiligung einzelner Gläubiger im Vergleich zu anderen eintreten kann (es dürfte dies eher die Regel als die Ausnahme sein), kann umgekehrt ein Gläubiger begünstigt oder benachteiligt werden, ohne dass im Gesellschaftsvermögen ein Schaden eintritt. Letzteres ist wohl gerade bei *Sanierungsbemühungen* oft der Fall: Die Gesellschaft bevorzugt einzelne Gläubiger gegenüber anderen, und das Gesellschaftsvermögen wird dadurch – falls fällige Forderungen bezahlt werden und die Gesellschaft nicht überschuldet ist⁶¹ – nicht beeinträchtigt, weil der Abnahme auf der Aktivseite eine entsprechende Verminderung der Verpflichtungen gegenübersteht.

b) Damit ist auch gesagt, dass dann, wenn eine aufrecht stehende Gesellschaft ihren Verpflichtungen nachkommt, aus Sicht der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit

⁵⁶ Vgl. etwa BGE 127 III 403 ff., 405 E. 4a sowie statt aller HEINZ REY, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, 4. Aufl., Zürich 2008, Rz. 151.

⁵⁷ Art. 288 SchKG.

⁵⁸ Vom direkten Gläubiger- oder Aktionärsschaden, der nach Art. 41 OR zu behandeln ist, abgesehen. Vgl. statt aller HARALD BÄRTSCHI, *Verantwortlichkeit im Aktienrecht*, Diss. Zürich 2001 = SSW 210, 282 ff. – Eine *direkte* Schädigung von Gläubigern wird man im Falle eines Anfechtungstatbestandes nach Art. 288 SchKG ausschliessen können: Wer eine Verpflichtung der Gesellschaft honoriert, begeht – auch wenn er damit einzelne Gläubiger bevorzugt und andere benachteiligt – *keine Widerrechtlichkeit* im Sinne des ausservertraglichen Haftpflichtrechts.

⁵⁹ Vgl. Art. 756 Abs. 1 OR.

⁶⁰ Erst dann sind die Gläubiger klageberechtigt, Art. 757 Abs. 1 OR.

⁶¹ Die Sanierungsbedürftigkeit setzt nicht notwendig eine Überschuldung voraus, häufig geht es um Fälle der Illiquidität.

kein Schaden eintritt, ganz gleich, ob die Gesellschaft dabei einzelne Gläubiger privilegiert. Das Bundesgericht sieht aber in solchen Vorgängen durchaus Gläubigerbevorzungen im Sinne von Art. 288 SchKG⁶².

V. Weitere Unterschiede

- a) Die paulianische Anfechtungsklage und die aktienrechtliche Verantwortlichkeitsklage unterscheiden sich auch hinsichtlich der *Passivlegitimierten*: «Die Anfechtungsklage richtet sich gegen die Personen, die mit dem Schuldner die anfechtbaren Rechtsgeschäfte abgeschlossen haben oder von ihm in anfechtbarer Weise begünstigt worden sind ...»⁶³. Die Verantwortlichkeitsklage richtet sich gegen die fehlbaren Organe⁶⁴.
- b) Erwähnt sei schliesslich die *unterschiedliche Beweislast* bei paulianischen Anfechtungs- und bei Verantwortlichkeitsklagen: Bei Verantwortlichkeitsklagen ist der Schaden zu beweisen, obliegt also die Beweislast dem Geschädigten⁶⁵. Bei der paulianischen Anfechtung wird dagegen die Schädigung vermutet⁶⁶.

VI. Fazit

Die Ergebnisse dieser Überprüfung lassen sich wie folgt zusammenfassen:

- a) Das *konkursrechtliche Gleichbehandlungsprinzip* zugunsten der Gläubiger ist im *Aktienrecht nicht anwendbar*. Eine Ungleichbehandlung kann daher als solche keine aktienrechtliche Verantwortlichkeit begründen.

Die Organe von Aktiengesellschaften haben sich an die Pflicht zu halten, die *Interessen ihrer Gesellschaft* zu wahren. Überdies haben sie die Aktionäre (relativ) gleich zu behandeln, nicht aber die Gläubiger. Dies gilt auch für *Gesellschaften in Konkursnähe*. Gerade dann kann es sich im Interesse der Gesellschaft aufdrängen, Gläubiger ungleich zu behandeln.

⁶² Vgl. VOGT (FN 2), 175 (dort FN 104 und 105).

⁶³ Art. 290 SchKG.

⁶⁴ Art. 754 Abs. 1 und Art. 755 OR.

⁶⁵ Vgl. statt aller PATRICK UMBACH/ROLF H. WEBER, Schadensberechnung in Verantwortlichkeitsprozessen, in: *Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht*, Zürich 2003, 111 ff., 131 ff.

⁶⁶ VOGT (FN 2), 165, mit Hinweisen auf die Judikatur in FN 15; BGE 134 III 615 ff., 617 E. 4.1, 135 III 265 ff., 267.

b) Der relevante *Schaden* ist bei der Absichtspauliana ein anderer als im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht: Bei der Absichtspauliana geht es um Schaden von *Gläubigern*, im Verantwortlichkeitsrecht primär (und in den Fällen, in denen ein Verhalten gleichzeitig die konkursrechtliche Gleichbehandlungspflicht wie auch die aktienrechtliche Sorgfaltspflicht beschlagen könnte, ausschliesslich) um *Gesellschaftsschaden*.

Die Bejahung einer Schädigung im Rahmen einer paulianischen Anfechtung sagt daher nichts aus über das Vorliegen eines Schadens im Sinne des aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrechts.

c) Die *Beweislast* ist insofern verschieden, als im Rahmen der Absichtspauliana der Schaden vermutet wird, während in Verantwortlichkeitsklagen der Kläger den Schaden zu beweisen hat.

d) Verschieden ist auch die *Passivlegitimation*: Die Anfechtungsklage richtet sich gegen die Gegenpartei des angefochtenen Rechtsgeschäfts oder gegen den Begünstigten, die Verantwortlichkeitsklage gegen die Mitglieder des Verwaltungsrates und allenfalls weitere mit der Geschäftsführung befasste Personen.

e) Aus alledem folgt, dass *Urteile in paulianischen Anfechtungsklagen keine präjudizielle Wirkung für Verantwortlichkeitsprozesse* haben können, auch dann nicht, wenn der gleiche Sachverhalt zu beurteilen ist.

Sonderdruck

M & A
Recht und Wirtschaft in der Praxis

Liber amicorum für Rudolf Tschäni

Herausgegeben von

Matthias Oertle
Stefan Breitenstein

Matthias Wolf
Hans-Jakob Diem

PETER FORSTMOSER

**Paulianische Anfechtung und
aktienrechtliche Verantwortlichkeit**

**Auswirkungen der neueren Bundesgerichts-
praxis zur Absichtspauliana auf
Verantwortlichkeitsprozesse**



2010. Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen
ISBN 978-03751-265-4